O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

NOVAS ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO

VOLUME 2

Coordenadores:
Marco Anthony Steveson Villas Boas
Tarsis Barreto Oliveira

Organizador: Enio Walcácer de Oliveira Filho

Apresentação de Flávio Cardoso Pereira

Prefácio de Douglas Fischer

Título Original em Português: O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento. Vol 2.

Coleção: Estado de Direito e Combate à Corrupção

Todos os direitos desta edição reservados.

É PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL.

Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, copiada, transcrita ou mesmo transmitida por meios eletrônicos ou gravações, assim como traduzida, sem a permissão por escrito do autor, ressalvado o uso em citações acadêmicas.

Coordenação

Marco Anthony Steveson Villas Boas
Tarsis Barreto Oliveira

Organização

Enio Walcácer de Oliveira Filho

O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

NOVAS ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO

Vol. 2

Marco Anthony Steveson Villas Boas (coord.)
Tarsis Barreto Oliveira (coord.)

Enio Walcácer (org.)

Apresentação de Flávio Cardoso Pereira
Prefácio de Douglas Fischer

Editora ESMAT
2020

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)

O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento. Vol. 2. / coordenação de Marco Anthony Steveson Villas Boas e Tarsis Barreto Oliveira; organização de Enio Walcácer de Oliveira Filho – 1. Ed. – Palmas: Editora ESMAT, 2020.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN: 978-65-990310-6-9

1. Direito Penal. 2. Direito Processual Penal. 3. Combate à corrupção. 4. Crime organizado. I. Villas Boas, M. A. S. (coord.), II. Oliveira, Tarsis Barreto (coord.). III. Oliveira Filho, Enio Walcácer de (org.).

..... CDU – 343.252

SUMÁRIO

Mensagem dos Coordenadores 8

Mensagem do Organizador 10

Apresentação 12

Prefácio 14

CAPÍTULO 1 – ESTUDOS INTERDISCIPLINARES NO COMBATE À CORRUPÇÃO

1. O estado mínimo como uma proposta liberal para o combate à corrupção - Adilson Cabral de Souza Júnior e Kethley Rodrigues dos Santos 18

2. Portais da transparência enquanto ferramenta de controle social e combate à corrupção: um olhar voltado para as prefeituras da região norte do estado do Tocantins - Benício da Costa Neves e Cassiano Ferrari 44

3. A advocacia pública de estado e o combate à corrupção - Bruno Baqueiro Rios e Renato Arruda Martins 62

4. Instrumentos de atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins em prol do combate à corrupção - Diel Murillo Cirqueira Alves e Leila Rufino Barcelos 91

5. A era da democratização em massa, onde o acesso à informação e a liberdade de expressão atuam como precursores em investigações nos casos de corrupção - Enaile Gomes De Oliveira e Felipe Rodrigues Hoffmann 112

6. A atividade correcional no combate à corrupção - Gabriel Schroder Borges e Paulo Célio Jorge Rodrigues 129

7. Nepotismo: reconhecimento material sem as designações recíprocas formais, decorrente da troca de favores entre o chefe do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo - Jorgam de Oliveira Soares e Roberto Freitas Garcia 148

8. Democracia deliberativa: ação comunicativa como pressuposto de integração social e enfrentamento à corrupção - Lenise Silva Paixão e Joyce Coelho Nogueira 166

9. A corrupção nos municípios brasileiros: uma breve análise sobre suas raízes, casos recorrentes e seu enfrentamento pelo Ministério Público no Século XXI - Pedro Evandro de Vicente Rufato e Vinícius de Oliveira e Silva 182

10. A corrupção institucionalizada pelo Partido dos Trabalhadores e a modificação dos valores morais do brasileiro - Alvaro Nascimento Cunha 215

CAPÍTULO 2 – ESTUDOS SOBRE A PREVENÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

11. Levantamento sobre o ensino de ética para crianças e adolescentes nas escolas municipais da cidade de Palmas: adequação às medidas anti-corrupção - Leandro da Cruz Alves e Maria Teresa Souza da Costa Porto 249

12. Enfrentando a corrupção desde a infância: potencialidades das teorias da associação diferencial e da formação do juízo moral - Maristela Alves Rezende e Patrícia Medina 266

13. A prevenção primária à corrupção: a importância do fortalecimento da educação cidadã - Lálade Priscila Ferreira Macêdo e Mayara Ribeiro Oliveira 278

14. Práticas de *compliance* como redutor de corrupção: o enforcement pelo Tribunal de Contas - Fernando César Benevenuto Malafaia e Adriano Silva Leite 305

15. O *compliance* e a boa governança: a necessidade de um programa de integridade no Poder Judiciário do Estado do Tocantins - Alessandra de Noronha Carvalhal e Mauriane Vieira Marques Tomé 326

16. Fraudes financeiras nos RPPS e a necessidade do aumento da governança corporativa para a segurança institucional na gestão pública de recursos de terceiros - Cinthia Alves Caetano Ribeiro e Gisele Kenya Lenz 345

17. A aplicação do *compliance* na administração pública direta com ênfase na Lei 13.303/2016 - Harthemyza Katienne F. Lima Alves e Regina Gomes Da Silva 360

18. Auditoria patrimonial de agentes públicos: análise do método de sorteio proposto no PL 476/19 como forma de selecionar agentes públicos que passarão por sindicância patrimonial - Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes e Ricardo Wagner Magalhães Gomes 372

19. Atuação preventiva do Ministério Público no combate à improbidade administrativa junto às prefeituras - Renato Alves Gomes e Thais Cairo Souza Lopes 399

CAPÍTULO 3 – A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO

20. O uso de ferramentas de *business intelligence* em investigações complexas de combate à corrupção, na era da *big data* - Benedito Cesar Farias de Jesus e Nelson Paulino da Silva 420

21. Prerrogativas indispensáveis à Polícia Civil para o combate à corrupção - Bruno Monteiro Baeza e Wanderson Queiroz 445

22. Especialização e uso de modernas tecnologias na fase pré-processual como mecanismos de enfrentamento do crime de lavagem de dinheiro - Luciano Barbosa de Souza Cruz e Pedro Felix da Cunha 468

23. A administração pública como ambiente hostil à corrupção: *whistleblower* e colaboração premiada - Pedro Jainer Passos Clarindo da Silva e Rafael Dias de Sousa Pereira 494

CAPÍTULO 4 – A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

24. *Plea bargain*: evolução Histórica do Instituto e sua Implementação no Ordenamento Jurídico Brasileiro - Adriana Bueno Alves e Josué Batista de Oliveira 515

25. Colaboração premiada: conceitos, reflexos e possíveis aplicações sancionatórias em casos de descumprimento do acordo com base no princípio da moralidade - Alan Ide Ribeiro da Silva e Maysa Franco Gomes 543

26. A colaboração premiada unilateral como instrumento de combate à corrupção - Danilo Frasseto Michelini e Wellington Gomes Miranda 562

27. Possibilidade da colaboração premiada estabelecida na Lei de Organização Criminosa abranger atos de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro - Amarildo Oliveira Costa e Mirian Moura de Souza 583

28. Justiça penal consensual: perspectivas de aplicação nos delitos de corrupção - André Ricardo Fonseca Carvalho e Juan Rodrigo Carneiro Aguirre 605

29. A transversalidade dos efeitos do acordo de colaboração premiada na Lei de Improbidade Administrativa - Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega e Elaine Cristina Rocha Pedroza dos Santos 632

30. Os efeitos da rescisão da colaboração premiada: o aproveitamento das provas produzidas em face do colaborador - Isabela Laiana Bernardes Rodrigues e Ludmilla Sthéfane Teixeira Leite 652

31. A voluntariedade do colaborador na celebração de acordo de colaboração premiada no curso do cumprimento de prisão processual - Leandro Manzano Sorroche e Lucas Ferreira Santos Sousa 669

32. A possibilidade de transação nos atos de improbidade administrativa - Tarso Rizo Oliveira Ribeiro e Fabiano Ribeiro 693

CAPÍTULO 5 – DOGMÁTICA PENAL E COMBATE À CORRUPÇÃO

33. Responsabilidade penal dos crimes de homicídio e lesão corporal em concurso com o crime de peculato cometidos na área da saúde pública - Laurent de Faria Rodrigues e Leandro Borges da Nóbrega 711

34. A omissão dolosa como elemento subjetivo na caracterização do ato de improbidade administrativa - Manuel de Faria Reis Neto e Regis Orofino da Silva Zago de Oliveira 731

CAPÍTULO 6 – ESTUDOS DE CASO

35. Oscip e improbidade: o caso do ISES - instituto socioeducacional solidariedade em Porto Nacional – TO - Leilson Mascarenhas Santos e Maria Cotinha Bezerra Pereira 757

36. Desafios da transferência de procedimentos criminais no enfrentamento transnacional da corrupção: caso Eduardo Cunha - Rayka Oliveira Soares Valadares e Pacelli Larisson Gonçalves Costa 774

MENSAGEM DOS COORDENADORES

As operações de combate à corrupção ocorridas no Brasil nos últimos anos, aliadas ao crescente despertar da opinião pública para o tema, promoveram mudanças significativas nos cenários jurídico, político e social, despertando frente aos brasileiros a compreensão de que o progresso do país depende, em grande medida, da necessária prevenção e enfrentamento de práticas corruptas, levadas e efeito tanto no ambiente público como na vida privada.

A importância do tema, longe de assentar-se em mero modismo ou tendência passageira, reside na maior conscientização da sociedade dos gigantescos prejuízos causados pelo fenômeno da corrupção, bem como na consciência de que a sua prática retroalimenta as condições de desigualdade e injustiça no acesso da população a direitos, além do descrédito e desgaste das próprias instituições.

Por outro turno, as modificações trazidas por recentes diplomas legislativos, a exemplo das Leis 12.850/13, 12.846/13 e 13.869/19, têm suscitado dúvidas e questionamentos no confronto de seus dispositivos frente ao ordenamento penal, civil e administrativo, bem como sobre a sua compatibilidade frente às normas constitucionais, engendrando vigorosa celeuma doutrinária e jurisprudencial. Com efeito, faz-se imprescindível a atualização dos operadores do Direito frente a temas de grande complexidade, a exemplo da colaboração premiada, lavagem de dinheiro, organizações criminosas, abuso de autoridade, *compliance*, crimes financeiros, dentre outros.

É neste cenário que a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, cumprindo o seu intuito de promover estudos de alto nível sobre temas fundamentais voltados à teoria e à prática jurídicas, promove com pioneirismo o curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção. O curso, voltado a juízes, servidores do Judiciário e profissionais atuantes no âmbito do sistema de justiça, provenientes de Órgãos parceiros da ESMAT, tem contato com a participação dos maiores nomes no Brasil em seu corpo docente.

Adiciona-se aqui a intensa produção acadêmica gerada pela Pós-Graduação, critério que eleva a ESMAT a posição destacada no cenário nacional na promoção de estudos sobre o tema, mormente pela edição da obra **O combate à corrupção no Brasil**: novas estratégias de prevenção e enfrentamento, aqui em seu segundo volume. A obra reúne artigos dos discentes da Pós-Graduação, selecionados e organizados pelo competente processualista penal tocantinense, Enio Walcácer de Oliveira Filho.

Com imensa gratidão e reconhecimento, registra-se que a presente Coletânea se ergue mais uma vez em dimensão e importância pela Apresentação e Prefácio dos colegas Flávio Cardoso Pereira e Douglas Fischer, dois dos maiores nomes não apenas na temática do combate à corrupção, mas do universo do Direito Penal e Processo Penal pátrios.

Rendem-se iguais agradecimentos à competente equipe técnica da Escola Superior da Magistratura Tocantinense, em especial às secretárias Andréia Barbosa e Lílian Gama, cuja eficiência e prontidão proporcionaram a condução exitosa dos trabalhos de mais uma turma, bem como aos profissionais que compuseram o corpo discente da segunda turma do Programa, representantes de renomadas instituições, a quem se atribui, em sua essência, o valor e a riqueza desta obra.

Marco Anthony Steveson Villas Boas

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Mestre em Direito Constitucional e doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Presidente do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM). Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins (TRE-TO). Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).

Tarsis Barreto Oliveira

Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Penal da UFT e UNITINS. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Coordenador da Especialização em Estado de Direito e Combate à Corrupção da ESMAT. Membro do Comité International des Pénalistes Francophones e da Association Internationale de Droit Pénal.

MENSAGEM DO ORGANIZADOR

Enio Walcácer[1]

A percepção a corrupção é uma realidade cada vez mais presente no cotidiano das pessoas, tanto no Brasil quanto no restante do mundo. O fenômeno, no entanto, não é decorrente de um novo tipo de crime que emerge na pós modernidade, sendo a decorrência de um maior controle e divulgação dos atos praticados no serviço público, em razão de uma característica própria do período tecnológico vivido na atualidade. Por meio de smartphones, com acesso às redes de computadores, portais da transparência, vídeos de ações de servidores e agentes públicos e políticos, em um mundo constantemente conectado, há um intenso controle sobre os atos praticados na esfera da administração pública, e a divulgação destes atos ocorre em tempo real. A decorrência desta comunicação em tempo real é a exposição maciça de atos que antes eram praticados às escondidas, longe do conhecimento do grande público.

No âmbito das instituições de controle social, especialmente as que trabalham com a persecução penal no Brasil, esta maior percepção acerca deste fenômeno, e o clamor social gerado pela sua maior divulgação, imprimem a necessidade de que estes órgãos aprimorem o trabalho de combate e redução destes índices criminais. Infelizmente o conjunto normativo clássico persecutório brasileiro, em se entendendo como as codificações penal e processual penal, não foram criadas para o combate a este tipo de crime, e a complexidade que os envolvem, impondo ao Estado a necessidade de criação de microssistemas persecutórios, e mais recentemente uma tentativa de modernização das legislações do sistema penal, notadamente com a edição da Lei 13.964/2019, a Lei Anticrime.

Contudo, as instituições da persecução brasileiras ainda são sedimentadas em um sistema construído na década de 1940 e voltadas, primordialmente, para o combate mais efetivo dos crimes de asfalto, necessitando de maior aprimoramento e investimentos para que possam atingir igual efetividade no combate aos crimes envolvendo a corrupção.

Contribuindo com o aperfeiçoamento do sistema de combate à corrupção no Tocantins e no Brasil, a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) vem construindo um espaço acadêmico interinstitucional para se aprimorarem as discussões teóricas e práticas acerca do combate à corrupção, sendo esta obra densa o resultado da conclusão dos estudos da 2ª edição do curso de Pós-Graduação em Estado de Direito e Combate à Corrupção. Os esforços do Poder Judiciário, por meio do Des. Marco Anthony Steveson Villas Boas e a competente equipe da ESMAT, em um curso coordenado pelo prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira, materializam-se na segunda edição do livro O Combate à Corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento, uma vasta fonte de consulta para os operadores do direito, estudiosos e para toda população que se interessar pela temática.

---

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, especialista em Ciências Criminais e Direito e Processo Administrativo, bacharel em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins. Delegado de Polícia Civil no Tocantins. Professor de Direito e Processo Penal.

Este livro une artigos dos mais variados, sob perspectivas de diversos órgãos que atuam no combate à corrupção no Brasil. São estudos relativos à temas interdisciplinares, prevenção, investigação criminal, justiça negocial penal, dogmática penal e até estudos de casos emblemáticos no Tocantins e no Brasil-, mostrando as múltiplas possibilidades de atuação, sob a perspectiva de operadores do direito, do Estado no combate à criminalidade envolvendo a corrupção.

A contribuição deixada por esta obra reflete um grande empenho do Poder Judiciário tocantinense em aliar esforços e órgãos no aprimoramento do sistema vigente no Brasil, atendendo assim aos anseios sociais quanto ao funcionamento do Estado na higidez do trato com a coisa pública. Ações como esta contribuem indubitavelmente para a condução do Brasil a melhores níveis futuros no ranking internacional de percepção da corrupção, bem como ao aprimoramento e a difusão de práticas que apontem para o aprimoramento das instituições e as suas ações no combate à corrupção no Brasil.

Palmas, 5 de março de 2020.

APRESENTAÇÃO

Flávio Cardoso Pereira[2]

Imensamente honrado e com satisfação recebi o convite para elaboração da apresentação do livro intitulado: "O combate à corrupção no Brasil. Novas estratégias de prevenção e enfrentamento", de autoria de vários alunos da 2ª Turma da Especialização em Estado de Direito e Combate à Corrupção, promovida e coordenada pelo Núcleo de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).

Aludida pós-graduação apresenta o mérito e comprometimento acadêmico e intelectual do Dr. Tarsis Barreto, emérito professor da Universidade Federal do Tocantins e penalista de reconhecimento internacional, pessoa esta responsável pela excepcional qualidade do corpo discente e docente do curso de especialização.

Ao estruturar curso com tamanha envergadura para tratar de um tema tão recorrente em nosso país, leia-se o "fenômeno da corrupção", a ESMAT promoveu um salto de qualidade e ineditismo, em especial por conseguir o mérito de reunir no corpo discente, alunos oriundos de várias instituições públicas, muitas delas voltadas de forma específica ao enfrentamento à corrupção.

Sobredita temática tornou-se o foco principal da academia contemporânea, muito em razão da imperiosa necessidade de melhor se conhecer este fenômeno globalizado que assola a comunidade internacional, vindo a provocar inúmeras consequências destruidoras dos ideais do Estado de Direito e da plena democracia.

Diante desta realidade premente, oportunizou-se aos brilhantes alunos deste curso, a árdua, porém honrosa incumbência de consolidação da presente obra científica através de esboço de trabalhos absolutamente comprometidos com a boa técnica e fidelidade acadêmica e intelectual, os quais por certo foram edificados em razão das aulas e discussões acadêmicas travadas no transcorrer desta pós-graduação .

A qualidade dos trabalhos que ora de compila na forma de obra coletiva, demonstra o alto nível atingido durante a caminhada desses alunos, em sua grande maioria, profissionais já consolidados e reconhecidos no cenário jurídico tocantinense.

Fica transparente e dilúcido em cada um dos artigos que compõem a excelência desta obra, o real comprometimento de seus autores, os quais de forma valente e destemida, buscaram explorar temas inéditos e muitas das vezes desprovidos de bibliografia consolidada, resultando em um livro que por certo alcançará o reconhecimento merecido.

Percebe-se em cada trabalho que compoê esta publicação, a dedicação de meus ex-alunos no sentido de ofertar ao público leitor uma visão contemporânea, inovadora e principalmente crítica acerca deste tormentoso tema da repressão e prevenção ao fenômeno da corrupção.

Aliás, o tema central do livro não podia ter sido melhor selecionado, vez que referido ciclo vicioso pode ser considerado como uma praga ou patologia devastadora que vem corroendo o tecido social e político de praticamente todos os países, provocando assim uma situação de degeneração moral institucionalizada, uma vez que se percebe a cada dia o crescimento do número de agentes públicos envolvidos em casos de suspeitas de corrupção.

Destaca-se ainda a relevância dos temas analisados e aprofundados nos 36 (trinta e seis) trabalhos que compõem este livro, os quais versam sobre assuntos altamente controvertidos no âmbito do enfrentamento à corrupção,

[2] Promotor de Justiça do MPGO. Pós-doutor em direito pela Universidade de Coimbra-Portugal. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca-Espanha

tendo preponderância, discussões sobre os estudos interdisciplinares no combate à corrupção e a prevenção à este fenômeno, a investigação criminal, a justiça penal negocial, a dogmática penal e os estudos de casos.

O sucesso da obra será inevitável e ademais, as reflexões desenvolvidas no livro que ora se apresenta, servirão como motivação ideológica para o estudo crítico e sistematizado de vários temas que circundam a problemática do fenômeno globalizado da corrupção.

Mais uma vez e diante do sucesso da primeira edição da obra, ganham os leitores e se enaltece o Estado do Tocantins por lançar sementes que germinaram e por certo produziram frutos generosos em matéria de fortalecimento de estratégias tanto preventivas quanto repressivas, propiciando em futuro próximo resultados inovadores e expressivos sob o aspecto de redução dos índices de percepção da corrupção.

A cada artigo lido pude me sentir motivado a seguir o árduo caminho da docência, ao ver que pude contribuir, modestamente, para algumas reflexões críticas que frutificaram e desencadearam em ideias inovadoras.

Ao fim, me cabe de forma sincera dizer novamente muito obrigado ao amigo e professor Dr. Tarsis Barreto e a magistratura tocantinense, esperando muito em breve poder estar novamente nesta abençoada terra para compartilhar de minhas experiências e por que não, aprender muito diante de novas discussões acadêmicas a serem travadas num futuro próximo.

Que venham novas e mais novas turmas deste excepcional curso.

Goiânia, 05/03/2020

PREFÁCIO

Douglas Fischer[1]

À primeira edição da obra "*O Combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento*", segue agora – já com o sucesso que era esperado – a segunda, com novas produções acadêmicas. A obra é a conjugação de textos elaborados como trabalhos científicos na turma de pós-graduação *em Estado de Direito e Combate à Corrupção,* na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).

Ao receber o convite para novamente prefaciar a obra, detive-me, igualmente, na análise dos textos produzidos para aqui assentar algumas considerações. Aprender sempre deve ser uma guia fundamental para qualquer estudioso do Direito.

Em primeiro lugar, é fundamental assentar que o tema proposto é atual e de suma relevância. Não apenas nas discussões travadas no Brasil, mas também em esfera global, onde a corrupção (já com aprofundamentos para o âmbito privado) traz consequências gravíssimas especialmente para a coletividade.

Absolutamente todas as vezes que leio, estudo, pesquiso e debato temas relacionados à corrupção, vêm-me à mente duas grandes premissas pouco consideradas por aqueles que, de modo científico e desprovido de (pré)conceitos, querem trabalhar seriamente a questão.

A primeira, de Luigi Ferrajoli, que reconhece explicitamente – embora pouco sabido, alguns até fazem questão de não reconhecer que ele refere essa doutrina – que "*o Estado deve preocupar-se sobretudo com as infrações cometidas pelos "senhores" – corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes ou lavagem de dinheiro, ao contrário do que normalmente se faz em relação à propaganda da necessária punição exclusiva dos crimes que ocorrem nas ruas*". (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edicion de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 254).

A segunda, de Kofi Annan, ex-Secretário-Geral das Nações Unidas (falecido não faz muito tempo), que, em seu discurso sobre a adoção da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assentou com precisão que "*a corrupção afeta os pobres desproporcionalmente desviando verbas para o desenvolvimento, comprometendo a habilidade governamental de prover serviços essenciais, alimentando a desigualdade e injustiça, e desencorajando investimentos e apoio externos*".

Há a (importante) preocupação de proteção dos direitos fundamentais dos investigados e réus, algo que não pode ser jamais desconsiderado como premissa fundamental num Estado Social e Democrático de Direito. As garantias fundamentais individuais devem ser respeitadas. Quiçá fruto da falta de amadurecimento de ideias (e de "ranços ideológicos" de alguns), o que temos visto nos últimos tempos no Brasil é uma visão quase *unilateral* dessa premissa, como se na Constituição da República existissem *exclusivamente* direitos fundamentais individuais de primeira geração.

---

[1] Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS. Procurador Regional da República na 4ª Região.

É preciso ver que os direitos e os deveres fundamentais (sim, os deveres estão previstos ali no capítulo I do Título II, *dos "direitos e deveres individuais e coletivos"*, além de outras previsões esparsas e decorrentes de princípios essenciais) necessitam ser harmonizados, aplicados de forma a não fragilizar um a/ou outro, mas, em complementação, encontrar um ponto de equilíbrio para que os tornem mais seguros e, por isso, mais fortes nas suas concretizações.

De fato, sendo a Constituição complexa e plural, demandando uma interpretação sistêmica e mediante uma compreensão circular, há de se atentar para a advertência de Laurence Tribe e Michael Dorf, que destacam que o intérprete não pode incidir em duas falácias argumentativas fundamentais (*two interpretive fallacies*): a *dis-integration* e a *hyperintegration*. Incide-se na falácia da *dis-integration* quando se analisa a Constituição como sendo um feixe desconectado de princípios, valores e regras. A *hyperintegration* se verifica quando o intérprete tem uma visão limitada da amplitude do conjunto da obra constitucional, restringindo-se a compreendê-la como uma rede, porém sem qualquer costura, decorrente de nítida postura reducionista [2].

Como destacamos na companhia de Frederico Valdez Pereira, o ordenamento jurídico-processual tem como acolher os indicativos do sistema suprancional de proteção de direitos, "*que exige a salvaguarda das garantias de defesa e da dignidade dos imputados, ao mesmo tempo em que demanda por efetividade e diligência na tarefa de inquirição dos delitos, impondo também redução sensível nos tempos da entrega da resposta jurisdicional. E nessa direção, para além do campo específico de proteção prevista no sistema internacional de direitos humanos, é necessário evidenciar que essa linha jurisprudencial parece plenamente compatível com uma tendência, cada vez mais difundida no plano supranacional, de reconhecer a importância do recurso ao sistema jurídico-penal como instrumento indispensável na repressão de condutas lesivas e de atos ilícitos que ultrapassam as fronteiras dos ordenamentos internos*" [3].

Reafirmamos que a eficiência de proteção dos direitos individuais reclama igual – e na mesma medida, exatamente como reforço de suas existências – a tutela das vítimas, da comunidade em geral, na tentativa de restabelecimento do equilíbrio do convívio social.

Pelo menos em visões comparadas é bastante clara a posição no sentido de que, notadamente em relação aos delitos de corrupção (não só, é claro), deve haver uma atuação concreta, efetiva, diligente, adequada e célere dos Estados nacionais no esclarecimento e repressão de tais fenômenos delituosos. É que, defendemos ainda, "*também por indicar claramente uma exortação aos organismos nacionais responsáveis pelas investigações e aplicação das leis em situações genéricas envolvendo casos de corrupção do aparelho estatal, cabe destacar o teor da recente Resolução 1 de 2017, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na qual a CIDH reafirma, entre outras questões, a importância que tem a luta contra a corrupção para combater a impunidade, o que depende de uma justiça fortalecida, independente e imparcial. O mencionado órgão da Convenção ADH vai além ao recordar de forma explícita a todos os Estados membros da Comissão e da OEA "su obligación de implementar los mecanismos necesarios para prevenir, investigar y sancionar cualquier forma de corrupción que afecte el buen funcionamiento del sistema de administración de justicia y el Estado de Derecho". É ainda sensivelmente relevante a relação estreita feita pela CIDH entre a luta contra a corrupção e o exercício e gozo dos direitos humanos, asseverando que a impunidade serve*

---

[2] Vide o capítulo *How not to read the Constitution*. TRIBE, Laurence, e DORF, Michael. *On reading the Constitution.* Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 20).

[3] Obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, 2019, 2 ed., p. 183.

como impulso ao prosseguimento dos atos de corrupção. A Comissão atesta também que o estabelecimento de mecanismos efetivos para dar conta desses delitos é uma obrigação imperiosa dos Estados membros no âmbito interno de suas jurisdições"[4].

Feitas essas considerações gerais, anotamos que os textos estão (muito bem) divididos em seis capítulos: no primeiro, com dez abordagens, visões interdisciplinares com os mais variados matizes acerca dos problemas apresentados; no segundo, com nove textos, referentes a propostas de meios para prevenção à prática de atos de corrupção (temas dos mais relevantes); no terceiro, cinco abordagens sobre técnicas de investigação a respeito dessa criminalidade; no quarto, mais nove textos, agora com a (imprescindível) abordagem acerca da justiça penal negocial como essencial para o combate à corrupção; e, por fim, no sexto e último, o estudo de dois casos concretos (pois, para além da teoria, é fundamental a aplicação concreta das propostas).

O que se destaca como absolutamente importante é que todos os textos - mesmo que diante de eventuais premsisas e conclusões até em alguns casos não tão coincidentes entre si – trazem no bojo de suas apresentações a espinha dorsal dos conteúdos teóricos referidos anteriormente. Há indiscutivelmente uma simbiose de fundamentos na busca de elementos que possam, primeiro, prevenir condutas de corrupção, como de hipóteses em que se deva adotar os meios de investigação necessários para que, maximizando as obrigações processuais penais positivas, se encontrem meios para punir (se necessário), de forma correta, rápida e com todas as garantias, aqueles que tenham violado os interesses mais caros dos bens jurídicos protegidos nas normas penais de cunho transindividual.

Novamente recomendo a leitura dessa nova obra.

O aprendizado é constante, na busca daquilo que seja (ou possa ser) considerado como ideal.

As propostas – teóricas e/ou práticas – podem ser consideradas "utópicas" ?

Não as vejo assim.

Mas relembro Eduardo Galeano: "*A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar*" .

O "caminhar" – para estudar e debater - é o propósito essencial tanto do curso, como da obra em tela.

Precisamos acreditar e continuarmos caminhando.

Porto Alegre, março de 2020, no aguardo da tradicional estação das folhas.

[4] Op. cit., p. 185.

CAPÍTULO 1

ESTUDOS INTERDISCIPLINARES NO COMBATE À CORRUPÇÃO

O ESTADO MÍNIMO COMO UMA PROPOSTA LIBERAL PARA COMBATE À CORRUPÇÃO

Adilson Cabral de Souza Júnior
Kethley Rodrigues dos Santos

RESUMO: O paternalismo e o ranço estatista que exsurgem de diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 revelam premissas, promessas e direitos cujo cumprimento ocorrem às expensas do patrimônio e da liberdade geral do cidadão brasileiro, vítima do histórico intervencionismo estatal. Em virtude disso, e do invencível expansionismo do nosso Estado patrimonialista, acostumamo-nos com inevitáveis escândalos de desvio de verbas públicas e abusos de poder. Nesse contexto, o presente artigo lançará luzes sobre a formação dos Estados modernos ocidentais, sobre os fatos que culminaram na criação e crescimento do Estado brasileiro, seu viés intervencionista e como isso se degrada em corrupção, além de apontar medidas que podem contribuir para o combate desse flagelo social.

Palavras-chave: Corrupção. Estatismo. Intervencionismo. Liberalismo. Poder Público.

1. INTRODUÇÃO

Em meados de 2013, os brasileiros assistiram atônitos ao desencadeamento das manifestações que, posteriormente, tornaram-se as '*Jornadas de Junho*', movimentos populares voltados contra a precariedade do transporte coletivo subsidiado pelo Governo do Estado de São Paulo e, principalmente, contra a proposta de aumento da tarifa.

Anos depois, essas manifestações culminaram no *impeachment* da presidente Dilma Vana Rousseff, em agosto de 2016. Cobertas de razão, as centenas de pessoas que tomaram as ruas do país protestavam contra a corrupção e a favor da "Operação Lava-Jato". Não obstante, clamavam por mais gastos públicos em áreas como segurança, saúde, educação, etc.

As mesmas pautas voltaram à baila entre os meses de março e setembro de 2018, quando o Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão, lançou, em horário nobre, a campanha "O Brasil Que eu Quero*",* para registrar que 5.543[1] cidadãos sonhavam com um país onde serviços de educação, saúde, segurança, transporte e cultura fossem plenos e, logicamente, fornecidos pelo Estado.

Contaminadas pelo estatismo[2], esses indivíduos enxergam o Estado como a panaceia de todos os problemas nacionais, e não se importam em abdicar de sua liberdade em troca de sucessivas intervenções estatais na economia e na vida social, e de políticas paternalistas economicamente inviáveis.

1 Mais dados e informações sobre a campanha foram publicadas no seguinte endereço eletrônico: <https://rd1.com.br/campanha-o-brasil-que-eu-quero-da-globo-chega-ao-fim-com-numeros-espetaculares/>. Acesso em: 11 nov. 2019. Todos os vídeos da campanha foram publicados neste endereço eletrônico: <http://g1.globo.com/o-brasil-que-eu-quero/>. Acesso em: 11 nov. 2019.

2 O termo foi cunhado pela filósofa norte-americana Ayn Rand (1905-1982) para descrever a defesa do Estado em contraste com a liberdade do indivíduo e o ceticismo em relação as suas ações (RAND, 1962. pp. 35 e 44).

Historicamente, o brasileiro tem se comportado perante o Estado como a vítima da síndrome de Estocolmo, sem lhe esconder ou negar sentimentos de inabalável confiança. Contraditoriamente, debita nas condutas dos agentes públicos a razão de seus pesares e deles exige novas intervenções e políticas que, negligenciadas, deflagram um novo e destrutivo ciclo de dependência estatal.

Nesse contexto, pretende-se com este estudo estabelecer uma relação entre o estatismo – a inabalável crença na capacidade do Estado como produtor de riquezas e indutor do progresso – e o fenômeno da corrupção, à luz de conceitos e teorias jurídicas e sociológicas, com a atenção cravada nas múltiplas relações travadas no âmbito da Administração Pública (prioritariamente no Governo Federal, dada a sua abrangência e estabilidade histórica, bem como o vasto acervo de documentos e informações hoje disponibilizados na internet sobre suas atividades) e entre ela e os administrados (corrupção institucional).

Como ponto de partida, serão relacionados e traçados os fatos e os aspectos do processo que culminaram na formação dos modernos Estados ocidentais e, particularmente, do Estado brasileiro. Em seguida, serão destacados alguns dos elementos que distinguem a relação entre indivíduos e Estados, e como a nossa experiência política ocorreu de cima para baixo, de maneira verticalizada, com supremacia do Poder Público sobre a população.

Para tanto, foram incluídos dados e explicações fornecidas por autores brasileiros e estrangeiros e obtidos em fontes abertas de informações, periódicos e outros artigos científicos. Isto, ao final, permitirá a propositura de medidas capazes de contribuir para o combate desse flagelo social que é a corrupção. Tudo isso para esclarecer porque o Brasil figura entre os países mais corruptos do mundo.

2. A QUESTÃO DO PODER E A FORMAÇÃO DOS ESTADOS MODERNOS

No início da humanidade, "as sociedades primitivas […] viviam em estado permanente de luta, contra grupos vizinhos e contra a natureza para a obtenção de alimentos (AZAMBUJA, 2008, p. 110). Isso explica, nesse período, o exercício do poder (rudimentar) associado à aptidão física das pessoas reconhecidamente mais fortes e preparadas para defender o grupo.

A vida era parasitária, ou seja, nada era acrescentado ao suprimento de bens. Não existia comércio regular entre grupos tribais e tampouco a noção de propriedade privada, que só foi amadurecida com a ulterior divisão do trabalho – por associação natural e espontânea entre seus membros – e pela aplicação de novas tecnologias e o estabelecimento de núcleos familiares.

Já na Idade Média, a humanidade viu florescer uma aristocracia[3] liderada por reis dotados de riqueza, de razoável sabedoria e com plena jurisdição sobre os trabalhadores das terras. As leis decorriam do Direito

3 Visando enriquecer o presente estudo, vejam-se os seguintes argumentos do escritor e político Luiz Philippe de Orléans e Bragança, membro da Família Real Brasileira, verbis: "Oligarquia e aristocracia representam forças políticas que se caracterizam por poucos indivíduos influenciando o poder político de maneira desproporcional ao poder da maioria. O conceito de aristocracia, no entanto, já foi defendido por vários filósofos, historiadores e políticos que viam a influência desse grupo como positiva para o

Natural[4] e a relação entre os súditos e os monarcas baseava-se em consensos, com a possibilidade de resistência e abandono do soberano. Não havia um sistema monopolizado de jurisdição e o direito à propriedade privada era relativamente garantido. A cooperação social pela divisão do trabalho e pelas trocas diretas[5] e voluntárias de produtos entre os indivíduos impulsionaram o investimento de inteligência e energia na transformação dos recursos naturais, elevando, assim, o padrão de vida geral (HOPPE, 2018).

Esse período, conhecido como feudalismo alodial, "foi uma tentativa de se organizar o governo de vastos territórios sem se lançar mão de burocratas ou de métodos burocráticos", o que se revelou um completo fracasso: "senhores feudais […] tornaram-se como que príncipes independentes, a lutar sem cessar uns contra os outros" (MISES, 2018, p. 26-27).

Posteriormente, com a substituição dos senhores feudais pelos reis absolutistas, a legislatura, a jurisdição e a arbitragem passaram ao seu monopólio. Foram criados os primeiros exércitos permanentes, unificada a máquina de arrecadação de tributos que, a partir de então, ganhou caráter cogente, interrompendo, assim, uma longa tradição de formação de consensos acerca dos subsídios que os soberanos faziam jus. Foi o período em que se fixaram as bases das relações diplomáticas entre os países e da adoção do mercantilismo como sistema econômico. Ao se tornar Estado[6], os reis absolutistas aboliram a autonomia de vassalos e de grupos oligárquicos (MISES, 2018), relativizando o direito à propriedade privada (que, então, passou à condição de mera concessão real).

Assim, os antigos aristocratas e o povo renderam-se à pressão do novo rei. Este, por sua vez, crendo que o isolamento no poder não lhe era propício, cercou-se de burocratas e dos intelectuais responsáveis pela criação das bases ideológicas desse novo regime, como Thomas Hobbes e John Locke, preocupados em justificar "o postulado do rei ao poder absoluto como resultado de uma espécie de acordo contratual dos súditos […] com base no mito da ameaçadora volta à *bellum omnia contra omnes*"[7] (HOPPE, 2018, p. 128).

---

coletivo. A grande distinção entre as duas está na intenção de cada uma. Teoricamente, em sua concepção clássica, uma aristocracia age pelo interesse comum, ao passo que uma oligarquia age em interesse próprio". E arremata: "O Brasil republicano é caracterizado por um modelo oligárquico com rupturas populistas" (BRAGANÇA, 2017, pp. 134 e 139).

4 Para o filósofo e economista Murray N. Rothbard (2010), "os princípios legais de qualquer sociedade podem ser estabelecidos de três maneiras diferentes: (a) seguindo-se os costumes tradicionais da tribo ou comunidade; (b) obedecendo-se à vontade arbitrária e ad hoc daqueles que governam o aparato estatal; ou (c) utilizando a razão humana para descobrir a lei natural – resumindo, por conformidade subordinada aos costumes, por capricho arbitrário ou pelo uso da razão humana" (ROTHBARD, 2010, p. 71). Concordamos com o autor quando aponta o Direito Natural como o "mais apropriado para o homem, mais nobre e plenamente humano, e mais potencialmente "revolucionário" vis-à-vis qualquer status quo conhecido" (Ibid.).

5 "O caminho social determinado pelas necessidades naturais do homem é o caminho dos 'direitos de propriedade' e do 'livre mercado' de se doar ou trocar tais direitos. Trilhando este caminho, os homens aprenderam a evitar métodos "selvagens" de lutar por recursos escassos, de acordo com os quais A só pode adquiri-los à custa de B, e aprenderam a multiplicar imensamente estes recursos de produção e trocas pacíficas e harmoniosas" (ROTHBARD, 2010, p. 26).

6 Entrou para a história a famosa frase "*L'état c'est moi*", proferida pelo rei da França Luís XIV, identificado como a expressão máxima do absolutismo monárquico, e do qual algumas autoridades públicas creem, firmemente, serem descendentes diretos.

7 Ao discorrer sobre a "ideia do super-homem", o economista Claude-Frédéric Bastiat (1987) indaga, muito apropriadamente: "As pretensões dos organizadores da humanidade dão lugar a outra pergunta, que, com frequência, lhes tenho feito e à qual, pelo que sei, nunca foi dada resposta. Assim, se as tendências naturais da humanidade são tão más que se deve privá-la da liberdade, como se explica que as tendências dos organizadores possam ser boas? Por acaso os legisladores e seus agentes não fazem parte do gênero humano? Será que se julgam feitos de barro diferente daquele que serviu para formar o resto da humanidade?". E arremata

Erigida para justificar o poder absoluto, a teoria contratualista fincou as raízes dos vindouros Estados modernos ocidentais no fértil terreno dos séculos XVII, XVIII e XIX, palco de guerras e revoluções[8] que descambaram para o surgimento de monarquias reguladas por constituições que cuidaram de limitar o poder estatal e garantir direitos mínimos[9].

Um dos mais famosos contratualistas foi o filósofo Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), cujo racionalismo (que implicava na submissão da realidade a um esquema dogmático) coletivista (por deslocar da "vontade geral" (ROUSSEAU, 1999, pp. 33-38) os genuínos interesses de cada indivíduo) serviu para desprender "os homens de seus laços sociais e religiosos" (GARSCHAGEN, 2019, p. 17) e destruir tradicionais organismos e autoridades civis, criando uma "poeira de indivíduos em face do poder do Estado" (SOUSA, 1971, p. 65).

Bruno Garschagen (2019 *apud* JOUVENEL, 2010. p. 216) comenta:

> Foi a luta do Estado contra os poderes criados dentro da sociedade que […] conduziu à destruição de todo comando em proveito apenas do comando estatal […] à perfeita igualdade de todos os cidadãos entre si, ao preço de seu igual aniquilamento diante do poder estatal, seu senhor absoluto; ao desaparecimento de toda força que não venha do Estado, a negação de toda superioridade que não seja consagrada pelo Estado; e à atomização social, a ruptura de todos os laços particulares entre os homens, mantidos juntos apenas por sua comum servidão para com o Estado (GARSCHAGEN, 2019, p. 18-19).

Ironicamente, as forças que escudaram os reis feudalistas, absolutistas e constitucionalistas também abriram caminho para a democracia, impulsionadas pelos mesmos intelectuais que, insatisfeitos com a sua posição social, passaram a reclamar o controle do judiciário pelo homem comum (ou seja, eles mesmos, "que se viam como porta-vozes naturais do povo"), apelando à ideia de "igualdade de todos perante a lei ou de superioridade da lei sobre todos" (HOPPE, 2018, pp.129-130).

Com o fim do absolutismo surgiram os regimes que até hoje padecem dos mesmos vícios que o processo democrático prometeu eliminar: a existência de privilégios e discriminações não extensíveis a maioria das pessoas, a supervalorização e a inflação de leis positivadas e o contínuo encarecimento da justiça. Com efeito, "longe de haver varrido o gerenciamento burocrático do mapa, só o que fez foi assentá-lo numa base legal e constitucional", tornando a lei soberana "na condução da administração civil" (MISES, 2018, p. 27).

Mais recentemente, com o advento do "*Welfare State*", o contorno dos Estados expandiu-se para além do necessário, impondo o avanço contra a liberdade e o patrimônio das pessoas para manter subsídios, subvenções e reservas de mercado que, na verdade, são os pilares de um modelo socioeconômico fadado ao fracasso, na medida em que estreitam o campo de atuação dos indivíduos:

---

o escritor francês: "Dizem que a sociedade, abandonada à sua própria sorte, corre fatalmente para o abismo, porque seus instintos são perversos. Pretendem detê-la nesta corrida, imprimindo-lhe nova direção. Eles receberam então do céu inteligência e virtudes que os colocam fora e acima da humanidade" (BASTIAT, 1987, p. 61).

8 Dentre elas, destacam-se a Revolução Gloriosa (1688-1689), a Guerra de Independência dos Estados Unidos da América (1775-1783) e a Revolução Francesa (1789-1799), que "varreu o mundo com o ímpeto de um vendaval […] levou milhares de condenados à guilhotina […] havia-se espraiado como uma onda sísmica pelo mundo" (GOMES, 2010, pp. 45-46).

9 Ambos os termos foram cunhados por Albert Jay Nock (1946), para quem o "poder social" é "o poder do homem sobre a natureza" enquanto o "poder estatal" atua para drenar os frutos dessa relação em benefício de uma elite burocrática (NOCK, 1946, p. 04).

> Em todos os lugares, os Estados democráticos estão prestes a falir. Ao mesmo tempo, a qualidade da lei se deteriora constantemente ao ponto em que a ideia da lei como corpo de princípios universais e imutáveis da justiça desapareceu da opinião e da consciência públicas, substituída pela ideia da lei como legislação. Todos os detalhes da vida privada, da propriedade, do comércio e do contrato são regulados cada vez mais por montanhas de documentos legais. Em nome da segurança nacional, pública ou social, os zeladores democráticos nos "protegem" do aquecimento e do resfriamento globais, da extinção de animais e de plantas e do esgotamento dos recursos naturais, dos maridos e das esposas, dos pais e dos patrões, da pobreza, da doença, do desastre, da ignorância, do preconceito, do racismo, do sexismo, da homofobia e de incontáveis outros "inimigos" públicos e "perigos". Ainda assim, a única tarefa que o governo deveria assumir – proteger a vida e a propriedade –, ele não o realiza. Ao contrário, quanto mais o gasto do Estado em segurança nacional e em programas sociais e públicos aumentou, mais os direitos à propriedade privada diminuíram, mais a propriedade foi expropriada, confiscada, destruída e depreciada (HOPPE, 2018, p. 142).

Sem embargo, não podemos deixar de reconhecer que o Estado é um mal necessário do qual não podemos prescindir, mas que carece de limites. Afinal, qualquer governo é melhor que nenhum governo. Para Donald Stewart Jr (2018):

> O seu papel, portanto, deve ser limitado; o poder de coerção só deve ser usado para garantir o cumprimento das regras, para garantir os direitos individuais estabelecidos pelas próprias regras, para fazer com que sejam cumpridos os contratos e compromissos assumidos entre os cidadãos (JR, 2018, pp. 48-49).

Nos países herdeiros da tradição feudal, é conhecida a discussão sobre o tamanho do Estado: de um lado, minarquistas advogam que a sua função seja somente resguardar a ordem, distribuir justiça e fixar regras mínimas que garantam o direito à propriedade privada, à vida e o cumprimento de contratos; de outro lado, encontram-se os que pugnam por um Estado máximo, interventivo, capaz de interferir na economia para minimizar as deficiências do capitalismo, distribuir riquezas e impedir a concentração de renda.

Se a história da humanidade pode ser contada a partir do embate o poder estatal e as pessoas, como se situa o Brasil nesse cenário? É o que se analisa na próxima seção.

3. A FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Por volta de 1831, o político francês Alexis de Tocqueville desembarcou na cidade de Nova Iorque com a missão de analisar e compreender o sistema prisional americano. Ao retornar à França, em fevereiro de 1832, o conde de Tocqueville apresentou seu relatório ao governo, detalhando tudo que presenciou. O documento, intitulado "Da Democracia na América"[10], repercutiu positivamente no espírito dos franceses, espalhou-se rapidamente e se tornou um clássico da ciência política mundial, por tratar, com fina precisão, dos elementos formadores da sociedade estadunidense, descrever as bases de sua pujante economia e de seu sistema

10 Uma cópia eletrônica do livro/relatório pode ser descarregada do seguinte endereço eletrônico: <https://oll.libertyfund.org/titles/tocqueville-de-la-democratie-en-amerique-4-vols-12th-ed-1848>. Acesso em: 01 nov. 2019.

político. Segundo Tocqueville (2012), as comunidades norte-americanas pareciam "saídas das mãos de Deus" (TOCQUEVILLE, 2012, pp. 50-61).

Também em 1831, Alexis de Guignard, o conde de Saint-Priest, representante do governo francês no Rio de Janeiro, pôde testemunhar uma das etapas mais turbulentas do Brasil, que se seguiram após o término da conflituosa Guerra da Independência até a abdicação do trono imperial.

O país mal havia se separado da coroa portuguesa – ao custo de dois milhões de libras esterlinas (GOMES, 2010) – quando se embaralhou na espiral de eventos que culminou na partida de Dom Pedro I para Portugal. Escândalos amorosos, acirramento de ânimos entre brasileiros e portugueses, as condições do tratado de independência, o vexaminoso final da Guerra da Cisplatina, uma economia em frangalhos e um exército desmobilizado foram os fios condutores desse desenlace. Nesse contexto, registrou Alexis de Saint-Priest (S.I.): "ninguém pode governar, todo mundo intriga e as relações do governo com seus adversários não são de luta, mas de conspiração" (FALCÃO, 2006, p. 10).

Dois franceses, um continente e países com histórias diametralmente distintas. Em que encruzilhada da história, Brasil e Estados Unidos da América se separaram? Por que fomos incapazes de trilhar o caminho de sucesso percorrido pelos norte-americanos, que foram felizes no enfrentamento da corrupção e tornaram-se a maior potência econômica do planeta? O que explica o fato do nosso país se encontrar entre as nações mais corruptas do planeta?. Bragança (2017) registra que, a partir de 1890, os americanos criaram uma "legislação e estruturas para fragmentar o poder das oligarquias políticas e econômicas", implementaram "mecanismos de democracia direta" e destruíram diversos monopólios políticos e econômicos (BRAGANÇA, 2017, p. 171). Enquanto isso, o Brasil permaneceu à mercê de grupos de interesses perversos que manipulavam a legislação em seu benefício e criaram privilégios não extensíveis à população, visando o controle total do poder estatal:

> O Brasil vive sucessivas trocas de oligarquias no poder desde a Proclamação da República. De 1889 em diante, o país teve seis constituições e cada uma delas foi marcada pelos interesses da oligarquia vigente […] Há aquelas que agem por interesses políticos de poder e controle; e as que atuam movidas por interesses econômicos e financeiros. Ambas, porém, têm como propósito final o controle total do Estado (BRAGANÇA, 2017, pp. 129-131).

Isso se deve, basicamente, à existência de um aparato estatal altamente especializado, de uma escorchante carga tributária e, principalmente, da feição centrípeta de poder assumida pelos sucessivos governos, fruto de diversas rupturas institucionais (BRAGANÇA, 2017).

Sem embargo, parece-nos que esses fatores – inclusive a corrupção – tratam-se mais de efeitos do que a verdadeira causa do problema, qual seja o patrimonialismo herdado do Estado lusitano, marcado pela existência de uma "autoridade patriarcal original, que alargou a sua dominação doméstica sobre territórios, pessoas e coisas […] passando a administrá-lo tudo como propriedade familiar" (VÉLEZ-RODRÍGUEZ, 2015, p. 94), e por uma "cultura da personalidade", que tornava impossível "um acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida" – ou seja, o próprio Estado – o que explica, hoje, a nossa falta de coesão social (HOLLANDA, 1971, p. 04).

O patrimonialismo é expressão acabada das ideias que redefiniram e reafirmaram as bases do poder político português na metade do século XVIII, engendradas por Sebastião José de Carvalho e Melo (1699-1782), o *mui* conhecido Marquês de Pombal. Produto dos ideais iluministas, o pombalismo justificativa o autoritarismo estatal ao decretar que "a modernização e a prosperidade deveria ser consequência da ação do governo e não dos membros da sociedade [...] de cima para baixo a partir da concentração de poder"[11] (GARSCHAGEN, 2015, p. 61). No Brasil – tratado como mera propriedade da Coroa portuguesa –, essa doutrina foi responsável pela manutenção da sociedade no atraso intelectual e no mais completo isolamento[12], além de intervenções pontuais na agrária economia nacional como, por exemplo, a criação de algumas companhias estatais.

Gomes (2013) anota que o império luso-brasileiro permanecia "forte e centralizado"[13], "controlava e se metia em tudo", inibia "o risco e a livre iniciativa" e proibia que sociedades funcionassem "sem autorização do Conselho de Estado", que, por sua vez, "regulamentava e também amparava as empresas [...] autorizando ou proibindo seu funcionamento, proporcionando subsídios, garantindo juros [...] definindo prioridades e assegurando isenções", disso resultando uma "proliferação do empreguismo público" que, já naquela época, "representava 70% das despesas do governo" (GOMES, 2013, pp. 100-101).

A centralização de poder, o intervencionismo e a assunção de tantas e variadas funções redundaram, assim, no inchaço do aparelho burocrático[14] – focado, prioritariamente, na satisfação dos interesses reais – e na cobrança de excessivos recursos que, sem levar em conta a real capacidade contributiva das pessoas, deu causa às revoltas populares. Em razão da atávica prodigalidade luso-brasileira, a Corte tornou-se a porta de entrada para inescrupulosos comerciantes, fazendeiros e traficantes de escravos que se enriqueceram em troca de favores espúrios[15] [16].

Com a proclamação da República, em 1889, e a ascensão dos positivistas ao poder, o cientificismo pombalino permaneceu intacto como modelo desejado de governança autoritária e intervencionista. O positivismo conferiu ao Estado um "caráter distributivista [...] aberto ao populismo do 'pai do povo' e com marcados preconceitos em face do capitalismo", exceto aquele "decorrente do Estado-empresário, que garantiria a riqueza da Nação" (VÉLEZ-RODRÍGUEZ, 2015, p. 185). A "Monarquia parlamentar constitucional"

11 O deslocamento do eixo dos poderes político, social e econômico para a figura do Estado, em torno da qual a vida passaria a gravitar, é uma realidade ainda sentida na maioria dos países de tradição ibérica.

12 Até abril de 1808, vigoravam decretos que proibiam a fabricação de qualquer produto no Brasil e, também, a abertura de estradas (GOMES, 2007).

13 O artigo 98 da '*Constituição Política do Império do Brazil*', de 25 de março de 1824, estabelecia que o "*Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante",* cuja pessoa era inviolável, sagrada e isenta de quaisquer responsabilidades (artigo 99). Norma semelhante foi mantida no artigo 86 da atual constituição brasileira.

14 Laurentino Gomes apurou que "entre 10000 e 15000 portugueses atravessaram o Atlântico junto com D. João" e que "a corte portuguesa no Brasil era entre 10 e 15 vezes mais gorda do que a máquina burocrática americana". Segundo ele, "era uma corte cara, perdulária e voraz", "corrupta" e "ociosa", financiada por "listas de subscrição voluntária, que os ricos e poderosos da colônia assinaram de muita boa vontade porque tinham a certeza de obter trocas rápidas e generosas vantagens" e, posteriormente, pelo "aumento indiscriminado de taxas e impostos" (GOMES, 2007, pp. 150 e 189).

15 Para cativar a elite brasileira, "rica em dinheiro porém destituída de prestígio e refinamento", "D. João outorgou mais títulos de nobreza do que em todos os trezentos anos anteriores da história moderna portuguesa", formando 28 marqueses, 8 condes, 16 viscondes e 4 barões, além de 4.048 insígnias de cavaleiros, comendadores e grã-cruzes da Ordem de Cristo, 1.422 comendas da Ordem de São Bento de Avis e 590 comendas da Ordem de São Tiago (GOMES, 2007, p. 197).

16 Séculos mais tarde, esse perverso esquema de "toma lá, dá cá!" ensejou a concretização do segundo maior caso de corrupção da humanidade: o "Petrolão" (O GLOBO, 2016).

havia terminado, “mas a natureza do Estado patrimonial se manteve viva e ganhou nova roupagem” (GARSCHAGEN, 2015, p. 81), desenvolvendo-se “à maneira do Estado português, a partir do crescimento estatal e da concentração de poder”, o que acabou esvaziando do “imaginário popular o sentido de dever e de responsabilidade existente durante a Monarquia” (Ibid., p. 127).

A constituição promulgada em 1891 é um retrato fiel desse período, como assevera Oliveira Vianna (1929):

> Durante 30 anos haviam deblaterado contra o Império e seus homens, numa campanha em grande parte pessoal; mas, durante esse longo lapso de tempo, de germinação e triunfo da ideia republicana, não pensaram sequer em elaborar um plano detalhado e preciso de Constituição e governo. Podiam ter-nos dado um belo edifício, sólido e perfeito, construído com a mais pura alvenaria nacional – e deram-nos um formidável barracão federativo, feito de improviso e a martelo, com sarrafos de filosofia positivista e vingamentos de pinho americano (VIANNA, 1929, p. 58).

3.1. O ESTADO BRASILEIRO E SUAS CONSTITUIÇÕES

A propósito, o caráter patrimonialista e autoritário do Estado brasileiro pode ser haurido das constituições promulgadas após a instalação do regime republicano.

Fruto das rebeliões que abalaram o país na década de 1920 (conhecidas como “*rebeliões tenentistas*”) e inspirada no totalitarismo muito em voga na Europa, a constituição de 1934 restringiu direitos fundamentais; estabeleceu a censura (artigos 113, § 9º e 174, § 5º); concebeu estados de guerra e de sítio que, uma vez acionados, permitiam a suspensão de garantias básicas; concentrou poderes nas mãos do presidente; regulava a ordem social e econômica e interferia nas relações de trabalho (artigo 121); instituiu um nacionalismo xenofóbico (artigos 107, alínea ‘*c*’, 121, §§ 6º e 7º, e 113, § 5º) e até um programa eugênico de melhoramento de raça (artigo 138, alíneas ‘*b*’ e ‘*g*’), além de dispôs sobre minudências típicas de leis ordinárias (artigos 113, inciso XXXIV, 124, 127 e 184).

Do mesmo modo, a constituição de 1937, outorgada pelo autoritário Getúlio Vargas, conferiu um colorido macabro à nova ordem que exalava os seus 187 artigos, através da proibição de símbolos que não fossem os nacionais (artigo 2o); da concessão de poderes quase absolutos ao governo federal (artigo 73); da criação de representantes biônicos (artigo 27); da anulação do Poder Legislativo e introdução da pena de morte (artigo 122), além da censura (artigo 123), da instituição de um estado de emergência, manutenção do estado de guerra, da possibilidade de suspensão de determinados dispositivos constitucionais (artigo 170) e por meio da dissolução do Congresso Nacional (artigo 178).

Já a quarta constituição republicana, de 1946, garantia a liberdade de expressão, mas com ressalvas (artigo. 141, § 5º). Foi suprimido do texto o instituto do plebiscito (que só retornou com a edição da Emenda Constitucional n. 04) e estabelecido um sistema parlamentar de governo. Essa Carta Magna tratou de relativizar o direito à propriedade privada (artigos 141, § 6º, e 147) e desfilou um rol de medidas intervencionistas (artigos 157 e 158) e privilégios (artigos 27, 203 e 33 do atos e disposições transitórias).

Já a penúltima constituição, promulgada no curso de um regime militar (1964-185), retirou dos brasileiros a eleição direta para a chefia do governo federal; retomou o nacionalismo xenofóbico da década de 1930 (artigo 91); abusou de conceitos elásticos e indeterminados que serviam de parâmetro para a suspensão de direitos

e garantias; corroborou os atos institucionais extravagantes e autoritários[17] (durante esse período foram editados dezessete) e garantiu dezenas de privilégios (artigo 178 dos atos e disposições transitórias)[18].

Com a redemocratização do país, em 1985, o Brasil recebeu a sua sétima constituição, aos 05 de outubro de 1988, marcada pela prolixidade, detalhismo, pelo expressivo número de dispositivos – originalmente, foram promulgados 250 artigos no texto principal e 70 nas disposições transitórias –, em sua maioria estranhos às matérias constitucionais[19], e pela concessão e manutenção de antigos privilégios classistas (artigo 133). A despeito dos inúmeros avanços em questões como garantias e liberdades públicas, a Constituição Federal de 1988 só não é mais patrimonialista e intervencionista que a carta política da República de Cabo Verde, que se apropriou até dos mortos (artigo 6º, item '2').

A constituição oitentista foi promulgada antes da queda do muro de Berlim, marco histórico que decretou a completa falência de regimes socialistas totalitários, centrados no absoluto e infalível planejamento estatal. O contexto era de franca liberalização da economia mundial (desregulamentação, privatização, simplificação fiscal e de integração das finanças internacionais), mas o texto aprovado pela Assembleia Constituinte materializou um "nacionalismo exacerbado" e um "patrimonialismo reacionário", com a "ampliação de monopólios estatais" e "imposição de barreiras", segundo registra Roberto de Oliveira Campos, um dos seus maiores detratores (CAMPOS, 2018, p. 266). Segundo ele, o objetivo da carta magna "não é limitar o poder do governo, a fim de garantir a liberdade do cidadão, e sim promover transformações econômicas e sociais, segundo critérios voluntaristas" (Ibid.). Isso, em alguma medida, converge com o pensamento do filósofo Hans-Hermann Hoppe (2018), para quem "a constituição não era algo que protegia as pessoas do rei, e sim o rei das pessoas" (HOPPE, 2018, pp. 128-129).

Roberto Campos sempre atacou as bases ideológicas da constituição, afirmando que ela emula "sociedades cartorial-mercantilistas do passado" (CAMPOS, 2018, p. 271). E continua:

> Exemplos de dispositivos pitorescos são o tombamento do mercado interno como patrimônio nacional (art. 219); a licença-paternidade de oito dias; o monopólio do transporte de gás natural de qualquer origem (art. 177, inciso IV); a doença é nossa, ficando proibida a instalação de hospitais estrangeiros (art. 199, § 3º); faculta-se o voto infantojuvenil para os maiores de 16 anos que, entretanto, continuarão penalmente inimputáveis […]. Na categoria de imprudências econômicas, podem citar-se as seguintes: […] a nacionalização da atividade mineradora (art. 176) […] direito de greve, sem qualquer restrição (art. 9º); salário mínimo nacionalmente unificado, inclusive transporte e moradia (art. 7º); monopólio estatal da telefonia (art. 21, inciso XI); o subsolo passa a ser bem da União […] avanços sociais decretados constitucionalmente, quando deveriam resultar de acordo coletivos ou de lei ordinária, ajustando-se flexivelmente à situação das empresas, à conjuntura de

17 Na prática, os atos institucionais suplantavam a força normativa da constituição federal. O mais arbitrário deles foi publicado em 13 de dezembro de 1968 ('*AI-5*'), para fechar o Congresso Nacional e autorizar o Poder Executivo a "legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas na Constituição" (artigo 2º, § 1º), suspender garantias e direitos políticos e cassar mandatos eletivos. Nesse período foram realizadas grandes obras públicas que ensejaram a expansão das despesas públicas e excessos na organização do poder.

18 Bragança (2017) assinala que "o regime militar […] foi um período de grande intervenção do Estado na economia e na sociedade", marcado pelo "protecionismo, o número de controles […] a criação de novos monopólios e de empresas estatais", tudo sustentado por uma carga tributária que equivalia 27% do PIB nacional (BRAGANÇA, 2017, p. 88).

19 É célebre o texto do artigo 242, § 2º, que manteve o Colégio Pedro II na órbita federal.

> mercado, à evolução tecnológica (aqui se incluem os dispositivos sobre jornada de trabalho, turnos de revezamento, prazo de prescrição dos contratos etc.). O corporativismo antidemocrático, com descaso pela "igualdade de todos perante a lei", se manifesta no tratamento especial para certas profissões ou grupos: [...] os advogados, aos quais se atribui indispensabilidade; os garimpeiros, que passaram a ter prioridade na pesquisa e lavra em sua área de atuação (CAMPOS, 2018, p. 272).

O economista arremata:

> O texto é também fértil em utopias sociais. Como os constituintes se dispensam de calcular os custos ou especificar quem pagaria a conta, o Estado brinca de Deus, dando tudo a todos. Eis alguns exemplos: garantia de atendimento ao educando fundamental, inclusive transporte e alimentação (art. 208); transporte urbano gratuito para os idosos de mais de 65 anos (art. 230); garantia de um salário mínimo para cada portador de deficiência e idoso pobre (art. 230); prestação de assistência social a quem dela necessite, independentemente de contribuição social (art. 203) [...]. Os ambientalistas podem considerar-se premiados, pois que todos passamos a ter direito ao ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) (CAMPOS, 2018, p. 273).

É impossível não reconhecer que o Estado brasileiro é absurdamente patrimonialista e, por isso, busca "interferir e a regular os diferentes modos de vida com a finalidade de enquadrá-los à agenda política ou à ideologia no poder" (GARSCHAGEN, 2015, p. 42), concretizando em sua certidão de nascimento aquilo que Miguel Reale (s.d.) chamava de "totalitarismo normativo" (REALE, s.d.), fruto de "um documento híbrido no político, utópico no social" e "estatólatra no econômico" que ignora princípios basilares como os da subsidiariedade e da intervenção mínima (CAMPOS, 2018, pp. 304 e 310). A esses fatores soma-se o forte sentimento anticapitalista capaz de inibir o empreendedorismo e penalizar o lucro, respaldado em um sistema tributário que mais parece "uma árvore de natal para o governo, e câmara de tortura para os contribuintes" (CAMPOS, 2018, p. 297).

4. OS EFEITOS DA INTERFERÊNCIA GOVERNAMENTAL

Como foi ressaltado na primeira seção, o Estado é uma invenção humana destinada, basicamente, à consecução dos seguintes objetivos: proteção da ordem interna, segurança externa, distribuição de justiça e fixação de regras mínimas de proteção à propriedade privada, à vida e aos contratos[20], impondo-se a criação de um ambiente propício ao florescimento de relações interindividuais baseadas em trocas harmônicas e voluntárias de produtos e serviços, a partir de uma intrincada e cuidadosamente equilibrada rede de preços.

Todavia, quando o Estado transborda desse objetivo primordial e passa a interferir, direta ou indiretamente, nesse sistema, desequilibrando as relações e forçando os indivíduos a conduzirem "suas atividades de maneira diversa da que escolheriam caso tivessem de obedecer" apenas aos seus desígnios, ocorre aquilo que o economista austríaco Ludwig von Mises (2018) denominou de "lógica do intervencionismo", decorrência indesejável de um Estado patrimonialista que não reconhece seus próprios limites (MISES, 2018, p. 81 a 103) e trata tudo e todos como propriedade. Esse tortuoso esquema de poder assume as mais variadas formas,

20 Segundo Joseph Stiglitz, prêmio Nobel de Economia em 2001, o Estado deve exercer três funções: a (a) alocativa: de aplicação dos recursos arrecadados em serviços públicos; a (b) distributiva: de redistribuição dos recursos aos setores indivíduos favorecidos; e a (c) estabilizadora: de correção das distorções do mercado e garantia de emprego e desenvolvimento (STIGLITZ, 2000).

como impostos, taxas, inflação, proibição de produtos, taxação excessiva de produtos importados, tabelamentos, criação de monopólios e carteis, licenças, lei de salário-mínimo, alistamento militar obrigatório, imposição de tarifas de serviços públicos, desonerações seletivas, etc.

Para Rothbard (2012, p. 32), existem três espécies distintas de intervenção: a (a) autista, relacionada às liberdades públicas e à proibição de consumo; a (b) binária[21], que envolve desafia "uma troca [quase sempre involuntária] entre [o interventor] e o sujeito"; e, por fim, a (c) triangular, que compele ou mesmo proíbe a troca entre dois indivíduos (controles de preços, do comércio e dos contratos). Em qualquer dessas situações, é certo que todos os indivíduos perderão em utilidade com a interferência estatal, diferentemente do que ocorreria se fossem livres para agir e, então, maximizar o lucro marginal de suas ações segundo critérios e valores próprios, o que, necessariamente, reverteria em benefício de todos (ROTHBARD, 2012).

Por exemplo, os subsídios concedidos a alguns poucos agentes econômicos (geralmente selecionados com base em critérios estritamente pessoais) criam incentivos negativos ao empresariado que, diante disso, passa a negligenciar a produção e diminuir investimentos. A longo prazo, os ganhos dos setores privilegiados que abdicaram da eficiência para depender do socorro estatal restarão distorcidos e deslocados para setores incapazes de suprir as necessidades dos consumidores. Consequentemente, o padrão geral de vida regredirá e as pessoas se preocuparam mais em obter privilégios do que reverter esse quadro.

O mesmo ocorre quando o Estado atua diretamente na economia, por meio de empresas custeadas com verbas públicas. Naturalmente, essas estatais não enfrentam o difícil teste de lucro e prejuízo típico de livres mercados e, invariavelmente, serão tão ineficientes quanto as empresas privadas subsidiadas. Também no longo prazo, deparando-se com setores desinteressados e/ou temerosos em realizar investimentos, os trabalhadores buscarão no funcionalismo as oportunidades que já não encontram na iniciativa privada, ensejando, assim, a expansão da burocracia e, também, da carga tributária.

A ocorrência desse ciclo perverso de intervenções só é possível no âmbito de um Estado patrimonialista que planeja conformar a sociedade ao seu escopo autoritário, visando regular os mínimos detalhes da vida, impor padrões de correção e moralidade que, ao fim e ao cabo, produzem um "estado de perplexidade e desorientação" e de "dissolução dos laços de solidariedade social, que desemboca no indiferentismo moral, no individualismo egoísta e na criminalidade" (CARVALHO, 2012).

Para Frédéric Bastiat (1987):

> Enquanto tais ideias prevalecerem […] a responsabilidade do governo é imensa. Os bens e os males, as virtudes e os vícios, a igualdade e a desigualdade, a opulência e a miséria,

21 Por exemplo, a atividade tributária é uma forma de intervenção binária, pois se vale da coerção (e aqui não se discute a moralidade dessa ação, mas o fato objetivo que exsurge da involuntariedade) para extrair de determinado indivíduo (força produtiva) parte de sua riqueza, o que o economista político Franz Oppenheimer chamou de "meio político" para obtenção de satisfações materiais (OPPENHEIMER, 1926, pp. 24-27). Neste ponto, algumas informações fazem-se necessárias: até a conclusão do presente artigo, os brasileiros pagaram cerca de dois trilhões reais em impostos (Associação Comercial de São Paulo, 2019); em 2018, foram exigidos dos cidadãos 153 dias de trabalho para fazer frente a sanha arrecadatória estatal (no ano de 2010, foram apenas 148 dias) (EXTRA, 2019); estudo realizado pelo IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação) com base na carga tributária (arrecadação em relação ao PIB) e no IDH (índice de desenvolvimento humano) de 30 países revelou que o 'índice de retorno de bem-estar à sociedade' brasileira (em relação aos tributos arrecadados) é menor que o de países como a República Tcheca, Eslováquia e Eslovênia (IBPT, 2019). Com efeito, o nosso Estado arrecada como um país de primeiro mundo e ostenta níveis venezuelanos de desenvolvimento humano.

> tudo emana do governo. Ele se encarrega de tudo, mantém tudo, faz tudo, logo, é responsável por tudo. Se somos felizes, certamente reclama nosso reconhecimento com todo direito. Mas se nos encontramos na miséria, só poderemos acusá-lo de ser o responsável. Por acaso não dispõe ele de nossas pessoas e de nossos bens? Por acaso a lei não é onipotente? (BASTIAT, 1987, pp. 63-64).

Entretanto, o Estado não dispõe de todo o conhecimento humano que lhe permita interferir com sucesso na economia ou na vida dos indivíduos. As informações necessárias para essa empreitada só podem ser encontradas dispersas em um ambiente realmente livre, onde são diariamente submetidas a um processo interacional de tentativa e erro visando acomodar os milhares de interesses em jogo. Isso possibilita a criação de mecanismos capazes de garantir confiança, segurança e estabilidade ao fluxo de dados e de superar as inerentes assimetrias de informações.

Como já foi dito, os efeitos das ações governamentais desequilibram esse fino arranjo social e são tão ou mais destrutivos do que a própria corrupção, como defende o economista Samuel Pessoa (2016):

> Mas o custo da corrupção é muito menor do que o que as pessoas imaginam. O combate à corrupção, embora melhore o país, não fará aparecer recursos vultosos do Tesouro nacional. O Estado brasileiro está mal dimensionado. Arrecada menos do que gasta. E não porque está crescendo menos. Arrecada menos do que gasta por um problema estrutural, que gerou expectativas ruins, que geraram crescimento econômico baixo. O nó brasileiro hoje é o Estado (PESSOA, 2016).

Assim, quanto maior for a intervenção do Estado na economia e na vida dos indivíduos, mais incentivos existirão para que ofereçam subornos e articulem proteções e facilidades em detrimento da concorrência, de investimentos e da inovação necessários ao progresso do país.

4.1. OS GOVERNOS PETISTAS

Todo Estado patrimonialista inclina-se à concentração de poder, à expansão sem limites e, por fim, à atomização da sociedade, que nunca poderá ser maior que ele próprio e, portanto, passa a ser encarada como mero instrumento para a consecução de seus interesses, abrindo caminho para o mais puro totalitarismo. Logo, Estados com essa feição tornam-se campos férteis para o florescimento de governos despóticos que, consequentemente, buscarão aparelhar a burocracia (órgãos, estatais, sociedades controladas e até sindicatos e outras organizações representativas) para impor uma agenda de poder sem a democrática validação do parlamento.

No Brasil, particularmente, os elementos, circunstâncias e ações que sintetizam o patrimonialismo e seus consectários convergem com os expedientes engendrados pelo Partido dos Trabalhadores (PT) à frente do governo federal. Essa avaliação é estritamente objetiva, sem nenhum viés partidário e absolutamente necessária para entender como um Estado paquidérmico pode se tornar presa fácil e uma arma poderosa em mãos criminosas, piorando a vida dos cidadãos.

Os registros históricos apontam que no decorrer dos mandatos presidenciais de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff (2003-2016), o número de ministérios, secretarias, empresas e cargos públicos

simplesmente explodiu (TORRES, 2015). Somente em 2015, o governo federal mantinha 39 ministérios[22] que, anualmente, consumiam cerca de R$ 424 bilhões, sendo que, desse total, R$ 214 bilhões (ou seja, mais da metade do orçamento) eram destinados ao custeio do funcionalismo público, integrado por quase 900 mil pessoas (113.869 ocupantes de funções comissionadas e cargos de confiança)[23].

O partido se entranhou na colossal estrutura do Estado brasileiro e os 13 anos em que comandou o Poder Executivo federal foram marcados por diversos escândalos políticos e de corrupção, sendo os mais notórios o "Mensalão" e o "Petrolão"[24].

Para o cientista político Bruno Garschagen (2015):

> Lula e o PT conseguiram algo que parecia impossível: desmoralizaram não apenas a corrupção, mas a política brasileira, incorporando e exercitando vários elementos de caráter centralizador, do patrimonialismo ao positivismo castilhista, do coronelismo ao varguismo, do autoritarismo militar ao fisiologismo das oligarquias regionais. O lulo-petismo é, no fundo, a experiência bem-sucedida (no mau sentido) da tradição autoritária e patrimonialista da política brasileira (GARSCHAGEN, 2015, p. 236).

Ao analisar o governo de Dilma Rousseff, o autor registra:

> No plano econômico, funcionava às mil maravilhas a política econômica do governo se o objetivo era atrapalhar a vida das pessoas e arruinar a economia nacional […] Uma das medidas era a reformulação das linhas de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) […]. As modificações aumentaram a quantidade de setores favorecidos, reduziram as taxas de juros e ampliaram o prazo de pagamento […]. Primeiro, beneficiava um grupo de atividades econômicas em detrimento de todas as outras […]. Segundo, ao privilegiar algumas empresas, podia, à maneira do pacto entre Mefistófeles e Fausto no romance Goeth, cobrar apoio futuro dos empresários. Terceiro, transmitia a todos os empresários não beneficiados a informação de que é o governo que manda na economia, e de que forma pode ajudar ou atrapalhar. Quarto, o aumento do volume de empréstimos concedidos pelo BNDES, com taxa subsidiada de R$ 208 bilhões para R$ 227 bilhões, seria pago por todos nós. Tanto neste exemplo do BNDES como em tantos outros, somos obrigados a pagar para sermos prejudicados pelo governo (Ibid. p. 242-243).

Para o ex-ministro da educação Ricardo Vélez-Rodríguez, os petistas foram felizes em "instaurar um sistema produtivo centrado na intervenção direta do Estado como empresário, que escolheria, por cooptação, os

22 Para contextualizar, o governo Vargas contava com apenas 11 ministérios, aos quais o estatista Juscelino Kubitschek somou outros dois. Na década de 1990, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso concluiu o seu governo com 24 órgãos. Lula da Silva manteve-se no poder contando com o apoio de 35 ministros. Já Dilma Rousseff, sua sucessora, elevou esse número para 39 (GARSCHAGEN, 2015). Atualmente, o governo federal controla 130 estatais (G1, 2019) e possui participação em 637 empresas (RODRIGUES & RODRIGUES, 2019).

23 O Estado possui um complexo sistema de cargos e salários, contando com 300 carreiras diferentes, 117 tabelas de progressão salarial e 179 rubricas de gratificações que, inevitavelmente, tornam impossível uma boa governança (THE WORLD BANK, 2019). Entre os anos de 2014 e 2018, os gastos com o funcionalismo público da União, Estados e municípios saltaram de 12,3% do PIB para 13,6%, equivalente a uma despesa de R$ 927,8 bilhões (DESPESA..., 2019).

24 O escândalo do "*Petrolão*" foi desvendado pela célebre "Operação Lava-Jato" dirigida pelo Ministério Público Federal no Paraná, com apoio de outros órgãos fiscalizadores. Os valores previstos para recuperação giram em torno de R$ 40 bilhões (LAVA..., 2019).

industriais e empreendedores que deveriam ser os […] bem-sucedidos" (VÉLEZ-RODRÍGUEZ, 2015, p. 15). Assim, o Estado brasileiro tornou-se, "um monstro indomável, com governo e burocracia emaranhados com poucas empresas que financiavam todo o esquema político de manutenção de poder" (BRAGANÇA, 2017, p. 81).

Em decorrência disso, foi durante os governos do PT que se passou a apontar o tamanho do Estado como causa da corrupção:

> Fraude nos orçamentos públicos, rombos impagáveis em quase todas as estatais, desvios em programas sociais, em programas nacionais de saúde, nos programas nacionais de moradia e alimentação e, até mesmo, em loterias federais. Tudo isso graças ao poder, conferido pela Constituição, de controle e acesso desimpedido ao caixa de monopólios estatais e controle de inúmeras autarquias, como do BNDES e de outras agências reguladoras […]. Por consequência, notáveis esquemas e volumes de desvios de recursos públicos foram perpetrados. Essa visão mais abrangente logo se disseminou além dos movimentos liberais (BRAGANÇA, 2017, pp. 216-217).

Embora a economia tenha crescido nesse período, os anos seguintes provaram que as bases eram insustentáveis, eis que focadas na expansão artificial do crédito e do consumo, na concessão de subsídios[25] e isenções que visavam estreitar laços escusos com setores desejosos por contratos e verbas. Além disso, foram distribuídos auxílios, ampliados programas assistencialistas e mantidos e incrementados privilégios que, em última análise, serviram para comprar fidelidade, angariar votos e manter em elevado grau a servidão da camada mais pobre da população.

Como esse desarranjo patrimonialista degrada-se em corrupção é o que trataremos no próximo capítulo.

5. A CORRUPÇÃO COMO DEGRADAÇÃO DO PATRIMONIALISMO

O brasileiro nada tem de especial ou de tão mal que o torne mais propenso à prática da corrupção do que os cidadãos de outros países. Infelizmente, somos reféns de um "complexo de vira-lata"[26] que nos leva a identificá-la como elemento indissociável de nossa história (o que é uma verdade) e fator insuperável do nosso destino.

Sem embargo, assumimos a postura de que o brasileiro comum, que não se beneficia do gigantismo do Estado, é muito mais vítima do que responsável por essa tragédia social.

Fixada essa premissa, nos concentraremos em analisar e explicar as origens da corrupção, detalhar o ambiente e por quais expedientes se prolifera e, em seguida, propor medidas para erradicá-la.

25 Recente estudo realizado pelo Ministério da Fazenda aponta que "os subsídios concedidos pelos governos do PT no País foram ineficientes para alavancar o crescimento porque foram aplicados onde não deveria e merecem ser revistos (SUBSÍDIOS..., 2019).
26 O "complexo de vira-lata" ou "viralatismo" trata-se de conceito formulado pelo cronista Nelson Rodrigues para explicar "a inferioridade em que o brasileiro se coloca voluntariamente em face do resto do mundo". Segundo ele, "o brasileiro é um narciso às avessas, que cospe na própria imagem". E arremata: "não encontramos pretextos pessoais ou históricos para a autoestima" (RODRIGUES N., 1993, pp. 60-61).

5.1. NOÇÕES GERAIS

Etimologicamente, a palavra corrupção deriva do latim *corruptĭo.* O grego arcaico a distingue em *dorodokía (**δωροδοκία**)* **–** oferecimento de propina ou suborno – e *phthorá (**φθορά**)* – ruptura, desfazimento, decomposição. A essência do termo foi conservada no decorrer da história, mas, ainda assim, é impossível decretar um significado absoluto e objetivo, tendo em vista a miríade de histórias, graus de desenvolvimento, sistemas normativos e tolerância que apresenta cada sociedade (HAYASHI, 2017, p. 17).

Para o Delegado da Polícia Federal Felipe Hayashi (2017), corrupção é fruto de uma conduta antissocial e antijurídica que depende da "cultura, costumes e valores impregnados em um dado momento histórico" de um povo que, então, opta por classificar determinados comportamentos "como ilícitos de natureza penal, civil ou administrativa" (Ibid., p. 18).

Já o Promotor de Justiça do Estado de Goiás, Flávio Cardoso Pereira (2017) assume que a corrupção é um fenômeno multifacetado:

> Se analisado sobre o prisma de uma aproximação moralista, poder-se-á considerá-lo como um sintoma de alguma espécie de disfunção do caráter moral e ético que acomete determinada pessoa. Sob um viés integracionista, a corrupção apresenta relação direta com o favorecimento da integração de grupos em determinado sistema político e social. Por fim, abordando o aspecto jurídico e, portanto, eminentemente legalista, temos que a corrupção encontraria definição quanto da eventual violação de determinado preceito legal. (PEREIRA, 2017).

Basicamente, a corrupção será sempre um fenômeno que implicará na decomposição (moral e/ou concreta) das coisas, seres e grupos envolvidos (ROCHA, 2018). Trata-se, pois, de um "deslize moral de interesse público" incompatível com a "função ou papel social do agente" envolvido, que se materializa pela infidelidade às regras jurídicas e/ou sociais visando conceder a alguém algo indevido (ou negar algo devido) e estabelecer um estado de permanente injustiça (Ibid., pp. 23-24).

Em algumas comunidades essa "doença" pode assumir "uma forma de vida peculiar em que […] se infiltra no cotidiano e gera expectativas de comportamento" semelhante (Ibid., p. 25), para materializar "uma forma benéfica de burlar sistemas políticos ruins em busca de crescimento econômico"[27] (HAYASHI, 2017, p. 28 e 29).

5.2. OS EFEITOS DA CORRUPÇÃO

Independentemente do tratamento emprestado a essa doença social, importante é evidenciar como o excesso de Estado no cotidiano das pessoas permite e até estimula práticas corruptivas, pela distorção da perspectiva sobre direitos e deveres que a crença irrefletida de que tudo deve partir e convergir para o Estado, tornando-se impossível evitar que ao redor dele gravitem toda sorte de indivíduos inescrupulosos em

27 Essa percepção converge com a "*Teoria da Graxa sobre as Rodas*" ("*Grease the Wheels Theory*") muito em voga nos círculos acadêmicos americanos entre as décadas de 1960 e 1970. Segundo ela, a corrupção – apesar de ilícita – funciona como um motor de propulsão de políticas e obras públicas rumo à eficiência. Esse conceito só ganha sentido se analisado no contexto de um Estado totalitário, altamente burocrático e paralisante, como o soviético e o venezuelano, onde mais de 50% da população afirma que é obrigada a pagar propina para acessar serviços públicos (METADE..., 2019).

busca de regulamentos[28], facilidades e/ou privilégios que não podem ou não querem conquistar pelo próprio esforço, e estão sempre dispostos a trocar votos, favores, doações e subornos. Assim, logrará sucesso quem mais se aproximar do poder, e isso estimulará os demais a canalizarem suas energias não para a produção, mas para as lutas políticas e para a apropriação das divisas arrecadadas pelo Estado. Inevitavelmente, esse arranjo agravará a pobreza que, daí então, tornar-se-á palco de disputas populistas em busca de poder, privilégios e riquezas.

Portanto, há uma clara e íntima relação entre a corrupção e o grau de servilismo estatal de uma sociedade, as dimensões da burocracia e à forma mais ou menos infantilizada com que os indivíduos são tratados, permitindo um sem número de oportunidades para a sua prática.

Vejam-se, por exemplo, os países mais bem colocados no tradicional Índice de Liberdade Econômica, produzido pela organização Heritage Foundation – Hong Kong, Singapura, Nova Zelândia, Suíça, Austrália, Reino Unido e Canadá (THE HERITAGE FOUNDATION, 2019) – que, não por coincidência, também são apontados como os menos corruptos do mundo no Índice de Percepção da Corrupção (IPC), formulado pela organização Transparência Internacional (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2018). Esses mesmos países encontram-se no topo do Índice de Desenvolvimento Humano elaborado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) da ONU (Organização das Nações Unidas) (PNUD, 2018).

Por sua vez, o Brasil amarga o 150º lugar no primeiro *ranking* (que leva em consideração a economia de 180 países), ocupa o 71º posto do Índice de Competitividade Global, elaborado pelo Fórum Econômico Mundial[29] (SCHWAB, 2019) (atrás de países como Armênia, Cazaquistão, Malta, Eslovênia e Omã) e, ao mesmo tempo, figura na 105ª posição do IPC (perdendo para países como a Tanzânia (99º), Kosovo (93°), Lesoto (78°) e o nosso vizinho Suriname (73°)) e em 79º lugar no IDH (Ibid.).

Ao descrever as condições econômicas dos países socialistas do Leste Europeu nas décadas de 1930 e 1940 do século passado, Ludwig von Mises (2018) desenha um cenário muito semelhante ao nosso:

> É o governo que determina o teto de tarifas e taxas de frete. É ele que concede ou nega licenças de importação e de exportação […] o governo é o único vendedor de câmbio; se quiser, pode recusar ad libitum pedidos para câmbio […] A determinação final das taxas de impostos é praticamente deixada a cargo do poder ilimitado das autoridades. O governo está livre para usar o pretexto que quiser para confiscar qualquer fábrica ou loja. O Parlamento não passa de uma marionete, controlada pelos poderosos; as cortes estão abarrotadas. Neste estado de coisas, o empreendedor é obrigado a recorrer a dois métodos: à diplomacia e aos subornos. E é obrigado a usá-los não apenas com o partido que acaso esteja agora no poder, mas, também, com todos os grupos de oposição, banidos e perseguidos, que um dia talvez venham a conseguir o poder (MISES, 2018, p. 92)

28 As agências reguladoras, por exemplo, poderão ser capturadas por grupos de interesse em busca de proteção especial no campo concorrencial, através de *"regulações extras que irão, de um lado, afetar o surgimento de concorrentes e, de outro, garantir fiscalizações mais lenientes sobre si próprios"* (MEULLER, 2019).

29 Dados disponíveis em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Esse estado de coisas só é possível pela existência de um emaranhado de leis esquizofrênicas típicas de Estados autoritários que não conhecem limites e se valem da centralização do poder jurídico[30] para intervir na sociedade e distribuir direitos inventados que não encontram lastro na realidade.

Ao abraçar a inexequível tarefa de gestor de uma infinidade de novos direitos e garantias (vendidas como conquistas), o Estado passa a proibir o que antes era permitido e, assim, ao infantilizar os indivíduos, impede o pleno discernimento sobre o que é certo e o que é errado. Essa prodigalidade legislativa interfere negativamente na sociedade e leva as pessoas a mimetizarem o comportamento burocrático de seus representantes, e será questão de tempo para que se tornem insensíveis à corrupção[31] e passem a demandar soluções heterodoxas e imediatas para minimizar ou mesmo eliminar os efeitos das intervenções estatais, dando azo ao famoso "jeitinho brasileiro" (a esperteza ou "manha" para obter vantagens) que é a semente dos grandes escândalos nacionais.

Esse quadro caótico de quase anomia explica a existência de leis "que pegam" e leis que "não pegam" no Brasil, e outras absolutamente esdrúxulas[32].

Sob o pálio desse arcabouço jurídico, é razoavelmente impossível que a sociedade se sinta motivada a cooperar para a manutenção da ordem.

6. A CORRUPÇÃO E O RENTISMO

Como visto nas primeiras seções, o Estado brasileiro e sua burocracia deitam profundas raízes no modelo português de organização através de cargos e privilégios, com arrimo na concepção revolucionária de concessão de direitos abstratos.

Segundo o economista Lawrence W. Reed (2017), um direito só é válido se a ele corresponder, necessariamente, um dever em igual proporção e puder ser usufruído por todos os cidadãos, indistintamente, ao mesmo tempo e da mesma forma. Caso contrário, trata-se de um privilégio (REED, 2017).

Para Bruno Garschagen (2019), "quando um direito ou um privilégio é definido, sua entrada em vigor divide a sociedade em dois grupos: os especiais e os ordinários" (GARSCHAGEN, 2019, p. 55). Os primeiros são os seus diretos beneficiários e os últimos serão aqueles obrigados a arcar com as "consequências intencionais e não intencionais" desse expediente (Ibid.). E continua:

> Uma coisa é certa: os privilégios só se tornam realidade quando há o casamento entre a busca por benefícios e a conquista de apoio político para concedê-los. Aqui se realiza aquilo que a teoria econômica chama de rent-seeking ou rentismo, processo mediante o

30 Para Bastiat (1987), a lei *"é a organização coletiva do direito individual de legítima defesa"* que se impõe a "*garantir as pessoas, as liberdades, as propriedades, manter o direito de cada um e fazer reinar entre todos a Justiça*" (BASTIAT, Claude-Frédéric. A Lei. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1987. p. 12).

31 É o que Alexandre Sérgio da Rocha denomina de forma de corrupção difusa (ROCHA, 2018).

32 Grande parte das regras em vigor ou em vias de aprovação serve apenas promover o seu autor. É o caso do Projeto de Lei n. 5.744/2019, de autoria do Senador Ângelo Coronel (PSD/BA), que se preocupa em detalhar como uma carne de sol deve ser preparada e comercializada (CORONEL, 2019). Outras leis já entraram para o anedotário nacional, como o Projeto de Lei n. 1.508/2019, de autoria do Deputado do Rio de Janeiro Renato Cozzolino, que proíbe a fabricação, fornecimento, venda, compra e disponibilização de margarina (ALERJ, 2019). Além delas, existem leis que proíbem o fumo em alguns recintos, a disponibilização de canudos plásticos (NASCIMENTO, 2019), o fornecimento sal de cozinha em bares e restaurantes (SMART FOODS) e até mesmo a morte (G1, 2005).

> qual determinados grupos se aproximam das instâncias de poder político para obter privilégios e benefícios do Estado" (GARSCHAGEN, 2019, p. 57)

Um dos efeitos do rentismo será o estímulo à busca de vantagens materiais por "meio de apoio político" que, invariavelmente, deflagrará "uma dinâmica problemática" de enfraquecimento do próprio Estado de Direito, da ideia de governo limitado e da propriedade privada, além de ensejar uma "mentalidade servil […] para que uma parcela da sociedade não assuma as responsabilidades individuais de conduzir a própria vida" (GARSCHAGEN, 2019, pp. 58 e 283). Com efeito:

> Crédito subsidiado, patrocínios estatais, tarifas de importação que criam reservas de mercado, agências reguladoras que cartelizam o mercado e dificultam a entrada de novos concorrentes, regulamentações profissionais que aumentam a barreira de entrada de novos concorrentes, pensões, e contratos superfaturados — tudo isso são exemplos de privilégios que criam o rent seeking. Em uma democracia, há uma constante pressão para se acrescentar novos privilégios aos já existentes com o intuito de ganhar apoio eleitoral e votos. Essa criação de novos privilégios, obviamente, expande o número de pessoas que irão se organizar para se beneficiar destes privilégios. Ao longo do tempo, a distinção entre corrupção e conduta decente e legal vai desaparecendo. Quanto mais o governo cede no campo dos privilégios e incentiva o rent seeking, mais o país se torna vítima do corporativismo, do clientelismo, da corrupção e da má alocação de recursos" (MEULLER, 2019)

Em uma sociedade como a nossa, onde os expedientes interventivos e a quantidade de servidores públicos são proporcionais aos inúmeros direitos abstratos e privilégios concedidos pelo Estado, normalizam-se as desigualdades, o ressentimento e a frustração coletiva (GARSCHAGEN, 2019) que são a origem de toda sorte de comportamentos indesejados como o nepotismo, subornos, caixa dois, tráfico de influência, etc. Com efeito:

> Ser um mero receptor de privilégios esmorece a vontade de sentido definida por Frankl e potencializa a vontade de prazer concebida por Sigmund Freud (busca do prazer imediato) e a vontade de poder segundo Alfred Adler (busca da perfeição) (GARSCHAGEN, 2019, p. 312)

Como evitar que a lei hiper-regulamente as vidas dos cidadãos e que não se transforme em uma máquina de criação de privilégios inconciliáveis e sem nenhuma viabilidade econômica, é o que será abordado na seção seguinte deste artigo.

7. PROPOSTAS PARA O COMBATE DA CORRUPÇÃO

Como visto, a hipertrofia do Estado brasileiro cria um ambiente propício ao surgimento de práticas corruptivas. Logo, urge a adoção de expedientes que impactem no tamanho do aparato estatal, em seus instrumentos de ação e na legislação visando a descentralização do poder e, principalmente, o afastamento entre a economia e a política, para que diminuam os conluios, os *lobbies* e a pressão inescrupulosa dos grupos de interesse.

Com isso em mente, apresenta-se algumas medidas com viés liberal tendentes à redução do Estado, a fim de incrementar o combate ao flagelo da corrupção:

1. Criação de gatilhos capazes de limitar o número de nomeações para cargos públicos em autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, agências reguladoras e em outros órgãos e distintos poderes da República;

2. Realização de uma ampla reforma política que reforce e crie novos instrumentos de representatividade social, que garantam a transparência e diminuam os custos de campanhas eleitorais;

3. Adoção do método de voto distrital puro, com a divisão dos Estados-membros em distritos conforme a quantidade de vagas no Poder Legislativo;

4. Imediata extinção de todos os privilégios, subsídios, isenções e concessões estatais, conferindo-se primazia à ação da iniciativa privada em áreas sensíveis como educação, saúde e transporte;

5. Imediata extinção de emendas parlamentares impositivas;

6. Redução do número de parlamentares federais;

7. Aprimoramento da legislação que estabelece a cláusula de barreira eleitoral, para evitar o surgimento de novos partidos sem posicionamento ideológico definido;

8. Legalização do instituto '*recall*' de mandato para todo detentor de mandato eletivo e ocupante de altos cargos comissionados;

9. Extinção da reeleição para cargos dos poderes Executivo e Legislativo;

10. Extinção do fundo partidário;

11. Permissão para candidaturas avulsas no cenário político;

12. Extinção de municípios e câmaras de vereadores segundo o critério da viabilidade econômica;

13. Extinção da propaganda estatal ou a criação de novos limites de gastos, visando a redução dessas despesas;

14. Aprovação de leis que permitam ao cidadão vetar leis, tributos, criação de órgãos, aumentos salariais e emendas constitucionais via referendos populares e abaixo-assinados;

15. Transferência das competências da União previstas no artigo 22 da Constituição Federal para Estados-membros e municípios;

16. Criação de instrumentos legais que obriguem os órgãos governamentais a demonstrarem quanto de imposto foi arrecadado e quanto foi distribuído e efetivamente aplicado em cada bairro e distrito das cidades;

17. Realização de ampla reforma tributária com vistas à desoneração dos setores mais produtivos da indústria, à redução dos ciclos burocráticos e das obrigações tributárias acessórias, à eliminação de

impostos sobre doações e herança, à eliminação de tributos e taxas sobre importações e exportações (barreiras alfandegárias);

18. Redução do número de agências reguladoras e a sujeição de seus agentes à perda de mandato por veto popular;

19. Extinção de tabelamento de preços e de monopólios estatais;

20. Realização de uma ampla reforma trabalhista com vistas à simplificação da legislação trabalhista;

21. Validação de autodeclarações que substituam licenças, alvarás e autorizações públicas, elevando-se as penas cominadas às falsas declarações; e

22. Instituição de notários dotados de fé pública.

Algumas dessas medidas foram aplicadas com sucesso em países mais ranqueados que o Brasil no IPC, e isso corrobora a ideia de que a abertura de mercado e a extinção de monopólios, leis autoritárias e interventivas, privilégios e assistencialismo podem impedir a entronização da irracionalidade na condução dos negócios estatais, o compadrio, o autoritarismo, a falta de transparência e a perda da capacidade competitiva.

Significaria, assim, um salto gigantesco para o tão esperado desenvolvimento, livre de corrupção.

CONCLUSÃO

Neste artigo, propomos alternativas de combate à corrupção que se distanciam dos tradicionais modelos centrados no fortalecimento de instrumentos legais cuja importância não se questiona, mas que tangenciam os reais problemas do Brasil: o tamanho do Estado, a profusão de poderes discricionários, o patrimonialismo, o intervencionismo e o paternalismo que, provavelmente, posicionariam a população brasileira em qualquer lista mundial de indivíduos mais estatólatras.

A verdade é que a crença na superioridade de um governo paternal que tudo pode e faz acontecer entrou em declínio acelerado ao longo dos últimos séculos, mas não em nosso país. Nas primeiras seções deste artigo, foram explicadas as raízes em que se assenta a corrupção: o patrimonialismo ibérico legado pelo Estado português, a influência de doutrinas pseudocientíficas e totalitárias que informaram os processos de transição da monarquia para o republicanismo e, mais recentemente, a social-democracia – de orientação vertical e autoritária – que inspirou a nova etapa constitucional deflagrada em 1988.

Posteriormente, desvendaram-se as bases ideológicas que ainda animam a atuação do Estado brasileiro, com vistas à regulação da sociedade e respectivo controle da economia, descambando sempre em corrupção. Sob esse ângulo, encara-se esse fenômeno não como causa, mas, sim, como efeito natural do problema estudado.

Por fim, propôs-se 20 ambiciosas medidas visando a redução do aparato estatal (burocracia, legislação, etc.) que, certamente, se analisadas, debatidas e aplicadas com seriedade, removerão a corrupção para o triste museu dos pesares da sociedade brasileira.

Com efeito, é dever dos cidadãos lutar para que o Estado reassuma as clássicas funções de defesa e preservação da ordem (interna e externa); diplomacia; de distribuir justiça; de fiscalizar, racionalmente, eventuais abusos praticados no livre mercado, sem intervir nos meios de produção ou tolher a liberdade de escolha dos consumidores; e de garantir direitos e liberdades clássicas (liberdade, propriedade e livre manifestação de vontade e pensamento). Também é dever das pessoas assumir as rédeas das próprias vidas, sem esperar delegar essa responsabilidade a órgãos ou servidores públicos.

Um bom começo para isso seria a introdução de valores liberais na constituição brasileira (não apenas a sua mera descrição) e, consequentemente, o expurgo de todo resquício positivista que privilegia o Estado, o governo e a burocracia em detrimento do povo, já quase sem nenhuma importância. Sem isso, "mesmo que um governo central surja e resolva reduzir a carga tributária, privatizar e desburocratizar ao máximo, mas mantendo a atual Constituição do jeito que está, quem o suceder poderá fazer com que tudo volte como antes" (BRAGANÇA, 2017, p. 218).

É só com vontade e resiliência que será eliminado o ranço estatista que arrasta o Brasil contra a maré do inevitável progresso. Espera-se, firmemente, com este trabalho, ter contribuído para o amadurecimento desse debate.

REFERÊNCIAS

ALERJ. (17 de outubro de 2019). PROJETO DE LEI Nº 1508/2019. Rio do Janeiro: ALERJ. Disponível em <http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=144&url=L3NjcHJvMTkyMy5uc2YvMThjMWRkNjhmOTZiZTNlNzgzMjU2NmVjMDAxOGQ4MzMvY2FmNGU0MjFiYmJlNTllNjgzMjU4NDZhMDA2YTFjODM/T3BlbkRvY3VtZW50>. Acesso em 15 nov 2019.

ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO. *Impostômetro*. 2019. Disponível em <https://impostometro.com.br/> Acesso em 12 nov. 2019.

AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado* (2 ed.). São Paulo: Globo, 2008.

BASTIAT, C.-F. *A Lei.* Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1987.

BRAGANÇA, L. P. *Porque o Brasil é um país atrasado?* Ribeirão Preto: Novo Conceito Editora, 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

CABO VERDE. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE CABO VERDE, DE 25 DE SETEMBRO DE 1992. Praia. Disponível em: <*https://www.governo.cv/documentos/constituicao-da-republica/*>. Acesso em: 07 de nov. de 2019.

CAMPOS, R. O. *A constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988.* São Paulo: LVM Editora, 2018.

CARVALHO, O. A engenharia da desordem. *Diário do Comércio*. São Paulo, SP, Brasil. 12 set. 2012. Disponível em <http://olavodecarvalho.org/a-engenharia-da-desordem/>. Acesso em 30 out. 2019.

CIA. (s.d.). *Africa: Botswana*. The World Factbook. Disponível em <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bc.html>. Acesso em 15 nov. 2019.

CORONEL, A. PROJETO DE LEI N° 5744, DE 2019. *Dispõe sobre o preparo e a comercialização de carne de sol e dá outras providências*. Brasília-DF: SENADO FEDERAL. 2019. Disponível em <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/11/carne-de-sol.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

DESPESA com servidores públicos é a maior da história. *O Antagonista*. Brasil. 21 jul. 2019. Disponível em <https://www.oantagonista.com/brasil/despesa-com-servidores-publicos-e-a-maior-da-historia/>. Acesso 15 de nov. de 2019.

EUSTÁQUIO, O. "Vou gastar tudo que tenho direito, até o último centavo", diz Frota sobre denúncia de jantar de R$ 3,6 mil. *Agora Paraná*. 04 de novembro de 2019. Disponível em<https://www.agoraparana.com.br/noticia/vou-gastar-tudo-que-tenho-direito-ate-o-ultimo-centavo-diz-frota-sobre-denuncia-de-jantar-de-r-36-mil. Acesso em 15 nov. 2019.

"ESTOU me lixando para a opinião pública", diz relator de processo. *O Estado de Minas.07 maio 2009*. Disponível em <em.com.br/app/noticia/politica/2009/05/07/interna_politica,109385/estou-me-lixando-para-a-opiniao-publica-diz-relator-de-processo.shtml>. Acesso em 15 nov. 2019.

FALCÃO, E. C. *Obras científicas, políticas e sociais de José Bonifácio de Andrada e Silva. Edição monumental comemorativa do bicentenário de seu nascimento (1963).* Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

G1. É proibido morrer. São Paulo. 01 nov. 2014. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/2014/11/lei-de-2005-proibia-moradores-de-biritiba-mirim-de-morrer-na-cidade.html>. Acesso em 18 nov. 2019.

G1. Governo federal tem atualmente 130 estatais; veja lista. Brasil. 21 ago. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/08/21/governo-federal-tem-atualmente-132-estatais-veja-lista.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2019.

GARSCHAGEN, B. *Pare de acreditar no governo: por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado.* (5 ed.). Rio de Janeiro: Record, 2015.

_____. *Direitos máximos, deveres mínimos: o festival de privilégios que assola o Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

GOMES, L. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil.* São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

_____. *1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

_____. *1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil.* São Paulo: Globo, 2013.

HAYASHI, F. E. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal.* (3 ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HOLLANDA, S. B. *Raízes do Brasil.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1971.

HOPPE, H.-H. *Uma breve história do homem: progresso e declínio.* São Paulo: LVM Editora, 2018.

IBPT. *Estudo sobre a carga tributária PIB x IDH: Cálculo do IRBES*. Jun. 2019 Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1Wd_BUjYlsUbk5jWZNA-t1_GMzA4c7epd/view>. Acesso em 15 nov 2019.

JR, D. S. *O que é o Liberalismo.* São Paulo: Editora Ediouro, 2018.

LAVA Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas. *Agência Brasil*. 16 mar. 2019. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>. Acesso em 15 nov. 2019.

METADE dos venezuelanos paga propina para ter serviços públicos. *O Antagonista*. 23 set. 2019. Disponível em: < https://www.oantagonista.com/mundo/metade-dos-venezuelanos-paga-propina-para-ter-servicos-publicos/>. Acesso em 15 nov. 2019.

MEULLER, A. Dez motivos porque os governos sempre fracassam, in *Instituto Mises Brasil*, 12 abr. 2019. Disponível em <https://www.mises.org.br/article/2985/dez-motivos-por-que-os-governos-sempre-fracassam>. Acesso em: 18 nov. 2019.

MISES, L. *As seis lições.* São Paulo: LVM, 2018.

_____. *Burocracia*. Campinas: Vide Editorial, 2018.

NASCIMENTO, A. Lei que proíbe canudos de plástico em estabelecimentos do AC é aprovada por deputados. *G1 Acre*. 17 de outubro de 2019. Rio Branco, AC, Brasil. Disponível em < https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2019/10/17/lei-que-proibe-canudos-de-plastico-em-estabelecimentos-do-ac-e-aprovada-por-deputados.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2019.

NOCK, A. J. *Our Enemy the State.* Caldwell: Caxton Printers, 1946.

O GLOBO. *O Globo*. 10 fev. 2016. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/escandalo-da-petrobras-eleito-2-maior-caso-de-corrupcao-no-mundo-1-18648504>. Acesso em 06 nov. 2019.

OPPENHEIMER, F. *The State.* Nova Iorque: Vanguard Press, 1926.

PEREIRA, F. C. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais.* (2 ed.). Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.

PESSOA, Samuel. *Como o Brasil sairá desse caos?.* [Entrevista concedida a] Beatriz Morrone. Revista Época, São Paulo, 18 de março de 2016. Disponível em <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/03/samuel-pessoa-o-no-brasileiro-hoje-nao-e-corrupcao-mas-o-estado.html>. Acesso em 18 nov. 2019.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2018*. Nova Iorque, 2018. Disponível em <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>. Acesso em 18 nov. 2019.

RAND, A. *The Objectivist Newsletter*. Nova Iorque: The Objectivist, 1965.

REALE, M.. A falta da reforma política. *Professor Miguel Reale*. s.d. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/faltareforma.htm>. Acesso em 07 nov. 2019.

REED, L. W. Você sabe definir o que seria um direito? E um privilégio?, in *Instituto Mises Brasil*, 26 set. 2017. Disponível em <http://bit.ly/2teWdGV>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ROCHA, A. S. *Corrupção: conceitos e reflexões.* Porto: Editorial Juruá, 2018.

RODRIGUES, L., & RODRIGUES, E. Governo "descobre" ter fatia em 637 empresas: Levantamento inclui participações em minoritárias; até então, eram só 133 estatais. *Terra*. 03 out. 2019. Disponível em <https://www.terra.com.br/economia/governo-descobre-ter-fatia-em-637-empresas,6cd4edffbccdf7bbc6159942c6e321f0u4tgh9el.html>. Acesso em 15 nov. 2019.

RODRIGUES, N. *À sombra das chuteiras imortais: crônicas de futebol.* São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social: princípios do Direito Político*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROTHBARD, M. N. *A Ética da Liberdade.* São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ROTHBARD, M. N. *Governo e Mercado: a economia da intervenção estatal.* São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.

SCHWAB, K. *The Global Competitiveness Report 2019*. 2019. World Economic Forum. Disponível em <http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

SMART FOODS. Uma lei estadual que proíbe que bares, restaurantes e lanchonetes mantenham saleiros e sachês nas mesas começa a valer no mês de julho. s.d. Disponível em <http://smartfoodsbrasil.com.br/lei-proibe-sal-nas-mesas-de-bares-e-restaurantes/>. Acesso 15 de nov. 2019.

SOUSA, J. P. G. de. *Da representação política.* São Paulo: Saraiva, 1971.

STIGLITZ, J. E. The Insider: What i learned at the world economic crisis. *The New Republic*, 56. Londres, 2000. Disponível em <http://online.sfsu.edu/jgmoss/PDF/635_pdf/No_28_Stiglitz.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

SUBSÍDIOS da era PT foram inócuos para economia, diz estudo do governo. *Estadão*. Brasil. 6 de junho de 2019. Disponível em <https://exame.abril.com.br/economia/subsidios-criados-pelo-pt-nao-tiveram-efeito-diz-governo/?fbclid=IwAR3qZnZoV7jbuAX_Ena97TnFNoq2a6YMVu-YH0Dy3NJYRao6CVr9vYc1LaA>. Acesso em 15 nov. 2019.

THE HERITAGE FOUNDATION. *2019 Index of Economic Freedom*. 2019. Disponível <https://www.heritage.org/index/ranking>. Acesso em 15 nov. 2019.

THE WORLD BANK. *Quanto o Brasil gasta com o funcionalismo público?* 09 out. 2019. Disponível em <https://www.worldbank.org/pt/news/infographic/2019/10/09/brazil-wage-bill-report-public-sector>. Acesso em 2019 nov. 2019.

TOCQUEVILLE, A. *Democracy in America: In Two Volumes.* Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2012.

TORRES, I. A insustentável máquina do governo. *Revista IstoÉ*. 01 abr. 2015. São Paulo. Disponível em <https://istoe.com.br/411245_A+INSUSTENTAVEL+MAQUINA+DO+GOVERNO/> Acesso em 15 nov. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *IPC 2018*. 2018. Disponível em <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em 15 nov. 2019.

VÉLEZ-RODRÍGUEZ, R. *A grande mentira: Lula e o patrimonialismo petista.* Campinas: Vide Editorial, 2015.

VIANNA, O. *O idealismo da Constituição.* São Paulo: Nacional, 1929

CALLEGARI, André Luís. *A barulhenta condução ao silêncio.* Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/06/a-barulhenta-conducao-ao-silencio/>. Acesso em 01/05/2016.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Trad. Roneide Venancio Majer. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, v. I.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar:* dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Crime organizado e lavagem de dinheiro:* destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 3.ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada:* comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal.* 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MASI, Carlo Velho. *A condução coercitiva e o poder geral de cautela do juiz criminal*. Disponível em <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/a-conducao-coercitiva-e-o-poder-geral-de-cautela-do-juiz-criminal/>. Acesso em 29/03/2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais.* São Paulo: Método, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado:* aspectos gerais e mecanismos legais. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MESSA, Ana Flávia. Prisão e liberdade. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OSTOS, José de los S. Martín. *Manual de derecho procesal penal.* 2.ed. Sevilla: Astigi, 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo:* o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado:* procedimento probatório. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Alexander Araújo. *Il Pubblico Ministero como funzione di garanzia e la lotta alla criminalità organizzata:* tra garantismo ed effettività. 2013. 393 f. Tese (doutorado) – Università Degli Stydi Roma Tre, Roma.

STRECK, Maria Luíza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente:* a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA ENQUANTO FERRAMENTAS DE CONTROLE SOCIAL E COMBATE À CORRUPÇÃO: UM OLHAR VOLTADO PARA AS PREFEITURAS DA REGIÃO NORTE DO ESTADO DO TOCANTINS

Benício da Costa Neves[1]

Cassiano Ferrari [2]

RESUMO: O fenômeno da corrupção é uma temática que se evidencia no contexto da atualidade, sobremaneira dada à escassez de recursos em face das demandas sociais frustradas pela expectativa de direitos fundamentais não atendidos. No cenário emerge então a possibilidade do cidadão-fiscal assumir sua condição de protagonismo, no sentido de atuar ativamente no monitoramento das destinações financeiras em prol da coletividade. Assim, o presente trabalho tem por propósito ilustrar a importância dos portais da transparência enquanto ferramentas no controle social de verbas públicas e consequente combate à corrupção. Dessa forma, visa demonstrar a função de tais recursos no fomento à participação popular nas políticas públicas em estímulo ao exercício da cidadania. Outrossim, objetiva evidenciar o papel de relevância dos órgãos de fiscalização, na perspectiva da Lei de Responsabilidade Fiscal e de Acesso à Informação. Para tanto, lança luz sobre as prefeituras da região Norte do estado do Tocantins, em perspectiva da Escala Brasil Transparente da Controladoria Geral da União e particularmente a partir de dados das representações do Tribunal de Contas do Tocantins. Os resultados evidenciam uma realidade ainda sombria, cujas pretensões normativas não coadunam com a responsabilidade da gestão pública em prestar contas de suas ações e iniciativas. No plano metodológico, trata-se de uma pesquisa básica, exploratória, com abordagem qualitativa e utilização de instrumentos bibliográficos e documentais.

Palavras-chave: Combate à Corrupção. Controle social. Lei de Acesso à Informação. Lei de Responsabilidade Fiscal. Portais da Transparência.

1. INTRODUÇÃO

Inseridos em um contexto social de angústia pelas constantes informações relacionadas ao surrupio de verbas públicas em face de interesses escusos, imorais ou particulares, a temática corrupção apresenta-se em relevância. Mais recentemente dada à intensidade, em termos de frequência, de operações por parte de órgãos de fiscalização e controle. Dessa forma, com o suporte e apelo fundamental da mídia, inevitavelmente somos concitados a nos indignar com escândalos, por vezes orquestrados por agentes públicos cuja confiança foi depositada para gerir os recursos públicos, no atendimento de demandas da coletividade.

[1] Pós-graduado em Gestão Pública com MBA em Controladoria e Planejamento Tributário. Graduado em Contabilidade pela UFT/TO. E-mail: nevesbenicio@gmail.com

[2] Pós-graduado em Gestão e Auditoria na Administração Pública. Graduado em Ciências Contábeis pela UFT/TO e Direito pela FASEC/TO. E-mail: cassianoferrari@hotmail.com

Entretanto, por fatores sociais, psicológicos ou de caráter, são sucumbidos a confundir os limites entre o público e o privado. No entanto, o protagonismo do cidadão vilipendiado, talvez propenso corrupto ou corruptor, em face da desilusão reinante, adquire contorno positivo enquanto agente de fiscalização. Ou seja, vislumbra-se uma oportunidade de interação e colaboração enquanto fiscal, norteando e direcionando esforços estatais na detecção de irregularidades, sobretudo nos contextos locais onde estão envolvidos.

O presente trabalho visa realçar o protagonismo do cidadão que se coloca na condição de fiscal dos gastos públicos, tendo enquanto ferramenta de avaliação e análise os portais da transparência. Dessa forma, emerge o objetivo de ilustrar a importância destas ferramentas no controle social de verbas públicas e, por conseguinte, servindo de instrumento de combate à corrupção. Com isso, objetiva-se ainda demonstrar a essencial função dos portais em estímulo à participação popular, onde o cidadão é convidado ao pleno exercício da cidadania. Em colaboração, é evidenciado o papel de relevância dos órgãos de fiscalização e controle, tendo por parâmetros normativos a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei de Transparência (LT) e a Lei de Acesso à Informação (LAI).

A LRF segundo Platt Neto (2007), é fundamentada nos princípios do planejamento, da transparência e da participação popular. Considerada alicerce do controle social, subsidia-se por sua vez na transparência da gestão e das contas públicas, propiciando informações capazes de conferir monitoramento das ações empreendidas em prol das demandas da coletividade. Assim, emerge que em seu bojo há dispositivos que contemplam a apuração de informações a serem divulgadas por meio da internet. Colaborando com a iniciativa, a legislação brasileira pertinente evidencia o relevante papel dos portais da transparência no processo de fiscalização da aplicação dos recursos públicos colaborando para o controle social. Neste sentido, há o reforço da posição de protagonismo social do cidadão a influir enquanto inibidor de atos de corrupção, fraude e malversação do erário.

No campo da análise fatídica, a partir do Escala Brasil Transparente (EBT), instrumento propiciado pela Controladoria Geral da União (CGU), são apresentados os cenários dos estados brasileiros, com destaque ainda às capitais, com a atribuição de ranking destas. Aproximando-se do cenário local, é ilustrado o panorama de algumas cidades tocantinenses, a partir da EBT. Por fim, é avaliado o contexto de 27 (vinte e sete) municípios da região Norte do estado do Tocantins segundo avaliação do Tribunal de Contas deste (TCE-TO), tendo por parâmetro de análise as informações contidas em seus portais da transparência. Dessa forma, metodologicamente, corresponde a uma pesquisa básica, de cunho exploratório e de abordagem qualitativa. Para tanto, utilizou-se de instrumentos bibliográficos e documentais.

Sequenciado em cinco seções, abordou-se preliminarmente o controle social e o combate à corrupção, sendo enfatizado em seguida a LRF e a LAI. É apresentada a EBT da CGU, com dados interessantes do panorama nacional. Na sequencia enfatiza-se o portal da transparência como mecanismo de combate à corrupção. Com isso, resulta na análise do TCE-TO sobre os portais da transparência dos municípios da região Norte. Nas considerações finais são ponderados os resultados, com a conclusão de que a realidade clama por maior comprometimento dos gestores públicos em propiciarem participação efetiva dos cidadãos por meio da transparência das contas públicas.

2.O CONTROLE SOCIAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO

Neste tópico inicial, objetiva-se ilustrar a temática relacionada à importância do controle social enquanto poderoso mecanismo de contribuição ao combate à corrupção, em dimensão nacional, estadual e municipal. Neste sentido, conforme lição de Friedrich (2014, p. 273), "muito se fala em participação social, porém, pouco se discute quanto à institucionalização do controle social da administração pública". Nesta perspectiva, pondera que é criada circunstância onde os poderes do Estado são controlados por órgãos destinados ao exercício do controle interno e interno.

Recorrendo-se à sociologia no intento de definir controle social, Correia (2000 *apud* Monteiro, Pereira e Thomaz, 2016) enfatiza que a expressão propicia discussões e práticas recentes de variados segmentos da sociedade associada à ideia de participação social nas políticas públicas. Neste sentido, decorre dos mecanismos que visam estabelecer a ordem social, por meio da disciplina da sociedade e submissão de seus integrantes a padrões sociais e princípios morais. Na perspectiva da administração pública, emerge da possibilidade de setores organizados da sociedade se integrarem efetivamente da formulação de planos, programas e projetos, com o monitoramento das execuções, perpassando a alocação de recursos com vistas ao atendimento das demandas da coletividade. Ressalta que o controle social efetivo prescinde de participação popular em dimensão que ultrapasse o processo eleitoral, por meio de espaços fomentados por regimes democráticos de colaboração.

Para Bravo e Correia (2012), a sociedade civil, em concepção liberal, é tida por "homogênea e portadora de interesses universais", o que resulta em práticas sociais que objetiva a superação de interesses conflitantes de classes. Dessa forma, são firmadas "negociações e parcerias entre Estado e sociedade", no sentido de se estabelecerem relações de mútua colaboração baseadas em consensos interclasses, visando à resolução de problemas que se apresentam universais. Assim, as deliberações democráticas empreendidas nesses espaços públicos, de onde se almejam debates racionais da opinião dos populares, emerge seus anseios, destacando suas prioridades. Com isso, há garantia da "produção de um poder social produzido comunicativamente, que pode vir a influenciar as ações do Estado". (ALVES, 2016, p. 11)

Na realidade brasileira, o tema controle social passa a ser evidenciado com a Constituição cidadã de 1988.

> No Brasil, a expressão controle social tem sido utilizada como sinônimo de controle da sociedade civil sobre as ações do Estado, especificamente no campo das políticas sociais, desde o período da redemocratização dos anos de 1980. A utilização da expressão com este sentido foi propiciada pela conjuntura de lutas políticas pela democratização do país frente ao Estado autoritário, implantado a partir da ditadura militar. (BRAVO e CORREIA, 2012, p. 2)

Os autores pontuam que durante o período ditatorial, havia um intenso controle do Estado sobre a sociedade, condição em que a classe dominante se impôs hegemonicamente, subsidiando a consolidação do capitalismo monopolista. Dessa forma, com o processo de redemocratização a expressão controle social adquire a conotação de controle da sociedade sobre o Estado.

Para Diegues (2013), uma inovação condicionada pela Constituição de 1988 foi a transferência da gestão das políticas públicas aos municípios. Essa nova configuração institucional, por sua vez, viabiliza formas participativas na gestão, propiciando assim o controle das políticas públicas pela sociedade. Reforça que em tal perspectiva, o controle social consiste "em canais de participação na gestão governamental", com a contribuição de novos colaboradores nos processos decisórios. Assim, menciona que os mecanismos, canais e instrumentos de participação são variados. Dentre os quais, cita "o orçamento participativo, o planejamento participativo, as organizações não governamentais, os meios de comunicação social, os conselhos de políticas públicas e as ouvidorias". (SIRAQUE, 2004 *apud* DIEGUES, 2013)

No ponto em destaque, emerge a simbologia da corrupção enquanto ideia de violação de princípios e fundamentos normativos firmados pelo Estado. Para Rosseau (*apud* Leal, 2013, p. 7) "a degeneração do Estado e da política é inevitável, pois a relação entre o povo e Estado é marcada por uma conflitualidade que nunca será extinta, apenas gestada". Assim, pondera a responsabilidade da própria sociedade pela corrupção, em face da demonstração de desinteresse ou pouca participação na administração pública. Entretanto, observa que além da responsabilidade própria das pessoas, deve ser avaliada a contribuição do Estado dada pela inércia e cumplicidades das instituições democráticas.

> A corrupção, enquanto fenômeno complexo, atua de forma corrosiva nos pilares de sustentação do Estado, causando o enfraquecimento ou até mesmo a extinção da confiança da sociedade civil nos entes públicos, sendo então necessária à busca de mecanismos para o combate dos atos corruptivos, garantindo, assim, a efetivação dos direitos fundamentais por meio da participação democrática da sociedade nas tomadas de decisão e no controle de sua execução. (ALVES, 2016)

No diapasão, Leal (2013, p. 51) pontua que "a democracia contemporânea necessita de um aparato jurídico normativo para indicar seus objetivos e finalidades, devendo estruturar-se política e juridicamente com um projeto para uma posterior administração pública de seus interesses". Entretanto, imprescindível a interação comunicativa das pessoas envolvidas, com a genuína disposição para decidir e ordenar seus projetos de vida em valores constitucionais consagrados, seguindo os princípios da moralidade, eficiência, legalidade, publicidade, ampliação dos espaços de participação social, etc . (ALVES, 2016, p. 9)

O termo inglês *accountability,* por sua vez, traduz o estado de espírito a reforçar a importância do controle social no combate à corrupção. Para ROCHA (2018, p. 75) o termo traduz a "necessidade de prestar contas, em princípio, a qualquer um e qualquer tempo". Do exposto, enfatiza-se o relevante papel social dos agentes públicos incumbidos de promoverem o bem público. Assim, a *accountability* constitui-se em mecanismo importante com vistas a propiciar a eficiência e transparência na administração pública. Parte do princípio de que os gestores públicos devem prestar contas de seus atos de forma clara e eficiente, propiciando assim o controle social.

Dada a Constituição Federal de 1988, surgem vários instrumentos legais voltados à prestação obrigatória de contas pelos gestores públicos. Com fundamento no princípio da publicidade, insculpido no art. 37 da CF/88, bem como na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), Lei de Transparência (Lei Complementar nº 131/2009) e na Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011), emanam as plataformas digitais, com destaque para os portais de transparência e de acesso à informação.

Da exposição, resta evidenciada a íntima relação entre o fundamental controle social na perspectiva do combate à corrupção. Portanto, o controle social trata-se de uma forma da sociedade exercer controle sobre as ações do Estado, cujas contribuições poderão conduzir à efetivação de políticas públicas voltadas ao interesse da coletividade, por meio da priorização de demandas sociais.

3. A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como LRF estabelece no seu §1º do Art.1º que "[...] a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas" (BRASIL, 2000). Neste contexto visualizam-se mecanismos iniciais para acesso à informação. No mesmo sentido, nos ensinamento de Limberger (2006) a LRF veio a disciplinar os gastos do administrador público e, ainda, divulgar a ideia de transparência na gestão fiscal, como forma de conferir efetividade ao princípio da publicidade, norteador da administração pública.

Na esteira, Platt Neto *et al.* (2007) ensina que a LRF fundamenta-se em princípios como o planejamento, a transparência e a participação popular. Esta, enquanto alicerce do controle social, depende fortemente da transparência das ações governamentais e das contas públicas, pois, sem as devidas informações, a sociedade não pode acompanhar a gestão. A LRF, assim, trouxe uma grande contribuição para o processo de transparência da administração pública.

Corroborando, conforme exposto em Congresso Internacional no ano de 2006, tem-se que a LRF determina em diversos dispositivos que as informações apuradas sejam divulgadas em meio eletrônico, promovendo a ampliação do acesso dos cidadãos por meio da internet. Em sintonia, a legislação brasileira criou a figura do Portal da Transparência (PT), que se constitui na inovação mais recente do governo em matéria de transparência da gestão pública. Dessa maneira, o portal funciona como instrumento de prestação de contas dos administradores públicos, incentivando o controle social. A idéia é que os cidadãos possam acompanhar a execução dos programas e ações do governo, em quaisquer das esferas. Assim, o "cidadão-fiscal" é um agente relevante no processo de fiscalização da utilização responsável dos recursos públicos, atuando como elemento inibidor da corrupção, fraude e malversação de recursos públicos.

Reforçando ainda mais, há a Lei Federal Complementar nº 131/2009, conhecida como Lei da Transparência (LT), que altera a redação original da LRF. Esta, no tocante à transparência da gestão fiscal, fixa que deve haver a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. Dessa forma, a norma é taxativa quanto à disponibilização, simultânea à destinação dos recursos, das informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira dos órgãos da administração pública.

Ademais, tem-se a Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI) que está pautada em princípios que visam alcançar uma gestão transparente, propiciando o amplo acesso e divulgação às informações. É o que impõe o Art. 8º, § 2º:

> Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

> [...] § 2o Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores. (LEI FEDERAL 12.527/2011)

Cabe destacar a explanação da Confederação Nacional dos Municípios (CNM) quando ilustra as diferenças entre a LT (LC 131/2009) e a LAI (Lei 12.527/2011), vejamos:

> Ambas tratam dos direitos dos munícipes de saber o que está sendo feito com o dinheiro público. A Lei da Transparência é uma Lei Complementar que altera a redação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) no que se refere à transparência da gestão fiscal. O texto inova e determina que sejam disponíveis, em tempo real, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Já a Lei Federal 12.527/2011, a Lei da Informação, regula o acesso a informações e dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Regulariza o direito do cidadão em solicitar os documentos que tiver interesse sem justificar o pedido. (CNM)

Logo a contextualização das normas remete aos conceitos evidenciados nas avaliações da CGU, a serem explanadas na próxima seção, onde o órgão trata a avaliação passiva como a transparência passiva. Esta se refere ao atendimento dos pedidos de acesso à informação. Já a avaliação ativa refere-se à transparência ativa, a qual baseia-se na divulgação de informações por iniciativa do próprio setor público.

A LC nº 131/2009 estabeleceu prazos diversos para o cumprimento de suas determinações quanto à publicação das informações, tanto para união, estados, municípios e Distrito Federal (DF). Contudo, até maio de 2013 todos os entes da federação deveriam estar adequados, pois o prazo para o cumprimento da lei foi até maio de 2010, para união, estados, Distrito Federal e municípios, com mais de 100 mil habitantes. Até maio de 2011 para municípios entre 50 mil e 100 mil habitantes. Até maio de 2013 para municípios com menos de 50 mil habitantes. Portanto, a partir do escalonamento definido, em 2019 todos municípios já deveriam estar adequados a norma.

Portanto, os estados e municípios que não cumprirem a LT, ou seja, não disponibilizarem as informações no prazo estabelecido, ficam impedidos de receber transferências voluntárias. Estas consistem na entrega de recursos correntes ou de capital da união a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS), conforme descrito na LC nº 101/2000, em seu Art. 25.

4. ESCALA BRASIL TRANSPARENTE E SUAS NOTAS SOB A ÓTICA DA CGU

A transparência é um importante meio contra a corrupção, servindo de estímulo à cultura de participação social na gestão pública. O Brasil não tem apresentado adequados níveis de transparência quando comparado com outros países, conforme a organização não governamental Transparência Internacional. Fundada em 1993 e designada *Transparency International*, ela tem como propósito o combate à corrupção e para tanto divulga anualmente no seu sítio eletrônico os níveis de corrupção de diversos países. (FIGUEIREDO e SANTOS, 2014)

No que tange a transparência no Brasil, houve o seu favorecimento com a Constituição Federal de 1988, quando trouxe no artigo 37 a obrigatoriedade da administração pública respeitar o "princípio da publicidade". Este visa garantir que indivíduos tenham acesso às informações concernentes aos atos realizados pelos agentes públicos. (BRASIL, 1988)

Já no ano 2000, institui-se a LC nº 101, denominada LRF, já delineada na seção anterior, a qual estabelece normas de finanças públicas direcionadas a responsabilidade na gestão fiscal. De acordo com o artigo 1º, § 1º da referida Lei, a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. (BRASIL, 2000)

Para a CGU, de modo a dimensionar o grau de transparência dos entes federativos e órgãos vinculados, institui-se a Escala Brasil Transparente (EBT). Para tanto, utiliza-se de metodologia própria para aferir a transparência pública em estados e municípios brasileiros, com atribuição de pontuação que varia de 0,00 a 10,00. A EBT foi desenvolvida para fornecer os subsídios necessários à CGU com vistas ao exercício das competências que lhe são atribuídas pela LRF e LAI. Como exemplo a ser replicado, o primeiro órgão a tornar disponíveis suas contas foi a própria CGU, em 2004.

Em acesso ao site da CGU na data de 6 de setembro de 2019, constatou-se 3 (três) avaliações de transparência, onde foi demonstrado o avanço de alguns estados segundos os critérios aplicados. Percebe-se que houve uma melhora na transparência nos Estados, pois na 3ª avaliação, dada a variação, nota-se uma crescente evolução dos requisitos avaliados.

Quadro 1: Dimensão Nacional - 3ª avaliação

Panorama dos Governos Estaduais

Escala Brasil Transparente

Posição Nacional	Estado	Nota	Variação*
1	Alagoas	10,00 ▲	+2,08
	Bahia	10,00 =	0,00
	Ceará	10,00 ▲	+1,94
	Distrito Federal	10,00 =	0,00
	Espírito Santo	10,00 =	0,00
	Maranhão	10,00 =	0,00
	Mato Grosso do Sul	10,00 ▲	+7,50
	Pernambuco	10,00 ▲	+3,33
	Rio Grande do Sul	10,00 ▲	+1,11
	Rondônia	10,00 ▲	+5,56
	São Paulo	10,00 =	0,00
	Tocantins	10,00 =	0,00
13	Rio Grande do Norte	9,72 ▲	+1,53
	Santa Catarina	9,72 ▲	+2,78
15	Goiás	9,58 ▼	-0,42
	Mato Grosso	9,58 ▲	+0,97
	Minas Gerais	9,58 ▼	-0,42
	Piauí	9,58 ▲	+1,11
	Sergipe	9,58 ▲	+7,50
20	Acre	9,30 ▲	+5,97
21	Pará	9,16 ▲	+0,13
	Paraná	9,16 ▼	-0,15
23	Amazonas	8,88 ▲	+7,49
	Paraíba	8,88 ▲	+0,13
25	Roraima	8,05 ▲	+5,55
26	Rio de Janeiro	5,00 ▼	-2,08
27	Amapá	0,00 =	0,00

* Variação em relação à segunda avaliação da Escala Brasil Transparente







Fonte : www.relatórios.cgu.bov.br (acesso em 11/06/2019)

Segundo a CGU a EBT avalia o grau de cumprimento de dispositivos da LAI. Suas três versões concentram-se na transparência passiva, onde foram realizadas solicitações reais de acesso à informação aos entes públicos avaliados. A partir da EBT, a CGU pretende aprofundar o monitoramento da transparência pública e gerar um produto que possibilite o acompanhamento das ações empreendidas por estados e municípios no tocante ao direito de acesso à informação.

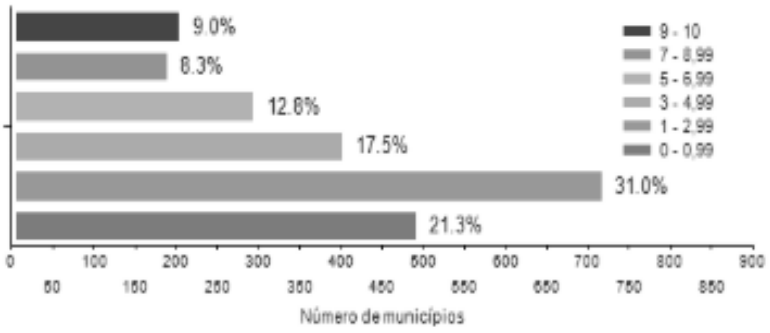
Em consulta ao sítio eletrônico da CGU, esta apresenta o ranking das capitais e governos municipais em escopo amostral, demonstrando os dados coletados . Assim, a metodologia exibe nota atribuída ao município e ranking . Vejamos o quadro disponibilizado pelo órgão de controle:

Quadro 02: Dimensão Municipal com Ranking das Capitais – 3ª avaliação

Panorama dos Governos Municipais

Escala Brasil Transparente - 3.ª avaliação

Notas



Nota	Municípios	%
9 - 10	209	9.0
7 - 8,99	194	8.3
5 - 6,99	299	12.8
3 - 4,99	407	17.5
1 - 2,99	722	31.0
0 - 0,99	497	21.3
Total	2328	100.0

Ranking das capitais

Posição Nacional	UF	Capital	Nota	Variação¹
1	MG	Belo Horizonte	10,00 ▲	+1,25
	DF	Brasília	10,00 =	0,00
	MT	Cuiabá	10,00 ▲	+0,83
	PR	Curitiba	10,00 =	0,00
	CE	Fortaleza	10,00 ▲	+1,81
	AL	Maceió	10,00 ▲	+6,11
	PE	Recife	10,00 =	0,00
	AC	Rio Branco	10,00 =	0,00
	MA	São Luís	10,00 ▲	+0,42
	SP	São Paulo	10,00 =	0,00
	ES	Vitória	10,00 ▲	+1,25
12	RO	Porto Velho	9,72 ▲	+9,72
13	RR	Boa Vista	9,58 ▲	+5,14
14	PB	João Pessoa	9,16 ▼	-0,84
15	TO	Palmas	8,75 ▲	+0,56
16	RS	Porto Alegre	8,33 ▲	+2,50
17	GO	Goiânia	7,91 ▼	-0,42
	BA	Salvador	7,91 ▲	+2,08
19	MS	Campo Grande	7,63 ▲	+0,82
20	AP	Macapá	7,22 ▲	+1,11
21	PI	Teresina	6,52 ▲	+2,77
22	RN	Natal	6,38 ▼	-0,98
23	AM	Manaus	6,11 ▲	+2,22
24	RJ	Rio de Janeiro	5,83 ▼	-2,78
25	PA	Belém	5,55 ▲	+0,83
26	SE	Aracaju	3,47 ▲	+1,25
27	SC	Florianópolis	2,08 ▼	-6,67

¹ Variação em relação à segunda avaliação da Escala Brasil Transparente

Municípios com nota máxima

Posição Nacional	UF	Município	Nota	Variação¹
1	SC	Aguas Frias	10,00 =	0,00
	PB	Alagoa Grande	10,00 ▲	+5,69
	ES	Alfredo Chaves	10,00 ▲	+7,50
	SP	Altinópolis	10,00 =	0,00
	SP	Américo de Campos	10,00 ▲	+8,61
	RJ	Angra dos Reis	10,00	-
	BA	Antas	10,00 ▲	+10,00
	SC	Apiúna	10,00 =	0,00
	CE	Barreira	10,00	-
	SP	Batatais	10,00	-
	MG	Belo Horizonte²	10,00 ▲	+1,25
	SC	Bom Jesus do Oeste	10,00	-
	MG	Botelhos	10,00	-
	SC	Botuverá	10,00 ▲	+0,42
	DF	Brasília²	10,00 =	0,00
	RO	Cacaulândia	10,00 =	0,00
	MG	Capim Branco	10,00 ▲	+4,72
	ES	Cariacica	10,00 ▲	+1,39
	PR	Clevelândia	10,00 ▲	+10,00
	ES	Conceição da Barra	10,00 ▲	+10,00
	MT	Cuiabá²	10,00 ▲	+0,83
	PR	Curitiba²	10,00 =	0,00
	SE	Estância	10,00 ▲	+7,50
	CE	Fortaleza²	10,00 ▲	+1,81
	MG	Gonçalves	10,00 ▲	+3,89
	SC	Guabiruba	10,00	-

Fonte : www.relatórios.cgu.bov.br (acesso em 11/06/2019)

Da avaliação da CGU é apresentado um panorama dos governos municipais com notas que variam de 0,00 a 10,00, conforme os critérios da EBT, sendo analisados 2.328 municípios na 3ª avaliação. Segundo dados do IBGE (1º julho de 2018), no Brasil existem 5.570 municípios. Do ranking estabelecido, a cidade de Palmas-TO, com a nota de 8.75, ocupa a posição nacional 15, dentre as capitais.

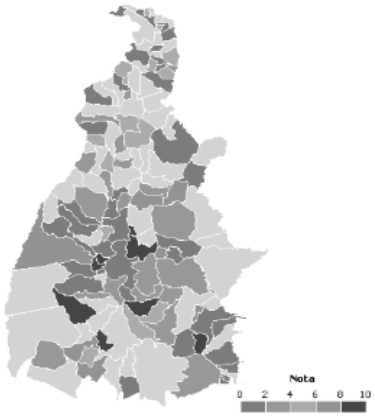
Quadro 02: Dimensão dos Municípios Tocantinense – 3ª avaliação

Escala Brasil Transparente

Panorama dos Governos Municipais - Tocantins

3.ª avaliação

Posição	Município	Nota	Variação*
77	Santa Rosa do Tocantins	9,72	-
148	Nova Rosalândia	9,44 ▲	+7,50
158	Sucupira	9,02 ▲	+5,02
212	Lajeado	8,75 ▲	+8,75
	Palmas	8,75 ▲	+0,56
	Taipas do Tocantins	8,75 ▲	+6,81
242	Duerê	8,47	-
284	Pugmil	8,05	-
290	Pium	7,91 ▲	+7,91
	Talismã	7,91	-
307	Porto Alegre do Tocantins	7,77	-
321	Santa Tereza do Tocantins	7,50 ▲	+7,50
380	Pedro Afonso	7,22	-
455	Aguiarnópolis	6,52 ▲	+4,58
460	Centenário	6,38 ▲	+3,60
472	Figueirópolis	6,25 ▲	+4,31
541	Chapada da Natividade	5,83	-
	São Valério da Natividade	5,83	-
	Tocantinópolis	5,83 ▲	+5,83
632	Nova Olinda	5,27	-
	Palmeiras do Tocantins	5,27 ▲	+2,77
689	Itaporã do Tocantins	5,00 ▲	+1,39
703	Carrasco Bonito	4,86 ▲	+4,86
762	Alvorada	4,44	-
	Palmeirante	4,44 ▲	+2,22
	Xambioá	4,44 ▲	+4,44
794	Angico	4,16 ▲	+4,16
	Axixá do Tocantins	4,16 ▲	+4,16
	Barrolândia	4,16 ▲	+2,22
	Bernardo Sayão	4,16	-
828	Colinas do Tocantins	3,88 ▲	+1,94
	Crixás do Tocantins	3,88 ▼	-0,98
	Ponte Alta do Tocantins	3,88	-
	Rio Sono	3,88	-
912	Arraias	3,33 ▲	+1,39
	Carmolândia	3,33	-
	Monte do Carmo	3,33 ▲	+1,39
	Natividade	3,33 ▲	+3,33
	Rio dos Bois	3,33	-
	Sandolândia	3,33	-
1064	Couto de Magalhães	3,06	-
1065	Brejinho de Nazaré	3,05 ▲	+1,11
	Pindorama do Tocantins	3,05 ▲	+1,11
	Presidente Kennedy	3,05 ▲	+3,05
1118	Pau D'Arco	2,77	-
	Silvanópolis	2,77	-
1237	Colméia	2,50 ▲	+0,56
	Dois Irmãos do Tocantins	2,50 ▲	+2,50
1301	Bom Jesus do Tocantins	2,22 ▲	+2,22
1351	Abreulândia	1,94 =	0,00
	Araguanã	1,94	-
	Arapoema	1,94 =	0,00
	Cachoeirinha	1,94 =	0,00
	Conceição do Tocantins	1,94 =	0,00
	Cristalândia	1,94	-
	Darcinópolis	1,94	-
	Divinópolis do Tocantins	1,94 ▲	+1,94
	Itaguatins	1,94	-
	Marianópolis do Tocantins	1,94 =	0,00
	Miranorte	1,94 =	0,00
	Nazaré	1,94 ▲	+1,94
	Novo Acordo	1,94 ▲	+1,94
	Oliveira de Fátima	1,94 ▲	+1,94
	Paraíso do Tocantins	1,94	-
	Porto Nacional	1,94 =	0,00
	Recursolândia	1,94	-
	Santa Fé do Araguaia	1,94 =	0,00
	Santa Terezinha do Tocantins	1,94	-
	Sítio Novo do Tocantins	1,94	-
	Taguatinga	1,94 =	0,00
1623	Miracema do Tocantins	1,39	-
1627	Dianópolis	1,38	-
	Esperantina	1,38 ▲	+1,38
	Ipueiras	1,38	-
	Novo Jardim	1,38 ▼	-0,56
	Palmeirópolis	1,38 ▼	-0,56
1789	Aurora do Tocantins	1,25 ▲	+1,25
1838	Buriti do Tocantins	0,55 ▲	+0,55
1848	Ananás	0,00 =	0,00
	Augustinópolis	0,00	-
	Chapada de Areia	0,00 ▼	-1,94
	Combinado	0,00	-
	Fortaleza do Tabocão	0,00 =	0,00
	Goiatins	0,00	-
	Lagoa do Tocantins	0,00 =	0,00
	Novo Alegre	0,00	-
	Santa Rita do Tocantins	0,00	-





Fonte : www.relatórios.cgu.bov.br (acesso em 24/10/2019)

Informação importante reside no fato de que os dados da coleta estão abertos para consulta pública no sítio eletrônico da CGU. Esta, por sua vez, vem aprimorando através da ferramenta EBT uma nova avaliação 360º, a qual inova a tradicional metodologia de avaliação da transparência pública. Contemplará não só a transparência passiva, mas também a ativa, com a publicação de informações em portais da internet. Dessa forma, passa a intensificar as exigências nos portais dos municípios. Com a nova metodologia 360º, a CGU pretende abarcar todos os municípios com mais de 50 mil habitantes, a incluir as capitais, propiciando uma verificação ampla, conduzindo à prosperidade do controle social, fomentando as boas práticas administrativas.

Quanto à transparência ativa, a CGU aponta as vantagens geradas na forma de benefícios para o cidadão, que terá acesso prévio à informação, não precisando acionar os órgãos e entidades públicas e esperar pela resposta. Para a administração pública, agrega economia de tempo e recursos, pois quanto mais informações são disponibilizadas de forma ativa, menor será a demanda de pedidos de informação, desvirtuando metas e objetivos administrativos em curso.

Convém destacar que a CGU dispõe ainda em seu sítio eletrônico de guias variados: de Implantação de Portal da Transparência; para Criação da Seção de Acesso à Informação nos Sítios Eletrônicos dos Órgãos e Entidades Estaduais e Municipais; Técnico de Regulamentação da Lei de Acesso à Informação em Municípios e Check List e Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios. Tais instrumentos auxiliam a criação dos portais e no cumprimento da legislação de acesso à informação ao cidadão.

5. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Na visão de Lorente (2019) ao delinear sobre a corrupção no Brasil, explica que desde a colônia existem práticas que lesam o interesse público, podendo elas ser formal e legitimamente institucionalizadas em determinados regimes, como o colonial e o autoritário da ditadura militar, tornando tais regimes corruptos por natureza, ou não. Portanto, a corrupção se coloca como problema, ou a morte da coisa pública. Em continuidade aos seus posicionamentos esclarece que a opinião pública brasileira, tende a associar a corrupção com o comportamento dos funcionários públicos, homens políticos, máquina estatal e política. Nesta perspectiva, concentra uma visão liberal que, de certa forma, inocenta homens do mundo privado quando o assunto é corrupção. A sonegação de impostos e o pagamento de propinas a um guarda de trânsito ou a um funcionário público, por exemplo, tendem a ser passivos de conivência por parte da opinião pública, mesmo que tais ações lesem o interesse público e constituam, portanto, corrupção. Para a autora, essa visão tende a apelar ao reducionismo do Estado e ao privatismo como uma solução para o problema grave que é a corrupção. Conclui que qualquer indivíduo é sujeito a corromper-se, atue ele na esfera pública ou na esfera privada, explana que a corrupção no Brasil não diminui com a redução do Estado, ela se transfere.

Na percepção de Leite (2015) a corrupção é um "câncer" que corrói instituições democráticas, causando sérios prejuízos à sociedade, na medida em que impede o cidadão de usufruir os direitos que lhe são legítimos, tais como: saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, segurança, assistência, etc. Aponta que em contraposição, estimula-se com isso o aumento da violência e da criminalidade. Assim, cita a importância dos Tribunais de Contas, que estão ajudando a assegurar a implementação dos direitos sociais.

Para o mesmo autor supracitado, os escândalos políticos e financeiros que comumente estão sendo veiculados nos meios de comunicação, têm impulsionado a sociedade para uma maior e melhor participação perante as gestões públicas. Dessa maneira, mecanismos são ofertados, de forma que possam facilitar o processo no qual o operador é a própria população a que é disponibilizado conhecimento sobre as despesas realizadas no âmbito de sua municipalidade. Com isso, é possível a verificação de como foram aplicados os recursos, em comparativo às declarações dos portais da transparência. (LEITE, 2015)

A CGU, em manual, esclarece que o acesso às informações públicas possibilita uma participação ativa da sociedade nas ações governamentais e, consequentemente, traz inúmeros ganhos, como a prevenção da corrupção. É enfatizado que o acesso às informações públicas pelos cidadãos possibilita maiores condições de monitoramento das decisões de interesse público, pois a corrupção prospera no segredo. O acompanhamento da gestão pública pela sociedade é um complemento indispensável à fiscalização exercida pelos órgãos públicos. Neste diapasão, os portais devem ser atualizados em tempo real da destinação do recurso, visando assim a possibilidade de consulta também em tempo real das informações públicas.

Segundo Borges (2011) a expressão portal da transparência nasceu no âmbito da CGU e foi oficializada por meio do Decreto nº 5.482: "Art. 1º O Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, sítio eletrônico à disposição na Rede Mundial de Computadores – Internet, tem por finalidade veicular dados e informações detalhados sobre a execução orçamentária e financeira da União". Enfatiza que é uma ferramenta essencial para o acompanhamento das informações de determinado município. Em análise fatídica, constata que em alguns portais não há qualquer informação sobre as despesas realizadas. Neste aspecto, Linhares Neto e Brito (2011) em revista da CGU, ao debaterem sobre o processo licitatório, afirmam que a transparência é um fator crítico de sucesso, para diminuir a probabilidade de ocorrência de irregularidades. Defendem que os processos licitatórios devem transcorrer com mais altos níveis de transparência e abertura. Enfatizam que uma das medidas, já estabelecida em lei, é permitir o acesso do público ao corpo do processo. Concluem que a ampla publicidade fomenta o controle social e legitima as ações do governo. Arremata que neste contexto vislumbra-se os portais da transparência como grande ferramenta de combate e controle à corrupção, quando exibidas todas as informações úteis.

Os portais da transparência vêm apresentando frutos positivos no combate à corrupção, sendo possível identificar quais são os montantes recebidos por determinado agente público. Podemos citar o exemplo de um magistrado de Minas Gerais, através de matéria veiculada em jornal onde as verbas indenizatórias e os penduricalhos têm garantido que magistrados, promotores e procuradores receberam supersalários. Pelo relatado, em maio de 2019 um único juiz recebeu R$ 752.159,39. Entretanto, em alguns casos não se pode através dos portais da transparência concluir que houve desvio de recurso público, ainda que esteja divulgada a realização de despesa. Pode ser citado o caso da operação cartases, onde servidores da Assembléia do Tocantins depositam parte do seu salário recebido ao seu padrinho político, prática conhecida como "rachadinha" em âmbito nacional.

Com a divulgação das informações nos portais pode-se ainda chegar a determinadas conclusões, como da possibilidade de verificação da evolução patrimonial e ganhos de determinado agente público. Ao se avaliar o subsídio mensal publicado no portal da transparência, torna-se capaz de inferir se o ganhos do agente são suficientes para manter determinado padrão de vida, mesmo se a remuneração mensal ultrapassa o teto do

limite constitucional. Assim, observa-se que há diversas formas para verificação da malversação de recursos públicos, a partir do auxílio da sociedade.

Entretanto, Figueiredo e Santos (2013) pontuam que o processo de conscientização da sociedade quanto à importância da população utilizar os instrumentos de participação é um processo de longo prazo. Mencionam que diversas medidas precisam ser implantadas para que se atinjam níveis de melhorias nesse cenário. Justificam que os diversos segmentos sociais necessitam ser alcançados para a obtenção da participação de uma amostra significativa da população. Ponderam ainda que os programas voltados para a educação fiscal precisam se tornar uma realidade nas escolas e universidades brasileiras, introduzindo os conceitos sobre transparência e controle social na educação do país.

Ainda que alguns municípios, órgãos ou mesmo Poderes não venham apresentando clarividência em seus portais de transparência, constata-se que estas ferramentas se configuram em recursos basilares para o combate à corrupção e controle social. Enquanto exemplo, cita-se a Operação ONGs de Papel, empreendida em 2019 pela Polícia Civil do Tocantins, deflagrada a partir de pesquisas por veículo de imprensa no portal da transparência do Poder Legislativo estadual, resultando na constatação de pagamentos efetuados a organizações, com crescente evolução de pagamentos entre exercícios. Portanto, ainda que o propósito deste trabalho acadêmico não seja inserir-se no mérito da investigação, restam evidenciados que os portais da transparência são efetivas e poderosas ferramentas no combate à corrupção.

6. ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS SOBRE OS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO NORTE DESTE ESTADO

As competências do TCE-TO, órgão de controle externo, estão dispostas nas Constituições Federal e Estadual. No plano do estado do Tocantins estão estabelecidas no artigo 1º da Lei Estadual nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001 e demais incisos:

> [...]
> XVIII- decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, adotando as providências de sua alçada; XIX - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno; XX - representar ao Poder competente do Estado ou de Município sobre irregularidade ou abuso verificado em atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e nos processos de tomada de contas.
> (LEI ESTADUAL Nº 1.284/2001)

Vislumbra-se que a Lei Orgânica da Corte de Contas estabelece diversas funções institucionais para verificação da correta aplicação dos recursos públicos, dentre elas aquelas que norteiam as representações dos portais da transparência dos municípios. Corroborando, Leite (2015) reforça que para combater práticas de corrupção existe em nosso ordenamento jurídico um arsenal de normas de cunho constitucional e infraconstitucional. Assevera que na tentativa de efetivação dessas normas, diversos órgãos públicos trabalham com o objetivo de resgatar a moralidade na administração pública, fiscalizando a regular aplicação do dinheiro público e sancionando agentes públicos ímprobos, a exemplo dos Tribunais de Contas. Neste entendimento, o TCE-TO, no âmbito de suas competências, atua com instrumentos de representação em face

das prefeituras, visando a disponibilização na internet das informações necessárias e pertinentes no portal de transparência, em cumprindo o artigo 48, inciso II e 48-A da LRF e termos da Lei Federal nº 12.527/2011.

Outrossim, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), engajada com a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), formada por mais de sessenta órgãos dos três Poderes da República, definiu elementos, por grau de importância, de avaliação da transparência dos portais dos Poderes e órgãos públicos nas três esferas de governo. A concepção contou com a participação da ATRICON, do TCU, da STN, do MPF, do CNMP e da CGU. Portanto, há outros parceiros que fortalecem e demonstram a importância de se manter disponíveis as informações públicas.

Assim, convergindo para a delimitação do tema do trabalho em apreço, buscou-se apresentar os resultados das representações do TCE-TO referente aos municípios da região Norte do estado, os quais são definidos com base na Resolução nº 479/2016 - TCE - Plenário. Esta apresenta uma lista de unidades jurisdicionadas municipais e distribuição de processos entre as 6 (seis) relatorias existentes no TCE referente ao biênio 2017/2018. Dessa maneira, de forma aleatória, contemplou-se a lista 2, que abrange a região Norte. Esta concentra 27 de um universo de 139 municípios tocantinenses. Com isso, da amostra se objetiva retratar se há a efetiva transparência frente às normas existentes e se essas publicações ocorrem integralmente.

Da composição amostral, os municípios da região Norte contemplados são: Aguiarnópolis, Ananás, Angico, Araguatins, Augustinópolis, Axixá do Tocantins, Buriti do Tocantins, Cachoeirinha, Carrasco Bonito, Darcinópolis, Esperantina, Itaguatins, Luzinópolis, Maurilândia do Tocantins, Nazaré, Palmeiras do Tocantins, Praia Norte, Riachinho, Sampaio, Santa Terezinha do Tocantins, São Bento do Tocantins, São Miguel do Tocantins, São Sebastião do Tocantins, Sítio Novo do Tocantins,Tocantinópolis, Wanderlândia e Xambioá.

Desse modo, o TCE-TO realizou a 1ª avaliação no âmbito dos portais da transparência, segundo conceitos da CGU em perspectiva de avaliação passiva e ativa, visto que representa o município caso não divulgue as informações por iniciativa do próprio setor público ou a requerimento dos cidadãos. Assim, a fiscalização realizada pelo TCE-TO nos portais dos municípios do Norte tocantinense evidencia o descumprimento de artigos da LC nº 131/2009 (LT), Lei Federal nº 12.527/2011 e Decreto Federal nº 7.185/2010, no que se refere à implementação do portal da transparência e acesso à informação. Dessa forma é ensejada a atuação do TCE-TO nos termos do artigo 73-A da LRF. Compete-lhe, assim, o recebimento e apuração das denúncias relativas ao descumprimento da LT. Ademais, os fatos apurados são atribuídos a administradores ou responsáveis sujeitos a jurisdição do Tribunal.

Conforme análise das representações dos municípios da região Norte, verificou-se que o trabalho seguiu os critérios adotados em checklist padrão discutido em reuniões técnicas de trabalho conjunto entre este TCE-TO, a CGU, a Controladoria Geral do Estado (CGE), o Ministério Público Estadual (MPE) e Fórum de Combate à Corrupção (FOCCO-TO). A checklist, corresponde a um questionário onde estão contidos todos os itens que devem ser verificados com vistas ao cumprimento da LT e LAI, amplamente divulgados pela CGE aos municípios do estado.

Não obstante a abrangência da checklist padrão, na primeira etapa de fiscalização do TCE-TO há limitação a aspectos em que há possibilidade de fiscalização remota. Portanto, não há aprofundamento na qualidade de

algumas informações e dos sistemas integrados de administração financeira e controle, dentre outros que podem ser efetuados em outra etapa de fiscalização a cargo do Tribunal.

Do apurado, chegou-se às inconsistências encontradas nos município da região Norte que compõem a lista em análise, coletados no site do TCE-TO (https://www.tce.to.gov.br/sitetce/), na forma de representações. Extraído o suprassumo do voto, com a combinação das irregularidades em 03 grandes blocos, o exame e análise das inconformidades, objeto de interesse deste trabalho buscou correlacionar as principais. Com isso, constatou-se o panorama seguinte: não existe endereço eletrônico; existe o endereço eletrônico e ocorre erro ao abrir a página; existe o endereço eletrônico, entretanto não está cadastrado ou foram cadastrados parcial: despesa ou contratos ou licitações ou relatórios de gestão fiscal, informações dos servidores. Assim, foi observado o resultado dos 27 municípios.

Quadro 04: Macro Resultado das Representações dos Portais das Prefeituras (Norte)

Situação Encontrada	Municípios
Não Existe endereço eletrônico	5
Existe o endereço eletrônico e ocorre erro ao abrir a página	6
Existe o endereço eletrônico, entretanto não está cadastrado ou foram cadastrados parcial: despesas ou contratos ou licitações ou relatórios de gestão fiscal, informações dos servidores	16
Total de Municípios pesquisados	**27**

Fonte : https://www.tce.to.gov.br/sitetce/ _ Votos_Prefeituras_Representações_TCE_TO_

Assim, os resultados apresentados refletem a situação dos portais pesquisados pelo TCE-TO a partir dos votos exarados entre os exercícios de 2016 e 2017. Verifica-se que à época sendo representadas as prefeituras pela Corte de Contas estadual, estas apresentavam situações de precariedade, inclusive com a inexistência de portal. Pelo exposto, resultado do apurado, resta evidenciada a restrição no acesso à informação pela população abrangida, com consequente limitação do controle social decorrente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, restou comprovado o importante papel conferido ao cidadão no exercício da cidadania plena, por meio da posição de fiscal dos gastos públicos. Assim, os portais da transparência se apresentam enquanto ferramentas oriundas dos marcos normativas que condicionam o controle social dos recursos públicos. Dessa forma, a LRF, LT e a LAI são diretrizes a balizarem a atuação dos gestores públicos. Com isso, acredita-se que o objetivo de ilustrar a importância dos portais no combate à corrupção foi demonstrado. Sobremaneira, com a análise amostral do panorama dos portais das prefeituras da região Norte do Tocantins.

No que tange às informações apresentadas pelos municípios da região contemplada, dos dados expostos, observa-se que há uma sintonia entre as avaliações da CGU, que são mais abrangentes, e as representações do TCE-TO, mais específicas, quanto aos portais. Ambos demonstram que as prefeituras apresentam informações precárias e em alguns municípios até inexiste a ferramenta. Os resultados

demonstram que os portais embora representem modos de relacionamento úteis para o aperfeiçoamento da democracia, na medida em que proporcionam a publicação das atividades da gestão pública, revelam um baixo comprometimento dos gestores municipais com a realização de uma completa e adequada transparência.

O estudo sugere ainda a necessidade de análises sobre a efetividade dos portais, principalmente quanto ao atendimento do cidadão comum. Com a avaliação sistêmica de seus conteúdos, que sejam propiciadas indicações de como os portais de transparência e de acesso à informação podem ser aperfeiçoados. Dessa forma, será um referencial para a realização da *accountability*, ou seja, do reconhecimento pelos gestores públicos da necessidade de prestação de contas. Assim, o presente estudo jamais pretendeu esgotar o assunto, mesmo porque o horizonte é vasto e implica em múltiplas e variadas análises. Representou uma singela contribuição, ou instigação ao cidadão, que honrando com seus impostos, ver-se desamparado por desmandos oriundos da ineficiência dos gastos públicos, dando margem ao nocivo câncer da corrupção. Dessa maneira, a pretensão é estimular outros trabalhos acadêmicos na mesma linha, conferindo cientificidade à temática, exortando a agregação de esforços em benefício do social.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cássio Guilherme. *O papel do controle social no combate ao fenômeno da corrupção*. XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Anais, edição 2016. Disponível em: < http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14671>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BORGES, Ivo de Souza. *O controle social e a transparência pública na democracia brasileira.* Revista da CGU, Ano VI, Ed.especial, p.151-159, jul.2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: Acesso em: 3 nov 2019.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 maio 2000. Disponível em: Acesso em: 3 nov 2019.

_____ Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 maio 2009. Disponível em: Acesso em: 3 nov 2019.

_____ Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a 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; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no

8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Acesso em: 29 out 2019.

BRAVO, M. I. S.; CORREIA, M. V. C. *Desafios do controle social na atualidade.* Serviço Social & Sociedade, n. 109, p. 126–150, mar. 2012.

Confederação Nacional dos Municípios. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.leidatransparencia.cnm.org.br/img/download/cartilha.pdf. Acesso em: 01 nov 2019

Controladoria Geral da União. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/escala-brasil-transparente. Acesso em: 10 out 2019

DIEGUES, G. S. *O controle social e participação nas políticas públicas:* o caso dos conselhos gestores municipais. NAU Social, v. 4, n. 6, p. 82-93, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Transparência Brasil*. Fórum de gestão e Contratação Pública FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n. 66, jun. 2007. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2019.

FIGUEIREDO, Vanusa da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. *Transparência e controle social na administração pública.* Temas de Administração Pública, v.*8*, n.1, 2013. 20 p.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt. *Controle da corrupção*: caminhos para a política pública de controle a partir das contribuições da teoria procedimental da democracia contemporânea. 2014. 292 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Publica e Sociedade*: causas consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEI Estadual nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001. Publicado no Diário Oficial nº 1115. Acesso em: 03 nov 2019

LEITE, Marcello Costa e Silva. *A Importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção*. *Revista Controle*, Fortaleza, Ano. 13, n. 2, p. 238-253, Jun./Dez. 2015.

LIMBERGER, T. *Transparência administrativa e novas tecnologias*: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. Interesse Público, Porto Alegre, v.8, n.39, p.55-71, set./out. 2006.

LINHARES NETO, Damásio Alves; BRITO, Eveline Martins. *Incidência da atuação do Conselho de Transparência Pública e combate à corrupção no processo de accountability federal. Revista da CGU,* Ano VI, n.9, p. 25-38, jun.2011.]

LORENTE, Vitória Marques. *Corrupção no Brasil e estratégias de combate.* Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – *RBEFP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, mai/ago. 2016.

MONTEIRO, R. P.; PEREIRA, C. A.; THOMAZ, J. L. P. (2016). *Accountability e Controle Social: Uma reflexão sobre sua importância em relação a democracia***.** Revista UNEMAT de Contabilidade, v. 5, n. 9. Jan./jul. 2016.

MOTTA, Fabrício. *Publicidade e transparência nos 10 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal.* Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC, Belo Horizonte, ano 1, n. 0, set. 2010.

PLATT NETO, O. A. et al. *Publicidade e transparência das contas públicas:* obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. Contabilidade Vista & Revista, Belo Horizonte, v.18, n.1, p.75-94, jan./mar. 2007.

ROCHA, Alexandre Sérgio da. *Corrupção*: Conceitos e Reflexões. Porto: Juruá Editorial, 2018.

Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Palmas, 2019. Disponível em: https://www.tce.to.gov.br/sitetce/. Acesso em: 03 nov 2019.

A ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E O COMBATE À CORRUPÇÃO

Bruno Baqueiro Rios[1]
Renato Arruda Martins[2]

RESUMO: A Advocacia Pública possui atribuições voltadas à defesa do Erário e interesse público, integrando o rol de instituições públicas que podem contribuir no combate à corrupção, sobretudo quando consciente do papel de carreira de Estado. Apesar da ausência de menção expressa das Procuradorias Municipais no texto do artigo 132 da Constituição da República, é possível extrair a incidência obrigatória deste dispositivo no âmbito dos Municípios, conforme recente julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 663696, em 28.02.2019, além do entendimento da doutrina sobre o tema. O estudo das atribuições das carreiras ligadas à Advocacia Pública evidencia também sua possibilidade de assumir protagonismo no combate à corrupção, enquanto função essencial à justiça e carreira típica de Estado, que não deve se curvar aos planos de governo de gestores, mas à Constituição Federal. O método exploratório escolhido para pesquisa apresentou-se mais adequado aos objetivos propostos, de modo a apurar que o efetivo combate à corrupção pressupõe exercício de atividade voltada ao regime da legalidade e busca pelo interesse público primário, assegurando, desse modo, atuação típica da Advocacia Pública de Estado e não de governo. O resultado da pesquisa, principalmente pelos exemplos práticos da Advocacia-Geral da União, demonstra que as atribuições da Advocacia Pública podem ser manejadas como ferramentas idôneas no combate à corrupção no âmbito da Administração Pública, por meio da sua atuação preventiva, realizada pela consultoria e assessoria jurídica, e por intermédio da sua atuação repressiva, mediante a atuação em juízo.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Combate à corrupção. Controle preventivo e repressivo. Estruturação das Procuradorias.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como pano de fundo a temática da corrupção, que ganhou grande relevo no cenário nacional, sobretudo em razão da operação lava-jato, que descortinou grande esquema no alto escalão da política e setores mais relevantes da economia brasileira.

Ocorre que, quando se fala em enfrentamento à corrupção, normalmente a referência é quanto aos métodos repressivos e as principais instituições citadas integram a Polícia Judiciária e/ou o Ministério Público. Em menor escala são citados órgãos como Tribunais de Contas, Controladoria Geral da União e mais recentemente se tornou notório o trabalho do então Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, atualmente denominado de Unidade de Inteligência Financeira (UIF), integrante da estrutura do Banco Central, por força da Medida Provisória nº 893, de 19 de agosto de 2019.

[1]Bruno Baqueiro Rios, Procurador do Município de Palmas – TO, pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, pós-graduando em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior de Magistratura Tocantinense, e-mail: brunobaqueiro@hotmail.com
[2]Renato Arruda Martins, Procurador do Município de Palmas – TO, pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus, pós-graduando em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior de Magistratura Tocantinense, e-mail: martins.jus@hotmail.com

Em contrapartida, em que pesem os relevantes trabalhos levados a efeito, principalmente em âmbito federal, o trabalho em tela visa verificar se a Advocacia Pública, além da Polícia Judiciária e/ou o *Parquet,* pode exercer papel relevante no combate à corrupção, considerando a sua função essencial à concretização do Estado de Direito. A referida abordagem é relevante porque, além da Advocacia Pública, os sistemas de controles internos não recebem a devida importância, deixando-se para diagnosticar a corrupção após os prejuízos já terem sido experimentados.

Como se sabe, a Advocacia Pública é reconhecida pelos artigos 131 e 132 da Constituição Federal como função essencial à justiça, ao lado do Ministério Público, Defensoria Pública e da própria Advocacia. Não obstante, a visão da Advocacia Pública como responsável pela prevenção e repressão aos atos de corrupção ainda é incipiente, de modo que o trabalho da Advocacia-Geral da União é o mais reconhecido dentro dessa temática, ganhando força recentemente por meio da atuação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa e de grupos de trabalho voltados ao combate à corrupção.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi adotado o método exploratório por meio do levantamento bibliográfico e análise de exemplos que estimulem a compreensão do combate à corrupção, especialmente no âmbito da União através da atuação da Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União.

Além disso, o presente trabalho visa demonstrar o alcance da atuação da Advocacia Pública no enfrentamento à corrupção, seja na prevenção, por meio do assessoramento e da consultoria jurídica, ou na repressão, com os meios que a legislação lhe oportuniza, como a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 ou a Lei Anticorrupção nº 12.846/13.

Para tanto, será ressaltada a relevância da estruturação e da percepção da Advocacia Pública de Estado, voltada ao interesse público primário, em detrimento da Advocacia de governo, direcionada estritamente ao interesse da gestão. No mesmo sentido, o presente trabalho terá como norte delinear os efeitos nocivos da concessão das atribuições dos Procuradores Municipais a servidores comissionados ou advogados contratados, passando pela análise da PEC 17, que visa incluir expressamente as Procuradorias Municipais no art. 132 da Constituição da República.

2. O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO COMO PRESSUPOSTO AO COMBATE À CORRUPÇÃO

A corrupção é um sintoma de que a relação entre os cidadãos e o Estado não está em sintonia com o Estado Democrático de Direito. A presença da corrupção desvirtua o sentido de interesse público e demonstra que as instituições estão sendo utilizadas para enriquecimento pessoal dos gestores e daqueles que, em conluio, se locupletam de recursos públicos (VILLAS BOAS, 2018, p.55).

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção, que se aproveita das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração nos trilhos legais e da consequente supremacia dos detentores do poder face ao interesse coletivo.

Dentre as instituições que possuem o *munus* constitucional do enfrentamento à corrupção, estão àquelas consideradas como funções essenciais à justiça.

Com efeito, se ao Ministério Público compete precipuamente a tutela dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade e se à Defensoria restou atribuída a tutela dos interesses dos hipossuficientes, à Advocacia Pública restou a tutela dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado. Neste contexto, o constituinte conferiu tratamento unitário a todas as instituições como integrantes das Funções Essenciais à Justiça (MOREIRA NETO, 2009, p.49).

Em que pese não ter sido incluída expressamente no texto constitucional, há muito tempo vem se entendendo pela presença implícita dos Procuradores Municipais no rol de funções essenciais à justiça. Tal entendimento foi materializado em recente entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE 663696 (acórdão publicado em 22/08/2019), de relatoria do Ministro Luiz Fux, que gerou a seguinte tese da repercussão geral:

> A expressão "Procuradores", contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, **compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça**, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (STF, 2019, p. 3), (Grifo nosso)

Veja-se, ainda, trecho do acórdão que reforça a tese:

> **Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça**, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito. (STF, 2019, p. 1) (Grifo nosso)

Nesta senda, a Advocacia Pública, nela incluída os Procuradores Municipais, exerce uma função permanente, essencial à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, que abarca as atividades de representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público, bem como a prestação de consultoria, assessoramento e controle interno da Administração.

A Advocacia Pública de Estado deve ser entendida como atividade voltada ao regime da legalidade e da busca pelo interesse público primário, revelando-se como atividade permanente de assessoramento ao processo decisório. Neste prisma, deve ser dotada de independência técnica, perpassando governos e governantes.

Essencial compreender que governos e gestores são sucedidos, mas os interesses dos cidadãos afetados pelo exercício da advocacia pública são perenes.

Partindo desta premissa, não deve a atuação da advocacia pública sujeitar-se a ingerências políticas e aos desmandos dos governantes que se afastam do interesse público primário. Pelo contrário, cabe à advocacia pública a essencial atividade de controle interno, de forma preventiva ou até repressiva, dentro do âmbito administrativo (AMARAL, 2019, p.196). No mesmo sentido:

> Com efeito, o dever precípuo cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais é indiscutivelmente o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica, embora secundariamente, mas sem jamais contrariar a primeira diretriz constitucional,

> possam esses agentes atuar em outras missões de natureza jurídica administrativas, voltadas para a atividade meio, como por exemplo, aquelas que se desenvolvam em sustentação às medidas governamentais[...]
> [...] Mas é muito importante ter-se presente que, em caso de colidência entre as atribuições secundárias, que porventura lhe sejam cometidas, com aquelas duas, primárias, estas deverão prevalecer sempre, por terem radical constitucional, ou seja, em síntese: por serem missões essenciais de sustentação da ordem jurídica. (MOREIRA NETO, 2009, p.41)

Conforme se infere da lição supracitada, a ideia matriz da atuação do advogado público não é se desvincular completamente dos anseios do gestor. O que se pretende e se mostra essencial no enfrentamento da corrupção é que a atuação seja voltada ao interesse público primário e, em caso de colisão do interesse público com o interesse do gestor (secundário), fazer valer o anseio da coletividade.

O ponto nodal da atuação do procurador público é atender ao ordenamento jurídico (Advocacia de Estado) e não exclusivamente aos interesses do ocupante temporário do cargo executivo (advocacia de governo) (SILVA, 2017, p.9).

Não cabe ao advogado público se arvorar para satisfazer os objetivos do gestor e do seu programa de governo, devendo atuar pela viabilidade da política pública, desde que o meio e o fim empregados estejam em consonância com o ordenamento jurídico. Para arrematar, calha citar lição de Carlos Marden Coutinho:

> Em outras palavras, não cabe à Advocacia Pública envergar o Ordenamento Jurídico para que ele se faça conveniente ao governo, mas sim moldar o governo, para que ele realize a sua atividade nos termos das leis e da Constituição. Sendo assim, só se pode falar que a Advocacia Pública exerça uma Função Essencial à Justiça, se ela exercer junto ao governo uma Advocacia de Estado. (COUTINHO, 2016, p. 91)

Ocorre que, para que a teoria possa ser levada a efeito, se faz necessária a garantia da independência técnica na atuação do advogado público, que perpassa pela necessária estabilidade do cargo público efetivo para exercício do seu *munus*.

Assim, para que o advogado público consiga atuar combinando as atribuições de função essencial à justiça, guardião do controle de juridicidade dos atos administrativos e ator principal da prevenção e repressão da corrupção, há necessidade de um conjunto de fatores que proporcione liberdade de atuação. Nesta senda, a existência de autonomia técnica e independência no exercício do trabalho constituem verdadeiros instrumentos de viabilização de políticas públicas, a fim de facilitar a consecução do interesse público primário.

Nas palavras de Cortiano Jr. e Ramos (2016, p. 97), “a inviolabilidade assegurada ao advogado é garantia do cidadão, na advocacia pública é garantia dos cidadãos”.

Nesse sentido, como integrante das atividades típicas de Estado, o advogado público deve ser dotado de salvaguardas jurídicas que contenham os efeitos perversos de vulnerabilidade às ingerências de interesses puramente políticos de ocasião, garantindo, desta maneira, uma atuação típica da advocacia pública de Estado.

2.1 IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS

O art. 132 da Constituição da República institui a Advocacia Pública das unidades federativas, Estados e Distrito Federal, estabelecendo que a representação judicial e a consultoria jurídica desses entes competem aos seus respectivos Procuradores, organizados em carreira, na qual ingressam por concurso público de provas e títulos. De acordo com a Lei Fundamental:

> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL,1988)

Através do referido dispositivo, o constituinte atribuiu aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal a incumbência de exercer essas funções em caráter de exclusividade.

Como se percebe, a norma constitucional confere poderes de representação jurídica e de consultoria, no âmbito estadual, somente aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, cujo ingresso na carreira depende de aprovação em concurso público. Trata-se, portanto, de uma competência exclusiva e intransferível a qualquer outro órgão inserido na estrutura administrativa estadual. O modelo constitucional da atividade de representação judicial e de consultoria jurídica exige uma unicidade orgânica, o que constitui um impedimento para a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta dos Estados.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.215, realizado em 28/03/2019, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, fixou a tese segundo a qual é inconstitucional a criação de Procuradorias Autárquicas no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, em razão da violação à unicidade orgânica da advocacia pública estadual.

Nesse cenário, em que pese a ausência da previsão expressa dos “Municípios” no art. 132 da Constituição da República, não há dúvidas quanto a sua incidência obrigatória do âmbito da Advocacia Pública Municipal, seja porque os Municípios integram a República Federativa do Brasil e são dotados de autonomia política, administrativa e financeira, organizando-se e regendo-se por sua Lei Orgânica e demais leis que adotarem, seja por força do princípio da simetria. Tal afirmação decorre do fato de que os Municípios foram alçados à condição de ente da federação, implicando na sua igualdade em relação à União, Estados e Distrito Federal, por força do próprio texto constitucional, que assegurou, em seu artigo 18, autonomia a todos na mesma medida.

Além disso, se por um lado a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e

assessoramento jurídico do Poder Executivo, por outro lado, com fundamento no princípio da simetria, as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios devem criar os respectivos órgãos de Advocacia Pública, incumbidos das mesmas atribuições e seguindo o mesmo panorama institucional previsto no texto da Lei Maior.

Por essa razão, a representação judicial e a consultoria jurídica dos Municípios competem aos seus respectivos Procuradores, organizados em carreira, na qual ingressam por concurso público de provas e títulos.

A defesa da constitucionalização da carreira de Procurador Municipal, mediante a aplicação do regramento disposto no art. 132 da Constituição da República, ganha contornos mais relevantes em tempos de intensificação do combate à corrupção no Brasil. Nesse quadro, segundo Raphael Diógenes Serafim Vieira:

> Considerando que os advogados públicos ostentam atribuições típicas de controle de juridicidade preventivo dos atos administrativos, além das consabidas funções de representação, assessoramento e consultoria do Poder Público, sua presença nos municípios brasileiros mostra-se uma importante ferramenta no combate à corrupção e na conformação das práticas da Administração ao Direito. (VIEIRA, 2019, p. 167)

Celso Antônio Bandeira de Mello possui entendimento sobre a obrigatoriedade de observância pelos Municípios do artigo 132 da Constituição da República:

> Embora frequentemente ocupantes de cargo em comissão ou de funções de confiança emitam pareceres jurídicos, isto não pode ser juridicamente admitido, pois, como alerta Maurício Zockun, o art. 132 da CF é explícito em dizer que a representação judicial e consultoria da União e dos Estados cabe aos membros da carreira de procurador. Há de se entender que está referido a cargos e cargos efetivos de tal carreira. A Lei Magna é silente em relação aos procuradores municipais, porém, a teor de procedente comentário do citado publicista, não é excessivo entender que também a eles deve ser aplicado. Deveras, como resulta do brocardo jurídico latino, "ubi idem ratio ibi eadem legis dispositio" (onde existir a mesma razão, aí se aplicará a mesma regra legal). (MELLO, 2010, p. 245)

A observância do princípio da simetria na advocacia pública municipal já vem sendo debatida pela doutrina. Confira-se o seguinte excerto do artigo de Valério César Milani e Silva:

> O Município não pode, em total contra-senso ao que determina Constituição Federal, criar sua advocacia pública essencialmente com servidores comissionados, pois estaria se afastando do modelo constitucionalmente desenhado e adotando modelo assimétrico e inconstitucional. (SILVA, 2008, [*N.P.*])

Na mesma linha, Dirley da Cunha Júnior sequer questiona a ausência do Município na determinação constitucional, entendendo como obrigatória a observância do artigo 132, da Constituição da República, em todas as esferas administrativas:

> A Advocacia Pública é órgão de representação judicial e extrajudicial da entidade estatal, cabendo-lhe, ademais, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Envolve a Advocacia Pública da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 1041)

No julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada - STA nº 320/PR em 05/05/2009, o relator Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, trouxe à baila o tema ora debatido consignando no seu voto:

> No caso, verifica-se que a decisão impugnada está em sintonia com o posicionamento desta Corte nos autos da ADI nº 881-1/ES, cuja ementa assim dispõe:
> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos." (ADI 881 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 25-04-1997).
> Mutatis mutandis, é o que, em princípio, deve ser aplicado no caso de criação de cargo de provimento em comissão para assessoramento jurídico de Chefia do Executivo Municipal.
> (STA 320, Relator(a): Min. MINISTRO(A) PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgado em 05/05/2009, publicado em DJe-086 DIVULG 11/05/2009 PUBLIC 12/05/2009)

Nessa senda, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, em 28.02.2019, o Recurso Extraordinário (RE) 663696 no qual fixou a tese de repercussão geral no sentido de que a expressão 'procuradores' contida na parte final do inciso XI do artigo 37 da Constituição da República compreende os procuradores municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de 90,75% do subsídio mensal em espécie dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A doutrina costuma apontar que o desenho previsto na Constituição da República deve ser reproduzido no âmbito dos Municípios. Nesse sentido, Raphael Diógenes Serafim Vieira afirma que:

> Dessarte, o desenho institucional básico da Advocacia Pública, previsto na Constituição Federal para a União (art. 131) e para os Estados e o Distrito Federal (art. 132), deve ser de reprodução obrigatória para as Leis Orgânicas dos Municípios, haja vista que as atribuições desempenhadas por esse órgão jurídico, além de idênticas, são essenciais para todos os entes integrantes do nosso federalismo tridimensional. Tanto isso é verdade que, onde foram criados, tais órgãos são sempre responsáveis pelo mesmo plexo de misteres,

> quais sejam: representar o Ente, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
> (VIEIRA, 2019, p.176)

César Antônio Alves Cordare e Ronny Charles Lopes Torres, citados por Madureira (2016, p. 200), consideram "grave omissão a ausência de inclusão do município, pelo constituinte originário, do rol dos entes federados que devem ter seus serviços jurídicos organizados em carreira". No mesmo sentido, Nery (2010, p. 250) ressalta que os procuradores municipais "ficaram fora do art. 132 da Constituição Federal, em uma equivocada omissão do texto constitucional".

A fim de alterar o texto da Lei Fundamental, foi apresentado pelo então deputado federal, Maurício Rands – PT/PE, a Proposta de Emenda Constitucional 153/2003, que altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para incluir, expressamente, os Procuradores dos Municípios. A Proposta de Emenda Constitucional, após aprovação na Câmara dos Deputados, recebeu o número 17 de 2012 no Senado Federal, onde encontra-se pronta para votação plenária desde 19 de agosto de 2019.

Além disso, recentemente, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, acolheu solicitação da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM) para determinar que os municípios fluminenses, no prazo de 180 dias assinalado no acórdão, organizem as suas procuradorias jurídicas e atribuam, com exclusividade, as funções de consultoria jurídica e de representação, judicial e extrajudicial, a procuradores ocupantes de cargos efetivos previamente aprovados em concurso específico para o cargo.

Por outro lado, é comum a ampla propagação do argumento segundo o qual a alteração do texto constitucional para obrigar, no âmbito dos Municípios, o preenchimento dos cargos da Advocacia Pública por meio de concurso público seria inviável, tendo em vista que muitos municípios brasileiros têm baixo porte populacional e/ou são desprovidos de condições financeiras para suportar o pagamento dos valores destinados à remuneração de procuradores efetivos. Tal justificativa, defendida por muitos gestores públicos desavisados, pode ser facilmente afastada com os argumentos e os dados sólidos extraídos do "Estudo sobre as despesas com assessoria contábil e jurídica dos municípios goianos e seu reflexo na despesa total de pessoal referente ao 3º quadrimestre de 2018", realizado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, conforme se depreende das seguintes conclusões:

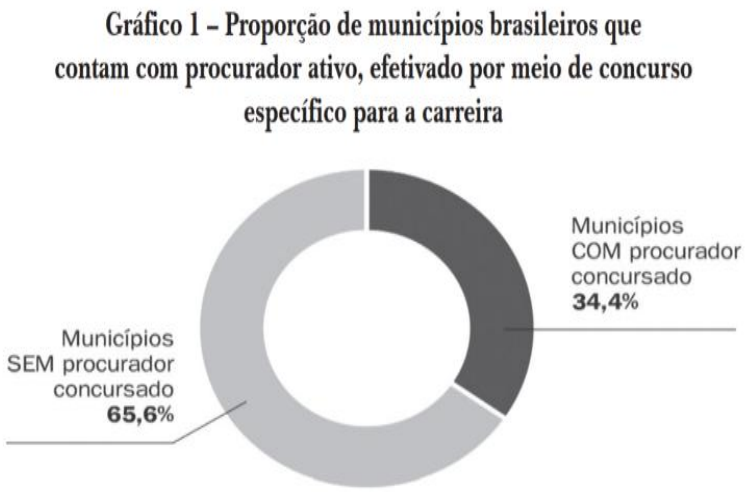
> […]
> Reafirma-se que para os cálculos salariais deste trabalho foram feitos cômputos estimativos; trata-se de uma aproximação da realidade econômica que tem por objetivo evidenciar que em alguns municípios o gasto com assessoria jurídica e contábil é realmente demasiado.
> A Secretaria de Atos de Pessoal possui o tradicional entendimento de que as atribuições dos serviços de contabilidade municipal e advocacia pública básicas são funções típicas de Estado, conforme determina o inciso II do art. 37 da CF.
> […]
> Por serem funções típicas de Estado, devem permanecer sob o regime jurídico administrativo, subjugadas ao princípio hierárquico e disciplinar, e devem estar protegidas de influências políticas, pelo instituto da estabilidade do servidor público.

> […]
> Ainda, a contratação de terceiros impede o exercício independente das funções de contador e procurador, pois, em regra, o contratado possui como objetivo o atendimento do interesse do gestor que o contratou, em detrimento do interesse público primário.
> […] as atividades básicas de assessoria contábil e jurídica devem ser exercidas por servidores públicos efetivos, recrutados por concurso público, e não por terceiros contratados pela administração pública.
> Nesse contexto, preocupam os elevados gastos dos municípios goianos com a realização de atividades que, constitucionalmente, deveriam ser realizadas por servidores públicos admitidos por concurso público.
> Tais despesas se mostram muito mais caras quando terceirizadas, comparadas à contratação de servidores concursados, em ofensa à economicidade.
> No presente estudo ficou demonstrado que a contratação de servidores concursados se mostra mais econômica do que a contratação de assessorias terceirizadas.
> (TCM/GO, 2019)

Na contramão da conclusão do louvável estudo do TCM/GO e da defesa da Advocacia Pública de carreira, realizada pelo presente artigo, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 4.489/2019, que estabelece como "técnico e singular" os serviços de advogados e contadores, tornando inexigível, assim, licitações para contratação de seus serviços. A referida proposta, do deputado Efraim Filho (DEM-PB), altera o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) e o Decreto-Lei nº 9.295/46, que criou o Conselho Federal de Contabilidade e definiu as atribuições do contador. O objetivo do Projeto lei é reconhecer além da natureza técnica e singular, a notória especialização dos advogados e profissionais de contabilidade, a fim de permitir a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos e de contabilidade pela Administração Pública.

Frise-se que a constitucionalização do cargo de Procurador do Município, enquanto carreira típica de Estado, é uma demanda que ultrapassa os anseios meramente corporativistas das entidades que representam tal categoria de servidores públicos. Trata-se de uma ação inadiável do Estado brasileiro em razão do número alarmante de Municípios onde a advocacia pública não é exercida por procuradores aprovados em concurso público de provas e títulos.

Nesse sentido, o 1º Diagnóstico de Advocacia Pública Municipal no Brasil (2018, p.189), pesquisa inédita realizada pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), em parceria com a Herkenhoff & Prates, revelou dados surpreendentes acerca dessa função pública no Brasil. Sem dúvida, o mais assustador dos números explicita o deficit institucional da presença de advogados públicos efetivos nos 5.570 municípios brasileiros. De acordo com o levantamento, 65,6% dos municípios não dispõem de um advogado público efetivo (Gráfico 1), isto é, cerca de 3.654 municípios não contam, em seu quadro de pessoal, com a atuação de um procurador aprovado em concurso público, incumbido do exercício das funções de Advocacia Pública. Confira-se:



(Fig. 1.Proporção de municípios brasileiros que contam com procurador ativo, efetivado por meio de concurso específico para a carreira, de Clarice Corrêa de Mendonça e outros, 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil, 2018, p.189)

Diferentemente da maioria dos municípios brasileiros, em Palmas/TO, por força do art. 87 da sua Lei Orgânica, instituiu a Procuradoria-Geral do Município, conferindo-lhe a atribuição de representação, judicial e extrajudicial, cabendo-lhe, nos termos de lei, as atividades de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo e, privativamente, a execução da dívida ativa de natureza tributária e a organização e administração do patrimônio imobiliário. Por sua vez, a carreira de Procurador do Município de Palmas, cujo ingresso depende da prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), está regulamentada por meio da Lei nº 1.956, de 8 de abril de 2013.

Por todo o exposto, a inserção das Procuradorias Municipais no art. 132 do Texto Constitucional, além de juridicamente e constitucionalmente possível, é importante na medida em que a organização em carreira das Procuradorias dos entes federados é também uma forma de aperfeiçoar o sistema de proteção ao patrimônio público e, portanto, de combate à corrupção. Em outras palavras, o fortalecimento da Procuradoria do Município melhora o sistema de controle de gestão do Erário, proporcionando assessoramentos seguros, independentes e capazes de resguardar o erário e o interesse público.

3. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CORRUPÇÃO

A Constituição da República de 1988, em seus artigos 127 a 135, elegeu a Advocacia Pública, ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Privada, como função essencial à justiça. Tal *status* constitucional confere aos membros da Advocacia Pública de todos os entes da federação brasileira a indelegável missão de realizar o exame de legalidade e de constitucionalidade dos atos administrativos de forma acurada, com vistas a, também, contribuir efetivamente à consolidação do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Lei Fundamental vigente.

Nesse sentido, tem-se que a Advocacia Pública possui diversas atribuições funcionais estrategicamente esculpidas pelo legislador, a fim de permitir o exercício das tarefas de representação judicial e extrajudicial,

bem como de consultoria e assessoria jurídica. Assim, percebe-se a bipartição de funções básicas da Advocacia Pública, as quais podem ser objetivamente assim consideradas: assessorar, em papel também consultivo, e atuar em juízo, seja na defesa contenciosa ou na proatividade necessária à tutela do Erário e do interesse público.

É nesse contexto que as atribuições da Advocacia Pública podem ser utilizadas como ferramentas idôneas e eficazes no combate à corrupção no âmbito da Administração Pública, seja por meio da sua atuação preventiva, realizada pela consultoria e assessoria jurídica, seja por intermédio da sua atuação repressiva, mediante a atuação em juízo, conforme será exposto a seguir.

3.1 ATUAÇÃO PREVENTIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

A Advocacia Pública, representada no âmbito municipal pela Procuradoria-Geral do Município, exerce papel fundamental na prevenção à corrupção porque possui a função de verificar a regularidade dos atos praticados pela Administração Pública, em sua área de atuação, impedindo a produção de efeitos deletérios contra o Erário.

Entre outras atribuições da Advocacia Pública de cunho preventivo no combate à corrupção, cumpre destacar, a título exemplificativo, o quanto disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei Nacional nº 8.666, de 21 de junho de 1993, segundo o qual as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Ronny Charles Lopes de Torres, ao comentar o referido dispositivo da lei de licitações e contratos administrativos, assim se manifesta:

> O parágrafo único do art. 38 trata sobre a análise das minutas de editais, contratos, convênios e instrumentos congêneres, pela assessoria jurídica.
> O prévio exame das minutas, pelo órgão de assessoramento jurídico, é de suma importância, pois permite um controle preventivo da legalidade, evitando relações contratuais ilegais, equivocadas ou prejudiciais ao interesse público, bem como admite a construção da juridicidade, com a criação de soluções jurídicas para aparentes antinomias ou lacunas em nosso ordenamento, justificadora da atuação legítima por parte do gestor público.
> A atividade consultiva pela assessoria jurídica, notadamente quando realizada por membros da Advocacia de Estado, representa um controle da legalidade (em sentido amplo, de juridicidade) que se insere dentro daquilo estipulado pelo constituinte como funções essenciais à Justiça. (TORRES, 2019, p. 518)

No mesmo sentido, José Afonso da Silva ressalta a relevância das atribuições da Advocacia Pública no controle de legalidade e na defesa do patrimônio público, conforme transcrito a seguir:

> A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos direitos patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a

> defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe espaçasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública. O exercício de uma tal missão requer garantias específicas contra ingerências e contra atitudes mesquinhas de congelamento de remuneração. (SILVA, 2006, p. 45)

Como se vê, o prévio exame das minutas, pela Advocacia Pública, formada por procuradores aprovados em concurso público de provas e títulos, na forma do art. 37, inciso II da Constituição da República, possui incontestável relevância, tendo em vista que permite a promoção do controle preventivo da legalidade, evitando relações contratuais ilegais, equivocadas ou prejudiciais ao interesse público.

A prorrogação do prazo de vigência de contratos administrativos sem o atendimento das exigências legais e a realização de contratações diretas, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, à revelia das prescrições descritas em lei, configuram, a título exemplificativo, possíveis atos de corrupção que podem ser impedidos pela atuação preventiva dos advogados públicos no exercício da atividade de consultoria jurídica.

Em 2010 a Controladoria-Geral da União (CGU), em matéria publicada em sua página oficial na *internet*, informou que nas últimas duas edições do Programa de Fiscalização por Sorteio foi possível identificar problemas em licitações em 110 dos 120 municípios fiscalizados, isto é, aproximadamente 92% do total. Segundo o referido estudo da CGU "nesses municípios, a irregularidade mais comum é a dispensa indevida do processo licitatório, verificada em 57 cidades (51,8%)". Na maioria dos casos, tal situação acontece em razão dos pareceres dos procuradores municipais objetivarem apenas atender a formalidades legais, sem constituírem verdadeiro ato fiscalizador.

Sobre o tema em exame, Augusto Rodrigues da Cunha Lima afirma que:

> [...] nos municípios em que os procuradores não são concursados, mas escolhidos pelas autoridades municipais, eles não possuem a capacidade técnica ou a autonomia profissional necessária para exercerem seu papel. Na prática, em vez de defenderem os interesses do município, defendem, por via de regra, os interesses daqueles que os colocaram no cargo. Assim, é necessário separar a advocacia dos municípios da advocacia dos governantes. A primeira diz respeito à proteção dos interesses públicos indisponíveis. Já a segunda visa proteger aos interesses dos governantes que, muitas vezes, vão de encontro aos interesses da coletividade. (LIMA, 2013, p. 52)

Nessa senda, Leila Cuéllar e Clóvis Bertolini, ao defenderem o papel preventivo exercido pelo advogado público, lotado na consultoria jurídica, no combate a possíveis atos ilegais que causam prejuízo ao erário, manifestaram-se no seguinte sentido:

> […] os Advogados Públicos têm papel de destaque no controle de legalidade dos atos administrativos, como nos procedimentos licitatórios, e que as opiniões versadas nos pareceres emitidos têm suma importância para a atuação da Administração Pública. Ainda, por meio da atuação consultiva, por exemplo, podem os advogados públicos efetuar esse controle sobre determinados procedimentos licitatórios. (CUÉLLAR, 2016, p. 70)

Neste contexto de controle de legalidade e de combate à corrupção, foi editada a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A referida lei reservou dispositivos que garantem o desempenho de algumas funções essenciais à Advocacia Pública na condução do processo de averiguação/responsabilização pela configuração de atos considerados lesivos.

No que tange à atuação na seara administrativa, o §2º do art. 6º da Lei em tela assevera que a aplicação das sanções previstas no referido artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público. De acordo com Kleber Martins de Araújo:

> Tendo em conta a finalidade da medida e a natureza do órgão que o emitirá – jurídica -, parece claro que o mesmo deve enfrentar todas as questões formais e de mérito importantes para amparar juridicamente a decisão que será proferida na etapa seguinte. (ARAÚJO, 2013, p.292)

Nessa toada, o Decreto Federal nº 8.420, de 18 de março de 2015, ao regulamentar a Lei nº 12.846/2013 na Administração Pública Federal, estabeleceu em seu art. 9º, §2º, incisos II e III, que, assim que concluído o Processo Administrativo de Responsabilização-PAR, deverá ser encaminhado o seu relatório à Advocacia-Geral da União ou ao órgão de representação judicial respectivo quando não abrangidos pela AGU.

Desse modo, por meio do estudo realizado, constata-se que a função consultiva da Advocacia Pública representa papel imprescindível de controle prévio da legalidade, probidade e moralidade, isto é, de verificação sobre a obediência da Administração Pública ao ordenamento jurídico vigente. Segundo Pedro Vasques Soares, em artigo publicado no portal JOTA, a atividade consultiva e de assessoria da Advocacia Pública, por se tratar de uma atuação eminentemente preventiva, possuiria, ainda, a função de evitar o aumento do número de demandas administrativas e judiciais, uma vez que a sua atuação possuiria caráter pedagógico em face ao administrador (SOARES, 2019).

Assim, compete ao Advogado Público apurar a compatibilidade das políticas públicas, sociais e econômicas, em face da ordem constitucional, o que contribui para a observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, contribuindo, desse modo, à boa administração do Erário.

Em que pese ainda não haver exemplos práticos, insta salientar a importância da Advocacia Pública na evolução da mentalidade dos gestores públicos como caminho à implementação de mecanismos de *compliance* na Administração Pública.

Escorando-se nas premissas levantadas anteriormente, indispensável mencionar aspectos que delineiam as perspectivas da instituição do *compliance* na Administração Pública como medida de "descorrupção" e do papel do Advogado Público nesse processo.

O termo *compliance* significa "estar em conformidade com", ou seja, satisfazer a determinado padrão de integridade previamente imposto. Em âmbito organizacional tem o condão de aplicar princípios éticos aos atos e decisões dos gestores, monitorando e assegurando que todos os atores envolvidos nas ações da organização estejam de acordo com o padrão pré-determinado de probidade e ética.

No âmbito das organizações privadas a instituição do *compliance,* com mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, vem se tornando cada vez mais comum. Em verdade, em razão dos recorrentes casos de corrupção, a implementação de códigos de conduta e integridade se tornaram importantes para imagem das grandes empresas, o que reflete necessariamente no mercado. Em contrapartida, na Administração Pública, a instituição de uma política de *compliance* ainda é tímida e com pouquíssimos exemplos.

Grace Mendonça, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, entende que o Brasil passou, ao longo de sua história, por um verdadeiro processo de corrupção, com a degradação de valores éticos ao longo do tempo. Nesse sentido, a ex Advogada Geral da União sustenta que se torna necessário percorrer um caminho inverso, investindo em um processo de "descorrupção" (MENDONÇA, 2019).

Na esteira deste entendimento, tem-se que um protocolo de *compliance* eficiente fortifica a cultura da integridade e se mostra uma arma poderosa na repressão, e principalmente na prevenção dos atos de corrupção. A ideia é agir a partir dos processos de trabalhos e das atividades desenvolvidas pelos agentes públicos e estimular comportamentos que deverão ser reproduzidos no órgão com amparo em normas internas de ética e conduta. Nesse prisma, vislumbra-se uma possibilidade de atuação integrada dos órgãos de controle interno incluindo as Procuradorias.

No âmbito da Administração Pública indireta a Lei nº 13.303/2016 – Estatuto das Estatais – estabeleceu a obrigatoriedade de empresas públicas e sociedades de economia mista adotarem regras de controle interno bastante abrangentes, além de determinar a elaboração e divulgação de um código de conduta e integridade. Sem margem para dúvidas, a lei levou à Administração indireta a obrigatoriedade de implementação de um programa de *compliance*.

Calha mencionar que a Petrobras, no ano de 2015, antes mesmo da promulgação da lei supracitada, criou o "Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção" como guia de um novo modelo de governança e *compliance*. A medida, que contou com participação ativa do seu corpo jurídico, foi extremamente importante para recuperação da imagem da estatal após reiterados escândalos de corrupção, tendo reflexo direto em seu valor na bolsa de valores (OLIVEIRA; ACOELLA, 2019).

No seio da Administração Pública direta ainda não há determinação legal para implementação de um programa de *compliance*. Em que pese a existência de um amplo arcabouço normativo apto a sustentar um programa de prevenção, detecção e correção de atos de fraude e corrupção, o número de casos concretos nos quais foram implementados esses programas de forma sistematizada ainda é reduzido.

Nesse aspecto surge o papel da Advocacia Pública como precursora, tendo em vista sua atribuição típica de orientação jurídica. No âmbito da AGU, por exemplo, tem crescido o número de orientações relacionadas ao aumento da transparência, gestão adequada de recursos, adoção de mecanismos de punição de agentes públicos, entre outras com o objetivo de proteger a Administração Pública contra a corrupção.

Em paralelo ao trabalho da AGU, importante citar o Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade, elaborado pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e disponibilizado na página do órgão na *internet*. Trata-se de trabalho voltado ao controle interno, buscando incutir no âmbito da Administração Pública uma política de gestão de riscos pautada na ética e probidade. Como mencionado anteriormente, um trabalho sério e integrado entre a Advocacia Pública e demais órgãos de controle interno se mostra essencial para implementação de mecanismos de boa governança.

Na esfera da União, pode-se citar como exemplo de prática incipiente do *compliance* na administração pública direta, o Guia de Interação com o Setor Privado, lançado pelo Ministério da Infraestrutura (MInfra), no âmbito do Programa Radar Anticorrupção. No referido guia, disponível na página oficial do órgão na *internet*, constam princípios, diretrizes e procedimentos para situações objetivas nas quais os servidores do ministério são instruídos quanto à conduta na relação com agentes privados.

Ressalte-se que o Radar Anticorrupção foi lançado em maio de 2019 pelo Ministério da Infraestrutura e está sendo desenvolvido em cooperação com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU) e Polícia Federal (PF). O citado programa tem o objetivo de aprimorar a gestão pública a partir da adoção de medidas voltadas à prevenção, à supervisão e ao enfrentamento de riscos de fraude e de corrupção no MInfra. Os Estados e dos Municípios, baseados no citado exemplo da União, também podem e devem desenvolver programas de *compliance* por intermédio da atuação sistematizada dos seus respectivos órgãos de Advocacia Pública e de Controladoria.

A implementação de mecanismos de *compliance* na Administração Pública Direta fortalece os trabalhos de auditoria e controle interno, sendo essencial a participação da Advocacia Pública, como responsável pela consultoria e orientação jurídica dos entes públicos.

3.2 ATUAÇÃO REPRESSIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Conforme mencionado, a advocacia pública possui extrema importância tanto na prevenção, quanto na repressão aos atos de corrupção. Com efeito, no que tange à prevenção, restou demonstrado que uma atuação isenta e voltada à preservação do interesse público primário por parte do advogado público pode evitar diversos atos de corrupção nas mais diversas áreas de atuação.

Ocorre que, se os atos preventivos falharem, essencial que os advogados públicos sejam dotados de instrumentos para buscarem também a repressão dos atos corruptivos, seja para instrumentalizar a desconstituição dos atos corruptivos, para punir os seus autores, ou para buscar a devida reparação ao Erário público.

A desconstituição dos atos corruptivos, quando materialmente possível, está escorada no poder de autotutela da Administração Pública, conforme estampado na Súmula 473 do STF. Neste contexto, se deparando com

atos eivados de vícios, deve o advogado público recomendar a sua anulação, cessando com eventuais prejuízos ao interesse público e/ou financeiros.

Ainda no âmbito administrativo, atuando em sede de controle interno de legalidade, deve o advogado público, se for o caso, recomendar a abertura de Processo Administrativo Disciplinar em face de servidor que cometeu ato ímprobo, podendo culminar em sua demissão. No particular, calha observar que a atuação do advogado público precisa ser escorada em fatos concretos, ou seja, ele precisa ser municiado de informações para que possa agir.

De outra banda, a Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, possibilita a aplicação de sanções em âmbito administrativo, sobretudo a aplicação de multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica responsável pelo ato lesivo ao Erário público.

Ademais, a Lei Anticorrupção traz previsão expressa do acordo de leniência, instituto que possui objetivo de estimular as empresas responsáveis por atos lesivos a colaborar com as investigações e processos administrativos, de modo que desta colaboração surjam resultados objetivos, tais como: identificação dos demais envolvidos na infração, obtenção de informações e documentos.

Não obstante a competência para aplicar sanções administrativas e celebrar acordos de leniência seja da autoridade máxima de cada órgão ou entidade, a participação da advocacia pública é essencial e salutar no assessoramento jurídico. Trata-se de participação obrigatória em face da envergadura dos interesses tutelados pelos institutos.

Nesta senda, o próprio legislador, no artigo 10, §1º, conferiu ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica a responsabilidade por requerer as medidas judiciais necessárias à investigação e o processamento das infrações, inclusive a busca e apreensão. O referido dispositivo transparece a necessidade das Procuradorias participarem ativamente dos processos administrativos de responsabilização das pessoas jurídicas.

No que se refere à esfera judicial, a Lei Anticorrupção permitiu aos entes federados, por intermédio de suas respectivas Procuradorias, a propositura de ações visando a aplicação de sanções às pessoas jurídicas infratoras. Em que pese a previsão expressa da legitimidade ativa da advocacia pública, é muito mais comum observar ações propostas por membros do Ministério Público, sobretudo em razão da falta de estrutura dispensada às Procuradorias Municipais e Estaduais.

Segundo o Professor Nilton C. A. Coutinho, a legitimidade concorrente, nos mesmos moldes da Lei de Improbidade, se justifica em razão dos interesses e atribuições convergentes relacionados à defesa do Estado Democrático de Direito (COUTINHO, 2015, p.65).

Dentre as sanções previstas na lei destaca-se o perdimento de bens ou valores provenientes direta ou indiretamente da infração, suspensão ou interdição parcial das atividades e dissolução compulsória da pessoa jurídica. Infere-se que a legislação abarca sanções de extrema gravidade para as pessoas jurídicas que causam lesão ao erário, consistindo em importante instrumento ao afastamento da sensação de impunidade que reina na sociedade brasileira.

Todavia, conforme reiteradamente mencionado, uma atuação proativa das Procuradorias demanda uma estrutura organizacional apta a buscar informações, auxiliar nas atividades-meio e, igualmente, a viabilização de certas salvaguardas jurídicas que garantam uma atuação distante de qualquer ingerência de interesses políticos dos gestores.

A enorme diferença entre a quantidade de ações propostas pelo Ministério Público e por membros das Procuradorias se justifica em razão dos integrantes do *parquet* possuírem estrutura organizacional muito superior, amparados por assessoria jurídica, estrutura física e prerrogativas que lhes permitem atuar de forma mais célere e segura. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves discorrem sobre este fato:

> Embora não se despreze, de modo algum, a importância da iniciativa da advocacia pública na tutela do princípio da probidade, importantíssimo mecanismo de controle dos atos da administração, é forçoso reconhecer que a falta de independência funcional de seus membros, diferentemente do que dá relativamente aos presentantes do Ministério Público, e a própria estrutura hierarquizada que envergam, acabam por fragilizar bastante a sua atuação judicial, o que talvez explique o pequeno número de ações por improbidade administrativa propostas pelos entes federados. (GARCIA, 2017, p. 947)

Ademais, insta observar que, com o reconhecimento da responsabilidade da empresa infratora, surge, como consequência direta, a obrigação de reparar o dano, cujo interesse primordial é justamente do ente público lesado. Neste prisma, a estruturação da carreira de Procurador, conferindo ferramentas para atuação no combate à corrupção, se mostra verdadeiro investimento para os entes públicos.

Ainda tratando da atuação repressiva da Advocacia Pública no enfrentamento à corrupção, inevitável a referência à Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/1992. Longe de querer esmiuçar os aspectos materiais e processuais do citado diploma legal, tem-se como pertinente a indicação do papel da advocacia pública como legitimado ativo, representando a pessoa jurídica interessada.

O artigo 17 traz previsão acerca da legitimidade: "A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar" (BRASIL, 1992) Já o §3º do citado dispositivo estabelece que, sendo a ação principal proposta pelo Ministério Público, aplica-se a possibilidade de intervenção móvel do ente público referida no §3º do art.6º da Lei nº 4.717/65, ou seja, pode o ente público lesado atuar ao lado do *parquet* como assistente litisconsorcial.

Compulsando os citados dispositivos, fácil observar que a advocacia pública possui papel de extrema relevância como legitimada para propor a ação em representação judicial à pessoa jurídica interessada e/ou intervir como assistente litisconsorcial em caso de ação proposta pelo Ministério Público. Trata-se de legitimidade pertinente e até mesmo óbvia, tendo em vista o interesse direto do ente público na punição do infrator e na recomposição do Erário. Nesse sentido o magistério de José Marcelo Meneses Vigliar:

> Se há algum legitimado (pré) destinado ao combate da improbidade, se há algum legitimado que deve combatê-la a fim de não realizar, por seu turno, um ato de improbidade omissivo, este é o que a lei determinou como pessoa jurídica determinada. (VIGLIAR, 2003, p. 286)

Em verdade, segundo o Professor Hugo Nigro Mazzilli, a legitimação do Ministério Público para as ações de improbidade é extraordinária e só deve empreendê-la quando houver uma razão especial para isso, ou seja, quando o sistema de legitimação ordinária não funcionar (MAZZILLI, 2002, p.164).

É certo que o entendimento jurisprudencial dominante não confere à legitimidade do Ministério Público um caráter de subsidiariedade, mas a posição doutrinária mencionada é relevante para demonstrar a importância da advocacia pública como protagonista no combate à corrupção, notadamente nos casos de improbidade administrativa. Calil Simão, defendendo a legitimidade ativa da pessoa jurídica lesada, por intermédio da advocacia pública, assim leciona:

> Isso quer dizer que a Advocacia Pública age em nome da sociedade ou, melhor colocando, sua função é proteger o patrimônio da sociedade. A distinção é que cuida de patrimônio concreto, determinado do Estado, ao passo que o Ministério Público cuida dos interesses sociais ou gerais[...] (SIMÃO, 2014, p. 475)

No mesmo sentido, Fernanda Figueira Tornetto, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, entende que, não obstante o grande distanciamento estrutural e de prerrogativas entre as carreiras do Ministério Público e da Advocacia Pública, fundamental que seja diuturnamente exercida a prerrogativa do ajuizamento da demanda pelos entes públicos lesados, não apenas a fim de consolidar a legitimidade da advocacia pública, mas especialmente em razão da aderência da questão de mérito deduzia em juízo com a função de orientação da atividade do administrador (TORNETTO, 2015, p.97).

Não obstante a obviedade do protagonismo da advocacia pública quando se fala em atos de improbidade administrativa, atuando ao lado do Ministério Público, tramita no Congresso Nacional o PL nº 10.887/2018, que, dentre inúmeras medidas, pretende conferir ao *parquet* a legitimidade exclusiva para propositura das ações por improbidade administrativa. A supressão da legitimidade do ente público lesado, por intermédio da advocacia pública, se mostra ainda mais surpreendente pela possibilidade de transação trazida pelo Projeto de Lei.

Nesse sentido, pretende o legislador extirpar o ente público lesado da legitimidade para propositura da Ação Civil Pública por Improbidade e ainda permitir que o Ministério Público, à revelia do ente federado, celebre acordos para por fim à demanda. Não é preciso muito esforço para perceber que a novidade legislativa em debate no Congresso viola, de forma reflexa, a autonomia dos entes públicos e o próprio pacto federativo.

Espera-se que a medida seja rejeitada pelos parlamentares, sob pena de configurar em notório retrocesso ao enfrentamento à corrupção, alijando importantes aliados neste pesado campo de batalha.

4. DA NECESSIDADE DE ESTRUTURAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA EFETIVAÇÃO DE MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO – EXEMPLO DA AGU

Durante todo o presente trabalho ressaltou-se a necessidade de organização das carreiras ligadas à advocacia pública com estrutura física, material humano e salvaguardas jurídicas que afastem os advogados públicos de ingerências políticas ou pressões externas. Neste contexto, compulsando exemplos de sucesso, tem-se a Advocacia-Geral da União como norte para as Procuradorias Municipais e Estaduais.

No ano de 2011 a AGU recebeu o prêmio Innovare pela criação, em 2009, do Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa para atuar no combate à corrupção, servindo de paradigma para a estruturação de diversos órgãos do Ministério Público e Advocacia Pública.

O grupo, composto por Advogados da União de todas as Procuradorias da União do país, com atuação exclusiva e de forma coordenada na preparação e acompanhamento de ações de improbidade, ações civis públicas e execução de julgados do TCU foi responsável pela concepção de um novo perfil de Advocacia Pública, até então concebida para atuar reativamente.

Os resultados foram notados rapidamente, destacando-se a recuperação efetiva de valores desviados das áreas da saúde, educação e infraestrutura. Apenas no ano de 2010 foram penhorados, bloqueados e ressarcidos R$1,07 bilhão, segundo publicação do Instituto Innovare, disponibilizada em sua página na *internet*.

No mesmo sentido, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal foi criada, em junho de 2016, a Equipe de Trabalho Remoto no Combate à Improbidade Administrativa (ETR-PROBIDADE), com atribuição de exclusividade de análise de procedimentos de instrução prévia para ajuizamento de ações de improbidade e ações cautelares correlatas.

Trata-se de outro programa inovador no âmbito da Advocacia Pública Federal e que foi premiado no Innovare 2018.

Antes da implementação da ETR-PROBIDADE, a Procuradoria-Geral Federaltinha histórico de ajuizamentos irregular, registrando o ano de 2015 o ajuizamento de apenas 19 (dezenove) ações de improbidade. Nos anos seguintes, em virtude desta iniciativa, houve expressivo incremento no número de ações de improbidade ajuizadas, passando para 76 (setenta e seis) em 2016 e 328 (trezentas e vinte e oito) em 2017. Este aumento no número de ajuizamentos de ações de improbidade proporcionou o ressarcimento ao Erário federal do montante de R$1.800.000.000,00 (um bilhão e oitocentos milhões de reais).

Ademais, o uso inteligente de ferramentas de tecnologia (sistema SAPIENS) permitiu que, com apenas 7 (sete) Procuradores Federais destacados para o grupo, de um grupo superior a 4 mil, os resultados citados fossem alcançados.

Na descrição do projeto vencedor do prêmio Innovare foram apontadas diversas circunstâncias delineadas no presente trabalho e que, se não forem tratadas com seriedade, dificultam a atuação proativa do advogado público. Pela pertinência com o tema abordado, interessante citar trecho do projeto:

> No âmbito da Advocacia Pública, função essencial à Justiça, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição da República, não se tem notícia de projeto criado com estas características, voltado a uma atuação proativa da instituição no combate à corrupção, buscando coibir a prática de atos de improbidade administrativa. Isso porque, tradicionalmente, a advocacia pública se caracteriza por uma atuação reativa, em que a Administração Pública compõe o polo passivo da lide respondendo às ações judiciais que lhes são propostas, no chamado contencioso judicial de massa, sendo representada pelas Procuradorias (AGU, no âmbito federal). Nessa esteira, a atuação da PGF/AGU nas ações de improbidade administrativa, com o objetivo de conferir maior eficiência na política de ajuizamento de ações judiciais destinadas ao combate à corrupção e à defesa do patrimônio público, exige da Procuradoria o desenvolvimento de atividade especializada e uniforme[...] (JANNUCCI, 2018, p.01)

O projeto, implantado em junho de 2016, continua a colher frutos e vem recebendo atenção da imprensa nacional. Em matéria publicada no "Estadão" do dia 10/02/2019 foi destacado o ajuizamento de 600 ações de improbidade pela AGU para cobrança de R$2 bilhões (ESTADÃO, 2019).

Conforme mencionado no premiado projeto, a atuação proativa do advogado público depende de estrutura e investimento por parte do ente público. Sem o devido apoio, a característica reativa da atuação da advocacia pública fica difícil de ser superada e, consequentemente, os resultados não aparecem.

Ainda sobre o premiado projeto, essencial mencionar a importância de ações propostas concomitantemente à deflagração de operações realizadas pela Polícia Federal. Segundo, Alessander Jannuci, Procurador Federal integrante do grupo, além da imediata indisponibilidade dos bens dos envolvidos, busca-se descapitalizar organizações criminosas para evitar a perpetuação das fraudes, permitindo a rápida recomposição do Erário diante dos prejuízos sofridos.

O Procurador detalha a atuação conjunta do ETR-PROBIDADE com a Polícia Federal:

> O ETR-Probidade tem desenvolvido projeto piloto junto à Superintendência da Polícia Federal em São Paulo no combate a fraudes previdenciárias. [...]
> Deste modo, no dia da deflagração da operação policial, a Procuradoria-Geral Federal, por meio da ETR-Probidade, ajuíza simultaneamente ação cautelar de indisponibilidade de bens dos envolvidos e pleiteia afastamento dos agentes públicos de seus cargos, visando cessar as fraudes, descapitalizar a organização criminosa, resguardar o rápido ressarcimento ao Erário em virtude dos prejuízos causados pelas fraudes estruturadas e também diminuir a influência destes agentes públicos na colheita de elementos de prova. Após a deflagração da operação policial, a equipe do ETR-Probidade passa a acompanhar todos os novos elementos amealhados a partir das declarações prestadas, documentos e objetos apreendidos, perícias realizadas para, ao final, requerer a conversão daquela ação cautelar antecedente em ação de improbidade administrativa[...] (ESTADÃO, 2019)

A atuação conjunta e ordenada do ETR-Probidade junto à Polícia Federal mostra o ineditismo da Advocacia Pública Federal no campo de combate à corrupção, servindo de exemplo para Estados e Município. Dessa maneira, a AGU, como advocacia estatal, impulsionada pela complexidade dos problemas da gestão pública,

e no exercício de defesa dos interesses da União, procura evoluir das tradicionais funções de defesa, de consultoria e de assessoramento jurídicos, para a proposição de ações judiciais capazes de promover a responsabilização daqueles que causam danos ao Erário e buscar o respectivo ressarcimento.

Dentro deste panorama destaca-se ainda, no âmbito da AGU, a criação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa, instituído em outubro de 2007 e considerado o embrião dos projetos anticorrupção e de recuperação de ativos da Advocacia Pública Federal. Trata-se de órgão específico para recuperar perdas patrimoniais sofridas pela União e promover a execução de títulos judiciais e extrajudiciais, inclusive expedidos pelo TCU.

Em aula magna ministrada na Escola da AGU, em agosto do corrente ano, o Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministro Dias Toffoli, ressaltou o trabalho da Advocacia-Geral da União na recuperação de verbas desviadas das contas públicas, em razão de atos de improbidade, corrupção e fraude, por meio do supracitado órgão, criado quando ele esteve à frente do órgão.

Segundo Toffoli, a AGU, em esforço conjunto com a Controladoria-Geral da União (CGU), se notabiliza no cenário de combate à corrupção por impulsionar a celebração de acordos de leniência, os quais viabilizam o ressarcimento de valores bilionários aos cofres públicos. A opinião do ministro está em consonância com a de André Mendonça, atual Advogado-Geral da União.

Durante o seminário “Acordos de Leniência”, promovido pela Frente Parlamentar Mista Ética contra a Corrupção, Mendonça afirmou que a Lei Anticorrupção tem papel fundamental na consolidação do instrumento jurídico no país, cabendo aos entes públicos estruturarem seus órgãos de representação judicial e extrajudicial para poderem usufruir das possibilidades abertas pela legislação.

Nota-se que, diferente de muitos gestores Brasil afora, o chefe da AGU possui a percepção de que os entes públicos precisam investir e se preparar para terem condições de combater a corrupção e buscar o ressarcimento do Erário.

Nesse sentido, vale citar que, em 14 de novembro de 2019, a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU) assinaram acordo de leniência com o Grupo OAS, investigado no âmbito da Operação Lava Jato (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2019). O conglomerado empresarial pagará um total de R$ 1,92 bilhão até dezembro de 2047, com correção pela taxa Selic, incluindo os pagamentos de dano, enriquecimento ilícito e multa, relativos a contratos fraudulentos envolvendo recursos do Erário.

Dando seguimento às medidas anticorrupção, em Maio do corrente ano a AGU criou escritórios regionais de dedicação exclusiva ao combate à corrupção, cada um composto por 100 advogados públicos. A portaria publicada no Diário Oficial da União do dia 17 de maio de 2019 visa concentrar os advogados públicos em Grupos Regionais de Atuação Proativa (Graps), cuja atuação será voltada primordialmente ao combate à improbidade administrativa e a recuperação de ativos.

Como visto, a Advocacia-Geral da União apresenta as características de estrutura/capacidade, investimento em pessoal, atribuições e vontade em enfrentar as mazelas da corrupção. Sob estes parâmetros, os resultados surgem naturalmente.

Conforme dados obtidos pelo "JOTA" – Tribuna da Advocacia Pública, com a criação e estruturação dos grupos especializados no combate à corrupção a AGU saltou de 2.092 ações propostas em 2013, para 4.325 ações em 2018. Os números incluem ações de improbidade, execuções de títulos do TCU, relativas a patrimônio e meio ambiente, minerária e outras (JOTA, 2019).

No mesmo sentido, os valores repatriados saltaram de pouco mais de 1 bilhão de reais em 2013 para quase 6 bilhões de reais em 2018. Os números demonstram, de forma extremamente objetiva, o sucesso do investimento da AGU nos advogados públicos como expoentes do combate à corrupção.

Em contrapartida, no âmbito dos Estados e Municípios ainda não há maturidade e percepção da importância da Advocacia Pública em todas as vertentes, inclusive no enfrentamento à corrupção. Ainda há um arcaico sentimento de que Advogado público é despesa, sobretudo nos Municípios, onde os Procuradores, merecidamente, estão no topo salarial das carreiras.

Recente pesquisa promovida pelo "Instituto Não Aceito Corrupção" e divulgada pela Revista Exame demonstrou que apenas 24% das cidades acima de 20 mil habitantes têm órgãos básicos de controle interno e a maioria destas sequer possui procuradoria instituída, se rendendo ao perigoso caminho da contratação de advogados particulares ou servidores comissionados. Este é o retrato do atraso de gestores ultrapassados que não reconhecem a importância de uma carreira de Estado, voltada à concretização do Estado Democrático de Direito e da defesa intransigente do Erário e do interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo demonstrou-se que, além da reconhecida atuação da Polícia Judiciária, Ministério Público e de outras instituições no combate à corrupção, a Advocacia Pública também possui atribuições voltadas à defesa do Erário e do interesse público contra práticas ilícitas, de modo que os advogados públicos efetivos podem ocupar posição de destaque nesse contexto, resguardando, assim, o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é pertinente destacar que a Advocacia Pública, incluindo-se os Procuradores Municipais, exerce uma função permanente, essencial à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, abrangendo as atividades de representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público, assim como a prestação de consultoria, assessoramento e controle interno da Administração.

O efetivo combate à corrupção pressupõe uma Advocacia Pública de Estado, ou seja, aquela que deve ser entendida como atividade voltada ao regime da legalidade e da busca pelo interesse público primário, traduzindo-se como atividade permanente de assessoramento ao processo decisório, de modo que deve ser dotada de independência técnica, perpassando governos e governantes.

Por essa razão o advogado público, integrante das atividades típicas de Estado, deve ser dotado de salvaguardas jurídicas que contenham os efeitos perversos da vulnerabilidade às ingerências de interesses puramente políticos de ocasião, assegurando, desse modo, uma atuação típica da advocacia pública de Estado e não de governo.

Não obstante a ausência de menção expressa das Procuradorias Municipais no texto do art. 132 da Constituição da República, ao lado das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, é possível extrair a incidência obrigatória do referido dispositivo constitucional no âmbito dos Municípios, tendo em vista que estes Entes Federados foram alçados à condição de ente da federação, implicando na sua igualdade em relação à União, Estados e Distrito Federal, por força da própria Constituição, que assegurou autonomia a todos na mesma medida (art. 18 da CRFB).

Atuando preventivamente, a Advocacia Pública contribui no combate à corrupção, por exemplo, ao exercer a função prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei Nacional nº 8.666, de 21 de junho de 1993, segundo o qual as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. Tal atuação exercida pela Advocacia Pública, formada por procuradores aprovados em concurso público de provas e títulos, na forma do art. 37, inciso II da Constituição da República, constitui incontestável relevância, na medida em que permite a promoção do controle preventivo da legalidade, evitando relações contratuais ilegais, equivocadas ou prejudiciais ao interesse público.

Na seara repressiva, consignou-se que o artigo 10, §1º da Lei nº 12.846/2013 conferiu ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica a responsabilidade por requerer as medidas judiciais necessárias à investigação e o processamento das infrações, inclusive a busca e apreensão. O mencionado dispositivo legal transparece a necessidade das Procuradorias participarem ativamente dos processos administrativos de responsabilização das pessoas jurídicas. Além disso, a citada Lei Anticorrupção permitiu aos entes federados, por intermédio de suas respectivas Procuradorias, a propositura de ações visando a aplicação de sanções às pessoas jurídicas infratoras.

Ainda no âmbito da atuação repressiva, a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/1992 dispõe sobre a Advocacia Pública como legitimado ativo, representando a pessoa jurídica interessada. O art. 17 da mencionada lei traz previsão acerca da legitimidade: "A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar." O §3º do citado dispositivo, por sua vez, estabelece que, sendo a ação principal proposta pelo Ministério Público, aplica-se a possibilidade de intervenção móvel do ente público referida no §3º do art. 6º da Lei nº 4.717/65, ou seja, pode o ente público lesado atuar ao lado do *Parquet* como assistente litisconsorcial.

Contudo, consoante destacado no presente trabalho, uma atuação proativa das Procuradorias, seja no âmbito preventivo, seja na seara repressiva, demanda uma estrutura organizacional apta a buscar informações, auxiliar nas atividades-meio e, igualmente, a viabilização de certas salvaguardas jurídicas que garantam uma atividade distante de qualquer ingerência de interesses políticos dos gestores.

Identificou-se que a exorbitante diferença entre a quantidade de ações propostas pelo Ministério Público e por membros das Procuradorias se deve em razão dos integrantes do parquet possuírem estrutura organizacional qualificada, amparados por assessoria jurídica, estrutura física e prerrogativas que lhes permitem atuar de forma mais célere e segura. Diante desse quadro, o trabalho em tela defendeu que a estruturação das carreiras ligadas à Advocacia Pública, conferindo ferramentas para atuação no combate à corrupção, se mostra verdadeiro investimento para os entes federados.

Diante da necessidade de organização das carreiras vinculadas à Advocacia Pública com estrutura física, material humano e salvaguardas jurídicas que afastem os advogados públicos de ingerências políticas ou pressões externas, observou-se, no âmbito da União, o exemplo de sucesso da Advocacia-Geral da União (AGU), instituição que representa um norte para as Procuradorias Municipais e Estaduais.

Por outro lado, consignou-se que no âmbito dos Estados e Municípios ainda não há maturidade e percepção da importância da Advocacia Pública em todas as vertentes, inclusive no enfrentamento à corrupção. Isso porque ainda há um arcaico sentimento de que Advogado Público é despesa, sobretudo nos Municípios, onde os Procuradores normalmente e merecidamente estão no topo salarial das carreiras.

Dessa forma, conclui-se que a Advocacia Pública também pode assumir o protagonismo no combate à corrupção, enquanto função essencial à justiça e carreira típica de Estado, a qual não deve se curvar aos planos de governo de gestores, mas sim à Constituição e às leis da República. A plenitude do combate aos atos corruptivos pelos advogados públicos, de forma preventiva e repressiva, no âmbito dos Municípios, ainda padece da devida estruturação das Procuradorias, do ponto de vista de pessoal, estrutura física e prerrogativas, permitindo aos seus membros, regularmente aprovados em concurso público de provas e títulos, atuar de forma mais célere e segura.

REFERÊNCIAS.

ACOELLA, Jessica. OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Compliance* na Administração Pública. *In Revista GenJurídico***.** [*N.P.*], jul 2019. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2019/07/31/compliance-na-administracao-publica/>. Acesso em: 20 set. 2019.

ADVOGADOS DA UNIÃO DO GRUPO PERMANENTE DE ATUAÇÃO PRÓ-ATIVA DA AGU. Benefícios alcançados que contribuem para a inclusão social dos cidadãos. Ed. VIII, 2011. *In Instituto Innovare. [N.P.*] Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/grupo-permanente-de-atuacao-pro-ativa-da-agu>. Acesso em: 14 nov. 2019.

AFFONSO, Julia. AGU cobra R$ 2 bi em mais de 600 ações de improbidade. *ESTADÃO.* [*S.l.*] Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/agu-cobra-r-2-bi-em-mais-de-600-acoes-de-improbidade/. Acesso em: 30 set. 2019.

AMARAL, Alexandra da Silva. Efetividade no Combate à Corrupção e a Atuação da Advocacia Pública na Defesa da Probidade. *In* FIGUEIREDO, Fabiana Vidigal Diniz de (org) *Temas Específicos de Compliance.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 196.

ARAÚJO, Kleber Martins de, *et al*. *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 292.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 245.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. *Decreto Federal nº 8.420 de 18 mar 2015***.**Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.846 de 1 de agosto de 2013***.**Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Lei nº 4.717, de 29 de junho 1965***.** Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992***.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Ministério da Infraestrutura. Ministério da Infraestrutura lança Radar Anticorrupção. *Ministério da Infraestrutura*, Brasília 07 maio 2019 [*S.I.*] [*N.P.*]. Disponível em: <http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/8667-radar-anticorrupcao.html>. Acesso em: 10 nov. 2019..

_____. Ministério da Infraestrutura. Programa Radar Anticorrupção lança Guia de Interação com o Setor Privado. *Ministério da Infraestrutura,* Brasília: 07 nov. 2019. [*S.I.*] [*N.P.*]. Disponível em: <http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/9261-programa-radar-anticorrup%C3%A7%C3%A3o-lan%C3%A7a-guia-de-intera%C3%A7%C3%A3o-com-o-setor-privado.html>. Acesso em: 10 nov. 2019..

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União**.** *Guia prático de implementação de programa de Integridade Pública: Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional*, Brasília: 2018, p. 07. Disponível em <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 10.887, de 17 de outubro de 2018***.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Senado Federal. *CCJ discute a dispensa de licitação para contratação de advogados e contadores.* Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materiais/2019/10/25/ccj-discute-a-dispensa-de-licitacao-para-contratacao-de-advogados-e-contadores>. Acesso: 27 out. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. *Solicitação. Processo nº 225.221-8/17. Interessado: Associação Nacional dos Procuradores Municipais*. Relator: Conselheiro Substituto Marcelo Verdini Maia. Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.tce.rj.gov. br/consulta-processo/Processo/List#. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 881-1/ES.* Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 02 de agosto de 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4133/RO*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min Luiz Fux. Brasília: 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284133%2ENUME%2E+OU+4133%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wrcwwfx>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5215/GO*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília 28 de março de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285215%2ENUME%2E+OU+5215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yyyc5sou>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário: RE663.696 MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 22/08/2019. Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340883792&ext=.pdf>. Acesso em: 20 set 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STA 320. Suspensão de Tutela Antecipada*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de maio de 2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+320%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/l82zeop>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 473*. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Toffoli destaca atuação da AGU no combate à corrupção em aula magna para advogados públicos. *Supremo Tribunal Federal***.** [*S.l.*] [*N.P.*], 27 ago 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421815>. Acesso em: 25 set. 2019.

CALEIRO, João Pedro. Pesquisa mostra que cidades brasileiras não têm estruturas anticorrupção. *Exame* [*S.I.* [*N.P.*], out 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/pesquisa-mostra-que-cidades-brasileiras-nao-tem-estruturas-anticorrupcao/?utm_source=whatsapp>. Acesso em: 28 out 2019.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Amt. O advogado público e a inviolabilidade de seu instrumental de trabalho. *In*: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord). *Prerrogativas da advocacia pública.* Belo Horizente: Fórum, 2016, p.97.

COUTINHO, Carlos Marden Coutinho. Advocacia pública de estado e a autonomia das funções essenciais à justiça. In: CASTRO, Adelmário Araújo; MACEDO, Rommel (Org.). *Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à justiça.* [*S.I.]:* OAB, 2016, p.91.

COUTINHO, Nilton C. A. Probidade e ética na gestão pública: a Lei nº 12.846/2013 e a importância do advogado público no combate à corrupção. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, Ano 15, n.171, p.65-70, maio/2015.

CUÉLLAR, Leila; PINHO, Cóvis Alberto Bertolini de. *A advocacia pública e o combate à corrupção: destaque às previsões na Lei Anticorrupção*. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). Prerrogativas da advocacia pública. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.70.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009 [*N.P.*].

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa***.**9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.947/948.

GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios. *Estudo sobre as despesas com assessoria contábil e jurídica dos municípios goianos e seu reflexo na despesa total de pessoal: referente ao 3º quadrimestre de 2018 / Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiá*s ; coordenação de Douglas Santos, Vinicius Nascimento Santos, Paula Pereira da Cunha. – Goiânia: TCMGO, 2019.

GOVERNO FEDERAL. Controladoria Geral da União. CGU e AGU assinam acordo de leniência com Grupo OAS. *Controladoria Geral da União* [*N.P.*], nov 2019. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2019/11/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-grupo-oas>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU constata problemas em licitações em 110 de 120 municípios fiscalizados. *Controladoria Geral da União* [N.P.] 19 de março de 2010. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2010/03/cgu-constata-problemas-em-licitacoes-em-110-de-120-municipios-fiscalizados>. Acesso em: 16 nov. 2019.

JANNUCCI, Alessander, et al Equipe de Trabalho Remoto em Ações de Improbidade Administrativa – ETR – Probidade. Projeto apresentado no Prêmio Innovare Edição XV, 2018 *In Instituto Innovare*. [*N.P*] [*S.I.*]. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/equipe-de-trabalho-remoto-em-acoes-de-improbidade-administrativa-etr-probidade/print>. Acesso em: 30 set. 2019.

LIMA, Augusto Rodrigues da Cunha. *O enfrentamento da corrupção a partir do fortalecimento da advocacia pública municipal, dos órgãos de controle e da atuação preventiva do Ministério Público*. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, ano 45, n. 126, p. 52-65, jan./abril. 2013.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 200.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.164.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 245.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; PORTO, Nathália França Figueiredo; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. *1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil.* 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018, p. 189.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. Protocolos de *compliance* na administração pública e a necessária descorrupção. *In Consultor Jurídico***.** [*N.P.*], fev 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/grace-mendonca-protocolos-compliance-administracao-publica>. Acesso em: 20 set. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús. SOUZA, Luciane Moessa de (Coord). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça*: estudos em homenagem à Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.41 - 49.

NERY, Cristiane da Costa. *A constitucionalização da carreira do procurador municipal: função essencial e típica de Estado*. In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte: v. 12, n. 60, mar./abr., 2010, p. 243-260.

PINTO, Paulo Silva. AGU cobrará mais do que dobrará número de advogados no combate à corrupção. [*S.I.*] [*N.P.*] *Poder 360*, mai 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/agu-mais-do-que-dobrara-numero-de-advogados-no-combate-a-corrupcao/>. Acesso: 30 set 2019.

SANTOS, Rafa. Acordos de leniência são a esperança no combate à corrupção, diz AGU. *In Revista Consultor Jurídico***,** set 2019. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2019-set-20/acordos-leniencia-sao-esperanca-combate-corrupcao-agu>. Acesso em: 08 out. 2019

SILVA, Diógenes Ivo Fernandes de Sousa. A advocacia pública e o controle de juridicidade. *In Revista Fórum Administrativo.* Belo Horizonte, Ano 17, n.194, p.9-29, abr./2017

SILVA, Valério César Milani e. *Advocacia pública municipal e o princípio da simetria*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1986, 8 dez. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/12053. Acesso em: 28 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 45.

SOARES, Pedro Vasques. Advocacia Pública se consolida no combate à corrupção. *Jota Info*, [*N.P.*], fev. 2019 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/advocacia-publica-se-consolida-no-combate-a-corrupcao-160222019. Acesso em: 28 out. 2019.

VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. *O exercício das funções da Advocacia Pública como atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos: uma releitura da Proposta de Súmula Vinculante nº 18 do STF à luz dos dados publicados no 1º Diagnóstico de Advocacia Pública Municipal no Brasil (2018). In* Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 167-204, mar./abr. 2019.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 518.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Pode o Ministério Público combater a Improbidade Administrativa?. *In*: *Improbidade Administrativa*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 286.

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. *O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento*. 1. Ed. Palmas: ESMAT, 2018, p. 55.

INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS EM PROL DO COMBATE À CORRUPÇÃO

Diel Murillo Cirqueira Alves[1]

Leila Rufino Barcelos [2]

RESUMO: Neste trabalho foram analisadas as ações utilizadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins no combate à corrupção. Foi utilizado o método de abordagem dedutiva, aplicando a metodologia analítica-dogmática jurídica e a técnica qualitativa. Para tanto buscou demonstrar que o principal objetivo do Tribunal é o aprimoramento da gestão pública, e, uma das formas de atingi-lo é através de mecanismos eficazes ao combate a esse mal que assola o país. Demonstrando que houve um fortalecimento do seu sistema de controle dos recursos públicos e à cidadania, enfatizando os aspectos da qualidade e da agilidade como sendo pressuposto da efetividade no cumprimento de sua missão constitucional. Se valendo, essencialmente, da implementação de tecnologias avançadas. Ao fim procura demonstrar que os instrumentos de prevenção e de repressão utilizados pelo Tribunal de Contas do Tocantins são efetivos quanto a apuração das irregularidades nas gestões públicas.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Tocantins. Corrupção. Efetividade.

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto democrático brasileiro e o interesse maior da população em acompanhar os corriqueiros casos de corrupção, visto que a mesma de forma árdua passou a cobrar respostas positivas das instituições, criticando severamente aquelas que não vêm demonstrando uma efetiva atuação por parte do Estado, ou seja, não cumprindo satisfatoriamente os objetivos para os quais foram instituídos.

As fundadas cobranças da população por melhores e mais serviços de qualidade esbarram diretamente, por diversas vezes, na autonomia e independência de órgãos e poderes, que por suas características instituídas pelos dispositivos constitucionais assegurados para a atividade de suas finalidades sem interferência indevidas, destoam as prerrogativas do órgão com um infundado direito de atuar sem que a atenção da sociedade seja voltada aos casos concretos.

[1] Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – CEULP/ULBRA; Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública – Faculdade Damásio; Especialista em Teoria da Decisão Judicial – Escola Superior da Magistratura Tocantinenses; Analista de Controle Interno da Prefeitura de Palmas; Assessor Jurídico de Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. E-mail: diel_murillo@hotmail.com

[2] Graduada em Direito pela ISEPI/UEMG, Especialista em Direito Público e Filosofia – Faculdade Católica de Uberlândia, Professora no Curso de Direito na UNEST – União Educacional de Ensino Superior do Médio Tocantins LTDA, Assessora Jurídica de Conselheiro Substituto do TCE/TO, E-mail: leilarufinobarcelos@gmail.com

Nesta esteira temos os Tribunais de Contas que é composto por vários tribunais distintos, quais sejam: Tribunal de Contas do Estado, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunais de Contas do Município. Todos as Cortes de Contas são dotados de autonomia administrativa e financeira, com diretrizes semelhantes de funcionamento e composição.

No Brasil existem 34 Tribunais de Contas. Além dos Tribunais de Contas dos Estados, que têm competência para fiscalizar o Estado, com seus órgãos e Poderes, e também os Municípios (TCE/AC, TCE/AL, TCE/AP, TCE/AM, TCE/ES, TCE/ES, TCE/MA, TCE/MT, TCE/MS, TCE/MG, TCE/PB, TCE/PR, TCE/PE, TCE/PI, TCE/RN, TCE/RS, TCE/RO, TCE/RR, TCE/SC, TCE/SE e TCE/TO), há Estados nos quais existem dois Tribunais de Contas, um que fiscaliza exclusivamente os recursos estaduais (TCE/BA, TCE/CE, TCE/GO e TCE/PA), e outro somente para fiscalização dos munícipios (TCM/BA, TCM/CE, TCM/GO e TCM/PA). Os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo contam com Tribunal de Contas Estadual para fiscalizar Estados e Municípios – seguindo a maioria dos Estados, porém contando também com Tribunais de Contas para fiscalizar as respectivas capitais (TCM/RJ e TCM/SP). Por fim, existem o Tribunal de Contas do Distrito Federal e Tribunal de Contas da União – TCU.

As atividades procedimentais que giram em torno do Tribunal de Contas da União e dos demais órgãos regionais correlatos, fica evidente a relevância para a administração pública, sem a qual o patrimônio do Estado passaria a ser um mero instrumento de barganha de interesses pessoais.

Neste sentido, as Cortes de Contas passam a ter um papel de extrema relevância para preservação dos bens patrimoniais, pois, na medida de sua atividade, impõe freios ao uso dos bens públicos e estabelece penalizações em face aqueles que fazem uso do patrimônio público como se fosse particular, obrigando-os, quando das violações normativas e das práticas de ilegalidades comprovadas má-fé, ao ressarcimento do erário e outras penalizações administrativas, cíveis e penais, isto, quando do exame dos pareceres técnicos e auditorias, o que permite transparência em relação às transações com uso do dinheiro público em licitações, orçamentos, aquisições e outras ações por parte de agentes públicos e órgãos do governo, a fim de prestar contas ao povo brasileiro, proprietário legítimo deste patrimônio, fazendo cumprir as diretrizes do estado democrático de direito.

Nesta linha, serão apresentadas as ações e instrumentos que o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins impõe de forma serena ao cumprimento das obrigações dos servidores e agentes do Estado, na medida em que, rastreia, investiga e avalia as tomadas de decisões destes quanto ao uso do erário, com a finalidade única de salvaguardar as atividades orçamentarias e financeiras do Estado, residindo ai sua indiscutível importância enquanto órgão imbuído de moralidade e do caráter fiscalizador e sancionador das contas públicas.

Será tratado em primeiro plano sobre o Tribunal de Contas e suas competências definidas pelo texto constitucional e as regulações próprias do Tribunal, e, em seguida os instrumentos e as ações implementadas para uma efetiva atuação e consequente combate a corrupção.

Para chegar a esse objetivo, a pesquisa utilizada foi a metodologia analítica-dogmática jurídica, através de pesquisa bibliográfica e documental, exploratória da Constituição Federal do 1988, Constituição do Estado do Tocantins, documentos e jurisprudências do TCU e STF, Lei Orgânica e normativas próprias do Tribunal de

contas do Estado do Tocantins. O método de abordagem aplicado foi o dedutivo e a técnica qualitativa, pois se partiu das teorias e concepções gerais sobre os Tribunais de Contas, suas competências e atuações para averiguar os instrumentos utilizados pelo TCE/TO na apuração das irregularidades praticadas pelos gestores públicos.

2. TRIBUNAL DE CONTAS E SUAS COMPETÊNCIAS

A Constituição Federal estabelece duas formas de controle da atuação da Administração Pública, a interna e a externa, sendo que esta última, é exercida pelo legislativo, na esfera federal pelo Congresso Nacional, conforme entendimento de José dos Santos Carvalho filho,

> É exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, como enuncia o art. 71 da CF. O Tribunal de Contas é um órgão que integra a estrutura do Poder Legislativo e, por isso mesmo, sua atuação é de caráter auxiliar e especializado, porque colabora com o Legislativo e tem a atribuição específica de exercer esse tipo de controle. ÁREAS FISCALIZADAS – São cinco as áreas de atuação sujeitas ao controle financeiro: contábil, financeiro (em sentido estrito), orçamentário, operacional e patrimonial (art. 70, CF). A área contábil é aquela em que se formalizam os registros das receitas e despesas. Na área financeira stricto sensu, o controle se executa sobre os depósitos bancários, os empenhos, o pagamento e o recebimento de valores etc. O controle orçamentário visa ao acompanhamento do orçamento e à fiscalização dos registros nas rubricas adequadas. Restam os controles operacional e patrimonial. No primeiro, a fiscalização incide sobre a execução das atividades administrativas em geral, verificando-se notadamente a observância dos procedimentos legais para cada fim, bem como a necessidade de sua adequação à maior celeridade, eficiência e economicidade. O controle patrimonial recai sobre os bens do patrimônio público, exigindo-se sejam fiscalizados os almoxarifados, os bens em estoque, os bens de uso, os bens consumíveis etc. (FILHO, CARVALHO, 2017, p.1066)

Os Tribunais de Contas ou Cortes de Contas órgãos especializados em análise das contas públicas dos diversos órgãos da Administração Pública da União, Estados ou Municípios. No Brasil, apresenta na estrutura administrativa, especificações e redistribuição orgânica entre os Tribunais de Contas, tendo finalidade a fiscalização, inspeção, análise e controle de contas públicas, assim, atua neste cenário o Tribunal de Contas da União (TCU), os Tribunais de Contas dos Estados (TCE's), o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) e os Tribunais de Contas dos Municípios (TCM's). Todavia, em alguns estados da federação existe somente o Tribunal de Contas do Estado, responsável pela análise das contas dos estados e municípios, e no Distrito Federal o Tribunal de Contas analisa somente as contas do Distrito Federal, não abarcando sob sua jurisdição nenhuma conta de municípios.

O Tribunal de Contas da União (TCU), cuja competência está prevista nos artigos 71 a 75 da Carga Magna, apresenta-se como órgão auxiliar do Legislativo. A missão constitucional do TCU é fiscalizar e zelar pela regularidade das contas públicas.

Portanto, como já dito acima, nas palavras de Carvalho Filho “o Tribunal de Contas tem a função constitucional de auxiliar o Legislativo no controle financeiro externo da Administração Pública, como emana do art. 71 da atual Constituição”.

O Tribunal de Contas é órgão importante no Estado Democrático de Direito, por ser fiscalizador e garantidor do respeito as normas aplicáveis à administração Pública, assim segundo José dos Santos Carvalho Filho,

> O tribunal de Contas é órgão de inegável relevância no regime republicano e, sem embargo de críticas que tem sofrido (algumas delas merecidas), tem uma relativa autonomia no sistema, desfrutando, inclusive, de quadro próprio (art. 73, CF), Ministros (e Conselheiros) com as prerrogativas da Magistratura (art. 73, § 3o) e lei própria de auto-organização. Várias são as atribuições do Tribunal de Contas no que toca ao controle financeiro da Administração. (FILHO, CARVALHO, 2017, p.1068)

Dispõe o artigo 70 da Constituição Federal:

> A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A Constituição Federal, em seu artigo 70, parágrafo único, fixa a abrangência do controle externo. Dispõe que devem prestar contas: i. todo aquele que de alguma maneira gerencie dinheiros, bens ou valores pertencentes à União; ii. todo aquele que gerencie recursos, mesmo que privados, pelos quais a União responda; e, iii. todos aqueles que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome da União. De tal forma, o Poder Legislativo e seu auxiliar, o Tribunal de Contas, podem aferir a lisura das receitas e despesas desses sujeitos.

O Tribunal de Contas da União poderá fiscalizar e auditar: i. todos os órgãos e entes da administração pública federal; ii. Órgãos e entes das administrações públicas estaduais e municipais, quando do recebimento de recursos federais; iii. pessoas físicas e jurídicas privadas, em geral, que de algum modo percebam, administrem ou gerenciem recursos públicos federais. Assim, a regra, é que o TCU está legitimado a atuar sempre que o caso envolver utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de bens e valores públicos provenientes da União.

O conjunto de competências atribuídas ao TCU por meio da Constituição Federal estabeleceu a essência do mesmo como órgãos de auditoria externa. A legislação estabeleceu várias atribuições, todavia resumindo em uma única finalidade: fiscalizar o erário.

Quanto as atividades de fiscalização por meio das auditorias externas, estabelecidas na Constituição, a exemplo, a competência para realizar, por iniciativa própria ou de terceiros[3], inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em todas as unidades de quaisquer dos três Poderes e nos mais variados entes que receberem ou gerirem recursos públicos (CF, art. 71, IV), as quais são de fundamental importância para o controle destes. É atribuído para analisar e emitir parecer sobre as contas gerais do Executivo (CF, art. 71, I), documento este que é útil à instrução do julgamento a ser

[3] Pesquisas e investigações podem ter início por iniciativa do próprio TCU, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou de comissão técnica ou de inquérito (CF, art. 71, IV), ou, ainda, por conta de denúncias de irregularidades encaminhadas ao órgão de controle por "Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato" (CF, art. 74, § 2º).

realizado diretamente pelo Legislativo (CF, art. 49, IX); e, a incumbência de fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais de cujo capital social a União participe (CF, art. V) e de vigiar a aplicação de recursos repassados pela União a outras esferas federativas (CF, art. 71, VI).

A Carta Magna estabelece 03 formas pelas quais o TCU auxilie o Poder Legislativo. Inicialmente, por meio da análise das contas anuais da presidência da República e da emissão de simples parecer opinativo prévio sobre sua regularidade (CF, art. 71, I). O parecer deve ser encaminhado pelos órgãos de controle ao legislativo, a quem efetivamente compete julgar "as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo" (CF, art. 49, IX). É sabido que o parecer prévio emitido pelo TCU não aprova ou rejeita, ele próprio, as contas do chefe do Poder Executivo, muito menos vincula o Legislativo ao seu teor. Sua exclusiva finalidade é fornecer meios técnicos para que o Poder Legislativo tome decisão definitiva acerca das contas da presidência da República.

Outra função essencial do TCU é auxiliar o Legislativo com "inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentaria, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (...)", sempre que a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, ou comissões técnicas ou de inquérito o solicitam (CF, art. 71, IV). Nessa situação, o TCU serve como "apoio" de fiscalização do Legislativo, possuindo o dever de enviar relatórios ao Congresso em periodicidade específica (CF, art. 71, §4º).

Por fim, outra função do TCU é opinar na decisão do Legislativo acerca da sustação de contratos (CF, art. 71, IX, XI e §1º). Conforme preceito legal, o TCU decide, através de acórdão opinativo provisório, sobre "indícios de irregularidade". Destacamos que tais acórdãos não produzem coisa julgada administrativa sobre a regularidade da contratação[4]. O órgão responsável pelo controle externo apoia o exercício da competência cautelar de sustar contratos, que é exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 71, §1º),[5] para evitar que a continuidade de sua execução possa causar prejuízos.[6]

Destaca-se que além de tais funções explanadas alhures, o TCU também tem competência para tomar decisões específicas que produzem efeitos concretos. Tais decisões independem de deliberação do Poder Legislativo ou de outro órgão. Assim, o TCU também desempenha, de modo autônomo, competências próprias. Apesar de ter tal função auxiliadora ao Poder Legislativo, nada se vincula o TCU, pois a ele não está subordinado, pois tem independência e é revestido de autonomia administrativa, possuindo corpo de funcionários próprios, bem com estrutura decisória específica e independente.

Resumidamente, cabe ao Tribunal de Contas, em caráter de decisão: (i) aprovar ou rejeitar contas de responsáveis pela gestão (em sentido amplo) de recursos públicos (CF, art. 71, II); (ii) aplicar multas a agentes públicos em caso de ilegalidade de despesas (CF, art. 71, VIII); (iii) em sendo identificado algum

[4] O tema é só a existência de "indícios", isto é, de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora.*

[5] Mas o TCU tem outras competências cautelares próprias: para afastar temporariamente o responsável por supostas irregularidades e para decretar a indisponibilidade de seus bens (art. 44, §§ 1º e 2º de sua Lei Orgânica).

[6] O STF tem reconhecido, por meio de sua jurisprudência, que compete ao Congresso, e não ao TCU, sustar contratos na hipótese de ilegalidades. Ex.: Mandado de Segurança n. 23.550, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, plenário, julgado em 31.10.01; Mandado de Segurança n. 26.000, Primeira Turma, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 04.12.2012. No mesmo sentido, a doutrina: Di Pietro (2013, p. 22); Sundfeld e Câmara (2013, p. 204); Barroso (2006, p. 238); Grau (1997, p. 354-355); Jurksaitis (2011, p. 1294-1295).

débito, imputá-lo a quem o tiver causado, constituindo, de imediato, título executivo (CF, art. 71, § 3º); (iv) determinar que sujeitos que tiverem fraudado licitações fiquem impossibilitados de contratar com o poder público por tempo determinado (art. 46 da Lei Orgânica do TCU); (v) determinar mudanças em editais de licitação já publicados, caso se constate alguma ilegalidade (art. 113, § 2º, da Lei n. 8.666, de 1993); e (vi) suspender o curso de procedimentos licitatórios caso ilegalidades previamente apontadas pelo TCU não sejam sanadas pela administração pública (CF, art. 71, X, c/c art. 113, § 2º, da Lei n. 8.666, de 1993).

No que se refere as decisões expedidas pelas Cortes de Contas, nos processos em que forem proferidas, deve assegurar-se o contraditório e a ampla defesa quando, essas decisões, forem capazes de provocar a anulação ou a revogação de ato administrativo que beneficie o interessado. Assim nas palavras de Carvalho filho,

> Trata-se de restrição ao poder de autotutela da Administração, tendência que, como já vimos, tem sido observada em diversas situações administrativas para evitar que ato unilateral tenha o condão de desfazer benefício para o administrado, sobretudo quando praticado com abuso de poder. Excetua-se da mencionada exigência a apreciação da legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Em nosso entender, contudo, se tal apreciação conduz à invalidade ou alteração de tais atos – de resto, já praticados pelo órgão administrativo competente –, deveria o Tribunal de Contas sujeitar sua apreciação ao interessado, possibilitando-lhe arguir outros elementos para a defesa do ato que o beneficia. Afinal, cuida-se de hipótese em que se contradizem dois órgãos estatais – de um lado, aquele de onde se originou o ato de aposentadoria, reforma ou pensão e, de outro, a própria Corte de Contas. (FILHO, CARVALHO, 2017, p.1072)

Desta forma, resta apresentado de forma geral quais são as principais competências dos Tribunais de Contas, visto que além de fiscalizar aqueles que detenham o poder de movimentar o erário possui também o condão de aplicar sanções, conforme o caso, a fim resguardar a sociedade proteção do dinheiro que a pertence, prevenindo e recuperando valores e objetos que muitas vezes são utilizados de forma individual por corruptos em nosso país.

3. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS: FERRAMENTAS/MECANISMOS DE COMBATE A CORRUPÇÃO

Por ser uns dos objetos principais do presente trabalho, faz-se importante primeiramente conceituar corrupção. No entanto por ser um complexo fenômeno global, se torna difícil conceituar, haja vista, derivar de vários fatores, como econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos (HAYASHI, 2015, p. 96) e à luz do direito e das ciências sociais, encontra abrangências diversas, variando também em cada cultura, em cada comunidade.

Segundo Norberto Bobbio (1998, p. 291) a corrupção seria um “fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa.”

Num viés jurídico, a corrupção seria uma infração cometida por um servidor público, no campo político, corresponderia uma subversão do interesse público por interesses particulares (PEREIRA, 2017, p. 80).

A corrupção representa um grave problema para o Estado de Direito (PEREIRA, 2017, p. 77). Dessa forma, estudiosos da área, há tempos, vem destacando as consequências das práticas corruptas sobre o desenvolvimento econômico e principalmente referente ao desfrute dos direitos humanos, atingindo assim, o funcionamento da democracia, (PEREIRA, 2017, p.78).

Quanto a prevenção e o combate à corrupção, esse sim deve ser um dos principais objetivos dos entes públicos, que se propõem ao regime do Estado Democrático de Direito. A corrupção é um mal que assola não só o Brasil, mas nações do mundo inteiro. Todas as medidas que contribuam para a diminuição dos graus de corrupção na sociedade brasileira devem ser aplaudidas (MAFRA FILHO, 2007, p. 79).

A questão da corrupção no Brasil resulta da difusão habitual, portanto, é sistêmica, e consequentemente, não há uma solução única que resolva todos os problemas. Ainda que essencial, a punição, não é suficiente para coibir práticas ilícitas. Precisa-se também aprimorar mecanismos de identificação e prevenção (PEREIRA, 2017, p. 89).

A importância de encontrar meios adequados ao enfrentamento dessa situação em relação à qual, parece evidente, os órgãos de controle em geral e os órgãos de controle externo de contas públicas em particular, que são os Tribunais de Contas, no modelo brasileiro, têm especial responsabilidade, (SANTOLIM, 2018, p. 223)

A principal missão dos Tribunais de Contas é aprimorar a gestão pública. Uma das formas de atingir este objetivo é por meio do combate à corrupção.

Os Tribunais de Contas devem induzir à melhoria nos processos internos dos órgãos públicos, por meio de fiscalizações, impactando assim, positivamente a prevenção à corrupção, reforçando as linhas de defesa das instituições. E mesmo a expectativa de controle gerada pela atuação dos Tribunais de Contas ajuda a coibir as eventuais irregularidades.

Nos últimos anos, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, aprimorou suas ferramentas utilizadas, passando a incorporar a detecção de irregularidades e corrupção nas rotinas de auditoria, aumentando o esforço de auditoria em processos com indícios de irregularidades e intensificou a cooperação com órgãos da rede de controle. A prova disso é que, o Tribunal de Contas da União apresentou 29 de outubro de 2019, o projeto Estratégia Nacional de Prevenção à Corrupção, Avaliação da Suscetibilidade à Corrupção nas Organizações Públicas, na sede do Tribunal de Contas do Tocantins. O projeto tem como objetivo aperfeiçoar as estruturas de combate à corrupção nos entes e nos três poderes, melhorar o perfil dos agentes públicos nomeados localmente, implementar dinâmica de melhoria contínua na adoção de boas práticas em todo o setor público e obter informações estratégicas para o controle de todas as suas frentes.

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins atualmente, conta com a análise das prestações de contas, as auditorias, as tomadas de contas, sistema integrado de controle e auditoria pública – SICAP´s, representações e denúncias, ouvidoria, consultas e agenda cidadã, como ferramentas de prevenção e combate a corrupção. A última, agenda cidadã, tem finalidade pedagógica, orientando para as boas práticas da administração pública.

3.1 AS PRESTAÇÕES DE CONTAS

O Supremo Tribunal Federal (STF), em agosto de 2016, no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 848826 e 729744, ambos de repercussão geral, por maioria de votos, o Plenário decidiu, que é exclusivamente da Câmara Municipal a competência para julgar as contas de governo e as contas de gestão dos prefeitos, cabendo ao Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo municipal, emitindo parecer prévio e opinativo, que somente poderá ser derrubado por decisão de 2/3 dos vereadores e em caso de omissão da Câmara Municipal, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera a inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64/1990.

Portanto, uma das funções mais relevantes dos Tribunais de Contas, em quaisquer das esferas governamentais, consiste na apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo, com a emissão de parecer prévio na condição de auxiliar direto do Poder Legislativo, sendo este o titular do julgamento das contas anuais.

As contas que o Tribunal analisa têm por objeto os atos, dos administradores públicos que atuam em nome do Estado, dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, neles compreendidos toda e qualquer pessoa física ou jurídica pública ou privada, que mantiver em sua guarda dinheiros, bens ou valores públicos; de todo e qualquer agente público que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Previsão expressa no art. 71, II da Constituição Federal do Brasil de 1988, repetida, em face do princípio da simetria, no art. 33, inciso II, da Constituição do Estado do Tocantins.

O exame das contas dos agentes públicos não abrange mais somente os atos de realização de despesa, quanto à regularidade de aplicação de recursos públicos, mas todos os atos de gerenciamento público, envolvendo a arrecadação da receita, a realização da despesa e a administração dos dinheiros, bens e valores públicos (art. 71, II, CF).

A fiscalização do Tribunal de Contas abrange, além dos administradores públicos titulares de unidades gestoras de recursos públicos, também conhecidos como ordenadores de despesa, como toda e qualquer pessoa que tiver sob sua guarda bens, dinheiros ou valores públicos, compreendendo a legalidade, a legitimidade e a economicidade da gestão, da renúncia de receitas e da concessão de subvenções.

Referida prestação de contas deve ser apresentada ao Tribunal de Contas pelos administradores públicos na condição de responsáveis pelo gerenciamento das atividades-meio, nos prazos fixados em ato normativo do Tribunal.

Diferentemente das Contas de Governo, as Contas de Gestão provêm do comando do artigo 71, II, da Constituição Federal, pelo princípio da simetria, essa competência se estende aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais de Contas dos Municípios (CRFB, art. 75, *caput*).

As contas podem ser prestadas ou tomadas, conforme sejam apresentadas pelo responsável ou constituídas em procedimentos efetivados pela própria Administração ou pelo Tribunal de Contas e tem, essencialmente, o objetivo de efetivar a reparação de dano ao patrimônio público, por meio da imputação de débito ao responsável, e a decisão terá força de título executivo (CRFB, art. 71, § 3º).

3.2. AUDITORIAS

O Tribunal de Contas, nos termos da sua Lei Orgânica deste Tribunal bem como o Regimento Interno, realizará nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, inclusive para atender à solicitação do Poder Legislativo ou de sua comissão técnica ou de inquérito, auditorias e inspeções, com a finalidade de exercer o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial dos fatos e atos administrativos das respectivas unidades quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade, moralidade, economicidade e razoabilidade.

Em se tratando das auditorias o Tribunal realizará exames objetivos, isentos de emissão de juízos pessoais imotivados, sistêmico e independente, das operações orçamentárias, financeiras e administrativas e de qualquer natureza, objetivando verificar os resultados dos respectivos programas, sob os critérios de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade, tendo em vista sua eficiência e eficácia, como estabelece o art. 128 do seu regimento Interno.

Para tanto, o processo de Auditoria em si, não possui o condão de processo saneador de irregularidades, sua utilidade está a afetar à observação do cumprimento da legislação pertinente à gestão administrativa, para futuras tomadas de decisão pelo órgão fiscalizador, em razão do descumprimento do ordenamento jurídico pelo ente auditado.

Na análise processual das auditorias o art. 140, do Regimento Interno, recomenda que ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o Tribunal, poderá determinar, o apensamento da auditoria às contas correspondentes, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, a adoção de providências corretivas por parte do responsável, ou de quem lhe haja sucedido, quando verificadas tão-somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito, e apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações, a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações, e se não elidido o fundamento da impugnação, o aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização multa, conforme art. 159, inciso II e III do Regimento.

3.3 TOMADAS DE CONTAS E TOMADAS DE CONTAS ESPECIAL

Diante da omissão no dever de presta contas, da não-comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Estado ou Município, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, bem como nos casos de concessão de quaisquer benefícios fiscais ou de renúncia de receitas, de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas a instauração da tomada de contas ou tomadas de contas especial, conforme o caso, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, conforme disposto no art. 75 Lei Estadual 1.284/2001 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

A tomada de contas é a ação desempenhada pelos órgãos competente para apurar a responsabilidade de pessoa física, órgão ou entidade que deixarem de prestar contas e das que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte, ou possa resultar, dano ao erário, devidamente quantificado, nos termos do art. 74, inciso II, da Lei Orgânica do TCE/TO.

Já a tomada de contas especial é a ação determinada pelo Tribunal ou autoridade competente ao órgão central do controle interno, ou equivalente, para adotar providências, em caráter de urgência, nos casos previstos na legislação em vigor, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação pecuniária do dano, conforme previsto no art. 74, inciso III, da Lei Orgânica do TCE/TO.

As Cortes de Contas, na condição de instância superior para julgamento das contas dos administradores públicos e demais responsáveis que, de alguma forma, tragam dano ao erário, compete-lhe determinar a instauração de tomada de contas ou de tomada de contas especial, converter processos em tomada de contas especial, bem como, após esgotadas as providências cabíveis no âmbito administrativo interno, com vista à recomposição dos danos, realizar tomada de contas especial ex-ofício e/ou acionar o seu sistema de auditoria.

Para facilitar a compreensão do estudo das normas e procedimentos sobre tomadas de contas e tomadas de contas especial foi criada a Instrução Normativa – TCE – TO nº 14, de 10 de dezembro de 2003. Em seu artigo 3º fica especificado quais são os fatos ensejadores da instauração de tomada de contas e tomada de contas especial, visto quando houver omissão do dever de prestar contas, caracterizada pela não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela Estado ou pelos Municípios, o desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, em especial: I – a omissão da prestação de contas por fim do exercício financeiro; II – omissão da prestação de contas de convênio; III - omissão da prestação de contas de adiantamento; IV – processo administrativo em que se apure extravio, perda, subtração ou deterioração culposa ou dolosa de valores, bens ou materiais do Poder Público, ou pelos quis este responsa.

Em pesquisa ao site do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, fizemos a aferição do quantitativo de processos de Tomadas de Contas e Tomadas de Contas Especial que foram autuadas nos últimos 10 (dez) anos, no *site* do TCE/TO.

Vejamos:

Ano	Quantidade
2019	23
2018	21
2017	55
2016	18
2015	29
2014	189
2013	140
2012	120
2011	58
2010	95
TOTAL	748

Fonte: https://www.tce.to.gov.br/e-contas/ acesso em: 09/11/2019.

Podemos observar em apenas um processo julgado pela Corte de Contas Tocantinense a real efetividade do processo de tomada de contas. A Primeira Câmara julgou irregulares as contas objeto da Tomada de Contas Especial da Prefeitura de Nova Olinda, referente ao período de 1º de janeiro a 30/09/2017, onde foi determinado ao gestor devolver o montante de R$ 515.178,19 (quinhentos e quinze mil, cento e setenta e oito reais e dezenove centavos) aos cofres públicos e também foram aplicadas multas que somam R$ 60.517,81 (sessenta mil, quinhentos e dezessete reais e oitenta e um centavos).

Consta da Decisão que os responsáveis não obtiveram sucesso em justificar os apontamentos dos Auditores da Corte de Contas, restando graves infrações às normas legais e, em alguns casos, efetivo dano ao erário.

Dentre as irregularidades apontas pelos Auditores foi observado superfaturamento na locação de veículos, visto que o valor licitado pela Prefeitura esteve entre os dez maiores para o exercício de 2017. A título de comparação, o valor da licitação de Nova Olinda - TO (R$ 1.468.400,00 com extensão territorial de 1.566,237 km² e somente 10.883 habitantes) para o transporte escolar supera o montante da licitação de Gurupi - TO (R$ 1.299.591,00 – Pregão Presencial nº 58/2016, contrato nº 10/2017 – com extensão territorial de 1.836,091 km e 84.682 habitantes). Desta forma, fica devidamente demonstrado que houve superfaturamento e total ato de corrupção por parte do gestor.

Observa-se ainda outras falhas apuradas, estão as inadequações de unidade para mensuração dos resultados e pagamentos de serviços licitados; falsificação de documentos relativos à habitação; total descontrole de consumo de combustíveis, sem dados básicos para fiscalização das despesas, dentre outras infrações.

Além de tudo, a empresa vencedora do Pregão Presencial realizado pelo Município, também foi penalizado com multa de R$ 50.951,39 (cinquenta mil, novecentos e cinquenta um reais e trinta e nove centavos), em

razão dos valores licitados não serem compatíveis com os valores de marcado, além do superfaturamento em quantitativos. O pregoeiro foi multado em R$ 2.000,00 (dois mil reais) pelas mesmas infrações.

3.4 SISTEMA INTEGRADO DE CONTROLE E AUDITORIA PÚBLICA – SICAP

Referente ao sistema integrado de controle e auditoria pública - SICAP, importante destacar que a lei de responsabilidade fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, que representa um marco histórico na gestão da coisa pública no Brasil, ao impor aos administradores públicos a efetiva observância dos princípios basilares da austeridade, do planejamento e da transparência, disciplinando os arts. 163, 169 e 250 da Constituição Federal.

Por conseguinte, o art. 6º, caput e § 2º da Lei Orgânica do TCE/TO, prescreve a obrigação abaixo, aos jurisdicionados, nestes termos:

> Art. 6º – Para o regular desempenho de suas funções, o Tribunal desenvolverá um Sistema de Informações de Contas Públicas, zelando pelo sigilo que por Lei seja dispensado às áreas bancária e fiscal.
> § 2º - Considerar-se-ão irregulares as contas dos órgãos que omitirem ou por qualquer meio dificultarem a inspeção, fiscalização e o acesso às informações previstas neste artigo, sem prejuízo da ação de improbidade, na forma da lei, contra o agente responsável.

As informações constantes no sistema integrado de controle e auditoria pública são imprescindíveis para o planejamento de auditorias, inspeções, registros e exames das Contas. O objetivo é fornecer dados inerentes aos atos contábeis, de pessoal, licitações e contratos, no sentido de averiguar os atos e fatos da gestão sobre os aspectos da legalidade, legitimidade, moralidade, economicidade e razoabilidade e avaliar a organização, eficiência e eficácia do controle interno.

Diante a necessidade de regulamentar o envio de informações por parte dos jurisdicionados para fins de controle externo, foram desenvolvidos o SICAP/Contábil, SICAP/Atos de Pessoal – AP, SICAP/Análise Conclusiva do Controle Interno – ACCI e SICAP/Sistema de Licitações, Contratos, Obras e Serviços de Engenharia - LCO.

A Instrução Normativa TCE-TO nº 11, de 05 de dezembro de 2012, regulamenta o Sistema Integrado de Controle e Auditoria Pública, Módulo Contábil – SICAP/CONTÁBIL, dispondo sobre a remessa de dados contábeis por meio eletrônico com a assinatura digital, dos Município e sua Administração Indireta, bem como das Câmaras Municipais do Tocantins.

O principal objetivo de criação do SICAP/Contábil foi extrair e gerar a partir dos registros contábeis dos órgãos públicos jurisdicionados, os demonstrativos da Lei Federal nº 4.320/64, bem como os relatórios Resumidos de Execução Orçamentária – RREO e Relatórios de Gestão Fiscal – RGF, de que tratam os artigos 52 e 55 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme disposto no art. 1º da IN-TCE/TO nº 11/2012.

Ficou estabelecido ainda que os Prefeitos, os Presidentes de Câmaras Municipais e os titulares dos Órgãos do Executivo que constituem unidade orçamentária autônoma deverão efetuar, bimestralmente, a remessa das informações exigidas pelo SICAP/Contábil, por meio eletrônico e com assinatura digital emitida pela autoridade certificadora, com vistas ao exercício do controle externo jurisdicional do TCE/TO, conforme dispõe o art. 3º da mesma Instrução Normativa.

Já na esfera Estadual foi instituído o SICAP/Contável – Estadual, por meio da Instrução Normativa TCE/TO nº 4, de 1º de novembro de 2017, visando gerar, por meio eletrônico, com base nos dados da execução orçamentária e de natureza contábil, os demonstrativos da Lei nº 4.320/1964, do Manual de Contabilidade Aplicado do Setor Público – MCASP, Relatório Resumido de Execução Orçamentária – RREO e Relatório de Gestão Fiscal – RGF, de que tratam os artigos 52 a 55 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme dispõe o art. 1 da referida IN-TCE/TO.

Conforme dispõe o art. 2º da referida Instrução Normativa estão obrigados a enviar as remessas dos SICAP/Contábil – Estadual, todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta, bem como as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Executivo do Estado, inclusive a Defensoria Pública, assim como o Poder Legislativo (Assembleia Legislativa e Tribunal de Contas), Judiciário e Ministério Público, excetuando as empresas estatais.

O SICAP/Atos de Pessoal atualmente é regido pela Instrução Normativa TCE/TO nº 3, de 7 de dezembro de 2016, com a finalidade de dispor sobre o envio e o recebimento eletrônico de dados e documentos, bem como os procedimentos para apreciação da legalidade, registro, fiscalização e controle dos atos de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Os dados e documentos citados compreendem os atos de concurso, admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, reserva remunerada, reforma, pensão e suas respectivas alterações, bem como os atos de reintegração, recondução, reversão, readaptação, aproveitamento e, ainda, os dados de folha de pagamento, conforme dispõe o art. 1º e §1º.

Já o SICAP/Análise Conclusiva do Controle Interno – ACCI, regido pela Instrução Normativa TCE/TO nº 08/2008, de 29 de outubro de 2008, trata das normas e dos procedimentos de remessa eletrônica, acerca do cumprimento da Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Federal nº 4.320/64, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2.000, Lei Federal 8.666/93 e das Normas Brasileiras de Contabilidade, pelos Chefes dos Poderes Executivos e Legislativos Municipais.

Neste caso entende-se como sistema de Controle Interno a coordenadoria, o órgão central, o setor ou o órgão colegiado responsável pela implementação, gestão e/ou coordenação do controle interno do Município, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º da Instrução Normativa TCE/TO nº 08/2008.

O principal objetivo deste SICAP é que as informações componentes da base de dados do módulo servirão de subsídio para a realização das auditorias, análises das prestações de contas, verificação do atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e fatos que comprometem os resultados dos programas entre outros (art. 8º).

Por fim, o SICAP/Sistema de Licitação, Contratos, Obras e Serviços de Engenharia – LCO, instituído pela Instrução Normativa TCE/TO nº 03, de 20 de setembro de 2017, visa gerar informações que propicia maior efetividade nas atividades de fiscalização efetuadas pelo controle externo (art. 1º), onde a administração

direita, autárquica, fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedade de economia mista e toda e quaisquer entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado e Municípios, como também os dirigentes dos demais Poderes, do Ministério Público Estadual e Tribunal de Contas do Estado, informar, obrigatoriamente, por meio eletrônico, no Sistema denominado SICAP-LCO, as licitações que serão realizadas, os casos de dispensa e inexigibilidade, os dados do contrato, bem como a situação física e financeira das obras contratadas, paralisadas e em andamento, de acordo com o estabelecido na Instrução Normativa e no Manual do Sistema (art. 2º).

Em 2020, cem por cento dos municípios e câmaras serão fiscalizados em tempo real com a implantação do Sistema de Fiscalização da Gestão (SFG). A informação foi dada pela coordenadoria da Comissão de Integração SICAP do Tribunal de Contas do Tocantins (TCE/TO), durante o quarto encontro regional do projeto Agenda Cidadã, em Guaraí/TO.

O SFG foi desenvolvido por técnicos do Tribunal e possibilitará um trabalho mais ágil e concomitante pela equipe técnica do Tribunal de Contas, com inovações, como emissão de alertas em caso de possíveis irregularidades. Os alertas serão emitidos com base no cruzamento dos dados disponíveis nos SICAP´s e outras plataformas. Outra grande inovação prevista será a utilização do uso de inteligência artificial na Corte de Contas por meio do robô ALICE - Análise de Licitações e Editais, tudo isso a fim de melhorar a agilidade concomitante nos processos fiscalizatórios para que seja evitado de forma árdua os atos de corrupção pelos gestores tocantinenses.

Para que seja cumprida o teor das referidas Instruções Normativas quanto ao envido das informações via SICAP´s, ficou instituída em todas elas a possibilidade de aplicação de multa-coerção, penalizando o responsável pelo não envio das informações ou pela intempestividade.

A Lei Orgânica do TCE/TO em seu art. 39, IV, e no Regimento Interno TCE/TO em seu art. 159, IV e nas referidas Instruções Normativas pertinentes aos SICAP´s, preveem a aplicação de multa para a hipótese de descumprimento de qualquer prescrição das normas em tela ou do dever de encaminhamento das aludidas informações, na data estipulada, veja:

> Art. 39. O Tribunal aplicará multa, cuja tabela de valores será estabelecida mediante ato do Tribunal Pleno, periodicamente reeditado com vistas ao reajustamento dos seus valores, na forma prevista no Regimento Interno, aos responsáveis por:
> (...)
> IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;
> (...)
> Parágrafo único. O Regimento Interno disporá sobre os critérios de aplicação e de gradação da multa prevista no caput deste artigo, levando em consideração a gravidade da infração, a dimensão do dano, a existência de dolo ou culpa, a reincidência.

Quanro ao Regimento Interno TCE/TO:

> Art. 159. O Tribunal poderá aplicar multa de até R$ 33.963,89 (trinta e três mil, novecentos e sessenta e três reais e oitenta e nove centavos), ou valor equivalente em outra moeda

> que venha a ser adotada como moeda nacional, segundo os percentuais a seguir especificados, aplicados sobre o montante estabelecido neste artigo, aos responsáveis por:
> IV – não atendimento, no prazo estipulado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal, no valor de até 30% (trinta por cento), do montante referido no caput deste artigo;

A multa-coerção é procedimento adotado quando a punição não decorre de processo de conhecimento, mas unicamente da simples constatação de um ato infracionário. É o que já ocorre nas hipóteses de infração de trânsito ou no caso de não envio dos dados do imposto de renda para a Receita Federal.

Por sua vez, a adoção da multa-coerção pelos Tribunais de Contas tem se mostrado como medida apta a imprimir mais força às decisões das Cortes de Contas. Nesse sentindo, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais aprovou súmula de jurisprudência nos seguintes termos:

> A imposição de multa-coerção sem prévia oitiva do jurisdicionado, em virtude de descumprimento de prazo ou de obrigação pública decorrentes de lei ou ato normativo do tribunal, não viola o contraditório e a ampla defesa. (Súmula nº 108, publicada no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, de 26 de novembro de 2008).

O Tribunal de Contas da União traz previsão regimental semelhante ao que se propõe seja adotado pela Corte Tocantinense:

> Art. 268. Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:
> (...)
> IV - descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput;
> V - obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput;
> VI - sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput;
> VII - descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput;
> VIII - reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal, no valor compreendido entre cinquenta e cem por cento do montante a que se refere o caput.
> § 1°. ...
> § 2°. ...
> § 3º. A multa aplicada com fundamento nos incisos IV, V, VI, VII ou VIII prescinde de prévia audiência dos responsáveis, desde que a possibilidade de sua aplicação conste da comunicação do despacho ou da decisão descumprida ou do oficio de apresentação da equipe de fiscalização.

Na multa-coerção, o exercício do contraditório é feito posteriormente. É o chamado contraditório diferido ou postergado. Como bem esclarece Greco Filho, a Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato (GRECO FILHO, 1989, p. 110-1). Aqui, dada a natureza de medida coercitiva, o contraditório deve ser, sim, observado, contudo em momento diverso, a fim de que a medida não perca o seu caráter competitivo.

Neste ponto, insta destacar as lições do Des. Célio César Paduani[7]:

> (...) Logo, vê-se, claramente, que a multa aplicada ao apelante não tem o condão de sancionar o sujeito, mas apenas a obrigá-lo ao cumprimento dos prazos previstos a prestação de contas referente à aplicação de verbas relativas ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental, ressaltando que o contraditório é feito, in casu, a posteriori, face à natureza coercitiva da sanção.

Em consulta ao site do TCE/TO, fizemos o levantamento de processos autuados a fim de penalizar os gestores nos últimos 3 (três anos). Vejamos:

	2017	**2018**	**2019**
SICAP/Contábil	764	394	296
SICAP/Atos de Pessoal	-	186	338
SICAP/ACCI	59	-	73
SICAP/LCO	-	1	1

Fonte: https://www.tce.to.gov.br/e-contas/ acesso em: 09/11/2019.

Desta forma, o não envio das remessas das informações/documentos via sistema eletrônico SICAP´s, prejudica de forma substancial a atuação da Corte de Contas tocantinense, no que tange a aferição do cumprimento por parte dos jurisdicionados, vez que o objetivo do sistema é fornecer dados inerentes à execução orçamentária, financeira, patrimonial, pessoal, obras da entidade, no sentido de averiguar os atos e fatos da gestão sobre os aspectos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

3.5 REPRESENTAÇÕES E DENÚNCIAS

Evidente é a preocupação do Tribunal de Contas ao analisar representação ou denúncia, vez que, a fiscalização da utilização do patrimônio público, bem como recursos públicos, é competência precípua deste órgão. Assim, manter-se vigilante e a disposição da sociedade converge com as suas atribuições Constitucionais, conforme pode ser observado no §2º do art. 74 da Constituição Federal, segundo o qual qualquer cidadão, partido político, associações ou sindicato apresenta, de forma clara e objetiva, ao Tribunal

[7] Apelação Cível nº 000.249.768-3, rel. Des. Célio César Paduani, julgada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicada em 1º de julho de 2003.

de Contas, supostas irregularidades ou ilegalidades cometidas por administrador ou responsável sujeito à jurisdição daquela Corte, para fins de fiscalização.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (Lei nº 1.284/2001), dispõe em seu art. 1º, inciso XVIII, quanto a competência da Corte de Contas para análise deste tipo de processo, a qual vejamos:

> Art. 1°. Ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, órgão de controle externo, compete, nos termos das Constituições Federal e Estadual, e na forma estabelecida nesta Lei:
>
> (...)
>
> XVIII - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, adotando as providências de sua alçada.

O artigo 142-A do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Tocantins, traz o rol de legitimados a representar. Nestes termos:

> Art. 142-A Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins:
> (...)
> III – os senadores da República, deputados federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem;
> Parágrafo único. Aplicam-se às representações os dispositivos constantes dos artigos 94, 100, 140, 147 a 149, deste Regimento Interno.

E quando procedente a representação ou denúncia, o Tribunal de Contas, encaminhará às autoridades administrativas competentes e ao Ministério público Estadual, as peças do processo para tomarem as providências que acharem pertinentes e inclusive punição dos responsáveis, sem prejuízo das sanções previstas no Regimento Interno e na Lei Orgânica do Tribunal, e também, determinará a anexação da documentação resultante da apuração da representação ou denúncia às prestações de contas dos respectivos responsáveis.

Em representação formulada pela Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CAENG do TCE/TO, que por meio de medida cautelar, resultou na suspensão do Pregão Presencial da Secretaria Municipal de Infraestrutura de Araguaína, no qual foram encontradas diversas irregularidades, tendo como objetivo a formalização de ata de registro de preços para eventual contratação de ata de registro de preços para eventual contratação de empresa especializada para realização de serviços de recuperação e manutenção de vias urbanas do município. O contrato estimado em R$ 16.096.202,85 (dezesseis milhões, novecentos e duzentos e dois mil reais e oitenta e cinco centavos).

3.6 AGENDA CIDADÃ

O projeto da agenda cidadã foi iniciado no ano de 2007, foi seguido anualmente por novas edições, em que foram alcançados diversos temas pertinentes ao controle externo, com o intuito de orientar prefeitos, vereadores e servidores para as boas práticas da administração pública, além de oportunizar a participação da sociedade na fiscalização dos recursos públicos.

Na edição de 2019, a agenda cidadã abordou o tema Governança e Tecnologia: Desafios e Oportunidades, nos 139 (cento e trinta e nove) municípios, que fazem parte das 6 (seis) Relatorias do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

E teve como finalidade assegurar que suas ações estejam direcionadas para objetivos alinhados aos interesses da sociedade, uma vez que a boa governança exige uma prática eficaz e eficiente, garantindo a transparência e permitindo que a sociedade e a mídia observem o que está sendo feito e as justificativas da atuação, pretendendo orientar gestores e servidores públicos em temas relacionados às irregularidades e dúvidas identificadas como mais frequência pelo Tribunal de contas.

A agenda cidadã almeja garantir que a atuação pública seja reconhecida pelo cidadão, de forma a fortalecer o cumprimento voluntário de regras sociais e reduzir a necessidade de controles mais rígidos e burocráticos.

A exemplo, umas das ferramentas de apoio ao cidadão que foi amplamente divulgada na agenda cidadã deste ano (2019) foi o aplicativo TCE/TO+Digital, simples e rápido, desenvolvido para auxiliar os gestores e a sociedade na busca por informações e serviços prestados pelo Tribunal de Contas. Outra ferramenta foi o TCE + Gestores, um canal direto com prefeitas e prefeitos do Estado via aplicativo de mensagens WhatsApp, vez que no Brasil pesquisas recentes mostram que mais de 120 milhões de pessoas estão conectados à ferramenta e no mundo já ultrapassa 1,5 bilhões de usuários.

Desta forma, o Tribunal de Contas do Tocantins, por meio da agenda cidadã, prioriza criar um conjunto de mecanismos, tanto de incentivos como de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos gestores esteja sempre alinhado com o interesse público primário e se estende ao estímulo da participação da comunidade ao exercício do controle social, na fiscalização da aplicação dos recursos públicos e na efetividade das políticas sociais, em busca da maior eficiência.

3.7 OUVIDORIAS

A Assistência de Ouvidoria é unidade técnica e tem como finalidade contribuir para melhoria da gestão do Tribunal e dos órgãos e entidades a ele jurisdicionado, atuar na defesa da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência dos atos administrativos praticados por autoridades, servidores e administradores públicos, bem como dos demais princípios aplicáveis à Administração Pública.

As funções da Ouvidoria como unidade técnica do Tribunal de Contas, estão previstas na Resolução Administrativa nº 03/2009, e compreendem:

I -receber sugestões, reclamações ou críticas, sobre as atividades desenvolvidas no âmbito do Tribunal de Contas, visando ao seu aprimoramento;
II -receber denúncias e informações relevantes sobre o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública praticados no âmbito da administração direta e indireta, nas esferas estadual e municipal, de forma a subsidiar os programas de auditoria no exercício do controle externo, sem prejuízo da garantia constitucional de formulação de Processo regular de denúncia junto ao Tribunal de Contas;
III -receber e catalogar informações referentes a indícios de irregularidades no uso de recursos públicos, obtidas por meio da Internet ou outro meio apropriado;
IV -manter canais de comunicação direta com a sociedade, entidades e movimentos populares, no que tange à aplicação de recursos públicos e eficiência administrativa;
V -realizar triagem das comunicações mencionadas nos incisos I, II e III e encaminhá-las aos setores competentes do Tribunal, para averiguação e eventuais providências;
VI -controlar, acompanhar e requisitar do setor competente do Tribunal informações sobre averiguações e providências mencionadas no inciso V;
VII -manter, quando possível, os autores das comunicações mencionadas nos incisos I, II e III informados a respeito de averiguações e providências adotadas pelos setores competentes do Tribunal;
VIII -divulgar seus serviços junto aos jurisdicionados à sociedade civil e o Tribunal de Contas, para conhecimento, utilização continuada e ciência dos resultados alcançados;
IX -estimular a realização de pesquisas, seminários e cursos sobre assuntos relativos ao exercício da cidadania na fiscalização e na avaliação da ação estatal;
X -desenvolver outras atividades inerentes à sua finalidade.

Assim através da ouvidoria há um incentivo do controle social e a participação da sociedade nas ações do controle externo por meio de denúncias a atos de entidades públicas.

A título de exemplo, cita-se dois fatos apurados que iniciou por meio de uma denúncia feita na Ouvidora, o primeiro, levou a Corte de Contas a suspender cautelarmente uma licitação do Fundo Municipal de Educação de Tocantínia/TO, que tinha por objeto, a locação de veículos com condutor e combustível destinados ao transporte escolar. As irregularidades apontadas pelo denunciante foram apuradas pelo TCE, que, antes mesmo do pregão ser realizado, suspendeu todos os trâmites para evitar maiores prejuízos. No segundo, um pregão presencial que seria realizado pela Câmara Municipal de Nova Olinda, tendo como objeto a contratação de empresa para fornecimento de combustível e seus derivados, a fiscalização do TCE/TO, mais uma vez agiu de forma simultânea e foi possível suspender a contratação antes que fosse ocasionado algum prejuízo ao erário, visto que a cautelar impediu a realização do certame que possuía várias irregularidades.

3.8 CONSULTAS

As consultas formuladas ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins encontram-se disciplinadas no artigo 1º, inciso XIX e § 5º da Lei nº 1.284/2001 c/c os arts. 150 a 155 do seu Regimento Interno, e se revestiram quanto as dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, tendo formalidades a serem obedecidas para que possa ser conhecida por este Tribunal.

Vale destacar o parágrafo 3º do artigo supra combinado com o artigo 152 do Regimento Interno do TCE/TO, dispõe que a consulta poderá ser formulada em tese, ou versar sobre dúvidas quanto à interpretação e aplicação da legislação em caso concreto, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese e as decisões proferidas em consultas sempre importaram em julgamento de tese, nunca de caso concreto.

Fica evidente a importância da atuação efetiva do Tribunal de Contas, de forma preventiva, impedindo a ocorrência de ilegalidade, e, por conseguinte, uma possível atuação corrupta de gestores.

CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado, aferiu a importância dos meios utilizados pelo Tribunal de Contas, em especial, do Estado do Tocantins, principalmente quanto a prevenção, e, também os instrumentos de apuração de ilegalidade na gestão pública que caracterizem corrupção.

O principal objetivo do TCE-TO é o aprimoramento da gestão pública, e, uma das formas de atingi-lo é através de mecanismos eficazes ao combate à corrupção.

A possibilidade de fiscalizar em tempo real todos os Municípios e Câmaras do Estado do Tocantins por meio do Sistema de Fiscalização da Gestão (SFG), além da utilização de inteligência artificial, na atuação concomitante as licitações e contratos, garantem maior efetividade na atuação do Tribunal de Contas quanto a prevenção de irregularidades e atos de corrupções praticados por gestores.

O TCE-TO ao efetuar o controle misto, preventivo e repressivo, desempenha um caráter técnico na atuação. Destarte, a Corte de Conta dispõem de atribuições para atuar como órgão de fiscalização financeira, no caso do registro ou de sua recusa, ou de auditoria; como órgão judicante, quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos e em que suas decisões têm força de sentenças; como órgão normativo e de orientação, quando, por exemplo, elabora seu regimento interno e o de sua secretaria, ou mediante instruções expedidas a repartições e funcionários; e ainda como órgão consultivo e de informação, ao emitir parecer prévio, acompanhado de relatório, sobre as contas que o Executivo deve apresentar anualmente ao legislativo, e informações e pareceres outros a respeito de consultas formuladas pelo Legislativo, pelo Executivo e entidades autárquicas.

Restou evidente que o Tribunal de Contas promove a condução à melhoria nos processos internos dos órgãos públicos, por meio de fiscalizações, como as auditorias, sicap´s, e mesmo a agenda cidadã, impactando assim, positivamente a prevenção à corrupção.

Por consequência, aprimorou suas ferramentas utilizadas, passando a incorporar a detecção de irregularidades, principalmente com o avanço tecnológico e implementação de processos eletrônicos e a alimentação de informações pelos jurisdicionados por meio informatizado, podendo, dessa forma, orientar evitando possíveis ilegalidades.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, vol.1.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. Pp. 110-1

LIMA, Luiz Henrique. *Tribunais de Contas*: temas polêmicos na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos. 2 ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *Conselho de transparência pública e combate à corrupção*: inovações do Decreto 6.075, de 03/04/07. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19830-19831-1- PB.pdf>.Acesso em: 29 out. 2019.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Qualidade e agilidade dos Tribunais de Contas*: diretrizes e marco de medição de desempenho. Brasília: Atricon, 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais.* 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Competência para julgar contas de prefeito é da Câmara de Vereadores, decide STF.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322706>. Acesso em 07 de nov 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. *Legislação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins*. Disponível em: <https://app.tce.to.gov.br/scl/publico/app/index.php#>. Acesso em: 28 out 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. *Agenda cidadã.* Disponível em: <https://www.tce.to.gov.br/agendacidada/>. Acesso em: 20 out. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. *TCU apresenta ao TCE/TO e órgãos de controle projeto de prevenção à corrupção*. Disponível em: <https://intranet.tce.to.gov.br/intranet/not%C3%ADcias/item/9488-tcu-apresenta-ao-tce-to-e-%C3%B3rg%C3%A3os-de-controle-projeto-de-preven%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-corrup%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 30 out. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. *Fiscalização em tempo real de todos os municípios e câmaras está prevista no TCE/TO para 2020*. Disponível em: <https://www.tce.to.gov.br/sitetce/sala-de-imprensa/noticias/item/3332-fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-em-tempo-real-de-todos-os-munic%C3%ADpios-e-c%C3%A2maras-est%C3%A1-prevista-no-tce-to-para-2020>. Acesso em: 07 de nov. 2019.

A ERA DA DEMOCRATIZAÇÃO EM MASSA, ONDE O ACESSO Á INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ATUAM COMO PRECURSORES NOS CASOS DE CORRUPÇÃO

Enaile Gomes De Oliveira[1]
Felipe Rodrigues Hoffmann[2]

RESUMO: Sob a perspectiva do sistema de garantias constitucionais é que se busca com o presente trabalho, abordar a importância da mídia no combate a corrupção, mas, sobretudo, sob a ótica da preservação desses direitos. Com isso, almeja-se inferir os reflexos sobre a interveniência dos meios de comunicação na divulgação de casos de repressão aos crimes de corrupção. Metodologicamente, utilizaremos o preceito hipotético-indutivo, a fim de explorar os vários aspectos em que o acesso à informação e a divulgação dessas, podem interferir e servir como alicerce para a iniciação a uma formalização de investigação criminal, assim como pode causar prejuízos irreparáveis à imagem de um acusado. A pesquisa buscará, ainda, contrapor os riscos que essas exacerbações de divulgações podem causar ao Estado Democrático de Direito, sua possível interferência na formação de decisões judiciais e na instigação da comoção social com uma consequente condenação antecipada daquele que está sendo indiciado.

Palavras Chaves: mídia; combate à corrupção; garantias constitucionais.

1. INTRODUÇÃO.

O ser humano é social e, por assim ser, desde os primórdios buscou, através das mais diversas formas, se comunicar com seus semelhantes a fim de evoluir. Com o passar dos anos, a comunicação deixou de ser apenas uma necessidade para tornar-se um direito que deve ser garantido a todos, indistintamente.

O conhecimento, conjunto de informações que o indivíduo adquiriu através de experiências de vida, foi se difundindo, transformando e fazendo evoluir a sociedade, visto que a partir deste conhecimento adquirido, o homem pode mudar seus comportamentos, tomar novos rumos e decisões. Logo, este é imprescindível para a evolução de qualquer nação.

Contudo, vive-se atualmente uma era onde as informações, além de serem disseminadas de forma veloz, passaram a ser controladas e manipuladas pela mídia, que se valendo da liberdade de expressão garantida constitucionalmente, e deixando de lado sua função precípua, que é proporcionar ao homem o conhecimento para uma tomada de decisões, propaga o sensacionalismo informacional às custas apenas de interesses pessoais, visando obter ganhos financeiros ou buscando a manutenção de poder.

[1] Advogada, Pós-Graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense – (ESMAT)
[2] Advogado, Pós-Graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola da Magistratura Tocantinense – (ESMAT)

Conforme afirma Andi (2012 *apud* Rômulo Magalhães Fernandes, 2016, p. 264), "historicamente, a comunicação social está associada ao desenvolvimento das sociedades e ao fortalecimento do debate democrático. Todavia, o direito à liberdade de imprensa não é isento de limites e controle sobre eventuais abusos".

Os reflexos do sensacionalismo informacional na formação da opinião pública são inúmeros, inegáveis e temerários.

Atualmente, a relação entre o povo e seus governantes tornou-se frágil. A sociedade está cada dia mais intolerante à falta de transparência no campo político, buscando a cada dia estar mais informada acerca de seus direitos, sobre a condução do país e de todos os fatos que a cercam, a fim de influenciar diretamente na tomada de decisões de seus representantes, cobrando destes uma atuação proba na Administração Pública, que vise o interesse coletivo acima de interesses próprios ou de terceiros.

Em vista disso, percebe-se certa preferência da mídia em noticiar fatos acerca de supostos crimes de corrupção, sob a justificativa de viabilizar à sociedade informações ditas transparentes e isentas de paixões acerca de investigações ou processos judiciais ligados a estes crimes, criando polêmica em volta do tema, sem, contudo, sopesar as consequências disso na vida privada de seus atores.

Há uma forte tendência em criminalizar atos, antes da conclusão de investigações, colheita de provas e instrução processual, ou seja, sem o devido processo legal, e também, antes de proporcionar às partes o contraditório e a ampla defesa, desconsiderando, assim, a existência dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Luciano Luis aduz que:

> A sociedade contemporânea, diante da grande quantidade de meios de informação e comunicação, aliada ao inflamado discurso atual de liberdade de expressão, presume-se preparada técnica o suficiente para discutir, debater e encontrar soluções em matéria penal. Nunca, em outro momento histórico, o Direito Penal, em sentido amplo, tomou tanto espaço e atenção da opinião pública, cujo entendimento técnico é fundado o senso comum. (SILVA, 2015, s.p)

Observa-se, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo mitigado e, muitas vezes, desconsiderado dentro deste contexto, segundo a conveniência da mídia.

O respeito ao princípio regente acima citado transporta as liberdades fundamentais, que são instrumentos indispensáveis para permitir que o indivíduo desenvolva o "seu mundo", estabeleça relacionamentos, adquira conhecimento, expresse opiniões, desejos, comportamentos, forme família, eduque filhos, satisfaça suas necessidades físicas e psíquicas.

No presente estudo, torna-se essencial citar princípios fundamentais que devem amparar o indivíduo que sofre as consequências da influência e interferência dos meios midiáticos nos processos de investigação e nas ações penais em geral.

Para melhor discernimento desse contexto, será priorizado o estudo de algumas conquistas importantes e relevantes para a construção de uma nova era: a da democratização em massa, com ênfase no acesso à informação e liberdade de expressão.

2. COMUNICAÇÃO, CONHECIMENTO E EVOLUÇÃO SOCIAL

O homem e a comunicação evoluíram paralelamente através dos tempos. A interação entre o homem primitivo se deu, inicialmente, de modo gestual, limitando-se a imitar os sons da natureza e animais, até progredir para formas visuais através de pinturas rupestres que retratavam seu cotidiano, chegando, por fim, ao surgimento da comunicação verbal, que ocorreu com a criação das primeiras palavras, a partir da imitação dos sons produzidos pelos animais.

A partir do surgimento dos primeiros códigos verbais, dada a sua linguagem comum, o homem pôde compartilhar seu conhecimento, de modo a causar a evolução social sobre vários aspectos, a exemplo da agricultura e da matemática.

Nesse sentido, como bem pontuado por Guareschi (2013, p. 34), "nenhuma sociedade pode se manter, muito menos se transformar, sem que haja algo que a sustente e reproduza socialmente. E esse é o papel dos meios de comunicação".

O conhecimento, todavia, nem sempre esteve à disposição de toda a sociedade. Nas civilizações antigas, apenas uma parte restrita tinha acesso, como, por exemplo, os membros do clero e os membros do sexo masculino pertencentes à nobreza. Somente após muitos anos, tendo como *start* a Revolução Industrial, foi que o conhecimento passou a ser difundido de maneira semelhante, ainda que rudimentar, ao que se tem nos dias atuais. Nessa linha, os doutrinadores citam:

> Não podemos esquecer que o ponto de partida para a comunicação em larga escala foi o nascimento da imprensa. Criada no fim do século XIV, por Gutenberg (1390-1468), ela estampou novo modo de lidar com o conhecimento e a informação: o contato com o universo intelectual não é mais privilégio de poucos, já que cada indivíduo pode ter acesso aos livros. (MOREIRA, 2010, p. 3)

Segundo Guareschi (2013, s.p), em um contexto contemporâneo, "a comunicação ocupa todos os espaços e penetra em todos os interstícios da vida. Nas suas múltiplas formas, pictórica, sonora, escrita, digital e analógica, interpessoal e de massa".

No que se refere à mídia, que nada mais é do que os meios de comunicação em massa (imprensa, televisão, rádio, telefone, cinema, internet, etc), esta, inegavelmente, possui um papel vital na formação da opinião pública, já que por sua natureza, detém o poder de manipular as informações que chegam à população.

A partir do conhecimento adquirido pelo acesso à informação, a população pode formar e manifestar sua opinião acerca de determinado assunto, ato pelo qual há o efetivo exercício da cidadania e a consolidação da democracia.

> Na contemporaneidade, a mídia goza de enorme credibilidade e confiança aos olhos da população a qual deve servir, de modo que é possível afirmar que a sociedade se tornou dependente dela para se atualizar e ter ciência dos acontecimentos do mundo. (MOREIRA, MAIS, 2014, p.2).

Substancial, portanto, que a mídia detenha liberdade para difundir a informação, ao passo que, também é essencial que esta seja sempre fornecida com responsabilidade. Nas palavras de Saito (2011, p. 70) "deve-se, portanto, a imprensa transmitir ao público os fatos em face das ocorrências existentes no curso dos acontecimentos e as ideias objetivamente sem desfigurar-lhes a verdade ou esvarziar-lhes o sentido original".

Do ponto de vista normativo, a liberdade de expressão encontra-se garantida através de 3 (três) marcos jurídicos internacionais, a saber: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1992) e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1996), respectivamente, abaixo transcritos:

> Art. 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideia por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.
> (...)
> Art. 19. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
> (...)
> Art. 13. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideia de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

No âmbito nacional, o grande marco consagrador do direito à liberdade de expressão é a Carta Magna de 1988, ao dispor em seu art. 5º, inciso IX que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, cientifica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Através da positivação, a liberdade de expressão passou a ser considerada como elemento fundamental na garantia de todos os cidadãos, sendo uma obrigação do Estado estabelecer condições, estando incluídos aqui os limites, para garantia do seu exercício.

3. LIBERDADE DE IMPRENSA X DIREITOS FUNDAMENTAIS – O APARENTE CONFLITO DE NORMAS.

Através da evolução do Estado durante toda a história somado à obrigação do direito de dar importância às liberdades individuais, surge a ideia do Estado Democrático de Direito.

Conforme afirma Moraes (2009 *apud* CANOTILHO, p. 4), "qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só concebe hoje como o Estado Constitucional".

Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito tem como objetivo afastar o autoritarismo e a concentração do poder. Busca-se respeitar os direitos humanos, as liberdades civis e as liberdades fundamentais, fazendo, inclusive, com que as autoridades públicas também respeitem os direitos e garantias fundamentais.

Esse modelo de Estado preceitua ser conduzido por normas democráticas, demonstrando, principalmente, a reivindicação da participação de todos os indivíduos que compõem a sociedade na vida política do país, com eleições livres e periódicas, a fim de garantir o respeito e a soberania do povo.

Segundo acrescenta Alexandre Moraes (2009, p. 6), "o Estado Constitucional é mais do que um Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder".

Nesse contexto, surge um conjunto de direitos e valores, cuja finalidade é exercer a defesa da sociedade e ao mesmo tempo de cada indivíduo em especial.

A Constituição Federal de 1988 nasceu para coroar um momento de redemocratização bastante aguardado pelo povo brasileiro, após mais de 20 (vinte) longos anos de ditadura militar. Logo, o texto constitucional refletiu alguns excessos e os anseios de uma população que ainda festejava o fim do período de exceção. Assim, nada mais normal que possuir características advindas deste contexto histórico em que se deu o seu surgimento.

Mesmo sendo um texto longo, prolixo e excessivamente programático, reflete o contexto político e social do povo brasileiro à época, e em momento importante de sua história, ainda recente. Talvez estes sejam fatores que conferem a estabilidade de nossa atual carta mesmo frente a períodos tormentosos que o país vem enfrentando desde a sua promulgação até hoje.

A positivação de um sistema constitucional extremamente amplo de Direitos Fundamentais – individuais, coletivos, políticos, econômicos e sociais – permitiu, e ainda permite, uma cidadania ativa, e confere ganhos indiscutíveis em efetividade desses mesmos direitos.

Com essa democratização em massa, foi que a CF/88 garantiu a toda população, o direito ao acesso à informação e à publicidade dos atos processuais.

> Uma comunidade que garanta o acesso à informação, aos meios de comunicação e que assevere condições para que os seres humanos possam ter liberdade de expressão e de comunicação poderá ser considerada verdadeiramente democrática. (SAITO, 2011, p. 71).

Nesse diapasão, o doutrinador Alexandre Augusto Pereira, em sua obra Direito Fundamental de acesso à informação, afirma:

> O direito de acesso á informação decorre do controle social dos atos estatais, sendo um forte instrumento de combate à corrupção que afronta a dignidade da pessoa humana, leva à falta de paz e ao desrespeito ao direito de minorias, aos discriminados e oprimidos. (NUNES, 2014, p. 112)

Além disso, a Carta Magna elenca, tanto no art. 5º, inciso LV, quanto no art. 93, inciso IX, a garantia para que os atos processuais sejam públicos, *verbis*:

> Art. 5º, LX. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.
> (...)
> Art. 93, IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A garantia constitucional concedida à sociedade por meio do princípio da publicidade, pode fazer com que ela atue como uma "controladora social", por assim dizer, do trabalho prestado pelo Poder Judiciário na resolução imparcial de conflitos.

É fato contumaz, conforme já exposto, que a mídia, através da liberdade de imprensa e do acesso à comunicação, exerce um papel de fundamental importância na democracia e no Estado democrático de direito, uma vez que a função exercida por esta ferramenta é de fato indispensável na dispersão de ideias, pensamentos e ideologias, nos mais variados setores como economia, política, religião ou cultura.

A despeito desse importante meio de comunicação, Mendel e Salomon, no artigo intitulado Direitos de personalidade e a liberdade de imprensa, expõem que:

> Na maioria dos países, a mídia de massa é o principal canal para discussão popular sobre toda e qualquer matéria, sendo o direito à liberdade de expressão, por conseguinte, de primordial importância para os meios de comunicação. A corte interamericana de direitos humanos declarou: é a mídia de massa que torna o exercício da liberdade de expressão uma realidade. (MENDEL, SALOMON, 2011, p. 11)

Noutra senda, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 foi um marco precursor de difusão de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, abordaremos nesse instante, especificamente, os direitos de personalidade: intimidade, vida privada, honra e dignidade da pessoa humana. É importante saber que esses direitos correspondem a valores fundamentais, vez que se tornam condições essenciais para a garantia de uma vida soberana.

Assim, a Carta Magna consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), *in verbis*:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana;

O princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um princípio regente, deve ser utilizado para interpretar todos os demais princípios, direitos e garantias individuais. Portanto, amparado por esse princípio supra, deve-se chegar à medida exata do acesso à informação e à liberdade de expressão.

Além disso, a CF/88 positivou expressamente o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, incluindo os direitos da personalidade no art. 5º, caput, V, X e XXXVI, em particular, no que concerne ao direito à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra, ao dispor que:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> (...)
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Tem-se, portanto, uma intangibilidade moral do indivíduo, constituindo uma relevante conquista de toda a sociedade.

Convém ressaltar, que a história desses direitos está minimamente ligada uma à outra, ao passo que a utilização de tais direitos, salvaguardados os limites de poder decorrente do reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, devem ser sopesados.

Contudo, é evidente que não há somente elogios. Há também problemas manifestos e crônicos que não se logrou depurar, quando não, ao contrário, o tempo se encarregou de agravar.

Apesar disso, o momento em que o país se encontra recomenda a celebração do que já fora alcançado, sem, contudo, ignorar o lamento do que se tem admitido no processo penal.

Ao que se percebe, atualmente o papel da mídia tem ido muito além do que propiciar o simples acesso à informação de acontecimentos ou fatos, sejam eles públicos ou privados. Essa comunicação social com toda a população, a princípio pode trazer a ideia de que essa informação seja neutra, pura, indiferente ou imparcial, fazendo-a compreender que o que fora tutelado a ela é tão somente o exercício do seu direito de ‘’liberdade de informação’’ ou “liberdade de imprensa’’.

Sobre o tema, Grace Kelly esclarece que:

> A primazia total aos valores morais, em detrimento da efetiva necessidade de manter a sociedade bem informada sobre fatos que lhe dizem respeito, não só prejudica o aperfeiçoamento do Estado democrático de direito, como acarreta abominável retrocesso nas conquistas sociais. O prestígio ilimitado à informação, sem considerar valores morais como a honra, a privacidade, a intimidade e a imagem, pode gerar uma sociedade frívola, egoísta e cruel. (SAMPAIO, 2009, p. 196)

A partir desse inspirado esclarecimento, percebe-se que extrapolar os limites dos direitos e garantias arduamente conquistados, vulnera e traz um desequilíbrio à paz e ao bem estar social. Por isso, é de extrema importância que sejam impostos limites a essa liberdade de impressa, sem, contudo, desprestigiar o acesso à informação, já que é, como dito, uma importante ferramenta para a democracia do país.

Lado outro, sabendo-se que a própria Constituição Federal, assegura a inviolabilidade à honra e à imagem, temos, pois, que esse direito persiste com perspicácia no dia a dia dos cidadãos, ao passo que a sua relativização em detrimento de outro direito, não se mostra razoável no sistema legislativo penal.

Nesse enfoque, verificadas as devidas acuidades aos direitos e garantias conquistadas é que, na análise da propensão da intervenção do poder midiático no processo penal, chega-se à conclusão de que deve haver ponderação ao usufruto dos desses direitos, a fim de que não colidam entre si, vindo a ocasionar, justamente uma violação de garantias dos indivíduos quanto ao direito à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra. Portanto, a adoção dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nesse caso, é preponderante para impor limites e evitar colisões de direitos, tornando possível a compatibilidade entre eles.

3. A ERA DA DEMOCRATIZAÇÃO EM MASSA, ONDE O ACESSO A INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ATUAM COMO FORMADORES DA PRESUNÇÃO DE CULPA.

A mídia (também denominada, o Quarto Poder (2019, RODRIGUES *apud* Paulo Henrique Amorim, 2019, s.p), transformou-se em um instrumento de pseudodemocracia direta. Trata-se de uma maneira de substituir a representatividade, como característica da democracia moderna, por uma inserção direta do povo no Estado, no judiciário e na política.

É importante dispor de uma imprensa livre que possa não só informar, mas também, e principalmente, servir de palco para debates, opiniões e críticas, sobretudo para tematizar a atividade do Estado e seus agentes. (LIVIANU, 2009, p. 205).

Poderia ser mais uma conquista da era da democratização em massa, mas não é o que tem acontecido; há distorções claras.

Isto porque, consoante bem pontuou Guareschi (2013, p. 35), “a mídia não só diz o que existe e, consequentemente, o que não existe, por não ser veiculado, mas dá uma conotação valorativa à realidade existente, dizendo se algo é bom e verdadeiro”.

Em certa medida, e de forma bastante pragmática, detectou-se a possibilidade de explorar esse campo, manietando ideias e pensamentos e, principalmente, criando ondas num sentido desejado, corrompendo não apenas a democracia representativa, mas também as ideias e os indivíduos.

Indivíduos que, aliás, por trás de seus interesses, câmeras e computadores, em verdadeiros centros de controle midiáticos, criam rumores, amores e ódios em uma parcela da sociedade, a partir de fatos, suposições e mentiras através de mensagens transmitidas por robôs ou por pessoas.

A verdade é que há um crescente sensacionalismo informacional criado por meio de espetacularização de um fato ou notícia. Nunca antes a sociedade foi tão controlada, exatamente em razão de seu aparente descontrole. Parcelas da sociedade tendem a ser vistas como reflexo de toda ela. Na verdade, são reflexos daqueles que geram as ideias, difundem os pensamentos e corrompem as compreensões. Embora possa não parecer, isto tem enorme repercussão no Direito Penal.

Sobre esse aspecto, cabe trazer o brilhante raciocínio de Livianu, *in verbis:*

> Muitas vezes, a divulgação precipitada de uma informação obtida ou de uma suspeita construída pode vir a prejudicar o êxito da investigação, frustrando futuras diligências. Portanto, quem pretende fazer a divulgação, precisa avaliar com extrema prudência sobre a conveniência e o momento de fazê-lo.
> A conclusão da investigação e a geração de um relatório a respeito dela, o recebimento de uma denúncia criminal, a concessão de liminar, de tutela de urgência ou a prolação de sentença são alguns exemplos de marcos temporais, em que a divulgação talvez seja até recomendada. Mas isto deve ser aferido concretamente em cada caso.
> Lembremos o caso da Escola Base, em que uma divulgação prematura e irresponsável por parte de uma autoridade policial destruiu reputações e liberdades, entre outros bens de pessoas que foram injustamente acusadas da prática de abusos sexuais contra crianças. (2009, p. 206-207)

Ainda sobre o Caso da Escola Base, importante destacar as consequências do julgamento antecipado da imprensa conforme as impressões de Saito (2011 *apud* HAIDAR, p. 78-79):

> Este episódio veio a se transformar em símbolo de julgamento público açodado pela atuação da mídia, no qual se baseou em laudos preliminares e na acusação de mães que apontavam seis pessoas como envolvidas no abuso sexual de crianças numa escola de educação infantil, situada no bairro da Aclimação. A linha de investigação da Polícia se mostrou sem fundamento e o inquérito foi arquivado com a conclusão de que os acusados eram todos inocentes.
> No entanto, os acusados já tinham sido julgados sumariamente pelos jornais, revistas, programas de rádio, de televisão e condenados pela opinião pública. Com a inexatidão da mídia, a Escola de Educação Infantil Base foi pichada e saqueada.
> Outrossim, resultou no linchamento social dos acusados, depredação de suas moradias. Até hoje, há ações de indenização em andamento sobre este acontecimento.

Sem critérios técnicos, apoiada basicamente no sensacionalismo da notícia, a mídia escolhe o crime que merece rejeição e exige punição severa para seus autores. Quando isso ocorre, o anseio em condenar e aplicar uma pena supera a preocupação com a existência de provas ou de culpa. Poder-se-ia atrever a dizer que a inexistência da prova ou da culpa, sequer é avaliada ou sopesada quando se tem um crime escolhido pela mídia. A pena exigida será sempre desproporcional ao fato.

Para melhor compreensão do que é a mídia e qual seu papel exercido dentro do sistema, Douglas Kellner nos ensina:

> O rádio, a televisão, o cinema e outros produtos da indústria cultural fornecem modelos daquilo que significa ser homem ou mulher, bem-sucedido ou fracassado, poderoso ou impotente. A cultura da mídia também fornece o material com que muitas pessoas constroem o seu senso de classe, de etnia e de raça, de nacionalidade, de sexualidade, de "nós" e "eles". Ajuda a modelar a visão prevalecente de mundo e os valores mais profundos: define o que é considerado bom ou mau, positivo ou negativo, moral ou imoral. (KELLNER, 2001, p. 9)

O mecanismo de punição da mídia atua sempre em dois aspectos: atribui um valor negativo ao indivíduo que repugna a punição e um valor positivo ao que acolhe. Esta desproporção em relação a um crime ou determinada situação, tem por base apenas a sua própria eloquência cravada a partir de valores claramente definidos.

Em crimes de repercussões midiáticas, o que conduz à punição não é mais a culpa/dolo e nem mesmo o conjunto probatório - sendo essa uma triste conquista da modernidade e que requer o lamento dos operadores do direito - e sim, o enquadramento do caso nesse movimento binário de rejeição/aceitação.

Vejamos, pois, o entendimento de Roberto Livianu sobre o tema:

> O julgamento de um crime e a aplicação da pena a ele cabível são vistos por muitas pessoas hoje como forma de vingança social, o que não condiz com os efeitos objetivos do processo e da punição penal, que deve visar, em um plano macro, a pacificação social, e mais especificamente, a prevenção especial e a ressocialização do criminoso. (LIVIANU, 2009, p. 211)

Aqui, convém ressaltar duas questões que merecem reflexão. O impacto da mídia em determinados casos demonstra um sentimento da sociedade que clama por justiça ou é apenas o reflexo da demonstração de juízos de uma minoria que ocupa um espaço e que faz muito barulho para ver suas opiniões sendo colocadas em prática? Ainda que esses movimentos da mídia sejam reflexo da maioria da sociedade, será que eles podem tudo no Direito Penal?

Parece claro a inexistência de parâmetros para afirmar que a “voz da mídia” seja reflexo do que pensa a sociedade sobre um determinado fato. Ouvi-la pode significar ouvir apenas um determinado setor que controla a mídia, jamais a sociedade.

Conforme bem observado por Júnior (2011 *apud* Saito, p. 79) “é árdua a tarefa de perceber se a revolta da sociedade é decorrência do choque que o crime causou no meio social, por si só, ou se a mencionada vingança do inconsciente popular é consequência da exploração e da distorção dos fatos pela mídia”.

Não parece crível e tampouco aceitável a morte da democracia representativa e a supremacia da democracia direta através da mídia, afinal, não temos no Terceiro Mundo, um grau de inserção midiática ou digital que implique na ampla participação popular.

Sem dúvidas, o movimento da mídia é intenso, tanto é que restou impossível discutir democracia e direitos e garantias sem tratar do seu relevante papel, mas nem de longe isso poderia ser fator substitutivo dos canais próprios da democracia moderna.

Como é facilmente perceptível, o Direito também pode comportar um mal. Parafraseando o ministro Ney Belo:

> Estamos sempre entre duas antíteses que exercem uma tensão entre si, em movimentos opostos: de um lado o direito, do outro, a vontade direta da maioria. Embora o direito tenha origem na ideia de maioria – posto que as leis são feitas por um Poder democrático – a sua aplicação sempre se dá pelo único dos Poderes estatais que não é, e nem pode ser democrático: o Judiciário. (2019, s.p)

Segundo Ferrajoli, os modelos tendenciais de Estado permite-nos concluir que o estabelecimento de práticas democráticas ou autoritárias podem estar diretamente relacionadas ao quanto o Estado decide se entrelaçar com a matriz de garantias dos direitos fundamentais. O descompasso entre a normatividade e a efetividade, para o doutrinador, é retrato da falibilidade de um Estado em garantir a solidez do seu sistema de garantias e é, também, um sinal alarmante da sua possível desvinculação com a proposta de sufragar as garantias fundamentais. (2010, s.p)

Sob a ótica do entendimento do doutrinador acima citado, percebe-se que esse "mal midiático" que vem se alastrando a cada dia, especialmente ao que concerne ao sistema penal. Atribui-se ao Estado a responsabilização pela utilização ingerenciada desse instrumento que se utiliza do princípio da liberdade de imprensa ou da liberdade de expressão, sem qualquer razoabilidade, para cada vez mais sufragar direitos e garantias fundamentais e que usurpa proliferação de notícias em detrimento de inúmeros e interesses específicos.

5. A ATUAÇÃO DA MÍDIA COMO PRECURSORA DE CASOS DE CORRUPÇÃO – *START* PARA INVESTIGAÇÕES POLICIAIS.

O emprego da mídia pode ter o interesse específico de se utilizar da comoção social para favorecer as regras do jogo. Aqui, nesse aspecto, a comoção social é utilizada de forma a acrescentar mais um jogador ao jogo e, obviamente, causar desequilíbrio nas regras.

Vale dizer: a comoção social, que é gerada através da divulgação da matéria pela mídia, é, sem dúvidas, fator que influencia na decisão final do juiz. Logo, a utilização desse instrumento pode velar, por completo, a imagem precipitada do acusado.

> É certo que, a imprensa deve ter o direito e a liberdade de atuar, investigar, divulgar e informar o público. Todavia, o problema surge quando a informação veiculada pelos órgãos da imprensa tende ao sensacionalismo ocasionando a violação não só do direito à honra, à intimidade e à imagem do cidadão, mas também, atentando contra a própria administração da justiça. Ou seja, podendo vir a prejudicar a realização de um julgamento justo, sobretudo quando os profissionais de imprensa formulam um pré-julgamento em casos ainda submetidos à investigação ou ao crivo Judiciário. (SAITO, 2011, p. 76-77).

No que tange especificamente ao combate à corrupção, o papel que a mídia vem desempenhando ao propagar notícias de forma distorcida e com ênfase em interesses específicos, sem a observância dos direitos e garantias fundamentais, pode tangenciar, sobremaneira os direitos de personalidade do acusado.

O Estado, por sua vez, também pode acionar a mídia com seu específico interesse: utilizar da comoção social para influenciar o julgador em suas decisões. Essa ramificação de informações muitas vezes proliferadas através dos canais de comunicação pode acarretar, inclusive, na abertura de investigações policiais.

Embora seja exigida imparcialidade por parte do julgador, dada sua preparação para o exercício deste mister em conformidade com o que determina a lei e seus princípios, resta patente, a partir da análise de vários casos conhecidos, que a opinião pública moldada pela mídia pode influenciar no convencimento do magistrado e, via de consequência, no resultado de suas decisões.

Aqui, abordaremos dois grandes casos de repercussão nacional em que a mídia, agindo como gatilho, incitou a opinião pública e conseguiu, a partir daí, que as autoridades competentes dessem um '*start*' na formalização de uma investigação e posteriormente, na abertura de processo formal, através do ajuizamento de uma denúncia por parte do órgão acusatório.

Primeiramente, cita-se o famoso caso do *impeachment* do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello que estava atrelado à denúncia de corrupção com desvio de verba pública.

O importante papel da mídia neste caso se deu pela matéria publicada pela revista Veja, em 25 de abril de 1992, quando em uma entrevista exclusiva, o irmão do então presidente Fernando Collor de Mello (Pedro Collor de Mello) denunciou irregularidades no desvio de dinheiro público. Essa entrevista desencadeou uma série de novas denúncias e investigações que culminaram no *impeachment* e renúncia de seu irmão. (AZEVEDO, 2017, s.p).

Nesse caso específico, observa-se, desde logo, a influência que a mídia exerceu ao propagar uma matéria com base exclusivamente em um depoimento de terceiro. Isso, portanto, foi o suficiente para que as autoridades competentes abrissem os olhos e tomassem atitudes. Foi o que a população cobrou.

Assim como no caso do *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor, no famoso caso do mensalão, a mídia de igual forma, teve um papel fundamental. Até então o primeiro grande caso de corrupção na política brasileira, o escândalo do mensalão ocorreu entre os anos de 2005 e 2006, funcionando, segundo noticiado, como um esquema de pagamento de propina a políticos em troca de apoio ao governo federal no Congresso Nacional.

Pode-se falar que a mídia atuou como gatilho/*start* em ambos os casos (Fernando Collor e Mensalão), tendo em vista que a provocação para que as autoridades tomassem alguma atitude foi propagada, inicialmente, através da mídia.

No caso do Mensalão, a divulgação de um vídeo foi o que deu o *start* para o início das investigações por parte do Governo Federal que, por sua vez, instaurou um inquérito administrativo para a apuração das denúncias, após as imagens serem divulgadas pelo Jornal Nacional mostrando um ex-diretor dos Correios, Sr. Maurício Marinho, negociando propina no valor de R$ 3 mil reais com empresários interessados em participar de uma licitação na agência. Maurício Marinho, dizia ter o respaldo de um deputado federal do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB-RJ), um dos protagonistas do escândalo, Roberto Jefferson (CASTRO, NUNES, 2015).

A resposta à acusação de Maurício Marinho por parte do deputado federal Roberto Jefferson, também veio por meio da mídia. Em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo, publicada no dia 6 de junho de 2005, com o título "PT dava mesada de R$ 30 mil (trinta mil reais) a parlamentares, diz Jefferson**"**, o deputado afirmou que uma mesada de trinta mil reais era distribuída a congressistas aliados ao Partido dos Trabalhadores (PT), sendo paga pelo tesoureiro do PT, Delúbio Soares. Na ocasião, afirmou, também, que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva havia tomado conhecimento e que tanto o ministro José Dirce da Casa Civil, quanto Antônio Palocci da Fazenda, também haviam sido alertados do esquema. (LO PRETE, 2005, s.p).

Em ambos os casos, restou patente que o *start*, para que fatos antes escondidos debaixo do tapete se tornassem públicos e um processo formal pudesse ser iniciado, foi dado através da mídia.

Assim, temos que os interesses são atingidos na medida em que os órgãos de controle, juntamente com a mídia, fazem uso desse poder conferido a eles, para massificar ideias e pensamentos que influenciam, sobremaneira, no convencimento do julgador quanto a existência de culpa ou até mesmo o emprego correto dos direitos e garantias do processo penal.

A massificação da mídia com o seu poder inerente ocorre de maneira tão brusca, que os danos gerados pela exacerbação da imagem de um acusado já foram percebidos. Nesta esteira é que foi objeto de proposição de sanção, o Projeto de Lei nº 7596/2017, no qual tinha o objetivo de punir aqueles que divulgassem imagem sem o consentimento do preso. O artigo 14, do citado projeto vinha a seguinte redação:

> Art. 14. Fotografar ou filmar, permitir que fotografem ou filmem, divulgar ou publicar fotografia ou filmagem de preso, internado, investigado, indiciado ou vítima, sem seu consentimento ou com autorização obtida mediante constrangimento ilegal, com o intuito de expor a pessoa a vexame ou execração pública: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Não haverá crime se o intuito da fotografia ou filmagem for o de produzir prova em investigação criminal ou processo penal ou o de documentar as condições de estabelecimento penal.

Tal artigo foi imediatamente vedado sob o argumento de que não seria possível o controle absoluto da captação de imagens por parte de particulares ou da imprensa. Certo é que o direito de imagem e preservação da intimidade dos acusados diariamente tem sido massacrados pela mídia e consequentemente, vem à tona seu ''julgamento antecipado'' pela sociedade, causando, assim, danos irreversíveis a esses.

É fato que os avanços tecnológicos e a mudança de valores sociais tornam direitos da personalidade ainda mais importantes, em razão da atual supervalorização dada à imagem pública de cada pessoa. Assim, havendo uma forte exposição, a imagem de certo indivíduo é por muito tempo, quiçá para sempre, marcada e estigmatizada por um determinado fato de tal modo que, mesmo comprovada a sua não culpabilidade, será difícil desconstituir a imagem que fora falsamente criada a seu respeito.

Noutro sentido, ainda que, na pior hipótese, o indivíduo de fato seja autor da conduta ímproba ou reprovável, ao cumprir a pena que lhe fora determinada, este teria dificuldades em se reintegrar à sociedade, tendo, portanto, comprometida a sua ressocialização.

Sabendo-se do poder que detém a mídia perante os poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), percebe-se que todos estes, além, obviamente da própria sociedade, podem se utilizar desse instrumento para garantir determinado direito ou utilizar como forma de expressão de opinião e pensamentos.

E mais ainda: esse poder que interfere, sobremaneira, em todos os aspectos, inclusive nos aqui abordados – julgamentos e investigações criminais- podem ser empregados de inúmeras formas, dentre elas para influenciar em julgamentos, investigações criminais e mais: atuar como forma de instauração de procedimentos investigativos.

O presente estudo não pretende, de forma alguma, insinuar que a imprensa deve ser censurada. Ao contrário, a análise visa expor que mesmo sendo patente a liberdade de expressão, esta deve ser exercida com responsabilidade e observância às garantias individuais.

Todo esse poder, assim como todos os outros, deve ser aplicado com cautela, a fim de que direitos e garantias fundamentais não sejam atropelados, devendo, sem sombra de dúvidas, ser aplicado com razoabilidade e proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta evidente que a mídia desempenha papel imprescindível para a sociedade na garantia e defesa da democracia, visto que, ao propagar informações, proporciona a formação da opinião pública, estimulando a sociedade a participar dos debates e a se manifestar sobre diversos temas, sobretudo, acerca de seus direitos e sobre a política atual.

Fundamental, portanto, que seja garantida a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento à mídia e a sociedade como um todo, contudo, nessa manifestação há uma incontestável dificuldade em estabelecer um ponto de equilíbrio entre a liberdade de expressão externada pela mídia e os direitos fundamentais, sobretudo, direitos individuais, a saber: direito à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra.

Na pressa em informar e auferir os lucros financeiros ou interesses outros, deixa-se de observar as consequências advindas da notícia.

Em que pese a pretensão da sociedade em clamar, de forma insaciável, por proteção, por "sensação de segurança", bem como para que o legislativo e o judiciário voltem sua atenção ao caos vivido e experimentado por ela, neste anseio para que o mesmo atue como agente principal da imposição e cumprimento da justiça, torna-se fundamental aos estudiosos e aplicadores da lei, defendam a existência de um Direito Penal Garantidor, que atenda o cidadão, que por algum motivo ou razão delinquiu, independentemente do crime praticado, ainda que esteja em jogo a moral ou a ética, pois, tal comportamento, por mais reprovável que seja, não afasta a sua qualidade de cidadão, e menos ainda o seu direito ao devido processo legal e todas as garantias que a Carta Federal lhes assegura.

O que se tem visto, são indivíduos que violam a lei penal e uma mídia que a pretexto de exigir do Estado punição, acaba por violar a Constituição Federal e todas as demais leis existentes no país, criando um cenário onde as sucessivas violações praticadas são justificáveis, iniciando o massacre da CF.

Não é possível vislumbrar, nesse contexto, condição alguma para defender a tese da mídia e de muitos cidadãos de que são indivíduos perigosos e poderosos e, portanto, deve-se conceder tratamento diferenciado para esse "tipo de gente", afinal, nesse ponto a própria CF é clara ao dispor que "todos são iguais perante a lei".

De alguma forma, ao legitimar essa tese de violência midiática ou excesso midiático contra estes cidadãos, encarcerados ou não, também acabamos por legitimar um Estado violador de leis, descumpridor da Lei maior cuja proposta é a interpretação de uma Carta Magna que deve ser cumprida apenas quando possível, com *status* de carta de recomendação ao judiciário de sua aplicação.

Com esse *modus operandi* da mídia, percebe-se cada vez mais o ódio da sociedade. Fomenta-se o desejo de paz social através de sacrifícios vivos relembrando os tempos arcaicos, em que seres humanos eram dados como sacrifícios em altar para fazer cessar a ira dos deuses.

É, portando, inadmissível a aplicação de violência pelo Estado, utilizando do pretexto de aplicar a lei penal, violando de forma escrachada a Constituição.

A verdade é que a mídia propaga, a sociedade aplaude, políticos fazem disso sua campanha presidencial. Todos coadunam em uma só voz com essa postura de violência extrema e completa agressão a diretos e deveres impostos pela CF/88.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. *A entrevista que Pedro concedeu à VEJA há 20 anos e que está na raiz do ódio que Fernando Collor tem da revista*. 18 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/a-entrevista-que-pedro-concedeu-a-veja-ha-20-anos-e-que-esta-na-raiz-do-odio-que-fernando-collor-tem-da-revista/. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BARROS, Antônio Teixeira de; LEMOS, Cláudia Regina Fonseca. *Política, pânico moral e mídia: controvérsias sobre os embargos infringentes do escândalo do Mensalão***.** Ago. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/op/v24n2/1807-0191-op-24-2-0291.pdf. Acesso em 09 de outubro de 2019.

BELLO, Ney. *Quando os lobos são muitos: Direito Penal e redes sociais. Revista Consultor Jurídico.* 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-14/quando-lobos-sao-direito-penal-redes-sociais. Acesso em: 08 de julho de 2019.

BONFIM, Edilson *Mougenot. Curso de Processo Penal. 10ª Ed. São Paulo, 2015.*

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, citado por Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Mônica Mata Machado de, NUNES, Felipe. *Candidatos corruptos são punidos?* Accountability na eleição brasileira de 2006. Opin. Publica, Vol.20, no.1, Campinas, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762014000100002&lang=pt. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

FERNANDES, *Rômulo Magalhães. Colisão de Direitos: A liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade de crianças e Adolescentes.* Revista de Direito e Liberdade nº 3. Rio Grande do Norte. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUARESCHI, Pedrinho A. *O direito Humano à Comunicação. Pela democratização da mídia.* Editora Vozes. 2013.

LO PRETE, Renata. *Jefferson denuncia mesada paga pelo tesoureiro do PT*. Jornal Folha de São Paulo. 06 de junho de 2005. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0606200502.htm. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

LIVIANU, Roberto. *Mídia e cidadania***.** Disponível em: http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-18.pdf. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira. *Mídia e Psicologia: considerações sobre a influência da internet na subjetividade.* Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2010000200009. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Gilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade Sexual: de acordo com a lei 12.015/2009.* 2ª ed. rev., Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Alexandre Augusto Pereira. *Direito Fundamental de Acesso à Informação.* Democracia, Estado Democrático de Direito, República e Controle Social. Rio de Janeiro. 2014.

RODRIGUES, Christopher. *Sobre o livro: O Quarto Poder – Uma Outra História.* Disponível em: https://virtudecidadania.blogspot.com/2015/12/sobre-o-livro-o-quarto-poder-uma-outra_15.html. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

SAITO, Michele**.** *A mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário***.** Revista de Direito Público. Volume 6. Paraná. 2011.

SAMPAIO, Grace Kelly. Liberdade de Imprensa e Intangibilidade Moral do Indivíduo. Revista Esmat, V. 1, N. 1, 2009.

SILVA, Luciano Luis Almeida. *Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de Inocência e Liberdade de Expressão – Efetivação da Garantia Constitucional e Combate à Estigmatização Precoce do Acusado.* Revista da Ejuse nº 22. Sergipe. 2015.

A ATIVIDADE CORRECIONAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Gabriel Schroder Borges[1]
Paulo Célio Jorge Rodrigues[2]

RESUMO: Conhecer a atuação e abrangência de órgãos correcionais é fundamental para se manter uma política de combate à corrupção atuante e efetiva. O estudo de levantamento e revisão bibliográfica se justifica em virtude da relevância dos serviços de controle interno desenvolvidos nestas divisões, tendo por objetivo apontar os recentes avanços do sistema nacional de corregedoria no Poder Executivo federal, bem como apurar os principais embaraços encontrados na implementação e efetivação das atividades de corregedoria em âmbito municipal e estadual, avaliando, sem finalidade exauriente, a influência do fator da atuação dos inúmeros núcleos de corregedorias no combate à corrupção, apontando as medidas necessárias ao bom andamento do serviço de apuração disciplinar.

Palavras-Chave: Combate à corrupção. Direito administrativo disciplinar. Controle interno. Corregedorias. Eficácia. Limitações. Aspectos da atuação correicional.

1. INTRODUÇÃO

A temática da corrupção, cuja etimologia surgiu a partir do latim "*corruptus*", que significa o ato de quebrar em pedaços, de tornar pútrido, de decompor, de deteriorar[3], apresenta-se em voga na atualidade diante dos inúmeros casos que, corriqueiramente, vêm à tona, expondo escândalos onde figuram como protagonistas membros do alto escalão da sociedade como diretores de grandes e afortunadas empresas, representantes políticos e demais sujeitos integrantes de grupos seletos.

Diante da impossibilidade em se apontar de forma precisa a sua origem no tempo e espaço, dada sua historicidade e permeabilidade, referido fenômeno apresenta resultados práticos dos mais diversos e devastadores, causando não somente uma profunda sensação de descontentamento social diante do enriquecimento ilícito (e da eventual impunidade) dos corruptos e corruptores, como também a consequente falência do serviço público, derivada da escassez dos recursos que, uma vez desviados, não mais se prestam a atender o interesse público primário.

Dada a sua gravidade, consistindo em verdadeira ameaça ao Estado de Direito, a corrupção é hoje um dos pilares da deficiência na gestão pública e, como objeto de preocupação mundial, passou a ser alvo de aprofundados estudos.

---

[1] Bacharel em Direito, Policial Rodoviário Federal, Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal *Lato Sensu* pela Faculdade FACIMAB, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção UFT/ESMAT, gabriel.borges@prf.gov.br.
[2] Bacharel em Direito, Policial Rodoviário Federal, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção UFT/ESMAT, Superintendente Executivo da SPRF/TO, paulo.jorge@prf.gov.br.
[3] DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. Origem da palavra corrupção. 2019. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/corrupcao/>

Tem-se implementado união de esforços voltados à elucidar as principais fragilidades dos sistemas de gestão pública em busca de averiguação das causas e modos de corrupção, possibilitando a evolução do aparato legislativo para atender a realidade atual e, assim, concretizar ações preventivas e repressivas de combate.

Neste cenário, a função correcional se materializa como importante vertente do controle interno, constituindo um dos pilares no enfrentamento da corrupção e no aumento dos níveis de integridade pública e privada, tornando-se indispensável no combate aos desvios espúrios dos administradores, sobretudo porque a administração pública constitui, como bem assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "a mais problemática das funções do Estado e a mais rebelde de se submeter à ordem jurídica"[4].

Desta forma, a efetiva punição de servidores públicos envolvidos em ilícitos, bem como a aplicação de duras penalidades a empresas que participam de esquemas de corrupção apresenta-se como indispensável ferramenta desta atividade.

Com base nesta perspectiva, verifica-se que as leis e instituições destinadas a apurar e corrigir comportamentos desvirtuados possuem dificuldades práticas de atuação. Apresenta, ainda, distintos graus de qualidade, podendo, desta forma, contribuir para uma redução eficiente dos problemas derivados da corrupção, como também para implantar distorções adicionais nos resultados práticos de seu combate, gerando verdadeiro prejuízo para a eficiência do sistema de controle interno.

Diante desse contexto, este artigo de levantamento e revisão bibliográfica, apresenta um viés quantitativo e qualitativo da atividade disciplinar e, a partir de uma análise evolutiva da atuação das corregedorias e de seu órgão central, realiza a apresentação do atual sistema de controle interno, avaliando a importância do atual sistema de gestão, frisando a relevância do papel diretivo, repressivo e punitivo no universo do serviço público e, acima de tudo, apontando as principais dificuldades práticas relatadas em bibliografia quanto ao bom funcionamento das corregedorias, apresentando, ao final, as soluções necessárias ao implemento e bom funcionamento da atividade disciplinar no Brasil.

2. AS CORREGEDORIAS COMO FERRAMENTAS DO CONTROLE INTERNO

Durante um longo período, o administrador exerceu suas prerrogativas de modo incontrastável e supremo, julgando-se acobertado pelo manto da incontestabilidade do interesse público. Valendo-se de defasados entendimentos doutrinários e de uma legislação não tão eficiente, os gestores praticavam seus atos sob total e aberrante presunção de serem morais, legítimos e legais, sob pretexto de um interesse público sem balizas e, não raras as vezes, travestindo deste em seus próprios interesses.

Em brilhante artigo elaborado antes de 1988, o doutrinador Sérgio Ferraz denunciou que:

> a administração pública brasileira é autoritária por várias razões e, entre elas, porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a administração pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial. Em razão de tudo isso, a administração pública brasileira sempre se sentiu muito animada em ser autoritária, porque

[4] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *In* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 187, p. 52, março 1986.

> as cabeças pensantes e os julgadores deste país também eram autoritários, quando dissertavam sobre o direito administrativo (FERRAZ, 1986, p. 17).

Eis que surge, então, a Constituição Federal como divisora de águas no universo do direito administrativo e sua promulgação, em outubro de 1988, fez derramar significativas alterações no tratamento litúrgico até então outorgado aos processos e procedimentos afetos às matérias por este reguladas, sobretudo ao albergar verdadeiros arsenais jurídicos voltados à alteração do antigo direito administrativo autoritário.

2.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - PANORAMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Apontamos como principal evolução temática, diante do cenário advindo da Carta Magna de 88, a nova interpretação dada à expressão "poder", que, estigmatizada durante o período ditatorial, passou a ser compreendida como "prerrogativa" após a implementação do princípio da finalidade pública, segundo o qual, mediante verdadeira estipulação legal de competências ao administrador, passou este ao dever de sempre buscar um determinado bem jurídico que deva ser suprido, balizando assim o limite e o sentido da sua competência em prol do fim consubstanciado na lei, o que passou a dificultar o uso de cargos públicos para favorecimentos pessoais e de terceiros.

Assim, diante do ultrapassado cenário onde o indivíduo era titular de deveres ao invés de direitos, inaugurou-se uma longa jornada no sentido de inverter referidos pontos de vista, sedimentando-se após o sopesamento das importâncias, a máxima de que primeiro vem o indivíduo, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, já que este é, em sua essência, feito pelo próprio indivíduo.

O tratamento dado à administração pública fixou a presença de um verdadeiro regime jurídico constitucional-administrativo, pautado nos princípios, agora expressos, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e (posteriormente) da eficiência, alterando a perspectiva de um ordenamento até então engessado, ancorado unilateralmente no princípio da legalidade. Desta evolução, abstrai-se que o próprio sentido e alcance da legalidade administrativa passou a depender de uma interpretação conjunta e norteadora de seus princípios constitucionais.

Este novo regime possibilitou, como foco do presente trabalho, a implementação e o robustecimento de órgãos de controle, voltados a combater os desvios dos agentes públicos e demais figuras que mantém vínculos com a administração, ajustando seus atos diante da nova realidade.

A concretização destas atividades, balizadoras de atos dos gestores públicos, então, se materializaram num sistema fragmentado, marcado pela existência simultânea de diversas instâncias, onde a CF/88, em seu art. 70[5], estabeleceu que a atividade fiscalizatória do poder público se exercerá por meio de um sistema de controle interno, à cargo de cada Poder, e outro externo, exercido pelo Legislativo. Sem prejuízo, logicamente, das ações do Judiciário.

[5] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O controle interno, que não foi objeto de maiores minúcias no texto constitucional, se orienta atualmente em duas instâncias: a Advocacia-Geral da União (AGU), que o faz em sua esfera jurídica, voltada à legalidade da atuação administrativa; e o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União (CGU), com atuação voltada aos aspectos orçamentários, patrimoniais e contábeis, exercendo, ainda, a importante competência de órgão central dos sistemas de correição e de controle interno no âmbito do governo federal.

Emanam da CGU, então, as principais instruções normativas e regulamentos voltados à atuação dos núcleos de corregedorias que, espalhados nos diversos níveis e órgãos do setor público, realizam a apuração de todas e quaisquer irregularidades praticadas por quem exerce o *munus publico*.

As corregedorias realizam, então, a materialização do direito administrativo disciplinar que, possuindo natureza sancionatória, recebeu o devido amparo da ordem constitucional, precisamente em seu artigo 41, §1º, inciso II, ao dispor que "o servidor público estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa."

Os resultados obtidos pelas ações correcionais têm sido cada vez mais satisfatórios, perfazendo-se as corregedorias uma indispensável ferramenta do controle interno e grande aliada aos demais Poderes no incessante e necessário combate à corrupção que, diuturnamente se entranha nos servidores públicos dos mais diversos órgãos governamentais.

2.2 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO E A EVOLUÇÃO DE SUAS ATIVIDADES

Para promover a defesa do patrimônio público à época da promulgação da CF/88, no âmbito do Poder Executivo Federal, as atividades de controle interno e de ouvidoria eram desempenhadas pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e pela Ouvidoria-Geral da União (OGU), que se vinculavam ao Ministério da Fazenda e ao Ministério da Justiça, respectivamente. Tais relevantes funções, a partir de 2002, passaram a ser vinculadas à então Corregedoria-Geral da União, por força do Decreto nº 4.177[6].

A Corregedoria da União, por sua vez, se fez instituída pela Medida Provisória nº 2.143-31, de 02 de abril de 2001, como integrante da organização da Presidência da República, apresentando como propósitos inaugurais o combate à fraude e à corrupção no âmbito do Poder Executivo, sem prejuízo das citadas e confiadas funções de controle e de ouvidoria.

No decorrer de sua evolução, em 2003 foi promulgada a Lei 10.683, elevando o status da então Corregedoria-Geral para uma típica agência anticorrupção, que passou a ser denominada de Controladoria-Geral da União e estruturada como um novo órgão, atribuindo-lhe, além das funções já desempenhadas de ouvidoria, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, recebeu também a importante competência de órgão central dos sistemas de correição e de controle interno no âmbito do Executivo federal.

Já em 2006, o Decreto nº 5.683 criou a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), o que conferiu maior eficácia e organicidade ao trabalho realizado pelo órgão, apresentando como

[6] Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002. Transfere para a Corregedoria-Geral da União as competências e as unidades administrativas da Casa Civil da Presidência da República e do Ministério da Justiça.

resultados o desenvolvimento de inovadores mecanismos, agora de caráter preventivos à corrupção. Desta forma, a CGU passou a ter não somente a competência de detectar os casos de corrupção, mas também de antecipar-se a eles.

Diante da necessidade de aprimoramentos decorrentes da implementação tecnológica e da evolução do *modus operandi* dos corruptores, novas mudanças institucionais ocorreram em 2013 para adequar a atuação da Controladoria aos novos desafios.

Com o Decreto 8.109[7], então, a SPCI passou a ser chamada de Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), e passou a dispor de uma estrutura compatível com a relevância e dimensão de suas competências, em especial as previstas nas Leis de Acesso à Informação[8], de Conflito de Interesses[9] e Anticorrupção[10].

Sua versão atual deu-se em 2016, através da polêmica Lei nº 13.341/2016 que, em meio a estudos e debates sobre o risco de enfraquecimento do sistema de controle interno da Administração, retirou o status de órgão autônomo da antiga Controladoria-Geral da União, criando o atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, deixando esta de ser um órgão vinculado diretamente ao Presidente da República.

Por fim, como mais recente ato de fortalecimento e implementação do então Ministério, criou-se a Secretaria de Combate à Corrupção, já no ano de 2019, por meio do Decreto nº 9.681, agora responsável por desenvolver atividades de inteligência e contrainteligência, de supervisão dos acordos de leniência, operações especiais e desenvolvimentos de outras atividades relacionadas ao combate à corrupção[11].

Realizando uma atuação conjunta com os demais Órgãos de defesa do Estado, como, *v.g.*, o Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União, Advocacia-Geral da União, Polícia Federal, a Controladoria trouxe como proposta inédita a aproximação da sociedade como ferramenta e verdadeira aliada a esta tarefa, utilizando o controle social como forma de fiscalização e transparência no uso dos recursos públicos, sobretudo diante da disponibilização de acesso público ao conhecido Portal da Transparência.

Com o reconhecimento da importância de seus trabalhos, sobretudo o de organização e direção de órgãos setoriais e seccionais de corregedoria, a CGU vem apresentando resultados louváveis, conforme dados públicos disponíveis em seu Portal[12]. Suas auditorias decorrentes do Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos já inspecionaram o uso de mais de R$ 21 bilhões de recursos federais da área social em municípios.

---

[7] Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União e remaneja cargos em comissão.

[8] Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a 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

[9] Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal

[10] Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

[11] Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Controladoria-Geral da União.

[12] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Dados Abertos. 2019. Portal CGU. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/dados-abertos>.

Entre 2007 e 2014, acompanhou 799 projetos de cooperação técnica internacional, com a realização de 1.790 auditorias.

Seus auditamentos de gastos com pessoal já resultaram, desde 2009, no beneficiamento financeiro de mais de R$ 800 milhões ao erário. De 2002 a 2014, a CGU analisou mais de 21 mil processos de tomadas de contas especiais, dentre os quais cerca de 17 mil foram encaminhados ao TCU, com retorno potencial de R$ 12,6 bilhões ao Tesouro Nacional.

De sua atividade correicional diretiva, nos últimos anos mais de 05 mil servidores federais foram punidos com demissão, destituição ou cassação de aposentadorias e cerca de 04 mil empresas foram impedidas de firmar contratos com órgãos públicos, números estes presentes no citado Portal da CGU e que serão explorados amiúde no decorrer do presente trabalho.

O seu Observatório da Despesa Pública utiliza metodologia científica e tecnologia de ponta para monitorar os gastos e aplicação dos recursos e o Portal da Transparência, mais abrangente banco de dados disponível à população sobre a aplicação dos recursos pelo Governo Federal e um dos mais completos do mundo, foi eleito pela ONU como uma das cinco melhores práticas de gestão pública mundial, recebendo o Prêmio E-Gov de 2009, o 11º Prêmio CONIP de Excelência em Inovação na Gestão Pública e o Prêmio UNODC de Prevenção e Combate à Corrupção.

2.3 OS BENEFÍCIOS ADVINDOS DA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE CORREIÇÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL (SISCOR) E DE SEUS ATOS DE ORGANIZAÇÃO E DIREÇÃO DE CORREGEDORIAS

O atual modelo nacional do sistema de correição encontra-se estruturado num órgão central, a cargo da Corregedoria-Geral da União e seus respectivos órgãos setoriais, as Corregedorias Setoriais, estas integrantes da estrutura do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Temos, ainda, as Unidades Seccionais que, por sua vez, se perfazem nos inúmeros núcleos correcionais que integram a estrutura dos diversos órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

A instituição e organização de tal modelo se deu a partir do ano de 2005, através da implantação, no plano federal, do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR) que deu margem ao significativo aprimoramento na condução dos processos administrativos disciplinares, por meio da normatização e padronização de procedimentos exercida pelo Órgão Central, bem como pela condução de cursos de qualificação técnica das atividades correcionais, integração de sistemas e gestão de dados e articulação interinstitucional.

Os núcleos seccionais, por sua vez, realizam a atividade de campo, por meio da instauração e condução dos procedimentos, fazendo o registro e a coordenação em cada um de seus núcleos, estando estes supervisionados e orientados pelas Corregedorias Setoriais.

Tem-se como mais recente medida de normatização e orientação do Órgão Central a Instrução Normativa nº 14, do ano de 2018, que veio regulamentar a atividade correcional neste sistema de correição do Poder

Executivo federal, após a reestruturação e implementação dos aparatos legislativos de combate à corrupção como, *v.g.*, a Lei Anticorrupção, vinculando, inclusive, a observância das novas regras às empresas públicas e sociedades de economia mista no desempenho da atividade disciplinar[13].

Referida IN-CGU 14/2018 disciplinou os tipos de procedimentos correcionais, de natureza investigativa e acusatória, abarcando em capitulações específicas, importantes fases procedimentais como a do Juízo de Admissibilidade, Investigação Preliminar, produção de provas, instauração, avocação e requisição de procedimentos, além de outras atividades, como a de supervisão correcional, acesso e fornecimento de informações apuratórias.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, faz-se importante, então, a apresentação e análise, ainda que perfunctória, do Título II da IN 14/2018, cujo teor dispõe das novas e importantes ferramentas, investigativas e acusatórias, às corregedorias, viabilizando o levantamento de informações e responsabilização dos servidores desviados, sendo:

> Art. 4º Os procedimentos correcionais podem ter natureza investigativa ou acusatória.
> Art. 5º São procedimentos correcionais investigativos:
> I - a investigação preliminar (IP);
> II - a sindicância investigativa (SINVE); e
> III - a sindicância patrimonial (SINPA).
> Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis.
> Art. 6° São procedimentos correcionais acusatórios:
> I - a sindicância acusatória (SINAC);
> II - o processo administrativo disciplinar (PAD);
> III - o processo administrativo disciplinar sumário;
> IV - a sindicância disciplinar para servidores temporários regidos pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
> V - o procedimento disciplinar para empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000;
> VI - o processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS); e
> VII - o processo administrativo de responsabilização (PAR).
> Art. 7º Na conclusão dos procedimentos correcionais constará, quando couber, recomendação para a adoção de medidas destinadas à prevenção de ocorrência de irregularidades.
> Art. 8º Quando identificados indícios de ato de improbidade que cause lesão ao patrimônio público ou enseje enriquecimento ilícito, a autoridade instauradora deverá comunicar ao órgão de representação judicial com vistas à adoção das medidas cabíveis para a indisponibilidade dos bens do investigado, acusado ou indiciado, sem prejuízo de outros encaminhamentos previstos em lei.

[13] Instrução Normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018. Regulamenta a Atividade Correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005.

Faz-se perceptível o zelo do Órgão Central em manter o devido acompanhamento às inovações legislativas, como ora se deu mediante a inclusão da figura do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), regulamentando os atos de apuração e responsabilização administrativa de pessoa jurídica em decorrência de atos lesivos contra a administração pública, garantindo, assim, a máxima eficácia nesta inovadora possibilidade de apuração e penalização das pessoas jurídicas no âmbito administrativo.

Notável, igualmente, que desde a criação e implementação do SISCOR, as penalidades expulsivas cresceram em torno de 87,6%, evoluindo, conforme a última média anual publicada pela CGU, de 291 penalidades expulsivas para 546 demissões. Quanto ao mérito de tais decisões expulsórias, atribui-se o montante de 65% a atos relacionados à corrupção dos servidores federais[14]!

Evolução semelhante se vislumbra nos resultados decrescentes de reintegrações de servidores demitidos, determinados pelo Poder Judiciário, totalizando uma redução de 65% entre os anos de 2005 e 2019, evidenciando a eficácia das ações de aprimoramento e qualificação dos servidores que exercem a condução dos processos administrativos disciplinares em âmbito federal.

Observou-se, também, a presença de parcela significativa de servidores integrantes de cargos de Direção e Assessoramento Superior (DAS) dentre os servidores demitidos, revelando um elevado grau de relevância e complexidade nos trabalhos desenvolvidos pelas Corregedorias Seccionais e pela CGU.

As apurações disciplinares foram responsáveis, então, por 50% das expulsões de autoridades ocupantes de DAS-6, 31% das expulsões de autoridades ocupantes de DAS-5 e 20% das expulsões de autoridades ocupantes de DAS-4, no âmbito do Poder Executivo federal, o que contrasta com o mero percentual de 1% dos servidores sem DAS expulsos durante o mesmo período.

Diante da citada e inovadora possibilidade em se aplicar punições à pessoas jurídicas no âmbito do direito administrativo, fruto das leis relativas à licitação e contratos e, sobretudo, da Lei Anticorrupção, conforme citado alhures, a deflagração da Operação Lava Jato levou à instauração de 29 Processos Administrativos de Responsabilização (PAR), dos quais 06 foram concluídos com a aplicação da sanção de inidoneidade às empresas envolvidas em irregularidades, ficando impossibilitadas de firmarem contratações com o setor público.

Dentre os casos de avocação de competência dos procedimentos disciplinares em trâmite nas corregedorias afora, ainda, a CGU teve como critérios utilizados os casos em que houveram a omissão da autoridade instauradora, inexistência de condições objetivas de apuração, complexidade da causa, repercussão e relevância da matéria a ser apreciada, hierarquia da autoridade envolvida, e a conexão de fatos relacionados a mais de um órgão.

Critérios estes de grande valia para a manutenção da imparcialidade, da lisura e do bom andamento de casos complexos. Para a avocação da apuração de responsabilidade disciplinar de pessoas jurídicas, por sua vez, utilizou critérios de valor dos contratos a serem apurados e a eventual presença de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

[14] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Atividade Disciplinar. 2019. Portal CGU. op cit.

Com os crescentes e expressivos números apresentado, faz-se notável que a atividade disciplinar no Brasil ganhou relevância e aumentou seu espaço na árdua tarefa de combate à corrupção, revelando, entre os anos de 2005 a 2019, e apesar de constatar uma realidade de corrupção sistêmica nos mais diversos órgãos do Poder Executivo federal, sobretudo dentre os mais altos escalões do funcionalismo, apresentou as mudanças necessárias ao crescimento e eficácia de seu poder diretivo e apuratório.

Apesar de apresentar resultados significativos como formidável ferramenta de combate aos atos de corrupção dos servidores federais, as atividades de natureza correcional nem sempre se desempenharam com facilidade e, por incrível que pareça, ainda hoje, num evoluído e sedimentado Estado Democrático de Direito, encontram entraves ao seu bom desenvolvimento.

Como grande desafio da atualidade, então, referido Órgão Central tem como imperiosa necessidade, implementar tais boas práticas conseguindo, de alguma forma, expandi-la à aplicação em âmbito municipal e estadual, vez que as corregedorias destas instâncias são as que mais sofrem com problemas ocasionados pela precariedade do próprio sistema nos quais se sujeitam, conforme passaremos a explorar.

3. DIAGNÓSTICO GERAL DE FUNCIONAMENTO DAS CORREGEDORIAS NÃO INTEGRANTES DO SISCOR - ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA NA EFETIVAÇÃO DA ATIVIDADE FIM: O SISTEMA IMPONDO SUAS PRÓPRIAS LIMITAÇÕES

O atual cenário sobre o funcionamento das corregedorias dos órgãos públicos, sobretudo daquelas de natureza municipal e estadual, cuja missão principal é de exercer o controle interno de suas respectivas casas, é um tema de difícil transgressão, sobretudo diante da escassa literatura disponível sobre o tema.

Alguns levantamentos, quando existentes, limitam-se à análise dos aspectos normativos e legais da disciplina, sem conseguir adentrar, todavia, ao exame de mérito dos principais entraves encontradas na efetivação das atividades correcionais dos entes afastados da administração pública federal.

Visando enriquecer o presente trabalho, então, realizamos um estudo de levantamento bibliográfico que, apesar de escasso, aborda diretamente o tema, buscando apontar seus principais levantamentos e evidenciar as queixas centrais apresentadas por tais setores no desempenho de suas funções disciplinares que, uma vez expostas, serão submetidas à análise e apresentação de medidas consideradas necessárias e urgentes ao bom desenvolvimento dos serviços da área.

A pesquisa buscou aprofundar nas principais dificuldades encontradas no desenvolvimento das funções típicas desempenhadas pelas corregedorias, bem como apontar suas melhores práticas, de modo a diagnosticar a atual situação do controle interno não só em âmbito federal, mas nacional, apesar de o volume de conhecimento e consequente exposição bibliográfica serem pouco estruturados.

Efetivou-se o estudo, então, que somente se fez possível mediante colheita de dados estatísticos fornecidos pela CGU, onde o panorama do controle interno no Brasil, apesar de apresentar um visível aumento de

efetividade em suas ações nos diversos entes federados, enfrenta ainda um longo caminho a ser percorrido para a efetiva concretização da atividade de correição no Brasil com resultados qualitativos satisfatórios.

3.1 A ATIVIDADE DISCIPLINAR NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS BRASILEIROS

O Conselho Nacional de Controle Interno (CONACI), criado em 2007, vem reunindo esforços para promover os sistemas de controle e a consequente construção de gestões públicas mais eficientes e assertivas, por meio do intercâmbio de conhecimentos, práticas e informações, possibilitando um trabalho conjunto de formulação, implementação e avaliação de políticas nacionais de controle e gestão.

Referido Conselho realizou, no início de 2017, juntamente ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, o mais recente estudo de diagnose das atividades correcionais nos Poderes Executivos[15], cujo resultado se faz de grande valia para a construção do presente estudo.

Diante da impossibilidade de estender o levantamento a todos os municípios do país, dada a elevada quantidade, realizou-se, por meio de amostragem, a apresentação de questionário aos órgãos que exercem a função de corregedoria no âmbito dos estados e dos municípios com mais de 500 mil habitantes, buscando obter dados de identificação institucional e funcional das Corregedorias, verificar a competência normativa e regulamentar e os respectivos procedimentos de apuração adotados, levantamentos de dados de infraestrutura, de recursos humanos e de números finais de processamento de trabalho.

O universo da pesquisa teve como impulsionados, então, 27 estados e 45 municípios, distribuídos em todas as regiões do país. Dentre todos os convidados a participarem do projeto, colaboraram como respondentes apenas 17 estados (63%) e 20 municípios (44%), não tendo os demais apresentado respostas aos questionários.

Assim, foi totalizado como efetivos participantes, na condição de respondentes, somente 51% do total de convidados. Importante frisar que a participação, pouco expressiva, a um sistema simples de respostas a questionários, demonstra a dificuldade no levantamento de dados e no aprofundamento dos estudos desta natureza, evidenciando as dificuldades e o consequente prejuízo no aprimoramento da ciência diante de uma deliberada negativa na troca de informações e, acima de tudo, da ausência de um sistema único e integrado de gestão de informações, como já ocorre no âmbito federal.

3.1.2 Atuação sistêmica

No que tange à atuação de tais Corregedorias, observou-se que a seara municipal apresenta uma atividade de natureza mais operacional, voltada à apuração de denúncias recebidas, enquanto que as Corregedorias estaduais desempenhavam trabalhos predominantes de difusão de conhecimento e aperfeiçoamento do sistema.

[15] Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Diagnóstico da atividade correcional nos poderes executivos. Brasília, 2017.

Referido panorama demonstra que as Corregedorias estaduais concentram suas atividades voltadas à orientação e organização das atividades correcionais, sendo carentes, portanto, de destaque na recomendação de instauração de procedimentos de correição. Eis a primeira e importante fragilidade percebida.

Isto porque a proposição de instauração de procedimentos é, verdadeiramente, atividade típica de controle de órgão central do sistema. Dentro do atual modelo de controle interno, não há de se cogitar em setores seccionais de apuração que se limitem à atuação de bastidores, vez que tal papel já se faz suficientemente desempenhado pelo aparato legislativo e demais normatizações realizadas pela CGU e regimentos internos de cada órgão.

Conforme coletado nas respostas apresentadas, das três principais atividades desempenhadas, 66,7% dos municípios respondentes afirmaram realizar ações predominantes de proposição, orientação, coordenação e aperfeiçoamento das atividades disciplinares, e a recomendações de instauração de procedimentos de correição para a apuração de irregularidades. Do total de municípios respondentes, ainda, 66,1% afirmaram apurar as denúncias e manifestações recebidas ex-ofício.

Por outro lado, as principais atividades administrativas desempenhadas pelos estados foram divergentes, onde 40% dos respondentes afirmaram trabalhar na elaboração de manuais e no estabelecimento de medidas para o aperfeiçoamento do regime disciplinar.

Referidos estados descreveram tais atividades como sendo a promoção e divulgação de normas relativas ao regime disciplinar do servidor público; proposição, orientação, coordenação e aperfeiçoamento das atividades disciplinares (resposta genérica); e atuação preventiva, com base nas informações resultantes de procedimentos apuratórios, a fim de aprimorar a gestão pública e reduzir a ocorrência dos ilícitos funcionais.

Conclui-se, então, que as corregedorias à nível estadual se voltam à realização de incumbência de órgão central, deixando, em grande parte, de realizar a sua atividade fim de colheita de informações e de apuração disciplinar.

3.1.3 Condução dos processos disciplinares

Foram questionados, os estados e municípios, se a condução de seus processos disciplinares se dava pela própria corregedoria ou por unidades descentralizadas, da seguinte forma: se a condução ocorria pela própria corregedoria; se ocorria de forma mista, pela corregedoria e por unidades descentralizadas; ou se ocorria, por completo, a apuração sem qualquer participação.

Da totalidade dos municípios respondentes, apenas 5,6% afirmaram que atuam de forma descentralizada em todos os casos e, sua maioria de 66,7% municípios afirmaram atuar de forma mista, ou seja, direta e descentralizada.

Mesmo panorama se percebeu a nível dos estados, onde 33% destes alegaram atuar de forma descentralizada, deixando a apuração a cargo de terceiros, e 40% destes informaram que atuam de forma mista, tanto diretamente como de forma descentralizada.

Diante de tal levantamento, é possível aferir que existem modelos de corregedorias que não conduzem processos em nenhuma hipótese! Entenda-se, então, como modelos de corregedorias administrativas por excelência, atuando unicamente na gestão do sistema correcional.

Referida realidade indica a possibilidade de ocorrência de duas situações diametralmente opostas, quais sejam, a existência de modelos gerenciais muito desenvolvidos, onde os órgãos centrais são capazes de gerir o sistema sem atuar na área operacional. Por outro lado, pode também revelar a existência de modelos incipientes, sem a robustez necessária para a condução de procedimentos disciplinares de qualquer natureza.

Tal panorama, a nosso ver, está novamente sob o prisma da fragilidade, vez ser de baixa probabilidade que tais modelos gerenciais se prestem ao fim a que se destinam, qual seja, a apuração imparcial de casos de desvios funcionais. Ademais, os demais levantamentos, conforme será exposto, representam um número bem maior de problemáticas e dificuldades de atuação na área apuratória, frente aos relatos de bom desenvolvimento da atividade fim.

Difícil concluir, desta forma, pela existência mínima de modelos gerenciais muito desenvolvidos, até mesmo porque, caso assim fosse, referidas práticas certamente teriam sido alvo de estudos e replicações nas demais áreas disciplinares Brasil afora.

3.1.4 Capacitação de servidores

No que tange à capacitação de servidores para constituição de comissões de apuração correcional, apenas 27,8% dos municípios respondentes afirmaram ter realizado algum tipo de capacitação num intervalo de 02 anos. Em mesmo lapso, por sua vez, 60% dos estados tiveram alguma atividade neste sentido.

Essencial ao aprimoramento das atividades operacionais, sobretudo de instrução processual, a capacitação é fundamental para conferir legitimidade aos procedimentos apuratórios, vez que o trabalho realizado com atecnia faz gerar insegurança ao resultado final obtido nos processos disciplinares, gerando prejuízos de natureza processual ao servidor acusado e, desta forma, ocasionando a consequente reversão das decisões por parte do Poder Judiciário, já que nenhuma lesão ou ameaça a direito será privada da apreciação deste.

Quando tal fenômeno ocorre, gerando a reversão da decisão administrativa de caráter expulsório pelo Poder Judiciário, na grande maioria das vezes o caso que se aprecia já se perpetrou há longo tempo, gerando, assim, a prescrição da aplicação da penalidade no campo disciplinar.

Mesmo diante das inúmeras previsões legais que imprimem a suspensão do prazo prescricional, os trabalhos atécnicos de comissões de apuração são morosos, diante das dificuldades enfrentadas das figuras responsáveis pela instrução processual. O decurso do tempo e a consequente prescrição, então, impede a reinstauração e a reinauguração de atos voltados à penalização do servidor desviado, em razão da prescrição da pretensão punitiva disciplinar.

Nos poucos casos de reversão da pena administrativa expulsória onde não se operou a prescrição, a nova instrução administrativa processual, apesar de se mostrar possível, se torna inviável, diante do frequente perecimento das provas em decorrência do decurso do tempo, que necessitariam ser reproduzidas, sob o

crivo do contraditório e da ampla defesa, sob pena de, novamente, ser o procedimento reformado pelo Judiciário.

Conforme a pesquisa, então, à nível municipal se faz interessante a implementação de uma política de capacitação periódica dos servidores que se dispõem a integrar as comissões disciplinares, o que certamente aumentaria a eficácia dos trabalhos e diminuiria o tempo de instrução dispendiado pelas comissões em cada processo e, consequentemente, deixando-as disponíveis, com maior brevidade, a se debruçarem em novos casos.

3.1.5 Tipologia dos processos realizados

Obteve-se um quadro similar na atuação de estados e municípios quando questionados acerca da tipologia de processos instruídos por suas corregedorias, sendo a estes ofertadas as opções de apontamentos na realização de: Processos Administrativos Disciplinares (PAD) de servidores; processos de natureza investigativa, sem caráter punitivo; PAD de empregados públicos; processos de natureza investigativa, com possibilidade de aplicação de penalidades; Sindicância Investigativa Patrimonial (SINPA); Processo Administrativo de Responsabilização (PAR); e outros.

Dentre as corregedorias municipais, então, as três tipologias de processo mais destacadas foram o PAD contra servidores, realizados por 88,9% dos respondentes, seguindo de 55,6% de processos de natureza investigativa, sem caráter punitivo, e 50% de PAD contra empregados públicos.

Conforme explanado, não se observaram distâncias aos trabalhos das corregedorias estaduais, onde 73,3% apontaram realizar PAD contra servidores, 60% de processos de natureza investigativa, com possibilidade de aplicação de penalidades e 40% empatados entre a realização de SINPA e de processos de natureza investigativa, sem caráter punitivo.

O estudo revela, então, uma expressiva realização de processos contra empregados públicos no âmbito dos municípios, diferentemente do que ocorre nos estados. Em contrapartida, as corregedorias dos municípios quase não utilizaram ferramentas voltadas à apuração de enriquecimento ilícito e evolução patrimonial (SINPA), ferramenta esta que se faz útil aos estados.

Importante destacar que tanto as corregedorias municipais quanto estaduais apresentaram um déficit nas apurações voltadas à responsabilização de pessoas jurídicas (PAR), fenômeno este que atribuímos à recente implantação do instituto na esfera administrativa, que somente passou a ser abarcada após o advento da Lei Anticorrupção, com aplicação recentemente regulamentada na Instrução Normativa nº 14/2018 da CGU[16].

3.1.6 Recursos Humanos

Os levantamentos revelaram que, na grande maioria das corregedorias municipais, a atuação dos servidores se dá de forma não exclusiva, ou seja, o trabalho correcional é dividido com outras atividades de seu cargo.

Nesta situação apresentam os respondentes de 75% das corregedorias municipais que, conforme apresentado, são responsáveis justamente pelo desenvolvimento das atividades operacionais.

[16] Regulamenta a Atividade Correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

Quase a metade dos respondentes estaduais, por sua vez, afirmaram acumular as atividades disciplinares às suas rotineiras atribuições, totalizando esta realidade em 47% de suas corregedorias.

A falta de dedicação exclusiva do servidor na atuação disciplinar, somada à falta de capacitação técnica dos integrantes das comissões apuratórias, contribui para imprimir morosidade nos atos de apuração, vez que os trabalhos se fazem interrompidos não só em decorrência de período de férias, afastamentos e licenças dos membros das comissões, mas também na necessidade de desempenhar funções estranhas à atividade de correição.

Neste ínterim, é perceptível a inexistência de uma preocupação, por parte dos gestores, na criação de cargos específicos ao desempenho da atividade disciplinar, onde os servidores das mais diversas áreas são "aproveitados" no desempenho do labor apuratório, fato este que ocasiona inegável fragilidade ao sistema correcional vigente.

Outro aspecto de suma importância, e que apresentou grande disparidade no campo prático disciplinar, está no pagamento de gratificação pelo exercício destas atividades ao servidor, onde 55% das corregedorias municipais alegaram receber e, das corregedorias estaduais, somente 40%.

Ora, se o próprio sistema de apuração disciplinar não se presta à criação de cargos específicos voltados a suprir as deficiências de pessoal da área, insistindo em trabalhar mediante cooptação de servidores que têm outras funções a desempenhar, impondo-os o acúmulo de atribuições e aproveitando-os em seu tempo e sabedoria para o desenvolver da ferramenta de controle interno, porquê não os gratificar para tanto? E, acima de tudo, como se admitir a gratificação de alguns em detrimento de outros?

Logicamente que tal aberrante discrepância ocorre em virtude dos diferentes modelos e critérios de governo, em seus diversos níveis, bem como da falta de uma legislação específica do tema.

Ademais, tal discrepância demonstra a despreocupação dos governantes em adotar políticas únicas, de gratificação e incentivo, visando atrair aquele servidor mais afastado, despertando-lhe, ao menos, o interesse no exercício acumulado da função, bem como imprimir motivação àquele que já atua na área, fomentando, assim, implemento de sua gratificação e a vontade em qualificar-se para atuar na atividade disciplinar.

Considerando, então, a inexistência de um cargo específico voltado ao desempenho das atividades correcionais, bem como a ausência de status de "função gratificada" na grande maioria destes setores, surgiu o questionamento aos participantes acerca de quais critérios seriam adotados para que o servidor pudesse trabalhar nas corregedorias municipais e estaduais.

Houve, novamente, grande abismo entre as respostas ofertadas por estados e municípios. Nestes, o critério de formação jurídica do servidor apareceu em último colocado, com 44% das corregedorias municipais, ao passo ter sido o primeiro critério apreciado à nível estadual, com 60% das corregedorias estaduais.

Nota-se que justamente nas corregedorias municipais, onde se desempenham a maior parcela das atividades de campo, a formação jurídica foi posta em detrimento de outras questões como, por exemplo, possuir estabilidade no serviço público. Tal questão traz, certamente, grande deficiência no sistema disciplinar e, também, razão para o expressivo número de reversões das decisões expulsórias pelo Judiciário.

Não sendo bastante, somente 33% das corregedorias estaduais e municipais alegaram ter recebido algum tipo de treinamento prévio para o desempenho das atividades da área.

Os demais critérios de aceitação dos funcionários das corregedorias se mostraram equilibrados entre as esferas municipal e estadual, sendo: ausência de sanções disciplinares nas fichas do servidor; estabilidade no serviço público; e conhecimento em processos disciplinares.

3.1.7 Bancos de dados e processos de trabalho

Sobre a estruturação das informações oriundas dos trabalhos disciplinares, as respostas relativas aos processos de trabalho e aproveitamento de informações estatísticas se mostraram precárias, em ambos os níveis, revelando que ainda há bastante campo para aperfeiçoamento das corregedorias neste sentido.

Dentre os municípios, por exemplo, afirmaram estes, em sua grande maioria (83%), que há análise de mérito e de legalidade de procedimentos disciplinares previamente ao julgamento.

Ocorre que referida análise, ao nosso ver, deve se perfazer no desenvolvimento natural e corriqueiro das atividades disciplinares, inclusive nos momentos prévios aos julgamentos, sob pena de se imprimir, ainda que de modo inconsciente, traços de inquisitoriedade aos procedimentos, mediante a instauração de casos sem a presença mínima de indícios de autoria e materialidade de transgressão disciplinar ou, até mesmo, o julgamento fundado em elementos probatórios avulsos e isolados, sem apreciar, contudo, a presença de elementos subjetivos impressos na conduta desviada, indispensável ao embasamento de toda e qualquer punição.

Neste sentido, por exemplo, a própria IN 14/2018 da CGU, ao regulamentar a atividade correcional no âmbito federal, conferiu Capítulo específico ao Juízo de Admissibilidade, atribuindo a esta fase verdadeira condição *sine qua non* à inauguração do processo correcional.

Mas a questão central não reside na eventual análise de mérito e de legalidade realizada antes dos julgamentos, que ocorre na maioria dos municípios, mas sim na inexistência de núcleos de apoio jurídico às comissões, onde apenas 27% daqueles que alegaram realizar a referida análise de adequação à norma, possuem tal tipo de amparo, que normalmente ocorre mediante consultorias jurídicas.

Ora, não há de se falar, desta forma, numa análise de mérito e de legalidade eficaz, sendo que tal apreciação se daria, em tese, por servidor parecerista sem formação na área jurídica e, acima de tudo, carecedor de cursos qualificadores para tanto.

Observa-se, tanto no âmbito municipal quanto estadual, que a utilização dos índices de resultados de ações de correição ainda é deficiente, revelado pelo escasso número de banco de dados digital relacionado a servidores punidos, com percentual de 22% e 26%, em municípios e estados, respectivamente.

Dentre o total destes que afirmaram se valer de banco de dados de punições, 50% e 75% dos municípios e estados, respectivamente, afirmaram utilizá-lo apenas para consultas prévias à eventuais nomeações e contratações.

Referidas informações poderiam, perfeitamente, subsidiar atos de implementação da lisura dos processos disciplinares. Entretanto, nenhum dos municípios afirmou publicar e/ou manter um banco de punidos na web e, na seara estadual, o percentual ainda é baixo, de apenas 25%.

Outra importante questão cinge à prescrição das penalidades expulsivas, onde a falta de controle e o desconhecimento de dados estatísticos é ainda maior, pois 55% e 73%, de municípios e estados, respectivamente, afirmam não ter tais informações disponíveis.

Indispensáveis à correção dos vícios que os deram ensejo, são os informes prescricionais. Somente com a apreciação dos casos onde se operou a prescrição, poderia um setor de corregedoria buscar o implemento de seus atos de instrução para, assim, evitar nova ocorrência.

Noutro espectro, a falta destes dados também demonstra precariedade na lisura das apreciações nos casos concretos, carecendo de transparência naqueles onde se operou a prescrição e, consequentemente, de eventuais subjetividades nas causas em que houveram a morosidade na instrução processual, contraindo, assim, o princípio do *in dubio pro societate* que deve nortear a fase de conhecimento.

3.1.8 Reintegrações

O retorno do funcionário expulso ao serviço público em decorrência de anulações judiciais dos processos administrativos, demonstra preocupante questão voltada ao aspecto qualitativo dos trabalhos desempenhados pelas corregedorias.

Conforme exposto, a partir da implementação do SISCOR no âmbito federal, que se deu em 2005, observou-se a redução de 65% nas reintegrações desta natureza, o que demonstra êxito no sistema de qualificação implementado à nível federal.

Aos municípios e estados, por sua vez, quando questionados sobre a realização de avaliação das causas das eventuais reintegrações e anulações judiciais dos processos administrativos, as respostas revelaram pouca atenção a tais estatísticas que, comumente, se utiliza para aferir a boa condução do processo administrativo disciplinar e, consequentemente, melhorá-lo.

Aproveitando tais informações, somente 22% dos municípios e 33% dos estados afirmaram realizar o referido controle e apreciação.

3.1.9 Principais dificuldades na condução dos trabalhos correcionais

Tanto as corregedorias estaduais como municipais têm como queixa principal a carência de pessoal disponível para a realização dos trabalhos, com 28% dos estados e 30% dos municípios. Referido quadro de precariedade se dá em virtude da grande dificuldade na formação de equipes de funcionários para militar na área, diante de uma cultura maciçamente presente de que os integrantes de corregedorias são vistos como perseguidores, afastando, assim, o interesse em atuar na área.

Os membros de comissões apuratórias são, frequentemente, tratados como “dedos duros” pelos demais servidores de seu órgão, fato este que poderia ser facilmente contornado caso a política pública destinasse a formação cargos específicos para a elaboração de tais atividades, o que não ocorre em nosso panorama

atual e, conforme visto, as corregedorias se valem de servidores que têm outras atribuições estranhas às disciplinares, em acúmulo.

Esta é, naturalmente, a segunda queixa principal das corregedorias estaduais e municipais, qual seja o excesso de trabalho. Já a terceira maior dificuldade relatada diz respeito à obstáculos na investigação e à carência de cursos de formação, assim entendendo 15% dos municípios e 10% dos estados.

Importante frisar que a dificuldade no compartilhamento e troca de informações a outros órgãos não foi descrita como dificuldade por parte dos municípios e, pelos estados, de somente 17%. A falta de tais informações, todavia, costuma ser severo empecilho às investigações, sendo esta uma das principais razões da implementação do SISCOR em âmbito federal.

CONCLUSÃO

O campo do direito administrativo disciplinar, tal como constatado, apresentou significativas mudanças e evoluções nesses trinta anos transcorridos desde o advento do nosso atual regime constitucional, apresentando significativa evolução no seu resultado prático de atuação.

Em âmbito federal, sobretudo após o ano de 2005, onde se implementou o SISCOR, os resultados foram ainda mais satisfatórios, evidenciando que estamos seguindo o caminho correto em busca do êxito na realização destas verdadeiras "faxinas institucionais", concretizadas pela expulsão de servidores corruptos que, valendo-se dos poderes confiados, buscam o proveito próprio e de terceiros, fazendo carecer a lisura do serviço público e, consequente, impedindo o fortalecimento dos órgãos públicos em seus mais diversos setores de atuação.

Todavia, fez-se notável que a matéria enfrenta, ainda, desafios de ordem prática para a concretização de sua atividade fim, principalmente nas esferas estaduais e municipais que ainda se fazem carentes de um sistema norteador e qualificador de suas atividades.

Foi possível verificar que são diversos os fatores contribuintes ao enfraquecimento da função correcional, sobretudo a questão do parco efetivo e da baixa qualificação dos agentes que integram comissões apuratórias diante da ausência de formação específica, como também a falta de um sistema integrado de gestão e troca de informações, a falta de criação de cargos e/ou gratificações específicas aos membros da corregedoria e, inclusive, da presença de uma forte cultura punitiva, em detrimento de uma preventiva que deveria estar voltada para a melhora da qualidade do serviço público prestado.

O foco excessivo em atividades de apuração e repressão, deixando as ações preventivas no esquecimento, também são verdadeiros óbices para o bom andamento do serviço, vez que na grande maioria dos municípios, onde a atividade predominante é a operacional, o trabalho segue a linha de um sistema de justiça criminal, revelando um modelo burocrático onde a prevenção é posta de lado.

O atual panorama revelou, ainda, que carecemos da utilização do Processo Administrativo de Responsabilização de pessoas jurídicas dentre os procedimentos apuratórios mais utilizados, na falta de um sistema eletrônico de gerenciamento de processos que ocasionam o mínimo aproveitamento das informações

correcionais e, acima de tudo, no baixo investimento nas especializações dos servidores que compõem o quadro desta louvável atividade.

Mas apesar das inúmeras dificuldades aferidas, conclui-se da realização do presente trabalho, sobretudo, que a função correcional no Brasil é nobre, legítima e, apesar de ainda modesta, tem muito a desenvolver, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos, como bem ocorreu no universo do direito disciplinar aplicado em âmbito federal nestes últimos quatorze anos.

Sendo certo que a área necessita do fortalecimento de sua atividade nos diversos entes federados, com o merecido incentivo governamental e investimento, o direito disciplinar conseguirá, a curto prazo, apresentar números incrivelmente relevantes no combate à corrupção, trazendo um serviço final à população de absoluta qualidade e, assim, desafogando o Poder Judiciário e sofrendo diminutas interferências por parte deste no sentido de rever as decisões administrativas e reintegrar o mau funcionário aos quadros da administração pública.

Sendo assim, acreditando nos preceitos da moralidade, legalidade, boa fé, lisura, transparência, ética e moral públicas, continuamos apostando nossas fichas no necessário aprimoramento dos inúmeros núcleos de corregedorias espalhados Brasil afora para, mediante a boa aplicação do direito administrativo disciplinar, fortalecer esta nobre função para, então, reduzirmos os níveis de corrupção em nosso país a níveis mínimos e, assim, extirpar do serviço público aquele servidor corrupto. Por mais ínfimo que seja o seu desvio, este servidor não merece nos servir ou representar e a sua exclusão certamente beneficiará como um todo a nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Casa Civil, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Ministério da Casa Civil. *Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002:* Transfere para a Corregedoria-Geral da União as competências e as unidades administrativas da Casa Civil da Presidência da República e do Ministério da Justiça que especifica. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4177.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Ministério da Casa Civil. *Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013.* Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União e remaneja cargos em comissão. Brasília, DF: Casa Civil, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8109.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Ministério da Casa Civil. *Decreto nº 9.681, de 03 de janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Controladoria-Geral da União , remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE.

Brasília, DF: Casa Civil, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9681.htm>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. Ministério da Casa Civil. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a 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; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Brasília, DF: Casa Civil, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Ministério da Casa Civil. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.* Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. Brasília, DF: Casa Civil, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Ministério da Casa Civil. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.* Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Casa Civil, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Instrução Normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018.* Regulamenta a Atividade Correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. Brasília, DF: Gabinete do Ministro, 2018. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/50484511/do1-2018-11-16-instrucao-normativa-n-14-de-14-de-novembro-de-2018-50484367>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. *Diagnóstico da atividade correcional nos poderes executivos*. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/ativ-correcional2.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Atividade Disciplinar*. 2019. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar>. Acesso em 15 ago. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Dados Abertos*. 2019. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/dados-abertos>. Acesso em 13 ago. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Institucional - Vídeo Institucional da CGU.* 2019. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional>. Acesso em 15 ago. 2019.

COSTA, José Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar - Teoria e Prática*. 6ª Edição. Belo Horizonte: Forense, 2011.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. *Origem da palavra corrupção*. 2019. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/corrupcao/>. Acesso em: 21 nov. 2019.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *In Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 187, p. 52, março 1986.

NEPOTISMO: RECONHECIMENTO MATERIAL SEM AS DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS FORMAIS, DECORRENTE DA TROCA DE FAVORES ENTRE O CHEFE DO PODER EXECUTIVO E MEMBROS DO PODER LEGISLATIVO

Jorgam de Oliveira Soares[1]
Roberto Freitas Garcia[2]

Resumo: O presente artigo foi orientado pelo procedimento de revisão narrativa mediante análise de referencial teórico-bibliográfico e periódicos indexados, legislação regente, doutrina jurídica e jurisprudência, produzidos entre 2005 e 2019, tendo por escopo aferir se a interpretação vigente do enunciado sumular vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal alberga as hipóteses de nepotismo cruzado sem as designações recíprocas formais expressas, decorrente de indicações de familiares por parlamentares para ocupar cargos de provimento em comissão, nomeados pelo chefe do Poder Executivo como retribuição ao apoio parlamentar, violando, por conseguinte os postulados constitucionais da impessoalidade, moralidade, eficiência administrativa e isonomia, ato apto a ensejar improbidade administrativa previsto na Lei Federal nº 8.429/92. Trata-se de reflexão oriunda de pesquisa ainda em andamento e, portanto, sem pretensão de respostas conclusivas, objetivando colaborar com o aprimoramento do combate e repressão ao nepotismo e aperfeiçoamento interpretativo da Súmula Vinculante nº 13/STF.

Palavras-chave: Nepotismo. Súmula Vinculante nº 13/STF. Apoio parlamentar. Troca de favores. Improbidade administrativa.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico também objetiva demonstrar a necessidade de evolução interpretativa, pelos membros do Poder Judiciário, do enunciado sumular vinculante nº 13 editado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de forma que lhe seja conferida interpretação que permita o reconhecimento material do nepotismo sem as designações recíprocas de natureza formal, decorrente da troca de favores entre o chefe do Poder Executivo em todas as esferas de governo e os membros do Poder Legislativo, em razão da injuridicidade materializada pelo desvio de finalidade.

A interpretação que o Poder Judiciário vem conferindo ao referido enunciado sumular vinculante tem se revelado insuficiente para inibir a ocorrência de nepotismo no âmbito da administração pública, pois não alberga as hipóteses de nepotismo cruzado sem as designações recíprocas expressas, decorrente das indicações de familiares consanguíneos e afins até o terceiro grau, em linha reta e/ou colateral, por parlamentares, para ocupar cargos de provimento em comissão, nomeados pelo chefe do Poder Executivo

[1] Servidor do Ministério Público do Estado do Tocantins. Pós-graduando em Estado de Direito e Combate à Corrupção, da Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Federal do Estado do Tocantins (UFT). jorgamsoares@yahoo.com.br
[2] Graduado em Direito pela Universidade de Cuiabá (UNIC). Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Promotor de justiça oficiante na 8ª Promotoria de Justiça de Gurupi/TO, com atuação na tutela do patrimônio público e social e repressão aos atos de improbidade administrativa. robertofg1975@hotmail.com

como retribuição ao apoio parlamentar, violando, por conseguinte, os postulados da impessoalidade e da moralidade administrativa, com topografia no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa forma, percebe-se que a interpretação que vem sendo conferida pelo Poder Judiciário à Súmula Vinculante nº 13/STF, com o devido respeito, tem sido benevolente, pois favorece a troca de favores entre o chefe do Poder Executivo e integrantes do Poder Legislativo em todas as esferas de governo, consubstanciada na indicação formulada pelos parlamentares de membros do seus núcleos familiares para ocupar cargos de provimento em comissão a serem nomeados por dirigentes do Poder Executivo, agraciado com o apoio parlamentar, o que evidencia uma relação inequivocamente espúria consubstanciada na troca de favores.

O chefe do Poder Executivo, sendo o detentor da prerrogativa de nomear os ocupantes de cargos de provimento em comissão, ao objetivar formar maioria parlamentar, coopta parlamentares para integrar a sua base de sustentação política no Poder Legislativo, promove o loteamento de cargos públicos, destina um quantitativo de acordo com a força política do parlamentar, contemplando-os com cargos de provimento em comissão, os quais retribuem o gesto com apoio na Casa Parlamentar, votando de acordo com a orientação do Poder Executivo.

Ocorre que, nesse aspecto, reside a fragilidade interpretativa do enunciado sumular vinculante nº 13/STF que vem sendo conferida pelo Poder Judiciário no sentido de que essa indicação de integrantes do núcleo familiar e correligionários pelos parlamentares não induz a ocorrência de nepotismo, tendo em vista a ausência de designações recíprocas. Ou seja, para a sua consumação, o chefe do Poder Executivo deveria promover a nomeação dos familiares indicados pelos parlamentares, ao passo que caberia ao integrante do Poder Legislativo formalizar a nomeação de membros do núcleo familiar do governante no âmbito da Casa Legislativa, consumando, por conseguinte, o nepotismo cruzado e/ou transverso.

A persistência e a perpetuação da prática ora retratada se revela nefasta e perniciosa para a administração pública e para a democracia, pois, além de configurar um mecanismo de burla à finalidade precípua do enunciado sumular vinculante nº 13/STF, avilta os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, com assento no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

O presente artigo é dividido em quatro seções. O seu desenvolvimento foi orientado pelo procedimento de revisão narrativa mediante análise de referencial teórico-bibliográfico e periódicos indexados, legislação regente, doutrina jurídica e jurisprudência, produzidos entre 2005 e 2019.

A primeira seção aborda a conceituação do termo “nepotismo”. A segunda, as hipóteses constitucionais de ocorrência de nepotismo, inclusive analisando a edição do enunciado sumular vinculante nº 13/STF e sua importância para a repressão a esses atos administrativos imorais.

A terceira descreve o *modus operandi*, em tese, engendrado pelos chefes do Poder Executivo com vistas à formação majoritária das suas bases de sustentação política no âmbito do Poder Legislativo, consubstanciada na suposta cooptação de parlamentares mediante a concessão de cargos de provimentos em comissão a serem providos por familiares do parlamentar aliado.

A quarta discorre sobre a configuração de atos de improbidade administrativa decorrentes da ocorrência material do nepotismo, sem as designações recíprocas formais, consubstanciado na troca de favores entre os chefes do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, mediante indicação e nomeação de familiares dos parlamentares para ocupar cargos de provimento em comissão, inclusive com abordagem sobre o entendimento jurisprudencial e doutrinário a respaldar o posicionamento adotado com a presente pesquisa.

Vale ressaltar que a presente pesquisa teve a pretensão de capitalizar o anseio da sociedade brasileira, colaborando com a discussão a respeito da constante necessidade de se refrear a corrupção *lato sensu*, em uma das suas facetas, inibir os atos de improbidade administrativa, a exemplo do nepotismo decorrente da transgressão dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia, com topografia no art. 37, *caput*, da Constituição da República, ao propor um debate a respeito da necessidade de se colaborar com o aprimoramento do combate e repressão ao nepotismo, mediante o aperfeiçoamento interpretativo da Súmula Vinculante nº 13/STF.

Conclui-se que a intepretação sistemática do enunciado sumular vinculante nº 13/STF alberga as hipóteses de nepotismo transverso sem as designações formais expressas, decorrente das indicações de familiares por parlamentares para ocupar cargos de provimento em comissão, nomeados pelo chefe do Poder Executivo como retribuição ao apoio parlamentar, o que viola, em tese, os postulados constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, a configurar ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92.

Sempre que houver essa sinergia e interação funcional recíproca, de modo que um agente público tenha interesse inequívoco na atuação de outro, ocorrerá violação aos postulados da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa e, portanto, nepotismo decorrente da circunstância de um dos agentes nomear os parentes do outro, ainda que o intérprete repute que a Súmula Vinculante nº 13/STF não contemple essa hipótese por somente fazer alusão a designações recíprocas, em razão da antijuridicidade, proporcionada pela evidente troca de favores apta a ensejar desvio de finalidade, a macular o ato de nomeação.

1 CONCEITUAÇÃO DO NEPOTISMO

Prefacialmente, necessário consignar que nepotismo, em síntese, se consubstancia na nomeação, pelo chefe do poder, órgão e/ou dirigente estatal, de seus familiares para o provimento de cargos públicos em comissão, em decorrência dos laços de parentescos biológico e afim que os unem, repelindo a meritocracia e a eficiência administrativa, pois a nomeação, em tese, não se efetivou pela capacidade intelectual e idoneidade moral do nomeado, mas apenas e tão somente em razão do parentesco que entrelaça a autoridade nomeante e o nomeado.

A origem etimológica do termo "nepotismo", a despeito de ainda se revelar controvertida, aos poucos vem sendo amoldada pela doutrina. Recorremos ao conceito encampado por Garcia e Pacheco (2014):

> Etimologicamente, nepotismo deriva do latim *nepos, nepotis*, significando, respectivamente, neto, sobrinho. *Nepos* também indica os descendentes, a posteridade, podendo ser igualmente utilizado no sentido de dissipador, pródigo, perdulário e devasso. A divulgação do vocábulo (ao qual foi acrescido o sufixo ismo), no sentido hoje difundido em todo mundo,

> em muito se deve aos pontífices da Igreja Católica. Alguns papas tinham por hábito conceder cargos, dádivas e favores aos seus parentes mais próximos, terminando por lapidar os elementos intrínsecos ao nepotismo, que, nos dias atuais, passou a ser associado à conduta dos agentes públicos que abusivamente fazem tais concessões aos seus familiares. (GARCIA; PACHECO, 2014, p. 596)

Trata-se de acentuado privilégio, o que evidencia traços do patrimonialismo que ainda persiste no âmbito da administração pública, numa colusão de interesses, de forma que o administrador trata a coisa pública como se privada fosse, divorciando-se dos postulados da moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia, ao excluir, em regra, do setor público, os mais capacitados intelectual e moralmente, pois a isonomia restou aviltada, já que aquelas pessoas que não integram o núcleo familiar da autoridade nomeante somente poderão ter acesso a cargos públicos mediante concurso público de provas e títulos, estabelecido pelo art. 37, II, da Constituição da República.

A despeito disso, importante registrar o posicionamento paradigmático exteriorizado pelo ministro Luís Roberto Barroso sobre o nepotismo, em palestra ministrada na *Brazil Conference*, realizada em 8.4.2017, na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos:

> Uma outra característica intrinsecamente ligada ao jeitinho é colocar o sentimento pessoal ou as relações pessoais acima do dever para com o próximo e a sociedade. É o individualismo que se manifesta, não na liberdade ou na inovação, mas na falta de cerimônia em passar o outro para trás. O nepotismo é um exemplo emblemático dessa disfunção: o favorecimento dos parentes ou dos amigos na indicação para os cargos públicos de livre nomeação ou na contratação de serviços. Quando o Supremo Tribunal Federal julgou uma ação que veio a proibir o nepotismo no Poder Judiciário, um desembargador declarou à imprensa: "Se eu não fizer pelos meus, quem fará?" (BARROSO, 2017, p. 6)

Sob essa nuance, infere-se do posicionamento exteriorizado pelo ministro Luís Roberto Barroso (2017) que a persistência de situações transgressoras dos princípios da administração pública, como o reconhecimento do nepotismo, favorece a cultura do paternalismo e do compadrio, transformando-se o Brasil na república da parentada e dos amigos.

Partindo desse pressuposto, não podemos ser lenientes e complacentes para com o nepotismo, pois, além de mitigar a investidura de pessoas capacitadas sob o espectro moral e intelectual nos cargos de provimento em comissão, prejudicando a boa governança e repelindo a meritocracia, se manifesta como um dos mais contundentes gestos da persistência do patrimonialismo no âmbito da administração pública, fomentado por agentes públicos que dispensam tratamento à *res publica* como se fosse seu patrimônio particular, desviando-se do interesse público primário e fomentando a perpetuação de práticas não republicanas.

Como muito bem salientado por Barroso (2017, p. 6), "O Estado se torna mais importante do que a sociedade. Um dos subprodutos dessa compulsão se expressa na máxima do favorecimento e da perseguição: 'Aos amigos tudo; aos inimigos, a lei'".

Em decorrência do fenômeno do nepotismo, o cidadão comum, embora possa gozar de capacidade intelectual e moral para ocupar um cargo de provimento em comissão no âmbito da administração pública, em regra, é alijado e preterido pelo administrador público que privilegia, em tese, os seus familiares, afastando, por conseguinte, a incidência dos princípios constitucionais da isonomia, moralidade, impessoalidade e eficiência administrativa, com topografia no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

2 A EDIÇÃO, PELO STF, DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13

Antes de abordar a edição do enunciado sumular vinculante nº 13/STF, que estabelece as hipóteses de ocorrência de nepotismo, torna-se necessário remontar à época da elaboração, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, tendo por escopo disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário.

Por intermédio da Resolução nº 7/2005, o CNJ vedou a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo, em seu art. 2º, as hipóteses de ocorrência de nepotismo.

> Art. 2° Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:
> 1 – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;
> II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;
> III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

Com o advento da Resolução nº 7/2005, em decorrência da resistência em se aplicar, bem como dadas as controvérsias a respeito da sua constitucionalidade, a Associação dos Magistrados do Brasil, em 2.2.2006, ajuizou perante o STF a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12, para o fim de se declarar, em caráter definitivo, a constitucionalidade do mencionado ato normativo, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, proporcionando segurança jurídica.

O Plenário do STF, em 20.8.2008, ao julgar a ADC nº 12, reconheceu a constitucionalidade da referida resolução sob o argumento de que os pressupostos estabelecidos pelo mencionado ato normativo não ensejam cerceamento na liberdade de prover e desprover cargos de provimento em comissão e funções de confiança.

Isso porque as restrições estabelecidas pela Resolução nº 7/2005 não constituem inovação na ordem jurídica, pois já gozam de compatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional, impostas pelos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e igualdade.

Durante o julgamento da ADC nº 12, o ministro Celso de Mello, capitalizando o anseio moralizador da sociedade contemporânea, de forma elucidativa, consignou: "Quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer em seu próprio benefício, ou em benefício de seus parentes ou cônjuges, ou companheiros, a autoridade que lhe é conferida pelas leis".

Importante registrar que mesmo antes da edição da Súmula Vinculante nº 13, o STF, ao julgar, em 28.9.2005, o Mandado de Segurança nº 23.780-5/MA, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, já perfilhava do entendimento de que a configuração de nepotismo independe da existência de lei em sentido formal, pois decorre da violação aos princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia.

Tanto é verdade que o Plenário do STF, ao julgar, em 20.8.2008, o Recurso Extraordinário nº 579.951, sob a sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que a vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Dessa forma, em 21.8.2008, o Plenário do STF, com espeque no art. 103-A da Constituição da República, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, editou o enunciado sumular vinculante nº 13, tendo por objeto o seguinte:

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

Assim, desde o início da vigência da Súmula Vinculante nº 13/STF, na data de 21.8.2008, a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia, ou

assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Encontram-se albergados pela incidência da Súmula Vinculante nº 13/STF os seguintes familiares em linha reta e colateral decorrente de parentesco por consanguinidade e afinidade com a autoridade nomeante, conforme muito bem delineado em quadro explicativo elaborado pela Controladoria-Geral da União (2019):

> FAMILIAR EM LINHA RETA POR CONSANGUINIDADE
> 1º grau consanguinidade: Pai, mãe, filho/filha do agente público;
> 2º grau consanguinidade: Avó/avô, neto/neta do agente público;
> 3º grau consanguinidade: Bisavô/bisavó, bisneto/bisneta do agente público.
> FAMILIAR EM LINHA RETA POR AFINIDADE
> 1º grau afinidade: Sogro/sogra, genro/nora; madrasta/padrasto, enteado/enteada do agente público;
> 2º grau afinidade: Avô/avó, neto/neta do cônjuge ou companheiro do agente público;
> 3º grau afinidade: Bisavô/bisavó, bisneto/bisneta do cônjuge ou companheiro do agente público.
> FAMILIAR EM LINHA COLATERAL POR CONSANGUINIDADE
> 2º grau: Irmão/irmã do agente público;
> 3º grau: Tio/tia, sobrinho/sobrinha do agente público.
> FAMILIAR EM LINHA COLATERAL POR AFINIDADE
> 2º grau: Cunhado/cunhada do agente público;
> 3º grau: Tio/tia, sobrinho/sobrinha do agente público. (CGU, 2019, online)

Quanto ao conceito de parentesco para efeitos da aplicabilidade do enunciado sumular vinculante nº 13, o Plenário do STF, na ocasião do julgamento da ADC nº 12, estabeleceu que não é o mesmo definido pelo Código Civil/2002, pois, como muito bem salientado pelo então ministro Cezar Peluso no julgamento, o "problema não é de definir quais são os parentes para efeitos civis, mas definir quais aquelas pessoas que, sob a classe de parentela, tendem a ser escolhidas, não por interesse público, mas por interesse de caráter pessoal".

O entendimento de que o conceito de parentesco para fins de incidência da Súmula Vinculante nº 13/STF se distingue daquele estabelecido pelo Código Civil/2002 foi reafirmado, em 12.9.2019, pelo ministro Edson Fachin, de forma elucidativa, ao proferir decisão monocrática na condição de relator da Reclamação nº 26.448, quando consignou o seguinte:

> Como se observa da leitura desses precedentes, a limitação constante do § 1º do art. 1.595 do Código Civil não tem aplicação para efeitos da Súmula Vinculante 13, vale dizer, o parentesco por afinidade não é limitado apenas aos ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuges ou companheiros. Para efeitos da Súmula Vinculante 13, os chamados "concunhados" estão abrangidos no conceito de parente de 3º grau em linha colateral.

Infere-se do precedente acima invocado que a inaplicabilidade do conceito de parentesco estabelecido pelo Código Civil/2002, para fins de aferição de eventual ocorrência de nepotismo sob o prisma interpretativo da

Súmula Vinculante nº 13/STF, se revela coerente com os seus propósitos, pois o que se busca com sua incidência é a preservação dos princípios constitucionais da isonomia, moralidade, impessoalidade e eficiência, com topografia no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, razão pela qual sua interpretação não pode ser tão acanhada como a de espectro civilista, sob pena de ineficácia, a favorecer o avanço dessa prática imoral que é o nepotismo.

O verbete do enunciado sumular vinculante nº 13/STF estabeleceu os critérios objetivos adiante declinados, com vistas a sua conformação e interpretação, conforme esposado pelo ministro Dias Toffoli, ao julgar, em 15.3.2016, a Reclamação nº 19.529:

> a) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada;
> b) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante;
> c) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e,
> d) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.

Além dos critérios objetivos estabelecidos pela Súmula Vinculante nº 13/STF, para fins de configuração de nepotismo, impende salientar que é necessário aferir em qual das quatro modalidades ele se enquadra: (i) direto e/ou próprio; (ii) indireto; (iii) cruzado/impróprio; ou (iv) trocado.

As modalidades de nepotismo são conceituadas doutrinariamente pelo promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas João Gaspar Rodrigues (2012), que os sintetizou da seguinte forma:

> 1 – Nepotismo direto ou próprio: É a forma mais usual de nepotismo, podendo ainda ser designado de próprio ou explícito. Ocorre quando a autoridade competente nomeia parentes seus (cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau — filho, neto, bisneto, irmão, tio, sobrinho, sogro, genro, nora, cunhado). É facilmente detectado pela proximidade do grau de parentesco;
> 2 – Nepotismo indireto: Ocorre quando a autoridade, dotada de poderes para tanto, nomeia parentes de subordinados seus;
> 3 – Nepotismo cruzado ou impróprio: Essa forma é também denominada de nepotismo dissimulado ou por reciprocidade. É uma espécie de troca de favores, um ajuste que garante nomeações recíprocas entre os "poderes" do Estado, por exemplo, Prefeitura e Câmara Municipal, Executivo estadual (governador) e Assembleia Legislativa, Executivo estadual e Judiciário etc. Assim, por exemplo, o prefeito contrata um parente do presidente da Câmara e este, por sua vez, nomeia um parente do prefeito;
> 4 – Na redação da SV 13 tem-se que as situações de nepotismo se dão dentro da "mesma pessoa jurídica" e "em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios". Desse modo, as "designações recíprocas" a que alude a SV 13 restringem-se ao âmbito da mesma pessoa jurídica (município, estado, Distrito Federal ou União), fazendo surgir o nepotismo cruzado.
> E se as "designações recíprocas" ocorrerem entre pessoas jurídicas distintas (entre dois municípios ou dois estados; ou até entre um município e um estado)? Neste caso, tem-se

> uma nova modalidade: nepotismo trocado. E embora não previsto nos termos da SV 13, está igualmente vedado pela Constituição Federal. (RODRIGUES, 2012, p. 8-10)

Constata-se que o julgamento pelo Plenário do STF do *leading case*, ADC nº 12, tornou-se paradigmático para o combate ao nepotismo no âmbito da administração pública brasileira, instando a Corte Constitucional a editar, posteriormente, o enunciado sumular vinculante nº 13 como forma de uniformizar entendimento a esse respeito em todas as esferas de poder.

Por outro lado, dentre as modalidades de configuração do nepotismo a serem abordadas especificamente em consonância com o tema proposto, nos limitaremos a discorrer sobre o nepotismo transverso e/ou cruzado, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas.

Dessa forma, na seção seguinte, abordaremos o *modus operandi*, em tese, engendrado por chefes do Poder Executivo com vistas à formação majoritária das suas bases de sustentação política no âmbito do Poder Legislativo, consubstanciada na suposta cooptação de parlamentares mediante a concessão de cargos de provimentos em comissão a serem providos por familiares do parlamentar aliado, consubstanciada pela troca de favores ensejadora do desvio de finalidade.

3 A COOPTAÇÃO DE PARLAMENTARES PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

A investidura em cargos públicos no Brasil, em regra, decorre da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, conforme preconiza o art. 37, II, da Constituição da República.

Dessa forma, percebe-se, de maneira inequívoca, que o concurso público, por se revelar como instrumento meritocrático a resguardar isonomia, impessoalidade e moralidade no provimento de cargos públicos, é a regra admissional.

Todavia, o art. 37, II e V, da Constituição Federal, excepciona a investidura em cargo público de provimento em comissão, sem aprovação em concurso público, nas hipóteses do exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Ocorre que, a despeito de o provimento de cargos em comissão ser a exceção à regra, do ponto de vista prático, nem sempre o administrador público observa fielmente essa diretriz constitucional, desvirtuando-a para, mediante a criação indiscriminada de cargos de provimento em comissão, desprovidos do rol de atribuições, abrigar familiares, aliados e correligionários políticos, satisfazendo suas conveniências pessoais em detrimento do interesse público primário.

Nesse aspecto, quanto à criação indiscriminada de cargos de provimento em comissão, como indisfarçável burla ao princípio constitucional da obrigatoriedade de deflagração de concurso público, estabelecido pelo art. 37, II e V, da Constituição Federal, o Plenário do STF, ao julgar, em 10.6.2010, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.125/TO, reputou como inconstitucional a lei ordinária editada pela Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, a saber, Lei nº 1.950/2008, pelos seguintes motivos:

> 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.
> 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.
> 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais.
> 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República.

Essa criação indiscriminada de cargos de provimento em comissão, a exemplo do que decidiu o STF, ao julgar a ADI nº 4.125/TO, reputando inconstitucional a criação de 28.177 cargos de provimento em comissão, que em sua maioria nem sequer descreviam o rol de atribuições, além de não se enquadrar nas hipóteses constitucionalmente permitidas – direção, chefia e assessoramento –, favorece a ocorrência do nepotismo transverso, objeto de abordagem desta pesquisa, pois, mediante desvio de finalidade, o chefe do Poder Executivo utiliza esses cargos para arregimentar apoio político de parlamentares com vistas ao fortalecimento da base de sustentação política na Casa Parlamentar, contemplando os seus aliados com cotas de cargos dessa natureza a serem providos por familiares e correligionários.

Vale ressaltar que o provimento de cargos em comissão, nas hipóteses constitucionalmente permitidas, não está a merecer qualquer censura, diante da sua compatibilidade com a Constituição da República.

A reprovação do ponto de vista técnico, jurídico e moral decorre da utilização indiscriminada de cargos de provimento em comissão, por desvio de finalidade, para o exercício de atividades que assumem caráter perene, demandando concurso público, a serem desempenhadas por familiares e correligionários políticos, mediante indisfarçável burla ao princípio constitucional de acessibilidade de cargos públicos.

Esse loteamento de cargos de provimento em comissão fomenta, a um só tempo, a suposta troca de favores e o nepotismo transverso sem designação recíproca, decorrente da conduta comissiva do chefe do Poder Executivo, que, objetivando a formação majoritária da sua base de sustentação política no âmbito do Poder Legislativo, viola os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, coopta parlamentares, mediante concessão de cargos de provimentos em comissão, a serem providos por familiares do parlamentar aliado.

Isso porque o chefe do Poder Executivo, sendo o detentor da prerrogativa de nomear os ocupantes de cargos de provimento em comissão, ao objetivar formar maioria parlamentar, coopta parlamentares para integrar sua base de sustentação política no Poder Legislativo por meio de loteamento de cargos públicos, destinando um quantitativo de acordo com a força política do parlamentar e contemplando-os com cargos de provimento em comissão, os quais retribuem com apoio na Casa Parlamentar, votando de acordo com a orientação do governo.

Ocorre que, nesse aspecto, reside a fragilidade interpretativa do enunciado sumular vinculante nº13/STF que vem sendo conferida pelo Poder Judiciário, no sentido de que essa indicação de integrantes do núcleo familiar pelos parlamentares não induz a ocorrência de nepotismo, tendo em vista a ausência de designações recíprocas. É dizer: para a sua consumação, o chefe do Poder Executivo deveria promover a nomeação dos familiares indicados pelos parlamentares, ao passo que caberia ao integrante do Poder Legislativo formalizar a nomeação de membros do núcleo familiar do governante no âmbito da Casa Legislativa, consumando, por conseguinte, o nepotismo cruzado e/ou transverso.

Esse mecanismo de formação e majoração da base de sustentação política do chefe do Poder Executivo no âmbito da Casa Legislativa, diretamente ligado ao sistema de governo insculpido na Constituição Federal, foi muito bem definido pelo cientista político Sérgio Henrique Abranches (1988) como presidencialismo de coalizão, por sinal, bastante reproduzido nos demais entes federativos, comportando três momentos fundamentais que se interagem:

> 1 – Constituição da aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral;
> 2 – Constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico;
> 3 – Transformação da aliança em coalizão efetivamente governante quando emerge, como toda força, o problema da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação. (ABRANCHES, 1988, p. 5-33)

O segundo momento do presidencialismo de coalizão, de acordo com Abranches (1988) – a constituição do governo, em que prevalece a disputa por cargos –, guarda pertinência temática com o objeto desta pesquisa, pois é nesse estágio, de loteamento de cargos públicos como mecanismo de cooptação de parlamentares com o objetivo de fortalecer sua base de sustentação política no Parlamento mediante troca de favores dissimulada, evidenciada pela nomeação de familiares e correligionários políticos dos parlamentares, é que revela o desvio de finalidade decorrente da violação aos postulados da moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia, configurador do nepotismo transverso/cruzado, ainda que não se formalizem as designações recíprocas.

Esse aspecto, por ser o principal objeto de análise nesta pesquisa, será abordado na seção seguinte.

4 A CONFIGURAÇÃO DE NEPOTISMO SEM AS DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS FORMAIS

A designação recíproca formal consubstanciada na troca de favores entre os chefes do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, mediante indicação e nomeação de familiares dos parlamentares para ocupar cargos de provimento em comissão, enseja configuração de atos de improbidade administrativa decorrentes da ocorrência material do nepotismo transverso.

O nepotismo transverso/cruzado é conceituado de maneira elucidativa por Garcia e Pacheco (2014) da seguinte forma:

> Merece referência específica o denominado “nepotismo cruzado”. Nessa figura, o óbice à nomeação não decorre do vínculo conjugal, de companheirismo ou de parentesco existente

> com pessoa funcionalmente inserida na mesma estrutura orgânica para a qual o agente foi nomeado. O que se tem aqui é um mecanismo fraudulento utilizado para burlar a vedação ao nepotismo, de modo que um dos agentes em conluio nomeia, para a respectiva estrutura de poder, os parentes do outro, sendo a recíproca verdadeira. Não é por outra razão que a Súmula Vinculante n. 13 considerou ilícitas as designações recíprocas. Esse sistema ainda pode ser aperfeiçoado com triangulações ou com a extensão do conluio a quatro, ou mais, agentes. (GARCIA; PACHECO, 2014, p. 602)

A Súmula Vinculante nº 13/STF prevê a hipótese de configuração de nepotismo mediante designação recíproca, coloquialmente reconhecido como cruzado, quando a autoridade nomeante de um poder e/ou órgão nomeia o membro da família da autoridade nomeante que integra outro poder e/ou órgão público, cujo parentesco consanguíneo e/ou afim, em linha reta e/ou colateral, seja até a ordem de 3º grau, evidenciando-se a troca de favores consubstanciada no desvio de finalidade, ensejando violação aos princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência, com topografia no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Dessa forma, sob o prisma do enunciado sumular vinculante nº 13/STF, o pressuposto para a configuração do nepotismo transverso é que haja designações recíprocas, a exemplo do governador que procede à nomeação da esposa do presidente da Assembleia Legislativa para ocupar cargo de provimento em comissão, o qual, em retribuição, nomeia a esposa do chefe do Poder Executivo para ocupar cargo comissionado no Legislativo estadual, materializando-se as designações recíprocas.

Ocorre que o nepotismo, em sua forma transversa, se configura independentemente das designações recíprocas formais, quando o parlamentar, a pretexto de compor a base de sustentação política do chefe do Poder Executivo, indica um membro familiar para ocupar cargo de provimento em comissão em retribuição ao apoio parlamentar, mediante troca de favores, evidenciando a antijuridicidade do ato de nomeação.

Portanto, sempre que houver essa sinergia e interação funcional recíproca, de modo que um agente público tenha interesse inequívoco na atuação de outro, ocorrerá violação aos postulados da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa e, portanto, nepotismo, decorrente da circunstância de um dos agentes nomear parentes do outro, ainda que o intérprete repute que a Súmula Vinculante nº 13/STF não contemple tal hipótese, por somente fazer alusão a designações recíprocas, em razão da antijuridicidade, proporcionada pela evidente troca de favores apta a ensejar desvio de finalidade, a macular o ato de nomeação.

Impende salientar que o entendimento sustentado nesta pesquisa não se revela teratológico, pois encontra respaldo na doutrina especializada, o que demonstra, por conseguinte, a existência de plausibilidade jurídica.

Desse entendimento perfilha Garcia e Pacheco (2014):

> A prova do conluio, no nepotismo cruzado simples, torna-se relativamente simples, sendo evidente que cada um dos dois envolvidos beneficiou os parentes do outro. Em se tratando de três ou mais agentes realizando nomeações recíprocas ou, mesmo, quando só um deles realiza nomeações com o objetivo de favorecer parentes de outra autoridade, a prova se torna extremamente difícil, isso porque conluios dessa natureza são normalmente realizados às escondidas, somente chegando a público a identidade dos nomeados. Dificuldades a parte, será evidente a violação à moralidade e à impessoalidade, princípios

> que vedam a prática do nepotismo quando a autoridade cujos parentes foram nomeados, ainda que não retribua o favor, possa influenciar a atuação funcional da autoridade nomeante. É o que ocorre, por exemplo, em relação (1) ao Prefeito e aos Vereadores, reciprocamente, já que a atuação funcional de qualquer dos dois influi na atuação do outro; (2) ao Juiz de Direito e ao Promotor de Justiça em atuação na Comarca, em relação à nomeação dos seus cônjuges, companheiros ou parentes para atuar junto ao executivo ou ao Legislativo Local, isso porque referidos agentes atuam, diuturnamente, nas causas de interesse dessas estruturas de poder; (3) ao Governador do Estado e aos Desembargadores do Tribunal de Justiça, pois, enquanto o primeiro detém a iniciativa das Leis orçamentárias, é responsável pela escolha dos Desembargadores oriundos do quinto constitucional e tem interesse direto nas causas de interesse do Estado apreciadas pelo Judiciário, os últimos são os responsáveis pela prestação jurisdicional no mais elevado plano da Justiça Estadual. Em síntese, sempre que houve a interação funcional recíproca, de modo que uma autoridade tenha interesse direto na atuação da outra, ter-se-á a violação à moralidade e à impessoalidade quando um dos agentes nomear os parentes do outro. Essa figura, a evidência, não é abrangida pela Súmula Vinculante n. 13, que somente faz referência às "designações recíprocas", mas isso em nada compromete a sua injuridicidade, isso em razão da presumida troca de favores, que decorre não propriamente do imaginário do operador do Direito, mas, sim, das regras de experiência que caracterizam a espécie humana e, em particular, o homem público brasileiro. A única peculiaridade é que os órgãos competentes não poderão se valer da reclamação endereçada ao Supremo Tribunal Federal, devendo percorrer as vias ordinárias. (GARCIA; PACHECO, 2014, p. 602-603)

Percebe-se que, a despeito de a Súmula Vinculante nº 13/STF exigir designações recíprocas para fins de ocorrência de nepotismo transverso, sempre que a autoridade cujos familiares forem nomeados tiver interesse direto na atuação da outra, em razão dessa sinergia funcional recíproca, a exemplo do deputado estadual que teve o filho nomeado pelo governador, independentemente da nomeação de algum membro da família do chefe do Poder Executivo pelo chefe do Poder Legislativo, em decorrência da presumida troca de favores e flagrante desvio de finalidade, se consumará o nepotismo cruzado, diante da injuridicidade dessa conduta, por violar os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, padecendo o ato de nomeação de insanável vício de nulidade absoluta, a ser desconstituído administrativa e/ou judicialmente.

Importante registrar que, muito embora o STF exija designações recíprocas, ou seja, a autoridade nomeante, na condição de dirigente de um poder e/ou órgão, nomear os familiares em linha reta e/ou colateral por consanguinidade e/ou afinidade do outro, de forma que a beneficiária retribua o favor recebido daquela, mediante nomeação em outro poder e/ou órgão, por outro lado, ao julgar o Mandado de Segurança nº 31.697, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, exteriorizou o entendimento de que, ao se editar a Súmula Vinculante nº 13, não se pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na administração pública, dada a impossibilidade de se preverem e se inserirem, na redação do enunciado, todas as molduras fático-jurídicas reveladas na pluralidade de entes federativos. A propósito, confira-se o precedente:

> Ao editar a Súmula Vinculante 13, a Corte não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, dada a impossibilidade de se preverem e de se inserirem, na redação do enunciado, todas as molduras fático-jurídicas

> reveladas na pluralidade de entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) e das esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), com as peculiaridades de organização em cada caso. Dessa perspectiva, é certo que a edição de atos regulamentares ou vinculantes por autoridade competente para orientar a atuação dos demais órgãos ou entidades a ela vinculados quanto à configuração do nepotismo não retira a possibilidade de, em cada caso concreto, proceder-se à avaliação das circunstâncias à luz do art. 37, *caput*, da CF/1988.

Nessa esteira de pensamento, constata-se que o próprio STF compartilha do entendimento de que, ao se editar a Súmula Vinculante nº 13, não se esgotaram todas as possibilidade de ocorrência de nepotismo, demandando, do seu intérprete, que adote uma interpretação sistemática, com análise do contexto e das peculiaridades que o caso concreto proporciona, de forma a se resguardarem os princípios da administração pública e da juridicidade, por serem os pressupostos de validade e eficácia dos atos administrativos.

O STF, ao julgar, em 4.3.2009, a Reclamação nº 6.702, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, reputou como nepotismo a escolha pela Assembleia Legislativa, bem como a consequente nomeação pelo chefe do Poder Executivo, de seu irmão para ocupar o cargo de conselheiro de Tribunal de Contas, por afrontar os mais elementares princípios da administração pública:

> Com efeito, a doutrina, de um modo geral, repele o enquadramento dos Conselheiros dos Tribunais de Contas na categoria de agentes políticos, os quais, como regra, estão fora do alcance da Súmula Vinculante 13, salvo nas exceções acima assinaladas, quais sejam, as hipóteses de nepotismo cruzado ou de fraude à lei. [...] Convém assinalar, ainda, que se afigura de duvidosa constitucionalidade, à luz do princípio da simetria, a escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, quando o art. 52, III, *b*, da CF/1988 determina que seja fechada em casos análogos, instituída para a proteção dos próprios parlamentares. Não fosse tudo isso, a nomeação do irmão, pelo governador do Estado, para ocupar o cargo de Conselheiro do TCE, agente incumbido pela CF/1988 de fiscalizar as contas do nomeante, está a sugerir, ao menos neste exame preliminar da matéria, afronta direta aos mais elementares princípios republicanos.

Considerando que o nepotismo em sua forma transversa se configura independentemente das designações recíprocas formais, quando o parlamentar, a pretexto de compor a base de sustentação política do chefe do Poder Executivo, indica um membro familiar para ocupar cargo de provimento em comissão em retribuição ao apoio parlamentar consubstanciada mediante troca de favores, evidenciando a antijuridicidade do ato de nomeação, restará configurado, por conseguinte, ato de improbidade administrativa, por violação aos princípios da administração pública, plasmado no *caput* do art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92.

Vale ressaltar que a improbidade administrativa se qualifica pela grave desonestidade e ineficiência funcional materializada pela imoralidade, a exemplo do nepotismo, sendo reprimida e sancionada pela Lei Federal nº 8.429/92.

A respeito disso, impende registrar que a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 4.5.2017, o Recurso Especial nº 1.019.652/RS, sob a relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, reconheceu como nepotismo cruzado a nomeação pelo chefe do Poder Executivo de Bagé/RS da esposa, do

filho e do genro do então presidente da Câmara de Vereadores do referido município, mesmo sem designações recíprocas formais. A propósito, confira-se:

> EMENTA – STJ – PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO CRUZADO. CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> 1. O acórdão recorrido consignou expressamente, com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que, "não há falar, portanto, em ausência de dolo ou má-fé nas nomeações da esposa, filha e genro do Presidente da Câmara de Vereadores".
> 2. Concluiu, assim, pela ocorrência de nepotismo cruzado no caso em tela, bem como pela presença de elemento subjetivo a autorizar a subsunção da conduta à Lei nº 8.429/92. A revisão de tais fundamentos, na via recursal eleita, é inviável, tendo em vista a incidência da Súmula 7/STJ.
> 3. Agravo interno não provido.

O entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o precedente acima invocado, coadunando com o posicionamento que ora defendemos nesta pesquisa, foi de que, embora o STF já tenha decidido que, ainda que formalmente lícita a nomeação de familiares do agente político, no momento em que é apurado e constatado o desvio de finalidade, contrariando os princípios da administração pública, por se divorciar o ato administrativo do interesse público primário, qual seja, troca de favores entre membros dos Poderes Executivo e Legislativo, o ato deve ser invalidado por violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, restando caracterizado o nepotismo em sua forma transversa/cruzada, decorrente da injuridicidade, o que enseja ato de improbidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, concluiu-se que a intepretação sistemática do enunciado sumular vinculante nº 13/STF alberga as hipóteses de nepotismo transverso mesmo sem as designações formais expressas, decorrente de indicações de familiares por parlamentares para ocupar cargos de provimento em comissão, nomeados pelo chefe do Poder Executivo como retribuição ao apoio parlamentar, por violar os postulados constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, com topografia no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, configurando ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, da Lei Federal nº 8.429/92.

Vale ressaltar que é necessário superar a fragilidade interpretativa do enunciado sumular vinculante nº 13/STF que vem sendo conferida pelo Poder Judiciário, no sentido de que essa indicação de integrantes do núcleo familiar pelos parlamentares não induz a ocorrência de nepotismo transverso, tendo em vista a ausência de designações recíprocas, ou seja, para a sua consumação, o chefe do Poder Executivo deveria promover a nomeação dos familiares indicados pelos parlamentares, ao passo que caberia ao integrante do

Poder Legislativo formalizar a nomeação de membros do núcleo familiar do governante no âmbito da Casa Legislativa, consumando, por conseguinte, o nepotismo cruzado.

Sempre que houver essa interação funcional recíproca, de modo que um agente público tenha interesse inequívoco na atuação de outro, evidenciando a troca de favores dissimulada, ocorrerá violação aos postulados da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa e, portanto, nepotismo configurador de improbidade administrativa, decorrente da circunstância de um dos agentes nomear os familiares do outro, ainda que o intérprete repute que a Súmula Vinculante nº 13/STF não contemple tal hipótese, por somente fazer alusão a designações recíprocas, em razão da antijuridicidade, proporcionada pela evidente troca de favores apta a ensejar desvio de finalidade, maculando o ato de nomeação.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5 a 14, 1988. Disponível em: https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro*: por que a gente é assim? 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 7*, de 18 de outubro de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_7_18102005_26032019133553.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Controladoria-Geral da União. *Situações.* 2019. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo/situacoes. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Lei Federal nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. *Lei Federal nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12.* Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça. Ato normativo que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências". Procedência do pedido. Publ. 18.12.2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.125*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Expressão "cargos em comissão" constante do *caput* do art. 5º, do parágrafo único do art. 5º e do *caput* do art. 6º; das tabelas II e III do Anexo II e das tabelas I, II e III do Anexo III à Lei n. 1.950/08; e das expressões "atribuições", "denominações" e "especificações" de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. Criação de milhares de cargos em comissão. Descumprimento dos arts. 37, inc. II e V, da Constituição da República e dos princípios da proporcionalidade e da moralidade administrativa. Ação julgada procedente. Publ. 15 fev. 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284125%2ENUME%2E+OU+4125%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yynqqzmh. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23.780*. Mandado de Segurança. Nepotismo. Cargo em comissão. Impossibilidade. Princípio da moralidade administrativa. Publ. 3 mar. 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823780%2ENUME%2E+OU+23780%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4f4zlng. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 31.697*. Agravo Regimental na Reclamação. Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.662, 4.400, 4.425 e 4.357. Ausência de identidade material entre a matéria posta na decisão reclamada e os paradigmas apontados. Uso da reclamação como sucedâneo recursal. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. Publ. 2 abr. 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2831697%2ENUME%2E+OU+31697%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y264wn6s. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 6.702*. Mandado de injunção. Direito constitucional e administrativo. Aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência. Necessidade de atuação normativa da União. Orientação jurisprudencial firmada no Supremo Tribunal Federal pelo reconhecimento da omissão do legislador na concretização do art. 40, § 4º, da Constituição da República. Edição da Lei Complementar 142/2013, que regulamenta a aposentadoria especial dos portadores de deficiência segurados pelo Regime Geral de Previdência Social. Impossibilidade da aplicação analógica do art. 57 da Lei 8.213/91 nos períodos de prestação de serviço anteriores à vigência da LC 142/2013. Ordem concedida para determinar à autoridade administrativa que aprecie o pedido de aposentadoria com base na aplicação da LC 142/2013. Concessão parcial do mandado de injunção. Publ. 10 set. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%286702%2ENUME%2E+OU+670

2%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4p67rze. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 19.529***.** Decisão monocrática. Relator Ministro Dias Toffoli. Publ. 18 out. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2819529%2ENUME%2E+OU+19529%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4vwtv8u. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 26.448*. Decisão monocrática. Relator Ministro Edson Fachin. Publ. 17 set. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2826448%2ENUME%2E+OU+26448%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yyz3coya. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 579.951*. Administração pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, *caput*, da CF. RE provido em parte. Publ. 24 out. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28579951%2ENUME%2E+OU+579951%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y43c4k4m. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13.* A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Data de aprovação 21.8.2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes. Acesso em: 12 ago. 2019.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, João Gaspar. *Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13*. 2012. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496591. Acesso em: 10 out. 2019.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA: AÇÃO COMUNICATIVA COMO PRESSUPOSTO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL E ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

Lenise Silva Paixão[1]
Joyce Coelho Nogueira[2]

RESUMO: Considerando que a corrupção, antes de ser uma conduta ilícita, é um desvio ético e moral do indivíduo que sobrepõe seu interesse ao interesse da sociedade, sendo uma questão cultural e educacional da formação de um povo, buscou-se demonstrar como a consciência política dos cidadãos, dentro do modelo democrático delineado por Habermas, pode ser utilizada para prevenir a corrupção. Para tanto, procedeu-se à busca de dados bibliográficos a partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, de modo a construir um embasamento teórico em torno do objeto de estudo, com uma interpretação teleológica na análise dos aspectos inovadores que constituem a teoria, mediada pela sistematização teórico-prática do modelo de democracia deliberativa. Desse modo, observa-se que a democracia deliberativa, conforme construída por Habermas, possibilita um repensar social com a propagação de valores éticos e morais, prevenindo, assim, atos corruptos.

Palavras-chave: Consciência política. Democracia deliberativa. Integração social. Razão instrumental. Razão comunicativa.

1. INTRODUÇÃO

Cotidianamente os meios de comunicação noticiam ações da polícia, seja na esfera federal, estadual ou municipal, como etapas de investigações de desvios de verbas públicas, fraude em licitações, funcionários fantasmas em repartições públicas, dentre tantas outras formas de enriquecimento ilícito de agentes da administração pública e de empresas privadas.

Compreendendo que a corrupção, antes de se tornar uma conduta ilícita, é um desvio ético e moral do indivíduo que sobrepõe seu interesse aos interesses da sociedade, sendo, assim, uma questão cultural e educacional da formação de um povo, consistindo em um "agir em contradição com o papel social do sujeito ou de um dos papéis que ele porventura desempenhe" (ROCHA, 2018), questiona-se: como a consciência política dos cidadãos, dentro do modelo democrático, pode ser utilizada para prevenir a corrupção?

A proposta se justifica pela necessidade de percepção individual do cidadão da sua importância para o sistema democrático e, consequentemente, para o bom funcionamento do ente Público em sua totalidade.

[1] Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Pós Graduanda da Pós Graduação Lato Sensu em Estado de Direito e Combate à Corrupção, da Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. lenisepaixao@hotmail.com
[2] Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Pós Graduanda da Pós Graduação Lato Sensu em Estado de Direito e Combate à Corrupção, da Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Tocantinense Presidente Antônio Carlos. jcnogueira06@gmail.com

Este é um dos grandes obstáculos existentes ao enfrentamento da corrupção: fazer com que o indivíduo enquanto cidadão se conscientize de que faz parte de um todo, percebendo que não é apenas uma vítima do interesse individual do gestor, do Parlamento e das grandes empresas que se utilizam de benefícios ocultos para se enriquecerem à custa do Estado, mas é o "agente transformador" que pode resolver boa parte do problema social "enraizado" em nosso país.

Atualmente, vivemos em uma sociedade apática aos problemas nela existentes, que espera o surgimento de um "salvador" individual ou coletivo que efetuará a abolição de todos os problemas vivenciados em virtude do mau desenvolvimento da máquina pública, pois acredita não ser concomitantemente culpada das patologias sociais, tornando o ambiente propício para a continuidade das condutas que busca abolir.

As práticas corruptivas podem ser verificadas em toda estrutura do sistema social, na economia, na política e na Administração Pública, muitas vezes disfarçadas de condutas éticas, não podendo seu enfrentamento ser baseado somente na repressão e punição de seus atores, sendo necessária a instituição de meios preventivos a tais condutas.

Com isso, aguardar que o problema da corrupção seja resolvido por intermédio do modelo repressivo de criminalização não se mostra a conduta mais acertada, considerando que este, a cada dia, se mostra insuficiente para a erradicação, ou mesmo a diminuição, dessa mácula social, pois, o sistema punitivo, há tempos, deixou de ser suficiente para inibir condutas criminosas.

Além disso, deve-se ter em mente que o *jus puniendi* do Estado é a *ultima ratio,* e a tipificação de condutas acarretará apenas o aumento da população carcerária, o surgimento do sentimento de impunidade e o descrédito das instituições.

Assim, o estudo foi desenvolvido sob um viés preventivo, baseado na filosofia da linguagem de Jürgen Habermas, e seu conceito de democracia deliberativa, a qual foi construída com base em elementos da teoria da ação comunicativa, como meio de solução das patologias sociais inerentes à sociedade moderna.

Neste sentido, tem-se como objetivo geral analisar como a consciência política dos cidadãos, dentro do modelo democrático delineado por Habermas, pode ser utilizada para prevenir a corrupção, uma vez que legitima as normas jurídicas pelo entrelaçamento da soberania popular e direitos humanos, para a formação de uma autonomia política, permitindo a coexistência e efetividade de direitos públicos e privados.

A abordagem faz uso do método indutivo, com base em algumas das obras de Jürgen Habermas e em artigos científicos sobre o tema proposto, de modo a construir um embasamento teórico em torno do objeto de estudo.

Desta forma, analisou-se na seção 2 o modelo de democracia deliberativa de Habermas e seus atributos na perspectiva de uma integração social com interesse comunicativo e instrumental coexistindo de forma simétrica, permitindo um Estado Democrático de Direito e uma comunidade solidária.

Na seção 3, buscou-se a compreensão da ação comunicativa formulada por Habermas distinguindo mundo da vida e mundo do sistema na construção da sociedade moderna e o surgimento das patologias sociais;

concomitantemente, apresentou-se as diferentes formas de racionalidade por ele compreendidas e a situação ideal de fala do sujeito para um agir comunicativo.

Por fim, do exposto nas seções 2 e 3 chega-se às considerações finais.

2. O AGIR COMUNICATIVO NO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO: UMA ABORDAGEM DA PARTICIPAÇÃO POPULAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA

A democracia, via de regra, permite a ascensão do povo ao poder e a renovação constante dos dirigentes máximos do poder estatal, possibilitando o debate a respeito daqueles que pretendem o povo representar, oportunizando aos cidadãos escolher aquele que mais se enquadra para a função, para cumprir e fazer cumprir as necessidades da população, agindo de forma simétrica aos anseios sociais.

Percebe-se que a falta de senso democrático dos cidadãos facilita a propagação da corrupção, uma vez que se furtam ao debate, não analisam as consequências nem fiscalizam se os discursos eleitoreiros estão se transformando em ações concretas, tornando o ambiente propício para a supremacia do interesse dos detentores do poder.

A sociedade é por si mesma política, pela forma que se organiza e produz efeitos, baseada na vontade coletiva de sujeitos privados, fazendo com que "democracia seja sinônimo de auto-organização política da sociedade". Com isso, em sua construção filosófica, Habermas utiliza o termo política como um processo que envolve negociações e formas argumentativas (HABERMAS, 1997, p. 20).

A concepção de democracia deliberativa foi elaborada com a utilização de pontos positivos encontrados nos modelos normativos de democracia liberal e republicana que, embora apresentem uma visão de cidadãos livres e iguais, possuem diferenças relevantes e determinantes no modo de agir administrativo. Com isso, Habermas busca ser "neutro em relação a projetos de vida concorrentes", edifica um conceito de sociedade não centrada no Estado (HABERMAS, 1997, p. 10).

Em uma análise liberal, o Estado é interpretado como ente protetor da sociedade econômica, sendo a realização do processo democrático exclusivamente construído a troco de compromissos de interesse; já na interpretação republicana, o Estado é interpretado através da comunidade ética institucionalizada, tendo a formação democrática pautada no auto-entendimento ético-político, respaldada em um consenso entre os sujeitos privados (HABERMAS, 1997, p. 19).

A política concebida pelo modelo republicano é o meio pelo qual os indivíduos observam a dependência uns dos outros, sendo imprescindível sua associação para a materialização da cidadania, tendo a função de "construir a sociedade como uma comunidade política e manter viva, em cada eleição, a recordação desse ato fundador"; enquanto no liberalismo a política é concebida como forma de reagrupar os interesses individuais em detrimento do interesse público, com a função única de legitimação do exercício do poder político (HABERMAS, 1997, p. 22-23).

As concepções democráticas ainda se diferenciam no que consiste direito e cidadão. Na concepção liberal, o indivíduo adquire o status de cidadão "pelos direitos subjetivos que eles têm diante do Estado e dos demais

cidadãos", e em seu "papel de integrantes da vida política, em que medida o poder do Estado se exerce no interesse deles próprios como pessoas privadas". Já no modelo republicano, o conceito de cidadão se caracteriza pelas liberdades positivas que garantem a participação em uma prática comum, tornando-os "autores políticos responsáveis por uma comunidade de pessoas livres e iguais" (HABERMAS, 1995, p. 40-41).

No modelo liberal, o direito, no sentido de ordem jurídica, permite a decisão de quais direitos subjetivos cabem aos indivíduos na análise particular de cada caso; de outro modo, na concepção republicana, o direito é de uma ordem jurídica objetiva, que possibilita e garante "a integridade de uma convivência com igualdade de direitos e autonomia, fundada no respeito mútuo" (HABERMAS, 1995, p. 41).

A distinção dos papéis do direito e do cidadão exprime, em relação ao processo político, distinção ainda mais contundente quando introduzidos ao processo político de cada modelo democrático.

No modelo liberal de democracia, a política se caracteriza pela luta de posições de poder, através de uma disputa entre partidos políticos e por um governo que tem a incumbência de distribuir competências do poder administrativo. Habermas (1995) associa esse modelo de política à ação estratégica, pois apresenta escolhas voltadas ao êxito dos participantes, tendo como finalidade uma cooperação ao invés de coordenação. As pessoas devem levar em consideração apenas seus interesses particulares, que são formalmente incorporados no voto, em um contrato ou mesmo de forma informal. O autor alemão ressalta que:

> Essa *compreensão da política, centrada no Estado,* pode prescindir da ideia aparentemente pouco realista de uma cidadania eficaz em termos de coletividade. Ela não se orienta pelo *input* de uma avaliação bem-sucedida das realizações da atividade do Estado. A argumentação liberal caminha numa direção oposta à do potencial estorvador de um poder do Estado que coloca obstáculos ao intercâmbio social espontâneo das pessoas privadas. O nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir (HABERMAS, 1997, p. 20-21, grifos do autor).

De forma diversa, na concepção republicana a formação da vontade política se estrutura empregando uma comunicação pública orientada para o entendimento, com a aplicabilidade do diálogo. A política é o resultado de um processo racional de argumentação, que conduz a formulação de um acordo de forma boa e justa, centrado na ideia de coletividade com ênfase na autonomia pública e na soberania do povo, tendo como desvantagem a dependência nas "virtudes dos cidadãos orientados para o bem comum". Entretanto, "a política não se constitui apenas de questões relativas à autocompreensão ética dos grupos sociais", sendo certo que essa base ideológica erra no "*estreitamente ético dos discursos políticos*" (HABERMAS, 1995, p. 44, grifos do autor).

Habermas, embasado na ação comunicativa, apresenta um novo modelo democrático como uma alternativa ao sistema político, fortalecendo a importância dos indivíduos se reconhecerem reciprocamente na construção de um Estado Democrático de Direito, a partir da integração de elementos do modelo liberal e republicano, formando "um conceito de procedimento ideal de deliberação e tomada de decisões"

(HABERMAS, 1995, p. 46) que consiste numa "rede de discursos e de negociações", possibilitando a resolução dos problemas ocasionados "de uma fracassada integração funcional, moral e ética da sociedade" (HABERMAS, 1997, p. 47), tendo o direito como força legitimadora decorrente do entendimento mútuo da população, o qual denomina de democracia deliberativa.

O processo de formação democrática da opinião e da vontade comum, característica da política deliberativa, consistiria em eleições gerais e em decisões parlamentares.

Utilizando-se das regras do discurso, a democracia deliberativa não se encontra centrada no Estado e nem contra ele, mas em situação de equilíbrio, mostrando-se capaz de promover uma integração social entre os diferentes discursos, guiando a participação racional popular, passando a exercer a cidadania desvinculada do dinheiro e poder, visando o bem comum (HABERMAS, 1995). Habermas complementa o entendimento ao afirmar que:

> A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia do Estado como da economia (HABERMAS, 1997, p. 24).

A opinião pública se transforma em poder comunicativo que, embora não domine o uso do poder administrativo, pode direcioná-lo, colocando as ações democráticas no centro da teoria política, a partir das ações de instituições e do exercício da cidadania pelo indivíduo numa seara de espaço público e da sociedade civil, tendo a razão deliberada, por este último, papel legitimador do modelo democrático.

Assim, o modelo deliberativo de democracia entrelaçaria, no campo das deliberações, a política dialógica e a instrumental, "quando as correspondentes formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas" (HABERMAS, 1995, p.45).

Habermas enfatiza a legitimidade da esfera pública como meio de formação individual de sensibilidade política, gerando uma participação efetiva da sociedade, assim:

> 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 sem temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática cotidiana. (HABERMAS, 1997, p. 92, grifos do autor)

De acordo com a democracia deliberativa, os "sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis, erigindo, destarte, um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente", que proporciona a construção de uma nova moralidade que apresenta como

resultado a aquisição de uma nova consciência democrática (HABERMAS, 1997, p. 159, grifos do autor), sendo capaz de envolver as pessoas nas decisões que interessem a sociedade, esclarecendo que:

> Conforme essa concepção a razão prática se afastaria dos direitos universais do homem (liberalismo) ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade (comunitarismo) para se situar naquelas normas de discurso e de formas de argumentação que retiram seu conteúdo normativo do fundamento de validade da ação orientada para o entendimento, e, em última instância, portanto, da própria estrutura da comunicação linguística (HABERMAS, 1995, p.46).

Contudo, pode-se afirmar que a teoria hebermasiana interliga moral, direito e política, sem a subordinação de uma esfera na outra, constituindo-se sinteticamente entre direitos humanos e soberania popular, entre autonomia privada e pública.

Para a realização de uma democracia, conforme idealizada por Habermas, necessário se faz que a sociedade esteja sempre em evolução, com uma preocupação constante no desenvolvimento da consciência política dos cidadãos, de modo a garantir uma discussão pública sobre temas relevantes aos interesses da sociedade civil, deixando de buscar apenas o interesse individual em sobreposição ao interesse comum.

Assim, através dos elementos e mecanismos da democracia deliberativa, a sociedade deve ser capaz de posicionar-se contra o dinheiro e o poder administrativo numa integração social solidária e igualitária, garantindo um Estado eficiente e não como legitimador do aumento das desigualdades sociais.

3. INTERAÇÃO SUJEITO-SUJEITO: O AGIR COMUNICATIVO COMO PRESSUPOSTO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

A vida humana é pautada por predileções individuais da pessoa, guiada, fundamentalmente, por regras não necessariamente jurídicas que lhe permitem uma percepção de certo ou errado, criando um hábito[3] capaz de indicar um caminho a ser seguido pelo indivíduo, as quais são construídas através da interação intersubjetiva entre os sujeitos, e de acordo com o contexto da cultura, tradição da sociedade em que inserido (FERREIRA; RIBEIRO, 2014).

A percepção de linguagem está enraizada em um conjunto de ações e pelo consenso preliminar de uma vida intersubjetivamente compartilhada, regulada por instituições e costumes. Assim, a forma de vida regula o emprego dos vocábulos e das proposições numa rede de possíveis colocações de fins e de possíveis ações (MARTINS, 2011, p. 93), sendo necessário estar incluído em uma forma de vida para o domínio da técnica da linguagem.

[3] O modelo de jogo de linguagem, as interações linguisticamente mediadas, são vinculados à noção de hábito. Em um contexto de ação, o que une os sujeitos falantes e agentes, é um *acordo* sobre regras devido ao *hábito*. A estrutura de um jogo de linguagem estabelece como se pode empregar orações em manifestações superficiais de consenso. Em uma práxis cotidiana comunicativa sobressaem traços interativos de jogos de linguagem regulados pela gramática. Manifestações suscetíveis de consenso podem se formar apenas pelo conjunto de regras que são, elas próprias, a gramática de um jogo de linguagem, por meio da qual se explora a dimensão de um saber referente a um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente, que é portador das múltiplas funções da linguagem. (MARTINS, 2010, p.95)

Wittgenstein (1979, *apud* MAIA, 2006), ao perceber que as palavras podem ser utilizadas de diferentes formas de acordo com a situação vivenciada, partindo da premissa que a linguagem reflete a forma e a reprodução da vida sendo essencial para a prática interativa[4] em sociedade, concebeu o conceito de "jogo de linguagem", tendo em vista que o jogo é formado por regras e todos os jogadores necessitam de uma ideia geral do funcionamento do jogo para sua prática:

> Considere, por exemplo, os processos que chamamos de "jogos". Quero dizer, jogos de tabuleiro, de carta, com bola, de combate, e assim por diante. O que todos eles têm em comum? – Não diga: "Tem que haver para eles algo em comum, senão eles não se chamariam 'jogos'" – mas veja se todas as coisas são comuns para eles. – Pois se você os examina, não vai ver, na realidade, algo que todos têm em comum, mas semelhanças, parentescos, e, na realidade, toda uma série dessas coisas. (WITTGENSTEIN, 2017, p. 55)

Entender a ideia do jogo de linguagem proposto é compreender que a linguagem possui regras estabelecidas assim como um jogo, porém, as regras aqui instituídas são regras gramaticais que devem ser previamente conhecidas pelos sujeitos integrantes de uma comunidade linguística.

Com a concepção de jogos da linguagem, deve-se tomar como objeto de análise a combinação de linguagem e ação, ou seja, "o uso de expressões de uma língua em contextos concretos de acordo com certas convenções sociais, para se obter objetivos e propósitos determinados" (MARCONDES, 2000, p.111, *apud* FERREIRA; RIBEIRO, 2014, p. 73).

Partindo dessa concepção de jogos da linguagem, Habermas chegou ao epicentro da teoria do agir comunicativo, a qual evoca a razão comunicativa e intersubjetiva como meio de compreensão e solução para as anomalias sociais.

A reprodução de valores éticos e culturais que concretizam a realidade e proporcionam a organização social dos indivíduos, efetua-se por meio da interação intersubjetiva dos sujeitos, mediante o uso da linguagem em todas as suas formas. Assim, o homem deve ser percebido não como ser dominador, mas como ator social capaz de promover uma integração social através da linguagem compartilhada intersubjetivamente, ou seja, a linguagem transforma o modo em que o homem vê e se relaciona com seu semelhante, modificando de forma coordenada sua percepção de mundo.

Dessa maneira, a teoria da ação comunicativa gira em torno da capacidade comunicativa gerada pela interação humana, do sentido da vida e da realidade. Realidade que não obedece somente às coisas influídas na relação entre sujeito e objeto, mas envolve também a esfera social.

No dizer de Habermas (1997, p.418, *apud* ALBERTO; LOBATO; SOUZA, 2010):

> Chamo ação comunicativa àquela forma de interação social em que os planos de ação dos diversos atores ficam coordenados pelo intercâmbio de atos comunicativos, fazendo, para

[4] O primeiro Wittgenstein (Tratactus Logico Philosophucus) elabora a teoria pictórica do significado, esta "apresenta um modelo único, específico, que toda linguagem deve respeitar para ser dotada de sentido" (Struchinner, 2001, p. 16), isso é, a proposição deve ter como correspondência uma forma estrutura ontológica da realidade, o uso de um termo substitui este na realidade, esta primeira fase de Wittgenstein esta presa a um isomorfismo linguístico, só podemos falar sobre aquilo que é possível. (FERREIRA; RIBEIRO, 2014, p. 70)

> isso, uma utilização da linguagem (ou das correspondentes manifestações extraverbais) orientada ao entendimento. À medida em que a comunicação serve ao entendimento (e não só ao exercício das influências recíprocas) pode adotar para as interações o papel de um mecanismo de coordenação da ação e com isso fazer possível a ação comunicativa.

A comunicação se consolida entre os indivíduos por ações de fala que revelam o mundo objetivo, social e subjetivo. Mundos que, nessa sequência, indicam as coisas, as normas, instituições e as experiências pessoais provocando a racionalização, ao passo que a linguagem satisfaz a compreensão, a condução das ações e socialização dos sujeitos (HABERMAS 2016b).

Habermas destaca que no momento que as pessoas interagem entre si, também se encontram realizando ações e não apenas se reportando a fatos ou situação de coisas, assim, ao incorporar a noção de atos da fala, estabelece a finalidade ideal da linguagem na sua teoria. Os atos de fala[5] são de três tipos: locucionário (dizer *algo*), ilocucionário (agir *enquanto* se diz algo) e perlocucionário (realizar algo *por meio de se* estar agindo enquanto se diz algo). (HABERMAS, 2016a, p.501)

Na interação comunicativa a diversidade de comportamento é voltada ao entendimento mútuo, sendo capaz de produzir novos resultados, comportando um fim ilocucionário, ou seja, o alcance da pretensão almejada com aquele discurso, proliferando e produzindo ações voltadas ao sucesso mútuo, e não um agir estratégico, que produz ações voltadas ao sucesso individual. Nas palavras de Habermas:

> Portanto, incluo no agir comunicativo as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins ilocucionários, *e tão somente fins como esses*. Ao contrário, considero agir estratégico mediado pela linguagem as interações em que ao menos um dos participantes pretende ocasionar com suas ações de fala efeitos perlocucionários em quem está diante dele (HABERMAS, 2016a, p. 510, grifos do autor).

Neste contexto, o agir para o entendimento proporciona uma construção de bons resultados, alicerçados numa razão ética e dialógica, pois, "para o agir comunicativo, só são constitutivas as ações de fala a que o falante vincula pretensões de validade criticáveis" (HABERMAS, 2016a, p. 529), fazendo com que os interlocutores se posicionem positiva ou negativamente diante de discursos diversos, almejando o consenso.

A lógica da comunicação acontece quando o indivíduo procura compreender um fato determinado. Nessas relações intersubjetivas, a universalização dos interesses corrobora para uma ética da discussão em busca da construção de um espaço crítico, aberto e diversificado, galgando para a emancipação do sujeito e ampliação da compreensão do mundo. Habermas (1997, p. 50), diz que:

[5] É sabido que Austin distingue atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Locucinário ele denomina o teor de sentenças enunciativas ("p") ou de sentenças enunciativas nominalizadas ("que p"). Com *atos locucionários* o falante expressa estados de coisas; diz algo. Com *atos ilocucinários* o falante executa uma ação ao dizer algo. O papel ilocucionário fixa o *modus* de uma sentença ("M p") empregada como asserção, promessa, comando, confissão etc. Sob condições-padrão, o *modus* é expresso com auxílio de um verbo performativo utilizado na primeira pessoa no presente, ainda que o sentido de ação possa ser reconhecido em especial no fato de o componente ilocucionário da ação de fala admitir o complemento "com estas palavras": "com estas palavras te prometo (te ordeno, reconheço diante de ti) que p". Com *atos perlocucionários,* enfim, o falante almeja desencadear um efeito no ouvinte. Ao executar uma ação de fala, realiza algo no mundo. Os três atos que Austin distingue podem ser caracterizados, portanto, com as seguintes palavras-chave: dizer *algo;* agir *enquanto* se diz algo; realizar algo *por meio de* se estar agindo enquanto se diz algo (HABERMAS, 2016a, p. 500-501).

> Na própria prática cotidiana, o entendimento entre sujeitos que agem comunicativamente se mede por pretensões de validade, as quais levam a uma tomada de posição em termos sim/não – perante o maciço pano de fundo de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. Elas estão abertas às críticas e mantêm atualizado, não somente o risco do dissenso, mas também a possibilidade de um resgate discursivo.

Em um agir comunicativo, as ações de fala voltadas ao entendimento podem ser refutadas sob os aspectos: da correção, que consiste na crítica da própria proposição enunciada tendo como referência um contexto normativo; da veracidade, na qual o ouvinte analisa se o emissor está sendo sincero ou está se utilizando de meios para o alcance de fins diversos aos por ele externados; e o da verdade, permitindo uma verificação através das condições sociais e culturais, de acordo com o contexto no qual o discurso se insere (HABERMAS, 2016b, p. 531).

A potencialidade taxiada na ação comunicativa é efetivada para expansão da lei e da moralidade e condução da aceleração dos métodos de individuação. Isso ocorre porque o centro obsoleto normativo se esvai abrindo novas direções para a visualização racional do mundo, e, dentro da concepção comunicativa, surgem dois importantes conceitos: o mundo da vida e sistemas sociais, elementos constituintes da sociedade moderna.

Os indivíduos, ao estabelecerem interações voltadas ao entendimento, estabelecem uma realidade dirigida às metas e ações cooperativas, tornando possível uma referência a algo objetivo, normativo e subjetivo, em um contexto social de vida, o qual Habermas denomina de “mundo da vida” (HABERMAS, 2016b, p. 230).

Compreende-se o mundo da vida a partir de atos dos sujeitos que possibilitam uma análise cognitiva e interpretativa das possibilidades linguisticamente existentes, devendo ser enxergado sob três dimensões - a subjetiva (personalidade), a normativa (sociedade) e a objetiva (entendimento comum) - as quais devem ser consideradas em conjunto, sendo ao mesmo tempo totalidade, multiplicidade, idealização e realização.

O mundo da vida é erguido valendo-se do senso comum, com um caráter não problemático, e seus limites não podem ser transcendidos, embora as situações se modifiquem, não podendo existir situações completamente novas ou desconhecidas (HABERMAS, 2016b, p. 239). Sendo, portanto, o produto de relações sociais construídas espontaneamente, baseada nas reais necessidades do indivíduo com seu próximo, familiares ou não. Com isso, é onde se encontra inserida a prática da sociedade, onde as normas de convivência social se formam.

No agir comunicativo, a linguagem adquiriu um *status* transcendental possibilitando a estruturação do mundo da vida através da construção do *médium* linguístico, que favorece o entendimento mútuo, desencadeando ações coordenadas e promovendo a socialização. E, utilizada como linguagem natural, serve para disseminar a tradição cultural, garantindo a continuidade desta (HABERMAS, 2016b, p. 230).

Desse modo, o agir comunicativo pode ser compreendido sob três aspectos: o do entendimento, da coordenação da ação e o da socialização. Sob o aspecto do entendimento, é utilizado como mecanismo de transmissão e renovação de um saber cultural; já o aspecto da coordenação da ação possibilita a integração social das pessoas e o desenvolvimento da solidariedade; o último proporciona a formação da identidade pessoal do indivíduo, no plano da personalidade.

Com isso, as estruturas do mundo da vida se reproduzem com a continuidade do conhecimento válido e "que estabilizam a solidariedade grupal, formando atores imputáveis". As novas situações cotidianas que surgem no processo de reprodução do mundo da vida se conectam na dimensão semântica de conteúdos ou significados (da tradução cultural), na dimensão do espaço social (de grupos socialmente integrados) e no tempo histórico (de gerações sucessivas) que correspondem, concomitantemente, à cultura, à sociedade e à pessoa. (HABERMAS, 2016b, p. 252).

Habermas (2016b, p. 252-253) compreende que a cultura cuida das formas simbólicas, na qual os participantes buscam entender sobre algo no mundo; a sociedade personifica-se entre as normas do direito e moral, assegurando a solidariedade; e a personalidade torna "o sujeito capaz de falar e agir, colocando-o em situação de participar em processos de entendimento, permitindo-lhe afirmar sua identidade". O mundo da vida deve ser percebido e compreendido considerando as três dimensões, pois elas penetram mutuamente interferindo na formulação de um quadro de referência cognitivo e hermenêutico.

Com a evolução social e as modificações de percepção de mundo por cada indivíduo, na medida em que adquirem novos conhecimentos e passam a se orientar de maneira individualista, não mais visando um interesse comum, "as esferas de valores culturais se autonomizam, adquirem lógicas próprias e se institucionalizam em sistemas culturais de ação" (BAUMGARTEN, 1998), surgindo, assim, o mundo do sistema.

O mundo do sistema tem reflexo na sociedade, no pensar científico e na ideia de controlar o mundo da vida, e fundamenta-se, principalmente, no ponto de vista de um paradigma predominante de uma época, ou seja, pela economia e política, com uma racionalidade voltada ao agir estratégico, importando a obtenção do êxito individual ou de um pequeno grupo (HABERMAS, 2016b, p.423).

Os sistemas sociais são formados pela aquisição de uma nova consciência moral e legal, voltada à obtenção do controle da natureza, com a institucionalização da economia capitalista e do Estado moderno, estabelecendo uma distinção dos sistemas de ação econômico e administrativo, os quais agem em torno do dinheiro e do poder, desligando-se totalmente das estruturas de racionalidade institucionalizadas nos sistemas de ação cultural. (BAUMGARTEN, 1998).

Com a concepção de agir comunicativo, é possível modificar o comportamento e avalizar a democracia das decisões de uma coletividade por intercessão das argumentações, qual seja, a razão comunicativa. Acredita, ainda, que o mecanismo da linguagem diária pressupõe desde a primeira palavra à busca por ser compreendido, exigindo-se, logo, a busca de racionalidade (HABERMAS, 2016b).

Razão e racionalidade são definidas de formas distintas, sendo a racionalidade o acondicionamento do sujeito que emite a fala absorvendo o conhecimento ora frágil, limitando-se à forma como o indivíduo se orienta isoladamente. Enquanto a razão é argumentativa, perfilhando um caminho coerente, normativo que, direta ou indiretamente, busca uma verdade passível de comprovação ou não. (HABERMAS, 2016a)

A racionalidade se divide em dois caminhos distintos: a cognitivo-instrumental e a comunicativa. A primeira orienta os atos dos indivíduos na propriedade da natureza, ao passo que a segunda se refere aos atos dos indivíduos como interação com outros indivíduos na busca que ora se chama compreensão consensual, consistindo em um entendimento obtido com o diálogo, que leva ao alcance de um acordo fundamentado.

A análise da modernidade empreendida por Habermas reconhece que tanto a razão comunicativa como a razão instrumental representam para o gênero humano um avanço indiscutível, mas como a razão instrumental vem encontrando cada vez mais espaço para sua expansão e menos resistência no meio social, em setores inclusive que não podem ser guiados pela busca do dinheiro e do poder, surgem as crises e também denominadas patologias sociais "que acabam por ameaçar o sistema como um todo e podem entravar o desenvolvimento não só da lógica instrumental como da lógica da razão comunicativa ao nível social" (BAUMGARTEN, 1998).

O surgimento das patologias sociais, campo em que se pode introduzir a corrupção, está associado à crescente busca de imperativos materiais, voltados à satisfação de um interesse individual ou de parte de um grupo em prejuízo dos demais indivíduos, fazendo com que a sociedade se torne um espaço de interações econômicas, contratuais e jurídicas, deixando a realização de relações morais básicas em segundo plano, assim como o bem comum e a simetria das relações sociais.

A racionalidade comunicativa se encontra presente no mundo da vida e a racionalidade estratégica se estabelece no mundo do sistema, cabendo ao Direito ser um mediador linguístico para o entendimento simétrico das racionalidades, surgindo, neste ínterim, o "*medium"* do direito que tem um papel agregador da sociedade. Segundo a lição de Habermas (1997, p. 25):

> O "*medium"* do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado.

Neste campo, as normas do direito apresentam uma validade social, determinada pelo "grau que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito" (HABERMAS, 1997, p. 50), pois estabelece regras de liberdade e de coerção que são postas à disposição e para a escolha de seus destinatários.

Desta feita, é através do Direito, exercendo sua função integradora da sociedade, que se dá o surgimento do Estado Democrático de Direito, no qual os indivíduos orientariam "suas pretensões na integração de todos, em uma verdadeira construção da ordem social" (VENÂNCIO, 2016, p. 24).

Para a existência de um Estado Democrático de Direito não basta a existência de previsão legal de direitos e garantias fundamentais, mas faz-se necessária a possibilidade de efetivo exercício destes direitos e garantias, possibilitando a integração social dos cidadãos enquanto sujeitos de direito, porque:

> À luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade da aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei, etc. Resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito, estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos (HABERMAS, 1997, p. 162).

A compreensão do agir comunicativo na construção de uma sociedade integradora possibilita a conscientização dos indivíduos do seu papel social, trazendo à luz do discurso o papel de agente transformador da realidade posta, por ser ele integrante do processo de construção e gestão do meio onde vive.

A teoria do agir comunicativo e o mundo da vida colocados em ação direcionam para pontos relevantes no caminho de descentralizar as decisões importantes dos atos burocráticos do Estado, proporcionando a abertura da maior participação da sociedade civil, a isto Habermas chama de teoria do discurso. A teoria do discurso estaria associada ao anseio geral e à soberania popular, com os anseios particulares e liberdades pessoais individuais, colocando-os no mundo da vida. Assim, a teoria do discurso é assentada como forma de alcançar o padrão democrático, a partir das formas de comunicação racional viabilizando o conhecimento da população (PALERMO, 2013).

A interação intersubjetiva dos sujeitos através do diálogo possibilita um atuar estatal mais alinhado aos anseios sociais, que teria que ouvir os atores envolvidos. Habermas, ao manusear a teoria do agir comunicativo, estabelece as bases que sustentam o princípio do discurso, que assume a figura de um princípio da democracia, passando a "conferir força legitimadora ao processo de normatização", que "resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica" (HABERMAS, 1997, p. 165).

"O princípio da democracia refere-se ao nível de institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito" (HABERMAS, 1997, p. 146), sendo o núcleo de um sistema de direitos, no qual a legitimidade da norma é extraída do consenso entre os indivíduos e a sua vinculação a ela.

Corporificar a teoria do agir comunicativo com o conceito de sistema para a compreensão da racionalidade discutida por Habermas, oportuniza a formulação de uma nova ética e novos acordos em todos os níveis sociais e possibilita incluir os indivíduos como atores sociais voltados a um agir consciente na fiscalização das ações do ente público e nos debates de interesses coletivos, impulsionando uma mudança de paradigma social com o auxílio do princípio democrático.

Com isso, alinhando o princípio da democracia e o princípio do discurso, torna-se necessário, além de produzir um sistema de direitos, estabelecer uma linguagem que propicie à comunidade entender-se como participante de uma associação voluntária, igual e livre.

Nesse diapasão, o modelo de democracia construído por Habermas atendendo a ação comunicativa possibilita a formação de uma rede de interações sociais que pode ser constantemente revisada pelo reconhecimento intersubjetivo das exigências de validade, tornando-se possível, dessa forma, o consenso entre os participantes do diálogo, fazendo com que a população que entende como exercício da democracia apenas o ato de votar, torne-se uma sociedade democraticamente ativa, imbuída de valores éticos e morais, coordenada conscientemente não somente ao êxito individual, mas preocupada com o bem comum, prevenindo a prática de atos corruptos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do discurso proporciona a integração social dos indivíduos através do diálogo entre seus pares, atribuindo à linguagem um papel fundamental, não somente na relação Administração e administrado, mas em todos os campos da vida em sociedade, pois, a partir da interação do indivíduo com seu semelhante, haverá disseminação do conhecimento, possibilitando o debate crítico e autêntico para o alcance do senso comum, necessário para prevenir e resolver conflitos, visando o bem da coletividade.

No mundo da vida é onde se encontra a percepção individual de cada pessoa e se constroem valores éticos e morais, possibilitando a compreensão de certo e errado, de justo e injusto. É no mundo da vida que também se aprende a ver o outro como igual e a sociedade se forma.

Ocorre que o egoísmo individual fez com que o mundo da vida não se sustentasse em sua formação natural, sendo necessária a instituição de sistemas voltados à manutenção de uma igualdade e pacificação entre os indivíduos.

Mas o sistema não consegue sozinho manter a simetria social, pois esta necessita concomitantemente da base ética, moral e cultural que o indivíduo acumula em seu mundo da vida, que se modifica com o passar do tempo, mas não pode ser esquecida.

Assim, o problema da corrupção no Brasil pode ser facilmente visualizado na forma que Habermas descreve o surgimento das patologias sociais na sociedade moderna, vez que há um conflito de interesse entre o desejo individual do agente Estatal e o interesse público, ou seja, há uma sobreposição da razão instrumental à razão comunicativa.

Essa sobreposição de interesses pode ser encontrada em todos os Poderes que constituem o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), em atos muitas vezes revestidos de legalidade, ou pior, atos mascarados de legalidade.

Tal afirmativa pode ser facilmente exemplificada com o aumento dos salários de alguns Poderes, já consideravelmente altos em relação aos salários do restante da população, assim como a instituição de auxílios que agregam ao salário como forma de “suprir” o déficit inflacionário, enquanto os representantes do governo estão nos noticiários anunciando cortes de verbas na educação, saúde, pesquisa e tantos outros campos, e a maior parte da população sobrevive com menos de um salário mínimo.

Em outros casos, os agentes públicos mascaram atos ilícitos com outros aparentemente lícitos, ora sob o argumento de agir discricionariamente, ora direcionando licitação, dentre tantas outras formas de fazer prevalecer os interesses individuais.

De forma equiparada age o Parlamento, que se utiliza de barganhas financeiras ou trocas de cargos políticos para aprovar propostas de lei ou com uma finalidade meramente eleitoreira, fazendo-se os parlamentares de esquecidos de sua função representativa da soberania popular, atuando na busca incessante de êxitos individuais.

Observa-se que agir o Agente Público assimetricamente à necessidade do povo e à condição de Estado guardião do bem estar social, está intimamente relacionado à falta de padrões éticos e morais de uma sociedade, o que reflete diretamente na gestão estatal, facilitando, assim, as práticas reiteradas de ilícitos penais.

O Agente Público, ao assumir o cargo ou função, seja pelo voto popular ou por concurso, deve ter como percepção primeira de seu ofício a necessidade de agir de forma coordenada à manutenção da igualdade social e ao bom funcionamento do Estado, pois a Administração Pública fora constituída para gerir os recursos da sociedade e preservar a prevalência do interesse público sobre o privado.

Atenta-se, ainda, que a cada pleito eleitoral a sociedade se utiliza do esquecimento para proporcionar a continuidade dos mesmos Agentes Políticos no exercício do poder estatal, e espera que o Direito, através do Poder Judiciário, resolva todas as questões sociais indesejadas.

Atribuir tamanha responsabilidade ao Poder Judiciário não é o mais acertado, pois sua atuação está estabelecida na norma, não podendo ter uma atuação desarrazoada ao que a lei lhe permite, para não se tornar arbitrário e corrupto em suas ações, objetivando o alcance dos anseios sociais.

O indivíduo deve assumir a sua função social de "agente transformador" do meio em que vive, ao invés de buscar se eximir de sua parcela de responsabilidade da realidade que vivencia.

Combater a corrupção é um processo de construção em longo prazo, pois necessita de uma modificação de consciência democrática que através do diálogo ético, de uma educação integradora e de uma participação social efetiva, acarretará uma modificação do indivíduo, que perceberá que a Administração deve atuar para o bem comum e não de uma pequena parte da sociedade.

Conclui-se que, diante da atual realidade social, a democracia deliberativa, conforme construída por Habermas, permite um repensar social com a propagação de valores éticos e morais, prevenindo, assim, atos corruptos, pois não se pode esquecer que quem constitui o Estado e a Administração Pública são os cidadãos que, imbuídos de responsabilidade ética, moral e social, podem modificar a realidade em que vivem.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Alvaro Adolfo Duarte; LOBATO, Antonino Cezar Leite; SOUZA, Raimundo Barbosa de. O movimento humano como coerção e emancipação: um olhar desde a teoria da ação comunicativa de Habermas. *In FIEP BULLETIN* – v. 80 - Special Edition - article I, ISSN: 2412-2688, 2010. Disponível em: http://www.fiepbulletin.net/index.php/fiepbulletin/article/view/959/. Acesso em: 15 set. 2019.

BAUMGARTEN, Maíra. Habermas e a emancipação: rumo à democracia discursiva? In.: *Teoria Social* – Desafios de uma nova era. Cadernos de Sociologia/Programa Pós-Graduação em Sociologia, v. 10, Porto Alegre: UFRGS, 1998. 178 p. p. 137-178. Disponível em: http://www.ufrgs.br/cedcis/habermas.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

FERREIRA, Mateus de Moura; RIBEIRO, Mayra Lazzarini Silveira. A racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas como caminho teórico para a implementação da pedagogia da emancipação no ensino jurídico. *In:*

ATHENAS revista de direito, política e filosofia da FDCL. vol. I, ano. III, ISSN 2316-1833 p. 65-92, jan.-jul. 2014. Disponível em: http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano3_vol1_2014_artigo6.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Disponível em: https://farofafilosofica.com/2017/04/23/habermas/. Acesso em: 11 set. 2019.

HABERMAS, Jürgen***. Direito e Democracia:*** entre facticidade e validade. V. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Disponível em: https://farofafilosofica.com/2017/04/23/habermas/. Acesso em: 11 set. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo 1: Racionalidade da ação e racionalização social.* Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016a.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016b.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 set. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2012.

MAIA, Alexandre Campaneli Aguiar. *KELSEN E A FILOSOFIA DA LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN*: Um estudo comparado do Tractatus Logico-Philosophicus e das Investigações Filosóficas sobre a Teoria Pura do Direito. Orientador: Marcelo Campos Galuppo. 2006. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MaiaAC_1.pdf. Acesso em: 02 set. 2019.

MARTINS, Cléia Aparecida. Sobre jogo de linguagem: Habermas e Wittgenstein. *In: Revista de Filosofía (Madrid***)**, v. 35, n. 2, ISSN: 0034-8244, p. 91 - 104, 14 abr. 2011. Disponível em: https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/view/RESF1010220091A/8839. Acesso em: 15 set. 2019.

PALERMO, Luis Claudio A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. *Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP.* n. 6, p. 01-17, dez 2013 Disponível em: https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/viewFile/806/n6Palermo.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

ROCHA, Alexandre Sergio da. *Corrupção:* conceitos e reflexões. Porto: Editorial Juruá, 2018.

STRUCHINNER. Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito.* Dissertação de Mestrado apresentada ao departamento de pós-graduação em Filosofia da PUC/RJ. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: https://www.academia.edu/1021231/Uma_an%C3%A1lise_da_textura_aberta_da_linguagem_e_sua_aplica%C3%A7%C3%A3o_ao_Direito. Acesso em: 15 set. 2019.

VENÂNCIO, Stephanie Rodrigues. *Gestão Participativa da Cidade*. Orientador: Émilien Vilas Boas Reis. 2016. 103 p. Dissertação (Mestrado) - Direito, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/228db7bf6c1eb8b134c9caa13a40aaf7.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas.* Tradução e Notas Comentadas João José R. L. Almeida. Obra em progresso: suas contribuições críticas são bem-vindas. [*S. l.*: *s. n.*]. [2017?]. 449 p. Disponível em: https://farofafilosofica.com/2016/12/07/investigacoes-filosoficas-de-wittgenstein-livro-para-download-em-pdf/. Acesso em: 15 set. 2019.

A CORRUPÇÃO NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE SUAS RAÍZES, CASOS RECORRENTES E SEU ENFRENTAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SÉCULO XXI

Pedro Evandro de Vicente Rufato[1]
Vinícius de Oliveira e Silva[2]

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é estudar as nuances da corrupção nos municípios brasileiros, desde suas raízes, seu desenvolvimento histórico, suas práticas mais recorrentes e seu enfrentamento nos dias atuais. Nesse contexto, será analisado como o patrimonialismo, o coronelismo e o clientelismo se tornaram, ao longo do tempo, práticas arraigadas nos entes públicos municipais, dando origem à pessoalidade na condução da coisa pública, numa inaceitável confusão entre o público e o privado. Daí surgiram os mais recorrentes atos de corrupção e de improbidade administrativa, dentre os quais serão destacados o nepotismo, a admissão de servidores sem concurso público, o uso de bem público em benefício particular, a fraude em licitações e outros, todos ofensivos ao princípio constitucional da impessoalidade. Por fim, serão expostos os principais mecanismos de enfrentamento da corrupção nos municípios, com especial destaque à atuação do Ministério Público.

Palavras-chave: Aspectos históricos e sociológicos. Casos recorrentes. Corrupção. Enfrentamento. Ministério Público. Municípios.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui, atualmente, 5.569 municípios[3], excluindo-se deste número Brasília que, por ser a Capital Federal, tem governo distrital. Há, portanto, no Poder Executivo Municipal, 5.569 prefeitos, seus respectivos vices, além dos vários secretários municipais, servidores comissionados, efetivos e, ainda, pessoas contratadas temporariamente.

Conforme previsto na Constituição Federal de 1988, nos termos da Emenda Constitucional nº 58/09, os pequenos municípios, com até 15.000 (quinze mil) habitantes, podem ter até 09 vereadores, enquanto os municípios com mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes, o que ocorre somente na cidade de São Paulo, podem ter até 55 vereadores. De acordo com dados do Tribunal Superior Eleitoral, referentes às eleições de 2016, existem 57.931[4] vagas para cargos de vereadores nos municípios brasileiros.

[1]Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público (2015/2019). Especialista em Ciências Criminais pela PUC de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). E-mail: pedrorufato@mpto.mp.br

[2]Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Especialista em Direito Constitucional. Graduado em Direito pela PUC de Campinas-SP. Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal e do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Tocantins (2016/2019). Membro Integrante do Fórum Nacional de Combate à Corrupção do Conselho Nacional do Ministério Público. E-mail: viniciussilva@mpto.mp.br

[3]www.cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama

[4]www.valor.com.br/politica/4673385/tse-495403-candidaturas-prefeito-e-vereador-sao-registradas

Evidentemente, o Poder Legislativo Municipal, em todo o país, também tem seus servidores. De outro lado, recente pesquisa apontou que 31% dos servidores públicos municipais são filiados a partidos políticos[5].

Os municípios, conforme será pormenorizadamente analisado em passagem própria no decorrer desse trabalho, foram elevados pela Carta Magna de 1988 à condição de *ente da Federação Brasileira,* ao lado dos Estados-Membros e da União. Possuem competência para instituir e cobrar tributos, além de, por força da previsão de repartição de receitas tributárias, igualmente prevista na Constituição, receberem relevante parte de impostos cobrados pelos Estados e pela União Federal, sem falar em transferências voluntárias por via de convênios e compensações financeiras pela exploração de recursos como petróleo e gás natural, ou recursos hídricos para fins de energia elétrica (*royalties*)[6]. Podem, ainda, os Municípios utilizar de empréstimos internos e externos, auxílios e subvenções da União e dos Estados.

Alterações normativas levadas a efeito ao longo das últimas décadas ampliaram a destinação aos municípios do *quantum* das receitas arrecadadas no Brasil, enquanto os Estados-Membros tiveram redução. Esse fortalecimento orçamentário dos municípios impõe necessariamente que as verbas públicas sejam mais bem utilizadas em prol do interesse público.

Até porque, é atribuição dos municípios a prestação de relevantíssima parcela dos serviços públicos relacionados à educação (nada menos que a educação infantil e o ensino fundamental[7]), saúde[8] (sendo que a diretriz do SUS é de ênfase na descentralização dos serviços para os municípios[9]), assistência social[10], urbanismo, moradia, trânsito, água e esgoto, iluminação pública, transporte coletivo, limpeza urbana, meio ambiente, cultura, somente para citar alguns, serviços esses que afetam diretamente as necessidades básicas da vida dos cidadãos.

Diante da importância dos serviços públicos municipais para a população, da ampla fração de recursos públicos geridos pelas prefeituras, via seus inúmeros gestores, e da relevância da dinâmica da política local – que não raras vezes se projeta para os Poderes dos Estados (Assembleias e Governos Estaduais) e da União (Congresso e Presidência da República) –, reputa-se oportuno destacar as bases históricas e sociológicas da vida nos municípios –, o que pode explicar, ao menos em parte, o fenômeno da corrupção nos entes municipais –, para depois discorrer sobre as ilicitudes mais recorrentes verificadas nesses entes subnacionais (quase sempre relacionadas à ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade), e, finalmente, tecer considerações sobre o seu enfrentamento pelo Ministério Público.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS E SOCIOLÓGICOS DO DESENVOLVIMENTO DOS MUNICÍPIOS NO BRASIL

O aparecimento das cidades na história da civilização remonta a milhares de anos em um ponto do passado do homem de difícil datação. Mumford demostra que o desenvolvimento do ser humano se confunde com o

[5]https://oglobo.globo.com/brasil/pesquisa-revela-que-31-dos-servidores-municipais-sao-filiados-algum-partido-23478228
[6]Art. 20, §1º, da Constituição Federal e Lei 7.990/89.
[7]Art. 30, inciso VI, da Constituição Federal.
[8]Art. 30, inciso VII, da Constituição Federal.
[9]Art. 7º, inciso IX, alínea *a,* da Lei Federal nº 8.080/90.
[10]Art. 204, inciso I, da Constituição Federal.

surgimento das cidades e que essas já existiam antes mesmo da concepção do próprio registro dos tempos[11] (1998, pp. 67/68).

O ser humano, tal como outros animais gregários, necessita – para sua segurança e felicidade – viver em coletividade, menores ou maiores, e, assim, a cidade é fenômeno decorrente da própria natureza do *homo sapiens*. Aristóteles compreendia que "os homens empreendem uma viagem juntos com intuito de obter alguma vantagem e de obter alguma coisa de que necessitam para viver; e é com vistas a vantagens para seus membros que a comunidade política parece ter-se organizado originalmente e ter-se perpetuado" (1985, p. 164).

Aldeias, fortalezas, as cidades mesopotâmias e egípcias, as *pólis ou Cidades-Estado* Gregas, pontilharam a evolução dos núcleos urbanos. Durante muito tempo, inúmeras das cidades eram verdadeiros *países soberanos.*

Foi, porém, durante a República Romana, a qual gerou a megalópole Roma, que surgiu o termo *municipium*. Meirelles leciona que "o município, como unidade político-administrativa, surgiu com a República Romana, interessada em manter a dominação pacífica das cidades conquistadas" (2017, p. 33). Meirelles ensina ainda:

> Os povos vencidos ficavam sujeitos às imposições do Senado mas em troca de sua sujeição e fiel obediência às leis romanas, a República lhes concedia certas prerrogativas, que variavam de simples direitos privados (*jus connubi, jus commerci* etc.) até o privilégio político de eleger seus governantes e dirigir a própria cidade (*jus suffragii*). As comunidades que auferiam essas vantagens eram consideradas Municípios (*municipium*) e se repartiam em duas categorias (*municipia caeritis* e *municipia foederata*), conforme a maior ou menor autonomia de que desfrutava (2017, p. 33).

O regime dos municípios foi difundido de Roma para Grécia, Gália e Península Ibérica. De Portugal o município foi reproduzido no Brasil-Colônia, sendo que a Constituição do Império de 1824 já reconhecia as Câmaras Municipais nas cidades e vilas. Castro relembra que a própria Constituição do Império foi ratificada por diversas Câmaras Municipais, fato histórico que demonstra a relevância do poder local mesmo durante o Império, num estado unitário (2006, p. 13).

No Brasil, em sua formação, o município teve características predominantemente rurais, amoldadas ao perfil do país especialmente nos séculos iniciais de sua história e que ainda existe de modo consistente no interior.

[11]"Este estudo das origens da cidade haveria de se mostrar mais claro, não fosse o fato de que a maior parte das alterações críticas teve lugar antes de ser aberto o registro histórico. Pela época em que surge claramente à vista, a cidade já é antiga: as novas instituições da civilização já a configuraram de maneira firme. Contudo, há outras dificuldades não menos formidáveis, porque nenhuma cidade antiga foi, até hoje, completamente desenterrada, e algumas das mais antigas, que poderiam revelar muita coisa, continuam existindo como lugares de morada, obstinadamente imunes à pá do escavador. Por isso, as lacunas existentes nas provas são atordoantes: cinco mil anos de história urbana e talvez outro tanto de história proto-urbana se acham espalhados por algumas dezenas de sítios apenas parcialmente explorados. Os grandes marcos urbanos, Ur, Nipur, Uruk, Tebas, Heliópolis, Assur, Nínive e Babilônia, cobrem um período de três mil anos, cuja enorme vacuidade não podemos esperar preencher com um punhado de monumentos e umas poucas centenas de páginas de documentos escritos." (…) "Não simplesmente aldeias, porém cidades rurais muito maiores, contemporâneas do que veio à luz Jericó, podem ainda estar enterradas, sem possibilidade de recuperação, nos lamacentos deltas do Nilo e do Eufrates" (Mumford, 1998, pp. 67/68).

Como aponta Krell, "a base do município brasileiro, portanto, não é a cidade, como foi na Europa, mas a propriedade rural. Assim surgiu o sistema social das fazendas, com suas estruturas autoritárias e feudais que quase nada tinham em comum com a vida política e social dos municípios europeus" (2003, p. 32).

Carvalho discorre também sobre essa gênese dos municípios no Brasil:

> A conclusão que se pode tirar de semelhante evolução é que o município vem do campo para a cidade, da vida rural para a urbana. Esta oferece o tipo daquela, como veremos ao tratar da formação das cidades em Minas Gerais." O estudioso conclui que "O nosso município primitivo é, pois, o das grandes terras, onde a vida rural imprimia o tipo dominante, que veio, ao depois, manifestar-se nas aglomerações que se formaram sob o influxo de semelhante situação" (1937, pp. 17/18).

Mesmo depois da proclamação da República, em 1891, a vida e a dinâmica social nos municípios não foi propriamente democrática, como afirma Meirelles:

> Durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891 não houve autonomia municipal no Brasil. O hábito do centralismo, a opressão do coronelismo e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos seus Distritos de influência, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder (2017, p. 39).

Essa realidade é bem retratada na literatura regional do interior paulista por Silveira, citado por Vicente, que rememora conto em que um fazendeiro "arrebanha votantes para o dia seguinte, dia da eleição, colocando à disposição dos eleitores o paiol, o monjolo e as senzalas" e "em frente a morada, pastavam preguiçosamente vacas". Conclui Vicente: "Homens e animais, então, lhe pertencem" (2019, p. 94/95).
Essa projeção da propriedade privada e da família patriarcal para a condução da coisa pública tem raízes no modo de vida colonial, como esclarece Holanda:

> O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia desse organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a idéia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coeção entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista a antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família (1992, p. 50).

Na clássica obra publicada em 1949, intitulada *Coronelismo, Enxada e Voto*, Leal é taxativo ao apontar que "fenômeno de imediata observação para quem procure conhecer a vida política do interior do Brasil é o

malsinado *coronelismo.* Não é um fenômeno simples, pois envolve um complexo de características da política municipal" (2012, p. 43).

Já Faoro, que explicita as estreitas relações de poder entre os governadores e os chefes locais – o que aponta para um transbordo do âmbito municipal das práticas ilícitas locais – ensina que:

> O coronelismo, o *compadrazgo* latino-americano, a "clientela" na Itália e na Sicília participam da estrutura patrimonial. Peças de uma ampla máquina, a visão do partido e do sistema estatal se perde no aproveitamento privado da coisa pública, privatização originada em poderes delegados e confundida pela incapacidade de apropriar o abstrato governo instrumental (Hobbes) das leis. O patrimonialismo pulveriza-se, num localismo isolado, que o retraimento do estamento secular acentua, de modo a converter o agente público num cliente, dentro de uma extensa rede clientelista. O coronel utiliza seus poderes públicos para fins particulares, mistura, não raro, a organização estatal e seu erário com os bens próprios (2012, pp. 717/718).

O uso do termo *coronel,* do qual advém *coronelismo,* caracterizador desse modo de política arbitrário e personalizado na figura de um chefe municipal local, tem origem remota nos títulos da antiga Guarda Nacional.

Queiroz explica que no Brasil Império eram concedidos títulos de coronéis aos chefes locais, mas que, mesmo depois da proclamação da República e da extinção da Guarda Nacional, a designação perdurou na vida dos municípios. A expressão *coronel* passou a designar o líder do grupo político e familiar em torno do qual gravitavam os *apaniguados,* ou seja, "gente do Coronel Fulano de tal", os quais, por sua vez, tinham a proteção e as benesses que essa forma deturpada de política podia proporcionar (1976, pp. 163/164).

Por ilustrar com precisão a dinâmica social da política dos coronéis, o seguinte trecho da obra de Queiroz merece destaque:

> Apesar da passagem do Império à República, a estrutura econômico-política persistia, e com ela persistiam os "coronéis", apelação que datava já do Império. De onde vinha este título marcial? Havia se originado dos títulos da Guarda Nacional, criada pouco depois da Independência para defender a Constituição, para auxiliar na manutenção da ordem prevenindo as revoltas, para promover o policiamento regional e local. Todos os habitantes do país se integravam nos diversos escalões da Guarda Nacional; os chefes locais mais prestigiosos automaticamente ocupavam nela os postos mais elevados, eram "coronéis", ou tenente-coronéis; seguiam-se nos postos de majores, capitães, etc., outros chefes não tão importantes, tendo sob suas ordens todos aqueles que não tinham meios de ocupar melhores posições. A Guarda Nacional refletia, pois, no escalonamento de seus postos, a estrutura sócio-econômica das diversas regiões. Extinta a Guarda Nacional pouco depois da Proclamação da República, persistiu, no entanto, a denominação de "coronel", outorgada espontaneamente pela população àqueles que pareciam deter entre suas mãos grandes ou razoáveis parcelas do poder econômico e político. Um coronel importante constituía assim uma espécie de elemento sócio-econômico polarizador que servia de ponto de referência para se conhecer a distribuição dos indivíduos no espaço social, fossem estes seus pares ou seus inferiores. Era o elemento chave para se saber quais as

> linhas políticas divisórias entre os grupos e os subgrupos na estrutura tradicional brasileira. A pergunta: "Quem é você?" Recebia invariavelmente a resposta: "Sou gente do Coronel Fulano". Essa maneira de redarguir dava, imediatamente a quem ouvia, as coordenadas necessárias para conhecer o lugar sócio-econômico do interlocutor, além de sua posição política (1976, pp. 163/164).

Evidentemente, essa condução coronelista do poder municipal é irmã siamesa do patrimonialismo que, como salienta Faoro, "apropria as oportunidades econômicas de desfrute de bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado" (2012, p. 823), o que se revelará nos mais diversos tipos de corrupção, com destaque à pessoalidade na administração da coisa pública.

O clientelismo, da mesma forma, aparece como prática corrente nos municípios, notadamente nos núcleos mais urbanizados, sendo apontado por alguns como verdadeira fase sucessora do coronelismo. Carvalho, numa busca por categorizar os fenômenos, escreve:

> De algum modo, como o mandonismo, o clientelismo perpassa toda a história política do país. Sua trajetória, no entanto, é diferente da do primeiro. Na medida em que o clientelismo pode mudar de parceiros, ele pode aumentar e diminuir ao longo da história, em vez de percorrer uma trajetória sistematicamente decrescente como o mandonismo. Os autores que veem coronelismo no meio urbano e em fases recentes da história do país estão falando simplesmente de clientelismo. As relações clientelísticas, nesse caso, dispensam a presença do coronel, pois ela se dá entre o governo, ou políticos, e setores pobres da população. Deputados trocam votos por empregos e serviços públicos que conseguem graças à sua capacidade de influir sobre o Poder Executivo. Nesse sentido, é possível mesmo dizer que o clientelismo se ampliou com o fim do coronelismo e que ele aumenta com o decréscimo do mandonismo. À medida que os chefes políticos locais perdem a capacidade de controlar os votos da população, eles deixam de ser parceiros interessantes para o governo, que passa a tratar com os eleitores, transferindo para estes a relação clientelística (1997).

Ainda que possam existir divergências quanto à definição exata de cada um dos vícios que pontilham a vida política nos municípios, é certo que os diversos estudiosos citados são assentes em apontar as deturpações dessas relações entre governados e governantes locais, calcadas no patrimonialismo, no coronelismo e no clientelismo e, portanto, em uma escancarada falta de impessoalidade no trato da coisa pública.

Esse modo de agir, fincado nas origens familiares e rurais, que se projeta também para as cidades notadamente médias e pequenas, reverbera com força na condução da política especialmente nas administrações locais do interior.

Assentadas pois tais constatações metajurídicas sobre as características da formação dos modos de relacionamentos nos municípios brasileiros, relevante também analisar em breves linhas o tratamento constitucional que receberam os municípios pelas cartas constitucionais passadas e, especialmente, pela Constituição Federal de 1988.

3. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL CONFERIDO AOS MUNICÍPIOS

A análise da corrupção nos municípios também requer um olhar atento para o desenho constitucional dos entes locais. Algumas diretrizes constitucionais sobre os municípios serão nesse tópico mais detidamente estudadas para os fins de investigar a corrupção nessas esferas estatais.

De início assentamos que não se cogita aqui refutar a necessidade de garantir uma autonomia municipal e nem se sustenta retroagir para um estado centralizado, mas sim buscar refletir se certas balizas constitucionais foram escolhas eficientes ou se acabaram por facilitar a ocorrência da corrupção.

A primeira das normas constitucionais que merece meditação é a opção do legislador constituinte de alçar todo e qualquer município ao patamar de ente federativo.

Realmente, apesar das cartas constitucionais anteriores terem sempre trazido em seu corpo referências a órgãos municipais, inclusive prevendo sua autonomia, o texto da Constituição Federal de 1988, inegavelmente, elevou o *status* do município e o incluiu como ente da federação, como se denota em mais de uma passagem[12].

Essa decisão política do constituinte originário criou um sistema federativo com três ordens jurídicas e um município com grande independência, desenho que tem poucos similares no mundo, com bem apontam Krell e Sousa:

> No que diz respeito à distribuição de competências legislativas e administrativas, a Constituição de 1988 coloca os municípios também ao lado da União e dos Estados. Essa trilogia federativa da existência de três entes políticos internos autônomos constitui uma peculiaridade do Brasil em comparação com os demais países de organização federativa. Sob aspecto formal, o município brasileiro certamente é a entidade territorial local investida da autonomia mais abrangente no mundo inteiro. No exercício de suas atribuições, ele atua em absoluta igualdade de condições com as outras esferas governamentais; os atos municipais independem de prévia autorização ou de posterior ratificação de qualquer outra entidade estatal (2003, pp. 46/47).
>
> Diferentemente de muitas federações, a brasileira, assim como a belga, é um sistema de três níveis (triplo federalismo) porque incorporou os municípios, juntamente com os estados, como partes integrantes da federação, refletindo uma longa tradição de autonomia municipal e de escasso controle dos estados sobre as questões locais (2005, p. 110).

É certo que o federalismo municipal não é livre de críticas. Silva é contundente ao afirmar que:

> Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao

[12]Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (…); Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

> conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação (2009, p. 475).

As críticas têm base, especialmente, na própria origem do Estado Federal. Deveras, depois de milênios de poder concentrado em monarquias e estados unitários, é que, já durante a maturação do Estado Moderno, a federação foi concebida nos Estados Unidos da América (BASTOS, 2004, p. 224).

A Constituição dos Estados Unidos de 1787 adotou com técnica horizontal de organização do poder político a (já concebida) separação de poderes e criou como técnica vertical o federalismo (BONAVIDES, 2018, p. 212). A Constituição (Federal) americana apresentou a invenção do federalismo, sendo, pois, a primeira aparição concreta do Estado Federal ou da forma federativa de Estado no globo, conforme escreve Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 887).

Farias, em estudo profundo sobre o tema, ressalta que:

> As Treze Colônias britânicas na América do Norte constituíam, desde 1643, a "Confederação da Nova Inglaterra". Tais colônias conquistaram a independência no ano 1776 e, nesse ano, declararam-se, separadamente, soberanas. Cada uma delas possuía sua respectiva constituição e, além delas, existiam os chamados "Artigos da Confederação", texto que tratava de interesses comuns das soberanas colônias mas que mantinha a, expressamente, independência de cada um desses novos Estados. (1998, p. 157)

Tavares aponta que "o 2º dos Artigos da Confederação norte-americana determinava 'Each state retains its sovereignty, freedom and indepence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated do the United States, in Congress assembled'" (2012, p. 840).

Tal situação vigorou na América entre os anos de 1776 e 1787, quando, então, surgiu a ideia do federalismo, concepção defendida nos *The Federalist Papers* de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. Sobre tal passagem histórica, anota Farias:

> Em consequência da necessidade de ratificação do novo modelo veiculado pela Constituição, surge a descrição clássica do sistema federal americano contida nos escritos "The Federalist Papers". Eles foram publicados em jornais, no Estado de Nova York, em 1787 e 1788, e se destinaram a persuadir o povo do Estado de que a Constituição dos Estados Unidos, elaborada no verão americano anterior, devia ser adotada. Os escritos, na forma de artigos de jornais, foram redigidos, sob o pseudônimo Publius, por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay – três dos líderes do movimento para o estabelecimento de uma nova Constituição que oferecesse um governo nacional forte. Esses articulistas utilizaram-se, de forma sagaz, das condições históricas na formulação de argumentos integrativos (centrípetos) (1998, p. 159).

Assim, a confederação de Estados recém-independentes da ex-Metrópole britânica precedeu a formação federativa dos EUA, ou seja, o primeiro Estado Federal da história foi concebido para criar uma ordem federal

unindo as Treze Colônias da América do Norte, até então separadas, em um grande país, mas mantendo uma importante autonomia dos Estados-membros. Segundo Farias, no primeiro dos *The Federalist Papers,* Madison, Hamilton e Jay já apontavam com todas as letras a ideia da federação em substituição a confederação:

> Proponho-me discutir nessa obra os objetos seguintes: a utilidade da União à nossa prosperidade política; a insuficiência da Confederação atual para mantê-la; a necessidade de um governo ao menos tão enérgico como aquele que se vos propõe; a conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; a sua analogia com a Constituição dos nossos Estados particulares; finalmente, o aumento e a segurança da manutenção desta espécie de governo, da nossa liberdade e das nossas propriedades, que da adoção o projeto proposto deve resultar (1998, pp. 159/160).

O Estado Federal – em seu desenho clássico e ainda hoje na grade maioria dos países em que o adotam – é caracterizado, portanto, pela superposição de *duas ordens* jurídicas, a federal (União) e a federada (Estados-Membros), realizando-se a repartição clara de competências conforme uma Constituição Federal. Trata-se do chamado *federalismo dual.* Uma Federação apresenta-se com um conjunto de entidades autônomas que aderem a um vínculo indissolúvel, integrando-a e fazendo surgir um ente diverso, a União.

São, em resumo, elementos essenciais que identificam um Estado Federal, conforme a doutrina de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 893): a) a soberania, atributo apenas da União, tendo as unidades federadas apenas autonomia; b) a existência de uma Constituição Federal; c) ser um Estado composto, formado ao menos pela União e Estados-Membros; d) existir repartição de competências entre a União e os Estados-Membros; e) ocorrer a participação dos Estados-Membros na formação e exercício da vontade federal; f) existir a proibição de dissolução da federação.

A Constituição Federal de 1988, como dito, adotou um modelo com *três ordens* jurídicas sobrepostas, o que, com o devido respeito aos renomados autores que pensam em contrário, possivelmente tenha criado um modelo com excesso de instâncias legislativas e decisórias, que dificulta a execução das próprias políticas públicas, permitindo ainda um ambiente no âmbito dos municípios mais permeável à corrupção.

A adoção de três ordens jurídicas foi, aliás, cogitada na República Federal da Alemanha, mas recusada, conforme reconhece Bonavides:

> Não é somente no Brasil que se têm congregado vastas correntes de opinião para alargar a esfera do município na organização estrutural da forma de Estado. Também na República Federal da Alemanha esteve essa ideia tão viva e presente que dela se ocupou a Comissão da Câmara dos Deputados (Bundestag), incumbida de fazer uma enquete sobre a reforma da Constituição. A Comissão contudo, ao contrário do que esperavam algumas forças políticas, emitiu parecer negativo a toda inovação que viesse a alterar a posição constitucional do município no ordenamento federativo alemão (2018, p. 357).

Atualmente, como esclarece Andreas Krell, em que pese o município alemão ter funções político-democráticas, prevalecem as funções administrativo-organizatórias. Relata Krell, em estudo comparativo dos municípios no Brasil e na Alemanha, que:

> As representações populares dos municípios alemães – os Conselhos (*Räte*) – não são chamadas de Legislativo ou parlamento locais, como acontece no Brasil com as câmaras de vereadores. Elas também não editam verdadeiras leis, mas estatutos (*Satzungen*), para auto-regulamentarem os assuntos da entidade local. Essa diferenciação é consequente: a produção de leis é reservada aos órgãos do poder estadual, do qual o município, segundo entendimento alemão, não faz parte, ao contrário da situação brasileira (2003, pp. 43/44).

Assim, essa característica da federação brasileira, apesar de prestigiar as ideias municipalistas e supostamente mais democráticas, pode impulsionar discricionariedades locais, especialmente nos pequenos e médios municípios, nem sempre eficientes, e até permitir opções prejudiciais ao interesse público.

Além de incluir o município como ente da Federação, a Constituição Federal de 1988, em sua redação original, facilitou sobremaneira e de modo totalmente irresponsável sob o ponto de vista fiscal a criação de novos municípios.

De fato, o art. 18, § 4º, em sua redação original, previa simplesmente que "a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas[13]" Ou seja, o texto primário da Constituição Federal permitia que as assembleias legislativas definissem os critérios para criação de novos municípios.

Essa inovação da Constituição de 1988 alterou o regime que vigorava durante o regime militar, eis que na Carta de 1967 havia exigência expressa de mínimo populacional e de renda para o surgimento de um município[14], o que era regulamentado pela Lei Complementar 01/67, a qual estabelecia:

> Art. 2º Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:
> I – população estimada, superior a 10.000 (dez mil) habitantes ou não inferior a 5 (cinco) milésimos da existente no Estado;
> II – eleitorado não inferior a 10% (dez por cento) da população;
> III – centro urbano já constituído, com número de casas superior a 200 (duzentas);
> IV – arrecadação, no último exercício, de 5 (cinco) milésimos da receita estadual de impostos.
> § 1º. Não será permitida a criarão de Município, desde que esta medida importe, para o Município ou Municípios de origem, na perda dos requisitos exigidos nesta Lei.

[13]www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988 publicaçãooriginal

[14]Art. 14. Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos Municípios.

A consequência dessa mudança foi uma verdadeira *explosão* no surgimento de micro e pequenos municípios nos primeiros anos após a vigência da Constituição Federal de 1988, conforme apontam estudos técnicos:

> Um outro aspecto relevante é a maior frequência de municípios criados com pequena população (cerca de 74% dos municípios criados e instalados nas últimas duas décadas têm menos de dez mil habitantes). Na região Sul, estes perfazem mais de 90% do total. A emancipação municipal recente é, fundamentalmente, uma questão que envolve os micro e pequenos municípios do interior. A diminuição das exigências à emancipação municipal pelas legislações estaduais, aliada a outros componentes institucionais, está diretamente relacionada à criação de municípios, visto que cerca de 75% destas novas entidades federativas não poderiam existir dentro do quadro legal anterior à última Constituição (TOMIO, 2002, p. 65)

Os números podem dar uma ideia do que foi essa onda de criação de municípios no Brasil após a Constituição de 1988. Conforme aponta Tomio (2002, p. 64), com base em dados do IBGE, no ano de 1988 existiam 4.121 municípios no país. No ano 2000 já eram 5.559. Ou seja, em 12 anos foram criados 1.438 municípios, dos quais 763 com menos de 5.000 habitantes e outros 380 entre 5.000 e 10.000 habitantes. Portanto, o número de municípios aumentou em 34% nesse período, sendo que, somente essa época, foram criados 1.143 com população menor que 10.000 habitantes.

A existência de municípios tão pequenos e sem renda própria gera situações claramente inviáveis sob o ponto de vista fiscal, como a constatação de que 1/3 dos municípios do país não gera receitas nem mesmo para pagar o salário do prefeito[15] ou a informação de que 707 cidades gastam mais com o Poder Legislativo municipal do que o valor que arrecadam[16].

Em profunda análise do impacto da criação de novos municípios sobre a repartição do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), Brandt destaca que:

> Efetivamente, os dados obtidos no acompanhamento das finanças municipais pela STN, por meio da pesquisa "Perfil e Evolução das Finanças Municipais – 1998-2006"7, comprovam que os municípios menores apresentam baixa participação de receitas próprias em suas receitas brutas, e forte dependência das receitas de transferências, que englobam além do FPM, o ICMS e as associadas à prestação de serviços de saúde e educação. A par disso, segundo Bremaeker (2001), 48,2% dos municípios gastam entre 20% e 40% de sua receita com pessoal, 44,4% despendem entre 40% e 60% com esse item, e apenas 3,2% ultrapassam o limite de 60% da receita líquida com as despesas de pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal. No entanto, mesmo respeitando esse limite, se for considerado o alto peso das transferências sobre as receitas próprias nos micro e pequenos municípios, e, em particular, as do FPM, isso significa que, em muitos casos, esses recursos são quase que integralmente destinados a despesas de pessoal e manutenção da estrutura administrativa, em detrimento da prestação de serviços às

[15]https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,um-terco-dos-municipios-do-pais-nao-gera-receita-nem-para-pagar-salario-do-prefeito

[16]https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/08/brasil-tem-707-cidades-que-gastam-mais-com-vereadores-do-que-arrecadam-em-receitas-proprias-9882714.html

> comunidades. (…) Ademais, pode-se afirmar que os micro e pequenos municípios provocam significativas deseconomias de escala com relação às despesas fixas da administração. Os gastos de instalação e funcionamento dos executivos e legislativos dessas pequenas unidades, servindo a pequenas populações, levam inevitavelmente à ineficiência e a desperdícios (2010, p. 68).

E a situação foi tão grave que o legislador Constituinte Reformador viu-se obrigado a editar a Emenda Constitucional 15/96, de modo a conferir a atual redação ao § 4º do artigo 18, impondo requisitos até mais rígidos que os previstos no texto da Carta de 1967. A Lei Complementar que deverá regulamentar o atual comando constitucional não existe em razão de vetos da Presidência da República a projetos aprovados que colocavam em risco as finanças públicas[17].

Apesar da alteração constitucional referida, foram criados ilegalmente vários municípios, o que foi convalidado por uma alteração no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no artigo 96[18].

A criação indiscriminada de municípios19 inviáveis financeiramente, além de ser, por si só, ineficiente e perdulária, gera ainda muitas vezes entes públicos administrados de maneira não profissional e com pouquíssimos (ou inexistentes) controles internos, redundando num *ambiente favorável* à corrupção e ao uso pessoal dos recursos públicos.

Recente levantamento do Instituto Não Aceito Corrupção apurou que apenas 24% dos municípios do Brasil com mais de 20 mil habitantes possuem órgãos que auxiliam o controle interno, como Ouvidoria ou Corregedoria[20]. Ora, se 76% dos municípios dessa faixa populacional sequer tem formalmente tais estruturas, evidentemente o espaço para o mau uso do dinheiro público e recebimento de subornos é imenso nos entes locais.

Nesse contexto de número excessivo de municípios pequenos e médios com elevada margem de discricionariedade, baixo controle e pouco profissionalismo, as verbas municipais, tão relevantes para os serviços públicos que a Constituição acomete aos entes locais, são ainda canalizadas para empresas amigas e funcionários comissionados ou escolhidos por critérios nada republicanos e que, muitas vezes, operam esquemas de desvio de valores e enriquecimento ilícito.

Assim, no tópico seguinte, será analisada a questão da violação do princípio da impessoalidade na administração pública municipal e alguns casos mais recorrentes de corrupção encontradiços no universo dos municípios brasileiros.

---

[17]g1.globo.com/politica/noticia/2014/08/dilma-veta-projeto-que-define-regras-para-criacao-de-municipios.html

[18]Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

[19]No mês de novembro de 2019, já na fase de conclusão do presente trabalho, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 188/19, intitulada PEC do Pacto Federativo, em tramitação no Senado Federal), que pretende extinguir municípios com até 5.000 (cinco mil habitantes) e que tenham arrecadação própria (impostos municipais) inferior a 10% (dez por cento) da receita total.

[20]https://exame.abril.com.br/brasil/pesquisa-mostra-que-cidades-brasileiras-nao-tem-estruturas-anticorrupcao/

4. A (IM)PESSOALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL E ALGUNS EXEMPLOS DE ILICITUDES RECORRENTES

Em função da forma como se deu a criação e o desenvolvimento dos municípios brasileiros, os gestores públicos municipais, desde os tempos mais remotos, têm uma enorme dificuldade em lidar com a impessoalidade na administração pública.

A questão se acentua sobretudo nos pequenos municípios, nos quais os prefeitos, em sua grande maioria, se comportam e administram a *polis* como se fossem donos da coisa pública, numa inadmissível confusão entre o público e o privado e numa inaceitável ignorância dos princípios republicanos.

Para Garcia e Alves, "somente os agentes que ostentem grande equilíbrio e retidão de caráter conseguem manter incólume a dicotomia entre o público e o privado, impedindo que sentimentos de ordem pessoal contaminem e desvirtuem a atividade pública que se propuseram a desempenhar" (2017, p. 598).

A se pensar numa República ideal, na acepção mais pura do termo (coisa pública) e nos moldes idealizados pela Constituição Federal de 1988, os atos administrativos devem ter como marca registrada e preponderante a impessoalidade.

O princípio da impessoalidade, decorrente da isonomia e da probidade, impede que o ato administrativo seja praticado no interesse pessoal do agente público, evitando-se, assim, perseguições, favorecimentos e discriminações. Nas palavras de Alexandrino e Paulo, o ato administrativo deve ter como norte e diretriz o comando da lei e a contemplação do interesse público, sob pena de desvio de finalidade (2008, p. 147).

Segundo Vieira, "o princípio da impessoalidade determina que o atuar administrativo há de ser neutro, no sentido de que não pode visar a beneficiar ou a prejudicar qualquer pessoa ou grupo de pessoas" (2011, p. 61), constituindo-se, para Martins, a "matiz constitucional que impulsiona a Administração Pública a tratar objetivamente cada cidadão, sempre buscando o bem comum da coletividade, daí porque liga-se, em muitos casos, ao princípio da igualdade e relaciona-se com a própria finalidade pública" (2007, p. 106).

Assim, o princípio da impessoalidade, previsto expressamente no artigo 37 da Carta Política de 1988, em seu viés mais tradicional, tem relação com a ideia de isonomia e igualdade, impedindo privilégios e favorecimentos no âmbito do poder público, sendo que, por estar intimamente associado à moralidade, exige uma atuação imparcial do agente público e "recomenda que os atos administrativos de quaisquer agentes públicos sejam abstratamente genéricos" (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 12), numa atuação voltada ao bem comum e ao interesse público.

Do princípio da impessoalidade, decorrem, por exemplo, a regra do concurso público para admissão de pessoal no serviço público, bem como a exigência de licitação para a aquisição de produtos e serviços por parte do ente público, de modo a garantir oportunidades iguais a todos os particulares, seja aquele que quer ingressar no serviço público, seja aquele que pretende contratar com o poder público.

Ocorre que, conforme salientado, grande parte dos atos administrativos praticados nos municípios brasileiros são marcados pela pessoalidade, pela falta de isenção e pelo favorecimento a amigos, parentes e aliados políticos, cujos exemplos mais recorrentes serão abordados na sequência.

4.1 PESSOALIDADE NA NOMEAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE PESSOAL

4.1.1 Nepotismo

O nepotismo, originário do latim *nepos* (neto), *nepotis* (sobrinho), é o termo comumente utilizado para designar o favorecimento de parentes em detrimento de pessoas mais qualificadas. No âmbito da administração pública, ocorre quando um agente usa sua posição de poder para nomear, contratar ou favorecer parentes, relegando pessoas mais qualificadas. Presente no Brasil desde os tempos coloniais, o nepotismo viola frontalmente o princípio da impessoalidade, já que privilegia interesses individuais em detrimento do interesse coletivo.

Não bastasse, a prática do nepotismo também ofende o princípio da moralidade administrativa, "pois fere o senso comum imaginar que a Administração Pública possa ser transformada em um negócio de família" (GARCIA E ALVES, 2019, p. 599).

Numa sociedade tida como republicana não é razoável imaginar que o mérito e a competência no serviço público cedam lugar à pessoalidade e aos favorecimentos de cunho pessoal.

Foi inspirado em tais razões que o Supremo Tribunal Federal, embora tardiamente, editou a Súmula Vinculante nº 13, proibindo o nepotismo na administração pública brasileira. De acordo com o enunciado, "a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

Também com o objetivo de combater o nepotismo, a Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores da União), em seu artigo 117, inciso VII, veda ao agente "manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheira ou parente até o segundo grau civil".

Apesar disso, o nepotismo continua arraigado nos municípios brasileiros, sendo prática comum os prefeitos nomearem esposas, filhos, irmãos, sobrinhos e outros parentes para ocuparem cargos e funções públicas, como se a administração fosse um negócio de família:

> O nepotismo, por vezes, é institucionalizado, do que é exemplo o mau-vezo de se outorgar às primeiras-damas a atribuição de conduzir instituições sem fins lucrativos, não raras vezes dotadas de vultoso patrimônio e de incomensurável importância para determinadas classes da população. Não seria esta uma modalidade de nepotismo *ex vi legis*? A este questionamento respondemos com outras mais: as primeiras-damas exercem a representatividade popular? Qual é o fundamento de legitimidade de sua atuação? São competentes ou possuem uma "competência reflexa" oriunda do Chefe do Executivo? Certamente, qualquer resposta chegará a uma conclusão comum: não fosse esta anômala situação inerente à "coisa pública", certamente causaria uma certa comoção acaso suscitada no âmbito da iniciativa privada! (GARCIA E ALVES, 2017, pp. 598/599)

Para Garcia e Alves, identificada a ocorrência do nepotismo, devem ser objeto de apuração as causas da nomeação, as aptidões do nomeado e a razoabilidade da remuneração recebida, sendo que a partir da aferição desses elementos será possível verificar a prática de ato de improbidade administrativa (2017, pp. 606/607).

Em que pese o entendimento acima, pode-se afirmar que, em regra, a prática do nepotismo, independentemente da aferição das causas da nomeação, das aptidões do nomeado e da remuneração recebida, caracteriza ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da administração pública (artigo 11 da Lei nº 8.429/92[21]), notadamente os postulados da moralidade, da isonomia e da impessoalidade, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

> GESTOR MUNICIPAL. PARENTES. NOMEAÇÃO. NEPOTISMO. NEPOTISMO CRUZADO. ATO DE IMPROBIDADE CARACTERIZADO. DOLO. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DEMONSTRAÇÃO. DESNECESSIDADE. Conforme o disposto no artigo 11 da Lei nº 8.429, de 1992, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, especialmente quando o agente, sabendo do dever que lhe fora conferido, faz nomeações de parentes seus, bem como de vereadores, para o exercício de cargo ou função pública que não exigem a regra geral do concurso público para provimento. 2.2. A caracterização de ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública independe de demonstração de efetivo dano aos cofres públicos ou enriquecimento ilícito.[22]

No mesmo sentido, tem-se o escólio de Senna, para quem, ainda que o nomeado tenha capacidade técnica, os prejuízos para a administração são maiores do que eventuais benefícios, até porque a tal capacidade técnica também pode ser encontrada em outras pessoas que não possuem laços sanguíneos com a autoridade nomeante (2019, p. 126).

4.1.2 Admissão de servidores sem aprovação em concurso público

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como regra a obrigatoriedade de concurso para ingresso no serviço público brasileiro, excetuando apenas a investidura em cargos comissionados e a contratação temporária, de caráter precário, para atender necessidade temporária da administração pública.

O artigo 37, inciso II, da Magna Carta foi expresso ao estabelecer que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

[21]Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

[22]Apelação Cível nº 0007746-96.2017.827.0000, 2ª Turma, 2ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 03 de agosto de 2018, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

O concurso público possibilita igualdade de oportunidades a todos os interessados, seleciona os candidatos mais capacitados e confere máxima efetividade aos princípios republicanos consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo elucidativas nesse sentido as lições de Fazzio Júnior:

> O concurso público e impessoal de mérito aferido por provas e títulos é o meio, constitucionalmente, adequado para o preenchimento dos cargos e empregos públicos de provimento efetivo, sem distinção quanto ao fato de serem cargos iniciais de carreira ou isolados.
> A razão de ser, na determinação constitucional do concurso, seja ele interno ou externo, envolve os princípios da impessoalidade e da eficiência. Selecionar os melhores, segundo a classificação obtida, no universo de concorrentes habilitados, por meio de avaliação segundo parâmetros objetivos, contribui para o aprimoramento dos quadros administrativos e, portanto, para a prestação de serviços públicos de melhor qualidade. (2008, pp. 192/193)

No mesmo sentido é o escólio de Oliveira:

> Para a investidura no cargo é necessária uma seleção de candidatos capaz de afastar o arbítrio imoral da escolha determinada por interesses pessoais ou políticos. O respeito aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da legalidade, dentre outros, garante aos aspirantes a oportunidade de ocupar esses lugares em razão de seus próprios méritos, o que é feito através de concursos públicos de provas, ou de provas e títulos. Ao mesmo tempo em que a Administração garante a aquisição dos melhores funcionários, o concurso possibilita a qualquer candidato que preencha os requisitos objetivos para o lugar pretendido, a certeza de que sua aprovação depende unicamente dele próprio, sem a influência nefasta de ideologias e interesses. (2008, p. 27)

Assim, “o concurso público é a única porta democrática para permitir o acesso de todos aos cargos públicos” (OLIVEIRA, 2008, p. 46).

Pela normativa constitucional, são duas as exceções à regra do concurso público: a) investidura em cargos comissionados; a) contratação temporária, de caráter precário, para atender necessidade temporária da administração pública;

Os cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, devem ser criados por lei e destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento (artigo 37, inciso V, da Constituição Federal). Marcados pela relação de confiança que deve existir entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante, serve-se ao exercício de funções do alto escalão da administração pública, podendo ser providos livremente, sendo exemplo o cargo de secretário municipal.

As contratações de caráter precário são destinadas a atender necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal). Os servidores são contratados por tempo determinado para atender uma situação excepcional na administração pública, finda a qual rescinde-se o contrato e rompe-se o vínculo.

A contratação por tempo determinado subordina-se aos seguintes requisitos: a) depende de lei autorizativa que estipula as situações em que é possível a formalização do contrato, bem como seu período de vigência;

b) visa atender uma necessidade temporária (e não permanente); c) está atrelada a situações excepcionais, urgentes e anormais, que não podem esperar a realização de um concurso, como, por exemplo, uma situação de emergência ou calamidade pública.

Apesar de decorridos mais de 30 (trinta) anos da previsão constitucional expressa, ainda é grande a resistência dos gestores públicos em realizar concursos, principalmente nos pequenos municípios brasileiros, onde, não raramente, o número de servidores comissionados e contratados de forma precária, que deveria ser a exceção, supera o número de servidores concursados, como bem adverte Senna:

> Em muitos municípios, lamentavelmente, é observado ainda uma verdadeira distorção entre os servidores efetivos e não efetivos (comissionados e contratados temporariamente). Logo, a regra do concurso público resta esfumaçada na realidade de diversas regiões, havendo situações em que o número de comissionados supera os efetivos, o que serve para criar uma relação de dependência entre o nomeado e aquele que o nomeou, abrindo-se porteira para o fisiologismo, o clientelismo e o paternalismo. Consequentemente, criam-se espaços para variados tipos de ilegalidade. (2019, pp. 105/106)

Nesses municípios, são inúmeros os cargos comissionados que não se destinam às atribuições de direção, chefia e assessoramento, em nítida afronta à Constituição Federal. Infelizmente é praxe a criação de cargos comissionados para o exercício de funções subalternas e corriqueiras da administração, cuja investidura deveria ser reservada a servidores concursados. Não é raro se deparar com cargos comissionados de escriturários, assistentes administrativos, médicos, engenheiros e assessores.

Outrossim, são muitas as leis que autorizam a contratação precária para o exercício de funções permanentes, rotineiras e burocráticas da administração, fora das hipóteses admitidas pelo texto constitucional. Têm-se nos municípios brasileiros variados casos de servidores sem concurso exercendo, há muitos anos, funções de garis, médicos, dentistas e outras de caráter nitidamente permanente.

Nem é preciso dizer que as legislações – permissivas e complacentes – que criam comissionados e autorizam contratações precárias dessa natureza são inconstitucionais e precisam ser extirpadas do mundo jurídico.

Todavia, ainda que os agentes fiscalizadores (Ministério Público, Tribunal de Contas e outros) lutem por sua eliminação, cuida-se de uma prática radicada nos entes públicos municipais, admitida e aceita culturalmente.

Afora a ofensa à Constituição Federal, o ato de admitir servidor público sem concurso fora das hipóteses legais caracteriza ato de improbidade administrativa (artigo 11 da Lei nº 8.429/92[23]) e se constitui em infração penal (artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67[24]).

Os motivos para a burla ao princípio do concurso público são óbvios. A admissão de pessoal nessas circunstâncias é uma moeda de troca para os políticos e gestores. Ainda no período de campanha, os

[23]Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

[24]Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: Inciso XIII – Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei.

candidatos prometem aos eleitores, em troca de votos, a nomeação para um cargo público. Eleitos e no exercício do cargo, nomeiam apaniguados políticos e pessoas indicadas por lideranças comunitárias, numa explícita e nefasta troca de favores.

Essa relação espúria estabelecida entre governantes, governados e servidores, de *per si* corrupta, vincula-se à prática de outros atos de improbidade no seio da administração, como, por exemplo, favorecimento em licitações, benefícios na concessão de alvarás, omissão no exercício de atividades fiscalizatórias, dentre outras.

Nesse contexto, apesar das sabidas dificuldades, devem o Ministério Público, os Tribunais de Contas e os demais órgãos de controle zelar pela regra do concurso público no seio dos municípios, de modo a garantir igualdade de oportunidades a todos os cidadãos (princípio da impessoalidade) e possibilitar ao ente público o recrutamento dos profissionais mais gabaritados (princípio da eficiência), tendo como fim último coibir os favorecimentos políticos e prevenir a corrupção.

4.1.3 Fraude em concurso público

Se não bastasse o excessivo número de cargos comissionados e contratos temporários ao arrepio da Constituição Federal, ainda é comum nos municípios brasileiros a praxe de realizar concursos públicos fraudados, com o objetivo de favorecer pessoas ligadas à administração pública (prefeito, vereadores, secretários municipais e outros agentes políticos), numa inaceitável violação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

A mídia noticia com frequência a ocorrência de fraudes em concursos públicos municipais.

Somente para ficar em exemplos mais recentes, em Ipixuna do Pará-PA, um concurso público realizado pela Prefeitura Municipal foi suspenso pela justiça, em setembro de 2018, ante a suspeita de que vários candidatos foram beneficiados com a oferta de pontos eletrônicos para recebimento do gabarito das provas, bem como com o vazamento de questões no dia anterior ao certame.[25]

No mês de dezembro de 2018, a justiça suspendeu o concurso público da Prefeitura Municipal de Goianorte-TO, ao fundamento de que mais da metade dos candidatos aprovados possuía vínculo de parentesco ou amizade íntima com vereadores da base aliada do prefeito e com agentes políticos do alto escalão do Poder Executivo.[26]

Nesse caso de Goianorte-TO, a decisão liminar de primeiro grau foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, conforme abaixo transcrito:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE GOIANORTE. INDÍCIOS DE FRAUDE. SUSPENSÃO DO CERTAME E DAS NOMEAÇÕES DE CANDIDATOS APROVADOS. LIMINAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Diante das

[25]Notícia extraída do *site* g1.globo.com/pa, justiça suspende concurso público após indício de fraude por ponto eletrônico em Ipixuna do Pará, acesso em 1º de maio de 2019.

[26]Notícia extraída do site afnoticias.com.br, justiça suspende concurso público que aprovou familiares de políticos em 50% das vagas, acesso em 1º de maio de 2019.

> irregularidades narradas na realização do Concurso Público nº 001/2018 do Município de Goianorte/TO, aprovação no certame da esposa de um dos membros da comissão organizadora do concurso, o parentesco consanguíneo e amizade íntima de vários dos aprovados com o Prefeito, Vereadores e Secretários do Município, e também os aprovados que exercem atualmente cargos não efetivos na Municipalidade, há grande probabilidade de que se esteja diante de um concurso fraudulento, o que, em tese, compromete a legalidade de todo o competitório. 2. Se mostra acertada a suspensão do concurso e das nomeações, que deve atingir a todos os candidatos classificados, indistintamente, e não somente aqueles que agiram de má-fé. Observância aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia, norteadores do certame público. 3. O perigo de dano também restou comprovado à concessão da tutela liminar na origem, pois deve militar em favor da sociedade local, tendo em vista que os candidatos com mera expectativa de direito podem ser prejudicados caso sejam nomeados ou entrem em exercício para que, só depois, anos passados, venha a ser anulado o concurso se cabalmente demonstrada a fraude. 4. Agravo de instrumento conhecido e improvido.[27]

Nos casos acima e em muitos outros similares existentes país afora, o concurso público, tido como a porta democrática para ingresso no serviço público, é utilizado para fins ilícitos e imorais, precisamente para beneficiar pessoas ligadas a agentes políticos municipais, numa inadmissível lesão ao princípio da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa.

Afora a caracterização de improbidade administrativa, a fraude em concurso público foi criminalizada pela Lei nº 12.550/11, que acrescentou ao Código Penal o artigo 311-A, cujo inciso I tipifica a conduta de "utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de concurso público".

Por fim, cabe esclarecer que a fraude em concursos está ligada a uma visão obsoleta, colonialista e pouca republicana da coisa pública, seja por parte dos agentes públicos, seja dos candidatos beneficiados.

Nesse ponto cabe rememorar o que o padre Vieira disse em 1655, no famoso Sermão do Bom Ladrão:

> Querem saber os Reis, se os que provêem nos ofícios são ladrões ou não? Observem a regra de Cristo: *Qui non intrat per ostium, fur est, est latro.* A porta por onde legitimamente se entra ao ofício é só o merecimento; e todo o que não entra pela porta, não só diz Cristo que é ladrão, senão ladrão e ladrão: *Fur est, est latro.* E porque é duas vezes ladrão? Uma vez porque furta o ofício, e outra vez pelo que há furtar com ele. (2000, p. 398)

Deveras, o ingresso no serviço público através de um concurso fraudado cria um vício de origem que retira do servidor público a legitimidade para atuar com isenção ao longo da carreira, acarretando consequências nefastas à administração pública e à sociedade.

[27]Agravo de Instrumento nº 0002711-87.2019.827.0000, 5ª Turma, 1ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 11 de junho de 2019, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

4.2 USO PATRIMONIALISTA DE BENS PÚBLICOS

Outro caso típico e recorrente de ofensa ao princípio da impessoalidade nos municípios brasileiros é o uso de bens públicos em benefício particular.

É prática comum prefeitos, vereadores, secretários e demais agentes públicos fazerem uso de veículos oficiais para deslocamento em benefício próprio e da família, como, por exemplo, se dirigir a festas, bares, restaurantes e outros locais dissociados da finalidade pública.

Segundo Fazzio Júnior, "o agente público que assim labora está-se portando como proprietário, não como gestor público. Não cuida de coisa pública com o desvelo que imprimiria ao cuidado das suas; faz sua a coisa pública' (2008, p. 104).

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins condenou, por ato de improbidade administrativa, o presidente da Câmara Municipal de um município do interior por uso do veículo oficial da Casa de Leis para se deslocar a evento esportivo (futebol) e a cultos da igreja:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO OFICIAL PARA FINS PARTICULARES PELO PRESIDENTE DE CÂMARA DE VEREADORES. ATO QUE CARACTERIZA ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, PROVOCA PREJUÍZO AO ERÁRIO E OFENDE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Pratica ato de improbidade administrativa o Presidente da Câmara de Vereadores que utiliza o veículo oficial do órgão para fins particulares, como se dirigir ao local em que joga futebol e comparecer a cultos da igreja que frequenta. … Assim, ciente da imperiosa separação patrimonial existente entre a coisa pública e a particular, comete ato de improbidade administrativa o agente público que, de forma livre e consciente, utiliza para fins particulares veículo que sabe ser oficial, mesmo porque era o Presidente da Câmara Municipal à época, órgão a que pertencia o carro, na medida em que pratica conduta para se beneficiar indevidamente, solapando princípios basilares da administração, como o da impessoalidade e o da moralidade.[28]

Além da utilização de veículos oficiais, podem ser mencionados vários outros casos de uso de bem público para fins particulares, como, por exemplo, a utilização de servidores públicos para trabalhar nas obras de reforma da casa do prefeito, o uso de máquinas da prefeitura em propriedades rurais de vereadores e apaniguados políticos, dentre outros, conforme farta jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

> APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO QUE IMPORTA ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. UTILIZAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PARA SERVIÇOS PARTICULARES. DEMONSTRAÇÃO. DOLO VERIFICADO. 1 – Havendo comprovação suficiente da prática do ato ímprobo imputado ao Réu, é correta sua condenação nas sanções do art. 12 da Lei de Improbidade. 2 – A existência de certidão emitida por servidor público, dotada de fé pública e com presunção de legitimidade e

[28]Apelação Cível nº 0006115-83.2018.827.0000, 1ª Turma, 1ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 11 de julho de 2018, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

> veracidade, que não restou satisfatoriamente ilidida, é prova suficiente do conteúdo nela certificado. 3 – Sendo evidente que o Réu utilizou-se, dolosamente, de servidor público para a prestação de serviços em empresa da qual é proprietário, no intuito de beneficiar-se com serviços remunerados pelos cofres públicos, caracteriza o dolo de sua conduta de modo a caracterizar a prática de ato de improbidade. 4 – Apelação conhecida e não provida.[29]
>
> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULOS EM SERVIÇO PARTICULAR E DE TRABALHO DE SERVIDORES PÚBLICOS, EMPREGADOS OU TERCEIROS CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE CARACTERIZADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Infere-se dos autos que a recorrente agiu deliberadamente ao utilizar veículos do Município e servidores para efetuar a mudança de residência particular do Prefeito do Município, conforme restou sobejamente comprovado nos autos, inclusive com fotos no local dos fatos, bem como com os depoimentos e declarações testemunhais colhidos no caderno processual, suficientes para caracterizar o ato ímprobo praticado pela recorrente, assumindo, assim, a apelante a conduta da prática de ato improbidade administrativa, ofensivo aos princípios da administração pública, infringindo a previsão legal contida nos artigos 9º, inc. IV e 11, inc. I, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).[30]

O artigo 9º, inciso IV, da Lei nº 8.429/92 dispõe que constitui ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito do agente utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material, de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição do poder público, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

De forma similar, o artigo 10, inciso XIII, da mesma lei estabelece que constitui ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição do poder público, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Assim, ao tempo em que ofende o princípio da impessoalidade, a utilização de bem público em benefício particular importa enriquecimento ilícito do agente e causa prejuízo ao erário, por ela respondendo tanto o agente público que autorizou o uso, como eventual particular beneficiário do ato.

Sob o aspecto criminal, a utilização indevida, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos caracteriza infração prevista no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67 (crime de responsabilidade de Prefeito).

[29]Apelação Cível nº 0027913-03.2018.827.0000, 1ª Turma, 1ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 11 de julho de 2018, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

[30]Apelação Cível nº 0011712-33.2018.827.0000, 1ª Turma, 1ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 03 de abril de 2019, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

Consoante as lições de Fazzio Júnior, a prática envolve o uso de veículos, máquinas, equipamentos, materiais e servidores:

> Neste ponto, o núcleo verbal é utilizar. O agente público o faz em obra ou serviço particular. Utiliza veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de entidade compreendida na Administração Pública direta ou indireta, ou ainda pessoas jurídicas com participação de dinheiro público. Também está compreendido, no dispositivo, o uso do trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por esses entes. (2008, p. 104)

Apesar de ser tida como natural por parcela da sociedade, a utilização de bem público em benefício particular vem sendo mais severamente coibida pelos órgãos de controle, sobretudo pelo Ministério Público, cujos membros, postando-se próximos ao local dos fatos, recebem notícias da ilegalidade, inclusive com documentos fotográficos comprobatórios, e acabam por adotar as providências necessárias, inibindo a prática.

4.3 PESSOALIDADE NA AQUISIÇÃO E ALIENAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS

4.3.1 Fraude em licitações

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal preceitua que "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Portanto, de acordo com os ditames constitucionais, a administração pública, salvo situações excepcionais, somente contrata mediante processo licitatório. A construção e reforma de obras, a aquisição de serviços e materiais dependem, em regra, de licitação, em suas diversas formas, conforme a natureza do objeto da contratação.

A obrigatoriedade de licitação foi pensada com o objetivo de impor uma restrição à administração pública, impedindo-a de contratar livremente, a bem dos princípios da igualidade e da impessoalidade.

Em tese, os particulares têm o direito de contratar com o poder público em igualdade de condições, pois, nas palavras de Garcia e Alves, "não se deve permitir que o administrador escolha o contratante em potencial com base em critérios de natureza eminentemente subjetiva, o que poderia afastar outros interessados igualmente habilitados, comprometendo a impessoalidade que deve reger a atividade estatal" (2017, p. 504).

Apesar da disposição legal, pode-se afirmar, com segurança e convicção, que a fraude à licitação é prática comum nos municípios brasileiros, indo desde a aquisição de produtos em supermercados, passando pelo fracionamento de despesas, combinação de preços, até hipóteses de contratação de serviços contábeis e advocatícios, causando enormes prejuízos aos cofres públicos.

O artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92 preceitua que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário frustrar a licitude de processo licitatório.

A fraude também caracteriza infração penal, prevista nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93:

> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.
> Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.
>
> Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.
> Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A jurisprudência é farta em condenações de agentes públicos por fraude à licitação, sendo de bom alvitre referenciar as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

> APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE ODONTOLOGIA. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. MATERIALIDADE COMPROVADA. CONTRATAÇÃO QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Restou cabalmente comprovado que o ex-Prefeito de Crixás do Tocantins contratou sua neta, recém-formada em Odontologia, para atuar no Município no atendimento a crianças no Programa Saúde da Família, mediante dispensa de licitação. O Contrato de prestação de serviços foi firmado na data de 13/09/2005. Contudo, a odontóloga somente foi inscrita junto ao CRO-TO em 10/11/2005. 2. Não procede a negativa de prática de ato de improbidade administrativa quando as provas produzidas atestam inequivocamente a contratação direta de serviços de odontologia infantil, quando a profissional nem mesmo detinha tal especialização. A contratação de serviço de odontologia não configura hipótese de inexigibilidade de licitação (Art. 25, Lei 8.666/93), prescindindo de notória especialização, não se enquadrando na hipótese de inviabilidade de competição exigida pela Lei 8.666/93. 3. A contratação direta de serviços de odontologia ofende o Art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, caracterizando ato de improbidade, sendo desnecessária a comprovação de dolo específico e dano ao erário público. 4. Recurso de Apelação desprovido.[31]
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDE A LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA LEI 8666/93. FRACIONAMENTO DE COMPRA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS DE USO COMUM E CONTINUADO. VALORES INFERIORES AO EXIGIDO PARA O PROCESSO LICITATÓRIO. SOMA QUE ULTRAPASSA A EXIGÊNCIA LEGAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. Comprovada a vontade livre e consciente de burlar o procedimento licitatório, com o fracionamento de despesas a fim de justificar uma dispensa de licitação, há nítida

[31]Apelação Cível nº 0023715-54.2017.827.0000, 4ª Turma, 2ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 28 de novembro de 2018, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

violação do disposto no Artigo 89, da Lei 8666/93, sendo prescindível a efetiva ocorrência de dano patrimonial. 2. O dano, em tais situações se funda no prejuízo ao próprio procedimento, que visa a escolha do melhor preço e qualidade para a Administração e administrado, ferindo de pronto a moralidade que deve permear o serviço público. 3. Recurso IMPROVIDO.[32]

AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. EX-PREFEITO DE FORTALEZA DO TABOCÃO-TO. SERVIÇOS CONTÁBEIS. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SANÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MANUTENÇÃO. Uma vez elucidadas as questões de fato, torna-se possível o julgamento antecipado da causa, sem a necessidade de dilação probatória. Inexiste cerceamento de defesa quando a matéria fática (contratação sem procedimento licitatório) é incontroversa, restringindo-se a celeuma à possibilidade de dispensa de licitação, questão de direito. A contratação de prestador de serviços contábeis pelo valor de R$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais) sem a devida licitação, sob o argumento de escassez de profissionais especializados, configura ato de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da administração pública, mesmo quando não há prejuízo ao erário. Atendem à razoabilidade e à proporcionalidade as sanções imputadas ao ex-prefeito responsável pela dispensa de licitação (suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios por três anos; multa civil correspondente a dois salários recebidos pelo gestor) e ao prestador de serviço contratado (proibição de celebrar contratos com a administração pública ou de receber benefícios fiscais pelo prazo de três anos), devidamente fundamentadas e arbitradas nos limites mínimos estabelecidos no artigo 12, II da Lei 8.429/97.[33]

4.3.2 Fraude na alienação de bens públicos

Segundo o disposto na Lei nº 8.666/93, a alienação de imóveis públicos subordina-se à existência de interesse público devidamente justificado, depende de autorização legislativa, de avaliação prévia e de procedimento licitatório (artigo 17, inciso I).
A lei teve como principal objetivo evitar a alienação indiscriminada de bens e a consequente dilapidação do patrimônio público com fins de satisfação de interesse pessoal, conferindo, ainda, igualdade de oportunidades a todos os interessados em adquirir o bem (princípio da impessoalidade).

No entanto, a realidade é bem diferente nos pequenos municípios brasileiros, sendo constantes os casos de alienação e doação de bens imóveis ao arrepio da lei e sem um mínimo de rigor formal, o que contribui para a ocupação irregular e desordenada do espaço urbano.

[32]Apelação Cível nº 0006808-72.2015.827.0000, 4ª Turma, 2ª Câmara Criminal, TJTO, julgado em 02 de fevereiro de 2016, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.
[33]Apelação Cível nº 0002756-67.2014.827.0000, 3ª Turma, 2ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 09 de julho de 2014, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

Não são raros os casos de doação de imóveis por intermédio de decreto do Prefeito, sem aprovação legislativa e sem procedimento licitatório, o que ofende não somente a legislação de regência (Lei nº 8.666/93), como também a Constituição Federal, em especial os princípios da impessoalidade e da moralidade.

A título de exemplo, cabe mencionar o caso de doação de parte de uma rua a um posto de combustível, levado a efeito pelo Município de Guaraí-TO e declarado nulo pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DOAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. PARTE DE RUA. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. BEM DE USO COMUM DO POVO. REGRAS DE DOAÇÃO. DESAFETAÇÃO, AVALIAÇÃO E LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. NULIDADE DO ATO. O ato de doação de parte de uma rua do Município de Guaraí-TO a empresa vendedora de combustíveis, sob justificativa de que a área serve de estacionamento para clientes do donatário, não atende ao interesse público, haja visa beneficiar tão somente a empresa privada interessada na doação, de modo a anular o ato, sobretudo por não ter a Administração Pública efetivado a desafetação, indispensável para retirar a destinação pública do bem, sua prévia avaliação e, tampouco, ter realizado procedimento licitatório.[34]

Afora a nulidade do ato, a doação ou alienação irregular de bens públicos caracteriza ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, incisos I, III e IV da Lei nº 8.429/92, *in verbis:*

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
> I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;
> III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;
> IV – permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

No campo da improbidade administrativa, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins condenou um ex-gestor do Município de Pedro Afonso-TO que comandou a venda direta de lotes públicos, sem licitação e com inobservância da Lei nº 8.666/93:

> APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VENDA DIRETA DE LOTES PÚBLICOS SEM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO

[34]Apelação Cível nº 5001321-75.2011.827.0000, 5ª Turma, 2ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 11 de abril de 2012, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

> PRÉVIA E AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 2º C/C ARTIGO 17, INCISO I, DA LEI FEDERAL 8.666/93. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA DISPENSA DE LICITAÇÃO. ARTIGO 17, INCISO I, ALÍNEA *F,* DA LEI DE LICITAÇÕES. ILEGALIDADE DA CONDUTA COMPROVADA. PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO. CONFORMAÇÃO DO TIPO IMPROBO DO ARTIGO 11, CAPUT, DA LIA. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. ADEQUAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. No caso versado restou comprovada a venda direta de lotes públicos municipais, sem o devido processo de licitação, ausente a autorização legislativa e a avaliação prévia, o que afronta o comando do artigo 2º c/c artigo 17, inciso I, da Lei Federal nº. 8.666/93, não se enquadrando a hipótese na dispensa de licitação prevista no artigo 17, inciso I, alínea *f,* da Lei de Licitações, já que os imóveis foram vendidos diretamente, sem que houvesse prova da utilização em regularização fundiária ou programa social, conforme se extrai das declarações formais prestadas pelos adquirentes e documentos registrais juntados. 2. Assim, resta demonstrada a ilegalidade da conduta do agente público, o qual editou decreto autorizando a si mesmo a vender os lotes públicos, denotando sua vontade livre e consciente de se furtar ao procedimento de licitação, com evidente intenção de conferir legalidade ao procedimento de venda direta, revelando, assim, o dolo genérico necessário para conformar o tipo ímprobo previsto no artigo 11, *caput,* da LIA, nos moldes assentados na sentença recorrida. 3. Dentro do exame do recurso exclusivo da defesa e diante da impossibilidade da *refomatio in pejus,* verifica-se que a sentença recorrida fixou a pena de suspensão dos direitos políticos em três a cinco anos, de modo que o recurso merece provimento parcial para fixá-la no mínimo legal de 03 (três) anos.[35]

Sob o ponto de vista criminal, o artigo 1º, inciso X, do Decreto-Lei nº 201/67 preceitua que constitui crime de responsabilidade do Prefeito "alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei", criminalizando a fraude na alienação de bens.

5. O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO NOS MUNICÍPIOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O combate à corrupção é um dos grandes desafios da sociedade contemporânea, tendo ganhado força nos últimos tempos no Brasil, sobretudo em função do fortalecimento dos órgãos de controle.

No campo específico dos municípios, o Ministério Público vem se destacando como o protagonista nesse enfrentamento, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

É que a Carta Cidadã consagrou inúmeras funções ao *Parquet,* alçando-o à condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Se antes o Ministério Público atuava prioritariamente na área criminal em delitos relacionados com a criminalidade comum ou como mero fiscal da ordem jurídica na área cível, atualmente o leque de atribuições se robusteceu, de forma que o promotor de justiça passou a ser encarado como o legítimo protetor da

[35]Apelação Cível nº 0016702-04.2017.827.0000, 3ª Turma, 2ª Câmara Cível, TJTO, julgado em 03 de abril de 2019, acesso através de consulta à jurisprudência no site tjto.jus.br.

sociedade, responsável pela guarda dos interesses difusos e coletivos, nele se incluindo a tutela do patrimônio público e da probidade administrativa.

E para que a proteção da sociedade se tornasse realmente efetiva, o legislador conferiu diversos instrumentos ao Ministério Público, merecendo destaque, na seara cível, o inquérito civil, a recomendação, o compromisso de ajustamento de conduta e a ação civil pública.

O inquérito civil, previsto originariamente na Lei nº 7.347/85, é o procedimento investigatório de natureza administrativa e extrajudicial, de utilização exclusiva do Ministério Público, através do qual se investigam as lesões aos direitos difusos e coletivos, colhendo-se elementos de convicção para a propositura de ação civil pública, expedição de recomendação ou tomada de compromisso de ajustamento de conduta.

Sintetizando, Mazzilli preceitua que "o inquérito civil destina-se à coleta de elementos de convicção para, à sua vista, o Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a lei exige sua iniciativa ou sua atuação, como na propositura de ação a seu cargo" (2015, p. 46).

No enfrentamento à corrupção, o inquérito civil pode ser instaurado mediante requerimento do interessado ou de ofício pelo Ministério Público, quando tiver ciência de um ato de improbidade pela imprensa ou por qualquer outro meio.

Para instruir o inquérito civil, podem ser expedidas notificações, requisições, ouvidas testemunhas e produzidas as provas necessárias para a investigação de todo e qualquer ato de improbidade administrativa.

Cuida-se de instrumento de larga utilização pelo Ministério Público em todo país, sendo muitos os atos de corrupção investigados nos municípios brasileiros através dele, não havendo dúvidas de sua importância, conforme prelecionam Garcia e Alves:

> Sua importância no campo da improbidade administrativa vem sendo demonstrada pela incansável e corajosa atuação dos Promotores de Justiça e Procuradores da República de todo o país, sendo importantíssimo elemento de esclarecimento dos geralmente complexos meandros tomados pela atuar ímprobo (GARCIA E ALVES, 2017, p. 822).

Cabe ressaltar que, em algumas situações, a instauração do inquérito civil, por si só, seguida de uma requisição de informações ou de uma notificação, é o bastante para prevenir a prática de um ato de improbidade administrativa. Assim, mais do que instrumento de coleta de provas destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública, o inquérito civil, numa leitura contemporânea, deve ser entendido como uma ferramenta de resolução de litígios e prevenção da corrupção.

As recomendações se constituem num dos mais efetivos instrumentos de prevenção de ilícitos de que pode se valer o Ministério Público e demais órgãos de controle. Com a natureza jurídica de orientação, tem como objetivo corrigir ilegalidades verificadas na administração pública, podendo ser utilizada, por exemplo, para evitar a prática de nepotismo, retificar as regras editalícias de um concurso público, revogar um ato administrativo inoportuno ou inconveniente, dentre outras situações.

"Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ea encaminhadas, na verdade têm

grande força moral" (MAZZILI, 2015, p. 356). Dado seu poder de persuasão, as recomendações, no mais das vezes, são cumpridas pelos interessados, sobretudo se advindas do Ministério Público.

Os termos de ajustamento de conduta são acordos celebrados pelo Ministério Público visando a prevenção ou reparação de eventuais danos causados pelo poder público ou particulares. Têm como finalidade impedir a continuidade da situação de ilegalidade, prevenir sua prática ou reparar o dano já causado.

Tal qual os demais, se constitui em importante instrumento de prevenção da corrupção e dos atos de improbidade administrativa, sendo usado, por exemplo, com o objetivo de obrigar o poder público a realizar concursos públicos e, em consequência, rescindir os contratos temporários e exonerar os servidores comissionados.

Atualmente, apesar da vedação estabelecida pelo artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92[36], predomina o entendimento de que é possível celebrar compromisso de ajustamento nos casos de improbidade administrativa.

Tanto que o Conselho Nacional do Ministério Público estabeleceu, no artigo 1º, § 2º, da Resolução nº 179/2017, que "e cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado", de modo que, com base nesse enunciado, muitos acordos estão sendo celebrados pelo Ministério Público no país afora.

No âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins, o Conselho Superior fixou limites para a celebração do compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses caracterizadoras de improbidade administrativa, em casos de menor relevo, conforme dicção do artigo 42 da Resolução nº 05/2018/CSMP/TO, *in verbis:*

> Art. 42. O compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa poderá ser celebrado, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial, com as pessoas, físicas ou jurídicas, investigadas ou processadas pela prática dos atos de improbidade administrativa definidos na Lei 8.429/92, exclusivamente nas seguintes hipóteses:
> I – nos atos de improbidade administrativa que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que, pelas circunstâncias do ato, não tenham causado abalo relevante à moralidade administrativa local, e que não tenham gerado prejuízo econômico maior do que 20 (vinte) salários-mínimos, desde que o investigado não tenha se beneficiado por acordo dessa natureza nos últimos 5 (cinco) anos e se a culpabilidade, a conduta perante a administração, os motivos e circunstâncias do fato autorizem e recomendem o compromisso, visando a aplicação célere e proporcional das sanções previstas na Lei nº 8.429/92; ou
> II – para servir de meio de obtenção de provas, em qualquer ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, resultando um ou mais dos seguintes resultados:

[36]Art. 17, § 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa ou do grupo de coautores do ato;
c) a prevenção de infrações decorrentes das atividades da organização ou grupo;
d) a recuperação total ou parcial, desde que em valor significativo, do produto ou do proveito das infrações praticadas.

A ação civil pública também é um importantíssimo instrumento de combate à corrupção nos municípios. Cuida-se da ferramenta processual adequada para o exercício do controle sobre os atos emanados dos agentes públicos, podendo ser utilizado tanto para a reparação dos danos causados ao patrimônio público, como para imposição das sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal[37].

Nem é preciso dizer que são inúmeras as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa diariamente ajuizadas, sobretudo pelo Ministério Público.

No entanto, apesar da reconhecida importância dos instrumentos de natureza cível, percebe-se que, em razão da profundidade da corrupção no Estado Brasileiro, o efetivo uso de ferramentas processuais penais para aplicação do direito penal é fundamental para um incremento do combate à corrupção no país.

A chamada operação Lava Jato revelou claramente a gravidade do problema e, ao utilizar técnicas especiais de investigação, permitiu descortinamento de atos de corrupção que não seriam conhecidos sem o uso do arcabouço de persecução criminal. Basta, no ponto, relembrar do conteúdo da Ação Penal 1030, relacionada ao encontro de 51 milhões de reais, em espécie, em um apartamento em Salvador, que redundou na condenação do ex-deputado federal Geddel Vieira Lima a 14 anos e 10 meses de reclusão e 106 dias-multa, em regime inicial fechado[38].

Não se pode olvidar que, na seara penal, é possível, ao final da persecução, a imposição de uma pena privativa de liberdade (prisão) ao infrator, o que certamente tem um efeito pedagógico e inibidor bem superior às sanções impostas na seara cível.

Além disso, é no âmbito penal que, de acordo com a Lei nº 12.850/03, pode ser celebrado o acordo de colaboração premiada, instituto deveras eficiente e importante no combate à corrupção, que permite o descobrimento de inúmeros delitos e o desbaratamento de organizações criminosas.

Sob um outro enfoque, se a Justiça Federal destacou-se, na última década, pelo profissionalismo na repressão penal aos crimes contra a administração e correlatos – o que é corroborado por grandes operações policiais –, forçoso reconhecer que, no âmbito da Justiça Estadual, a Polícia Judiciária não tem o mesmo preparo técnico que a Polícia Federal.

De outro lado, as investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público por via dos PICs – Procedimentos de investigação criminal – também estão em momento institucional embrionário, bastando que

[37]Art. 37, § 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.
[38]http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427720

se tenha em mente que o Supremo Tribunal Federal, somente em 2015, pacificou o entendimento que o Ministério Público tem o poder investigatório penal, conforme Recurso Extraordinário (RE) 593727[39]. Ou seja, enquanto o inquérito civil é utilizado pelo *Parquet* desde a década de 80, a investigação criminal pelo Ministério Público é fenômeno recente.

Nesse contexto, é imprescindível que, para além do ajuizamento de ações civis públicas por ato de improbidade e outras ações de tutela cível, o Ministério Público utilize de modo mais constante e inteligente também a persecução penal, com destaque ao acordo de colaboração penal, às técnicas especiais de investigação, provas periciais para permitir o ajuizamento de ações penais com robusto conjunto probatório que redundem na imposição de penas privativa de liberdade, além de multas penais e ressarcimento ao erário, aos autores de atos de corrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado, o Brasil tem atualmente mais de 5.000 (cinco mil) municípios, a maioria dos quais de pequeno porte, com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes. Nesses pequenos municípios, a maior parte dos recursos advém de transferências da União e dos Estados, sendo que muitos deles não tem receita própria nem mesmo para pagar o salário do prefeito, mostrando-se, portanto, deficitários.
Em sua origem, os municípios brasileiros tiveram características rurais. No âmbito de sua organização administrativa, destacava-se a figura dos *coronéis,* que detinham o poder político e econômico local e nessa condição eram guindados a gestores de pequenas vilas e povoados.

Os *coronéis* administravam os municípios como se fossem coisa particular, sempre angariando vantagens pessoais para si e para seus familiares e grupo político na prática dos atos administrativos, o que, como visto, se reflete até hoje na forma de governar boa parte das cidades.

Alçados pela Constituição Federal de 1988 à categoria de entes da federação, os municípios brasileiros têm a obrigação constitucional de prestar vários serviços públicos, destacando-se educação, saúde, assistência social, água e esgoto, meio ambiente, cultura e inúmeros outros. Evidente que a maioria deles, por terem receita insuficiente, não dispõem de recursos próprios para honrar suas obrigações constitucionais, precisando, como visto, contar com os recursos transferidos da União e dos Estados.

Nesse contexto, dada a forma como se deu a criação e o desenvolvimento dos municípios, sempre foi muito difícil para os gestores públicos lidarem com o princípio constitucional da impessoalidade, sendo que a confusão entre o público e o privado sempre foi traço marcante na condução da política pública municipal, desde os tempos mais remotos.

Consequentemente, ao longo do tempo, inúmeros atos administrativos foram editados visando benesses pessoais, numa recorrente violação ao princípio constitucional da impessoalidade, o que se verifica, por exemplo, na nomeação de parentes para o exercício de cargos públicos (nepotismo), na admissão de pessoal sem aprovação em concurso público, na fraude na realização de concursos públicos, no uso de bem público para benefício particular, na fraude à licitação, dentre inúmeros outros casos que ainda são comuns no cotidiano das cidades.

[39]http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563

É bem verdade que nos últimos tempos foram publicados diplomas legais com o objetivo de prevenir e reprimir os atos de improbidade e a corrupção no âmbito municipal, como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), todavia, ainda assim, os atos de corrupção continuam frequentes.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público assumiu o protagonismo e vem se destacando no enfrentamento da corrupção nos municípios brasileiros. Nessa missão, vem fazendo uso dos instrumentais legais de que dispõe, como as recomendações, os compromissos de ajustamento de conduta e, principalmente, as ações civis públicas.

No entanto, é na área criminal – mediante o ajuizamento de ações penais públicas e celebração de acordos de colaboração premiada – que o enfrentamento tem sido mais eficaz nos últimos tempos, redundando, inclusive, na prisão de inúmeros agentes políticos de alto escalão na República, o que tende a inibir futuros atos de corrupção.

O fim da corrupção – assim como de outros ilícitos – é uma utopia, a qual, no entanto, deve ser perseguida a fim de que se consiga limitar os índices de sua ocorrência a patamares aceitáveis, como os existentes nas nações desenvolvidas. O alcance desse objetivo demanda tempo e paciência. Mais do que isso, demanda respeito aos princípios democráticos, prevenção, transparência, controle social e repressão cível e criminal, nos casos necessários.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado***.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco;* tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política***.** 6. ed. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado***.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANDT, Cristina Thedim. A criação de municípios após a Constituição de 1988, O impacto sobre a repartição do FPM e a Emenda Constitucional nº 15, de 1996. In *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, ano 47, n. 187, pp. 59/75, jul./set. 2010.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: Uma discussão conceitual. In *Revista de Ciências Sociais***,** Rio de Janeiro, vol. 40, n. 2, 1997.

CARVALHO, Orlando Magalhães de. *Problemas fundamentais do município***.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1937.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo***.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIAS, Paulo José Leite. A função clássica do federalismo de proteção das liberdades individuais. In *Revista de Informação Legislativa***,** Brasília, ano 35, n. 138, pp. 155/184, abr./jun. 1998.

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

GARCIA. Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa***.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil***.** 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1992.

KRELL, Andreas Joachim. *O município no Brasil e na Alemanha:* direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto***:** o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público***.** 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI. Hugo Nigro. *O inquérito civil***:** investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro.* 18. ed. atualizada por Giovani da Silva Corralo. São Paulo: Malheiros, 2017.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história***:** suas origens, transformações e perspectivas; tradução de Neil R. da Silva, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores públicos***.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. *O Mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios.* São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional***.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENNA, Gustavo. *Combate à má governança e à corrupção***:** uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo***.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. In *Revista de Sociologia e Política***,** Curitiba, n. 24, pp. 105/121, jun. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional***.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. A criação de municípios após a Constituição de 1988. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais***,** São Paulo, vol. 17, n. 48, pp. 61/89, 2002.

VICENTE, Jacir Braz de. *A poética do boi: o animal simbólico dentro de si***.** Brodowski: Jonathas Levy Miguel, 2019.

VIEIRA, Antônio. *Sermões: Padre Antônio Vieira.* Org. Alcir Pécora. 1ª ed. São Paulo: Hedra, 2000.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. *Direito administrativo.* 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

A CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA PELO PARTIDO DOS TRABALHADORES E A MODIFICAÇÃO DOS VALORES MORAIS DO BRASILEIRO

Alvaro Nascimento Cunha[1]

RESUMO: O tema de pesquisa visa analisar a propagação da ideologia marxista pelo Partido dos Trabalhadores no Brasil, no período em que presidiu o mais corrupto governo já visto na história da civilização. Partiu-se da análise de notícias propagadas pela mídia e literatura. A conclusão é encontrar-se a ideologia marxista profundamente enraizada na mente de parte expressiva da população, principalmente na mais jovem, nas instituições do país, na mídia, no meio político, a fomentar ainda mais a corrupção, a alienação, a desinformação, o aumento da criminalidade, a violar, dessa maneira, o direito pleno à cidadania.

Palavras-chave: Partido dos Trabalhadores. Corrupção generalizada. Ideologia Marxista. Desconstrução de valores morais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se à expansão da ideologia marxista durante os anos em que o Partido dos Trabalhadores (PT) permaneceu na Presidência da República e, em razão disso, analisa-se, pelo prisma da corrupção generalizada, os efeitos dessa ideologia nos valores conservadores do povo, havendo consequências extremamente danosas, a representar ameaça não somente ao desenvolvimento do país no aspecto financeiro, mas principalmente à democracia, à cidadania e ao cristianismo.

Buscou-se explanar sobre o escopo de expandir no país, principalmente, a cultura da morte, por exemplo, através da legalização do aborto, e da desconstrução da família por meio da ideologia de gênero, da união homossexual, do incentivo às atividades criminosas e do feminismo empoderado.

Em síntese, procurou-se demonstrar o que é o marxismo ideológico nos anos da corrupção desenfreada praticada pelo PT, a destacar suas técnicas e seus pensadores, a dimensão global do problema e sua relação com a desinformação e alienação de significativa parcela da população, principalmente dos mais jovens.

2. METODOLOGIA

Por tratar-se de artigo científico teórico, foram utilizados, basicamente, literatura e coleta de dados do pensamento de alguns conservadores brasileiros mais destacados, dispostos na internet.

3. REFERENCIAL TEÓRICO

[1] Diácono Permanente da Igreja Católica e Juiz de Direito, 3ª Vara Cível de Araguaína, Tocantins. E-mail: alvaro@tjto.jus.br

Corrupção não é apenas fenômeno moral. *Rumpere* significa destruir, romper, dissolver o todo, eliminar. *Corrumpere* sugere esse rompimento por mais de uma pessoa. (ROCHA, 2018, p. 20) A corrupção praticada hoje no Brasil, ou pelo menos até o final do governo do Partido dos Trabalhadores, foi tentativa, até bem-sucedida, de degradar o ideal e a moral de homens comuns, aquele mesmo homem aferrado ao trabalho banal, desejoso de outras existências.

Na visão marxista de poder, é preciso isolar o homem de sua família e de sua religião, arrancar-lhe as virtudes, fazer decair sua moral, descontrolar suas paixões e senso de ordem, instituir a degradação moral, por meio da revolução dos costumes e até da desconstrução da identidade sexual do ser humano, e já a partir de sua infância.

Quem está por trás dessa malevolência toda são gângsteres políticos, para não ser usada expressão mais pesada, como bandidos. (PACEPA, 2015, p.25)

Nessa textualização, é imprescindível corromper o processo de pensar já estabelecido há décadas ou séculos, a questionar virtudes e tradições. A desconstrução de valores implica determinar aos outros o que eles devem ser. A obra comunista é de pura depravação. E é para a família e a religião que estarão sempre assestadas as suas baterias.

Dessa forma, trabalhou Castells na sua obra *O poder da comunicação*. Poder alicerça-se no controle da informação e da comunicação, na dimensão de domínio sobre a mente humana por meio de mensagens informativas. (CASRELLS, 2015)

É uma revolução a penetrar no povaréu sem este estar nitidamente desperto, algo muito semelhante ao que outrora foi perpetrado pelo Iluminismo. Para tanto, essa revolução vem munida de ideologias, as quais substituem o conhecimento verdadeiro. Ideólogos são perenemente perigosos quando ganham poder, como aconteceu nos 14 anos de PT na capitania do governo federal.

Ideologias são ideias simples (vide a ideologia de gênero), acobertada pelo manto da ciência ou da filosofia, e julgam poder explicar os mecanismos complexos do mundo e oferecer soluções para melhorá-lo. Mas não conseguem organizar o próprio caos de suas existências. (PETERSON, 2018, p. 13)

Toda ideologia consiste, praticamente, em propor metas, como modelos de Estado, e propor os caminhos para se chegar lá. O cientista político não procede dessa maneira. O cientista político percebe o que as pessoas querem e, em seguida, propõe os caminhos para alcançar as metas alvejadas.

A meta esquerdista para o Brasil foi traçada em 1998 por Fernando Haddad. (CARVALHO, 2019) O objetivo é a elevação política do chamado lumpemproletariado, a seção degradada e desprezível do proletariado, bandidos, prostitutas, drogados, loucos, pessoas divergentes, sem lugar próprio na sociedade.

Um exemplo: alguém tentar esfaquear o candidato conservador ao cargo de presidente da República, na presença de centenas de pessoas, não é absolutamente relevante e o fato pode até ser questionado. Mas matar um travesti numa esquina, de madrugada, sem testemunhas, é opressão da classe burguesa, e essa morte deve ser largamente difundida pela mídia esquerdista.

Outro exemplo, mas agora de distorção dos acontecimentos: se um deputado homossexual e esquerdista diz ter sido ameaçado de morte, a assertiva não é questionada e passa a ser motivo de exploração da mídia mundial. Mas se o mesmo agente ameaça a vida do Olavo de Carvalho, filósofo conservador, como de fato deu-se (aliás, ameaçados pela mesma pessoa), o fato não tem a menor relevância.

Essas ideologias simplistas infiltram-se como vírus até na religião. A Teologia da Libertação, a grande heresia, a maior de todas, da Igreja Católica Apostólica Romana, é o exemplo máximo de como os ideólogos destroem e reconstroem as narrativas religiosas, desvirtuando-as a partir de uma narrativa sem nenhuma riqueza psicológica e espiritual.

4. O PT E O FORO DE SÃO PAULO

Revoluções, entretanto, necessitam de dinheiro para implementar o caos na sociedade, a partir da família. E de muito dinheiro. Para tanto, o dinheiro deve ser buscado do Erário (a fonte mais próxima da mão) para fazer sobrepujar o Estado sobre o homem. O ataque sedento do PT aos cofres públicos nos anos em que permaneceu no poder não foi uma fraqueza de caráter de seus principais expoentes, não obstante padeçam disso, mas de plano bem arquitetado para a edificação de um novo paradigma cultural do Foro de São Paulo.

Aliás, o Foro de São Paulo, idealizado em Cuba e pelo PT nos anos 1990, conhecido da mídia, mas não revelado por ela, até protegido pelos meios de comunicação durante muito tempo, somente referindo-se a ele de forma velada, foi denunciado publicamente por *sites*, como de Olavo de Carvalho.

A organização criminosa e terrorista Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) abriu o Foro de São Paulo em 1990, conforme noticiado pelo jornal *O Estado de S. Paulo* na sua edição de 19 de agosto de 2010, prova da ligação desse partido político com o crime.

O PT está subordinado ao Foro de São Paulo, e isso não poderia ocorrer. A Lei dos Partidos Políticos, no seu inciso II do art. 28, proíbe a subordinação de um partido político a entidades estrangeiras. O Foro de São Paulo é entidade supranacional. E essa subordinação existe e não pode ser negada, como o próprio *site* do PT publicou aos 19 de julho de 2018, ao estampar na sua página: Resolução Final do 24º Foro de São Paulo Defende Lula Livre.[2] Curiosamente, nenhum Ministério Público atentou para isso.

O PT não roubou o que roubou apenas para comprar sítios, apartamentos tríplex em balneários de luxo e grandes latifúndios no Estado do Pará. O Brasil não foi amaldiçoado por tão pouco. A ideia foi financiar o comunismo na América Latina e outros cantos do planeta e o narcotráfico, com seus traficantes assassinos e ditadores não muito diferentes. Roubou-se para fortalecer o Foro de São Paulo e as FARC, segundo Olavo de Carvalho. Isto é, a finalidade do *roubo* foi muito mais imoral do que o próprio *roubo*. A mídia encobriu os intentos do *roubo* de mais de um R$ 1.000.000.000.000,00, o que somente fortaleceu as práticas delituosas do PT.

[2] No *site* da Presidência da República, de 2 de julho de 2005, há um discurso do Lula, no ato político de celebração aos 15 anos do Foro de São Paulo, pelo qual o ex-presidente sustenta ter sido possível construir, embora com divergências políticas, a consolidação do que aconteceu na Venezuela, com o referendo que consagrou Chávez como presidente daquele país. Lula afirma: "Foi assim que nós pudemos atuar junto a outros países com os nossos companheiros do movimento social, dos partidos daqueles países, do movimento sindical, sempre utilizando a relação construída no Foro de São Paulo para que pudéssemos conversar sem que parecesse e sem que as pessoas entendessem qualquer interferência política".

Mas para manter e divulgar a ideologia comunista de maneira global, é preciso captar muito dinheiro.

O hodierno protótipo de poder busca no dinheiro público os recursos para financiar não somente a ideologia marxista, mas essencialmente a desconstrução de valores da sociedade, dito burgueses. No termo de tudo está o *determinismo histórico,* um suposto fim da história, um progressismo que transformará o mundo em um paraíso, uma espécie de *Campos Elíseos* sem Deus.

E a lógica de não ser possível apoderar-se de recursos públicos, pois estar-se-ia a prejudicar o povo, é sempre distorcida em prol desse ideal portentoso. Há repisados argumentos nesse viés revolucionário, alicerce de uma nova consciência crítica, a dificultar a análise lógica tradicional, defensora da sanidade moral e da decência humana. (PAOLA, 2008, p. 27) É o embate épico entre a revolução e a contrarrevolução.

"Roubar do capitalismo é algo moral, camarada", escutei Nikita Khrushchev dizer várias vezes. "Não ergam as sobrancelhas, camaradas. Usei de propósito a palavra roubar. Roubar do nosso inimigo é algo moral", costumava explicar. (PACEPA, 2015, p. 392)

Os políticos do PT, envolvidos com a Operação Lava Jato, seguiram à risca essa orientação.

O petismo carrega esse espírito revolucionário consigo, a implicar uma nova moral, mas não se trata de uma utopia, um idealismo quixotesco. (PAOLA, 2008, p. 27) Essa novel forma de mensurar e confrontar valores já estabelecidos renega princípios elementares do ser e do saber, como a ideologia de gênero.

E na sua estratégia de busca e permanência no poder, estabelece um sem-número de divisões, de argumentação nem sempre fácil de ser assimilada. É hábil em apresentar táticas de perversão e subversão, se for necessário até para contrariar a própria natureza (a ideologia de gênero, *verbi gratia*).

Essa tentativa de revolução segue à risca a lógica da nova ordem mundial. O planeta, *verbi gratia*, não deve ter religiões predominantes, mas incontáveis religiões (a maioria estéreis), incapazes de modificar a alma humana, úteis apenas para floreá-la. Essa busca de uma espiritualidade global alcança-se no interior dos templos dos direitos humanos. O marxismo petista tenta empregar a liberdade para destruir a liberdade, questionar e rejeitar valores erigidos pela civilização ocidental e cristã.

O Estado ditará a fé. Um exemplo é o estudo da história e cultura afro-brasileira nas escolas, a fazer com que crianças cristãs reconheçam divindades além do único e verdadeiro Deus, Jesus Cristo. Não que não se devam estudar culturas alienígenas, mas nunca impor religiões estranhas às das crianças e dos jovens, como se pretendia fazer.

O homem sobrepujado pelo Estado não deve aferrar-se a uma família tradicional. Se essa for inevitável, que não tenha mais do que um filho. Quanto menos filhos, maior a probabilidade de os valores familiares não subsistirem.

Nessa perspectiva marxista, o homem não se conhece, não domina suas paixões, não se une ao outro, mas confronta-o: heterossexuais devem odiar homossexuais; negros e brancos devem execrar-se mutuamente; pobres contra ricos ou oprimidos contra opressores; os que sabem mais e os que aprenderam menos; mulheres precisam unir-se num movimento político para fomentar a desavença e a acidez entre os sexos.

Não se deve amar o próximo, pois isso é um sentimento burguês, mas a humanidade (o ser em concreto incomoda). É imperioso dividir para conquistar. (PAOLA, 2008, p. 35)

5. O PT E A CORRUPÇÃO

A corrupção existe em potência na vida da sociedade. (HAYASHI, 2017, p. 13) Para os partidos de esquerda, é preciso acelerar esse processo de desencadeamento. O comunismo não acabou. Não existe ruptura com a estrutura intelectual marxista, ansiosa por corromper. Apesar da queda do muro de Berlim, não há leis a proibir a divulgação de ideias comunistas ou a banir seus símbolos e bandeiras; o contrário do que ocorreu com o nazismo. O comunismo e o nazismo são igualmente maléficos, como afirmado recentemente pelo Parlamento Europeu, em conformidade com resolução aprovada aos 18 de setembro de 2019.

O PT fez questão de manter viva a chama do marxismo nos seus anos do poder, ocorrido após a queda do muro berlinense: entronizou no altar dos heróis latino-americanos inúmeros personagens. Vendem-se camisetas com a cara de um conhecido revolucionário cubano em boutiques finas. Seria igual despropósito vender camisetas com a estampa de Adolf Hitler ou com a do Doutor Mengele. São os heróis de uma mitologia induzida; nunca de um relato histórico fiel. (PAOLA, 2008, p. 154)

Esse revolucionário cubano é o maior exemplo de como transformar um assassino cruel em um santo. O terrorista francês Régis Debray louvou e produziu uma imagem romântica desse psicopata na obra *Revolução da Revolução*, auxiliado por Alberto Korda, autor da famosa fotografia que imortalizou o guerrilheiro com seus longos cabelos sob uma boina revolucionária e estrelada. Esse homem nada mais fez do que dedicar sua vida "a levar a América Latina para o redil do Kremlin como um verdadeiro revolucionário atravessando as estações do seu martírio". (PACEPA, 2015, p. 155)

O comunismo alimenta-se da farsa, da desinformação (*dezinformatsiya*). Se um assassino sádico e covarde como o guerrilheiro tornou-se um herói libertador, personagens sérios foram demonizados.
Relembre-se o caso do Papa Pio XII. Antes elogiado por Churchill, Roosevelt, Einstein e por milhões de outras pessoas por enfrentar os nazistas e por defender judeus perseguidos durante o genocídio da Segunda Guerra Mundial, teve sua imagem demonizada pela *geração seguinte*, a qual aceitou a informação do Kremlin de que apoiou Hitler. (PACEPA, 2015, p. 431)

6. O PT E O DINHEIRO PÚBLICO

O dinheiro público é fundamental para financiar a charlatanice revolucionária e globalista nesta e em outras plagas e atrair mais *idiotas úteis*, como chamados por Lenin. (PACEPA, 2015, p. 155) Essa atração é feita por enquetes fajutas, manchetes tendenciosas e sempre por mentiras, mentir sempre, cada vez mais. Mentiras contadas bem frequentemente tornam-se verdades. (PACEAP, 2015, p. 155)

Uma amostra são os tais anos de chumbo. Elio Gaspari, alguém que nunca admirou os militares, afirmou nos anos 1970, bem como o próprio Lula da Silva, poder Médici ser eleito presidente da República se concorresse

a uma eleição. O Brasil vivia o seu milagre econômico. Havia empregos para todos, e o salário mínimo era digno. Gaspari chega mesmo a enaltecer Médici em sua obra *A Ditadura Escancarada*. (PACEPA, 2015, p. 155) Mas criou-se no imaginário popular ser essa época tão somente de opressão, tortura e morte.

7. O PT E A BANDIDOLATRIA

O fim da era PT, apoderando-se do dinheiro público de forma nunca vista antes na história da civilização, deixou, nem poderia ser diferente, marcas profundas neste país. Um exemplo, cerne deste escrito, é o crime. Um dos legados do petismo, o que será visto adiante com mais detalhes, é a dificuldade de se combater a delinquência de forma eficaz neste país, inclusive nas Supremas Cortes, nas quais edificam-se longas discussões de alto nível jurídico, em total arritmia com a inumana realidade, muitas vezes até a indigitar a sociedade como coculpável. (SOUZA, 2018, p. 41)

A liberada movimentação de capital e a forma como praticamente qualquer mercadoria circula sem grandes embaraços pelo planeta, bem como pessoas (vide a Comunidade Europeia de Nações), trouxeram indiscutíveis avanços para a sociedade global, mas promoveram inegavelmente a corrupção e atuação de grupos delinquentes organizados. (PEREIRA, 2017, p. 71)

Será uma coincidência terem as organizações criminosas angariado força nos anos em que o PT ocupou o poder? Por qual motivo o Primeiro Comando da Capital (PCC) fez eclodir no Espírito Santo, no Paraná, no Mato Grosso do Sul, na Bahia, em São Paulo, no Rio de Janeiro e em Minas Gerais inúmeras investidas, no ano de 2006, nos 73 presídios e 9 cadeias públicas por ele controlados e ataques a postos policiais? Por qual motivo, na data de 15 de maio de 2006, o PCC patrocinou uma guerrilha urbana, a incluir a destruição de 90 ônibus, a provocar pânico e clima de terrorismo na cidade de São Paulo?

A mídia internacional destacou esses eventos criminosos. O intento do PCC era retirar a estrutura do governo de Geraldo Alckmin, o qual já não governava mais o Estado de São Paulo, substituído por Cláudio Lembo. Alckmin era futuro adversário do PT à Presidência da República. Ou seja, a atividade terrorista do PCC tinha como objetivo beneficiar politicamente o Partido dos Trabalhadores. (ULSTRA, 2018, p. 618)

Como o PT e o PCC comandam seus integrantes? O Primeiro Comando da Capital, como é cediço, organiza suas atividades do interior de presídios. A corrupção a abranger servidores públicos lotados nos estabelecimentos carcerários e mesmo integrantes de empresas privadas terceirizadas possibilita às diversas organizações criminosas espalhadas pelo país destacar o PCC, chefiar operações executadas por delinquentes livres. Há clara hierarquia nessa disposição malfeitora a estender seus ramos até para o exterior. Destacam-se, nessas atividades, o narcotráfico e o comércio de armas.

Com o PT ocorre a mesma estratégia. Presidente ou chefe é sempre presidente ou chefe, mesmo presidiário. O chefe do PT, com benesses carcerárias não permitidas a outros presidiários, recebe partidários travestidos de advogados e discute e decide a estratégia política a ser adotada pelo partido. Assim como o PCC, ordens da carceragem são disseminadas pelos advogados e correligionários e devidamente acatadas pelos agentes do lado de fora da cadeia. A diferença é que Marcola, o líder do PCC, sempre assumiu ser bandido.

A forma do PT e do PCC agirem lembra muito a maneira de como a máfia (*Cosa Nostra*) atuou na Itália desde o século XIX até os anos oitenta do século passado, a seguir claramente a organização militar e política do Império Romano. O crime se reinventa segundo normas já estabelecidas, pois incontestavelmente eficientes. Ainda não é possível afirmar ser o PT uma organização criminosa. Mas não há dúvida de existir uma organização criminosa no PT. Aliás, para o jornalista, filósofo e político marxista italiano Antonio Gramsci, o guru do petismo, uma organização deixa de ser tida como criminosa, como o PCC, se se tornar aliada. Em razão desse pensamento marxista, bandidos são apenas adversários do projeto de poder e podem se tornar companheiros. O chefe do PT jamais acreditou na inocência de seus principais adversários políticos, os chamados caciques. Mas, uma vez a ocupar o cargo de presidente da República, agrupou-se a eles todos. (VANDONI, 2014)

O Departamento Especial de Investigações Criminais da Polícia Civil de São Paulo (DEIC) apurou os ataques incendiários a ônibus em maio de 2006, conforme acima noticiado, e flagrou um deputado estadual do PT em reunião com sindicalistas dos motoristas de ônibus e dezoitos membros do PCC em uma garagem de uma cooperativa, justamente na época dos ataques terroristas no mês de maio. Em razão desse flagrante, o deputado foi expulso do partido.

Por qual motivo desarmar a Polícia Militar?

A promotora de justiça Ana Maria Frigério Molinari, quando estava à frente do Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado - GAECO, em seu depoimento, afirma ter recebido pressão "política imediática" da Procuradoria do Ministério Público de São Paulo, para que policiais militares que atuaram efetivamente no combate ao narcotráfico fossem incriminados nos chamados Crimes de Maio para impedir o deferimento do pedido de federalização desses delitos. Os confrontos entre policiais e delinquentes causaram 564 mortes.

Segundo essa promotora, a principal fonte de renda do PCC é o tráfico de drogas, fato de conhecimento público. Diz ainda a promotora Ana Maria atuar essa organização criminosa por meio de *franchising* para traficar drogas nas chamadas biqueiras. O direito é passado para determinadas pessoas e, nas suas ausências, transmite-se o comércio para seus familiares. No caso, segundo a promotora de justiça, pessoas ligadas ao grupo Mães de Maio recebiam do PCC pontos para venda de drogas.

O grupo Mães de Maio é movimento criado por mães de jovens mortos por policiais militares do Estado de São Paulo, as quais, segundo elas, buscam denunciar a violência dessa corporação. Uma de suas reivindicações é desarmar a Polícia Militar. Essa organização é francamente defendida e organizada pelo Partido dos Trabalhadores, conforme o *site* desse partido. O maior porta-voz dessa entidade é o presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia do Estado de São Paulo, um deputado petista. Só não explicam terem esses jovens morrido, na sua grande maioria, quando traficavam drogas ou por atuarem em grupos de extermínio.

Não por coincidência, foi o desarmamento e até a extinção da Polícia Militar uma das principais bandeiras de uma vereadora carioca, mundialmente conhecida após o seu assassinato, filiada ao partido de esquerda

Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o qual é aliado do PT.[3] A vereadora foi executada com quatro tiros na cabeça em 2018. Essa ativista nunca criticou traficantes e também defendia a legalização das drogas. Dizia ela não ser possível cobrar do tráfico o cumprimento da lei e o respeito. Exigia essa postura apenas do Estado.[4]

Desarmar a Polícia Militar é bandeira de partidos de esquerda, a qual, por motivos óbvios, não beneficia a população, mas tão somente organizações criminosas.

8. O PT, O FEMINISMO E A DEGRADAÇÃO SEXUAL

O feminismo, arma usada, principalmente, pela ideologia esquerdista para corromper os valores morais da sociedade conservadora?

A revolução sexual, organizada pelos homens, nesse grande contexto da Catedral dos Direitos Humanos, mergulhou a mulher na degradação de seus corpos e almas. Essa frase é corroborada pela consagrada socióloga e antifeminista alemã Gabriele Kuby que, ao lembrar a República de Platão, denominou "a destruição da liberdade em nome da liberdade". (CAMPAGNOLO, 2019, p. 17)

Essa revolução sexual global levou os Estados, por meio da política e da cultura, a impor uma corrupção moral. Esse posicionamento de Kuby não é isolado. Assim também pensa Camille Paglia,[5] a qual anota estar a decadência de uma civilização circunscrita pelo desregramento moral. Edward Gibbon, historiador inglês, na sua obra *A história do declínio e queda do Império dos Césares,* atribui, dentre outros fatores, o enfraquecimento e o fim do Império Romano à fixação pelo sexo e pela excentricidade das artes. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 18)

A degeneração dos costumes pode ser facilmente notada nos anos de glória do PT na direção do país. As novelas globais viraram palco de romances homossexuais; as exposições da Bienal de São Paulo somente mostraram arte sem sentido e grotesca; criança tocando corpo de um homem nu no Museu de Arte Moderna de São Paulo, no 35º Panorama da Arte Brasileira, estimulada pela própria mãe, como forma repugnante de expressão artística; sem mencionar a polêmica gerada pelo Santander Cultural com a exposição *Queermuseu*, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, a também estarem envolvidos nesse escandaloso e depravado evento o Banco Itaú, a Caixa Econômica Federal e o SESC, com nítido incentivo à pedofilia;[6] o uso de preservativo foi largamente divulgado, até distribuído gratuitamente nos postos de saúde, sempre acompanhado de lubrificantes para o ânus, embora faltassem remédios básicos em quase toda a rede de saúde. É a supervalorização do sexo.

[3] Disponível em: www.youtube.com/wathc?v=eaWXURWIxVw. Acesso em: 1º nov. 2019.
[4] Disponível em: www.bbc.com/portuguese/brasil-43398816. Acesso em: 1º nov. 2019.
[5] Camille Anna Paglia ficou famosa nos anos 1990 por sua obra *Personas sexuais*. Essa norte-americana, formada na Universidade de Yale, asseverou ter a segunda onda feminista se tornado uma força homogeneizada e repressiva. Interrogou nesse livro se a civilização ocidental e os homens que a edificaram não mereciam algum crédito e se as feministas não estavam a desprezar tudo de essencial, a incluir a própria felicidade das mulheres. Disponível em: www.fronteiras.com/artigos/camille-paglia-e-o-feminismo-de-uma-vez-por-todas. Acesso em: 1º nov. 2019.
[6] Disponível em: www.guiame.com.br/gospel/noticias/crianca-e-estimulada-tocar-homem-nu-emexposicao-do-museu-de-arte-moderna.html. Acesso em: 1º nov. 2019.

O feminismo, na sua essência, ou seja, entre suas principais pensadoras, é pervertido sexualmente. Simone de Beauvoir aliciava menores, praticava sexo lésbico com suas alunas, sendo algumas menores de idade, e também atos polissexuais (sexo com mais de uma pessoa). Isso é constatado nas cartas de Simone de Beauvoir que eram trocadas com seus amantes, que deram origem ao livro *Uma relação perigosa*, com 590 páginas.

A perversão sexual de Simone de Beauvoir e de Sartre também se constata no livro *Libido Dominandi, Sexual Liberation and Political Control*, de Seymour-Jones, de 2014. Nas páginas 55 e 56 dessa importante obra está dito:

> O ciúme do segundo marido, que toda noite exercitava suas prerrogativas conjugais, era ainda mais agudo porque, como Sartre admitiu com a idade de 13 ou 14 anos, "eu sem dúvida nutria um forte sentimento sexual pela minha mãe [...] quando eu ia dormir à noite ela se despia e provavelmente ficava seminua. Eu permanecia acordado com os olhos semicerrados de modo a vê-la se despir" [...] "o que me atraia nessa ligação familiar não era tanto a tentação do amor, mas a proibição de fazer amor; eu gostava do incesto, com sua mistura de fogo e gelo, regozijo e frustração".

Nessa obra está dito sobre Simone de Beauvoir:

> Com 13 anos de idade, Simone se afastara da irmã às escondidas, numa tarde de calor, para descobrir seu próprio corpo, sozinha, recostada contra o tronco de um castanheiro [...] ela tirou a casca de um pequeno galho e delicadamente esfregou a varinha suave entre suas coxas.

Simone, em 1943, chegou a ser demitida por aliciar menores. Isso está registrado no livro *A Convidada*, da própria pensadora feminista. Nesse livro, narra-se a relação lésbica com a adolescente Olga Kosackiewicz, fugida do regime comunista soviético e, portanto, em situação de fragilidade. Olga praticava sexo não somente com Simone, mas também juntamente com Sartre. Olga também é citada no livro *A idade da razão*, de Sartre.

Também é possível constatar a depravação sexual de Simone de Beauvoir por meio do livro *Memórias de uma moça malcomportada*, de Bianca Bienenfeld Lamblin (1921-2011). Bianca, aos 17 anos, filha de refugiados judeus da Polônia, foi seduzida pela professora Simone e convencida a ter relações com Sartre. Simone arranjou Bianca para Sartre com o objetivo de desviar a atenção dele de uma amante chamada Wanda. Bianca narra no seu livro como Simone de Beauvoir destruiu sua vida afetiva e sexual.

Simone envolvia-se com adolescentes e participava da defesa de pedófilos, coisa comum no esquerdismo, como começamos a perceber no final do governo petista.

É possível concluir o acima dito ao conhecer profundamente suas teorias antiburguesas. O interesse sexual de Beauvoir por crianças é tema presente em toda a sua vida. Essa pensadora está entre os primeiros

filósofos que tentaram reunir o gênero literário iniciado nos anos 1930 (encerrando-se nos anos 1980, na Europa Ocidental), denominado *pedofilia pedagógica feminina.*

Essa tentativa deu-se com o seu ensaio "Brigitte Bardot e a Síndrome de Lolita", publicada pela primeira vez na revista *Esquire*, em 1959, e republicada por diversas vezes até meados dos anos 1970. Nesse ensaio, Brigitte Anne Marie Bardot é glorificada por Simone de Beauvoir por seu corpo infantil, o qual detém "a perfeita inocência inerente no mito da infância e lhe exibe como uma Houdini para meninas, que as liberaria e empoderaria para além das correntes que as subjugavam". (CAMPAGNOLO, 2019, p. 177)

No ano de 1977, o Tribunal de Versailles acusou três homens por atentado ao pudor a ter como vítimas menores de 15 anos e os condenou a três anos de prisão preventiva. Os sentenciados foram acusados por divertirem-se por meio de relações sexuais a envolver adolescentes na faixa de 13 anos e as fotografavam para posterior exibição. Assinou-se uma petição pela libertação dos três criminosos. Subscreveram-na 69 intelectuais e foi publicada no jornal *Le Monde*. Registrou-se no documento:

> Hoje eles estão em risco de ser sentenciados a uma longa pena de prisão, por terem tido relações sexuais com menores, tanto meninos quanto meninas, ou por terem encorajado e tirado fotografias de suas brincadeiras sexuais. Nós acreditamos que há uma incongruência entre a designação como "crime", que serve para legitimar tal severidade, e os fatos próprios; mais ainda entre a lei antiquada e a realidade cotidiana em uma sociedade que tende a conhecer sobre a sexualidade de crianças e adolescentes [...]. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 172)

A ideia desse manifesto pela soltura dos criminosos foi de Simone de Beauvoir.

Em 2015, o governo petista lançou programa a minimizar o abuso sexual infantil, conforme denunciado por um conhecido pastor protestante. O programa petista denominava-se Humaniza Redes, voltado para combater preconceitos, ofensas, intolerância e discriminação nas redes sociais. Todavia a pedofilia era suavizada e relativizada na *Cartilha Educativa de Campanha de Prevenção à Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes*. Afirma-se ser um mito o pensamento de ser pedófilo toda pessoa que abusa de uma criança ou adolescente:

> A pedofilia é um transtorno de personalidade caracterizado pelo desejo sexual por crianças pré-púberes, geralmente abaixo de 13 anos. Para que uma pessoa seja considerada pedófila, é preciso que exista um diagnóstico de um psiquiatra. Muitos casos de abuso e exploração sexual são cometidos por pessoas que não são acometidas por esse transtorno. O que caracteriza o crime não é a pedofilia, mas o ato de abusar ou explorar sexualmente uma criança ou um adolescente[7].

O PT pretendia tratar pedófilo como vítima. É forma de *estimular o hedonismo irresponsável*, na feliz expressão do jornalista Rodrigo Constantino, da *Revista Veja.*[8]

[7]Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=198.1.55O&nuQuarto=75&nuOrador . Acesso em: 1º nov.2019.

[8] Disponível em: https://noticias.gospelmais.com.br/malafaia-critica-programa-dilma-pt-defende-pedofilia-77890.html. Acesso em: 1º nov. 2019.

Em agosto de 2016, o Banco Santander patrocinou a denominada *Queermuseu – Cartografia da diferença na arte brasileira*. Exibiu-se para todos os públicos material com clara referência à pedofilia, zoofilia e blasfêmia, e o fechamento da exposição foi considerado pelo seu curador como atitude arbitrária e resultou em LGBTfobia. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 257)

A relação da teoria *queer* com o feminismo é inquestionável, pois aquela é variação da ideologia de gênero, cuja idealização é das feministas americanas dos anos 1970.[9]

Simone de Beauvoir escreveu serem as mulheres o segundo sexo, e a condição de casada era pior do que a escravidão.

Ser mulher, na realidade, é dádiva da natureza, e não é a mulher um segundo sexo, pois, em um naufrágio ou incêndio, a ordem é sempre dar preferência ao salvamento das mulheres, assim como às crianças.

Betty Friedan (ou Betty Naomi Goldstein, 1921/2006) escreveu ser toda mulher mãe, esposa e dona de casa mentalmente incapaz.[10] No seu livro *A mística feminina*, a mulher somente poderia realizar-se se abandonasse a ideia de lar, e ser dona de casa era como "estar em um campo de concentração confortável".[11]

Para essa pensadora, a liberdade da mulher consiste em livrar-se dos filhos, do marido e dos afazeres domésticos.

Andrea Dworkin, feminista, escreveu que todo filho gerado por mulher é seu potencial traidor. Também dizia essa pensadora ser o gênero feminino alvo de abusos de direitos humanos pelo fato de possuir vagina, útero, ovários e a capacidade de gestar. Ser mulher implica ser explorada e ter sua autonomia controlada. [12] (CAMPAGNOLO, 2019, p. 240)

Margaret Sanger, feminista, defendeu a esterilização de mulheres negras e pobres. Essa pensadora defendia o direito de a mãe matar os filhos, caso se tornassem inconvenientes. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 139)

Monique Wittig, feminista e lésbica, afirma não existir a mulher. Para essa pensadora, o feminino é uma invenção da cultura. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 240)

A essência da mulher, entretanto, é indelével, sublime e espiritual. Nenhuma mulher fala em nome das outras, pois cada mulher é única. E todas as mulheres têm o direito da individualidade e de buscar a felicidade.

[9] *Ibidem*, p. 258.
[10] *Ibidem,* p. 193.
[11] Disponível em: https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/nos-anos-60-americana-betty-friedan-lancou-as-bases-do-moderno-feminismo-18594241. Acesso em: 1º nov. 2019.
[12] Disponível em: https://resistenciascum.wordpress.com/2014/06/07/sobre-maternidade-privilegios-e-feminismo/. Acesso em: 1º nov. 2019.

Esses dados foram tirados de falas da antifeminista e deputada Ana Campagnolo, em conformidade com as diversas citações de sua esclarecedora obra.

Essas feministas venderam-se a uma ideologia, como bem dito pela deputada de Santa Catarina, e o modelo a ser seguido pela mulher não pode ser imposto por outra mulher ou homem. Movimentos políticos de esquerda não podem abraçar os múltiplos desejos das mulheres e querem escravizá-las por meio de uma ideologia pervertida.

A tirania do feminismo radical socialista de igual maneira fica clara na boca de Shulamith Firestone, a qual defende a "liberação das mulheres da tirania da sua biologia reprodutiva por todos os recursos acessíveis e a expansão da função reprodutiva e educativa a toda a sociedade globalmente destacada". (FIRESTONE, 2003, p. 185-186)

Essa visão é anticristã. Aliás, o socialismo e o feminismo odeiam o Cristianismo. Isso está claro no pensamento de cada escritora idealizadora do pensamento revolucionário. O feminismo foi longe demais e passa a ser real ameaça à civilização, somente perdendo para a ideologia de gênero.

Tal descoberta é de feministas como a já citada Camille Anna Paglia (*Sexual Personae*) e Cristina Hoff Sommers, que também identificam o caráter nocivo do radicalismo esquerdista e exibem a real intenção do movimento feminista, a demonização do masculino e o ódio contra os homens. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 31)

Obviamente, o movimento feminista não teve seus brotos no socialismo, mas foi catapultado de forma veemente pelos esquerdistas.

Para entender a cabeça de uma feminista, é preciso ler o livro de Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Shulamith Firestone bebeu nessa fonte ao escrever a sua *Dialética do sexo*. A dialética de Marx travestiu-se de dialética do sexo. Ler Engels e Firestone é casar letra com música. (O'LEARY, 1997, p. 24)

Todavia, para algumas pensadoras feministas, a origem do feminismo antimasculino e anticristão está nas revoluções burguesas do século XVIII, Iluminismo, Revolução Francesa, Revolução Gloriosa e Independência Americana. (O'LEARY, 1997, p. 37)

Até é interessante meditar sobre os argumentos feministas de estar a sociedade dominada por homens, como comumente colocado pela esquerda. Feministas sustentam pertencer a maior parte da riqueza e propriedade aos homens, a maior parte do capital aos homens. O escopo é taxar a sociedade de homens como opressora, a explorar a mão de obra feminina, a fazerem estas mais trabalho não remunerado.

Mas grande parte das pessoas a passar necessidade são homens. A maioria dos presidiários é composta por homens. A maioria dos moradores de rua é de homens. A maioria das vítimas de crimes violentos é de homens. A maioria dos suicidas é de homens. A maioria das pessoas vítimas nas guerras é de homens. Homens têm menor desempenho nas escolas.

O que as esquerdistas feministas fazem, de forma inapropriada, é pegar uma pequena amostra de homens muito bem-sucedidos e usar isso para representar a estrutura inteira da sociedade ocidental.[13]

O feminismo, assim como os esquerdistas em geral, sempre busca o posicionamento de vítima, de estarem a ser perseguidas. Feministas esquerdistas aproveitam qualquer crise política e econômica para denunciar estarem a perder direitos, como aconteceu com a presidente impichada.[14]

Essas feministas, em momento nenhum, fizeram análise crítica sobre o colapso do governo petista da presidente. Simplesmente, sustentaram existir um patriarcado hostil aos interesses feministas, uma dominância masculina opressora e ciumenta da ascendência de uma mulher ao cargo máximo de poder do país.

Infelizmente, aceitam-se sem maiores reflexões assertivas de ser a sociedade ocidental um patriarcado dominado por homens.

Essas afirmações não são verdadeiras, como bem colocado pelo intelectual conservador canadense Jordan Peterson. Para este, o fundamento de toda estrutura de dominação não é o poder, mas a competência. A sociedade mundial funciona dessa maneira. É a regra básica.

Somente quando a estrutura se degenera em tirania, como comunistas sempre fazem (Cuba, China, Venezuela, União Soviética etc.), é que as relações primordiais entre pessoas passam a estar alicerçadas em poder.

Quando homens são escolhidos para uma atividade, seja de eletricista ou político, não é porque um grupo de homens tiranos organizou-se de tal forma a obrigar a escolha desse ou daquele eletricista ou político. Todas as interações existentes na nossa cultura surgem pela escolha dos mais bem preparados, dos mais competentes. Aquele que oferecer o melhor serviço será escolhido. Nada disso é consequência de despotismo.

Vivemos hoje numa sociedade (a ocidental) menos tirânica de todos os tempos. Afirmações de feministas e socialistas em geral de vivermos num patriarcado nada mais é do que argumento perigoso e ruinoso.

Como muito bem dito por Peterson,[15] homens e mulheres sempre cooperaram para "lutar contra a catástrofe absoluta da existência, uma taxa de mortalidade terrível, a probabilidade de inanição crônica, morte súbita, doenças, as dificuldades de criar os filhos, com toda a morte que era associada a isso".

[13] Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=27h_xA3Bsis. Acesso em: 1º nov. 2019.
[14] Disponível em: https://pt.org.br/mulheres-lutam-contra-impeachment-sexista-de-dilma-diz-the-guardian/. Acesso em: 1º nov. 2019.
[15] Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=27h_xA3Bsis. Acesso em: 1º nov. 2019.

Mas feministas olham para trás e culpam apenas o tirânico patriarcado dominante e perseguidor das mulheres. É a maneira mais errada de analisar a história, comumente ensinado às mulheres jovens, um peso injusto colocado sobre os ombros dos homens.

Mulheres são muito boas nas escolas, nas faculdades. Vão muito bem com suas notas. Mulheres são muito inteligentes e hoje trabalham com alta pressão de cobrança e acentuada remuneração. E como estão essas mulheres? Como está a vida delas? Mulheres que trabalham o dia inteiro, quase que a semana toda, sem poder cometer erros, pois estão no mercado de trabalho extremamente competitivo. Mulheres são chamadas nos seus trabalhos a dar respostas imediatas.

Mesmo nesse contexto acima colocado, sempre é afirmada pelas feministas uma dominação masculina patriarcal. Qualquer executiva, advogada, sócia de grande empreendimento, com seus 30, 40 ou 50 anos, sabe ser isso uma completa tolice de feministas e do pensamento socialista.

E não são poucas as mulheres hoje que largam aos 30 anos de idade cargos de chefia e de alta produtividade e competitividade porque não querem mais viver assim. Descobrem o grande impacto que sofre a qualidade de vida quando os únicos objetivos são o dinheiro e o sucesso.

Homens jogam-se mais de cabeça em cargos de ultracompetitividade, enlouquecidos para alcançar e suplantar metas de trabalho, de alcançar o topo na hierarquia de domínio em que se inseriram. Homens assim trabalham facilmente 80 horas por semana e renunciam à família, aos filhos, a compromissos sociais. Homens com esse perfil são disciplinados e inteligentes. São bons no que fazem. São obsessivos. Esse tipo de homem é o comandante das coisas. Homens com esse perfil, muito competitivos, mantém dinâmica interpessoal estressante.

Todavia mulheres não se sacrificam para isso. O feminino questiona o motivo de alguém em sã consciência matar-se por postos de trabalho e grande produtividade. Esse questionamento surge com mais frequência se a mulher é casada e tem filhos. Casada, muitas vezes, com um homem que ganha o mesmo ou mais do que ela. Dessa forma, é fácil para a mulher concluir poder controlar a vida melhor trabalhando menos. A mulher inteligente dosa a sua vida laboral com o lar.

As feministas, porém, invertem esse raciocínio cultural e perguntam por qual motivo não existem mais mulheres em posições de poder? Essa é a pergunta errada. A pergunta correta é: por qual razão homens não querem essa posição de poder? Porque essa posição não é tão somente de poder, mas de incomensurável responsabilidade, onde não se pode errar.

Hoje todos cobram serviços 100% perfeitos, o tempo todo. Várias mulheres já não querem mais essa cobrança, não querem mais trabalhar arduamente o tempo todo. Mulheres sabem identificar com mais precisão o que significa uma vida equilibrada. E quanto mais envelhecemos, mais damos importância à família.

É muita sorte hoje compartilhar o tempo com alguém que se ama e que se juntou a nós. E se há filhos, há algo para fazer nos anos da velhice. Um futuro sem filhos é improdutivo. Mulheres percebem isso muito mais rápido do que homens.

Quando as mulheres evitam a procriação, segundo as feministas, uma grande vitória desse movimento, criam problema econômico. Famílias sobreviviam no passado com uma única fonte de renda. A realidade, desde 1973, mudou radicalmente. O motivo é a dobra da força de trabalho. Quando há mais pessoas a trabalhar, a ocupar postos nesse mercado, o valor do trabalho fica dividido. Necessita-se hoje de duas pessoas para ganhar o que antes uma só conseguia auferir. Até o início dos anos 1970, as mulheres não tinham grandes oportunidades em carreiras.

Saiu-se de uma realidade em que as brechas para as mulheres eram relativamente estreitas, para uma situação em que essas aberturas se tornaram relativamente ilimitadas, e aí surgem duas fontes de renda na família.

Em seguida, a mulher precisou, foi obrigada a trabalhar, e agora as mulheres trabalham porque homens não mais o fazem.

Cinquenta por cento de meninos estão a ter problemas com as matérias básicas nas escolas americanas.[16]
E hoje, nas universidades e faculdades, é possível ver um número maior de mulheres. Isso é nítido. No futuro, a maioria esmagadora dos universitários será composta de mulheres, o que será cruel para elas, a dificultar casamentos e formação de famílias.

Pergunte a uma mulher com 30 anos de idade se o maior desejo dela não é ter filhos. Poucas dirão não ser esse seu maior sonho. E quando dizem não querer a procriação, pode ter certeza de existir algo de errado nas suas formações ou na forma como interpretam o mundo. Mulheres não maternais normalmente são desagradáveis, sem compaixão, masculinizadas. Só uma feminista empoderada não vê e não sente isso.

O socialismo corrompe a mente feminina. E o socialismo petista, extremamente corrupto, vil até as entranhas, propagandeia o feminismo empoderado como libertação da mulher, quando na realidade é a sua infelicidade.
Edmund Burke, o pai do conservadorismo inglês, na sua obra *Reflexões sobre a Revolução na França*, expõe o lado tenebroso da Revolução Francesa. Em razão disso, sua inimiga declarada Mary Wollstonecraft tentou contradizer Burke e com perfil anarquista e individualista publicou, em 1792, *Vindication of the Rights of Woman.* Talvez seja essa a obra divisora, o início do feminismo. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 38)

[16] Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=6P9fpO3bTfg. Acesso em: 1º nov. 2019.

9. O PT E A IDEOLOGIA DE GÊNERO

É a ideologia de gênero arma usada principalmente pela ideologia esquerdista para corromper os valores morais da sociedade conservadora?

A ideologia de gênero é um experimento social que já resultou em suicídio.

Os ideólogos do gênero não gostam de que tratem a ideologia de gênero por aquilo que ela realmente é: uma ideologia, porque sabem ser nociva toda ideologia.

Chamam eles a ideologia de gênero de perspectiva de gênero ou teoria de gênero, como forma de deixar mais bonitinho esse enorme perigo para as crianças e adolescentes.

O relato a seguir foi retirado do livro de Campagnolo, a partir da página 289 e seguintes. Aos 22 de agosto de 1965, nasceram dois gêmeos saudáveis, Bruce e Brian. Os dois irmãos precisaram passar por cirurgia de fimose ainda com poucas semanas de vida. Uma mistura de erro médico e fatalidade trouxe complicações para o menino Brian. Seu órgão genital foi mutilado em razão do ato cirúrgico. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 289)

O médico psicólogo John Money, um dos responsáveis pela base de criação da ideologia de gênero, que na época recebia outros nomes, como sexo psicossensual ou comportamento hereditário sexual, escreveu o livro *Os papéis sexuais*. O referido médico tornou-se famoso por meio da televisão, pela qual apresentava um transexual aparentemente feliz, fruto de suas teorias e trabalho. Money acreditava depender o papel sexual da criação e da cultura. Sendo assim, ninguém é essencialmente homem ou mulher, como defende a ideologia de gênero, que está proibida no Brasil e mesmo assim algumas escolas já tentaram inseri-la na sua grade curricular.

A cobaia de John Money foi justamente o bebê Brian. Money convenceu seus pais a criá-lo como menina. Mudou-se seu nome para Brenda e, na página 81 de seu livro, John Money fala do experimento de Brian (ou Brenda) como um sucesso. Orientava os pais dos gêmeos a estimular suas crianças a imitar gestos sexuais entre eles e andarem nus pela casa, para que Brian percebesse ser mais feminino do que masculino. Tudo o que sobrou do órgão sexual de Brian foi retirado numa cirurgia, conforme orientação de John Money. O órgão sexual foi transformado em uma vagina.[17]

O tempo passou e Brian não aceitava mais a sua condição de "mulher". Não gostava de brincar com meninas e vestir-se como tal. Era hostil, agressivo e, em razão dos hormônios femininos que lhe eram aplicados, sofria e não conseguia relacionar-se com ninguém. Na puberdade e adolescência, recusou-se a continuar seu tratamento com John Money.

Um inimigo do Doutor Money, o Doutor Diamond, estudou o caso de Brian e de seus familiares. Percebeu rapidamente a degeneração existente no grupo familiar, com alcoolismo e uso de drogas, que levaram inclusive o irmão de Brian a morrer em uma *overdose*.

[17] No Brasil, há projetos de lei que visam estender cirurgias de mudança de sexo para pessoas a partir de 12 anos de idade.

Brian, já adulto, tomou ciência do experimento de John Money e compreendeu as razões de seu sofrimento, de sua angústia, pois, embora tratado como mulher, sentia-se homem. Brian contou tudo à imprensa, mas isso não é contado pelos ideólogos de gêneros, que escondem esse triste e preocupante episódio do conhecimento público.

O petismo, com a implementação de uma política corrupta, não somente pelo aspecto financeiro e político, objetivou corromper a estrutura moral e ética do brasileiro por meio das chamadas medidas politicamente corretas. A ideologia de gênero, não obstante a mais nociva, é apenas uma delas.

Uma das formas de controlar ou corromper a sociedade brasileira é por meio do medo e da lei. Um exemplo é o Projeto de Lei da Câmara 122, de 2006, também conhecido como PLC 122/2006 ou PL 122, ou ainda Lei Anti-Homofobia.[18]

Trata-se de polêmico projeto de lei brasileiro, apresentado pela então deputada paulista Iara Bernardi, do Partido dos Trabalhadores. A iniciativa tinha como escopo criminalizar a homofobia no Brasil, e o projeto foi arquivado depois de tramitar durante oito anos no Senado, sem obter aprovação. Dois ministros do Supremo Tribunal Federal consideraram esse totalitário projeto de lei como constitucional. Sua idealizadora entendia sua aprovação como urgente.

O petismo, entretanto, a afrontar garantias constitucionais e até os direitos humanos, jamais preocupou-se em ouvir de antemão as entidades religiosas, a destacar as cristãs. Afirma-se isso porque nesse projeto previu-se pena de reclusão de até 5 anos para quem criticasse publicamente as práticas homossexuais, seja quem for. Trata-se de afronta à liberdade religiosa e de expressão de um povo. É a corrupção moral proposta por um partido envolvido em uma centena de episódios de corrupção política.

O Projeto de Lei de Fernando Haddad, no seu programa de governo à prefeitura do Município de São Paulo, prometeu fomentar a inclusão no currículo municipal das temáticas relativas a gênero, idade, raça e etnia, religião, orientação sexual, necessidades especiais etc.

Os marxistas sempre visaram doutrinar as ideias políticas dos professores, a incluir a abordagem de temas como sexualidade, raça, gênero, tudo isso no ambiente escolar. Isso é um legado de Paulo Freire, que começa a perder seu trono na cátedra da doutrinação ideológica comunista nas escolas do Brasil.

Essa prática da doutrinação política e ideológica em sala de aula está enraizada no sistema de ensino como um todo. O PT vinculou a sua ideologia nas salas de aula e assim as noções de cidadania e de política estão contaminadas por conceitos de Karl Marx.

[18] Esse projeto assemelha-se em muito a outros inúmeros espalhados pelo mundo, a exemplificar projeto de Lei C-16, do Canadá, o qual pune aquele que não se dirigir a um transexual com o pronome de tratamento escolhido por este.

A política não é ruim para a sociedade; ao contrário. O errado está em buscar, de forma global, coletiva, as saídas para questões sociais, a modificar o dia a dia do brasileiro por meio de uma educação pobre e ainda a desconstruir valores básicos do aluno, como família, religião e sua própria identidade sexual.

A Constituição Federal, no seu art. 206, estabelece a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas como alicerce da educação. O marxismo de Paulo Freire constitui afronta a esse princípio de pluralidade de ideias na educação. Somente um viés é respeitado. A doutrinação comunista existente nas faculdades federais neste país é o exemplo clássico a ser citado.

A instituição da ideologia de gênero nas escolas, como matéria ou princípio de doutrinação de crianças e jovens, pode levar professores aos bancos dos réus se ensinarem, por exemplo, a reprodução sexual entre machos e fêmeas. Se um transgênero sentir-se ofendido com essa divisão binária, poderá muito bem processar o professor, a escola ou ambos.

Qualquer lei a defender a ideologia de gênero é totalitária e agride frontalmente o direito de expressão.

Todos devem ser tratados com o devido respeito, pois todos assim merecem. Mas não podemos ser obrigados por leis a tratar pessoas da maneira que elas exigem. Por exemplo, não chamar alguém com aparência feminina de ELA. Essa pessoa pode querer ser chamada por um pronome inventado, que eu sequer conheço, como ELX, e, se eu não o fizer, serei processado por discriminação, ofensa ou sabe-se lá o quê. Isso ocorre no Canadá, isso existe na Escandinávia. Isso pode existir no Brasil.

A luta não é contra minorias. A luta é contra o totalitarismo da ideologia marxista, implantada na mentalidade de muitos brasileiros.

9.1 O PT e o imbecil coletivo

Para comprovar esse posicionamento, cita-se o filósofo Antonio Gramsci. Afirmava ele dever o partido (o comunista) ser um intelectual coletivo, no intuito de procurar conquistar a hegemonia, promover reforma intelectual e moral, bem como criar uma vontade coletiva nacional popular.[19]

Essa coletividade buscada por Gramsci, e também alvo da contemporânea esquerda brasileira, é o chamado imbecil coletivo, na feliz expressão de Olavo de Carvalho, cuja síntese de pensamento, extraída de seu livro *O imbecil coletivo*, contribuiu para a redação dos parágrafos seguintes.

O imbecil coletivo, tão avidamente buscado pelos esquerdistas, não é a soma de imbecis individuais; é, na realidade, uma coletividade de pessoas de inteligência comum ou até superior, as quais se reúnem pelo desejo comum de imbecilizar-se umas às outras. (CARVALHO, 1996)

Neste país, o petismo, uma minoria, tenta se passar por porta-voz de grandes massas e sem o consentimento dos integrantes desses grupos. A teoria marxista está aí. Encontra-se nas escolas e universidades. E tenta,

[19] Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=B6p6pU7sZ7g. Acesso em: 1º nov. 2019.

muitas vezes com sucesso, corromper o intelecto desses públicos-alvo, os quais querem passar por intelectuais. Quem não fizer parte dessa linha de pensamento é descartado imediatamente. Não há diálogo, troca de ideias, crescimento intelectual no meio marxista. (CARVALHO, 1996)

O grande legado do PT é a explicação que hoje pode ser dada ao brasileiro: é o conjunto de mentalidades no jornalismo, nas artes, na política, no empresariado, nas escolas, nas faculdades "que rebaixou ainda mais o país à indigência moral, à miséria intelectual do povo brasileiro", nas palavras de Carlos Andreazza, editor-executivo do Grupo Editorial Record. (CARVALHO, 1996)

O totalitarismo iniciou-se no Brasil com a posse de um tucano na Presidência da República, recebendo o reforço petista e de seus fiéis seguidores. Recebeu forte golpe contrário com a eleição de um militar conservador, apoiado por 56.000.000 de eleitores pouco preocupados com o politicamente correto. Mas essa política correta ainda não morreu. (CARVALHO, 1996)

Por meio desse totalitarismo, e isso deve ser levado em consideração, até os anos 1950 e 1960, o esquema revolucionário marxista baseava-se na guerra do proletariado. Esse proletariado era a base revolucionária, a classe destinada a derrubar o capitalismo e implantar o socialismo. (CARVALHO, 1996)
Mas a prática e a realidade mostraram não ter o proletariado nenhum interesse e condição para derrubar o capitalismo, até porque o socialismo não conseguia rivalizar com a realidade capitalista. O proletariado traiu o socialismo. (CARVALHO, 1996)

Era preciso então procurar novas classes sociais para assumir o lugar do proletariado, e descobriram os pensadores de esquerda não existir meio econômico para eleger essas classes. (CARVALHO, 1996)

O caminho a ser escolhido passaria por outros tipos de interesse, os quais, teoricamente, estariam a ser violados pelo capitalismo, como a sexualidade, a psique, questões sociais, desde a insatisfação da mulher com o marido, ou o sujeito que está insatisfeito com o sexo com o qual nasceu, com a raça à qual pertence, sempre a culpar os outros, achando que não gostam da sua cor de pele, quando, na realidade, quem não gosta é ele próprio. (CARVALHO, 1996)

Tudo o que faz alguém se sentir mal, essa é a grande tônica do socialismo moderno, é culpa dos outros. Para manter essa revolta interior, descobriram os socialistas ser imprescindível manter pessoas nessa infantilidade permanentemente. Quanto mais o desgostoso útil é mantido na infantilidade, mais inconformado fica. Uma governadora petista do Rio de Janeiro, no exercício de suas funções, dizia sentir-se ainda como empregada doméstica, oprimida e descriminada. (CARVALHO, 1996)

A geração desse tipo de descontentamento, por sua vez, mantém o infantilismo permanente. Alguém ganha com essa obstinação infantil. Quem controla essa tática socialista são os grandes grupos empresarias e, portanto, capitalistas. São os proprietários dos meios de comunicação e os da indústria do entretenimento. Têm eles acesso direto à militância socialista. Não há mais um partido centralizador a doutrinar tudo. O movimento socialista desmembrou-se em milhares de grupos e ramificações, dirigidos de acordo com os

interesses sexuais, sociais, psicológicos, estéticos etc. É preciso criar um mecanismo centralizador. (CARVALHO, 1996)

Para onde convergem tantas ideias revolucionárias? Quem gerencia os movimentos revolucionários? São os donos dos meios de comunicação. O controle dos movimentos de esquerda pertence aos grandes empresários do mundo. São eles os donos do lucro de tudo quanto é ideia socialista. Ou seja, petistas, comunistas, socialistas lutam em favor da Apple, do Facebook, da Microsoft. Petista não é socialista e isso há muito tempo. (CARVALHO, 1996)

Quem luta por interesse individual, sem estar vinculado a nenhum grupo empresarial, na realidade, é a direita conservadora. (CARVALHO, 1996)

A situação inverteu-se. Quem defende hoje interesses empresariais é a esquerda. Quem defende os interesses do povo é a direita. A ideologia de gênero, por exemplo, o ápice da perversão e subversão, é ferozmente defendida pela esquerda e pelos grandes grupos de comunicação. (CARVALHO, 1996)

Quem ataca as ideias conservadoras do presidente Bolsonaro não é o povo. É a elite do empresariado de comunicação, o *beautiful people* e os partidos de esquerda, os quais acreditam ser os porta-vozes de um proletariado. E esse proletariado não existe mais. Trata-se de modelos, estereótipos, criados por essa intelectualidade distorcida. A mente esquerdista é por natureza alienada. (CARVALHO, 1996)

Essa inversão da perspectiva socialista cria, ainda como exemplo, a permissividade com o crime, a bandidolatria, que não passa da banalização da criminalidade e da condenação da inocência. As notícias sobre o jovem abatido por um franco atirador da Polícia Militar do Rio de Janeiro, na ponte Rio-Niterói, são o exemplo dessa manipulação da informação a serviço de uma desconstrução social. (CARVALHO, 1996)

9.2 O PT e a desinformação

Questões interessantes, dentro dessa realidade de veracidades frágeis, criadas pelos meios de informação, é a queda do comunismo na extinta União Soviética. De onde surgiram tantos bilionários quando esse país se fragmentou? A resposta está na existência de uma economia privada na União Soviética, a qual era responsável por manter o país andando. Mas oficialmente a economia privada não existia naquele país. Oficialmente, o que existia era algo quimérico, uma economia estatizada, a qual nunca funcionou, um embuste e que, por isso, nunca gerou prosperidade, jamais alavancou a economia daquelas repúblicas.

Há falsificadores da realidade social no mundo inteiro. Essa é também a realidade no Brasil, a herança deixada pelos governos tucano e petista. A bandidolatria, a tentativa de implantar a ideologia de gênero, a teologia da libertação, em poucos exemplos, são a inversão da realidade, já implantada pelos meios de comunicação e por instituições, como parte do clero da Igreja Católica. A ideia é criar a visão de uma sociedade ao contrário. Para o comunismo não é a realidade que produz as ideias, mas são as ideias que produzem a realidade.

O PT foi pródigo na implementação dessa tática nos seus anos de governo, o que já era feito por seu antecessor. Alimenta-se a sociedade diuturnamente com estereótipos, estupidez e relativismo moral. Fruto dessa insensatez e falsidade é o discurso da vereadora carioca assassinada ao chamar a Polícia Militar do Rio de Janeiro de órgão armado, cruel e opressor da burguesia branca, com a incumbência de matar os negros da favela. Todavia a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro é composta em grande número por negros. (NOBRE, 2010) O total desrespeito pela realidade é a opção pela fantasia. Se quiser irritar um conservador, conte-lhe uma mentira. Se quiser irritar um esquerdista, conte-lhe a verdade. A mentira lhes entorpece.

O conhecimento real da sociedade, nesse quadro de massificação de ideias, passa a ser feito por indivíduos isolados. Não há uma representação da realidade. Não há faculdade para isso, jornais, instituto, partido político. Quem está sozinho não se sujeita a uma linguagem banalizada. Vê, fala e escreve aquilo que percebe.

A ideologia de gênero tem como um de suas propostas, embora não a principal, desconstruir a identidade sexual de crianças e adolescentes e assim inverter valores de uma sociedade equilibrada, sã, responsável e cristã.
Quem hoje fala contra a ideologia de gênero são indivíduos isolados. A mídia, artistas, filósofos, academia e até tribunais, muitas vezes desconhecendo suas raízes e propósitos, a defendem.

9.3 Deformidade e depravação

Duas lésbicas feministas aleijaram o menino Rhuan. Cortaram seu pênis como tentativa de reverter seu sexo. As duas lésbicas confessaram o crime. Uma delas era a mãe da vítima. Tentaram as duas, com instrumentos rudimentares da cozinha da casa, fazer uma vagina para o garoto.

Muitas vezes, fala-se de feminismo e gênero como se fossem ideais de igualdade absoluta e liberdade completa. Para o comunismo revolucionário, essas duas paixões são as que mais o servem: o orgulho e a sensualidade. (OLIVEIRA, 2009, 26)

No *Dicionário crítico do feminismo*, livro escrito por feministas, a partir dos anos 1990, surgiu nos Estados Unidos um novo desvio de gênero. A autora chega a usar exatamente os seguintes termos: ultrapassar o gênero, “embaralhando”, “desordenando”, “perturbando”, as categorias de sexo e sexualidade. (HIRATA, 2009, p. 228)

O que ocorreu com Rhuan tem direta relação com ideologia de gênero, como o caso de David, já citado como experimento do Doutor John Money (Brian Reimer não quis retomar seu nome inicial, escolhendo chamar-se David).

As ideias socialistas para mudança de gênero têm consequências ruins. Os experimentos fracassados e truculentos dos movimentos feministas estão sendo identificados no mundo inteiro, mas muito pouco divulgados.

Adrianne Rich, no seu intitulado *Heterossexualidade compulsória e existência lésbica*, registrou: "A heterossexualidade, assim como a maternidade, necessita ser reconhecida e estudada como uma instituição política. Em um mundo de genuína igualdade, onde os homens fossem não-opressivos e educados, todos seriam bissexuais".[20]

A ideologia de gênero, sem alarde e debate, já está sendo implantada nas nossas escolas, sem nenhuma consulta aos pais. Não há nela base científica, sequer filosófica. Com essa agenda, também se propaga a mudança de sexo. Mas nem tudo é revelado.

Aliás, militantes feministas tiraram proveito de seus insucessos. Fracassaram diversas vezes ao tentar vender ideologias mais radicais para as mulheres em geral, deram-lhe cores novas.

Cultores do gênero têm conhecimento de não ser proveitoso enfrentar diretamente a família e o casamento. Não há aceitação social nesse sentido. Betty Friedan e Simone de Beauvoir tinham propostas revolucionárias nos anos setenta do século XX, mas chamativas para universitárias, e não no nível social. E muitas universitárias acabaram por se casar e constituir família. (SKALA, 2015, p. 81)

Hoje, há mais cuidado com os termos usados para não revelar os verdadeiros objetivos. Sexo lembra mais a relação sexual ou atividade sexual. Gênero é mais delicado e até refinado. (O'LEARY, 1997)

Na realidade, a interpretação do termo gênero, para seus ideólogos, ampliou-se para definição distinta da palavra sexo para exprimir "a realidade de que os papéis e as condições dos homens e das mulheres são estruturados socialmente e estão sujeitos à mudança". (SCALA, 2015, p. 64)

É uma ideologia com intrínseca falsidade e, se fosse imposta, aniquilaria o ser humano no seu núcleo mais íntimo, e assim terminaria com a sociedade.

Seu escopo principal é principalmente, além de destruir a identidade sexual das crianças e dos adolescentes, por meio de discurso, como já dito, desmantelar o homem e a família, mas sem trucidá-los, apenas substituí-los. É a ideologia do mal.

O candidato à presidência da República pelo PT em 2018, enquanto prefeito da maior cidade do país, como já dito, foi autor de polêmico projeto de tentativa de implantação da ideologia de gênero nas escolas, em conformidade com o seu caderno de propostas da 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, realizada entre 24 e 27 de abril, em Brasília. Para ele, identidade de gênero seria "uma experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo

[20] Disponível em https://www.algosobre.com.br/psicologia/heterossexualidade-compulsoria-a-obrigacao-de-desejar-o-sexo-oposto.html. Acesso em: 30.out. 2019.

(que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos e outros)"[21]. Também tentou implantar o kit gay para crianças a partir de 11 anos de idade.[22]

Imposta ou não, com o passar dos anos, e talvez já esteja a ser percebido, a ideologia de gênero deixa vítimas, "pessoas e sociedade frustradas e infelizes".[23]

Um exemplo dessa infelicidade e frustração são as cirurgias de mudança de sexo, uma forma de cada um construir seu sexo psicológico e físico como tentativa de alterar o sexo biológico. Não obstante, as taxas de suicídio são altíssimas após a cirurgia de redesignação sexual. O Centro Nacional pela Igualdade de Transgênicos relatou, em 2015, terem 40% das pessoas identificadas como transgênicos tentado o suicídio.[24]
Na contramão dessa estatística faz-se propaganda inflada sobre uma irreal multiplicidade de gêneros e as cirurgias de redesignação sexual, perigosa e irresponsavelmente cada vez mais populares, as quais, por óbvio, não mudam o sexo de ninguém. Pode-se chamar homens *trans* ou mulheres *trans*, mas o código DNA não é modificado por bisturis, agulha e linha. Cada vez mais aumenta a trapaça ideológica sexual.
Para entender ideologia de gênero, transgênero e feminismo, é primordial conhecer o marxismo. Este não se resume a uma teoria econômica morta. O que há de mais perigoso no marxismo é a teoria social. O PT sabe muito beber nessa fonte para depravar a infância e a juventude e assim conquistar seus eleitores de uma forma definitiva.

Feministas há décadas seguem Karl Marx, embora com algumas revisões. Daí também ser imprescindível ler *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*", de Engels. Também contribuirá o livro de Shulamith Firestone, *A dialética do sexo*". A dialética de Marx sofreu uma mutação e transformou-se na dialética do sexo, na feliz conclusão de Dale O'Leary, no seu esclarecedor artigo "A Agenda de Gênero, Redefinindo a Igualdade".

A violência doméstica é a violência praticada por um ser humano contra o outro. A violência doméstica não apresenta apenas mulheres como anjos e homens como demônios, que nascem para praticar violência. Homens e mulheres cometem violência. O caso do menino Rhuan (ou David) é exemplo marcante dessa conclusão.

Uma rara feminista esclarecida é Camille Paglia, que afirma ser abuso aplicar a ideologia de gênero nas crianças. Segundo essa pensadora, somente existem dois sexos, determinados biologicamente. Há, não se nega, a androginia, mas um número muito pequeno de casos.
Direitos humanos são padrões a comprometer todos, mas não podem eles ser estendidos para atenderem agendas ideológicas.

[21] Disponível em: http://grupodignidade.org.br/consultapublica/4-identidade-e-expressao-de-genero/. Acesso em: 30 out. 2019.
[22] Disponível em: veja.abril.com.br/blog/reinaldo/programa-de-haddad-propoe-incluir-no-curriculo-escolar-temas-como-orientacao-sexual. Acesso em: 1º nov. 2019.
[23] *Ibidem*, p. 22.
[24] Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/suicidio-entre-transgeneros-o-que-precisa-ser-feito-sobre-isso-7d50jx3db758rr1aidd10bl9t/. Acesso em: 1º nov. 2019.

Assim se manifestou o Arcebispo Renato Martino, delegado da Santa Sé nas Nações Unidas, ao delinear a diferença entre direitos humanos de fato, intrínsecos à pessoa, e as investidas para adulterar a ideia de direitos humanos:

> Atualmente existe uma tendência a acreditar que foi a sociedade que formulou os que são conhecidos como direitos humanos. Entretanto, os direitos humanos são tais exatamente porque eles são inerentes à dignidade da pessoa humana. Uma sociedade pode reconhecer ou violar direitos humanos, mas ela não pode manipular a existência dos direitos humanos, já que estes direitos precedem o próprio Estado. (O'LEARY, 1997)

Submeter uma criança, que pensa não pertencer ao gênero biológico no qual nasceu, a procedimento psicológico de incentivo a uma futura redesignação de sexo, ou fornecer-lhe hormônios para desacelerar a puberdade, é cometer abuso infantil. É ato de violência aos direitos da criança não aguardar seu processo natural de amadurecimento.

Não se pode construir o gênero livremente, pois, se isso fosse possível, estaria a ser refutada a complementariedade dos sexos, e a heterossexualidade para o casamento seria concepção escandalosa. (SCALA, 2015, p. 25)

10. O PT E O ABORTO

Por qual razão o aborto é tão importante para a esquerda?

Há várias fundações internacionais, como a Ford Foundation, Open Society Foundation, Rockefeller, com escopo abortista. Todas essas agendas abortistas querem entrar no Brasil, mas não pelo Congresso, onde costumam perder. (CRITCHLOW, 1999, p.3)

As grandes fundações internacionais usam seus milionários fundos para fins políticos. Esses fundos são fruto da acumulação de poder econômico e de influência cultural, sob o controle direito de uma classe de administradores desses recursos com isenção perpétua de impostos. Surge dessa forma uma elite de controle de recursos financeiros sem precedentes, a operar fora dos processos democráticos. Molda o contorno da humanidade de acordo com a imagem de seus próprios conceitos de valor. Fundações raramente impõe sua ideologia de maneira explícita. Todavia, frequentemente o fazem por meio da seleção dos beneficiados e a aprovação ou rejeição de temas sugeridos e dos métodos de pesquisa.[25]

No campo da medicina, suas contribuições são de valor inestimável. Mas, na educação, nos negócios internacionais e nas conhecidas ciências sociais, suas influências são nefastas.

Agora a porta de entrada do aborto no Brasil é o Poder Judiciário. No Brasil, infelizmente, ao contrário dos Estados Unidos, não há muitas ferramentas para barrar o Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal. Nossa Constituição Federal, por exemplo, não é clara nesse aspecto. Não há lei específica

[25] Disponível em: http://grupodignidade.org.br/consultapublica/4-identidade-e-expressao-de-genero/, p. 16. Acesso em 4. nov. 2019

para cuidar da conduta de um ministro da Suprema Corte do país. Seria preciso criar uma lei para impichar um ministro com tantos poderes.

O Supremo Tribunal Federal, com grande parte dos seus componentes escolhida pelo Partido dos Trabalhadores, quer aprovar o aborto. As ideias da Open Society ecoam com grande simpatia nessa corte. O mais estranho é não ter a maioria dos brasileiros simpatia alguma pelo aborto.

Nos anos 1980, 60% da população brasileira atribuíam à mulher a capacidade de escolha para praticar o aborto. A partir daí, iniciou-se no país campanhas pró-vida, e, nos anos 1990, o número de pessoas contra a legalização do aborto subiu e hoje esse número é de 59%.[26] Até mesmo a mídia divulgou esse número pouco antes das eleições presidenciais de 2018.

Todavia o Supremo Tribunal Federal tenta aprovar o aborto, seguindo os discursos globalistas, como de Hillary Clinton, a qual afirma ser terrorista todo aquele que se posicionar contrário ao aborto. Essa senhora atua escancaradamente a favor do aborto.[27]
Na América Latina, a citar a Argentina em destaque, há movimentos muito bem organizados para apoiar o aborto. Há indiscutível coordenação. Por ser a América Latina mais religiosa, essa questão é mais melindrosa, mais difícil de ser aprovada pelos políticos, daí as tentativas de encontrar atalhos nas Supremas Cortes.

Em abril de 2016, o PT incluiu oficialmente a descriminalização do aborto como diretriz do programa de governo para o segundo mandado do presidente Lula. E quatro dias antes do primeiro turno das eleições, o próprio presidente incluiu o aborto no seu programa pessoal de governo, o que foi considerado uma vitória das feministas do PT, em conformidade com a página oficial do *site* dessa agremiação política.[28]

A eleição do presidente Bolsonaro foi um golpe contra os interesses dos abortistas. Imaginavam estar a direcionar a opinião pública para a aceitação dessa agenda global e perceberam, com o resultado das eleições, ser fraca a sua estratégia de dominação cultural. O brasileiro ainda vê o aborto como ato maléfico. Pois bem, esse erro não foi trabalhado no Brasil, nem em outros países latino-americanos.

O aborto é essencial na estratégia comunista para quebrar a moral, a família e valores cristãos. Desestruturar o Cristianismo é importantíssimo. Aliás, esse procedimento foi usado nos Estados Unidos nos anos 1970. No início, grande parte da população norte-americana era contrária ao aborto. Por pressão da esquerda, aprovou-se a lei abortista. Mas a maioria das pessoas, embora contrária às diretrizes da lei, não pensa muito a respeito. Limita-se a pensar que nunca faria isso. E pouco a pouco é direcionada a raciocinar pelo ideal feminista, o qual separa os homens das mulheres.

[26] Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/maioria-dos-brasileiros-e-contra-a-legalizacao-do-aborto-no-pais-confirma-pesquisa-2guhke1vem51qorqoyca8z3ow/. Acesso em: 1º nov. 2019.
[27] Disponível em: https://complemento.veja.abril.com.br/mundo/as-propostas/. Acesso em: 1º nov. 2019.
[28] Disponível em: http://www.pesquisasedocumentos.com.br/silencioabortolegal.pdf. Acesso em 4.nov. 2019

Os comunistas colocam a ideia insidiosa de ser a maternidade, bem como o casamento, um campo de concentração. Para tanto, as feministas tentam afastar a mulher do seu papel social no lar. Diz Simone de Beauvoir na obra *O segundo sexo*:

> Um parasita a sugar a vida de outro organismo [...] a dona de casa não caminha para a criação de algo durável [...]. O trabalho que a mulher faz dentro de casa não é diretamente útil para a sociedade; não produz nada. A dona de casa é subordinada, secundária, parasítica. É para o seu bem que a situação tem de ser alterada de modo a proibir o casamento como uma "carreira" para as mulheres. (CAMPAGNOLO, 2019, p. 49)

Assim diz Vivian Gornick: "Escolher servir e ser protegida, e planejar ser uma geradora de família, é uma escolha que não deveria existir. O cerne do feminismo mundial radical é alterar isso". (CAMPAGNOLO, 2019, p. 50)

Esses pensamentos feministas esquerdistas têm efeito destrutivo sobre a moral e a família. Tais bandeiras levam as mulheres a consentir com o assassinato de crianças nos seus ventres e de maneira significativa, brutal. Comprometem essas ideias a estrutura moral de todo um país, como largamente feito no Brasil.
Move-se, no nosso país, principalmente na mídia e nas universidades, o marxismo-leninismo. O seu núcleo é sempre uma ideia assassina, uma estratégia calculada com muito cuidado para, a longo prazo, causar inúmeras mudanças na moral, na psicologia e na política do Brasil.

A vitória conservadora na eleição presidencial do Brasil em 2018 é a tentativa de reconquista da moral, da decência e da preservação do Cristianismo de 2000 anos. Consiste na verdadeira defesa da moral e da identidade sexual das crianças, como preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A esquerda deve ter reconhecido que subestimou as forças conservadoras brasileiras.

Mas é preciso planejar a quebra dessa dignidade, desse decoro neste país, pois há a séria possibilidade de a sociedade alimentar cada vez mais sentimentos contra o marxismo cultural já instalado há décadas na sociedade brasileira.

11. O PT – MAIS ABORTO E A DESINFORMAÇÃO

As personalidades comunistas, ou seja, os pensadores de esquerda raciocinam de forma perversa. São muitas vezes instáveis e psicologicamente perturbados. Mas alguns, intelectualmente, destacam-se.
Essa qualificação natural, essa mais elevada organização psicológica, amplifica as diferenças psicológicas entre os indivíduos. O homem tem a mais alta organização e por isso essas diferenças entre indivíduos são mais acentuadas. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 47)

Dessa forma, grupos que se encontram no poder impõem padrões extrínsecos sobre os demais. Assim agiu o lulopetismo durante o tempo em que permaneceu no comando do país: todavia, de maneira mais incisiva do que todos os outros grupos que o antecederam.

Essa imposição de padrões entorpeceu as atividades críticas e manteve em baixo nível o desenvolvimento da personalidade de pelo menos uma geração de brasileiros. Esse processo é demasiado eficaz diante de uma significativa distribuição de capacidade intelectual.

Pessoas com muito talento são uma pequena porcentagem. Aqueles com alto grau quociente de inteligência resumem-se a muito poucos por mil. E aqueles que mal conseguem dominar a aritmética básica e a arte de escrever são a maioria, pessoas normais e cuja inteligência adéqua-se à dominação. (LOBACZEWSKI, 2014, 47)

A moral do brasileiro, povo pouco instruído na sua grande maioria, foi drasticamente alterada em poucas décadas, iniciada com a saída dos militares do poder. Com essa alteração de poder, o brasileiro herdou hábitos mais à esquerda.

Seus atos são sempre guiados pela maldade. São especialistas em plantar sementes nas mentes das pessoas. Após, esperam o desenvolvimento desses embriões. Conhecem a vulnerabilidade das sociedades, tanto pela parte dos homens como pelas mulheres, sempre sujeitos a determinadas impressões. A desinformação é uma das armas mais usadas pela esquerda.
Quem conhece bem essa tática é Ion Mihai Pacepa, ex-chefe de espionagem do regime comunista da Romênia e principal conselheiro do ditador Nicolae Ceausescu, o qual afirma terem mais pessoas no bloco soviético, durante a Guerra Fria, trabalhado na *desinformação* do que no exército e na indústria de defesa somados.

O escopo era enganar o Ocidente e seus povos. A KGB criou em segredo organizações internacionais de *desinformação*. Muitos jornais em inglês e francês trabalhavam para esse tipo de serviço, típico da mentalidade comunista. Alguns exemplos dessas organizações: a União Internacional de Estudantes, presente em 152 países, a Federação Mundial da Juventude Democrática (presente em 210 países), a Federação Mundial dos Sindicatos (presente em 90 países). (PACEPA, 2015, p. 72)

As feministas, em sua maioria munidas de técnicas de desinformação (falsificando números de abortos clandestinos e de mortes),[29] sabem atacar a maternidade, sugerindo o aborto, porque é trabalhoso cuidar de crianças e caber tal tarefa, preponderantemente, às mulheres, principalmente nos primeiros anos da infância.
O argumento pró-aborto também se vale da revolução que modificou os papéis masculino e feminino nas últimas cinco décadas. A mulher sempre esteve mais dotada de maior sentimento de responsabilidade quanto à maternidade. Ao homem, normalmente, cabia trazer os proventos, a renda para dentro de casa e assim manter a família alimentada e em segurança.

Em diversas culturas, isso é denominado patriarcado. Trata-se de divisão tradicional das atribuições em um lar, e isso em diversas culturas. A esquerda chama esse papel da mulher de “pressão”, de “escravidão”, de “exploração”.

[29] Costuma-se dizer morrerem um milhão de mulheres no Brasil todos os anos em razão da utilização de técnicas não seguras de aborto, quando na verdade esse número, em 2015, foi de 56. Disponível em: (https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/quais-sao-os-verdadeiros-numeros-sobre-aborto-no-brasil-ez2wi4lignffwy4hha6nff51j/. Acesso em 4.11.2019

Essa semente plantada na mente feminina, regada pelas frustrações naturais da maternidade, faz com que germine a concepção de injustiça. Mas nada no mundo é igual. Não existe forma de contornar esse papel da mulher mãe e dona de casa. O homem não é dotado desse instinto. Homens não têm sentimentos tão fortes para com os filhos como mulheres os têm.

O que o petismo, por meio de seus deputados, vereadores, senadores, governadores, ministros, secretários e presidentes da República, sempre fez foi tentar, com suas políticas públicas e propaganda, romper esses sentimentos de maternidade, como satanás a soprar no ouvido de Eva a ideia de ser injusto não se poder optar pelo aborto por encontrar-se a mulher sobrecarregada pela maternidade. Essa voz sussurrante do aborto é maligna. A mulher exerce papel vital na família, o qual também é um voto moral.

O PT, como agente corruptor do sistema econômico do Brasil, também busca com ansiedade corromper o instinto feminino da maternidade.

O PT não conseguiu vencer Jair Bolsonaro porque, dentre outros aspectos, não obteve êxito de no passado em conquistar o apoio do brasileiro ao aborto. A estratégia comunista, nesse ponto, até o presente momento, falhou no Brasil.

Agora é preciso, por meio do Supremo Tribunal Federal, não pelo Congresso, tornar o aborto prática aceitável no Brasil. Assim ocorreu nos Estados Unidos. Lá a população não foi convencida de ser o aborto algo bom, o que também não ocorrerá no Brasil. Ninguém votou a favor do aborto na América, nem o fará no Brasil. Basta, como lá foi feito (Roe vs. Wade), a Suprema Corte brasileira impor a concepção de ser um direito constitucional matar-se uma criança no ventre da mãe.

Retirar o direito de nascer passa a ser um voto moral. Matar um ser humano indefeso, e muitos serão do sexo feminino, está a ser tratado como direito inalienável da mulher e por consequência mulheres poderão privar a criança pré-nascida de seu direito maior, de continuar a viver, não porque o Congresso, formado por representantes do povo, decidiu dessa maneira, ou porque eleitores foram ouvidos em um plebiscito, mas porque onze ministros, alinhados com políticas globalistas, assim determinaram.

Todos os países estão comprometidos com essa pouca ou nenhuma valorização da vida humana. Todos nós estamos desmoralizados. Mulheres foram convencidas no mundo inteiro de sobreporem-se seus anseios e conveniências à vida humana.

Bolsonaro venceu as eleições presidenciais de 2018, mas quem de fato governa o Brasil é o Partido dos Trabalhadores e sua decadente cultura marxista. Lula, alicerçado no Foro de São Paulo, é efetivamente o presidente deste país.

A direita no Brasil soube organizar-se para vencer, até surpreendentemente, a eleição presidencial. Mas está desestruturada para governar, como sempre esteve. Em todo o tempo, as forças conservadoras permitiram a

infiltração da cultura marxista na sociedade brasileira, desde a época dos militares. E essas forças, mais vivas do que nunca, continuam a impor-se.

É preciso agora vencer os futuros Bolsonaros, como já ocorreu no Canadá, nos Estados Unidos, na Europa e na Austrália. Mulheres, principalmente as jovens, são jogadas contra as ideias conservadoras, contra a moral cristã. Não é fácil mudar a cabeça de uma mulher mais velha, normalmente mais religiosa. Mudanças de paradigmas, como comumente falado, é mais fácil de ser implementado nas mulheres mais jovens.

A geração futura de mulheres (crianças e adolescentes) do Brasil será corrompida (como já está sendo) por agentes da área de educação, para se tornarem mais feministas. Quanto mais jovem é uma menina, mais fácil se torna construir essa imagem em sua mente.

Ademais a maioria esmagadora de estudantes é do sexo feminino, principalmente nas faculdades,[30] as quais foram tomadas por marxistas e pela cultura comunista marxista. E a propaganda faz com que homens não sejam bem-vindos nas discussões pró-aborto, porque as mulheres, nesse contexto de esquerda, foram separadas dos homens.

A grande tentação para o aborto encontra-se na realidade da mulher pobre que já tem quatro ou cinco filhos. Grávida de mais um, imagina ser o aborto algo errado, mas, se for legal, fica menos pesaroso ceder e matar a criança. Feito o aborto, a mulher terá de lutar contra o sentimento de culpa.

Aí surge o argumento, muito defendido pelo petismo, de ser o aborto um direito, a expressão da liberdade da mulher, e tratar-se de opressão o pensamento antiaborto alicerçado em crenças religiosas, devendo, inclusive, ser essa prática aplicada à força, se necessário, como pronunciado pela Senhora Clinton.[31] É uma construção falsa, pois o verdadeiro terrorismo consiste em ceifar a vida humana ainda no útero.

O comunismo corrompe a mente da mulher, a fazer que ela pense ter praticado um ato legal. A tentação transforma-se assim no próprio induzimento, na própria persuasão. Leon Trotsky dizia que, "se realmente queremos transformar a vida, temos que aprender a olhá-la através dos olhos das mulheres", e isso foi o que fez a Revolução de 1917.[32] É isso que a mesma revolução quer implantar neste país e no mundo.

O aborto é venenoso. Isso tem de ser explicado às mulheres. A Europa, os Estados Unidos, a Austrália e o Canadá já mataram centenas de milhões de seres humanos ainda no útero nas últimas quatro décadas. E agora chegou a vez da América Latina.

[30] Disponível em: http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/mulheres-sao-maioria-na-educacao-superior-brasileira/21206. Acesso em: 1º nov. 2019.
[31] Disponível em: https://noticias.gospelmais.com.br/hillary-clinton-promete-usar-poder-combater-religiao-76541.html. Acesso em: 1º nov. 2019.
[32] Disponível em: https://www.esquerdadiario.com.br/Russia-revolucionaria-o-primeiro-pais-a-legalizar-o-aborto-ha-quase-100-anos. Acesso em: 1º nov. 2019.

12. O PT E A AGENDA LGBT

Essa corrupção também é feita contra homens e mulheres ao propor o PT o casamento homossexual. Tal proposta é ataque direto à moral, porque toda moral defende o casamento entre um homem e uma mulher para gerar filhos.

Casamento gay não é para gerar filhos. Não se trata de uma relação especial para trazer vida ao mundo, até por ser isso impossível. Pode-se até adotar, mas nunca uma união desse tipo gera vida.
Comunistas tentam dizer ser a união gay tão sagrada como um homem unido a uma mulher. Mas a Igreja sempre disse ser a prática da homossexualidade abominação aos olhos de Deus e em hipótese nenhuma essas uniões podem ser aceitas.[33]

Casamento homossexual confronta-se com Igreja, com sua moral e com a família. Não se trata de discriminar injustamente o homossexual, o que não é cristão, como previsto no citado parágrafo do Catecismo da Igreja Católica (*evitar-se-á para com eles todo sinal de discriminação injusta*), mas não aceitar a prática homossexual, por incidir essa conduta na perdição da alma, e, por isso, "em caso algum podem ser aprovados",[34] bem como fragilizar a família e limitar a reprodução humana, a grande bandeira das grandes fundações mundiais.

Não é à toa a luta do marxismo para descristianizar crianças e adolescentes, bem como a sociedade inteira.
A Bíblia é o freio para as propostas das grandes fundações internacionais, como a Ford, as quais financiam a esquerda. Investem elas grandes somas para modificar a moral sexual popular e a dissidência dentro da Igreja Católica, os movimentos homossexuais no mundo inteiro e a educação sexual liberal.[35]

CONCLUSÃO

O Partido dos Trabalhadores provocou no brasileiro acentuada deficiência de julgamento. Percebemos muito mal o mundo que nos cerca, os valores morais e a noção densa da realidade. O brasileiro, nesses últimos anos, foi reduzido a um povo de sonsos.

Nesses últimos 30 anos, perdeu-se a capacidade de ver o sublime, o elevado e o belo. Basta contentar-se com a mediocridade. Importa tão somente viver de maneira pequenina, medíocre, estúpida. O pensamento petista é sempre banal, raso, nada engrandecedor. A limitação intelectual e moral de alguns de seus principais líderes, alguns até a proferir discursos desconexos com o bom senso e a realidade, quando não motivo de riso, contaminaram mentes mais fracas. Um exemplo é o inverídico discurso do chefe do PT ao ser posto em liberdade: o culpado são os outros, ele é uma vítima indefesa de uma armação política. Nada mais do que um marketing político, verossímel para néscios.

---

[33] Parágrafo 2357 do *Catecismo da Igreja Católica* (São Paulo: Editora Loyola, 2000, p. 610)
e Carta de Paulo à Igreja de Roma, capítulo 1, versículo 27, *Bíblia de Jerusalém*, Novo Testamento (São Paulo: Edições Paulinas, 1976, p. 410).
[34] Parágrafo 2357 do *Catecismo da Igreja Católica* (São Paulo: Editora Loyola, 2000, p. 610).
[35] Disponível em: www.realwomenca.com/newsletter/1998_Sept_Oct_article_2.html. Acesso em: 1º nov. 2019.

Grande parte da juventude, principalmente, tornou-se inepta, sem senso prático, sem capacidade de resolver pequenos problemas cotidianos. Para se resolver um problema, é preciso resolver a vida inteira. Não se descobrem inteligências nas faculdades de Filosofia, Sociologia e História deste país, apenas militantes inconsequentes e intelectualmente limitadíssimos. O estudante brasileiro é um dos piores do mundo, com nível de aproveitamento inferior ao de países mais pobres.[36]

O Brasil é o país onde todos acham que tudo vai dar errado. A incapacidade prática de um contamina a incapacidade prática do outro. No Brasil, cultura é algo e vida prática é outra coisa. Quanto mais fragilizado o ser humano está, mais ele cai nas armadilhas de um sistema totalitário. Uma ou duas gerações foram comprometidas, tornaram-se impotentes diante da vida.

O ambiente físico trazido pelos anos de corrupção corrompeu até a inteligência do brasileiro. O brasileiro tornou-se um mau conselheiro. Seu casamento está ruim? Separe-se logo. Arranje outro homem ou outra mulher.
Fracassar no Brasil é algo normal. Só um ou outro se deu bem, é porque roubou. Os petistas "se deram bem" porque são corruptos. Muitos brasileiros pensam exatamente assim.

Pensamos de uma maneira pequena, pobre, rasa e até doentia. O Brasil é o país mundial da depressão. O meio decadente herdado da esquerda arrastou as mentes para baixo em todos os sentidos.[37] O justo é o que os outros me alimentem. É assim que se pensa neste país (daí a política das cestas básicas, dos perenes programas federais de ajuda às famílias pobres, como Bolsa Família etc.). Alimentar a mim mesmo passa a ser injusto. Cabe ao outro a obrigação de dar-me comida. É por isso que temos quase 60.000 homicídios por ano, cifra alcançada nos governos do PT.[38] Com a mentalidade comunista, o Brasil tornou-se um país de broncos, de assassinos e de sub-humanos. Nos países onde o comunismo não é bem visto, é normal o ser humano dar certo.

Milhares de brasileiros foram entorpecidos, acostumados com o errado, com a desonestidade, com a imoralidade durante anos. E esse caos moral tornou um juiz honesto numa celebridade. Mas ser honesto é o que todos deveriam esperar e surpreender-se com o juiz desonesto.

Com um governo petista, a pior coisa a fazer é nascer no Brasil. A segunda pior coisa, é continuar a viver no Brasil. O Partido dos Trabalhadores forneceu ao brasileiro forma pequena, diminuta de existência, de criticar as elites (veja o que acontece quando uma menina negra morre em um confronto entre bandidos e policiais em um morro do Rio de Janeiro). No Brasil, vive-se abaixo da existência humana, porque o brasileiro acredita nisso. É preciso agora reconstruir tudo.

Para superar isso, a incapacidade de avaliar, é preciso em primeiro lugar tomar necessariamente consciência dessa insuficiência, de ser a corrupção algo anormal, de não ser possível tolerar corruptos e sua falta de

[36] Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/ensino-brasileiro-fica-estagnado-entre-os-piores-do-mundo-mostra-pisa-20595631. Acesso em: 1º nov. 2019.
[37] Disponível em: https://exame.abril.com.br/ciencia/brasil-e-campeao-mundial-em-depressao-diz-oms/. Acesso em: 1º nov. 2019.
[38] Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/brasil-registra-quase-60-mil-pessoas-assassinadas-em-2017.ghtml. Acesso em: 4 nov. 2019

valores morais. É imprescindível compreender tratar-se de loucura alguém defender os pseudovalores dos petistas e as táticas de manipulação do Foro de São Paulo. Defender esse tipo de gente é demonstrar comportamento anormal.

Por décadas, principalmente nos últimos anos, o brasileiro foi impactado pelo caos da desonestidade, dos discursos mentirosos e desconexos, pela corrupção moral dos dirigentes do país em todos os níveis, pelos abusos dos detentores do poder, da mídia massificadora de opiniões.

Muitos perderam a noção da grandiosidade da humanidade e foram tratados como minorias dignas de dó, incapazes de lutarem por si próprias. Não houve um choque de inteligência, mas tão somente de massificação *emburrecedora*, *cultuadora* de carnaval, de sensualidade desregrada, de religiões animistas, tão defendidas no Sínodo da Amazônia, nada que seja apto para edificar a humanidade e a espiritualidade de um povo. Há algo errado quando a massa cultua cantores de funk.
A esquerda elevou o fatalismo ao último grau. Sua vida é ruim por culpa das elites. E assim somente o Estado pode resolver os problemas do povo por meio de políticas públicas. A Campanha da Fraternidade de 2019, da Igreja Católica no Brasil, é o reflexo dessa pobre e nociva intelectualidade alimentada pela esquerda.

O brasileiro deve retomar a sua sanidade, a sua centralidade, reconquistar o poder de sua própria vida. Esse poder é o que nos acompanha até o túmulo. O brasileiro deve aprender a vencer os males acarretados pelos corruptores do poder e das mentes e concluir não ser o universo hostil e terem solução os seus pequenos e grandes problemas, sem ter que decidir pelo politicamente correto ou exigir tudo do Estado. Ousar ser responsável por si mesmo e autêntico. É o que se aguarda de um povo que se libertou da esquerda ou que pelo menos, em 2018, deu passo importante para isso. Não obstante, para consertar esse estrago de quase uma década e meia, serão necessárias pelo menos cinco.

Resumindo, o PT, para a moral do povo brasileiro, é o caos. “Qual é o rumo espontâneo do caos senão uma indecifrável acentuação de si próprio?”[39]

REFERÊNCIAS

CAMPAGNOLO, Ana Caroline. *Feminismo*: perversão e subversão. Campinas: Vide Editorial, 2019.

CARVALHO, Olavo. *O imbecil coletivo.* 2. ed., revista e piorada, 1996. [s.l.].

CARVALHO, Olavo. *Quem tem o verdadeiro poder no governo Bolsonaro*? Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Wgd62KYJbcw&t=16s. Acesso em: 1º nov. 2019.

CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

[39] OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. *Revolução e contrarrevolução*. São Paulo: Instituto Plínio Corrêa de Oliveira, 2009, p. 159.

CRITCHLOW, Donald T. *Consequências pretendidas, controle populacional, aborto e o governo federal na América moderna*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1999.

FIRESTONE, Shulamith. *The Dialect of Sex*: the case for feminist revolution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2003 (1970).

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção transnacional, compliance e investigação criminal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HIRATA, Helena *et al.* (Orgs.) *Dicionário crítico do feminismo.* 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

LOBACZEWSKI, Andrew. *Ponerologia*; psicopatas no poder. Campinas: SEDET, 2014.

NOBRE, Carlos. *O negro na Polícia Militar*. Rio de Janeiro: Luminária Acadêmica, 2010.

O'LEARY, Dale. *A agenda de gênero* – redefinindo a igualdade (condensado da obra de Dale O'Leary *The Gender Agenda*. Lafayett, Lousiana: Vital Issues Press, 1997.

OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. *Revolução e Contrarrevolução*. São Paulo: Instituto Plínio Corrêa de Oliveira, 2009.

PACEPA, Ion Mihai. *Desinformação*. Campinas: Vide Editorial, 2015.

PAOLA, Heitor. *O eixo do mal latino-americano e a nova ordem mundial*. São Paulo: É Realizações, 2008.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.

PETERSON, Jordan B. *12 regras para a vida* – um antídoto para o caos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

ROCHA, Alexandre Sérgio da. *Corrupção* – conceito e reflexões. Curitiba: Juruá Editorial, 2018.

SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero* – O neototalitarismo e a morte da família. 2. ed. São Paulo: Editora Katechesis, 2015.

SOUZA, Leonardo Giardin; PESSI, Diogo. *Bandidolatria e democídio*. 3. ed. Porto Alegre: SV Editora, 2018.

USTRA, Carlos Alberto Brilhante. *A verdade sufocada*. 15. reed. Brasília: Editora Ser, 2018.

CAPÍTULO 2

ESTUDOS SOBRE A PREVENÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

LEVANTAMENTO SOBRE O ENSINO DE ÉTICA PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS ESCOLAS MUNICIPAIS DA CIDADE DE PALMAS: ADEQUAÇÃO ÀS MEDIDAS ANTI-CORRUPÇÃO

Leandro da Cruz Alves[1]
Maria Teresa Souza da Costa Porto[2]

RESUMO: Compreendendo que a formação ética da criança e do adolescente é responsável por moldar suas condutas quando adulto, sendo, a transmissão desses valores, uma das medidas preventivas no combate à corrução, o presente estudo tem como objetivo realizar um levantamento sobre como vem sendo trabalhado o ensino de ética nas escolas de ensino fundamental da cidade de Palmas, no Estado do Tocantins, buscando conhecer se estas estão adequadas ao pacote de 70 medidas contra a corrupção. Para responder ao problema exposto, será aplicado, através da análise dos programas pedagógicos, método descritivo da quantificação da carga horária disponibilizada para a disciplina de ética, e correlatas, na grade curricular das escolas estudadas.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Ensino fundamental. Ética. Prevenção.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo traz como tema a formação ética de crianças e adolescentes como condição necessária para uma sociedade consciente sobre os benefícios do agir íntegro, pouco tolerante com violações de condutas e conhecedora de ferramentas para combater práticas de corrupção. Uma breve revisão sobre o tema corrupção, ética e moral, e sobre as Novas medidas de combate à corrupção foi realizada para demonstrar a importância da abordagem do assunto, sendo seguida pela apuração de informações sobre o ensino de ética junto à Secretaria de Educação do Município de Palmas.

1.1 A corrupção

A corrupção é uma das questões mais corrosivas do nosso tempo, segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Destrói recursos públicos, amplia desigualdades econômicas e sociais, cria descontentamento e polarização política e reduz a confiança nas instituições (OCDE 2017).

O conceito da palavra corrupção pode ser deduzido de sua origem etmológica (do latim *corrputio* – destruir, arrebentar, romper - ou do grego *phthorá* – corrupção - e *dorodokia* – oferecer presentes para influenciar julgamentos). De maneira simples, prática e bastante clara, o professor Alexandre Sergio da Rocha (2018) nos leva a identificar o cerne da corrupção e o que a caracteriza - o conflito de interesses. A corrupção seria,

1 Auditor Federal de Finanças e Controle, bacharel em Ciências Econômicas, graduado pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense - ESMAT. E-mail: cruzalves2000@gmail.com
2 Auditora Fiscal da Receita Federal, Médica graduada e pós-graduada por Residência Médica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense - ESMAT. E-mail: mteresacosta04@gmail.com

então, a infidelidade de alguém ao seu papel social; o conflito entre o interesse que o papel social obriga o sujeito, que o desempenha, a proteger e o interesse espúrio, constituído pela vantagem material, ou situação gratificante. Ainda, o conflito de interesses entre duas, ou mais, partes com mesmo objetivo, mas que não podem conquistá-lo ao mesmo tempo, ou, se podem, não conseguem fazê-lo, pois divergem radicalmente, nas estratégias aceitáveis.

O combate à corrupção passaria, então, por agir nesse conflito de interesse, seja através de medidas preventivas, reforçando, para a sociedade, os conceitos de moral, ética e de integridade pública, aumentando a transparência dos atos públicos, elaborando uma legislação mais rigorosa, ou através de medidas repressivas, melhorando a persecução e a punição para casos concretos. Para isso, a participação da sociedade é essencial, conforme aponta Ellie Keen (2016), citando Dr. Peter Eigen, criador da Transparency International), seja criticando, denunciando, ou fazendo lobby para mudanças em leis. Sem essa participação, o combate à corrupção estaria prejudicado, sendo necessário o trabalho em conjunto com o governo e a iniciativa privada.

Segundo KANT (1989, p. 59) "querer impor valores previamente definidos, pouco interiorizados, leva no fim das contas à sua negação, porque só têm sentido se forem livremente escolhidos pela pessoa", seguindo esse pensamento, estimular a cultura da integridade na sociedade como um todo é primordial para a interiorização do conceito e sua assimilação como algo cotidiano.

Nessa linha de pensamento, o conselho da OCDE elaborou uma recomendação com o objetivo de estimular uma cultura de integridade em toda a sociedade, sendo necessário, para isso, dentre outros pontos, aumentar conscientização da sociedade dos benefícios da integridade pública e reduzir a tolerância das violações dos padrões de integridade (OCDE, 2017). Acredita-se que, ensinando pessoas sobre a integridade pública, nós fornecemos a elas conhecimento e ferramentas para combater práticas de corrupção. Construir uma cultura de integridade na sociedade, necessariamente, começa com a educação de crianças e jovens. Aprimorar e reforçar os conceitos morais e éticos aumentam a chance de vitória do interesse social, quando o conflito se apresenta. Sem que esses valores sejam devidamente ministrados, de modo a serem compreendidos e assimilados desde a tenra infância, estar-se-á indevidamente a combater os efeitos da corrupção e nunca a frustrar-lhe as tentativas de se impor (SILVA, 2011).

1.2 Ética e moral

Uma revisão sobre os temas moral e ética foi feita pelo professor Roque do Carmo (2008), onde é ressaltado o uso variado dos termos, com significados distintos, mesmo no meio acadêmico. Citando Yves de La Taille, que distingue a moral e a ética através de duas perguntas existenciais, o autor traz à reflexão o uso controverso dos termos. Para a moral, perguntaríamos como devo agir, ou seja, um universo de ações baseadas no respeito aos deveres, não apenas jurídicos, impostos, mas também escolhidos, inspirados nos ideais de dignidade, de justiça e de generosidade, sendo necessário, em algumas situações, a busca sincera e criteriosa de razões para um posicionamento. Para a ética a pergunta a ser feita seria que vida eu quero viver, ou seja, a busca pela felicidade, entendida, aqui, não apenas como pequenos momentos de gozo, mas transcendendo o aqui e o agora, numa avaliação subjetiva do passado, do presente e do futuro, ou seja, do sentido da vida. A resposta à essa pergunta seria uma vida de opulência e fama, ou, como propunha Aristóteles, uma vida marcada pela vivência das virtudes, especialmente a justiça?

Ainda conforme o professor, entendendo ser a ética e a moral inseparáveis e complementares, somente merece o nome de ética, um projeto de vida que inclua a dimensão moral. No entanto, apesar desta constatação, verifica-se uma tendência generalizada a negar a existência da moral, talvez por um conceito distorcido do termo, vinculado ao sentido pejorativo de moralismo, rigidez, vigilância. Citando Adélia Cortina, o professor alerta para o risco do divórcio entre ética e moral, ocasionado pela extinção da última. Sendo a moral o objeto da ética, quando se deixa de falar em moral, esvazia-se seu conteúdo. E essa confusão conceitual no meio educacional, tem expressão até mesmo em documentos de amplitude nacional, como nos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) em que o texto sobre ética foi concebido, na verdade, como moral.

A par dessa discussão conceitual, Chalita nos deixa um ensinamento sobre a ética: "Falar sobre ética faz com que nos lembremos dos valores mais elevados que conhecemos. Nobreza de caráter, justiça nas decisões, respeito nos relacionamentos amorosos, de amizade e profissionais, honestidade, equilíbrio e bondade são apenas algumas das faces com que se manifesta o que denominamos comportamento ético" (Apud, MELLO, p 2). A professora Maria Judith Sucupira da Costa Lins (2009) ensina que ninguém nasce ético, ou não ético. Estas virtudes são adquiridas por meio do processo de Educação, na infância, desde os primeiros passos ainda na família, por observação e imitação, e se prolonga na vida escolar de modo mais sistematizado. Assim como Maria Judith, outros autores também entendem que a educação de princípios éticos deveria ser, antes de mais nada, de educação familiar (ROCHA 2018), se estendendo, inclusive, para instituições comunitárias e religiosas (VLASSIS, 2015).

No entanto, a OECD entende que, quando a corrupção e o comportamento anti-ético parecem ter se tornado normais, o governo pode optar por educar para a integridade pública (OCDE 2017), através do sistema educacional. Este, apesar de ser o melhor candidato para exercer esse papel, porque é nele que crianças e jovens passam boa parte do seu tempo, que são socializados, e nele estão em um ambiente hierárquico e regrado, onde há figuras de autoridade, precisa ser repensado, pois a escola brasileira deixa a desejar no quesito ética, tanto no preparo docente e qualidade das aulas, quanto no cumprimento de regras básicas de conduta (IOSCHPE, 2013).

Neste cenário, Lins (2009) pensa que Ética deve ser ensinada a crianças e jovens como atividade intencional, segundo metodologias devidamente estudadas e analisadas. É necessário que o tema seja abordado de forma planejada, pois será muito difícil entender a corrupção fora de seu contexto, sem que tenham sido abordados, por exemplo, os deveres de um agente público (ANTI-CORRUPTION EDUCATION AT SCHOOL, 2006).

A educação anticorrupção na escola pode ocorrer como complemento de currículos e atividades extracurriculares com tópicos relacionados à corrupção, sendo, esta forma, de mais fácil organização e controle, ou como integração de análise dos valores e conceitos fundamentais relacionados ao fenômeno de corrupção em disciplinas que já são ministradas, como história, moral e cívica, ética e religião, forma, esta, que requer vários anos de treinamento social (ANTI-CORRUPTION EDUCATION AT SCHOOL, 2006).

Nessa linha, alguns autores apontam as dificuldades na formação de professores para a aplicação da disciplina, ainda que transversalmente (SILVA, 2011). BRAGAGNOLO e KUIAVA (2010) estudaram o ensino da ética nos cursos superiores de licenciatura, ou seja, entre os futuros professores. Em uma pesquisa realizada com estudantes que estavam concluindo o curso, os pesquisadores constataram que 61% dos

alunos de licenciatura consideram que a formação ética recebida na universidade era insuficiente, inadequada, precária, ou muito básica. Ainda segundo os autores a qualidade do ensino de ética faz com que a maioria dos novos profissionais saiam da graduação sem posicionamentos embasados em teorias, mas sim achismos e opiniões.

De conclusão semelhante foi o estudo realizado entre 2005 e 2006, com professores e alunos da primeira série do Ensino Médio de formação de professores de uma escola estadual do Rio de Janeiro, que apontou a falta de informação sobre Educação Moral/Ética, desde desconhecimento de conceitos básicos, até a falta de compreensão da importância de domínio do conhecimento sobre o assunto, apesar de todos terem demonstrado interesse sobre o tema da pesquisa, que visava avaliar a aprendizagem de ética na formação dos professores.

De encontro à capacitação deficiente dos professores quanto ao assunto, Ribeiro (2013, p. 26) alerta que "o professor já não é mais aquele que apenas transmite o conhecimento, uma vez que aprendizagem já não é mais concebida como acúmulo de conhecimento, mas construção deste". Para que se possa construir conhecimento é de se esperar que o professor domine o assunto e não apenas transmita opiniões. Ainda segundo Ribeiro (2013, p. 29 e 30) "é preciso que se atente que a formação inicial não consegue dar conta de todas as exigências da própria formação. Portanto, é pela formação continuada que o professor vai construindo uma prática mais consolidada, mais reflexiva e com mais qualidade."

No Brasil, a Prática de Educação Moral é indicada como Ética na nova determinação utilizada pela Lei de Diretrizes e Bases - LDB, lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996, e a prática do ensino da Ética como um tema transversal é indicada pelos Parâmetros Curriculares Nacionais, (PCN, 2001). Como o pensamento Oliveira (2014, p. 455), entende-se que "a transversalidade é capaz de promover a formação de estudantes com pensamento crítico sobre problemas sociais, em especial de convivência". O autor defende que a "ética interroga sobre a legitimidade de práticas e valores consagrados pela tradição e pelo costume. Abrange tanto a crítica das relações entre os grupos, dos grupos nas instituições e ante elas, quanto à dimensão das ações pessoais. Trata-se, portanto, de discutir o sentido ético da convivência humana nas suas relações com várias dimensões da vida social".

1.3 As novas medidas contra a corrupção

O pacote de alterações legais intitulado "Novas Medidas Contra a Corrupção" - NMCC é uma iniciativa popular que compreende 70 ações de combate a corrupção, "incluindo anteprojetos de lei, propostas de emenda à Constituição, projetos de resolução e outras normas voltadas ao controle da corrupção"(MOHALLEM...[et al], 2018, p. 4).

A iniciativa foi tomada por um grupo de entidades sem fins lucrativos, "movimentos e instituições sem vínculos partidários, com atuação reconhecida no país, e que são representativas da sociedade civil, da academia e de governos locais." (**Unidos contra a Corrupção**, 2019). Ainda segunda a página eletrônica "Unidos Contra a Corrupção", entre as instituições estão a entidade Contas Abertas, Instituto Cidade e Democracia, Instituto Ethos, Transparência Internacional e Observatório Social do Brasil, entre outras.

O processo de construção das medidas teve início com a pesquisa feita pela entidade Transparência Internacional, na qual foram coletadas as experiências mais bem-sucedidas ao redor do mundo, assim como um levantamento das recomendações registradas nas principais convenções internacionais anticorrupção. (MOHALLEM...[et al], 2018, p. 6).

Além do levantamento da experiência internacional, foram ouvidas 373 instituições brasileiras:

> órgãos públicos, organizações não governamentais, instituições educacionais instituições religiosas, associações comerciais e conselhos de classe. As instituições foram convidadas a enviar propostas legislativas capazes de prevenir, detectar e reprimir a corrupção no Brasil. (MOHALLEM, *et al,* 2018, p. 6).

Após a coleta inicial de ideias, o conjunto das medidas foi levado para análise e adaptações por profissionais da Transparência Internacional e Fundação Getúlio Vargas, cursos de Direito nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, além da contribuição de 192 especialistas que trabalharam com o intuito de redigir e revisar as informações iniciais. Entre os especialistas citados existiam gestores públicos de diferentes órgãos, pessoas da sociedade civil, acadêmica e integrantes do Judiciário e Ministério Público. (**Unidos contra a Corrupção**, perguntas frequentes, 2019).

Após a análise dos especialistas, restaram 84 propostas finais que foram submetidas à consulta pública, por meio de uma plataforma colaborativa virtual, recebendo diversas sugestões, das quais 379 foram acolhidas pela equipe formada por profissionais da Fundação Getúlio Vargas - FGV e Transparência Internacional, gerando 70 propostas finais.

As ações foram divididas em 12 blocos, assim descritos em unidoscontracorrupção.org.br.

> Bloco 1: Sistemas, conselhos e diretrizes nacionais anticorrupção, visa a criação do Sistema Nacional de Combate à corrupção e Controle Social, além de um Conselho de Estado para unificar entendimentos e a reunião dos dados sobre contratações públicas em uma única plataforma eletrônica.
> Bloco 2: Participação e controle social, tem como objetivo facilitar a proposição de leis de iniciativa popular, ampliação de acesso à informação, assim como criar uma política nacional de dados abertos, além de propor medidas que protejam pessoas que denunciem suspeitas de irregularidades.
> Bloco 3: Prevenção da corrupção, propõe limitar a quantidade de moeda em espécie em circulação, incrementa a transparência dos beneficiários finais das empresas, visando dar esclarecer quais são seus verdadeiros donos e insere conteúdo relacionado ao ensino de ética nos currículos das escolas fundamentais e médias.
> Bloco 4: Medidas anticorrupção para eleições e partidos políticos, busca promover a transparência e a responsabilidade dessas instituições, além de propor alterações na Lei Eleitoral para torna-la mais efetiva.
> Bloco 5: Responsabilização de agentes públicos, concentra esforços na responsabilização dos agentes públicos, valendo-se da redução drástica do foro privilegiado e extinção da

> imunidade parlamentar para enriquecimento ilícito. Busca também, alterar o sistema disciplinar de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, pois acabaria com a pena de aposentadoria compulsória, além de prever a demissão dos mesmos quando decidido por seus Conselhos Externos.
> Bloco 6: Investidura e independência de agentes públicos, propõe critérios de seleção para membros de Tribunais de Contas, maior transparência para a escolha de ministros e juízes em tribunais superiores, processo seletivo para ocupar cargos em comissão e estende a Lei da Ficha Limpa para servidores públicos.
> Bloco 7: Melhorias do controle interno e externo, pretende aperfeiçoar mecanismos de auditoria governamental, correição e ouvidoria, além de permitir que o Tribunal de Contas da União realize auditorias patrimoniais aleatórias sobre Ministros de Estado, membros do Congresso Nacional, Ministério Público e Magistratura.
> Bloco 8: Medidas anticorrupção no setor privado, busca promover a integridade no setor público, regulamenta o Lobby e torna obrigatório programas de compliance para empresas que queiram celebrar contratos com a administração pública. Também pretende criminalizar a corrupção privada no Brasil.
> Bloco 9: Investigação, visa fortalecer instrumentos de cooperação jurídica internacional e cria facilidades para a criação de equipes conjuntas de investigação. Além disso, introduz um procedimento judicial que requer explicações sobre possível riqueza incompatível com a renda de pessoas politicamente expostas ou de pessoas politicamente expostas.
> Bloco 10: Aprimoramento da resposta do Estado à corrupção no âmbito penal e processual penal, sugere mudanças no sistema de prescrição de penas, além de propor elevação na pena mínima do crime de corrupção e a proibição de indultos.
> Bloco 11: Aprimoramento da resposta do Estado à corrupção no âmbito da improbidade administrativa, visa deixar mais severo as penas por ausência de prestação de contas e agilizar ações de improbidade administrativa.
> Bloco 12: Instrumentos de recuperação do dinheiro desviado, propõem incluir no ordenamento jurídico brasileiro a ação civil de extinção de domínio e o confisco alargado. Assim como aperfeiçoa medidas de bloqueio de bens em ações de improbidade administrativa.

Segundo Mohallem...[et al] (2018, p.12) a corrupção é um problema sistémico, que atinge o público e o privado e enfrenta-lo "exige abordagem que fortaleça instituições, aprimore os mecanismos de prevenção, como a transparência e o controle social, e ofereça os instrumentos necessários à responsabilização de corruptos e corruptores". Os doze blocos de medidas buscam enfrentar a corrupção das mais diversas maneiras, desde medidas de prevenção a instrumentos que punam o corrupto e reparem a dano.

O objeto da análise deste artigo é a proposição décima primeira (anticorrupção nas escolas), constante do Bloco 3 – Prevenção a corrupção. O documento final das "Novas Medidas de Combate a Corrupção" traz a seguinte descrição:

A proposta determina a inclusão no currículo dos ensino fundamental e médio conteúdos relacionados à formação ética, à cidadania solidária, à participação na gestão pública e ao controle dos gastos públicos. Mohallem...[et al] (2018, p.16).

Neste item é apresentado um projeto de lei para mudança dos artigos 32 e 35-A da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), visando incluir a obrigatoriedade do ensino de conteúdos que levem as futuras gerações a ter conhecimento dos impactos negativos da corrupção e a ter acesso ao mecanismos necessários para combate-la, Mohallem...[et al] (2018, p.146).

Os teóricos envolvidos na inserção desse item no documento e por consequência a confecção de um instrumento para viabilizar a ideia, têm intenção de criar uma cultura que rejeita políticos corruptos e chama ao engajamento para o controle social sobre a administração pública.

Pela proposta, a formação ética seria incluída nos currículos dos ensinos fundamental e médio de maneira obrigatória, sendo abordados também o conceito de cidadania solidária, de participação na gestão pública e de controle dos gastos públicos.

A proposta parte do princípio que a falta do estudo dos temas abordados pelo item 11 das Novas Medidas de Combate a Corrupção – NMCC faz com que a criança e o adolescente sejam alheios aos problemas provocados pela corrupção e destaca ainda que ao redor do mundo, o conceito de integridade pública é transmitido por meio da escola, sem esquecer do papel da vida familiar ou dos espaços políticos, pois as pessoas podem perder a noção de integridade pública, fazendo com que corrupção de outras normas antiéticas pareçam normais.

O pacote com as NMCC destaca o papel da Convenção das Nações Unidade contra a Corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006 tem como artigo 13º a participação da sociedade na prevenção, controle, detecção e repressão à corrupção e estabelece:

> 1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade.

Nesse item, destaca-se a ideia de fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam às esferas governamentais, sensibilizando a opinião pública sobre as causas e a gravidade da corrupção.

Entre as medidas para aumentar o acesso do cidadão a informações públicas e fomentar a participação popular está a de "realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários" (ONU, 2005, p. 16).

A Convenção destaca ainda o papel da formação de jovens como meio de prevenção da corrupção. Em seu artigo quinto é afirmado:

> Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.

Perceber-se que tanto a prevenção da corrupção, como a participação popular passam pelo conceito de integridade, que por sua vez deve ser amplamente disseminado para toda a sociedade. Uma das formas de se disseminar esse conceito é a sua inclusão no currículo educacional de crianças e jovens.

Além da Convenção das Nações Unidas, as NMCC se embasam também no documento Education for Integrity: Teaching on AntiCorruption, Values and Rules of Law OCDE,apresenta uma série de medidas práticas para inserir o conceito de integridade no currículo acadêmico de estudantes. O documento se baseia na experiência de diferentes países membros que implementaram o ensino de integridade nas escolas básicas e tiveram sucesso na sensibilização de jovens quanto ao problema da corrupção.

A OCDE defende que a construção de uma cultura de integridade começa na educação infantil, comportamentos e o conhecimento adquiridos em sua formação intelectual moldará o futuro do país e auxiliará a perpetuar o conceito de integridade pública, fato fundamental para o enfrentamento da corrupção. (OCDE, 2017, p. 9)

> *Building a culture of integrity in society necessarily begins with the education of young people. The knowledge, skills and behaviours they acquire now will shape their country's future, and will help them uphold public integrity, which is essential for preventing corruption.*

Ainda para a OCDE (2017, p.9) ensinar integridade pública é repassar um comportamento ético inspirador e garantir aos jovens conhecimento e habilidades para resistir a corrupção. "*Education for public integrity is about inspiring ethical behaviour and equipping Young people with knowledge and skills to resist corruption".*

Esse pensamento é corroborado pela Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública, documento elaborado pela Organização para Cooperação Econômica (OCED, 2017, p.17), no qual é registrado que atividades de repressão tem eficácia durante um período de tempo apenas, mas somente a interiorização do conceito de integridade pública pode trazer benefícios duradouros:

> Abordagens tradicionais baseadas na criação de mais regras, conformidade mais rigorosa e cumprimento mais rígido têm eficácia limitada. Uma resposta estratégica e sustentável à corrupção é a integridade pública. Integridade é um dos principais pilares das estruturas políticas, econômicas e sociais e, portanto, é essencial ao bem-estar econômico e social e à prosperidade dos indivíduos e das sociedades como um todo.

Entre a recomendações abordadas no documento da OCDE está o aumento da conscientização sobre os benefícios da integridade pública realizando ações de educação cívica, principalmente nas escolas.

> Recomendação 5, página 10: Promover uma cultura de integridade pública à toda a sociedade, em parceria com o setor privado, com a sociedade civil e com os indivíduos, em particular através de:
> ...
> c) aumentar a conscientização na sociedade dos benefícios da integridade pública e reduzir a tolerância das violações dos padrões de integridade pública e realizar, quando apropriado, campanhas para promover a educação cívica sobre a integridade pública, entre os indivíduos e particularmente nas escolas;

Para implementar as mudanças no ensino propostas pelas NMCC foi sugerido alterações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996), especificamente nos artigos 32 e 35-A, no primeiro seria incluído um parágrafo fazendo referência à formação ética dos alunos de ensino fundamental.

> Art. 32. [...] §7º. O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate de formação ética e voltada ao exercício de cidadania solidária, à participação na gestão pública e ao controle de gastos públicos, ao zelo pela coisa pública, bem como informações e práticas educativas sobre causas, impactos, riscos, prejuízos e meios de enfrentamento da corrupção, observada a produção e distribuição de material didático adequado.(NR)

O artigo 35-A faz referência ao ensino médio e seria alterado para contemplar um dispositivo para a formação ética dos estudantes.

> §2º. A Base Nacional Comum Curricular referente ao ensino médio incluirá obrigatoriamente estudos e práticas de educação física, arte, sociologia e Filosofia, **além de conteúdo que trate de formação ética e voltada ao exercício de cidadania solidária, à participação na gestão pública e ao controle de gastos públicos, ao zelo pela coisa pública, bem como informações e práticas educativas sobre causas, impactos, riscos, prejuízos e meios de enfrentamento da corrupção."** (NR)

Percebe-se que em ambos os casos, tanto para os ensinos fundamental e médio, a intenção é aproximar o normativo brasileiro das boas práticas registradas em outros países, como se pode perceber na Convenção da Nações Unidas Contra a Corrupção e no documento *Education for Integrity,* dando enfoque à participação popular na gestão pública.

Atualmente a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional já determina o ensino de Ética para estudantes do ensino médio, em seu artigo 35, inciso II:

> Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:
> ...
> III - o aprimoramento do educando como pessoa humana**, incluindo a formação ética** e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; (grifo nosso)

O projeto de Lei acrescenta itens que dão enfoque ao combate à corrupção, ao passo que a atual redação é genérica e ampla.

É preciso destacar que além das iniciativas sugeridas pelas NMCC, o Ministério da Educação já elaborou um documento orientador para ensino da ética como basilar na formação dos estudantes brasileiros, esse trabalho intitulado "Parâmetros Curriculares Nacionais" busca "ampliar e aprofundar um debate educacional que envolva escolas, pais, governos e sociedade e dê origem a uma transformação positiva no sistema educativo brasileiro" (BRASIL, 1998, p. 5). Deste debate surgiu uma proposta de que orienta todos os educadores no sentido de obter um resultado em comum, a construção da ideia de cidadania nos estudantes.

> O compromisso com a construção da cidadania pede necessariamente uma prática educacional voltada para a compreensão da realidade social e dos direitos e responsabilidades em relação à vida pessoal e coletiva e a afirmação do princípio da participação política. Nessa perspectiva é que foram incorporadas como Temas Transversais as questões da **Ética**, da Pluralidade Cultural, do Meio Ambiente, da Saúde, da Orientação Sexual e do Trabalho e Consumo. (BRASIL, 1998, p. 15)

Nota-se que a participação política, direitos e responsabilidade já são conceitos sugeridos aos educadores (pais e professores) desde 1998, apesar de não figurarem com força de lei. Para Oliveira (2014, p. 455) os Parâmetros Curriculares Nacionais têm a cidadania como eixo central da educação escolar "a fim de promover a formação de alunos capazes de cultivar um pensamento crítico acerca dos problemas relativos à convivência social."

Em muitos aspectos os "Parâmetros Curriculares Nacionais" já apresentam os dispositivos que as Novas Medidas de Combate à Corrupção tenta introduzir na Lei de Diretrizes e Bases, uma vez que o seu primeiro objetivo é auxiliar o estudante a "compreender a cidadania como participação social e política, assim como exercício de direitos e deveres políticos, civis e sociais, adotando, no dia-a-dia, atitudes de solidariedade, cooperação e repúdio às injustiças, respeitando o outro e exigindo para si o mesmo respeito" (BRASIL, 1998, p. 7).

Baseados nessas orientações, nos propusemos a identificar como está sendo ministrado o conteúdo de ética nas escolas públicas de ensino fundamental na cidade de Palmas/Tocantins.

2 MÉTODO

A pesquisa realizada, através do método descritivo, baseou-se em levantamento quantitativo, do tempo utilizado ao ensino de ética nas escolas de ensino fundamental do município de Palmas.

Inicialmente, foi solicitada, à Secretaria de Educação de Palmas, a estrutura curricular das escolas da referida cidade. Após a análise da composição das grades curriculares, foram elaboradas algumas perguntas, realizadas diretamente à responsável pela área de projetos da Secretaria Municipal de Ensino – SEMED:

a) metodologia de ensino de ética nas escolas municipais de Palmas;

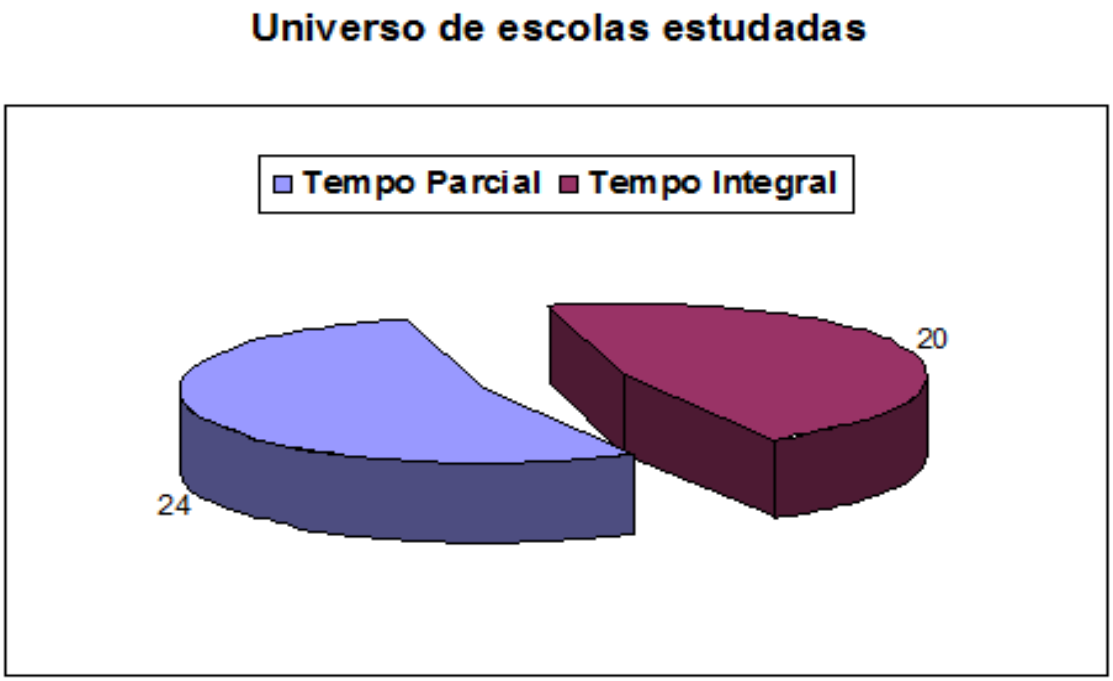
b) material didático utilizado para o ensino de ética;

c) qualificação dos professores para realização da tarefa.

Também foram pesquisadas orientações disponibilizadas pelo Ministério da Educação (Parâmetros Nacionais de Educação) e pela Secretaria Estadual de Educação (Referencial Curricular do Ensino Fundamental).

3 RESULTADOS

A Prefeitura Municipal Palmas é responsável por 74 escolas, conforme dados obtidos em consulta à Diretoria de ensino fundamental da Secretaria Municipal de Educação, sendo 44 escolas de ensino fundamental, objeto de análise da pesquisa, e 30 que não incluem ensino fundamental e, portanto, não foram objeto do estudo. Das 44 escolas de ensino fundamental, 20 são de Tempo Integral (períodos matutino e vespertino) e 24 de Tempo Parcial (períodos matutino ou vespertino).



A Secretaria de Educação de Palmas nos enviou 10 grades curriculares diferentes, correspondentes a todas as escolas por ela geridas. Duas grades foram excluídas da análise por serem referentes à pré-escola (crianças entre 6 meses e 5 anos de idade), sendo, as demais, analisadas.

Das oito grades curriculares analisadas, representantes dos conteúdos ministrados a todas as escolas de ensino fundamental geridas pela municipalidade, quatro eram referentes ao ensino fundamental I (alunos do 1º ao 5º anos), e quatro referentes ao ensino fundamental II (alunos do 6º ao 9º anos, incluída a formação do Ensino para Jovens e Adultos – EJA, referente a esse período).

Destaca-se ainda que cinco grades curriculares são referentes a escolas de tempo integral, sendo três de ensino fundamental I e duas de fundamental II, e três grades são referentes a escolas de tempo parcial, sendo uma de ensino fundamental I, uma de fundamental II e, a terceira, de ensino para jovens e adultos – EJA.

As grades apresentadas foram organizadas nos quadros abaixo

Quadro 1: Carga horária de ética/filosofia/cidadania nas escolas da rede municipal de ensino fundamental.

Etapa	Tempo	Período	Conteúdo Ética/Filosofia/Cidadania	
Ensino Fundamental	Parcial	1º-5º anos	0	0
		6º-9º anos	0	0
Ensino Fundamental	EJA _ 2 segmento	-	0	0
Ensino Fundamental	Integral	1º-5º anos	Filosofia 1h/sem 40h/ano	0
		6º-9º anos	Filosofia 1h/sem 40h/ano	0
ETI Almirante Tamandaré	Integral	1º-5º anos	Filosofia 1h/sem 40h/ano	Ordem Unida 1h/sem 40h/ano
		6º-9º anos	Filosofia 1h/sem 40h/ano	Ordem Unida 1h/sem 40h/ano

Quadro 2: Carga horária por disciplina nas escolas fundamentais de tempo integral da rede municipal de Palmas.

Disciplinas	Ensino fundamental - meio urbano - tempo integral 1º ao 5º ano		Ensino fundamental - meio urbano - tempo integral 6º ao 9º ano		ETI Almirante Tamandaré 1º ao 5º ano*		ETI Almirante Tamandaré 6º ao 9º ano*	
	Carga horária semanal	Carga horária anual	Carga horária semanal	Carga horária anual	Carga horária semanal	Carga horária anual	Carga horária semanal	Carga horária anual
Língua Portuguesa	6	240	5	200	6	240	5	200
Matemática	6	240	5	200	6	240	5	200
Ciências	3	120	4	160	3	120	4	160
História	2	80	3	120	2	80	3	120
Geografia	3	120	3	120	3	120	3	120
Educação Física	2	80	2	80	2	80	2	80
Artes	1	40	1	40	1	40	1	40
Língua Inglesa	1	40	2	80	1	40	2	80
Ensino Religioso	1	40	1	40	1	40	1	40
Pesquisa e Produção de texto	1	40	-	0	1	40	-	0
Filosofia	**1**	**40**	**1**	**40**	**1**	**40**	**1**	**40**
Experiência Matemática	2	80	1	40	2	80	1	40
Teatro	1	40	1	40	1	40	1	40
Dança	1	40	1	40	1	40	1	40
Práticas Corporais Marciais	1	40	1	40	1	40	1	40
Leitura	2	80	1	40	1	40	1	40
Tecnologia	1	40	1	40	-	0	-	0
Música	2	80	2	80	2	80	2	80
Esporte/Natação	2	80	2	80	2	80	2	80
Jogos educativos de tabuleiro	1	40	1	40	1	40	1	40
Língua Espanhola	-	-	1	40	-	0	1	40
Educação Ambiental	-	-	1	40	-	0	1	40
Ordem Unida	-	-	-	-	1	40	1	40
Carga horária total	40	1600	40	1600	39	1560	40	1600
Percentual de ensino de Filosofia	**2,50%**	**2,50%**	**2,50%**	**2,50%**	**2,56%**	**2,56%**	**2,50%**	**2,50%**

Fonte: Dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação

* Escola de tempo integral administrada em parceria com a Marinha do Brasil.

Da análise das grades, podemos verificar que não há uma disciplina de ética ministrada às turmas estudadas. A disciplina de Filosofia está contida nas grades das escolas de ensino fundamental de tempo integral, não sendo ofertada para as escolas de tempo parcial. A carga horária dispensada ao ensino de Filosofia, realizado apenas nas escolas de tempo integral, corresponde a 2,5% das horas disponíveis da grade curricular, não existindo informação sobre a quantidade de horas disponibilizadas para o conteúdo de ética.

Os questionamentos realizados à Secretaria Municipal de educação, foram respondidos através de duas entrevistas realizadas na sede da Secretaria, com a responsável pelo setor de projetos da Diretoria de ensino fundamental. Quanto à metodologia do ensino de ética nas escolas municipais, foi informado que, para todas as escolas, a matéria é tratada como conteúdo transversal, ou seja são incorporados nas áreas já existentes, com autonomia para as escolas definirem qual é a melhor forma de abordar o assunto. A proposta pedagógica, confeccionada por cada escola orienta como o assunto será tratado, tendo como base a Lei de diretrizes e bases da educação (LDB).

Não há formação de professoras nem quanto ao assunto ética, nem quanto à forma de inserção deste conteúdo no ensino da disciplina ministrada pelo professor, sendo de responsabilidade do professor a condução dos temas e o material a ser trabalhado. Não há, também, uma avaliação do aprendizado deste conteúdo.

Quanto às escolas de tempo integral, que possuem a disciplina Filosofia compondo a grade curricular, não há adoção de livro didático, tampouco formação de professores na matéria, sendo esta ministrada através de material e conteúdo sob responsabilidade do professor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados encontrados, após o levantamento descrito, permitem concluirmos que o ensino de ética nas escolas municipais da cidade de Palmas é ministrado de forma transversal, inserido no conteúdo das demais disciplinas. No entanto, foi verificado que não há formação dos professores quanto ao tema ética, tampouco quanto à inserção do assunto nas demais disciplinas ministradas, nem mesmo uma avaliação do aproveitamento do ensino realizado. Mesmo quando o assunto é abordado dentro da disciplina Filosofia, não há formação profissional dos professores da cadeira, nem para a abordagem do assunto.

Apesar da proposta de reforma legislativa apresentada pelas Novas Medidas de Combate a Corrupção, assim como os estudos da OCDE, não terem feito referência à carga horária ideal para o ensino de ética, o conteúdo proposto é extenso e, possivelmente, demandaria uma carga horária maior do que a disponível atualmente. Na rede municipal, conforme apurado, a disciplina Filosofia é oferecida em carga horária mínima, conforme consulta ao Sistema do Material Didático - SIMAD, mantido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, além de não ser adotado livro didático para o ensino da matéria. Ou seja, não existe, nem mesmo em escolas onde a disciplina figura isolada, uma orientação de material didático para o ensino de Filosofia.

Os Parâmetros Curriculares Nacionais (BRASIL, 1997, p. 45) atentam para a complexidade dos assuntos sociais e, para contemplá-los, orientou o ensino transversal das disciplinas, em contrapartida à abordagem em disciplina isolada e, seguindo essa orientação, a Secretaria de Educação do Estado do Tocantins elaborou o Referencial Curricular do Ensino Fundamental para o Estado, com o intuito de orientar políticas educacionais, redimensionando projetos pedagógicos e planos de aula, (TOCANTINS, 2009, p.13), sendo ainda mais enfático que o nacional, explicitando que a ética deve estar presente em todos os conteúdos curriculares e nos demais temas transversais

> Ética - a ética é a reflexão sobre o comportamento humano, "o como agir perante o outro" ela deve fazer parte dos objetivos maiores da escola e estar a serviço da formação para cidadania. A ética trata das relações interpessoais, da relação da escola com a comunidade, professores e alunos, **está presente em todos os conteúdos curriculares e nos demais temas transversais**. Para orientar o

> trabalho pedagógico foram selecionados quatro eixos: respeito mútuo, justiça, diálogo e solidariedade. , (TOCANTINS, 2009, p. 25) (Grifo nosso).

Apesar de todo o aparato legal determinando o ensino de ética nas escolas, entendemos que, não havendo, na prática, formação inicial e continuada dos professores responsáveis pelo ensino do tema, seja distribuído transversalmente no conteúdo de outras disciplinas, como nas escolas de tempo parcial, seja como conteúdo da disciplina de Filosofia, como nas escolas de tempo integral, tampouco avaliação sobre a conhecimento adquirido pelos alunos, não é possível que o conteúdo esteja sendo transmitido, da forma prevista, aos alunos; ao menos, não de forma igualitária.

REFERÊNCIAS

ROCHA, Alexandre Sergio. *Corrupção:* Conceitos e Reflexões, Porto: Editoral Juruá, 2018.

MOKALLEM, Michel Freitas, *et al*. Novas Medidas Contra a Corrupção. 1. ed. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. v. 1. 624p .

ANTI-CORRUPTION EDUCATION AT SCHOOL: METHODICAL MATERIAL FOR GENERAL AND HIGHER EDUCATIONS SCHOOLS. Lituânia: Modern Didatics Centre 2006. Disponível em: <https://www.stt.lt/documents/leidiniai/Anti-Corruption_Education_at_School.pdf. Acesso em: 14, nov, 2019.

VLASSIS, Dimitri. *3 keys steps to end corruption*. 2015 Disponível em

https://www.weforum.org/agenda/2015/01/three-ways-to-end-global-corruption/. Acesso em: 14, nov, 2019.

WEFORUM. *The Impact of Corruption***:** Perspectives from Millennial Voices. 2014. Disponível em: http://widgets.weforum.org/partnering-against-corruption-initiative/. Acesso em: 14, nov, 2019.

KEEN, Ellie. *Fighting corruption through education*. 2016. Disponível em: <https://slidex.tips/download/fighting-corruption-through-education>. Acesso em: 14, nov, 2019.

MELO, Thaynara de. REIS, Ana Claudia. BEZERRA, Maria Helena. *A ética como disciplina de ensino fundamental para a construção de uma postura profissional na contemporaneidade,* Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão. Caxias. 2016. Disponível em: https://editorarealize.com.br/revistas/fiped/trabalhos/TRABALHO_EV057_MD4_SA50_ID4881_30092016210401.pdf. Acesso em: 14, nov, 2019.

SILVA, Lucilia Lopes. *Medidas de prevenção à corrupção*. 2011. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3624665>. Acesso em: 12 nov. 2019.

LINS, Maria Judith Sucupira da Costa. *A ética no currículo escolar*. 2009. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/a-etica-no-curriculo-escolar-bfzd19axn58y1jlphsenbra6m/>. Acesso em: 14 nov. 2019.

SILVA, Lucenildo. *A Ética como um componente curricular transversal e sua contribuição na formação moral e valores do Aluno.* 2011. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-etica-como-um-componente-

curricular-transversal-e-sua-contribuicao-na-formacao-moral-e-valores-do-aluno/61264>. Acesso em: 14, nov, 2019.

IOSCHPE, Gustavo. *Ética na escola e na vida***.** 2013. Disponível em https://www.institutomillenium.org.br/artigos/tica-na-escola-na-vida/. Acesso em: 14, nov, 2019.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra Corrupção*. Mérida: ONU, 2005.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), *Education for Public Integrity, Teaching on Anti-Corruption, Values and Rules of Law,* disponível em https://www.oecd.org/governance/ethics/education-for-integrity-web.pdf. Acesso em 14 de novembro de 2019.

_____, *Recomendações do Conselho da OCDE sobre integridade pública*, 2017, disponível em <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilianportuguese.pdf>. Acesso em 14 novembro de 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. PNLD 2018: *Filosofia – guia de livros didáticos – Ensino Médio*/ Ministério da Educação – Secretária de Educação Básica – SEB – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretária de Educação Básica, 2017. 70 p.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE). *Programa Nacional do Livro Didático.* Brasil, 2018. http://www.fnde.gov.br/pnld-2018/. Acesso em 15 de outubro de 2019

RIBEIRO, Raimunda Maria da Cunha**.** *A formação do professor na relação ética da teoria com a prática: Uma questão de responsabilidade social universitária. Reflexão e Ação,* Santa Cruz do Sul, v. 21, n. 2, p. 25-43, dez. 2013. ISSN 1982-9949. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/view/2855/2993>. Acesso em: 20 out. 2019.

OLIVEIRA, R. J. *Ética na Escola: por uma abordagem argumentativa*. Revista Educação, 2014, Porto Alegre, (PUCRS. Online), v. 37, p. 454-462.

LINS, Maria Judith Sucupira da Costa et al. *Avaliação da aprendizagem de ética em curso de formação de professores de Ensino Fundamental. 2007* Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362007000200006&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 14, nov, 2019.

BRASIL, Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da educação. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm – Acessado em 01 de novembro de 2019.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais : terceiro e quarto ciclos: apresentação dos temas transversais* / Secretaria de Educação Fundamental. – Brasília : MEC/SEF, 1998. 436 p

_____. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais : introdução aos parâmetros curriculares nacionais* / Secretaria de Educação Fundamental. – Brasília : MEC/SEF, 1997. 126p.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO, *Quem somos,* 2019, http://unidoscontraacorrupcao.org.br/wp-content/themes/unidoscontraacorrupcao/quem-somos/. Acessado em 26 de setembro de 2019.

AMORIM NETO, Roque do Carmo. *Sobre formação de professores e o desafio da ética e da moral. In* Contrapontos, Itajaí, v. 8, n. 3, p.475-490, set/dez 2008

TOCANTINS. *Referencial Curricular do Ensino Fundamental das Escolas Públicas do Estado do Tocantins: Ensino fundamental de 1o a 9o ano.* Tocantins, 2009.

KANT, Immanuel. *Réflexions sur l'éducation*. Paris: Vrin,
1989.

BRAGAGNOLO, F.; KUIAVA, E. A. . *Ética e Valores Morais na Formação de Profissionais da Educação.* In: V Congresso Internacional de Filosofia e Educação, 2010, Caxias do Sul. Anais do V CINFE Congresso Internacional de Filosofia e Educação, 2010.

RIBEIRO, R. M. C.. *A formação do professor na relação ética da teoria com a prática: uma questão de responsabilidade social universitária*. Reflexão e Ação (versão eletrônica), v. 21, p. 25-43-43, 2013.

ENFRENTANDO À CORRUPÇÃO DESDE A INFÂNCIA: POTENCIALIDADES DAS TEORIAS DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL E DA FORMAÇÃO DO JUÍZO MORAL

Maristela Alves Rezende[1]
Patrícia Medina[2]

RESUMO: Trata-se de artigo sobre o processo de aculturação de crianças pequenas a partir de teorias de aprendizagem sociológica visando responder a questão-problema: quais as potencialidades das teorias da associação diferencial e da formação do juízo moral para instauração de processos educativos de combate à corrupção desde a infância? Tem como objetivo abordar as características da aprendizagem sociológica da corrupção por crianças pequenas na perspectiva de Edwin Hardin Sutherland (1883-1950) e Jean William Fritz Piaget (1896-1980). Constitui a parte teórico-descritiva de pesquisa empírica que se ocupa com as pequenas corrupções praticadas por crianças em aprovação pelo comitê de ética em pesquisa. O artigo apresenta a aprendizagem sociológica, ou seja, o processo de aculturação humana em função do meio nas perspectivas das premissas teórico-metodológicas recém-mencionadas e as relaciona com as pequenas corrupções (naturalizadas) por crianças construindo assim a articulação das duas teorias. Conclui inferindo sobre as potencialidades destes fundamentos para instauração de processos educativos e práticas de endoculturação de combate à corrupção desde a infância.

Palavras-chave: Educação; Endoculturação; Crianças; Sutherland; Piaget

1 INTRODUÇÃO

Textos científicos ou jornalísticos que tratam sobre corrupção referem a educação como possibilidade instrumental transformadora de estado de consciência de crianças, jovens e adultos. Corrupção para além do conceito legal tem um significado alargado e plástico e sobre o qual devem incidir uma pluralidade de ações que podem se configurar em políticas públicas diferenciadas nas dimensões da prevenção, da investigação e da repressão, portanto, o jeitinho como prática enraizada na cultura brasileira, deve ser enfrentado por ações que se enquadram numa destas três medidas.

No âmbito da prevenção, especialmente desde 2015, tem aflorado inúmeras experiência educativas, em escolas e outros ambientes educativos, com vistas à constituição de uma nova prática comportamental desde a infância num movimento de aculturação como estratégia de enfrentamento às "pequenas corrupções", mais precisamente, a comportamentos indesejados claramente antissociais, de falta de educação para o convívio social, tais como furar fila, mentiras e descuido com patrimônio público. A efetividade de tais procedimentos esporadicamente é mensurada, pois com frequência é embasada meramente na crença genérica que a educação é o remédio para muitos males.

[1] Graduada em Ciências Contábeis (Faculdades Toledo- SP) – Especialização em Contabilidade Pública (Centro de Ensino Superior de Jataí- GO). MBA em Gerenciamento de Projetos Governamentais (UNITINS). rezende.maristela@gmail.com
[2] Professora da Universidade Federal do Tocantins. Doutora em Cultura e Processos Educacionais (UFG), Mestre em Administração de Sistemas Educacionais (PUCRS). Bacharel em Direito (UFT), Pedagoga (FAPA). patriciamedina@uft.edu.br

O processo de aculturação de crianças pequenas a partir de teorias de aprendizagem confirma - em decorrência da extrema capacidade empática que caracteriza toda a primeira infância - que os pequenos estão mais suscetíveis, com maior prontidão a apreenderem e, por isso, interiorizam como hábito e como comportamento recorrente àquilo que mais experienciam. Neste sentido, foi realizado este estudo teórico descritivo visando tratar sobre as pequenas corrupções praticadas por crianças a partir de duas perspectivas teóricas, uma que decorre do âmbito da criminologia e outra da epistemologia genética com vistas a responder a pergunta-problema: Quais as potencialidades da teoria da associação diferencial de Edwin Hardin Sutherland e da formação do juízo moral de proposta por Jean Piaget para instauração de processos educativos de combate à corrupção desde a infância? O presente artigo objetiva tratar das características da aprendizagem sociológica da corrupção por crianças nestas duas perspectivas, levantando também, alguns dos estudos e práticas que os utilizam.

Corrupção tem origem etimológica latina na expressão *corruptus*, que significa literalmente quebrado em pedaços e o verbo corromper denota "tornar pútrido" e conota a ideia de decomposição. Ou da junção de também dois vocábulos latinos "*cor* e *rupta*" cujo significado é coração partido, rompido. (FERREIRA,1986). Em sentido sociológico a corrupção pode ser definida como utilização do poder ou autoridade, mediante sistema de influência, para conseguir obter vantagens e fazer uso do dinheiro público para o interesse próprio, de um ente familiar ou amigo. Para a instauração da corrupção, é pressuposto a sobreposição do interesse pessoal sobre o bem comum, sendo que a "A corrupção social ou estatal é caracterizada pela incapacidade moral dos cidadãos de assumir compromissos voltados ao bem comum". E assim se constituiu em cenário no qual os sujeitos se mostram incapazes de agir, de fazer coisas que não lhes originem alguma gratificação pessoal. Assim, existem pelo menos dois tipos de corrupção: a que se caracteriza pela transação entre corruptor e corrupto, em que o corrupto oferece vantagens indevidas ao corruptor em troca de receber, ele próprio, vantagens também indevidas, e a mais geral, que representa um desfazimento da tessitura jurídico-política ou social, por meio da erosão dos limites e princípios que deveriam governar as ações em cada setor das atividades humanas (ROCHA, 2018. A corrupção prevista no Código Penal Brasileiro corresponde a um desvio de conduta na administração pública. Neste caso são puníveis o corrupto passivo, o agente público que recebe uma vantagem indevida em razão de seu cargo que ocupa, o corruptor ativo, o agente privado que paga essa propina. No Brasil não se pune criminalmente a corrupção privada. Expressões como "bola", "valor por fora" conotam um comportamento de cobrança de um fornecedor ou prestador de serviço para cobrar um valor em troca de facilitação de contratação e negócios. Esse jeitinho brasileiro não recebe tratamento penal específico. Mas a corrupção não é apenas um crime; é também um fenômeno cultural.

Trata-se, portanto, de abordar sobre a corrupção, para tanto, este escrito se conforma em três seções, a primeira apresenta a aprendizagem sociológica, ou seja, o processo de aculturação humana em função do meio nas perspectivas das premissas teóricas de Sutherland; a segunda expõe a teoria do desenvolvimento do juízo moral de Piaget; a terceira seção relaciona essas bases teóricas com as "pequenas corrupções" por crianças construindo assim a articulação entre as teorias sociológicas da associação diferencial e a teoria do desenvolvimento moral respectivamente, o que possibilita, ao final, inferir, a partir destas descrições, as potencialidades das teorias para instauração de processos educativos e práticas de endoculturação de enfrentamento (combate) à corrupção desde a infância.

As premissas teóricas, recém-enunciadas foram conduzidas pelo caminho metodológico de abordagem teórica construídos pelos procedimentos da pesquisa de revisão sistemática integrativa de literatura (BOTELHO, 2011; GOIS et al, 2012; MEDINA P., 2018) uma forma de pesquisa que, visando solucionar uma dúvida científica, vale-se de uma revisão de literatura especializada conduzida de maneira estratégica e sistemática. A busca aleatória e direcionada pelo pré-conhecimento de referenciais bibliográficos, típica da revisão tradicional, é substituída, inicialmente, pela aplicação de métodos explícitos de seleção do referencial bibliográfico, de análise crítica das produções técnicas colhidas nas bases de dados e síntese e análise crítica do conhecimento reunido. Por estes procedimentos, a revisão sistemática de literatura consiste em técnica de pesquisa dinâmica para a reunião e a análise integrada de informações produzidas por estudos científicos realizados autonomamente. Neste caso as obras basilares de pensamento de Sutherland (1883-1950) e de Piaget (1896-1980). O termo "integrativo" tem origem na integração de opiniões, conceitos ou ideias provenientes das pesquisas utilizadas para complementar o processo evidenciando assim, o potencial para edificar novos arranjos de conhecimento. Por causa dessa característica, também se mostra útil como instrumento para a identificação de temas que necessitam de estudos mais apurados, orientando a definição do objeto de investigações futuras que se destinem a suprir tais lacunas científicas.

2 ACULTURAÇÃO HUMANA EM FUNÇÃO DO MEIO: A APRENDIZAGEM SOCIOLÓGICA DE SUTHERLAND

Há quase um entendimento tácito sobre o que como se processa a aculturação. Corriqueiramente se diz que o processo se dá pelo contato entre distintas culturas (ao que se denomina interação social entre grupos de culturas diferentes), do qual resultam mudanças em todos, ou um deles e, tendo como resultado num novo ambiente social, numa nova cultura.

Rocher (1977) define cultura como sendo um conjunto ligado de maneiras de pensar, de sentir e de agir mais ou menos formalizadas que, sendo apreendidas e partilhadas por uma pluralidade de pessoas, servem, de cultura é uma maneira simultaneamente objetiva e simbólica, para organizar essas pessoas numa coletividade particular e distinta. Acrescenta, ainda, que

> Os modelos, os valores e símbolos que compõem a cultura incluem os conhecimentos, as ideias, o pensamento, abrangem todas as formas de expressão dos sentimentos, assim como as regras que regem ações observáveis do modo objetivo, o que leva a que sejam «muito formalizadas num código de lei, nas fórmulas rituais, cerimónias, protocolo […] (ROCHER, 1977, p. 199)

Em se tratando das regras da boa educação, especialmente aquelas que regem as relações interpessoais, se relacionam a pessoas que se acercam, que se conhecem há muito tempo (p. 200). Portanto, os traços culturais são uma herança social. A endoculturação, ou socialização interna é um processo permanente, não demanda contato entre padrões culturais diversos, pois ocorre no interior da própria cultura, ou seja, no interior da própria sociedade, ao longo da história. Esse movimento se registra também relativamente aos valores e costumes que se transformam segundo uma dinâmica do próprio sistema cultural.

A aprendizagem sociológica, ou seja, o processo de endoculturação humana em função do meio é uma das premissas teórico-metodológica de Sutherland, dessa forma, poderemos compreender o valor conferido relativamente ao tema basilar: a corrupção.

Compõe a corrupção um conjunto de crimes que dizem respeito à violação da confiança, seja do servidor público que trai a confiança da população, do político que atua contra interesses dos seus eleitores e demais habitante da cidade, dos médicos ou das corporações técnicas que formam e agem contra os interesse dos pacientes, da empresa privada que se articula contra os acionistas, das grandes coligações contra os consumidores, de magistrados que comerciam sentenças, de legisladores que escrevem e se empenham por legislações para beneficiar determinados grupos econômicos que patrocinam o Executivo cujos resultados se propagam no tempo infligindo às futuras gerações suas consequências (FERRO, 2008). São os chamados crimes do colarinho branco, denominação cunhada por Edwin Hardin Sutherland em 1939, tais crimes têm como vítima a população em geral que não detêm conhecimento necessário para saber que estão sendo enganadas ou não têm poder para reagir.

A despeito da finalidade ter sido orientada para explicar os crimes de associação criminosas e ter-se constituído como uma teoria sociológica da criminologia, a teoria da associação diferencial foi proposta por Sutherland a partir de alicerces que dizem respeito ao processo pelo qual um determinado indivíduo imerge no comportamento criminoso servindo portanto para os fins deste estudo especialmente porque as premissas são assim apresentados : a) o comportamento criminoso é aprendido, o que implica a dedução de que este não é herdado e de que a pessoa não treinada no crime não inventa tal comportamento, da mesma maneira que o indivíduo sem treinamento em mecânica não cria invenções mecânicas; b) o comportamento em questão é aprendido em interação com outras pessoas, em um processo de comunicação, que é, em muitos aspectos, verbal, o que não exclui a gestual; c) a principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso se verifica no interior de grupos pessoais privados, significando, em termos negativos, o papel relativamente desimportante desempenhado pelas agências impessoais de comunicação, do tipo dos filmes e jornais, na gênese do comportamento criminoso; d) a aprendizagem de um comportamento criminoso compreende as técnicas de cometimento do crime, que são ora muito complexas, ora muito simples, bem como a orientação específica de motivos, impulsos, racionalizações e atitudes; e) a orientação específica de motivos e impulsos é aprendida a partir de definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais, de modo que, em algumas sociedades, o indivíduo está cercado por pessoas que invariavelmente concebem os códigos legais como normas de observância necessária, ao passo que, em outras, acontece o inverso, o mesmo indivíduo se encontra cercado por pessoas cujas definições apoiam a violação dos códigos legais, sendo que, na sociedade americana, quase sempre, tais definições se apresentam mescladas, resultando na ocorrência de conflito normativo nos respectivos códigos legais; f) o fato de a pessoa se tornar delinquente se deve ao excesso de definições em favor da violação da lei sobre aquelas em oposição à infringência desta, constituindo este o princípio definidor da associação diferencial e referindo-se tanto a associações criminosas quanto a anticriminosas, sem deixar de incluir forças contrárias; g) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade, o que quer dizer que as associações com o comportamento criminoso e igualmente aquelas com o comportamento anticriminoso sofrem variações nesses aspectos; h) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos peculiares a qualquer outro processo de aprendizagem, o que implica, no plano negativo, a constatação de que a aprendizagem do comportamento criminoso não está limitada ao processo de imitação, de sorte que a pessoa seduzida, a título de exemplificação, aprende o comportamento criminoso mediante associação, não sendo tal processo ordinariamente caracterizado como imitação; i) o comportamento criminoso, embora constitua uma expressão de necessidades e valores gerais,

não é explicado por aquelas necessidades e valores gerais, uma vez que o comportamento não criminoso é uma expressão das mesmas necessidades e valores." (SUTHERLAND, 1992, p. 80-90, nossa tradução).

A teoria da associação diferencial ou teoria da aprendizagem social tem como premissa que há desorganização social e que o crime um indício dessa desorganização social, portanto, para o crime ser controlado há necessidade de uma reforma da estrutura social, pois a conduta delituosa é consequência imediata da associação diferencial em uma determinada situação na qual prevalece conflitos, logo, uma desorganização social causada pelo choque de duas atmosferas: um ambiente cultural que valoriza e cumpre os dispositivos legais e outro ambiente cultural que não valoriza e age no sentido contrário às leis.

É chamada de associação diferencial porque os princípios do processo pelo qual se desenvolve o comportamento criminoso são os mesmos do processo através do qual se desenvolve o comportamento legal. Numa associação com pessoas que se empenham no comportamento criminoso sistemático é a conduta criminal que será aprendida. É uma concepção sociológica do comportamento criminal porque entende que o processo pelo qual o indivíduo se torna criminoso se dá mediante contato com outras pessoas do mesmo meio as quais interpretam a lei de maneira desfavorável.

Sutherland é conhecido principalmente por duas contribuições à criminologia: 1) chegou a conclusão de que é um erro afirmar que as classes pobres é que cometem uma porção maior de crimes, conforme revelaram e ainda revelam as estatísticas sociais; 2) cunhou a expressão crime do colarinho branco ou seja, a criminalidade econômico-financeira, através dos negócios escusos, fraudulentos . Um tipo de crime praticado por pessoas de alto nível social, no curso de suas ocupações sociais. Chegou também à conclusão de que a conduta desviada não pode ser imputada a disfunções ou inadaptação dos indivíduos das classes socioeconômicas mais baixas, mas à aprendizagem efetiva dos valores criminais, o que pode ocorrer em qualquer cultura sócioeconômica.

Assim, entende que o crime não é hereditário nem se imita ou inventa. Não é algo aleatório ou irracional: o crime é aprendido. A capacidade ou destreza e ainda a motivação necessárias para o delito são aprendidas mediante o contato com valores, atitudes, sentidos e regras de condutas criminais no transcurso de processos corriqueiros de comunicação e de interação do indivíduo com seus semelhantes.

3 O DESENVOLVIMENTO DO JUIZO MORAL NA PERSPECTIVA PIAGETIANA

A questão ética é "como viver?", e a questão moral é "como devemos agir?". A ética diz respeito à "vida boa" e a moral diz respeito aos deveres. (LA TAILLE, 2006). No mesmo texto, La Taille a esclarecer do que trataremos daqui em diante, de um conceito de moral num sistema de valores que se traduzem em princípios e regras de aplicação prática obrigatória, um dever. Assim, a não aplicação constitui uma transgressão condenável, não importando o conteúdo, ser justo, confiável, honesto, correspondem, para àqueles que legitimam tais regras e princípios, como deveres, regras, imperativos. Assim, a pergunta moral é: "Como devo agir?" A luz da psicologia, à moral corresponde um sentimento especial: o da obrigatoriedade. (p. 32). Já a pergunta ética seria: Que vida eu quero viver? E assim se verifica a relação entre ética e a construção de si mesmo, uma vez que à pergunta implica responder a uma outra pergunta: quem eu quero ser?

O tema tem sido objeto de estudo desde a primeira metade do século XX por Jean Piaget, que se dedicou a investigar como o homem constrói o conhecimento. Para ele, conhecer é organizar, estruturar e explicar a

partir do vivido, do experienciado. Nesse sentido, o conhecimento só é possível devido ao funcionamento das estruturas mentais, as quais não são inatas, mas possibilidades, ou seja, aprendidas pela espécie humana.

A partir de 1919 Piaget se ocupou da formação do juízo moral o que culmina com a publicação em 1932 da obra "O juízo moral da criança" impulsionado por uma hipótese de que existe um desenvolvimento moral e que este se dá nas dimensões cognitiva quanto afetiva. Para ele, o juízo moral é o tipo de respeito vivenciado nas relações entre as crianças e os adultos, ou entre elas mesmas, que permitirá o estabelecimento das aludidas tendências morais.

Não se trata de a moralidade infantil dar-se por mera interiorização passiva de valores, dos princípios e das regras; a moralidade é o produto de construções internas. Se é construção, é fruto de uma atividade da criança que, em contato com o meio social, resignifica os valores, os princípios e as regras que lhe são apresentadas. Esta ressignificação possui características que dependem de estruturas mentais já construídas, logo, do estágio de desenvolvimento cognitivo em que a criança se encontra (PIAGET,1997).

A moralidade então passa por diferentes níveis identificáveis desde a infância à idade adulta de modo que mesmo quando edificada a moral, o sujeito ainda se modificará a respeito de sua relação com ela pois a aprendizagem é um processo dinâmico e contínuo ao longo de toda a vida.

Os estudos de Piaget limitaram-se ao desenvolvimento do juízo moral, ou seja, à dimensão racional. Classificou este desenvolvimento em três níveis: 1) anomia, até os quatro anos de idade, pouco mais, pouco menos, as crianças estão em uma fase de anomia, pois não possuem a consciência das regras. Posteriormente, 2) a moral adentra ao universo de valores das crianças e elas passam a compreender a dimensão do dever, do bem e do mal. Este nível é denominado de heteronomia. Aqui a moral é a do respeito unilateral; a moral é legitimada por intermédio de fontes externas, de referências de autoridade tais como a religião, pais, familiares, grupos, amigos. A criança adentra ao mundo da moralidade e desenvolve o sentimento de obrigatoriedade. Próximo dos nove anos de idade, a partir das vivências de relações de reciprocidade, a criança pode apresentar sinais de autonomia. 3) A moral autônoma é a moral da justiça, do respeito mútuo, em que prevalecem as relações de cooperação. Se atingiu este nível a criança liberta-se das regras e julga e atua por princípios "enquanto na heteronomia uma regra é moralmente boa porque a ela se deve obedecer, na autonomia o raciocínio inverte-se: deve-se obedecer a uma regra porque ela é boa" (La Taille, 2006, p. 98). Assim, O terceiro nível (autonomia) a moral é legitimada por meio de raciocínios pessoais que orientam a legitimação, ou não, de determinadas regras, valores ou princípios. Piaget (1997) afirmava também que a maioria dos humanos, mesmo adultos não chegam ao terceiro nível, prevalecendo a heteronomia que se mescla com algumas "ilhas" de autonomia.

4 POTENCIALIDADES DAS TEORIAS DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL E DA FORMAÇÃO DO JUÍZO MORAL PARA O ENFRENTANDO À CORRUPÇÃO DESDE A INFÂNCIA

É possível inferir sobre as potencialidades das teorias para instauração de processos educativos de enfrentamento à corrupção desde a infância relativamente às teorias recém descritas?

Nas duas perspectivas se está falando de aprendizagem que é, simplificadamente, o processo pelo qual as competências, habilidades, conhecimentos, comportamento e valores são adquiridos ou modificados, como resultado de estudo, experiência, formação, raciocínio e observação, associação. Por isso, elementos como frequência, duração e modalidades de associações que são evidentes no processo educacional para os comportamentos favoráveis também o são para os desfavoráveis. Assim como o comportamento legal, correto, no sentido de boa educação ou formação moral é desenvolvido na primeira infância e pode estender-se para a toda vida, também o comportamento, descuidado, agressivo, desleixado e delinquente desenvolvido na primeira infância pode persistir por toda a vida se habitualmente o sujeito está submetido a tal ambiente.

Um investimento: esta tendência é o que concretiza a educação - escolarizada ou não. Instruiu-se para a vida, para o futuro pessoal e para um determinado estilo de sociedade (cultura), mas sempre para o futuro. Por isso, a prioridade parece ser importante elemento principalmente mediante a sua influência seletiva. Para o que serve educação? Para qual finalidade? Este aspecto indica a ênfase do currículo. Que equivale a escolher o que será mais urgente.

Numa prática formativa para o enfrentamento da corrupção desde a infância é necessário escolher qual a ênfase a ser dada, o enfoque no desenvolvimento de competência ou habilidade ou entendimento.

A intensidade também tem a ver com o prestígio da fonte de um padrão criminoso ou virtuoso e com reações emocionais relacionadas às associações. Quanto mais intensos forem os vínculos mais intensa será a aprendizagem; este fenômeno é investigado pela psicologia que trata dos estados e processos mentais, do comportamento do ser humano e de suas interações com um ambiente físico e social.

Nesta perspectiva, a associação diferencial é uma construção dentre as teorias da aprendizagem social que tem como premissa que o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que as pessoas aprendem todas as demais condutas e atividades lícitas: em interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação; construindo uma cultura. Portanto, o indivíduo não somente aprende a conduta delitiva, também os valores criminais, as técnicas comissivas inclusive as estruturas subjetivas de racionalização, ou seja, a justificação ou autojustificação do comportamento delituoso.

Nesta construção teórica de Sutherland, o delito não é algo anormal nem sinal de uma fragilidade moral, é somente comportamento ou hábito adquirido em uma resposta a situações reais que o sujeito aprendeu, num processo de endoculturação. Neste sentido, a classe social e a pobreza não são fatores suficientes para a explicação da tendência de alguém para o crime. No contexto das teorias da aprendizagem, o sujeito aprende a ser criminoso e a justificar a sua escolha.

Essas premissas da teoria sociológica de Sutherland: habitualidade e universalidade deverão ser levados em conta nas práticas educativas. Campanhas esporádicas, visitas, projetos, qualquer ação que não seja reiterada e para todos indistintamente é ingênua, desperdício pois pontual e seletiva.

Ações esporádicas promovidas, mesmo pela mais séria e bem intencionada instituição, que tenha o caráter de campanha, visita, minicurso está fadada a ser rapidamente esquecida, pois não se constituirá em hábito deverá pois ser bem articulada com as atividades regulares de ensino e visando às competências já enunciadas pela unidade escolar.

Tem sido recorrente identificar ações educativas de iniciativa do legislativo, sociedade civil organizada, sistema de justiça que delimitam como público alvo crianças da periferia e classes menos favorecidas economicamente. Essa orientação vão de encontro aos achados sutherlandiano pois prejulgam que são os sujeitos pobres mais propensos ao crimes do que os estudantes de escolas particulares, mais abastados, quando, como vimos, todos estão sujeitos igualmente a cometerem crimes certamente diferente em tipificados em função do meio.

Piaget faz correspondência dos estágios do desenvolvimento moral a um acréscimo qualitativo em relação ao estágio anterior. Um processo de níveis ordenados do desenvolvimento racional-moral, além disso afirma que os níveis de desenvolvimento moral são fortemente influenciados pelo ambiente vivenciado pelo indivíduo no decorrer de sua vida, auxiliando-o no desenvolvimento afetivo, intelectual e social, num processo de construção do sujeito confirmado nos estudos de Sutherland.

Piaget defende e suas pesquisas provaram que a moralidade infantil não se resume a uma interiorização passiva de valores, dos princípios e das regras, ela é o produto de construções endógenas. Ou seja, o produto de uma atividade da criança que, em contato com o meio social, resignifica os valores, os princípios e as regras que lhe são apresentadas. Tal resignificação possui características que dependem de estruturas mentais já construídas (LA TAILLE, 2002, p. 96).

À vista disso, se confirma que as ações educativas com a intencionalidade de enfrentar a corrupção desde a infância não podem ser meramente informativas no sentido de “transmitir informações”, tal como ocorrem em palestras e entregas de cartilha, mas que devem ser portadoras de situações vivenciais e articuladora dos diferentes ambientes nos quais as crianças (e demais pessoas) vivam: escolas, comunidade, meios de comunicação, familiares, professores. E necessário, à efetividade, que a criança se veja imersa em ambiente virtuoso que e ajustadas em termos de estratégias a cada uma das fases de desenvolvimento moral: anomia, heteronomia, autonomia.

A fase da anomia, formada por crianças ainda pequenas, iniciando-se a partir do seu nascimento até mais ou menos 5 anos de idade, com foco na fase em que a consciência da criança é desprovida de regras. Ser egoísta também faz parte do processo de desenvolvimento, mas as regras são obedecidas por força do hábito pois nesta etapa as crianças não conseguem separar o certo do errado e agem em benefício as suas próprias necessidades, conforme Piaget :

No ponto de partida da evolução mental, não existe, certamente, nenhuma diferenciação entre o eu e o mundo exterior, isto é, as impressões vividas e percebidas não são relacionadas nem à consciência pessoal sentida como “eu”, nem a objetos concebidos como exteriores [...] (PIAGET,1994, p. 20).

De modo que lentamente, a criança percebe que há coisas que não pode fazer, acontecendo a descentração e o amadurecimento em relação aos acontecimentos e ações, e assim a anomia se transforma em heteronomia.

A heteronomia tem como principal expressão a obediência em respeito à autoridade. Nesta fase, o adulto e sua maneira de impor as regras e o estabeler normas se destacam. Nesta etapa, não há consciência e nem mesmo reflexão sobre os seus próprios atos, por isso a ausência da autoridade, pode ocasionar a indisciplina. Piaget denominou esta fase de "a moral da obediência".

O adulto deve exercer autoridade por isso, as atividades educativas devem enfatizar a cultura como o produto simbólico e comportamental da vida social e da atividade social, devem estabelecer e incentivar os padrões de interação social culturalmente organizados de modo a influenciarem o desenvolvimento das crianças, em lugar de ações pontuais como palestras, brincadeiras, uso de cartilhas, cartazes, ações em grupos com forte presença de adulto-educador-líder-exemplo terão mais efetividade às aprendizagens de qualquer espécie: delituosa ou não. A experiência cultural, a socialização e a capacidade de ocupar um lugar em grupos é essencial ao desenvolvimento moral assim como será para aprendizagens virtuosas, pois " as crianças seguem as regras por medo de punição ou de perder o amor pela autoridade, por isso a urgência na ênfase explicadora de um adulto presente mediando os relacionamentos e interações. (Piaget, 1994). O sujeito se desenvolve e tende a resultar em uma consciência um pouco mais autônoma.

Na última fase do desenvolvimento moral da autonomia, tem seu início entre os 9 e 10 anos de idade. A criança alcança a consciência moral, validando suas ações e sentimentos de acordo com princípios éticos e morais, interioriza e conjectura (matuta) sobre o que foi recebido dos adultos e assim entende as consequências de seus atos. Contrariamente à heteronomia, a autonomia moral se caracteriza pelo fato de os sujeitos levarem consideração a influência de suas ações sobre outras pessoas que serão afetadas por seus atos. Ou seja, somente é moral quem de fato o quer pois, para ser uma ação moral o sujeito deve agir pelo que sabe e querer de fato acontecer.

Assim, a educação moral, que visa uma aprendizagem moral - anti-corrupção, honradez, de enfrentamento a comportamentos indesejados, antissociais - não deve se restringir a "uma aula específica", mas estar interligada a um ambiente positivo. Não basta ser um evento ou uma coisa da escola, deve estar e ser da sociedade como um todo. O desenvolvimento moral da criança depende de todos: adultos em geral, família, professores, também os meios de comunicação, empresas, instituições, ou seja, é preciso a sociedade toda para educar uma criança pois, uma aprendizagem genuína resulta do *quantum* de imersão.

Piaget (1994) confirmou com seus estudos longitudinais (1919 a 1932) que as crianças têm influências dos adultos diretamente desde pequenas, portanto, são incitadas, por convívio, a vários níveis de disciplina; como não possuem entendimento a respeito das regras, precisam necessariamente, do ponto de vista, das ideias e referências do adulto. Por isso a fonte da moralidade infantil é dupla. De um lado, estão as normas dos adultos, as quais a criança acaba cumprindo por respeito à autoridade e não por compreendê-las. O desenvolvimento de sentimentos, valores, princípios, crenças é o Piaget denominou desenvolvimento moral.

Como seres humanos somos vinculados a regras, se estas regras não formalizadas, o costume de agir estão orientadas à valores como a corrupção, a criança introjeta e naturaliza este comportamento pois este será o

seu padrão de bem viver. (PIAGET, 1994). O sujeito (criança ou adulto), pelas ações e sobre a maneira como julga esta ações estão relacionadas às suas próprias ações e as ações das demais pessoas, o ponto crucial é a reflexão, pois as ações humanas são orientadas por valores e princípios que representam um julgamento.

Sendo a corrupção o padrão reiterado de comportamento resulta, em relação à criança e ao contexto, a um desfazimento da tessitura jurídico-política ou social, por meio da erosão dos limites e princípios que deveriam conduzir as ações em cada setor das atividades humanas.

A naturalização, a glamourização, a impunidade levam a uma associação diferencial com pessoas que se empenham no comportamento criminoso sistemático resultando tudo num processo de aprendizagem de conduta criminosas pois, apreendido pela sociedade (teoria do aprendizado social) é aprendido individualmente (SUTHERLAND, 1992). Ou seja, o sujeito aprende a conduta desviada e associa-se com referencia nela, tendo como premissa que as bases da conduta humana têm suas origens na aprendizagem que a experiência vital diária oportuniza ao indivíduo.

À GUISA DE CONCLUSÃO

Foram apresentados com brevidade os processos de aculturação e expostos o entendimento acerca da definição de corrupção e cultura como aprendizagem social.

Foram descritas duas perspectivas teóricas: da associação diferencial e do desenvolvimento moral. Concluiu-se que ambas tratam das dimensões da aprendizagem.

Para a teoria da associação diferencial ou teoria do aprendizado social desenvolvida por Sutherland, o indivíduo desenvolve seu comportamento individual baseado nos exemplos e influências as quais está ou foi submetido. Assim como a) a conduta criminal se aprende; b) é aprendida em interação com outras pessoas mediante um processo de comunicação; c) o crucial do aprendizado ocorre no meio das relações mais íntimas do indivíduo com seus familiares ou comunidade com a qual convive diuturnamente; d) a aprendizagem inclui técnicas de cometimento do crime; e) a conversão à delinquência se dá quando as definições favoráveis à violação da lei superam as desfavoráveis; f) os contatos duradouros e frequentes têm maior influência pedagógica. Estas premissas se aplicam integralmente a qualquer tipo de aprendizagem. Constitui o que se denomina aprendizagem social.

Assim teoria do aprendizado social ou da associação diferencial traça um modelo teórico generalizador, capaz de explicar também a criminalidade das classes médias e privilegiadas.

A teoria proposta por Sutherlan pode ajudar a prover cientificamente conjecturas teóricas e práticas orientadas à modificação de conduta, reeducação, reintegração social, do mesmo modo que suas concepções complementam a perspectiva piagetiana de desenvolvimento moral, pois, esclarece que o crime não nasce da desorganização social, mas da organização diferencial e da aprendizagem dela. Isso ocorre porque a teoria da ênfase à dimensão relacional e de interação sobre a determinação em direção ou ao contrário do desvio social.

A teoria Piagetiana apresenta o desenvolvimento do juízo moral a partir de sua dimensão racional. Este desenvolvimento se dá em três níveis: anomia, heteronomia e da moral autônoma.

Piaget denominou desenvolvimento moral o desenvolvimento de sentimentos, valores, princípios.

Dadas as características, deduz-se que especialmente na fase heteronômica, as crianças estão sujeitas e dependentes da influência dos adultos, sendo portanto fundamental que estes exerçam autoridade positiva e marcante no processo de educação corroborando, portanto, com as premissas da aprendizagem social de Sutherland, quanto mais diferencial for esta relação maior será a probabilidade de determinar externalidades comportamentais.

A influência dos adultos do final do século 19 e início do século 20, tempo das proposições de Piaget, devem ser atualizados pela massiva influência indireta dos adultos representados por suas criações técnico-tecnológicas, organizacionais como a escola e outros ambientes de aprendizagem que distancia a formação moral via interação e relação direta tornando qualquer processo comunicativo-formativo ainda mais complexo.

O empenho em combater a corrupção, pela complexidade do fenômeno e complicações exigem também complexas soluções. Longe de ser meramente um conceito legal tem um significado alargado e plástico e sobre o qual devem incidir uma pluralidade de ações nas dimensões da prevenção, da investigação e da repressão. Portanto, combater a corrupção desde a infância requer o enfrentado por ações que se enquadram numa destas três medidas, perfeitamente compatíveis ao contexto das duas teorias anteriormente descritas.

As premissas epistemológicas do desenvolvimento racional da moralidade de Piaget é a base sobre a qual podem ser arranjadas estratégias pedagógicas em ambientes educacionais escolares e não escolar da teoria do aprendizado social de Sutherland.

A não observância de aspectos tais como enfoque formativo dos educadores (adultos com os quais as crianças realizam interfaces), influência moralmente positiva e contrária aos comportamentos culturais e organização social e cultural afinados com o que se denomina “jeitinho brasileiro” e continuidade, ou seja, alargamento em todo o processo formativo, poderá acarretar em investimento inócuo de grande parte das ações de prevenção.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Louise Lira Roedel; CUNHA, Cristiano Castro de Almeida; MACEDO, Marcelo (Ed.). *O método da revisão integrativa nos estudos organizacionais*. Gestão e Sociedade, Belo Horizonte, v. 5, n. 11, p.121-136, 2011. Maio agosto 2011. Disponível em: <https://www.gestaoesociedade.org/gestaoesociedade/article/view/1220/906>. Acesso em: 2 ago. 2019.

GOIS, Swyanne Macêdo et al. Para além das grades e punições: uma revisão sistemática sobre a saúde penitenciária. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n. 5, p. 1235-1246, Mai 2012. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000500017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Abr. 2019.

FERREIRA, A. B. H. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª edição. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1986.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Sutherland:* A Teoria da Associação Diferencial e o Crime de Colarinho Branco. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 11, 2008. pp. 144–167

LA TAILLE, Y. de. Moral e Ética: dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: Artmed, 2006a. LA TAILLE, Y. de. A importância da generosidade no início da gênese da moralidade na criança. Psicologia: Reflexão e Crítica, v.10, nº 1, Porto Alegre, 2006.

LA TAILLE, Y. de. *Vergonha, a ferida moral*. Petrópolis, RJ, Vozes, 2002.

MEDINA P**.** *As etapas da revisão integrativa adaptadas às pesquisa interdisciplinar.* Apostila de aula, Disciplina Metodologia da Pesquisa, Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT-Esmat, Palmas, 2019.

PIAGET, J. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Summus. 1994. (Publicado originalmente em 1932) Piaget, J. Seis estudos de psicologia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. (1997). (Publicado no Brasil originalmente em 1964)

ROCHA, ALEXANDRE SERGIO DA. *Corrupção - Conceitos e Reflexões*. Curitiba: Juruá, 2018.

ROCHER, Guy. Sociologia Geral. Lisboa: Presença, 1977.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. Principles of criminology. (The Reynolds Series in Sociology).

A PREVENÇÃO PRIMÁRIA À CORRUPÇÃO: A IMPORTÂNCIA DO FORTALECIMENTO DA EDUCAÇÃO CIDADÃ

Lálade Priscila Ferreira Macêdo[1]
Mayara Ribeiro Oliveira[2]

Resumo: Entende-se a corrupção como um fenômeno presente numa diversidade de grupos sociais, cujas raízes estão na formação da própria sociedade. Todavia, ela é um problema que causa diversos danos à população, em especial aos mais vulneráveis. Pela extensão da presença da corrupção, fazem-se necessárias ações que busquem, além de punir os atos corruptos, preveni-los de forma primária. Entre as formas pelas quais se pode trabalhar nesse intento, está a prática de ações de educação cidadã, que tem o objetivo de formar para a cidadania crianças, jovens, adultos, comunidades e organizações, seja em ambiente escolar ou não. Este trabalho descreve iniciativas que atuam nesse sentido no Brasil, constantes no banco de propostas do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção (PNPPC). As iniciativas descritas mostraram que o empenho em prevenir a corrupção pode e deve passar pelos ambientes de construção social e que o combate a esse fenômeno se torna mais eficaz com a formação de cidadãos justos que saibam refletir sobre as próprias ações e do seu grupo. Assim, o trabalho se organiza de forma a, primeiramente, conceituar a corrupção e contextualizar as raízes do fenômeno no Brasil, seguida por um tópico sobre normas de combate repressivo. Depois, é tratado sobre a prevenção primária e a importância do fortalecimento de práticas de educação cidadã. Após isso, são descritas as iniciativas elencadas no trabalho para, por fim, traçar as considerações finais acerca da pesquisa realizada.

Palavras-chaves: Corrupção. Brasil. Prevenção primária. Educação cidadã.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um fenômeno complexo de difícil definição que acompanha a sociedade desde o seu surgimento, não se limitando à determinada cultura, povo ou território. Os desejos e os anseios pelo bem-estar próprio são intrínsecos ao ser humano. Todavia, quando esses desejos se definem e se estabelecem com a exclusão e prejuízo do outro, prevalecendo o individual em detrimento ao coletivo, com o exercício de um ou mais atos desviantes de regras sociais e ou jurídicas, valores morais e éticos, surge o ato corrupto.

As dificuldades e até a circunstancialidade de tempo e espaço ao qual está sujeita a conceituação de corrupção em uma sociedade se dá, em grande parte, por conta dessa presença quase que universal do fenômeno. A fim de se diminuir os danos causados pela corrupção, especialmente no trato com recursos públicos, é que a educação cidadã propõe atuar na formação de crianças, jovens, adultos, comunidades e organizações de forma a identificar os atos corruptos, dos mais corriqueiros aos mais graves, trazendo a responsabilidade de não os cometer e de fiscalizá-los para toda a sociedade. Essas ações buscam,

[1] Pós-graduanda em Estado de Direito e Combate à Corrupção, pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat). lalade.macedo@gmail.com.
[2] Pós-graduanda em Estado de Direito e Combate à Corrupção, pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat). mayararioli@hotmail.com.

sobretudo, o combate eficaz e multifacetário da corrupção, em complementação ao combate repressivo do fenômeno.

Assim, considerando especialmente a situação do Brasil, cuja improbidade com verbas e bens públicos tem perpetuado a desconfiança entre população e representantes, apesar do arcabouço jurídico legal interno e externo que visam punir os atos corruptos, é necessário saber quais e como as práticas de educação cidadã voltadas à prevenção primária da corrupção estão atuando no país. Este trabalho descreve iniciativas que compõem o banco de propostas do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção (PNPPC), fruto da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), que foram premiadas com o Selo Ação Íntegra. Destaca-se que o estudo não se propõe a avaliar se as ações já possuem resultados concretos comprovados, como a efetiva diminuição da corrupção nos locais em que foram implementadas, mas jogar luz sobre as práticas que já estão sendo realizadas no país com determinada eficiência, comprovada pelo Selo.

Para a consecução da pesquisa, foi realizado levantamento bibliográfico acerca das definições de corrupção, do surgimento do fenômeno no Brasil e das formas de combate, repressivos e preventivos, especialmente a educação cidadã. Depois, foram analisadas as informações sobre algumas iniciativas constantes no banco de propostas do PNPPC em sítios oficiais e documentos dos projetos. A pesquisa é caracterizada como básica, quanto à sua natureza. A abordagem foi qualitativa com objetivos descritivos. Foram aplicados os procedimentos de pesquisa bibliográfica, documental e de levantamento. Cabe acrescentar que não se fará uma discussão aprofundada de efeitos e causas, ou que esgote o pensamento sobre o tema, tendo em vista a sua complexidade e que não é esse o objeto do presente estudo.

Dessa forma, a primeira seção trata dos aspectos conceituais e de classificação do fenômeno da corrupção, bem como da ambientação do problema ao caso brasileiro. Após, é realizado um apanhado das normas que tratam do controle repressivo da corrupção no país, destacando a legislação internacional e nacional. A seção seguinte explica os aspectos da prevenção primária no combate à corrupção no tocante ao fomento da transparência e da participação e, de forma mais pormenorizada, o papel da educação cidadã nesse sentido. Depois, o trabalho elenca e descreve algumas iniciativas de prevenção primária da corrupção por meio da educação cidadã constantes no banco de propostas do PNPPC. Por fim, são feitas as considerações finais sobre a pesquisa realizada.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DA CORRUPÇÃO E AMBIENTAÇÃO DO PROBLEMA

O fenômeno da corrupção não é novo na sociedade (TANZI, 1998). Obra indiana datada de mais de dois mil anos já discutia o tema e, mesmo a arte, já retratava o fenômeno - como no Inferno de Dante, em que subornadores são colocados nos lugares mais profundos, e no papel dado à corrupção nas peças de Shakespeare (TANZI, 1998). Isso demonstra que o fenômeno é antigo e já se apresenta há algum tempo como questão relevante para a sociedade.

O conceito de corrupção, apesar de sua ocorrência ser tão primitiva, é de difícil definição. Tanzi (1998) faz a analogia do fenômeno a um elefante, que, mesmo sendo difícil de descrever, geralmente não é difícil de reconhecer quando observado. Essa complexidade em sua definição é percebida nos estudos sobre o tema.

O conceito trazido por Rocha (2018) reconhece a corrupção como "um deslize moral de interesse público", ou seja, uma "falha moral [...] que, de algum modo, interesse à sociedade em geral" (p. 24).[3] O referido autor ressalta que a moralidade contida nessa caracterização de corrupção depende do conceito de justiça, por ser esse um conceito racional, mas fundamentado em uma base ideológica. Por essa razão, o conceito de corrupção pode encontrar diferentes definições de uma sociedade para outra e até na mesma sociedade, tendo em vista as sociedades pluralistas contemporâneas nas quais os variados grupos ideológicos podem entender a corrupção e a justiça de formas diferentes (ROCHA, 2018).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, recepcionada pelo direito brasileiro por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, não oferece uma definição objetiva acerca do conceito de corrupção. Não há, portanto, em tal tratado um conceito unitário de corrupção, mas sim uma variedade de condutas que devem ser tipificadas penalmente pelos países signatários diante da sua gravidade, tais como a corrupção ativa e passiva, malversação ou peculato de bens públicos, entre outras (HAYASHI, 2015).

A propósito, Pereira (2017) ressalta a dificuldade de se estabelecer um conceito que possa ser amplamente compartilhado, tendo em vista as diferentes tradições jurídicas, éticas e políticas inerentes a determinado país, bem como as distintas perspectivas de análise. De todo modo, o reconhecimento de corrupção como um deslize moral de interesse público, tal como efetivado por Rocha (2018), permite a ambientação do problema e a identificação de características primordiais do fenômeno ou, ao menos, das que mais se repetem.

Ainda segundo o raciocínio de Rocha (2018), a corrupção se manifesta de forma clássica e de formas não clássicas. A forma clássica é aquela em que o corrupto e o corruptor são notoriamente distintos e identificáveis, consubstanciada pela troca de vantagens indevidas.

Já as formas não clássicas de corrupção compreendem a corrupção espontânea e a corrupção difusa, conforme leciona o autor acima referenciado, que explica os conceitos que seguem. A corrupção espontânea ocorre quando o corrupto e o corruptor são a mesma pessoa, ou seja, o corrupto corrompe-se a si próprio. Nessa forma de corrupção, o corrupto vale dos meios e ocasiões decorrentes do seu papel social para, no lugar de cumprir os deveres a ele vinculados, praticar ações ou omissões contrárias a tais deveres, com o fim de fruir vantagens indevidas. A corrupção difusa, por sua vez, refere-se à corrupção dos costumes, da sociedade ou dos valores. Esse tipo se apresenta por meio de uma sociedade permissiva ou da imoralidade generalizada. Para o referido autor, as formas clássica, espontânea e difusa representam os aspectos substantivos da corrupção.

Além disso, Rocha (2018) apresenta a diferenciação entre as definições de corrupção baseada na sua extensão no tempo (episódica e habitual) e no espaço (localizada e sistêmica), as quais considera os aspectos adjetivos da corrupção, nos termos expostos a seguir. A corrupção episódica é aquela que pode ser praticada em momentos isolados. Já a corrupção habitual acontece de forma sistemática e acaba se tornando um comportamento. Quanto à extensão no espaço, tem-se a corrupção localizada – que envolve poucas

[3] Conforme ressaltado pelo referido autor, a caracterização de corrupção como deslize moral de interesse público não é, ainda, a definição de corrupção, tendo em vista que esses dois termos não são sinônimos. Isso, porque poderiam existir deslizes morais de interesse público que não carecessem ser chamados de corrupção. No caso, reconhece-se uma característica que a definição do termo corrupção deva abrigar, não a definição em si. (p. 24)

pessoas – e a corrupção sistêmica - a qual atinge um grande número de pessoas que atuam de forma concatenada.

Assim, para Rocha (2018), a corrupção localizada pode se apresentar de forma episódica ou habitual. Já a corrupção sistêmica, resulta da difusão de uma corrupção habitual. Por isso, a corrupção espontânea pode ser localizada, episódica ou habitual, mas a corrupção difusa será sempre sistêmica.

As formas de corrupção habitual, sistêmica e difusa costumam causar mais preocupação, por normalmente apresentarem consequências em maior amplitude e o seu controle e combate parecerem mais difíceis. Contudo, a corrupção clássica e a corrupção espontânea têm papel fundamental para a manutenção do fenômeno, mesmo quando se apresentam de forma episódica e localizada.

Diante do exposto, tem-se que a corrupção, seja na sua forma clássica, espontânea ou difusa, é vista como um mal que acompanha a humanidade desde os primórdios. Pereira (2017) explica que, quando os homens decidiram conviver em sociedade, com o estreitamento de suas relações de proximidade e confiança mútua, eles acordaram, ainda que involuntariamente, a regra de que os interesses coletivos devem prevalecer diante dos interesses individuais. Contudo, os fenômenos de modernização e conseguinte globalização mundial permitiram o agravamento das práticas corruptas, por meio do predomínio e prevalência do interesse individual sobre o coletivo (PEREIRA, 2017).

Ainda sobre as perspectivas pelas quais pode se definir e caracterizar a corrupção, Pereira (2017) apresenta três angulações, que se explica a seguir. Sob o prisma moral, ela seria considerada uma disfunção do caráter moral e ético que aconteceria em determinado indivíduo. Já do ponto de vista integracionista, o fenômeno mantém relação com o favorecimento de grupos em um sistema político e social. Pelo viés jurídico, o conceito é apresentado de forma eminentemente legalista e aconteceria quando ocorresse violação de certo preceito legal.

Para o autor referenciado acima, no entanto, mesmo esses aspectos não esgotam o estudo sobre o tratamento da problemática, que não se apresenta de forma circunstancial ou estática, mas, sobretudo, como uma contracultura, que é “o motor dinâmico de nossas sociedades” (PEREIRA, 2017, p. 69). Ressalta-se, ainda, como o autor destacou, que a corrupção é considerada atualmente como ‘patologia’ social e questão essencial de cidadania por estudos políticos, econômicos, criminológicos e sociológicos.

Destarte, a corrupção pode ser considerada como um fenômeno inerente à constituição das sociedades, de modo que, enquanto for mantida essa estrutura organizacional, a corrupção estará presente na vida dos seres humanos. Além disso, a corrupção pode ser vista como um fenômeno complexo provocado por múltiplos fatores econômicos, sociais, políticos, institucionais, culturais e educacionais (PEREIRA, 2018).

Nesse sentido, Hayashi (2015) ressalta a globalidade e complexidade do fenômeno. Para ele,

> A corrupção é um complexo fenômeno global que advém de fatores econômicos, políticos, sociais e históricos, que possui manifestações diversas de natureza pública, privada e social, e afeta o desenvolvimento de todos os países do mundo, em maior ou menor grau, seja em regimes autoritários ou democráticos, e em todos os sistemas econômicos (HAYASHI, 2015, p. 11).

Na mesma linha, as Nações Unidas consideram a corrupção como um fenômeno transnacional que prejudica a segurança e a estabilidade de todas as economias, tendo em vista que ela enfraquece as instituições e os valores democráticos, a ética e a justiça e compromete o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito (HAYASHI, 2015). Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 ressalta que essa transnacionalidade da corrupção é a razão pela qual se mostra necessária uma cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela.

Desse modo, entende-se que, apesar de a corrupção ser considerada um fenômeno inerente à constituição da sociedade e, para alguns, vinculada à própria natureza humana, associada à modernidade e ao desenvolvimento da sociedade, é preciso criar e aperfeiçoar mecanismos para sua prevenção, controle e repressão. Erradicar total e integralmente esse fenômeno patológico-social é algo impossível de se obter, mas o enfrentamento ao seu alastramento não pode nem deve retroceder, devendo seguir seu rumo na história mundial (PEREIRA, 2017).

Ademais, entende-se que uma sociedade verdadeiramente evoluída não o é apenas financeiramente, mas sobretudo no aspecto moral, em grau de civilidade. O desenvolvimento econômico, quando acompanhado de distribuição de riquezas e redução das desigualdades, auxilia o aumento do grau de civilidade e diminui certos fatores que contribuem para o surgimento e o aumento da corrupção. Não se está aqui restringindo a prevenção e o combate à corrupção a questões morais e econômicas, pois o fenômeno é bem mais complexo, conforme já ligeiramente apresentado. Contudo, é preciso ressaltar a importância de uma formação cidadã no enfrentamento preventivo do fenômeno.

2.1 BREVE ANÁLISE DO SURGIMENTO DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Conforme já ressaltado, a corrupção é um fenômeno que possui múltiplas facetas, pois está inserido e afeta as mais diversas áreas, como política, economia, segurança e educação, entre outras. O fenômeno tem impacto tanto no setor público quanto no privado, alcançando todas as classes sociais, direta ou indiretamente, com prejuízos mais acentuados e graves aos mais desfavorecidos economicamente, uma vez que carecem de ações do Estado no suprimento de necessidades básicas, como saúde e educação (BRAUN, 2014).

No Brasil, ainda considerado como país em desenvolvimento, tem-se percebido com cada vez mais evidência os efeitos nefastos do fenômeno. Assim, a fim de entender o impacto da corrupção na sociedade brasileira, com as suas causas, efeitos e consequências, bem como os mecanismos projetados e ou desenvolvidos para combater essa mazela de forma preventiva, faz-se necessário uma breve análise histórica do fenômeno no Brasil, no que se refere ao seu surgimento neste Estado.

O surgimento da corrupção no país, conforme estudado, remete ao início de sua colonização. Segundo Holanda (1995), a tentativa de implementação da cultura europeia em um país tão diferente, com condições naturais largamente estranhas às suas tradições, foi, nas origens do Brasil, um fato dominante e cheio de consequências.

Sobre isso, Pires (2016) relembra que o escrivão Pero Vaz de Caminha, ao final de sua carta na qual anunciava ao Rei D. João as primeiras impressões sobre a “terra nova”, narrando como foi o avistar da terra, o contato com os habitantes, os primeiros dias da aventura, ousou pedir ao rei de Portugal que mandasse vir

seu genro, Jorge Osório, da ilha de São Tomé. Esse pedido, favor da autoridade ao particular, é apontado, hodiernamente, como um dos primeiros indícios da herança corruptiva portuguesa para a colônia recém-descoberta.

Entretanto, segundo argumenta Pires (2016), a corrupção, tal como é entendida hoje, não guardava o mesmo sentido à época - começo da Idade Moderna -, quando as relações sociais marcavam-se pelo sistema de servidão, no qual o poder exercido por um monarca explicava-se pela vontade divina, transmitindo-se pela hereditariedade.

Ainda no sentido de contextualizar o comportamento da época, Cardoso e Socal (2014) destacam que Portugal, cujo reinado absolutista durante séculos foi influenciado pelos domínios romano, espanhol, muçulmano e árabe, alicerçado numa política baseada na fé cristã e na política moura, também possuía fortes raízes na estrutura patrimonial. A respeito do patrimonialismo do século XV, com Dom Pedro I, Cardoso e Socal (2014) destacam que a fé cristã tornou a política patrimonial mais forte, tendo como objetivo defender o poder do detentor.

O modelo de administração patrimonialista, próprio dos estados europeus absolutistas, tinha como característica principal a não diferenciação entre os bens públicos e os privados, ou seja, não se distinguia o que era do Estado do que pertencia ao detentor do poder (MUGNATTO, 2017).

Nesse sentido, Ghizzo Neto (2016) defende que é evidente a influência do patrimonialismo cultural para a institucionalização da corrupção na sociedade brasileira. Aduz, outrossim, que o referido fenômeno no Brasil se identifica com sólidas práticas clientelistas em seus graus visíveis e patamares sociais e hierárquicos.

Além disso, Bomfim (2013) analisa que o modelo de ocupação das terras do Brasil, adotado por Portugal, contribuía para o surgimento de conflitos de interesse. Isso, porque a Coroa consentia, em razão da baixa remuneração dos cargos públicos, que os seus ocupantes complementassem a renda com ganhos de atividades próprias, "estabelecendo quase sempre um conflito de interesses e uma confusão entre o público e o privado" (p. 22).

Nesse contexto, o século XVIII, em Minas Gerais, foi marcado pelo contrabando de ouro que ocorria com a utilização de esculturas de santos de madeira, o chamado "santo do pau oco", para esconder o ouro sonegado em seu interior. O mecanismo era utilizado para fugir à derrama - tributação confiscatória do colonizador – uma prática de fraude contra o Império Português no Brasil Colônia, realizada com a tolerância de representantes da realeza (PIRES, 2016).

Quanto ao período do Império Brasileiro, Assis (2016) destaca que desde a chegada da família real ao Brasil, em 1808, algumas instituições do Estado vinham se consolidando. Porém, foi somente a partir da independência do país que o processo verdadeiro de estruturação do Estado Brasileiro ocorreu, sendo outorgada, em 1824, a primeira constituição brasileira, substituta da Constituição Régia Portuguesa, de 1822.

O referido autor ressalta que, com a imposição da primeira constituição, o Brasil rompeu bruscamente com o sistema normativo de Portugal, formando um Estado de Direito próprio, porém, contrário ao histórico processo de enfrentamento ao absolutismo, que acontecia desde a exigência do retorno de D. João pelos portugueses, isso em momento posterior às revoltas liberais ocorridas no país.

É nesse contexto que Schwarz (2012), citada por Pires (2016), destaca que a corrupção no Império também não era vista como é entendida hoje. A referida autora leciona que conceitos mudam com o tempo e que a noção de corrupção se vincula, normalmente, a uma forma de Estado que provém do entendimento de igualdade de direitos, modelo que não correspondia às concepções de um governo no qual vigorava o poder moderador.

O caso do "roubo das joias da Coroa" é lembrado por Pires (2016) como o início da mudança de entendimento a respeito da integridade do governo. No fato em comento, foram furtadas joias da Imperatriz Tereza Cristina e da Princesa Isabel, que estavam armazenadas no interior de um armário em um dos quartos do Palácio de São Cristóvão, residência da família imperial. O principal suspeito era um funcionário do palácio, Manuel Paiva, tendo em vista que as joias foram encontradas nos fundos de sua casa, enterradas dentro de uma caixa de biscoitos. Pires (2016) destaca que, mesmo tendo sido afastado de suas funções, Manuel Paiva continuou sendo protegido por D. Pedro II, portava as chaves do palácio e as autoridades que atuaram nas investigações "foram logo honradas com ordens honoríficas" (p. 809). A imprensa da época interpretou as homenagens como uma tentativa de 'silenciar' os policiais, conforme analisa Schwarcz (2012), em comentário de Pires (2016).

Assim, pode-se dizer que características notórias do período da colonização e do Império "carrearam certos antivalores, que explicam posturas individualistas, egoístas e apropriativas, que encontram seu suporte na pregação e prática patrimonialista" (RONZANI, 2007, p. 73).

Nesse cenário, surge a República, caracterizada, conforme leciona Pires (2016), por reconhecer a legitimação do povo na escolha dos governantes, por meio do voto da população (definida em homens brancos, alfabetizados e com renda mínima), sendo "maculada pelas eleições de 'bico de pena', o 'voto de cabresto' e o 'curral eleitoral', múltiplas formas de corrupção política que definiram este primeiro período como a República dos Coronéis" (p. 810).

Com efeito, percebe-se que a corrupção é um fenômeno que, em muitos casos, utiliza das características próprias de cada Estado para obter forma, ou seja, a corrupção pode ser traçada de acordo com a ordem social, econômica e cultural de cada país (BRAUN, 2014). Nesse panorama, surgiu o Estado brasileiro, "detentor do 'jeito', 'jeitinho', do 'deixa comigo'" (BRAUN, 2014, p. 50).

A esse respeito, o psicólogo André Rabelo (2012), fazendo menção à pesquisa da *Personality and Social Psychology Bulletin* (2012), menciona que por 'jeitinho' entende-se "um tipo de ação visando obter benefício próprio ou a resolução de um problema prático, fazendo uso de criatividade, cordialidade, engano e outros processos sociais"[4]. Sobre isso, Asper (2017, p. 04)[5] afirma que, apesar de ser comum relacionar o "jeitinho brasileiro" com o feudalismo, o patrimonialismo, etc., com "as relações promíscuas e corriqueiras de troca de favores na gestão pública", trata-se de uma prática cultural que pode ser rompida.

Por fim, sem exaurir a temática do surgimento da corrupção no Brasil, observa-se que ela sempre esteve presente na história do país. Além disso, percebe-se que "embora a endemia da corrupção possa até ter

[4] Disponível em: http://scienceblogs.com.br/socialmente/2012/08/e-jeitinho-brasileiro. Acesso em: 05 nov. 2019.

[5] Discurso proferido pela Promotora de Justiça, Dra. Luciana Asper, por ocasião do lançamento da Campanha #TodosJuntosContraCorrupção, no dia 12/09/2017, no auditório do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

chegado a solos brasileiros de navio, aqui foi historicamente alimentada e aperfeiçoada graças às nossas próprias escolhas" (ASPER, 2017, apud ENCCLA, 2018, p. 3).

3 COMBATE REPRESSIVO À CORRUPÇÃO E NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Quando se fala em enfrentamento à corrupção, normalmente, o destaque é dado ao combate de forma repressiva, considerado meio intimidador e sancionador do fenômeno. Nesse contexto, é que estão inseridas as normas de repressão à corrupção, necessárias para o aumento dos riscos das práticas de condutas corruptas, vetor inibidor do fenômeno, bem como para a punição de condutas que, além de imorais, são também ilegais.

Sobre isso, Hayashi (2015) explica que, dentro de um sistema normativo jurídico, a lei determina o que é considerado corrupção em uma sociedade específica, baseando-se na cultura, costume e valores de determinado momento histórico.

No Brasil, o Código Criminal do Império, de 1830, já incriminava a corrupção definida pelos termos peita e suborno, nas Secções II e III, respectivamente (HAYASHI, 2015). No Código Penal em vigor, os atos de corrupção são tipificados, principalmente, no Título X – Dos Crimes contra a Fé Pública – e no Título XI – Dos Crimes Contra a Administração Pública -, em especial no Capítulo I, que trata dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, tais como peculato, corrupção passiva, corrupção ativa, prevaricação, dentre outros.

Além das normas nacionais, o Brasil é signatário de convenções internacionais relacionadas à matéria, que estabelecem medidas de prevenção e repressão à corrupção numa perspectiva transnacional (HAYASHI, 2015). As Convenções internacionais recepcionadas pelo sistema jurídico e normativo brasileiro são as seguintes: i) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, da Organização dos Estados Unidos da América (OEA) - Convenção Anticorrupção da OEA ou Convenção de Caracas; ii) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 de dezembro de 1997, da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) - Convenção Anticorrupção da OCDE; iii) a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Tradicional, de 15 de novembro de 2000 - Convenção de Palermo; e iv) a Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), de 31 de outubro de 2003 - Convenção Anticorrupção da Organização das Nações Unidas (ONU) ou Convenção de Mérida (HAYASHI, 2015).

Esses tratados internacionais apontam diversas condutas que devem ser tipificadas pelas legislações internas dos países signatários para que, conforme denota Hayashi (2015), haja harmonia entre os regulamentos das nações, a fim de que ocorra a repressão uniforme mundial à corrupção. Entre as condutas tipificadas, estão a corrupção passiva e ativa, o suborno transnacional de servidores públicos estrangeiros, o enriquecimento ilícito e malversação ou o peculato de bens públicos (HAYASHI, 2015).

Sobre a tipificação de condutas para o combate repressivo à corrupção determinada pelos tratados internacionais, Hayashi (2015) destaca que grande parte delas já eram classificadas como corruptas pelas normas internas do Brasil, seja por regras de natureza penal ou administrativa. Como exemplo, tem-se os ilícitos de corrupção ativa e passiva, concussão, corrupção de funcionário público estrangeiro em acordo comercial internacional e peculato, todos do Código Penal; os crimes de lavagem de dinheiro da Lei n.º 9.613,

de 1998; o de organização criminosa tipificado na Lei n.º 12.850, de 2013; bem como os atos de improbidade administrativa que geram enriquecimento ilícito constantes na Lei n.º 8.429 de 1992 (HAYASHI, 2015). Isso demonstra, em certa medida e apesar de depender de bases culturais como explicado anteriormente, alinhamento no conceito de corrupção entre os regulamentos nacionais e internacionais.

Ademais, no âmbito do Direito interno estatal brasileiro, além dos crimes previstos no Código Penal Brasileiro, são instrumentos relevantes de repressão à corrupção: a Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950 e o Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967 - que definem os crimes de responsabilidade; a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa; a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 - Lei de Licitações; a Lei n.º 9613, de 03 de março de 1998 - Lei de Lavagem de Capitais; a Lei Complementar n.º 135, de 04 de junho de 2010 - Lei da Ficha Limpa; a Lei n.º 12.846, de 01 de agosto de 2013 - Lei Anticorrupção; e a Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013 - Lei de Combate à Organização Criminosa.

Desse modo, o Brasil possui uma quantidade considerável de instrumentos normativos voltados a combater a corrupção de forma repressiva. Da mesma forma, é signatário de vários tratados internacionais direcionados à contenção desse fenômeno.

Apesar disso, no final de janeiro do corrente ano, foi divulgado o Índice de Percepção da Corrupção[6] nos países referente ao ano de 2018, tendo o Brasil caído da 96ª posição para a 105ª no ranking da Transparência Internacional. A pontuação do país passou de 37 para 35 pontos, sendo a pior desde 2012, ano em que os dados do IPC passaram a ser comparáveis anualmente. A Transparência Internacional reforça que esse resultado alerta que podem estar em risco os notáveis esforços do país no combate à corrupção, não tendo eles sido suficientes, até o momento, para chegar à raiz do problema. Em verdade, a história mostra que o método mais próximo do ideal no que se refere ao enfrentamento da corrupção é o preventivo (PEREIRA, 2017), o qual passa a ser exposto a seguir.

4 COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO

Entende-se, a partir das discussões feitas até agora, tal como dispõe o preâmbulo da Convenção de Mérida, que para combater eficazmente a corrupção, é necessária uma abordagem ampla e multidisciplinar da questão. Não basta, portanto, um robusto arsenal repressivo, fazendo-se mister que tais normas coercitivas estejam em consonância com medidas associadas à prevenção do fenômeno, além de outros mecanismos redutores da prática de atos corruptos vinculados a questões políticas, econômicas e sociais.

Nesse contexto de combate multifacetado à corrupção, destaca-se o seguinte tripé, que necessita de um enfrentamento conjunto e simultâneo: repressão, controle e prevenção primária (MPDFT, 2018). A repressão está relacionada à responsabilização proporcional e tempestiva do dano causado, bem como à recuperação dos recursos desviados, funcionando como freio legal aos corruptos. O controle e detecção dependem da transparência ativa e do comprometimento com a integridade em todos os seus níveis. A prevenção primária, a qual será tratada mais adiante, é o terceiro eixo do tripé, sendo responsável pela formação das pessoas, a

[6] O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) mede os níveis de percepção desse fenômeno no setor público. O IPC é publicado todos os anos pela Transparência Internacional e abrange 180 países e territórios, sendo definido a partir de 13 pesquisas de avaliações, feitas com empresários e especialistas, cujas pontuações possuem uma escala de zero a 100, na qual zero indica que o país é altamente corrupto e 100 que o país é altamente íntegro (Transparência Internacional, 2018).

fim de que elas sejam o elo de rompimento da corrupção e replicação dos valores de integridade e honestidade, atuando como mecanismos de prevenção à corrupção (MPDFT, 2018).

Desse modo, o combate à corrupção diz respeito não só às formas de controle e repressão, mas também ao enfrentamento preventivo do referido fenômeno. As formas de combate à corrupção estão, inclusive, interligadas. As normas coercitivas, por exemplo, não deixam de ser concomitantemente meios de prevenção, uma vez que os mecanismos repressivos também repercutem na inibição do cometimento de atos corruptos. Por outro lado, a depender das sanções e meios de controle, tais ferramentas podem não ser tão eficientes no âmbito preventivo, quando considerados os riscos e os ganhos auferidos nas práticas corruptas.

A propósito, cumpre ressaltar que as medidas de repressão encontram obstáculos em sua concretização, seja em razão de tolerância da sociedade com desvios éticos, seja pela dificuldade processual em impor pena a grandes corruptos (ROCHA, 2018). Em contrapartida, o mesmo não se verifica nas medidas de cunho preventivo que, a *priori*, não encontrariam os mesmos empecilhos (ROCHA, 2018).

Nesse contexto, Pereira (2017) destaca a importância do instrumental preventivo no enfrentamento à corrupção e aduz que o futuro e o presente do enfrentamento desse fenômeno globalizado podem estar vinculados ao estudo de alguns pontos centrais da prevenção, quais sejam: participação social, transparência, vontade política e prestação de contas.

No que se refere à participação popular, a tática anticorrupção reclama que a sociedade possua informação a respeito da proporção do fenômeno da corrupção e, também, acerca das ferramentas existentes para controlá-lo (PEREIRA, 2017). O autor ressalta ainda que uma sociedade participativa exerce o direito à democracia por meio de duas vertentes distintas, o livre arbítrio para opinar e a fiscalização dos gastos públicos baseada na transparência. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já estabelecia, em seu art. 15, que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela administração”.

Além disso, conforme denota Guerrón (2010), a participação cidadã permite que as autoridades e os cidadãos atuem na sociedade de forma transparente e em sintonia com as verdadeiras necessidades que devem ser satisfeitas para alcançar os interesses do Estado. Ainda segundo o mencionado autor, a participação cidadã constitui um meio idôneo de controle da corrupção, ou melhor, um instrumento que estimula os comportamentos desejáveis e desanima os desonestos, o que permite uma conscientização acerca dos valores e virtudes fundamentais sobre os quais se assenta a vida social, além de favorecer que a cidadania seja a primeira fiscalizadora da atuação pública por meio da consciência reta.

Entende-se, neste sentido, que se faz necessária e importante a discussão a respeito de políticas, estratégias e instrumentos que busquem prevenir a corrupção de forma primária, e não só repressiva, para que se consiga um combate mais amplo e eficaz deste fenômeno. Dessa forma, tendo em vista o objeto do presente trabalho, parte-se para discussão mais específica sobre a prevenção primária à corrupção, com foco na educação cidadã como mecanismo desse processo.

4.1 A PREVENÇÃO PRIMÁRIA À CORRUPÇÃO

Quando se fala em prevenção à corrupção, vislumbram-se medidas que evitem o cometimento de atos corruptos, tanto por meio do temor às consequências dos atos ilícitos, no que se refere às sanções, quanto por intermédio da conscientização da sociedade em assumir o compromisso e a responsabilidade de contribuir para o bem coletivo, de não violar as leis e as regras morais e éticas vigentes.

Por isso, a importância de estudar e entender melhor alguns mecanismos de combate à corrupção de forma preventiva e, no caso do presente trabalho, especificamente a prevenção primária. Quanto ao tema, entende-se por prevenção primária da corrupção toda ação direcionada para crianças, adolescentes e adultos, no ambiente escolar, acadêmico, comunitário ou organizacional, com o objetivo de formar cidadãos conscientes e participativos no enfrentamento da corrupção (ENCCLA, 2017).

No Brasil, no ano de 2003, foi criada a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), tida como um mecanismo de articulação interinstitucional composto por diversos órgãos, dos três poderes, e entidades envolvidas na formulação de políticas públicas direcionadas ao combate da corrupção. O trabalho da Enccla é desenvolvido por meio das chamadas ações, elaboradas e pactuadas por seus componentes/membros (ENCCLA, 2016).

Na definição do sistema de governança do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção (PNPPC), criado na Ação 6/2017 e aperfeiçoado na Ação 6/2018 da Enccla, consta o seguinte a respeito da prevenção primária:

> Trata-se de um esforço no sentido de educar para a cidadania e para a integridade, por meio dos valores universais, que tornam o cidadão mais imune à prática de transações corruptas e mais interessado, comprometido e capacitado para a participação social, incluindo o controle social de políticas públicas. Prevenção primária à corrupção se propõe a ir à causa raiz do problema. O ser humano é capaz de romper a supremacia do interesse individual sobre o coletivo. Trata-se de busca pela sedimentação de cidadãos que pensam e agem de acordo com a prevalência do bem-estar coletivo, com a disposição para pagar o preço individual para a construção do paradigma de honestidade e integridade, e pelo bom funcionamento das instituições. (ENCCLA, 2017, p. 06)

Assim, a prevenção primária à corrupção objetiva enfrentar essa mazela da base, ou seja, da sociedade, buscando a formação de cidadãos conscientes e comprometidos com a probidade e o bem-estar coletivo. Nesse sentido, o discurso da Promotora de Justiça Luciana Asper (2017), proferido na ocasião do lançamento da campanha "Todos Juntos Contra a Corrupção" reflete os objetivos da prevenção primária à corrupção:

> Desejamos uma nação abundantemente povoada por cidadãos que respeitem as regras e ao próximo, que tenham uma mente renovada para um compromisso com a honestidade e sejam firmes para resistir às práticas corruptas, que sejam responsáveis individual, coletivamente e com as gerações futuras, que zelem pela justiça e que participem ativamente e fiscalizem o funcionamento do Estado (ASPER, 2017, *apud* ENCCLA, 2017, p. 04).

Desse modo, concorda-se que somente quando a sociedade como um todo assumir esse compromisso em nome do bem coletivo é que ela estará mais próxima de enfrentar a corrupção de forma efetiva. Ressalta-se que não se está a falar em "acabar com a corrupção", até porque ela acompanha o desenvolvimento da sociedade, como explicitado na primeira seção deste trabalho. Todavia, acredita-se que os resultados do combate à corrupção serão mais efetivos quando a sociedade for chamada a refletir e a entender que é dever de todos combater a corrupção, desde os pequenos atos, bem como acerca da importância de responsabilizar-se, de votar consciente, de fiscalizar e de exigir o cumprimento das leis e o respeito ao povo pelos governantes, com a necessária mudança da mentalidade e da cultura pró-corrupção.

Sobre este comportamento proativo, Braun (2014) argumenta que a sociedade não se movimenta no intento de atacar a corrupção de forma a diminuir a sua incidência e prevenir novos atos. A referida autora ressalta que se exige um esforço de investimento na cultura e na educação, dentre outras áreas, tendo em vista a percepção de vantagem e poder serem inerentes ao ser humano.

Nesse panorama, a educação cidadã se mostra como uma importante ferramenta de prevenção à corrupção, consoante será abordado a seguir.

4.2 A IMPORTÂNCIA DO FORTALECIMENTO DA EDUCAÇÃO CIDADÃ

Diante da complexidade do fenômeno da corrupção, a educação se transforma num poderoso instrumento para o desmembramento de grandes esquemas criminosos típicos das estruturas tradicionais infiltradas nos governos, com os quais a sociedade muitas vezes consente ao banalizar tais práticas (GHIZZO NETO, 2016).

Mais do que um recurso a ser utilizado no combate aos grandes atos e esquemas de corrupção, a educação deve ser vista e usada como mecanismo apto a tornar a prevenção a essa mazela efetiva. É preciso ser verificada a possibilidade de se estabelecer na prática um sistema educacional que tenha compromisso com uma ética coletiva, contrário à individualidade e, como consequência, que se oponha à corrupção (GHIZZO NETO, 2016).

É neste sentido que Ghizzo Neto (2016) ressalta a importância de uma educação problematizadora e da efetiva conscientização da sociedade no enfrentamento à corrupção. O autor aduz, ainda, que, apenas num sistema educacional estrategicamente voltado ao enfrentamento de velhos hábitos, assim como ocorre atualmente no tocante à educação ambiental, é que será possível pôr um fim aos ciclos viciosos, de modo a substituí-los por "uma nova ética da virtude" (p. 42). Jamais se pode esquecer que a corrupção é um fenômeno orgânico e estrutural, fazendo parte e tendo como comparsa toda a sociedade (GHIZZO NETO, 2016).

Além disso, conforme destaca Braun (2014), é necessário a remodelação da cidadania, tornando-a ativa (ou participativa), a fim de que a opinião pública tenha a sua atuação expandida. Para a autora, isso deve acontecer de modo que as associações comunitárias sejam fortalecidas através de movimentos sociais, culminando na concretização de políticas públicas eficazes no combate repressivo e preventivo da corrupção.

Neste contexto, Leal (2014) afirma que as sociedades atuais precisam funcionar com níveis altos de confiança (moral, cívica e ética), assim, com um aumento considerável na qualidade democrática das relações interinstitucionais, interpessoais e políticas de forma geral. Desse modo, o Estado poderá receber

altos índices de legitimidade social, “gerando anticorpos eficientes às patologias corruptivas cotidianas” (p. 11-12).

Concorda-se, desta forma, com Braun (2014) quando ela leciona que se deve reavaliar a organização de uma cidadania brasileira, colocando de lado a indiferença que faz parte da cultura, visualizando um “novo e duradouro horizonte cívico” (p. 56). A referida autora, concordando com Wolkmer (1990), conclui que a intenção é que a sociedade seja organizada através do exercício da cidadania e da efetiva participação democrática, corroborando para a construção de um Estado de alicerces democráticos sólidos, “à sombra da subordinação e controle de poderes de base e da sociedade civil, ou seja, um Estado construído pela sociedade, por meio de sua luta e participação” (p. 56).

Assim, com a prevenção primária à corrupção procura-se levar este tema para as salas de aulas, nas escolas e nas universidades, nas comunidades, dentro de instituições públicas e privadas, entre outros. O objetivo é formar valores éticos aptos a enfrentar o problema em comento, bem como incentivar a atuação da sociedade civil por meio de uma cidadania participativa. Ressalta-se que não se está a falar de um processo de transformação imediato, mas sim de um processo de longo prazo, que poderá, a partir de ações voltadas para a raiz do problema, crescer e se espalhar pela sociedade, gerando frutos, ou seja, resultados de redução da corrupção, dos pequenos e dos graves atos.

Por fim, entende-se que a formação de uma política de prevenção primária à corrupção visa contribuir para a efetivação dos artigos 205[7] e 214, inciso V[8], da Constituição Federal, do artigo 2º, inciso V[9], da Lei nº 13.005/2014 (Plano Nacional de Educação-PNE) e dos artigos 22 e 27-I da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que destacam a necessidade de uma educação voltada para o exercício da cidadania, além de atender o compromisso de integrar setores da sociedade civil na prevenção e luta contra a corrupção[10], assumido em 2005 pelo Brasil, em razão da entrada em vigor, no país, da Convenção de Mérida[11].

[7] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[8] Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (...) V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

[9] Art. 2º. São diretrizes do PNE: (...) V - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade;

[10] Compromisso na íntegra: “fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários.” Disponível em: <http://todosjuntoscontracorrupcao.mppb.mp.br/index.php/chamamento-publico/>. Acesso em: 07 nov. 2019.

[11] O Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

A partir dessa conjuntura, este trabalho propõe trazer algumas iniciativas que buscam prevenir a corrupção dentro dos espaços sociais e institucionais de formação e, assim, entender uma das faces da luta contra as mazelas que o fenômeno causa à sociedade brasileira. Alguns desses projetos e ações que a pesquisa resultou serão descritos na seção a seguir.

5 PROGRAMAS E AÇÕES VOLTADOS PARA A PREVENÇÃO PRIMÁRIA

Nesta seção, será feita uma análise descritiva de alguns programas e ações elaborados e ou desenvolvidos no Brasil nos últimos anos, voltados para a prevenção primária da corrupção, constantes no Banco de Propostas do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção (PNPPC), criado em atendimento às ações 6/2017 e 6/2018 da Enccla.

Os programas a serem analisados são exemplos da prática de ações direcionadas à educação cidadã, de como ela pode ser desenvolvida e disseminada como meio de prevenção a atos corruptos. As iniciativas demonstram que mesmo os órgãos que atuam precipuamente no viés repressivo do combate à corrupção demonstram preocupação em desenvolver ações voltadas à conscientização e educação dos cidadãos.

A própria Enccla, coordenada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, é formada por mais de 70 órgãos, dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil, que atuam, direta ou indiretamente, no combate e na prevenção à corrupção e à lavagem de dinheiro (ENCCLA, 2016)[12]. Os órgãos participantes da Enccla se reúnem em plenária, anualmente, para estabelecer as ações que serão desenvolvidas no ano seguinte, dividindo-se em grupos de trabalho, formados para coordenar ao longo do ano a execução de cada uma das ações eleitas.

Nesse contexto, com o objetivo de incentivar a realização de ações e programas voltados à prevenção primária do fenômeno da corrupção, foram desenvolvidas, no âmbito da Enccla, as Ações nº 6/2017 e 6/2018.

A Ação nº 6/2017 foi estabelecida na XIV Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro e foi coordenada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e pela Secretaria de Governo da Presidência da República (Segov). O objetivo dessa ação era consolidar propostas de prevenção à prática da corrupção fomentando a integridade social e a educação para a cidadania (ENCCLA, 2016)[13].

A referida ação resultou na criação do PNPPC, cujas iniciativas foram alicerçadas nos seguintes pilares: (i) Campanha “Todos Juntos Contra a Corrupção”; (ii) banco de propostas; (iii) rede colaborativa - envolvendo

[12] Disponível em http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2017. Acesso em: 10 set. 2019.

[13] Foram colaboradores da Ação 6/2017, além do CNMP e da Segov: Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), Advocacia-Geral da União (AGU), Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Associação Nacional dos Procuradores do Estado (Anape), Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), Banco do Brasil (BB), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Caixa Econômica Federal (CEF), Câmara dos Deputados, Casa Civil do Rio Grande do Sul, Controladoria-Geral da União (CGU), Conselho da Justiça Federal (CJF), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), Conselho Nacional de Controle Interno (Conaci), comissão de Valores Mobiliários (CVM), Federação Brasileira de Bancos (Febraban), Ministério da defesa (MD), Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado do Maranhão (MPMA), Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPPE), Ministério Público do Estado do Piauí (MPPI), Ministério Público do Trabalho (MPT), Receita Federal do Brasil (RFB), Tribunal de Contas da União (TCU). Além disso, os seguintes órgãos atuaram como convidados: Câmara dos Deputados (Laboratório Hacker e Cenin) e Escola de Administração Fazendária (Esaf) (ENCCLA, 2016).

estado, academia, mercado e sociedade civil para apoiar o PNPPC e para aplicar, replicar e ampliar os projetos do Banco de Propostas (ENCCLA, 2016).

A Campanha "Todos Juntos Contra Corrupção", apresentada como resultado da Ação 6/2017, teve por objetivo gerar o debate sobre a prevenção à corrupção. A campanha buscou ainda "estimular iniciativas e projetos dentro do contexto educacional, social e organizacional" (ENCCLA, 2016).

Além disso, dentro das iniciativas do PNPPC e dos resultados da ação em apreço, ocorreu a realização de chamamento público, em 12/09/2017, a fim de selecionar iniciativas educacionais, já implementadas ou ainda embrionárias, que tivessem como objetivo "a prevenção primária à corrupção, o fomento à integridade social e a educação para a cidadania". A seleção objetivava alimentar banco de propostas destinado a divulgar as iniciativas selecionadas e certificar as melhores dentre elas com o selo "Pro-Íntegro" (ENCCLA, 2016). Mais adiante, serão apresentadas mais informações a respeito do referido banco de propostas e sobre as iniciativas que se destacaram e receberam o selo "Pro-Integro" escolhidas para serem tratadas no presente trabalho.

Dando continuidade à Ação 6/2017, foi estabelecida a Ação 6/2018, na XV Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, que foi coordenada pelo CNMP e pela CGU, com a coordenadoria adjunta da Secretaria de Governo do Estado do Paraná (Segov-PR), e voltou-se à consolidação de estratégia para fortalecer a prevenção primária à corrupção (ENCCLA, 2017)[14].

A Ação 6/2018 apresentou os seguintes resultados:

> 1. Definição do sistema de governança do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção – PNPPC;
> 2. Aperfeiçoamento dos dados estruturados no endereço www.todosjuntoscontracorrupcao.gov.br (em andamento);
> 3. Minuta de Edital para Chamamentos Públicos a ser utilizado no âmbito do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção;
> 4. Minuta de Regulamento do Selo Ação Íntegra a ser utilizado no âmbito do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção;
> 5. Protocolo de Intenções assinado por representantes da Ação, como pessoas naturais, na reunião de 19/09/2018;

[14] Foram colaboradores da referida ação: CNMP, CGU, Segov/PR, ADPF, AGU, Ajufe, Anape, Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCon), Atricon, BB, Banco Central do Brasil (BCB), BNDES, CEF, Casa Civil do Estado do Rio Grande do Sul (CC/RS), Colégio Estadual do Paraná *(*CEP/PR), Controladoria-Geral do Distrito Federal (CG/DF), A Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais (CGE/MG), Controladoria Geral do Município de São Paulo (CGM/SP), Coaf, Conaci, CVM, Departamento de Recuperação de Ativos de Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), Febraban, Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas *(*GNCoc), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), MD, Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), Ministério Público do Distrito Federal e Territórios *(*MPDFT), Ministério Público Militar (MPM), MPT Ministério Público do Estado de Goiás (MP/GO), MP/MA, Ministério Público do Estado do Paraná (MP/PR), Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP/SC), MPF, Polícia Federal (PF), Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE/BA), Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE/RS), Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), Rede Nacional de Controle da Gestão Pública (Rede), RFB, Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), TCU e Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (ENCCLA, 2017).

6. Entrega dos Selos Ação Íntegra em diversos eventos realizados pelos colaboradores da Ação 06/2018 e Rodada de apresentação (referente ao Edital de 2017), para divulgação das propostas – Acelera Startup – FIESP;
7. Integração ao PNPPC de ações identificadas com prevenção primária à corrupção: Iniciativas do CNMP com o MPDFT. (ENCCLA, 2017).

Desse modo, as iniciativas destinadas a compor o banco de propostas do PNPPC desenvolvidas em decorrência da Ação 06/2017 da Enccla foram consolidadas por meio da Ação 06/2018.

Dentre as pretensões da criação do banco de propostas, estava a aproximação entre os gestores dos sistemas educacionais e possíveis parceiros intencionados em apoiar as iniciativas, tais como empresas, órgãos públicos, academia e entidades do terceiro setor. O objetivo era "a implementação ou replicação das melhores propostas, tanto pelo apoio financeiro quanto pelo compartilhamento de experiências e conhecimentos" (ENCCLA, 2017). Essa aproximação também se destinava à formação da Rede Colaborativa, da qual pode fazer parte qualquer cidadão e demais interessados do setor público e privado, do terceiro setor, de organizações internacionais, de comunidades e outras entidades, que de forma integrada e cooperativa, estejam unidos no propósito de prevenir a prática de atos corruptos[15].

O referido banco de propostas inicialmente estava disponível para consulta no site http://www.todosjuntoscontracorrupcao.gov.br/. Atualmente, ele está disponível para consulta no site http://todosjuntoscontracorrupcao.mppb.mp.br. A seguir, serão apresentadas algumas das propostas do banco que tiveram destaque e receberam o selo "Pro-Íntegro"/Ação Íntegra no ano de 2018.

O selo Ação Íntegra é a certificação do PNPPC entregue pelos membros da Enccla às propostas selecionadas que alcançaram pontuação acima de 90% de acordo com os critérios do edital de chamamento público. O objetivo do selo é incentivar as ações relacionadas a probidade, participação e controle sociais e educação cidadã em todo o país[16].

O Banco de Propostas é dividido em duas categorias: Educacional e Corporativo. Para fins de exequibilidade, este trabalho descreve seis iniciativas voltadas à prevenção primária que se destacaram e foram premiadas com o Selo Ação Íntegra constantes no banco educacional. Além dessas, para mostrar que os programas de educação cidadã podem não ser necessariamente ligadas ao ensino tradicional, também será descrita uma proposta do banco corporativo que recebeu o mesmo selo. O quadro seguinte relaciona os projetos descritos no trabalho[17].

[15] Informação disponível em http://todosjuntoscontracorrupcao.mppb.mp.br/. Acesso em: 15 set. 2019.
[16] Informação disponível em http://todosjuntoscontracorrupcao.mppb.mp.br/index.php/category/educacionais/. Acesso em: 15 set. 2019.
[17] Com exceção do Programa Cidadão Contra a Corrupção, todas as propostas descritas no presente trabalho foram premiadas com o selo Ação Íntegra durante o 3º Seminário de Segurança Institucional, ocorrido no Centro Cultural do Tribunal de Contas da União (TCU), em 31 de outubro de 2018, consoante informações retiradas do site do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, na matéria disponível em https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1541022018.97. Acesso em: nov. 2019.

Quadro 1 – Ações analisadas

Ação premiada	Instituição
Programa Um Por Todos e Todos Por Um! Pela Ética e Cidadania	Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União
Concurso de Desenho e Redação da CGU	Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União
Projeto Vamos Falar de Ética	Associação Junior Achievement do Distrito Federal
Projeto Controladoria na Escola	Controladoria Geral do Distrito Federal
Concurso Literário de Redação e Poesia com o tema: "Todos juntos contra a corrupção: nós podemos construir a cidade que queremos"	Prefeitura Municipal de Governador Valadares
1.Programa Cidadão contra a Corrupção	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Programa "De Empresas Para Empresas: a capacitação de prevenção à corrupção - DEPE"	Alliance for Integrity, integrante da *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)*

Fonte: Elaborado pelas autoras com informações da Enccla (2019)

Conforme exposto no quadro, a CGU teve dois programas que receberam o selo Ação Íntegra. A pesquisa apontou que a instituição vê na educação cidadã uma importante ferramenta na luta contra a corrupção no que diz respeito à mudança cultural e de comportamento da sociedade, passando pela formação de crianças e jovens. Isso se verifica principalmente pelo fato de que a Instituição mantém o "Portal de Educação Cidadã" na internet, acessado pelo endereço educacaocidada.cgu.gov.br.

O site tem por objetivo divulgar ações, iniciativas e projetos da CGU relacionadas à educação para a cidadania desenvolvidas para o público infanto-juvenil. Além disso, o portal tem um espaço do professor com disponibilização de conteúdo, indicação de cursos e materiais didáticos e busca evidenciar práticas desenvolvidas por outras instituições, apresentar parceiros e organizações que apoiam as ações; dar publicidade a assuntos relacionados à educação e, ainda, inspirar o público da comunidade escolar a participar compartilhando suas sugestões, ideias e materiais.

Nesse contexto de empenho da CGU no uso da educação cidadã para combater a corrupção, é que a instituição teve dois projetos que receberam o selo Ação Íntegra: o programa "Um por Todos e Todos por Um! Pela ética e cidadania" e o "Concurso de Desenho e Redação da CGU".

O **Programa Um por Todos e Todos por Um! Pela ética e cidadania** é realizado com o Instituto Maurício de Sousa e é voltado para estudantes do ensino fundamental. Com o objetivo de despertar o interesse desses alunos por temas relacionados à ética e à cidadania, conforme a Portaria nº 1840/2018, que ampliou o alcance do programa para entes governamentais como prefeituras e estados, entidades privadas e instituições educacionais, o programa dispõe de material didático a ser trabalhado por estudantes e professores/mentores. Para isso, a CGU viabiliza instrumento de formação dos professores e promoção de ações de disseminação do programa.

De acordo com dados retirados do Portal da Educação Cidadã, o programa já mobilizou um total de 4.786 escolas, 23.109 professores e 340.842 estudantes. O programa deve ser ainda mais ampliado, conforme a CGU, e contará com materiais didáticos para todas as séries iniciais do Ensino Fundamental, bem como a adaptação deles para formato digital e interativo. O projeto é que os materiais manual do professor, caderno do estudantes, quadrinhos, jogos, tirinhas animadas e filmes animados sejam alinhados aos objetivos da Base Nacional Comum Curricular do Ensino Fundamental. Dessa forma, o projeto deve ganhar proporções a ponto de colocar a educação cidadã do combate à corrupção na pauta da educação brasileira como um todo.

Já o *Concurso de Desenho e Redação da CGU,* desenvolvido pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, é realizado anualmente e objetiva estimular o interesse dos estudantes por temas relacionados ao controle social, à ética e a cidadania, conforme informações da página oficial do programa. O concurso é direcionado a estudantes de ensino fundamental, ensino médio e educação de jovens e adultos, matriculados em escolas públicas e privadas de todo o Brasil, e é dividido em 14 (catorze) categorias. Em 2019, ocorreu a 11ª edição e, até o momento, o concurso mobilizou mais de 3 milhões de participantes.

Os alunos concorrem com trabalhos do tipo "desenho" nas categorias de 1º ao 5º ano do ensino fundamental. Já os trabalhos do tipo "redação" são apresentados nas categorias de 6º ao 9º ano do ensino fundamental e do 1º ao 3º ano do ensino médio, abrangendo a modalidade de educação jovens e adultos (EJA). O programa também possibilita a participação das escolas na categoria "escola-cidadã", por meio de trabalhos do tipo "plano de mobilização", constituídos de ações realizadas pela direção, coordenação e equipe pedagógica das unidades escolares para promover a prática pedagógica dos professores e o envolvimento dos anos, bem como da comunidade escolar no decorrer do projeto, respeitado o tema do concurso.

De acordo com dados retirados do Portal da Educação Cidadã da CGU, desde a primeira edição do concurso, realizada no ano de 2007, foram mobilizados 3.855.061 estudantes e 21.471 escolas, bem como 136.650 professores foram envolvidos. Além disso, as edições dos concursos apresentaram temas relacionados a corrupção, ética, cidadania, boa aplicação e fiscalização do dinheiro público, acesso à informação, honestidade e altruísmo.

Dentre os temas, destaca-se para o presente trabalho aqueles desenvolvidos na 1ª, 2ª e 7ª Edição. A 1ª Edição do Projeto trazia a pergunta "Como a sociedade pode ajudar no combate à corrupção?" e foi

promovida entre alunos do ensino fundamental dos municípios participantes do Programa Olho Vivo no Dinheiro Público, organizado pela CGU. A 2ª edição do concurso, realizada no ano de 2008, também contou com tema relacionado diretamente ao fenômeno da corrupção, qual seja: "O que você tem a ver com a corrupção?". O 2º concurso foi realizado em parceria com a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPG), além de outras instituições. Na mesma linha, a 7ª edição do Concurso de Desenho e Redação apresentou o tema "Pequenas Corrupções – Diga Não".

No que se refere ao **Programa Vamos Falar de Ética**, desenvolvido pela Associação Junior Achievement do Distrito Federal (JADF), consoante informação constante no site oficial da associação, o programa é voltado a alunos do ensino médio e apresenta aos jovens reflexões sobre os benefícios de atuar com ética na vida pessoal e profissional, ao mesmo tempo que contribui para a melhor compreensão do papel dos jovens como cidadãos.

A JADF é uma associação sem fins lucrativos que aplica programas relacionados a temas como empreendedorismo, sustentabilidade e ética. No caso específico do Programa Vamos Falar de Ética, a Associação intencionava aplicar o programa para 3.000 estudantes de escolas da rede pública do Distrito Federal, matriculados no 8º e 9º ano do ensino fundamental, do 1º ao 3º ano do ensino médio e no 1º e 2º seguimento da Educação de Jovens e Adultos - EJA, além daqueles que participam de educação profissional nas escolas técnicas e instituições sociais de educação.

> Conforme o banco de propostas da PNPPC, os objetivos principais do programa consistem em estimular nos jovens a reflexão sobre o conceito de ética, por meio da construção da definição de ética e da reflexão sobre a sua importância na sociedade, bem como pela construção do conceito de cidadania e pelo cálculo do custo da ausência de ética para o país e da responsabilidade de cada indivíduo para o bem-estar coletivo. No programa, é aplicado um modelo de tomada de decisões e é criado um código de ética para a carreira que o jovem vislumbra ter no futuro. No âmbito do programa, ainda são desenvolvidas atividades específicas para a fixação da aprendizagem em relação a cada grupo de objetivos.

Por seu turno, o *Projeto Controladoria na Escola* é desenvolvido pela Controladoria Geral do Distrito Federal (CGDF) em parceria com a Secretaria de Educação do DF. O objetivo do programa é "fomentar a cidadania ativa de estudantes e professores no ambiente escolar" (ENCCLA, 2019)[18]. A principal atividade deste projeto é a realização de uma auditoria cívica na escola, na qual os estudantes, organizados e orientados por professores, registram em um aplicativo de celular, chamado Monitorando as Cidades, o que eles encontram ao observar o ambiente da escola onde estudam. O procedimento se dá através de *checklists* organizados pela CGDF e colocados à disposição no aplicativo.

De acordo com o banco de propostas do PNPPC, a execução da auditoria cívica tem como objetivos os seguintes:

[18] Disponível em <todosjuntoscontracorrupcao.mppb.mp.br/>. Acesso em nov. 2019.

> 1) Subsidiar a atuação do Estado por meio da entrega de um relatório qualificado, contendo informações atualizadas da realidade das escolas, apontando os problemas e oportunidades de melhorar o serviço público;
> 2) Proporcionar uma experiência pedagógica ao cidadão (alunos). O aluno é provocado a ter um olhar diferente para a escola, buscando identificar o que poderia ser diferente (melhor). Identificadas essas oportunidades (que podemos chamar de problemas) busca-se identificar as causas da situação encontrada (nesse processo de busca das causas se deseja que o aluno reconheça sua responsabilidade em muitos dos problemas encontrados e tome por propósito mudar de comportamento);
> 3) Fomentar a busca de soluções dos problemas identificados na auditoria. A identificação dos problemas é importante, mas não basta. É importante identificar as causas e buscar as soluções e executá-las, principalmente aquelas que estão sob a governança da escola. Ao promover atividades que provoquem nos alunos o pensamento coletivo, o exercício da cidadania dando-lhes o papel de agentes transformadores e parte da política pública de educação, o projeto trabalha diretamente valores necessários à prevenção primária à corrupção. (ENCCLA, 2019)

Consta na descrição do projeto em comento, no banco de propostas, que os resultados do projeto demonstraram que os conhecimentos evidenciados na prática da escola auditada aumentam a consciência do aluno em relação aos problemas que o cercam e de como ele pode ser responsável direto em solucioná-los. O projeto busca que o aluno reconheça a possibilidade de acompanhar a execução das outras políticas públicas, atentando-se "para a qualidade dos serviços públicos prestados pelo Estado e a utilização do recurso público" (ENCCLA, 2019).

Outro projeto que também faz parte do banco de propostas e que recebeu o Selo Ação Íntegra foi o *Concurso Literário de Redação e Poesia: Todos Juntos Contra à Corrupção,* criado pela Prefeitura de Governador Valadares-MG. O principal objetivo do projeto foi incentivar o comportamento íntegro, justo, responsável, honesto, respeitoso e socialmente proativo do cidadão, além de estimular o controle social, a reflexão a respeito dos valores éticos que circundam o exercício da cidadania, colaborando para a solidificação de uma "cultura de responsabilidade cidadã" (ENCCLA, 2019). O projeto teve participação de instituições de ensino das três esferas de governo, abrangendo as seguintes categorias: 1) Ensino Fundamental - 6º e 7º anos; 2) Ensino Fundamental - 8º e 9º anos; 3) Ensino Médio; 4) Universitários; e 5) Sociedade valadarense (os que não se enquadram nas demais categorias) (SMG, 2017)[19].

Também recebeu o Selo Ação Íntegra, o programa *Cidadão Contra à Corrupção*, desenvolvido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), que englobou o projeto "O que você tem a ver com a corrupção?" no Distrito Federal. A proposta é a promoção do combate à corrupção disseminando uma cultura com base na dignidade, em princípios éticos, na honestidade, na participação social e no pleno exercício da cidadania, através da reflexão. Assim, são utilizados "recursos como fóruns, palestras, colóquios, diálogos, encontros, materiais e sítio temáticos e boas práticas cujos multiplicadores iniciais são membros e servidores

[19] Edital disponível em <http://177.200.37.39/tjcc/wp-content/uploads/2018/11/00746_02_01-edital-cgm-01-2017-dom-29-09-2017-1.pdf>. Acesso em nov. 2019.

do MPDFT" (ENCCLA, 2019)[20], realizados em escolas, entidades públicas ou privadas e outros espaços sociais.

Conforme a apresentação do programa[21], o projeto busca trabalhar a problemática da corrupção partindo de soluções práticas palpáveis, se afastando do discurso demagógico. A proposta se fundamenta no esforço por um processo cultural de formação de consciência e de responsabilidade dos cidadãos, com base em três tipos de responsabilidades: responsabilidade para com os próprios atos ou responsabilidade individual (estou fazendo a minha parte no meu dia a dia?); responsabilidade para com os atos de terceiros, ou responsabilidade social ou coletiva (estamos cobrando individual e coletivamente a efetiva apuração e punição de corruptos? Estamos exigindo o fim da impunidade?); e responsabilidade para com as gerações futuras baseado em um agir consciente (MPDFT, [S.I.]).

É interessante notar que o programa busca na educação a prevenção e o combate repressivo à corrupção, por meio do estímulo às denúncias populares dos atos corruptos, sejam de grau maior ou menor no que diz respeito ao dano causado. O projeto busca, ainda conforme o MPDFT, ser um canal entre sociedade e MP. As perspectivas fundamentais do programa são duas. A primeira é acabar com a impunidade através de um canal para denúncias e a segunda é educar e estimular as novas gerações, com destaque para as condutas próprias de cada um (MPDFT, [S.I.]). Dessa forma, é possível perceber que o projeto tem raízes e se baseia nas duas formas de combate à corrupção sobre os quais este trabalho tratou, a atuação repressiva e a preventiva, através principalmente da educação cidadã.

Em outro giro, para mostrar a versatilidade e também exemplificar as propostas que estão contidas no banco corporativo do PNPPC, também se descreve o **Programa De Empresas Para Empresas: a capacitação de prevenção à corrupção (DEPE)**, desenvolvido pela Alliance for Integrity (AfIn). A AfIn é uma iniciativa global de ações coletivas que une interessados dos setores público e privado e da sociedade civil em "um esforço conjunto de construção e promoção de soluções para fortalecer a transparência e a integridade no sistema econômico" (CGU, [S.I.])[22].

A AfIn é capitaneada pela Cooperação Alemã para o Desenvolvimento (GIZ, na sigla em alemão), que, por sua vez, é uma agência governamental constituída como companhia privada sem fins lucrativos. Atualmente, a iniciativa atua em centros regionais na Alemanha, Brasil, Gana, Índia e Indonésia e o programa de treinamento de *compliance* é realizado em diferentes países da América Latina (CGU, [S.I.]).

A Aliança disponibiliza soluções práticas para fortalecer as capacidades de *compliance* das empresas e de sua rede de fornecedores. Conforme a CGU (S.I.), a AfIn estimula o debate entre os setores públicos e privados e contribui para a melhoria das condições estruturais, se tornando o ponto de contato global para as empresas no que diz respeito ao combate à corrupção coletivamente (CGU, [S.I.]).

[20] Disponível em <todosjuntoscontracorrupcao.mppb.mp.br/>. Acesso em nov. 2019.

[21] Disponível em <http://177.200.37.39/tjcc/wp-content/uploads/2018/11/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Programa-1.pdf>. Acesso em nov. 2019.

[22] Disponível em <https://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/alliance-for-integrity>. Acesso em nov. 2019.

Nesse contexto, conforme a AfIn[23], o DEPE é um programa de treinamento que visa auxiliar as empresas no desenvolvimento e implementação de sistemas eficazes de prevenção à corrupção. Nele, as empresas maiores que possuem sistemas de *compliance* já estabelecidos treinam e apoiam pequenas e médias empresas, que possuem pouca experiência no enfrentamento à corrupção. As grandes empresas transferem seus conhecimentos e experiências, ao passo que as empresas menores recebem ferramentas para solucionar problemas vinculados à corrupção e aumentar a competitividade.

Além disso, o DEPE aborda as definições de corrupção (apontando em grosso modo o que é a corrupção e os tipos existentes), bem como ressalta a relevância do fenômeno para a própria empresa (esclarecendo como a empresa é afetada pela corrupção) e apresenta exemplos práticos de prevenção à corrupção. O programa aborda ainda os fatores de risco, apresentado os riscos típicos e as medidas para redução deles, e as soluções potenciais para situações críticas e as medidas de prevenção. Nessa última abordagem é que se demonstra como as empresas devem se comportar em situações críticas, quais os componentes primordiais de um programa de ética e *compliance*, o que é necessário observar na escolha de parceiros nos negócios e quais as vantagens decorrentes da ação coletiva.

Ante o exposto, por meio da observação das iniciativas de prevenção primária à corrupção constantes no banco de propostas da PNPPC e que levaram o Selo Ação Íntegra descritas neste trabalho, é possível verificar a preocupação e o empenho de órgãos de todos os poderes, bem como das entidades da sociedade civil, com o enfrentamento ao fenômeno da corrupção a partir da educação cidadã. É possível verificar as bases da educação cidadã em todos os projetos analisados, através de suas ações em salas de aula de crianças, jovens e adultos, mas também nas comunidades e nos ambientes de trabalho.

Estas ações demonstram que os programas e instituições que as propuseram possuem determinada consciência da caracterização sistêmica e difusa do fenômeno, consoante as definições de Rocha (2018). As atividades buscam uma mudança, por meio de instrumentos de educação cidadã, em costumes que possuem raízes, como se viu, em motivos históricos e culturais que marcam o Brasil.

É necessário destacar, ainda, o importante peso que a reflexão possui nas atividades propostas. Tratar da corrupção na escola, na comunidade e no trabalho, como se observou pelas iniciativas de educação cidadã, proporciona a conscientização da sociedade, por meio da observação das próprias ações, de que este fenômeno está presente não só no trato de verbas e bens públicos, mas em todas as situações em que as pessoas colocam o seu proveito próprio em detrimento ao bem comum, no desrespeito às leis e normas e nos casos em que se dá o famoso “jeitinho”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, entende-se que a corrupção é um fenômeno complexo e que atinge a todos, direta ou indiretamente, nos setores público ou privado, tendo em vista que afeta e reflete na economia, na prestação dos serviços públicos e no desenvolvimento social, dentre outras áreas. Além disso, é capaz de causar danos à presente e às futuras gerações, sendo assim, um problema de toda a sociedade, que merece ser por ela enfrentado, principalmente a partir de ações preventivas.

[23] Disponível em <https://www.allianceforintegrity.org/pt/eventos-e-atividades-de-capacitacao/capacitacaos/details.php?id=250>. Acesso em nov. 2019.

Desse modo, a fim de melhor estudar e entender o fenômeno da corrupção, visando à identificação de mecanismos aptos a prevenir atos corruptos, a partir de sua raiz, que está na própria sociedade, o presente trabalho iniciou-se com uma abordagem do conceito e do contexto histórico no qual ela se desenvolveu no Brasil. Em seguida, adentrou-se em uma análise normativa, estudando os principais institutos criados para o combate dessa mazela, sob uma perspectiva do seu efeito repressivo. Na penúltima seção, procurou-se desenvolver a temática da prevenção primária, com ênfase na educação cidadã como ferramenta apta a prevenir a corrupção, refletindo sobre a importância de seu fortalecimento.

Ao final, através de uma pesquisa descritiva, procurou-se apresentar algumas iniciativas, programas e projetos relacionados à prevenção primária da corrupção constantes no Banco de Propostas do Programa Nacional de Prevenção Primária à Corrupção (PNPPC), criado em atendimento às ações 6/2017 e 6/2018 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla). O objetivo era demonstrar quais ações concretas podem ser realizadas no enfrentamento preventivo da corrupção com ênfase na temática da educação cidadã.

Nesse sentido, foram analisados sete programas, seis do banco de propostas educacional e um do banco corporativo. Cinco programas do banco de proposta educacional vinculam-se a práticas de educação cidadã voltadas a estudantes e um programa é voltado à comunidade. Já o programa do banco corporativo, apresenta-se como um diferencial, que demonstra como as práticas anticorrupção baseadas na prevenção primária podem ser executadas no âmbito empresarial. O levantamento mostrou, sobretudo, que o empenho em prevenir a corrupção pode e deve passar pelos ambientes de formação das pessoas e que o combate a este fenômeno se torna mais eficaz com a construção de cidadãos justos que saibam refletir sobre as próprias ações e do seu grupo.

Desse modo, o presente trabalho não objetivou apresentar soluções direcionadas a acabar com a corrupção, pois tal pretensão não é faticamente possível, conforme já exposto. Também não se buscou avaliar se os programas descritos possuem resultados já comprovados de diminuição da prática de atos corruptos. A intenção foi apresentar a prevenção primária com ênfase na educação cidadã e, ainda, exemplos práticos de como a sociedade pode agir de forma integrada para enfrentar o fenômeno.

Nesse contexto, consoante abordado, considerando que uma sociedade verdadeiramente evoluída não o é apenas economicamente, mas sobretudo no aspecto moral e ético, na qual se busca o bem-estar coletivo e predomina a igualdade e a justiça, mostra-se necessária a promoção de trabalhos e ações que contribuam para a formação de uma sociedade comprometida com os deveres de honestidade, justiça e moralidade, no qual o bem da coletividade é priorizado.

Isso porque o enfrentamento da corrupção é responsabilidade de todos, tendo em vista que o fenômeno não se limita ao setor público ou às grandes empresas. Grandes corruptos um dia foram pequenos corruptos. A aceitação a pequenos hábitos corruptos culmina no marasmo diante das grandes corrupções. Por isso, abordar a prevenção primária é importante. É preciso que a sociedade tome consciência sobre o papel de cada um na repressão, no controle e na prevenção da corrupção. A educação cidadã apresenta-se como meio para isso, para prevenir o desenvolvimento da corrupção entre as pessoas e para que a sociedade como um todo compreenda a importância da participação social, da fiscalização e da não complacência com atos corruptos.

Assim, conclui-se que o fenômeno da corrupção merece ser debatido e enfrentado de frente não só pelas instituições responsáveis por ações repressivas e de controle ou pelas demais entidades públicas, mas também pela própria sociedade civil, seja dentro das escolas, na comunidade ou dentro de organizações e corporações. Por fim, pode-se dizer que métodos e programas que visam estimular a reflexão e o desenvolvimento de uma mentalidade que prima pelo bem comum, fomentada pela participação ativa de pessoas e grupos, organizações e instituições, públicas ou privadas, ou seja, voltados para a formação de uma educação cidadã, são elementos importantes para o efetivo combate preventivo da corrupção.

REFERÊNCIAS

ALLIANCE FOR INTEGRITY. Capacitação de prevenção à corrupção 'De Empresas Para Empresas'. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://www.allianceforintegrity.org/pt/eventos-e-atividades-de-capacitacao/capacitacaos/details.php?id=250>. Acesso em 18 nov. 2019.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, RT vol. 969. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.03.PDF>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BOMFIM, Francisco das Chagas Jucá. *O combate à corrupção nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. 2013. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=32718>. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9o do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Instituições são premiadas com Selo Ação Íntegra da Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla)*. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1541022018.97>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRAUN, Michele. O fenômeno corrupção: de suas raízes à revitalização da cidadania brasileira como forma de enfrentamento do vício social. *In* LEAL, Gesta Rogério; IANAIÊ, Simonelli da Silva. *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea***.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

CARDOSO, Karla Regina; SOCAL, Carlos Roberto Devincenzi. A genética corruptiva brasileira - dos tempos do Império a atualidade. *In* LEAL, Gesta Rogério; IANAIÊ, Simonelli da Silva. *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea***.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Portal de Educação Cidadã*. Brasil, [S.l]. Disponível em: <https://educacaocidada.cgu.gov.br/programas/desenho-redacao>. Acesso em: 14 nov. 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Alliance for Integrity*. [S.l.]. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/alliance-for-integrity>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A LAVAGEM DE DINHEIRO. *Chamamento público*. Brasil, 2019. Disponível em: < http://enccla.camara.leg.br/noticias/prevencao-primaria-a-corrupcao chamamento-publico>. Acesso em 18 nov. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A LAVAGEM DE DINHEIRO. *Prevenção primária à corrupção*. Brasil, 2019. Disponível em < http://todosjuntoscontracorrupcao.mppb.mp.br/>. Acesso em 18 nov. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A LAVAGEM DE DINHEIRO*. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de dinheiro*. Brasil, 2019. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A LAVAGEM DE DINHEIRO. *Ações de 2018*. Brasil, 2019. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2018-1>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A LAVAGEM DE DINHEIRO. *Ações de 2017*. Brasil, 2016. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2017>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A LAVAGEM DE DINHEIRO*. Elementos de Construção do Programa Nacional de Prevenção primária à Corrupção-PNPPC*. 2018. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/ENCCLA2018Ao6ElementosdeConstruoPNPPC.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019.

GHIZZO NETO, Afonso. O combate à corrupção e a educação como instrumento de ação coletiva. *In* FILHO, Alexandre J. Carneiro da Cunha, et al. *48 Visões sobre a corrupção***.** São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016.

GOVERNADOR VALADARES. Edital CGM nº 01, de 2017. Concurso literário de redação e poesia da Prefeitura Municipal de Governador Valadares/MG. *Diário Oficial Eletrônico Governador Valadares-MG*. 876. ed. Governador Valadares, MG, 29 set. 2017. p. 8-15. Disponível em: <http://177.200.37.39/tjcc/wp-content/uploads/2018/11/00746_02_01-edital-cgm-01-2017-dom-29-09-2017-1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

GUERRÓN, Juan Carlos Benalcázar. Benalcázar. Participación Ciudadana y Control de la Corrupción. In: CONGRESSSO IBEROAMERICANO DE DERECHO ELECTORAL, Não use números Romanos ou letras, use somente números Arábicos., 2010, San Nicolás de Los Garza/méxico. *Ponencias*. San Nicolás de Los Garza: Facultad de Derecho y Criminología de La Universidad Autonoma de Nuevo Leon, 2010. p. 1 - 26. Disponível em: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congreibero/ponencias/juancarlosbenalcazar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo Hayashi. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

LEAL, Gesta Rogério. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. *In* LEAL, Gesta Rogério; IANAIÊ, Simonelli da Silva. *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Cidadão contra a corrupção*. 2018. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/cidadaocontracorrupcao/>. Acesso em 18 nov. 2019.

MUGNATTO, Gabriel Carvalho. *Jeitinho Brasileiro: da criatividade à corrupção*. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/jeitinho-brasileiro/>. Acesso em 10 set. 2019.

PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais.* Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Introdução ao estudo do fenômeno da corrupção*. 2018. 155 slides.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. O fenômeno da corrupção na História do Brasil. *In* FILHO, Alexandre J. Carneiro da Cunha, et al. *48 Visões sobre a corrupção***.** São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016.

RABELO, André. O que é o jeitinho brasileiro? In: RABELO, André. *Socialmente*. [S.l.]. 3 ago. 2012. Disponível em: <http://scienceblogs.com.br/socialmente/2012/08/e-jeitinho-brasileiro>. Acesso em: 05 nov. 2019.

RIBEIRO, Graziele Lopes. *Manual para elaboração de trabalho de conclusão de curso: artigo científico*. Palmas: ESMAT, 2019.

ROCHA, Alexandre Sérgio Da. *Corrupção: Conceitos e Reflexões*. Porto. Editoral Juruá, 2018.

RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, improbidade administrativa e poder público no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VIII, nº 10 – jun. de 2007. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Artigos/Dwight.pd>. Acesso: em 15 nov. 2019.

TANZI, Vito. Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures. International Monetary Fund. Mai. 1998.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL SECRETARIAT. *Índice de percepção da corrupção 2018 mostra que os esforços anticorrupção estão paralisados na maioria dos países*. Berlim, 2019. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcao_da_corrupcao_2018>. Acesso em: 18 nov. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção 2018*. 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 18 nov. 2019.

PRÁTICAS DE *COMPLIANCE* COMO REDUTOR DE CORRUPÇÃO: O *ENFORCEMENT* PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Fernando César Benevenuto Malafaia[1]
Adriano Silva Leite[2]

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar os elementos constitutivos e os limites de competência e jurisdição dos Tribunais de Contas brasileiros, sob o enfoque de sua participação ativa no combate à corrupção no âmbito da administração pública, destacando os aspectos coercitivos, punitivos e, em especial, os preventivos. Como é cediço, o instituto do *compliance* é recepcionado no ordenamento jurídico pátrio (Decreto n° 8.420/2015, artigo 41) como um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Como as Cortes de Contas são responsáveis pelo controle externo das contas públicas e o instituto do *compliance* versa sobre controle interno, o presente trabalho estuda, valendo-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo, como os Tribunal de Contas podem utilizar-se do instituto do *compliance* como estratégia eficaz para maximizar sua atuação no combate à corrupção, valendo-se do seu *enforcement* para orientar, recomendar, ou mesmo, determinar a implantação de programas de *compliance* em seus órgãos jurisdicionados, partindo da premissa que o instituto é eficaz no sentido de prevenir, mitigar e tratar não-conformidades, desvios e corrupções no seio da administração pública e dos atores com os quais esta interage. Trata-se de investigação básica, mas propositiva, apoiando-se na revisão bibliográfica das leis, normas, regimentos, doutrina, guias e manuais institucionais, bem como, nos documentos internos do TCE-TO, como Instruções Normativas, orientações técnicas e outros, com tentativa de formulação de hipótese prática viável.

Palavras-chave: *Compliance*, Governança e Controle, Tribunal de Contas, *Enforcement*, Combate à Corrupção.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira na atualidade tem presenciado uma crise de confiança generalizada nas instituições e nos seus representantes, haja vista a elevada quantidade de denúncias, operações policiais e escândalos que envolvem agentes públicos e políticos, cotidianamente veiculados na grande mídia.

O enfrentamento da corrupção é, pois, neste cenário, tarefa hercúlea e infindável que deve ser empreendida de forma sistemática e articulada entre todas as instituições que compõem o poder público e demais segmentos da sociedade, para além deste, envolvendo o setor privado, o terceiro setor, as entidades sem fins lucrativos, os segmentos da sociedade civil organizada, instituições de ensino e de formação de opinião, enfim, tarefa de todos nós.

Papel de crucial importância nesta empreitada compete aos Tribunais de Contas brasileiros, recorte da temática sobre o qual este artigo visa tecer considerações e, de forma propositiva, interpretar a extensão do

[1] Mestre em Administração Pública/FGV/EBAPE, Conselheiro Substituto TCE/TO
[2] Advogado, Ambientalista e *Compliance* Officer CPC-A

poder institucional e a contribuição que os mesmos podem agregar ao desafio de combater a corrupção no estado nacional.

Para lograrmos êxito nesta análise, é preciso que compreendamos a gênese constitucional e a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, suas funções e competências e os limites que configuram o seu *enforcement*, aqui entendido como a capacidade/poder que estas instituições possuem de fazer com que suas determinações sejam cumpridas pelos entes jurisdicionados, materializando no mundo real suas diretrizes e funções de controle e zelo pela coisa pública.

Os Tribunais de Contas tem sido compelidos a se modernizarem e a passarem por mudanças adaptativas frequentes nos últimos anos, impulsionadas pela crescente demanda no sentido de adotarem técnicas de controle e fiscalização mais efetivas e atualizadas, além de lhes serem exigidas atuações mais transparentes, eficientes e eficazes.

Há que se melhorar expressivamente a função de controle, atualmente praticada de forma externa e reativa, devendo-se aliar a esta um conceito de controle cunhado também na prática da prevenção e da gestão de riscos, não apenas em ações repressivas ou tardias, que ocorrem após o cometimento de ilícitos e em resposta aos danos já causados ao erário e à sociedade como um todo. Nesta abordagem, a visão de futuro inclui aspectos como: inovação, integração, prevenção, transparência e eficiência.

Neste sentido, os Tribunais de Contas devem atuar como agentes indutores de um novo modelo de gestão pública, aderente e alinhado com essas premissas, fomentando entre os órgãos sob sua jurisdição a apropriação e consolidação de princípios básicos de boa governança, como transparência; equidade; prestação de contas (*accountability*) e responsabilidade corporativa e fiscal (MORAES FERREIRA, 2015).

Faz-se, neste ponto, a convergência harmônica entre a função de fiscalizar e controlar as contas públicas atribuída aos Tribunais de Contas e o instituto do *compliance*, partindo-se do princípio que este tem o objetivo de promover o cumprimento efetivo das normas vigentes, com foco na prevenção ao cometimento de ilícitos e no processo de ampliação de consciência coletiva, características de mecanismo acessório ao combate a corrupção, mal que assola a pátria e que se busca mitigar.

O presente trabalho intenciona submeter o tema ao escrutínio técnico-científico, contudo, sem a pretensão de se exaurir, vez que se trata de assunto da atualidade e representa temática em construção numa sociedade plural, não sendo, pois, fenômeno concluído ao ponto de se tecer conclusões taxativas.

É fruto de um processo sistemático, articulado e intencional de gestão do conhecimento apoiado na vivência prática dos autores em relação aos temas afetos aos Tribunais de Contas e ao instituto do *compliance*, utilizando metodologia hipotético-dedutiva, suportada por técnicas de revisão documental e bibliográfica e interpretação qualitativa dos resultados para lançar as bases de suas conclusões.

A hipótese central deste artigo, estabelece “práticas de *compliance* como redutor de corrupção”, como forte elemento na busca da boa governança na administração pública, a qual, por sua vez, pode ser facilitada pelo exercício do *enforcement* do Tribunal de Contas.

A justificativa do tema reside na tentativa de auxiliar no oferecimento de soluções que busquem dar resposta aos reiterados questionamentos que a sociedade faz acerca da verdadeira atuação dos Tribunais de Contas, dúvidas que decorrem e se fazem crescentes, principalmente, em virtude da percepção que se tem da magnitude dos ilícitos que assolam o país e da aparente inefetividade dos órgãos de controle.

As indagações sobre o que fazem os órgãos de controle apontam para a necessidade de se repensar até que ponto essas instituições podem fazer mais, colocando, no centro do debate, não apenas a fiscalização pura e simples de contas, mas também quais outras possibilidades devem atuar para evitar desvios.

Sob essa ótica questionadora é que se objetiva, neste artigo, fazer uma breve releitura do controle externo, de modo a identificar potencialidades dos Tribunais de Contas, apresentando contribuições com o intuito de colaborar com o avanço no enfrentamento da corrupção sistêmica que acomete o Estado brasileiro.

2 TRIBUNAIS DE CONTAS: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES

Os Tribunais de Contas são órgãos plasmados no ordenamento jurídico brasileiro como independentes em relação aos demais Poderes, contudo, exercendo função de auxiliá-los no desempenho de suas atividades de governo ou em suas específicas atribuições constitucionais, sem subordinação hierárquica ou administrativa a quaisquer deles, estando, desta forma, situado entre os Poderes, mas não fazendo parte de nenhum deles.

Os Tribunais de Contas são, pois, órgãos especializados na fiscalização das contas públicas dos demais órgãos que compõem a Administração Pública, cuja ação fiscalizadora é denominada "Controle Externo".

Os Tribunais de Contas do Brasil estão assim distribuídos: no nível federal: 01 Tribunal de Contas da União – TCU; no estadual: 26 Tribunais de Contas Estaduais – TCE's; 03 Tribunais de Contas de Municipais (TCM/BA, TCM/GO, TCM/PA); 01 Tribunal de Contas do Distrito Federal; e, por fim, 01 Tribunal de Contas do município de São Paulo e 01 Tribunal de Contas do município do Rio de Janeiro, todas estas entidades constituídas com a finalidade de fiscalizar e controlar as contas públicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB, 1988), nos Artigos 71 e 73, define as competências dos Tribunais de Contas, dentre as quais, sobressaem-se as funções de fiscalização e de controle externo da economicidade dos atos administrativos que impactam o erário, bem como a verificação da legalidade e legitimidade desses atos.

Os Tribunais de Contas são, pois, órgãos colegiados, incumbidos de fiscalizar e controlar as contas públicas, cabendo-lhes julgar as contas dos administradores públicos e as contas de responsáveis por recursos; proceder à fiscalização contábil, financeira, patrimonial e orçamentária das unidades sob sua jurisdição; emitir pareceres nas contas prestadas anualmente pelos chefes do executivo; acompanhar a arrecadação de receitas; e, apreciar, para fins de registro, a legalidade de atos de admissão, aposentadoria e pensão dos servidores.

O Tribunal de Contas, em sentido amplo, é caracterizado como órgão que representa o povo e que é inserido na Administração com a finalidade de coordenar e fiscalizar os negócios da Fazenda Pública e o faz acompanhando a execução da lei orçamentária e julgando as contas dos responsáveis pelo erário (DE PLÁCIDO E SILVA, 2016).

Numa ótica doutrinária constitucionalista, O Tribunal de Contas é definido por Alexandre de Moraes como órgão auxiliar do Poder Legislativo, cabendo-lhe, adicionalmente, a função de orientação, sem qualquer subordinação. Pratica atos de natureza administrativa, que se referem, basicamente, à fiscalização (MORAES, 2006, p.408).

Pinto Ferreira (1999, p.352) endossa essa visão constitucionalista ao afirmar que cabe ao Legislativo a missão do controle externo, especificando que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, exercido com o apoio do Tribunal de Contas da União – TCU, deixando inequívoca a sua função auxiliar, nos termos do Artigo 71 da CRFB 1988.

2.1 AS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Para consecução de sua finalidade constitucional, as Cortes de Contas exercem múltiplas competências ou funções, caracterizadas, estas, como poderes instrumentais para o exercício pleno do seu papel republicano. Em apertada síntese, as competências compreendem os mecanismos utilizados para se atingir uma determinada finalidade.

Carecem especial destaque as funções que convergem para o tema em estudo, sendo elas as seguintes: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e ouvidoria (FIGUEIREDO, 1991), as quais são abordadas em destaque tendo em virtude a Conectividade do seu exercício com o instituto de *compliance*.

A função fiscalizadora é caracterizada por ações de auditoria e inspeção desempenhadas pelas Cortes de Contas, consistindo em um dos pilares fundamentais para o exercício de suas competências. Na prática desta função, busca-se apurar denúncias de ilícitos ocorridos em entes públicos, bem como a apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadorias, reformas, pensões, admissão de pessoal no serviço público, fiscalização de renúncia de receitas, além de atos e contratos administrativos gerais.

A fiscalização é, pois, o meio que utiliza o órgão de contas para avaliar, pela realização de inspetorias e auditorias, se os órgãos e entes da administração direta e indireta, dos Três Poderes, observaram as normas no exame de legalidade, bem como, há avaliação quanto à legitimidade (CASTARDO, 2007).

O objetivo primordial da função fiscalizatória é averiguar a correta e idônea gestão dos recursos públicos. Em geral, a execução de uma ação de fiscalização desenvolve-se a partir de uma etapa preliminar de coleta de dados e informações, sucedida da sistematização e análise técnico-jurídica do acervo, com consequente formação de um juízo de valor sobre a atividade analisada. Pode ser deflagrada de ofício, por iniciativa do próprio órgão fiscalizador, ou em decorrência de uma solicitação legislativa.

A seu turno, a função consultiva é exercida mediante provocação dos jurisdicionados, a partir das quais, as Cortes de Contas respondem as consultas materializadas sob a forma de pareceres técnicos para saneamento de dúvidas a respeito da aplicabilidade dos dispositivos legais e regulamentares no que tange a matérias de competência dos Tribunais de Contas, bem como sobre as prestações anuais de contas emitidas pelos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A função informativa está fundada, sobretudo, nos princípios da transparência e da publicidade, impulsionada pela promulgação da Lei de Acesso a Informação (LAI) (BRASIL, 2011), sendo exercida quando da prestação de informações em cooperação com outras autoridades competentes ou interessados, em observância à Lei de Responsabilidade Fiscal, ou sobre resultados de inspeções e auditorias realizadas, ou ainda sobre quaisquer outros resultados de fiscalização do Tribunal. Esta função, alberga, ainda, a representação ao poder competente sobre irregularidades ou apuração de abusos, assim como, o encaminhamento de relatório de atividades ao poder legislativo.

A função judicante, por sua vez, corresponde ao poder de julgamento das contas dos administradores públicos e outros responsáveis por dinheiro, valores e/ou bens públicos sob gestão dos jurisdicionados, bem como de eventuais contas que causaram prejuízos, extravios ou irregularidades com potencial lesivo ao erário, com consequente aplicação de sanções aos responsáveis. É com fulcro nesta função que os Tribunais de Contas expressam sua autoridade para promover o julgamento das contas anuais dos administradores e responsáveis pelo erário na Administração Pública.

Não há que se confundir a função judicante própria das Cortes de Contas com a tipicamente exercida pelo Poder Judiciário, sopesando-se que os atos do Tribunal de Contas sujeitam-se ao controle realizado pelo Poder Judiciário no que tange a possíveis erros de legalidade, respeitando-se o mérito de seus julgados.

A função sancionadora materializa-se na aplicação de punições aos jurisdicionados que descumprirem o ordenamento jurídico, como expressão plena do poder coercitivo que os Tribunais de Contas dispõem para controlar e reparar não-conformidades, após identificação e apuração da ilegalidade no ordenamento das despesas e irregularidade das contas. Esta função está legalmente expressa na CRFB 1988, no Artigo 71, incisos VIII a XI, que estabelece a aplicação de penalidades aos responsáveis por despesas ilegais ou por irregularidade das contas.

As sanções aplicáveis aos jurisdicionados dos Tribunais de Contas estão explicitadas em suas respectivas Leis Orgânicas, que regulamentam a aplicação de multas e imputação de débitos apurados (devolução ao erário dos desvios apurados), e até o afastamento provisório do cargo, o arresto de bens, a inabilitação para exercício do cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

A função corretiva é exercida quando identificada a ocorrência de ilegalidade ou não-conformidades nos atos administrativos de qualquer entidade gestora de órgão público. Em geral, o Tribunal de Contas fixa o prazo determinado para a correção do ato irregular e/ou sua adequação aos preceitos legais. Compete, ainda, às Cortes de Contas a sustação do ato impugnado e aplicação de sanções por irregularidade de contas e despesas apresentadas pelos entes jurisdicionados.

No que diz respeito à função normativa, tem-se que esta é constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo. Contudo, os Tribunais de Contas possuem autorização expressa da CRFB 1988 para tratar de diplomas normativos específicos. Os Artigos 73 e 96 da Constituição Federal permitem às Cortes de Contas elegerem seus órgãos diretivos, propor suas Leis Orgânicas e Regimentos Internos dos Tribunais, além de exarar demais atos normativos que visam organizar a sua atividade, mormente no sentido regulamentador, materializado sob forma de instrumentos como: portarias, instruções, deliberações, recomendações, dentre outros.

Reside nesta função, a principal conexão da competência dos Tribunais de Contas com o instituto do *compliance*, porque no uso de seu poder normativo, as Cortes de Contas podem recomendar a adoção de instrumentos de *compliance* aos seus jurisdicionados, e, inclusive aferir a sua correta implantação, uma vez recomendada.

Além das funções anteriormente citadas, observa-se a função de ouvidoria, que é o canal direto pelo qual os Tribunais de Contas podem ser acessados para o reporte de ilegalidades e/ou não-conformidades, porventura, existentes em atos administrativos e que ensejam a atuação das Cortes de Contas. Este canal é aberto, sendo seu acesso constitucionalmente assegurado (CRFB 1988, Artigo 74 §2º) aos cidadãos de modo irrestrito, bem como as entidades representativas, partidos políticos, associações ou sindicatos, respeitado o sigilo e privacidade durante o ciclo de investigação das irregularidades reportadas.

Esta função está estritamente ligada ao exercício da cidadania e defesa dos interesses coletivos e difusos, representando uma forma de participação social proativa e eficaz.

Convém salientar que Supremo Tribunal Federal (STF) definiu, em entendimento sumulado (Súmula 347), que os Tribunais de Contas possuem competência estendida para apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público ampliando o entendimento de que o mesmo possui expressiva atribuição de proteção ao bem público e, por consequência direta, assume função essencial ao combate da corrupção difusa que permeia todos os estratos da sociedade brasileira (ROCHA, 2018).

3 O *ENFORCEMENT* DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Em livre tradução, o Cambridge Dictionary define *enforcement* como sendo o processo de fazer as pessoas obedecerem às normas ou leis ou, mesmo, de fazer com que uma situação em particular ocorra ou seja aceita pela coletividade. Para o tema em discussão, representa o processo de imposição da força estatal inerente aos Tribunais de Contas, o exercício de seu poder constitucional, no intuito de impor aos jurisdicionados a obediência e atuação em conformidade com leis, regulamentos, regras, padrões e normas quando da realização de atos administrativos que impactem o erário.

Na República Federativa do Brasil, como extensivamente destacado, cabe aos Tribunais de Contas o controle externo, que é peça indispensável na engrenagem estatal de busca de efetividade e garantia de conformidade com as Leis, em especial, as relativas as despesas públicas, o exercício dessa competência é que delineia os contornos do *enforcement* necessário para torná-la efetiva.

A Constituição Federal de 1988 criou um complexo sistema de controle (freios e contrapesos), composto por cada um dos poderes da República (CRFB 1988, Artigo 74), pelos Tribunais de Contas (Controle Externo) e pelo Ministério Público, alicerçado pelo Controle Social (Imprensa, cidadãos, partidos, etc.), sendo as Cortes de Contas os principais responsáveis pela fiscalização do erário, em face do interesse público (DALL´OLLIO, 2018),

Ao fixar as diversas atribuições das Cortes de Contas (CRFB 1988, Artigo 71) o legislador, contudo, não estabeleceu os limites para o exercício de seu mister, de maneira que é comum os Tribunais de Contas buscarem formas para exercer seu papel constitucional em plenitude, respeitando-se as diretrizes constitucionais e infralegais.

Durante muito tempo, a atuação das Corte de Contas primou pela mera conformidade e legalidade. Esta fiscalização formal e reativa não se mostrou suficiente para o controle da despesa pública, representando baixos níveis de efetividade, acarretando forte cobrança sobre os Tribunais de Contas por uma atuação que faça frente aos fatos críticos e a corrupção sistêmica que acomete o país, impulsionando as Cortes a uma atuação que transcenda o papel fiscal, ampliando o exercício das suas funções no campo da prevenção, normatização e orientação.

Demandas por transparência urgem e impõem a divulgação de dados públicos que possam ser compreendidos e avaliados tanto pelos órgãos de controle, quanto pelos cidadãos.

Observa-se que a expressiva maioria dos Tribunais de Contas brasileiros têm repensado sua postura de atuação, compreendendo o novo papel que lhes é socialmente requerido, especialmente frente às exigências por transparência e boa governança, e mais, visando uma aproximação com o controle social, reivindicando parceria com a sociedade.

É preciso, numa abordagem extensiva, entender o poder regulamentador dos Tribunais de Contas como parcela do *enforcement* estatal que lhe permite regulamentar e normatizar, por atos próprios, as regras que devem ser cumpridas pelos gestores públicos, com a finalidade, inclusive, de ampliar a eficácia e efetividade de suas ações, bem como fortalecer seu próprio poder fiscalizador.

Neste sentido, o poder regulamentador e normativo dos Tribunais de Contas, respeitando-se as diretrizes constitucionais e infralegais, tem o condão de dotá-lo de recursos alternativos para ampliar seu próprio *enforcement*, flexibilizando para que haja uma modernização na sua forma de atuar, permitindo o foco em ações de natureza preventiva, com postura mais orientativa e de supervisão do que meramente fiscalizatória e punitiva.

Em que pese esta maleabilidade, as finalidades precípuas das Cortes de Contas, quais sejam, fiscalização e controle dos atos públicos que impactam o erário, permanecem firmes. Ato contínuo, é perceptível que começa a exsurgir modos operacionais mais modernos e alinhados com as possibilidades tecnológicas e anseios da sociedade complexa da atualidade.

Jacoby Fernandes (1999, p187-188), ao comentar as ações do controle externo, define dois vetores, o limitador e o expansor. Quanto ao segundo assevera que se estabelecem limites nas incursões controladoras sobre gestão de recursos administrados, mas:

> [...] se deve ampliar o modelo estrutural da ação de controle externo, permitindo o desenvolvimento de novos paradigmas de sistemas, que, pela criatividade, possa açambarcar em favor do cidadão a mais ampla expressão de uso eficaz e probo de recursos públicos.

E complementa:

> Entre a harmonização com o modelo estabelecido pela Constituição Federal e a impossibilidade de inovar ou o dever de copiar, existe uma longa distância e compete aos operadores do direito vivificar a norma, torná-la fértil, real, concreta, para que a sociedade sinta a presença permanente da possibilidade de exercitar o controle, sem custos pessoais ou financeiros, sem demoras ou objeções, sem timidez ou vergonha.

Em outras palavras, as Cortes de Contas devem se converter em instituições comprometidas com os princípios da justiça financeira, da boa administração e da boa governança pública, e por meio do bom controle, exigirem e promoverem junto aos seus jurisdicionados esse mesmo engajamento.

A concepção desse novo modelo de boa governança, solidamente representado no texto do Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal, conclama uma mobilização do Poder Público para a utilização de novos instrumentos de gestão, uma nova forma de controle.

Além de mudanças no *modus operandi* dos Tribunais de Contas, é imprescindível uma revisão e reforma que represente melhoria na eficiência. Para tanto, as Cortes de Contas possuem prerrogativas e poderes para inovar, normatizar, regulamentar, adotar modelos e sistemas, definir regras de conduta, de maneira a empregar o seu *enforcement* a serviço da modernização e melhoria dos serviços disponibilizados à sociedade.

4 O INSTITUTO DO *COMPLIANCE*

Compliance é palavra do idioma inglês que carrega uma gama de significados que não encontra tradução correspondente direta para o português. Contudo, há palavras no nosso idioma que se equivalem de maneira aproximada, tais como: conformidade, cumprimento, concordância, obediência, complacência, dentre outras.

O termo decorre do verbo inglês "*to comply*" que significa cumprir, satisfazer ou realizar uma ação imposta. Em âmbito organizacional, o *compliance* refere-se ao cumprimento rigoroso de regras internas e externas à institucionalidade, bem como aos múltiplos sistemas normativos coexistentes a que esta se subordina, transcendendo, pois, o mero atendimento à legislação de maneira a buscar consonância comportamental dos indivíduos com padrões mais elevados de ética, moral, honestidade e transparência (GIOVANINI, 2014).

O *compliance* representa, pois, o esforço estruturado de se organizar as atividades empreendedoras humanas, sejam de origem pública, privada ou do terceiro setor, de maneira isolada ou agrupada, buscando um padrão comportamental médio embasado na adequação e respeito às realidades normativas e processuais múltiplas que permeiam e regulam os atos da existência social, objetivando ambientes mais transparentes, confiáveis, íntegros e sustentáveis, regulados e monitorados de maneira sistêmica e dotados de mecanismos de controle internos efetivos.

Nesse viés, de acordo com Heinen (2015, p.176) o *compliance* amolda-se as características de instituto jurídico, materializando-se sob a forma de programas de integridade singulares que representam, na atualidade, uma ferramenta essencial nos mercados corporativos e de terceiro setor, especialmente para as pessoas jurídicas sujeitas a controles externos.

O instituto do c*ompliance* origina-se nos Estados Unidos em resposta a dois eventos determinantes que abalaram o mercado financeiro americano, representados pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, e, pelos escândalos de corrupção que assolaram o país na década de 1970, culminando na renúncia do presidente Richard Nixon e na edição da legislação americana anticorrupção denominada FCPA - *Foreign Corrupt Practices Act*, promulgada em 19 de dezembro de 1977.

O FCPA surge, portanto, com o objetivo de combater o suborno de funcionários públicos estrangeiros e, com isso, tentar garantir os contornos de higidez e integridade do mercado de capitais dos Estados Unidos da América, tanto quanto devolver a confiança da sociedade no sistema corporativo daquele país e acaba por se tornar referência global ao ordenamento normativo internacional sobre o tema (WALKER, 2016).

O ordenamento brasileiro disciplina o instituto do *compliance* explicitamente no Capítulo IV do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

No texto legal pátrio, o instituto do *compliance* é recepcionado como programa de integridade que consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, de um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (Decreto n° 8.420/2015, artigo 41).

O Parágrafo Único do Artigo 41, introduz de maneira expressa a exigência de práticas de governança erigidas sobre a cultura da análise e gestão de riscos, lançando princípios basilares a serem respeitados, como singularidade, periodicidade e aprimoramento contínuo.

Trata-se do reconhecimento cabal do instituto do *compliance* como elemento de governança e de gestão social, vez que estimula a pessoa jurídica a exercer sua autonomia para estabelecer normas e procedimentos internos e adequá-los a parâmetros éticos, morais, jurídicos, econômicos, técnico-científicos, mais elevados, maximizando a função social e oportunizando maior protagonismo dessas organizações no processo de construção de uma sociedade mais íntegra, segura e sustentável.

Oliveira; Costa e Silva (2018, p.56) ponderam que ao desenvolver este papel social, a pessoa jurídica tem o condão de impulsionar o desenvolvimento da sociedade, além de elevar a qualidade de sua atuação interna e externa por meio de interconexões sistêmicas e, simultaneamente, adquirir e ampliar seu "capital cultural e mercadológico", pela integridade comportamental, o que acaba resultando até mesmo na sua valorização institucional em diversas áreas.

Do ponto de vista finalístico, denota-se que o Programa de *Compliance* não corresponde a um mecanismo destinado à fiscalização externa em sentido persercutório. Ao contrário, Heinen (2015, p.175) afirma que os objetivos fundamentais de um programa de integridade efetivo consistem preliminarmente na prevenção e em segundo plano, na detecção; e, por fim, no tratamento ágil e eficaz de condutas que possam ser caracterizadas como desconformes às leis, às normas internas e externas e as boas práticas desejadas, em processo interno e autogerido.

O Art. 42, do Decreto 8.420/2015, estabelece parâmetros para avaliação a respeito da existência e eficácia de um programa de *compliance*, sendo, portanto, a base legal para a estruturação de programas de integridade a partir de pilares específicos que compartimentam e agrupam os requisitos legais por similaridade de natureza e gênero, ordenando-os de forma pragmática, inteligível e didática.

Ao abordar a questão sob a ótica operacional, a Controladoria Geral da União – CGU (2015) produziu um guia com objetivo de esclarecer o conceito de Programa de Integridade em consonância com a Lei nº 12.846/2013 e suas regulamentações, além de apresentar diretrizes com a finalidade de auxiliar as instituições a construir ou aperfeiçoar seus programas de *compliance*. No citado material, os requisitos dispostos no artigo 42 do Decreto nº 8.420/2013, aparecem agrupados em 5 pilares, quais sejam: comprometimento e apoio da alta direção; instância responsável pelo programa; análise e perfil de riscos; regras e instrumentos; e, monitoramento e auditoria.

> O comprometimento e apoio da alta direção representa a condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do Programa de Integridade, representado pelo apoio visível e inequívoco da alta direção ao programa (Decreto nº 8.420/2015, artigo, 42, I).
>
> A implementação, monitoramento e fiscalização do programa devem ser coordenados por uma instância responsável, caracterizada por unidade técnica específica, devendo ser dotada de autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros para o pleno funcionamento, com possibilidade de acesso direto, quando necessário, ao mais alto corpo decisório da instituição (Decreto nº 8.420/2015, artigo, 42, X).
>
> A adoção de um sistema de governança baseado na cultura de gestão de riscos é primordial para a efetividade de um programa de *compliance*, por esta razão, a análise e identificação do perfil de riscos precede aos demais procedimentos e etapas de implantação do programa de *compliance*, subsidiando a definição de padrões de conduta desejados; a elaboração do código de ética e das políticas e procedimentos de integridade; a definição de mecanismos de controle e de processos e procedimentos internos. Em que pese ser um dos primeiros passos na implantação do programa, o procedimento de análise de riscos deve ser periódico e dinâmico, devendo ser utilizado como ponto de partida para a tomada de decisões (Decreto nº 8.420/2015, artigo 42, V).
>
> O pilar "Regras e Instrumentos" é representado pelo conjunto de normas, instrumentos e procedimentos que corporificam o programa de *compliance*, representados pelo código de ética ou de conduta; pelas políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; pelos mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou *red flags*); pelos canais de denúncia; pelos sistemas de monitoramento, investigações internas e auditorias; pelas medidas disciplinares e de remediação para casos de violação; pelos canais de treinamento e comunicação; pelos sistemas de diligencia preventiva (*due diligence*); pelos registros contábeis e controles internos que assegurem confiabilidade das informações institucionais, dentre outros (Decreto nº 8.420/2015, artigo, 42, II, III, IV, VI, VII, VIII, X a XV).
>
> Um programa de *compliance* é organismo dinâmico, orgânico, que requer contínua verificação de adequação, eficácia e efetividade, razão pela qual deve ser promovido sistemático e periódico padrão de monitoramento e auditoria de suas etapas de implementação e operação, dos instrumentos e procedimentos de controle, dos sistemas de comunicação, bem como do conteúdo normativo utilizado, objetivando que estejam sempre atualizados e referenciados ao perfil de riscos. É preciso garantir também que o programa de integridade seja parte da rotina da organização e que atue de maneira integrada com outras áreas correlacionadas, tais como recursos humanos, departamento jurídico, auditoria interna e departamento contábil-financeiro (Decreto nº 8.420/2015, artigo 42, XV).

Do panorama traçado acima, denota-se que o instituto do *compliance* é representado por estrutura complexa, hierarquizada e plural, erigida sob os ditames da lei e com impregnado caráter controlador, objetivando, em última *ratio*, a padronização de comportamentos e a elevação dos níveis de percepção, entendimento e adesão social a valores morais e éticos mais elevados.

O desafio prático no processo de materialização da vontade do legislador emana da dificuldade em aplicar estes sistemas cartesianos e hierarquizados à dimensão comportamental humana, garantir a internalização dos conteúdos codificados, a compreensão das normas e instrumentos de controle e, ainda assim, conquistar o comprometimento das pessoas e a transformação dos comandos formulados em práticas cotidianas e automáticas, sem com isso afrontar as convicções, culturas e crenças individuais.

Em que pese a estruturação e implantação de programas de *compliance* repercutirem diretamente na imagem e reputação das instituições, demonstrando haver consequente incremento nos níveis de eficiência, de segurança jurídica, de credibilidade, de transparência e de profissionalismo na gestão dos empreendimentos e negócios, a compreensão e aceitação de seus mecanismos e requisitos não tem se demonstrado como via natural e voluntária por parte dos segmentos a que se destina, sendo ainda temática controversa nas estruturas de governança das organizações brasileiras, tendo sido necessária a edição de instrumentos normativos que impõem a obrigatoriedade da adoção desses mecanismos, por exemplo o já citado Decreto nº 9.203/2017.

O caráter impositivo do *compliance* gera resistência, desconfiança e oposições dos indivíduos que compõem as instituições, tanto durante a fase de implantação, quanto durante a sua operacionalização, em especial em sociedades como a brasileira, onde percebe-se que o respeito às leis é flexibilizado e a corrupção manifesta-se de forma difusa, como explica Rocha (2018, p.35), permeando todos os estratos sociais. Explica, ainda, o autor que a forma difusa é a que se refere à corrupção da sociedade, ou ainda, a corrupção dos costumes ou corrupção dos valores.

Esta realidade nacional torna mais complexa a tarefa de disseminar os instrumentos de boa governança e as práticas de integridade, bem como a internalização destes mecanismos no cotidiano das pessoas e das organizações.

Nos domínios da prática, percebe-se que a efetividade dos programas de integridade exige que o foco do trabalho esteja na dimensão humana e no seu processo de formação e ressignificação.

Impõe, ademais, que a atuação nesta frente seja minimamente fundamentada em uma visão sistêmica – dos indivíduos, das organizações e da sociedade; na utilização de múltiplas técnicas e metodologias pedagógicas; e, que a abordagem da matéria seja realizada de forma interdisciplinar e transdisciplinar, a partir da realidade do público alvo, para que as transformações individuais e organizacionais ocorram e o espírito da lei seja alcançado.

5 GOVERNANÇA, CONTROLE E INTEGRIDADE INSTITUCIONAL

O processo evolutivo inerente à sociedade moderna impõe, sobretudo, às organizações de natureza pública, a obrigação de adotarem modelos de administração permeados por valores e princípios que envolvem a transparência, o fácil e livre acesso às informações, a economicidade, a legalidade, a eficiência e a correta aplicação dos recursos públicos.

Modelos estes que devem ser suportados por práticas gerenciais não direcionadas exclusivamente ao desenvolvimento institucional baseado em dogmática ultrapassada de mero exercício de competências e funções institucionais, ao contrário, requer-se adoção de técnicas de gestão modernas e mais sofisticadas, especialmente fundadas em ideias de sustentabilidade, governança corporativa moderna, c*ompliance*, estruturação organizacional segregada, divisão de poder, controladorias, ouvidoria, canais de denúncia, dentre outros (GRAZZIOLI e PAES, 2018).

Para efeitos de balizamento da abordagem, adota-se o conceito genérico exposto por Peters (2015) que estabelece que o significado fundamental da governança é dirigir a economia e a sociedade visando objetivos coletivos, a identificação de metas e os objetivos para alcançá-las.

O Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança em âmbito federal, em seu Artigo 2º, I, define governança pública como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade, conceito adotado e difundido pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2014, p.80).

A seu turno, integridade, em uma abordagem conceitual tradicional, significa a característica ou estado do que ou de quem é íntegro, que permanece inteiro, completo, imparcial. Admite-se, pois, que integridade seja sinônimo de honestidade, de retidão e de imparcialidade, representando uma virtude embasada nestes critérios.

No que tange ao universo subjetivo, a integridade é virtude praticada pelas pessoas que se portam de maneira correta, proba, honesta e transparente, mantendo a coerência entre seus atos, crenças e ética, mantendo conduta íntegra mesmo perante situações em que poderia obter vantagens ou proveitos próprios (OAB, 2019).

No que diz respeito ao ambiente organizacional das instituições, sejam elas públicas, privadas ou do terceiro setor, filantrópicas, etc, a incorporação do conceito de integridade objetiva agregar aos sistemas de governança atuais, princípios morais mais elevados, a fim de ser disseminada a adoção de uma cultura institucional fundada em valores como transparência, honestidade, probidade e o correto senso de justiça, elementos que devem refletidos no universo de normas, regras e procedimentos gerenciais, administrativos e operacionais da organização.

A incorporação desses conceitos às diversas institucionalidades impõe um trabalho massivo na formação de uma cultura cidadã, de forma ampla, com reforço de conteúdos como ética, moral e extensa propagação de códigos que exponham as condutas esperadas para os integrantes dessas instituições, pois trata-se de

mudança de atitude comportamental e não se pode imaginar que o comportamento íntegro desejado seja fruto de geração espontânea na coletividade que se pretende atuar.

Concomitante a formação e propagação desses conteúdos, é necessária a adoção de uma cultura de análise e gestão de riscos, combinada com sistemas de controle internos que permitam o monitoramento sistemático das premissas institucionais estabelecidas. É necessário que a organização se adiante e estabeleça um conjunto de princípios e valores, aliado a regras e procedimentos internos, que irá servir de guia para orientar a atuação e o comportamento de todos os seus integrantes, tanto no âmbito interno, quanto na relação com atores externos e a sociedade em geral.

Esse conjunto complexo e estruturado de instrumentos e procedimentos, alicerçados pelos princípios que regem a administração pública e as modernas práticas de governança, visando a maximização da eficiência e efetividade das ações finalísticas, bem como o combate e a prevenção de irregularidades, a pratica de atos lesivos e os desvios de comportamento e o próprio combate à corrupção, em sentido amplo, nada mais é do que o apregoado Programa de Integridade ou *Compliance*.

Em que pese todo o sistema jurídico que versa sobre esses mecanismos e o atual enfoque sobre os mesmos, estes parecem ser ignorados pelo gestor público. Isso porque é comum, na mídia, a veiculação de notícias tratando de fraudes no serviço público, sobrepreço na aquisição de gêneros alimentícios e produtos diversos, superfaturamento na execução de contratos nas múltiplas naturezas de serviços contratados pelo Estado, desvios de recursos públicos e corrupção.

Tais vulnerabilidades afetam, diretamente, a capacidade das organizações públicas de atingirem seus objetivos, produzindo consequências negativas para toda a população, especialmente para a parcela que mais depende dos serviços públicos prestados pelo Estado generalizada.

Finalmente, salienta-se que a boa governança pública aliada com a adoção de políticas públicas de qualidade e com o auxílio de instrumentos de integridade, utilizados com o intuito de controlar, reduzir e mitigar os riscos, representa um caminho estratégico promissor no enfrentamento da corrupção, vez que contribuem para a boa e regular aplicação dos recursos públicos em benefício da sociedade.

6 O BOM CONTROLE PÚBLICO: NOVOS PARADIGMAS DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O USO DO *COMPLIANCE* COMO REDUTOR DA CORRUPÇÃO

Na perspectiva de mudança de paradigma de atuação institucional e na busca por maior eficácia e efetividade na consecução dos desígnios constitucionais auferidos às Cortes de Contas brasileiras, o caminho que se mostra mais promissor coaduna com a ideia de que é necessário que os tribunais foquem seus esforços, sobretudo, em ações de prevenção ao cometimento de ilícitos e fraudes ao erário, em substituição da atuação repressiva, onde o aparato de poder estatal é acionado após a ocorrência dessas inconformidades.

A práxis do exercício de controle demonstra que ações preventivas (como análise e gestão de riscos, planejamento estratégico, implantação de sistemas de monitoramento, auditoria e controle interno, etc.) tem o condão de impactar decisivamente nos processos de padronização comportamental e, consequente- mente, no combate ao cometimento de não-conformidades, fraudes, ilícitos e, à corrupção em sentido mais amplo.

O bom governo é direito fundamental e os Tribunais de Contas podem ser agentes desta construção recomendando a adoção de medidas preventivas, tais como, controles de riscos, controles de conflitos, prevenção, detecção e remediação de atos potencialmente lesivos/fraudes, embutidos em programas de integridade.

A atuação preventiva em escala organizacional ganha maior expressividade quando, ainda na década de 1950, o criminologista Donald Cressey difundiu a sua teoria, hoje conhecida como triângulo da fraude (MACHADO e GARTNER, 2019), que subsome que toda conduta fraudulenta ocorre em ambiente no qual há a conjunção contributiva de três fatores, representados sob forma triangular.[1]

Tais elementos são especificamente descritos como: a) Pressão (também interpretada como motivação ou incentivo); b) Oportunidade (também interpretada como fraqueza do sistema de controle interno ou crises de governança); e, c) Racionalização (entendida como justificação subjetiva do autor da conduta indesejada ou não-conforme). Os elementos descritos por Cressey são, portanto, assim ilustrados:

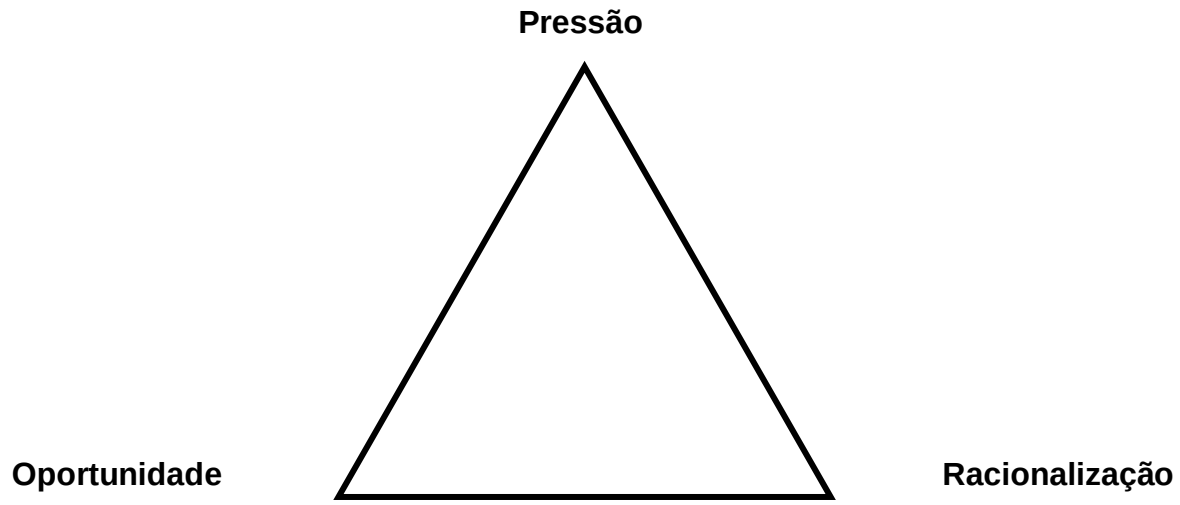


Figura 1 O Triângulo da Fraude de Cressey (WELLS, 2018)

Da análise direta dos elementos propostos por Cressey, evidencia-se que a Racionalização possui caráter essencialmente subjetivo, vez que depende do processo cognitivo e racional do agente em situação de decisão, em etapa que antecede o cometimento da não-conformidade ou ilícito. É, pois, a racionalização o processo interno, subjetivo, no qual o indivíduo avalia os riscos, percebe a oportunidade e sucumbe ante a pressão (interna ou externa) ou motivação para cometer ato em desconformidade com as leis ou normas internas ou externas à institucionalidade.

[1] Em que pese existirem releituras que ampliam a hipótese original de Donald Cressey, tais como: "o diamante da fraude", que acrescenta uma nova variável (a competência ou o saber como fazer, decorrente do avanço tecnológico) ao conjunto proposto por Cressey; ou, a "hipótese do pentágono da fraude" que acresce, ainda, outro fator (o apetite para o risco); para este artigo, optou-se pela versão original por conter, no entendimento dos autores, a argumentação essencial que sustenta a abordagem aqui proposta.

A oportunidade, por seu turno, é elemento de natureza objetiva, depende da eficácia, eficiência e efetividade dos procedimentos de controle internos à institucionalidade. Compete, portanto, a instituição incrementar os níveis de controle interno no sentido de desestimular o cometimento de não-conformidades ou ilícitos.

Um ambiente com normas e padrões claros e eficazes de controle implicam necessariamente em elevação de riscos para um eventual procedimento desviante, fato que impacta diretamente no processo de Racionalização do provável agente, que se sente desestimulado a agir, mesmo estando motivado ou sob pressão para tal.

O terceiro elemento tem caráter híbrido pois a Pressão ou Motivação podem ter tanto cunho interno (pressão pelo atingimento de metas; assédios; determinação superior; etc.) quanto externo (múltiplas razões subjetivas que impelem o agente ao cometimento de atos ímprobos ou ilegais, tais como endividamento pessoal, problemas de saúde, etc.). Nos domínios deste fator, cabe à instituição atuar no seu viés objetivo, estabelecendo regras claras de conduta e sistemas de controle que evitem pressões que firam os regramentos estatuídos, como forma de mitigar este efeito no processo de cometimento de atos ímprobos.

É evidente, à luz deste arrazoado, que os processos de prevenção ao cometimento de ilícitos ou de atos ímprobos devem focar, consequentemente, nas dimensões objetivas dos elementos que se inter-relacionam em fase antecedente à realização destes, vez que a repressão isolada não tem demonstrado a efetividade que a sociedade almeja.

Tal desiderato é passível de ser alcançado com adoção de modelos de governança modernos, com foco em resultados, contudo sem descuidar da componente humana, variável decisiva no processo. Deve haver, destaque-se, a valorização expressiva dos indivíduos e investimento em processos de formação de pessoas, objetivando a difusão dos conceitos e valores que orbitam o universo da integridade.

Acrescenta-se a necessidade de empregar-se sistemas de controle mais eficientes e personalizados; de priorizar-se o planejamento estratégico institucional baseado em consistente análise e gestão de riscos; de estabelecer-se regras (códigos de conduta, políticas e procedimentos operacionais) claras, objetivas e didáticas; de assegurar-se que os sistemas de monitoramento auditoria e reporte sejam independentes e que ajam com transparência; de disponibilizar-se canais específicos de comunicação e reporte de eventuais desconformidades, para que a institucionalidade, por si só, já empregue as tarefas de identificação, mensuração e mitigação dos mesmos, dentre outras medidas.

Em suma, a utilização de um sistema orgânico e articulado de políticas, técnicas de controle, procedimentos e instrumentos articulados em prol do objetivo de prevenir e coibir violações às leis e dispositivos infralegais e de contribuir com a conscientização e aderência aos preceitos legais e de integridade é uma forma direta de a instituição que atuar neste sentido demonstrar à sociedade que está adotando medidas de combate aos efeitos maléficos da corrupção, mormente se tratar-se de entidade pública, vez que estas, por sua própria característica genética, já deveriam fazer uso automático desses recursos.

Contudo, a realidade em países impregnados por corrupção sistêmica difere dessa lógica. Logo, a adoção de modelos de governança de integridade por parte de entes da administração pública, não é recepcionada de forma automática ou, sequer, é desejada, sendo, ao contrário, dificultada ou repelida, fazendo-se necessária sua introdução por via de legislação impositiva específica.

Neste cenário, é que se entende o crucial papel dos Tribunais de Contas e a relevância de uma atuação diferenciada, que represente a migração do polo repressor para incorporar a massiva atuação com viés preventivo, focando a utilização do seu poder estatuído, o seu *enforcement*, com a finalidade de orientar, recomendar, difundir esta cultura e tecnologia e, nos limites de sua competência, propor aos jurisdicionados a incorporação dos conceitos de governança de integridade e instrumentos de *compliance* nas rotinas administrativas e de gestão.

Considerando a acepção legal (Decreto n.º 8.420/2015) que define o programa de *compliance* e que sua previsão aduz elementos que representam o que há de moderno em termos de governança de integridade, mormente se feita uma leitura combinada com os termos dispostos no Decreto nº 9.203/2017, é salutar que os Tribunais de Contas façam uso de seu *enforcement* para estimular aos seus jurisdicionados o exercício de suas autonomias internas, com a finalidade de incorporarem esses instrumentos em suas instituições, como medida de prevenção ao cometimento de ilícitos e de protagonismo dessas organizações no processo de construção de uma sociedade mais íntegra, segura e sustentável.

Para tanto, podem as Cortes de Contas valer-se das funções destacadas anteriormente, dando azo, assim, a uma atuação mais próxima e efetiva junto ao jurisdicionado. Ao empregar, por exemplo, a sua função normativa, pode emitir atos que impulsionem os jurisdicionados a adotar os instrumentos de *compliance* em suas rotinas administrativas.

Ao utilizar-se de sua função sancionadora, pode estabelecer parâmetros mais adequados de balizamento das sanções aplicadas, conseguindo produzir julgados tecnicamente melhor instruídos, além de ampliar a efetividade das penalidades impostas, uma vez que o próprio Programa de *Compliance*, se bem executado, possui mecanismos de identificação, apuração, mitigação e reporte.

Ao trabalhar de forma articulada com os jurisdicionados, a função sancionadora acaba por dar maior espaço as funções consultiva e corretiva, em detrimento da aplicação de sanções.

As Cortes de Contas podem valer-se de sua função consultiva para orientar aos jurisdicionados sob técnicas mais modernas de gestão e governança, auxiliando-os a alinhar seus programas de controle interno às diretrizes e premissas relevantes ao controle externo, de maneira a maximizar os benefícios da implantação dos seus programas de *compliance*.

Ainda no uso de sua função consultiva podem as Cortes de Contas instar aos Poderes Legislativo e Executivo no sentido de que sejam editadas leis[1] que versem sobre esses conteúdos e que avancem no sentido de tornar obrigatória a adoção de instrumentos de *compliance* por empresas que celebrarem contratos, consórcios, convênios, concessões ou parcerias público-privadas com a administração pública direta, indireta e fundacional dos entes federativos, de maneira a facilitar o exercício do controle externo, expressão máxima da função fiscalizadora dos Tribunais de Contas.

Pondera-se que a implantação e correta execução de programas de *compliance,* também no segmento público, pelos jurisdicionados das Cortes de Contas, tem o condão de promover a conformidade dos atos de

[1] São exemplos a Lei n.º 6.112/2018 do Distrito Federal; a Lei n.º 20.489/2019 de Goiás; a Lei n.º 10.793/17 do Espírito Santo, dentre outras. Especial destaque faz-se necessário ao Decreto n.º 9.406-19 do Estado de Goiás, versando sobre a implantação de Programas de Compliance Público no Poder Executivo do Estado de Goiás.

gestão com padrões morais e legais, bem como favorecer o alcance dos resultados das políticas públicas e a satisfação dos cidadãos, fomentando a ética, a transparência, a responsabilização e a gestão de riscos, conforme bem sedimentado no Art. 2º, I, do Decreto n.º 9.406/19 do Estado de Goiás, dispositivo normativo inovador no ordenamento jurídico federativo, cujo processo de implantação vem sendo capitaneado pela Procuradoria Geral do Estado.

Percebe-se que a iniciativa do Estado de Goiás representa expressivo avanço na forma como o segmento público compreende e pratica suas funções de governança e controle. Neste caso, à função de controle externo, naturalmente exercida pelo Tribunal de Contas, somar-se-á o controle interno exercido por todos os entes do poder executivo local, controle, este, de natureza preventiva, mas também com forte faceta repressiva, corretiva e punitiva, introduzido de maneira a reduzir os níveis de oportunidade e de pressão para o cometimento de atos ímprobos nos órgãos da administração pública.

A atuação concatenada entre sistemas de controle externos e internos contribui para a maximização dos resultados obtidos pelo poder público no quesito controlar e fiscalizar as contas públicas, além de aproximar o cidadão do Estado (vez que há reforço na transparência, no acesso a informações e nos canais de denúncia e Ouvidoria), impactando diretamente na função fiscalizatória dos Tribunais de Contas, no sentido em que esta tende a ser menos incidente e repressiva como corolário da eficácia dos programas de *compliance* público.

Ao que tudo indica, a evolução administrativa e fiscalizatória do Estado deve caminhar nesta direção, com o firme propósito de fazer convergir o aparato legal e as instituições destinadas ao controle já existentes, com as funções institucionais dos jurisdicionados e as expectativas da sociedade, em um modelo colaborativo de atuação que seja preventivo, eficiente, econômico e menos burocrático.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida para o presente trabalho demonstra que os Tribunais de Contas possuem garantias e atribuições constitucionais que o impulsionam a assumir maior protagonismo institucional e social, de maneira a sedimentar sua autonomia como órgão do Estado com expressivo potencial de impactar positivamente a sociedade, necessitando, porém, exercer suas atribuições e competências previstas legalmente de forma mais efetiva e moderna para que se atinja os objetivos institucionais.

Destaca-se a necessidade de melhoria expressiva no exercício de sua função de controle, atualmente praticada de forma externa e reativa, sendo salutar a incorporação de conceitos e práticas de controle preventivo, embasados em técnicas de análise e gestão de risco e em planejamento estratégico, incorporando práticas educativas e de formação cidadã, indo além do pólo repressivo, corretivo e sancionador. Esta visão de futuro, como dito, inclui princípios e aspectos como: capacidade de resposta; integridade; confiabilidade; melhoria regulatória; prestação de contas (*accountability*); transparência; inovação; integração; prevenção; e, eficiência.

Faz-se, neste ponto, a convergência harmônica entre a função precípua dos Tribunais de Contas, sedimentada sob o pálio de fiscalizar e controlar as contas públicas e o instituto do *compliance*, entendido neste artigo como instituto caracterizado por estrutura complexa, hierarquizada e plural, erigida sob os ditames da lei e com impregnado caráter controlador, objetivando em *última ratio* a padronização de

comportamentos e a elevação dos níveis de percepção, entendimento e adesão social a valores morais e éticos mais elevados.

Assume-se, portanto, que os programas de *compliance* visam favorecer o cumprimento efetivo das normas vigentes, sejam elas externas ou internas à institucionalidade, associado a um forte conceito de prevenção ao cometimento de ilícitos e ao processo de ampliação de consciência, na acepção de que os integrantes da instituição que o adota, estejam habilitados a fazer a distinção entre atitudes probas e ímprobas, atribuindo ao instituto, de *per s*i, características de mecanismo acessório ao combate a corrupção, mal que assola a pátria e que se busca mitigar.

Em que pese o *enforcement* dos Tribunais de Contas ser limitado e não permitir que estes disponham de poder e meios jurídicos para impor a implantação de programas de c*ompliance* e práticas de boa governança como uma obrigatoriedade, salvo haja expressa determinação legal neste sentido, as Cortes de Contas podem fazer uso extensivo de seu poder de ação no sentido de recomendar, orientar, apoiar e demonstrar aos jurisdicionados que a adoção dessas medidas trará os benefícios retro citados, ampliando, em última análise, a prevenção do cometimento de ilicitudes e apoiando no combate à corrupção, justificando todo o esforço para implantação sistêmica de tais programas.

Essa tendência está alinhada com recente legislação federal, consubstanciada no Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança em âmbito federal, representando verdadeira adesão ao movimento em prol da adoção de sistemas de boa governança pública, pautada em princípios como integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas e responsabilidade e transparência, conforme preconizado no Artigo 3º do referido diploma legal.

O citado dispositivo estabelece, ainda, em seu Artigo 6º, que os órgãos e entidades da administração pública federal devem, observados as normas e os procedimentos específicos aplicáveis, implementar e manter mecanismos, instâncias e práticas de governança em consonância com os princípios e as diretrizes estabelecidos no próprio Decreto, caracterizando assim, verdadeira extensão do *enforcement* do Tribunal de Contas da União que se legitima para abarcar os temas ora discutidos, permitindo que este possa valer-se de sua função fiscalizadora para impor aos jurisdicionados em nível federal a devida implementação e operação dos seus programas de *compliance*.

Neste arcabouço de fatos sociais e de avanços legislativos, percebe-se que os Tribunais de Contas têm repensado sua postura de atuação. Isso fica claro face a algumas evidências que representam uma tendência evolutiva na forma de atuação das Cortes de Contas brasileiras.

Em primeiro plano, nota-se que os Tribunais de Contas têm divulgado, em suas páginas na internet, textos que noticiam a franca incorporação de ações preventivas em seu *modus operandi*, em substituição a uma atuação meramente fiscalizatória e sancionatória.

No quesito transparência e, ainda, em respeito a garantia de livre acesso a informação, mormente em decorrência da Lei de Acesso a Informação, os Tribunais tem ofertado indicadores, mapas interativos e outros modelos de compilação de dados, que permitem a instrumentalização cidadã e contribuem para o maior protagonismo social em matéria de controle.

Como dito anteriormente, ainda que o *enforcement* dos Tribunais de Contas seja limitado e não o permita atuar de forma impositiva, denota-se que seu poder é elástico o suficiente a ponto de permitir uma atuação protagonista, a partir do uso de funções associadas, com a finalidade de impulsionar o sistema jurídico a normatizar estas obrigações, ampliando com isso o seu próprio poder de fiscalização, validando a premissa de que tanto as práticas de boa governança como as de *compliance* tem efeito redutor da corrupção.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. Decreto no 8.420, de 18 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Data de acesso: 20 de março de 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Data de acesso: 12 de novembro de 2019.

BRASIL. Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso a Informação

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm.

CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ ingles/enforcement. Data de acesso: 03 de novembro de 2019.

CASTARDO, Hamilton Fernando. Natureza Jurídica do Tribunal de Contas no Ordenamento Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Metodista de Piracicaba, 2007. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp031580.pdf. Acesso em 04 de novembro 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf

COOK, Denise. Corrupção. Revista TCMRJ, Rio de Janeiro: 2019, n. 72.

DALL´OLIO, Leandro Luís dos Santos. A fiscalização e o papel pedagógico dos tribunais de contas: um olhar sobre a Agenda 2030 da ONU. Caderno da Escola Paulista de Contas Públicas, 2018.

FERREIRA, Pinto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 352.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle et al. Ministério Público partícipe do Tribunal de Contas e controle substancial ou de mérito. Revista de Direito Público. São Paulo, v. 25, n. 99, p. 167-187, 1991.

GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. São Paulo: Compliance Total, 2014.

GRAZZIOLI, Airton e PAES, José Eduardo Sabo. Compliance no Terceiro Setor. Controle e Integridade nas Organizações da Sociedade Civil. São Paulo: Editora Elevação, 2018. p. 77-214.

HANS, J. O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2012. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

IOCKEN, Sabrina Nunes. Avaliação de políticas públicas: instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público. Revista TCMRJ. Rio de Janeiro, n. 53, p. 04-09, 2013. Disponível em: http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10509/REVISTA _TCMRJ_53.pdf> Acesso em: 07 nov. 2019.

JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. Revista de Informação Legislativa. n. 142 abr/jun, 1999.

MACHADO, Michele R. R. e GARTNER, Ivan R. The Cressey hypothesis (1953) and an investigation into the occurrence of corporate fraud: an empirical analysis conducted in Brazilian banking institutions. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772018000100060#B77>. Data de acesso: 10 de novembro de 2019.

MACIEL, Moises. Bom governo corporativo: o Compliance como soft law ou hard law. Revista técnica do TCE/MT. Ago, 2018.

MORAES FERREIRA Jr, Adircélio de. O Bom Controle Público e as Cortes de Contas como Tribunais da Boa Governança; Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 408.

OLIVEIRA, Marcio Luis; COSTA, Beatriz Souza; SILVA, Cristiana Fortini Pinto e. O instituto do compliance ambiental no contexto da sociedade plurissistêmica. Revista Veredas do Direito. Belo Horizonte, v.15 n.33. pp.51-71, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Programa de Integridade em Organizações do Terceiro Setor: Manual de Compliance. Brasília, 2019.

PETERS, Brainard Guy. O que é governança. Revista do TCU. 2015. Disponível em: https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85. Acesso em 15 de outubro de 2019.

ROCHA, Alexandre Sérgio da. Corrupção: conceitos e reflexões. Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STF; Súmula 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Versão 2. Brasília, p.80, 2014.

WALKER, James. Compliance: origem, evolução histórica e legislativa. Instituto Brasileiro de Compliance, 2016, p. 3 e 4. Disponível em <http://ibcompliance.com.br/index.php/ebook-gratuito-compliance-origem-evolucao-historica-e-legislativa/>. Data de acesso: 20 de março de 2019.

WELLS, J. T. Corporate fraud handbook: prevention and detection. 3ed. John Wiley & Sons, 2011. P. 08.

WORD REFERENCE DICTIONARY. Disponível em <http://www.wordreference.com/enpt/compliance>. Data de acesso: 20 de março de 2019.

WUNSCH, Carolina Marcelino e OLIVEIRA, Samir Adamoglu de. Enforcement pelos Tribunais de Contas Pós-LAI: Papel de Tradução e Aproximação Cidadã. ENAJUS, 2018.

O *COMPLIANCE* E A BOA GOVERNANÇA: A NECESSIDADE DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS

Alessandra de Noronha Carvalhal[1]
Mauriane Vieira Marques Tomé[2]

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade tratar da implementação do sistema de *compliance* no Poder Judiciário do Tocantins, definir o instituto, traçar sugestões de boas práticas de governança referente ao cumprimento rigoroso das regras e leis, visando à ética, a moral, a honestidade e a transparência não só na condução dos atos da administração, mas também com relação à atitude dos servidores, analisar os resultados em outros Tribunais de Justiça e sugerir a criação de um programa de integridade para o Tribunal de Justiça do Tocantins, que disponha sobre atividades de prevenção, estabelecimentos de regras, controle e monitoramento. A análise do tema faz-se necessária, a fim de evitar atos de corrupção e oferecer uma prestação jurisdicional mais efetiva e transparente. O presente trabalho, em face dos objetivos que projeta cumprir, aplicou o método dedutivo, partindo de uma premissa maior, geral, para uma particular, tendo em vista a análise de conceitos gerais a respeito do *compliance* e posteriormente, abordou a aplicação de boas práticas de governança e *compliance* no programa de integridade para o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, com a utilização de pesquisa indireta, bibliográfica, a fim de realizar uma análise dos conceitos doutrinários e apresentação de soluções, através de um levantamento literário de material científico, como leis, convenções, resoluções, livros e artigos, visando a desenvolver a questão sob uma ótica histórica, conceitual e de coleta de dados comparativos de outros tribunais. Desse modo, a presente ideia foi sistematizada por meio de uma abordagem qualitativa, empregando os seguintes procedimentos: análise doutrinária, de legislação e de revisão literária.

Palavras-chave: *Compliance*. Corrupção. Governança. Poder Judiciário. Transparência.

1 INTRODUÇÃO

Com a necessidade do enfrentamento da corrupção sistêmica no Brasil, verificou-se a importância de ações governamentais voltadas à criação de regras de integridade, combate à corrupção e transparência das atividades públicas. Nessa esteira, foram editadas as seguintes leis, em ordem cronológica: 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), a 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), a 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Estatais).

Para acompanhar essa estruturação de regras, faz-se necessária a sua aplicação não somente no setor privado como também no setor público, somados ao estabelecimento de regras para boas práticas,

1 Graduada em Direito. Especialista em Direito Previdenciário, na Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção, na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Assessora Jurídica de 1ª instância do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *E-mail*: alecarvalhal@gmail.com.
2 Graduada em Direito. Especialista em Direito Público, na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Especialista em Prática Judiciária, na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção, na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Atua junto aos Conselhos da Justiça Militar do Tocantins. *E-mail*: mauriane.marques@gmail.com.

governança, gestão de risco e integridade, levando à criação de um instrumento que tenha por finalidade evitar atos lesivos ao patrimônio público, denominado Programa de Integridade.

Em um Sistema de Governança, o *Compliance,* que é um agir de acordo com um conjunto de regras, tem por objetivo dar segurança, gerenciar riscos e aplicar ações voltadas à integridade, à ética e à transparência.

É necessário entender que a gestão de integridade é um instrumento de apoio ao gestor, que pode ajudá-lo a alcançar com mais rapidez e segurança os objetivos finais da instituição.

A gestão da integridade é um pilar da boa governança que permite a prevenção de desvios de finalidade organizacionais e visa garantir a honestidade nas ações de todos que estejam relacionados com o órgão público.

Assim, a criação de medidas preventivas e ferramentas para detectar e corrigir possíveis transvios de conduta, fraudes e corrupção, são necessárias para preservar tanto o patrimônio quanto a imagem da instituição.

Nesta perspectiva, o Programa de Integridade a ser aplicado no âmbito do Poder Judiciário deve promover mecanismos internos de integridade, garantir a aplicação de códigos de conduta e ética dos servidores, além de políticas com a finalidade de prevenir, identificar e punir ações que venham a lesar o patrimônio público.

O presente trabalho, em face dos objetivos que projeta cumprir, aplicou o método dedutivo, partindo de uma premissa maior, geral, para uma particular, tendo em vista a análise de conceitos gerais a respeito do *compliance* e posteriormente, abordou a aplicação de boas práticas de governança e *compliance* no programa de integridade para o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, com a utilização de pesquisa indireta, bibliográfica, a fim de realizar uma análise dos conceitos doutrinários e apresentação de soluções, através de um levantamento literário de material científico, como leis, convenções, resoluções, livros e artigos, visando a desenvolver a questão sob uma ótica histórica, conceitual e de coleta de dados comparativos de outros tribunais. Desse modo, a presente ideia foi sistematizada por meio de uma abordagem qualitativa, empregando os seguintes procedimentos: análise doutrinária, de legislação e de revisão literária.

2 CONCEITO DE CORRUPÇÃO

Tendo em vista que um dos principais focos do *compliance* é o combate à corrupção, faz-se necessário uma explanação para a melhor compreensão do seu conceito e significado.

Conforme o dicionário, corrupção é a "ação ou efeito de corromper, decomposição, putrefação, depravação, desmoralização". (MICHAELIS, 2009).

Epistemologicamente, a acepção latina do termo *corruptionis*, significa romper totalmente, quebrar o todo, destruir os fundamentos, as estruturas de algo. (HAYASHI, 2015, p. 11).

Tal noção de corrupção tem origem na filosofia grega antiga, notadamente, com Aristóteles, que a partir da observação da natureza, associada à ideia de processo natural ou etapas de desgaste ou degeneração pelas quais todos os seres vivos passariam até chegar à morte. (MARTINS, 2008, p. 14).

Essa abordagem biológica da corrupção é direcionada para a esfera política e social, ocasião em que os filósofos passam a considerar os entes políticos (cidades, governos, instituições, regimes) também como se fossem corpos naturais. Nesse contexto, a corrupção surgiria quando os entes políticos começassem a perder sua força e vigor iniciais, evidenciando sintomas de fragilidade, de degeneração e de desvios dos seus princípios fundantes.

A celeridade dessa dinâmica indicava que alguma doença havia atingido o corpo político, associando-se, portanto, a corrupção à idéia de doença, contudo no sentido de decadência moral e ausência de virtudes.

A analogia do mundo natural com o mundo político fez com que Aristóteles percebesse que a corrupção é inerente à condição humana, para ele sempre existiu e vai existir, pois ela existe em potência, ou seja, o mundo está constantemente sujeito a ela.

Os relatos de corrupção, assim como o seu controle jurídico, principalmente penal, remontam aos primórdios da civilização. Para Nélson Hungria (1958 *apud* HAYASHI, 2015, p. 13), a corrupção é tão antiga quanto à existência dos sistemas políticos. Sob a perspectiva da legalidade, ensina que a corrupção, em sua essência, sempre esteve associada à ideia de venalidade (mercantismo) em torno da função pública. A corrupção, portanto, se refere à implicação de corromper, de fazer degenerar, de seduzir por dinheiro ou presentes, levando o indivíduo ou a organização a se afastar do bem e da dignidade.

Rocha (2018, p. 20) observa que:

> [...] o que mereceu duas palavras diferentes no idioma grego – *phthorá*, a corrupção como desfazimento ou decomposição materiais, e *dorodokía*, a propina, o suborno – os romanos reuniram em uma só palavra, *corruptio*, quem sabe reconhecendo que a prática de subornar um magistrado era um desfazimento da normalidade institucional e uma decomposição moral das pessoas envolvidas.

No Direito Romano, a criminalização da corrupção tinha caráter repressivo e preventivo:

> [...] mais do que repressão, deve falar-se de prevenção contra a venalidade. A infâmia que feria o corrupto era apenas o sinal de que a corrupção atingia a boa fama do próprio serviço público. [...] O que o Direito romano pretendia era assegurar o bom conceito da administração, sobretudo nos seus mais altos escalões. Queria que todos entendessem que o serviço público é um alto múnus, o que deve ser exercido sem mescla de mercenarismo e sem outro interesse que não o de servir à coletividade. (OLIVEIRA, 1994, p. 25-26).

A tutela penal da corrupção justificava-se pela traição à confiança pública depositada no funcionário e na alta potencialidade lesiva da conduta à sociedade:

> Tal como o mandatário que trai a confiança do mandante, também o funcionário público, mandatário do poder público, abusava de seu mandato e se mostrava infiel à confiança nele depositava. Se fosse apenas isso, o ato de corrupção do funcionário seria somente um ilícito civil. Mas a infidelidade do servidor público era vista como crime por ser um abuso de

> confiança, que vai buscar seu aspecto criminoso na qualidade do agente e no dano social produzido. (OLIVEIRA, 1994, p. 33-34).

A conceituação da corrupção depende do marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta.

Razão pela qual, dentro de um sistema normativo jurídico, basicamente, é a lei que determinará o que é considerado corrupção em uma sociedade específica, conforme a sua cultura, costumes e valores impregnados em um dado momento histórico, classificando certas condutas como ilícitos de natureza penal, civil ou administrativa.

Extrai-se do Direito Internacional Público que a corrupção são todas as condutas que devem ser criminalizadas pelos Estados partes em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, nos termos das Convenções internacionais relacionadas à matéria, isto é, aquelas que preveem medidas de prevenção e repressão à corrupção numa perspectiva transnacional. (HAYASHI, 2015, p. 19).

Segundo Joseph S. Nye (1967 *apud* HAYASHI, 2015, p. 21), corrupção é o:

> [...] comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o *status*; ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamentos ligados a interesses privados.

De acordo com Norberto Bobbio (1998, p. 291-293), a corrupção:

> [...] é o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estatal.

Para Bobbio, a corrupção deve ser considerada em termos de legalidade e ilegalidade, e não de moralidade e imoralidade, levando-se em conta as diferenças existentes entre práticas sociais e normas legais e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revela no setor privado e no setor público.

Um ato corrupto envolve seis características distintas e cumulativas, consoante Ernesto Garzón Valdés (2003 *apud* HAYASHI, 2015, p. 22): um sistema normativo relevante, poder de decisão, deveres "institucionais" ou "posicionais", a participação de outras pessoas, a obtenção de outra(s) pessoa(s), obtenção de benefícios "extraposicionais" e a figura do agente duplo (clandestinidade).

Ademais, Rocha (2018, p. 22) ressalta uma das características da corrupção: ela é injusta, e ser injusta significa, por sua vez, que ela implica em descumprir a lei ou violar os bons costumes, dar a alguém o que não é seu ou não dar a alguém o que é seu.

De acordo com as Nações Unidas (2019, *online*), a corrupção é um fenômeno transnacional que ameaça a estabilidade e a segurança de todas as sociedades e economias ao enfraquecer as instituições e os valores democráticos, a ética, a justiça e comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito. Ela está

vinculada a outras formas de delinquência, especialmente o crime organizado e os delitos econômicos, como a lavagem de dinheiro.

Para a Transparência Internacional (2019, *online*), a corrupção é o abuso de poder para obtenção de ganhos privados ilegítimos, e pode ocorrer tanto no setor público quanto no privado. Atinge a todos aqueles cuja vida, de subsistência ou a felicidade depende da integridade das pessoas em posição de autoridade.

Com efeito, a corrupção afeta a todos, notadamente, os mais pobres:

> O seu impacto devastador tem terríveis consequências globais, aprisionando milhares de pessoas em situação de pobreza. É um dos mais sérios obstáculos para a redução deste flagelo, pois nega os meios básicos de sobrevivência. Não é preciso ir mais longe para perceber os maléficos efeitos da corrupção: distorce o comércio, prejudica a boa governança no setor privado, ameaça a segurança dos países e a sustentabilidade dos recursos naturais. Portanto, promove distúrbios com decorrências sociais, econômicas e políticas. (GIOVANINI, 2014, p. 24).

> Pode se, então, estabelecer que a corrupção seja o elemento que introduz na sociedade uma injustiça essencial, uma quebra de isonomia, um desequilíbrio na ordem presumivelmente justa por meio da aceitação, por parte de alguém em posição de poder institucional, de um benefício que normalmente não lhe competiria usufruir. Esse benefício pode ser consubstanciado em algo de valor material ou em uma situação que lhe seja gratificante. (ROCHA, 2018, p. 23).

Wagner Giovanini (2014, p. 24) menciona ainda a corrupção silenciosa que, segundo ele, atrai menos atenção, pois é de difícil identificação, mas traz consequências danosas ao crescimento econômico de um país em longo prazo. Cita o absenteísmo, falta de esforço ou de compromisso de servidores públicos, esforços deliberados para influenciar regras em benefício próprio, incluindo tráfego de influências em decisões políticas e votações no Congresso, entre outras.

Alexandre Sergio da Rocha (2018) entende que o elemento fundamental ao conceito de corrupção, que se aplica tanto aos agentes do Estado quanto aos particulares, é a contradição entre o agir e o papel social do sujeito. Reconhece ser a corrupção um deslize moral de interesse público, sendo evidente que todo agente do Estado ao se corromper comete uma injustiça de interesse público. É a infidelidade ao papel social em decorrência da vantagem indevida que caracteriza a corrupção, que a ação específica apenas evidencia. No caso da corrupção, que ele chama de fática sistêmica, existe uma inversão de valores e as práticas corruptas se naturalizam de tal forma que o corrupto chega a imaginar que as vantagens de que desfrutará corrompendo-se fazem parte do seu papel social.

O referido autor destaca “a importância de ter vergonha”, para ele é a vergonha o mecanismo da manutenção de padrões éticos, o aumento da flexibilidade ética favorece a ocorrência da corrupção:

> [...] a culpa me pode induzir a reparar os danos que eu tenha provocado, mas a vergonha gera um sentimento pessoal de degradação, que não é facilmente contornável. É, aliás, por isso que a vergonha tem poderoso efeito inibidor das violações éticas: o sujeito não se

> sente com a força que seria necessária para carregar consigo o sentimento de abjeção que a vergonha lhe comunica. (ROCHA, 2018, p. 109).

Nesta linha ressalta ainda que a noção de pudor, como capacidade de prever situações vergonhosas e, por ventura, afastar-se delas, é examinada como meio preventivo da corrupção no plano da subjetividade humana, sendo que a ausência de pudor pode decorrer de uma patologia – o sujeito não tem a capacidade de envergonhar-se – ou pode ser o resultado de uma anestesia moral causada pela repetida exposição da consciência à imoralidade. (ROCHA, 2018, p. 112).

Pelo exposto, extrai-se que a corrupção é um fenômeno complexo que decorre de diversos fatores, sejam econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos, possui diferentes manifestações de caráter público, privado e social, e atinge o desenvolvimento de todos os países do mundo, em maior ou menor grau, seja em regimes autoritários ou democráticos, e em todos os sistemas econômicos, razão pela qual se faz necessário o estudo de práticas de boa governança e *compliance* visando coibir atos de corrupção no setor público, notadamente, no Poder Judiciário.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não há espaço nos dias atuais para a figura do homem público que usa a instituição para satisfazer suas vaidades e interesses pessoais. Por isso, é essencial buscar o fortalecimento das instituições públicas, tornando-as mais tendentes à produção da responsividade e da responsabilidade políticas, o que passa também pela necessária internalização dos princípios que regem a boa administração pública, que impõem aos agentes públicos o desenvolvimento de uma cultura ética que, por consequência, traz a reboque deveres e obrigações visando conter comportamentos desviantes e contrários aos interesses da coletividade e ao direito fundamental à boa administração.

Dessa forma, o direito fundamental à boa administração pública pode ser considerado uma norma implícita que decorre do feixe de regras e princípios consagrados na Constituição Federal e que, por esse motivo, devem estar enraizados no coração e nas mentes de todos os agentes públicos, criando assim um verdadeiro "mercado de virtude" na arte de governar, que tende a se expandir, inclusive influenciando o comportamento dos cidadãos e ainda favorecendo na criação de barreiras protetivas contra a ganância e a voracidade do mercado.

De acordo com Juarez Freitas:

> [...] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades. (FREITAS, 2014, p. 21).

Logo, o respeito ao direito fundamental à boa administração pública é de suma importância no Estado contemporâneo e pós-moderno, notadamente quando a sociedade cobra cada vez mais aprimoramento e agilidade do Estado.

A Administração Pública moderna exige por parte dos gestores e dos demais agentes públicos e políticos uma condução responsável, com a adoção de esquemas procedimentais e organizativos da boa governança, voltados principalmente para as demandas sociais, não se apartando da premissa de que a Administração Pública deve estar a serviço das pessoas.

Para que o Estado possa cumprir essa missão ética não tem fórmula mágica. O primeiro caminho seria observar os princípios constitucionais informadores da Administração Pública, o que é elementar.

Conforme entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho (2008 *apud* SENNA, 2019, p. 46), "[...] mediante uma compreensão normativa, a boa governança, quer significar "a condução responsável dos assuntos do Estado", o que, sem dúvida alguma, dependerá do preparo, formação e comportamento dos agentes públicos".

Essa ideia de condução responsável dos assuntos do Estado, que Canotilho elege como verdadeiro princípio, exige, dentre outras medidas, o aprofundamento do contexto político, institucional e constitucional por meio de permanente avaliação do respeito aos direitos humanos e aos princípios democráticos e do Estado de Direito, a centralidade do princípio do desenvolvimento sustentável e o rigoroso recorte dos esquemas procedimentais e organizativos da boa governança, dos quais destaca: i) processos claros de decisão a nível das autoridades públicas; ii) instituições transparentes e responsáveis; iii) primado do direito na gestão dos recursos; iv) como forma de prevenir e combater a corrupção, reforçar as capacidades, visando à elaboração e aplicação de medidas a serem adotadas.

Portanto, a observância irrestrita aos princípios informadores da boa governança é essencial, configurando uma questão ética do Estado e de sobrevivência para a democracia.

3.1 PRINCÍPIOS DA BOA GOVERNANÇA

O Princípio da boa governança decorre do Direito Fundamental à boa Administração Pública.

A Constituição Federal de 1988 trouxe explicitamente alguns desses princípios, merecendo destaque o art. 37, que dispõe:

> 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 [...].

Essa previsão traz a necessidade de se ter uma "governabilidade" caracteristicamente constitucional, sendo o conteúdo mínimo necessário a indicar os caminhos para a condução responsável dos assuntos do Estado, com foco na pessoa humana, no indivíduo. Depreende-se que estamos diante de uma verdadeira constitucionalização do Direito Administrativo, uma vez que todo o atuar administrativo deve estar pautado nos fundamentos principiológicos presentes nos art. 37 da Constituição Federal.

Nos termos do que defende Juarez Freitas (2014, p. 14), pode-se afirmar que o direito fundamental à boa administração pública abrange, dentre outros, os seguintes direitos fundamentais: o direito à administração transparente; o direito à administração sustentável; o direito à administração dialógica; o direito à

administração imparcial e desenviesada; o direito à administração proba; o direito à administração respeitadora da legalidade temperada e o direito à administração preventiva, precavida e eficaz.

3.2 GOVERNANÇA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

A raiz da palavra governança vem de um vocábulo grego que significa direção. O processo de governança envolve a direção de todo um sistema de que envolve descobrir meios de identificar metas para poder estabelecê-las, coordená-las e fazer suas implementações.

A governança analisada em seu aspecto organizacional, tendo como início a governança corporativa, foi adaptada para a governança pública, sendo a partir desta premissa a construção da Governança Judicial, área que começa a se desenvolver na academia e entidades públicas, objetivando entender e melhorar a atuação do judiciário.

Para Akutsu (2014) a síntese do conceito de governança judicial pode ser assim expressa:

> Entende-se, assim, que o conceito de governança é multifacetado e plural, envolve distintas dimensões e está alinhado com práticas de gestão e de controle de organizações, tanto públicas quanto privadas. Buscando delimitar esse conceito especificamente para o Judiciário, para os efeitos deste artigo, adota-se o seguinte conceito de governança judicial: conjunto de políticas, processos, costumes, atitudes, ações, comportamentos e decisões necessário ao controle de organizações do Poder Judiciário. Este conceito parte do pressuposto que governança judicial fundamenta-se em instituições, isto é, em regras, em normas, em padrões de conduta socialmente construídos e legitimados e manifesta-se em práticas, ações e comportamentos dos distintos atores do sistema judicial. (AKUTSU, 2014, p. 51).

Para Eisenhardt (1989), Ng (2011) e Williamson (1981, 1991, 1996), as práticas de governança são um conjunto de decisões, contratos e transações relacionadas às políticas, processos, costumes, atitudes, ações, comportamentos e decisões necessárias à solução de conflitos sociais, individuais e coletivos pelo Poder Judiciário, ancorados por regras e princípios constitucionais, por leis, normas gerais e instituições, por recursos, capacidades e por práticas e métodos de gestão utilizados para o planejamento, acompanhamento e controle das atividades de organização encarregadas da prestação de serviços judiciais.

Como vimos a governança é uma necessidade interligada a uma boa gestão e o Tribunal de Contas da União - TCU vem estimulando as instituições a adotarem boas práticas com o objetivo de gerar valor aos serviços colocados à disposição da sociedade com transparência, responsabilidade, prestação de contas e utilização racional dos recursos disponíveis, em consonância com a missão, visão e valores dos Tribunais.

Na esfera de justiça estadual temos o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, que por meio da Resolução nº 02 de 2019, estabelece a política e o sistema de governança institucional do Tribunal.

No âmbito da Justiça Federal, o Conselho da Justiça Federal em 2015 publicou seu Manual de Governança a ser aplicado em todos os tribunais federais adotando como modelo de governança do Tribunal de Contas da União e nas modernas práticas de gestão, o qual está dividido em cinco dimensões, a saber: I - Estrutura e Funcionamento da Rede de Governança; II - Gestão de Pessoas e da Informação; III - Execução da Estratégia – Melhoria e Inovação; IV - Monitoramento e Avaliação dos Resultados; e V - Comunicação, Relacionamento Institucional e Transparência.

Há três funções básicas que se extraem dos momentos pelos quais passou a administração pública: a função organizadora do Estado, a de controle procedimental (eficiência) e a do foco em resultados (efetividade e eficácia da administração).

Um modelo de governança deve reunir práticas de gestão que devem preservar a função organizadora do Estado, baseada em um sistema de governança, com o controle da administração e a inspeção permanente dos processos críticos e a transparência dos atos públicos voltados a resultados finalísticos, com garantia da realização da missão do Poder Judiciário e garantir os anseios da sociedade por um serviço público justo, eficiente e eficaz que age com transparência e de acordo com códigos de conduta moral e ética para alcançar a confiança na atividade jurisdicional prestada. Tais conceitos e valores se aproximam aos do abrangidos pelo termo *compliance* como se observará do capítulo seguinte.

4 COMPLIANCE

A palavra *compliance* deriva do verbo inglês *to comply*, que significa agir em sintonia com as regras, cumprir uma ação imposta, estar em linha com controles internos e externos e com as políticas e diretrizes estabelecidas.

O termo *compliance* passou a ser adotado como sinônimo de adequação jurídica no início dos anos 90, nas instituições bancárias, porém, com o passar dos tempos verificou-se que era mais do que um procedimento de adequação, mas sim, a busca de potencializar a efetividade, a produtividade e a confiança na atividade prestada.

Segundo a doutrinadora Ana Frazão (2017, p. 18):

> *[...] compliance* diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade. Trata-se de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, capazes de fornecer as diretrizes adequadas à estrutura interna das empresas para que os ilícitos sejam prevenidos de maneira mais adequada, muitas vezes antes de projetarem seus efeitos.

Ser *compliant* não faz distinção da lei ou da norma interna, abrange os Códigos de Conduta, moral, ética, transparência e o adequado relacionamento com as demais partes interessadas, em todas as suas aplicações. (GIOVANINI, 2014). É um esforço para assegurar que não se violem as regas, regulações ou normas aplicáveis, relacionado ainda com a busca de uma robusta cultura ética. (MIRANDA, 2017).

Estabelecidos esses conjuntos vamos às relações entre eles. *Compliance*, transparência e controle social não são fins em si mesmos, mas instrumentos, meios, estratégias para se obter a governança. Se o *compliance* está relacionado ao atendimento de normas e de uma cultura ética, a transparência é uma forma de demonstrar às partes interessadas, credores, fornecedores, usuários, contribuintes e cidadãos, que existe *compliance* e, por conseguinte, governança. Uma administração ética, uma administração *compliance*, não tem medo de mostrar suas ações e de propiciar o controle social. (SILVA, 2019).

Então, temos a transparência como um compromisso da Administração Pública de tornar sua conduta cotidiana e os dados dela decorrentes acessíveis ao público em geral, prestando informações confiáveis, relevantes e tempestivas de suas ações à sociedade. (CASA CIVIL, 2018). Deve contemplar não apenas o desempenho econômico-financeiro, mas também os demais fatores, mesmo os intangíveis, que orientam a ação gerencial e a política e, que impactam na vida dos cidadãos. (ANDRADE, ROSSETTI, 2004). Serve para garantir que as partes interessadas possam ter confiança na tomada de decisões e nas ações das entidades do setor público, na gestão de suas atividades e nos gestores.

Já o Controle Social, é o controle das ações do Estado e dos gestores públicos por meio de qualquer via de participação democrática de grupos sociais. (SILVA, 2002). O controle social é uma forma de verificar se os recursos estão sendo utilizados para o bem público e constitui um importante instrumento para que os governos captem o que as partes interessadas desejam e transformem tais demandas em políticas públicas. Todo mundo quer ser validado e isso significa, antes, reconhecer o que as pessoas que te validam querem. Parece que as pessoas requerem um governo mais ético e transparente e o *compliance* é o caminho que seguiremos para tanto.

Ao analisar o conceito de *compliance* temos a impressão de este estar mais aproximado ao setor privado do que do público, mas com as edições de normas, este conceito tem se aproximado do setor público, principalmente, em forma de programas de integridade, sendo esses derivados dos programas de *compliance*, mas de forma voltada ao combate direto à corrupção, como veremos no decorrer do texto.

Temas relacionados à *compliance* são abordados tanto na esfera nacional quanto internacional, como na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção que traz em seu Capítulo II - Medidas Preventivas (2019, *online*).

No Brasil, no âmbito da administração pública direta, temos um vasto arcabouço jurídico que caminha nesse sentido: a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), a 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses - que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal) e a 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), dentre outros como o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção.

Contudo, tais normas parecem insuficientes para assegurar e impor a implementação de programas voltados de maneira específica à estruturação de ações e processos destinados ao combate de fraudes.

Em contrapartida, ante a omissão legal, órgãos de controle como Advocacia Geral da União - AGU, Controladoria Geral da União - CGU e Tribunal de Contas da União - TCU têm expedido diversas recomendações com o objetivo de propagar a adoção de mecanismos que corroborem com a política anticorrupção.

Tais orientações englobam o aumento da transparência por parte da Administração Pública, uma gestão apropriada de recursos, o acato de ferramentas de punição de agentes públicos, objetivando a proteção da administração contra ameaças de corrupção, além de garantir uma acertada prestação de serviços à sociedade.

Dentre as ações propostas por esses órgãos, podemos elencar a Coleção Programa de Integridade, desenvolvida desde 2015 pela Controladoria Geral da União - CGU (2019, *online*).

Destaca-se também, a Secretaria de Relações Institucionais de Controle no Combate à Fraude e Corrupção (SECCOR), criada em 2017 pelo Tribunal de Contas da União – TCU (2019, *online*), que tem por finalidade fazer a articulação do TCU com os demais órgãos da rede de controle, além de promover a articulação e sistematização do Tribunal no combate à corrupção e fraudes, dentre outras.

Em se tratando da administração pública indireta, o Estatuto Jurídico das Estatais - Lei 13.303/2016 inova ao estabelecer a obrigatoriedade de as empresas públicas e sociedades de economia mista adotarem regras, estruturas e práticas de controle interno e gestão de riscos, além de determinar a elaboração e divulgação de código de conduta e integridade.

No âmbito do Poder Judiciário, podemos elencar a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, instituída em 2003 e coordenada pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, da qual o Conselho Nacional de Justiça - CNJ faz parte, juntamente com cerca de setenta órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público, nas esferas federal, estadual e em alguns casos, municipal.

A ENCCLA tem por objetivo a "articulação e a atuação conjunta entre órgãos públicos que trabalham com a fiscalização, o controle e a inteligência como forma de aperfeiçoar o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro por meio dos eixos de prevenção, repreensão, capacitação e difusão".

Os grupos que a integram participaram ativamente na construção e reforma de diversas medidas importantes para o tema, como a Lei de Combate à Corrupção (Lei nº 12.846/2013) e a Lei contra os Crimes de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998).

Ressalta-se também o Pacto pela Integridade, programa anticorrupção lançado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG que regulamenta a Lei Anticorrupção e o Código de Integridade (*compliance* público) "como mecanismo de transparência e prevenção e combate à corrupção na justiça do Brasil" (2019, *online*).

O Processo Administrativo de Responsabilização – pacto de integridade (PAR) está regulamentado pela Resolução 880/2018 TJMG e vai além das leis que corroboram com essa ideia, pois traz uma responsabilidade objetiva, bastando que um colaborador interno ou externo fale em nome da empresa para que ela seja responsabilizada por prática de corrupção.

Verificadas as premissas, conceitos e legislação que norteiam o tema referente à *compliance,* necessária a sua materialização em um programa de integridade para aplicação nos órgãos públicos, como nos Tribunais de Justiça.

5 PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Um programa de integridade é o agrupamento de medidas e ações institucionais focadas na prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos corruptos. O programa de integridade não visa eliminar integralmente a ocorrência de fraudes ou corrupção no âmbito da organização, mas sim reduzir as chances de que estas intercorrências aconteçam de fato, além de criar ferramentas para que se possa detectá-la e resolvê-la de forma apropriada. (MENDES; CARVALHO, 2017, p. 31). Trata-se de uma estrutura de incentivos organizacionais – positivos e negativos.

O conceito de programa de integridade no Brasil em termos de legislação foi feita por ocasião da regulamentação da Lei nº 12.846/2013, conforme vemos na redação do art. 41 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015:

> Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no 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.
> Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (BRASIL, 2015b).

Dessa forma, entende-se integridade pública como o conjunto de arranjos institucionais que objetivam fazer com que a Administração Pública mantenha-se no seu objetivo basilar: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente. A corrupção impede o alcance de tais resultados, comprometendo a própria credibilidade das instituições públicas. (2019, *online*).

Na esfera pública, incumbe à alta administração liderar esse processo de autoconhecimento, realizando um planejamento estratégico institucional necessariamente relacionado ao planejamento governamental macro, constante no Plano Plurianual (PPA), conforme se pode verificar do guia de integridade pública proposto pela Controladoria Geral da União - CGU (2019, *online*). Neste processo de autoconhecimento, a partir do mapeamento das atividades, processos e procedimentos, deve-se dar atenção especial às inseguranças identificadas que podem gerar riscos à integridade do órgão.

Com o conhecimento da instituição é definido o trio Missão-Visão-Valores é muito útil para definir a orientação estratégica de uma organização, independentemente de seu porte ou características específicas. Além disso, a participação de partes interessadas no planejamento pode ser um importante subsídio para o êxito do processo.

Deve ser estimulado na organização um comportamento íntegro, bem como investir na formação do corpo diretivo do órgão, além de definir regras claras na interação público-privada, primando pela transparência de todos os atos que envolvam a instituição, deixando sempre um canal aberto para denúncias de irregularidades.

5.1 DIRETRIZES PARA A ELABORAÇÃO DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA O PODER JUDICIÁRIO

Faz-se necessário dispor acerca das orientações a serem seguidas para a elaboração de um programa de integridade para o Poder Judiciário, quanto à análise do funcionamento da gestão interna, administração de riscos e controles, monitoramento e revisão, regramento para a relação público-privada e responsabilização por atos lesivos, bem como a transparência na gestão.

5.1.1 Análise do funcionamento da gestão interna

Ao analisar o funcionamento da gestão interna, deve ser levada em consideração a criação de um sistema congruente e de procedimentos internos de atividades eficientes, com a aplicação de estruturas fundamentais para o fortalecimento da integridade pública.

Tal análise deve ser feita na diretoria administrativa que trata de licitações e contratos, criando e fazendo cumprir normativa que indique padrões de relacionamento com fornecedores de bens e serviços com o objetivo de eliminar as possibilidades de favorecimento ou indicação pessoal, bem como implantar mecanismos constantes de auditoria eficaz para que a fiscalização dos contratos seja feita de forma profissional e eficiente.

Na diretoria de gestão de pessoas, com um quadro de servidores capacitado e motivado no cumprimento de suas tarefas. Sendo que o Tribunal de Justiça, através da referida diretoria juntamente com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense - ESMAT deve promover uma política de capacitação permanente, além da aplicação do código de ética profissional dos servidores e magistrados do Poder Judiciário Tocantinense, mantendo uma comissão de ética, encarregada de orientar e aconselhar sobre a ética profissional do servidor público.

Na diretoria de tecnologia da informação deve-se primar pela segurança dos dados e a confiabilidade nos sistemas com a capacitação constante dos servidores em razão das necessárias atualizações na área de tecnologia, envolvendo todas as áreas do tribunal, sendo com relação aos sistemas de processos judiciais (E-PROC, SEEU e demais), além de processos administrativos (SEI), bem como demais ferramentas tecnológicas, com a necessária segurança da informação, sempre com foco nos resultados institucionais definidos.

Ademais, à ouvidoria do Tribunal de Justiça cabe manter sempre um canal aberto para o recebimento de denúncias e comunicação de irregularidades, encaminhando tais informações aos setores competentes do órgão (Comissão de Ética, Corregedoria ou Controle Interno) para apuração das informações e aplicação de medidas cabíveis.

5.1.2 Administração de riscos e controles

Para assegurar que as respostas aos riscos sejam dadas de forma adequada e célere devem ser implementados mecanismos de controles internos de forma desburocratizada para propiciar, e não impedir, a realização dos objetivos da organização.

Os controles internos devem estar interligados ao conhecimento dos riscos aos quais a instituição está sujeita, principalmente, os riscos representados por violações à integridade.

Segundo o Comitê das Organizações Patrocinadoras, da Comissão Nacional sobre Fraudes em Relatórios Financeiro, Controle Interno é:

> Um processo conduzido pela estrutura de governança, administração e outros profissionais da entidade, e desenvolvido para proporcionar segurança razoável com respeito à realização dos objetivos relacionados a operações, divulgação e conformidade. (COSO, 2013).

A gestão de riscos (identificação e avaliação de riscos e definição de respostas, dentre elas controles) interage com o Planejamento Estratégico, na medida em que a organização ao identificar e tratar os riscos e implementar controles internos focados nesses riscos, estará aumentando a probabilidade de alcance dos objetivos definidos, ou seja, a gestão de riscos é considerada uma boa prática de governança da organização, ao incluir aspectos relacionados a *accountability* (prestação de contas, no sentido de que a gestão está alinhada às diretrizes estratégicas), transparência (que é um pré-requisito para uma adequada prestação de contas), dentre outros. (COSO, 2007).

A administração apropriada dos riscos viabiliza que o gestor tome decisões mais seguras, implementando mecanismos de controle adequados ao desempenho de suas atividades e à conquista de seus objetivos.

A Controladoria Geral da União - CGU em seu guia evidencia a análise de riscos como um dos cinco pilares de um programa de integridade eficiente.

> As regras, políticas e procedimentos do Programa de Integridade para a prevenção, detecção e remediação de fraudes e corrupção devem estar baseados na gestão de riscos da empresa estatal, que é utilizada para mapear, avaliar e responder a riscos que possam ameaçar o alcance dos objetivos estabelecidos. Entidades que já dispõem de uma política de gerenciamento de riscos devem verificar se esta inclui a identificação de riscos ligados à ocorrência de fraudes, corrupção, conflito de interesses e nepotismo, ou ao desvio das condutas éticas, de forma a aperfeiçoar seu Programa de Integridade.

5.1.3 Monitoramento e revisão

Para a CGU, a implementação adequada de um programa de integridade, precisam estar presentes: o comprometimento e apoio da alta direção; a instância responsável pelo plano de integridade; a análise de riscos; e o monitoramento contínuo.

O monitoramento das ações e de todo o programa de integridade deve ser constante para que seja eficaz. Os pontos de atenção e recomendações decorrentes do monitoramento podem ser objeto de planos de ação,

para que fragilidades eventualmente identificadas sejam corrigidas e o Programa de Integridade seja atualizado e melhorado de acordo com a necessidade identificada.

O monitoramento contínuo das ações propostas no programa para tratamento dos riscos de integridade, de forma a garantir que as ações planejadas tenham sido, de fato, executadas e que os esforços e recursos dispendidos foram efetivos para reduzir a probabilidade e/ou o impacto associados aos riscos.

O monitoramento contínuo envolve a gestão dos riscos, de forma a garantir que a estrutura, processos e instrumentos definidos para a prevenção, detecção e correção de desvios estão sendo eficazes. É essencial assegurar que o Programa acompanhe as mudanças no ambiente organizacional. Portanto, faz-se necessária a atualização de seu conteúdo de forma periódica ou quando necessária.

5.1.4 Regramento para a relação público-privada e responsabilização por atos lesivos

O Tribunal deve criar mecanismos preventivos que visem preservar a integridade pública e de integração com o setor privado com o objetivo de evitar conflito de interesses, e principalmente acompanhar a evolução patrimonial dos servidores públicos que tenham ligação mais estreita, em razão da função, com cidadãos e setores da iniciativa privada, para logo identificar atos de corrupção.

Assim, logo da verificação de atos lesivos a integridade pública ou de corrupção deve ser instaurado procedimento administrativo, pois uma atuação coercitiva célere tem efeito desmotivador para o cometimento de novas irregularidades, atentando-se ao fato de que as sanções devem ser proporcionais às violações cometidas, garantindo direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por outra vertente, quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas que cometam atos lesivos, o Brasil com a edição da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) passou a prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de pessoas jurídicas que praticam atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

No âmbito dos Tribunais de Justiça, o TJ de São Paulo foi o primeiro a editar Portaria, a de nº 9.428/17, que disciplina a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), dispondo entre outras regras a fixação de multas às empresas que praticarem irregularidades contra o TJSP, como fraudes em licitações, desvios em obras ou pagamento de vantagem indevida a juízes e servidores e serão proibidas de participar de novas licitações, sendo possível a desconsideração da personalidade jurídica, alcançando bens de diretores e sócios, por outro lado, a previsão do acordo de leniência, quando as empresas podem ganhar benefícios em processo administrativo se assumirem a fraude e delatarem envolvidos.

Em 2018, veio o TJMG, com edição da Resolução nº 880/2018 que regulamentou o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, previsto no Capítulo IV da Lei Federal nº 12.846, no âmbito desse Tribunal.

No âmbito das Escolas de Magistratura dos Tribunais temos a do Rio de Janeiro – EMERJ, que em 2018 lançou seu programa de integridade, bem como o seu Código de Ética.

5.1.5 Transparência na gestão

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011 - LAI) – que normatizou o direito, previsto na Constituição Federal, de acesso de qualquer pessoa às informações públicas de órgãos e entidades sem a necessidade de apresentar motivo, direciona a instituição pública ao cumprimento dos princípios da publicidade e da transparência, sendo o sigilo, a exceção.

Quando essas ações são incorporadas nos planos de integridade, abre-se uma oportunidade para que as políticas anticorrupção e de promoção de concorrência sejam desenvolvidas de modo transversal e com mais chances de sucesso no engajamento do corpo de agentes públicos, até porque essa é uma abordagem mais voltada para a cooperação. Além disso, não pode ser ignorado o poder dos lembretes e dos alertas introduzidos nas ações provenientes dos planos de integridade, para funcionarem como um *nudge* na prevenção da corrupção. (COSTA, 2017).

Neste contexto, para fechar as diretrizes básicas de um programa de integridade, urge a necessidade de uma gestão pública transparente que forneça à sociedade informações que permitam sua colaboração no desenvolvimento e acompanhamento das atividades públicas, induzindo a instituição a agir com mais responsabilidade e eficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, percebe-se que a corrupção é um fenômeno que enfraquece a democracia e as instituições, ameaça a estabilidade e a segurança tanto da sociedade quanto da economia, por vezes atrelada ao crime organizado que usa de seu poder econômico para atingir seus objetivos, por vezes corrompendo agentes políticos e públicos.

Para que se possa diminuir a possibilidade da ocorrência de tal fenômeno nas instituições temos a necessidade de enfrentamento da corrupção pelos órgãos públicos visando à adequada prestação do serviço público, sendo a boa governança por meio de suas características: Estado de Direito, transparência, responsabilidade, orientação por consenso, igualdade e inclusividade, efetividade e eficiência e prestação de contas, o caminho certo para atingir esta missão.

Bem como, o fortalecimento das instituições públicas, tornando-as mais tendentes à produção da responsividade e da responsabilidade políticas, o que passa também pela necessária internalização dos princípios que regem a boa administração pública, que impõem aos agentes públicos o desenvolvimento de uma cultura ética que, por consequência, traz a reboque deveres e obrigações visando conter

comportamentos desviantes e contrários aos interesses da coletividade e ao direito fundamental à boa administração.

Neste sentido, a regulamentação da lei anticorrupção e do *compliance* público (código de integridade) é um forte mecanismo de monitoramento de ilícitos na Administração Pública e promove a transparência, a prevenção e o combate à corrupção na justiça do Brasil.

O programa de integridade para o Tribunal de Justiça do Tocantins é necessidade atual para prevenir e minimizar atos de corrupção, estabelecendo uma efetiva e transparente prestação jurisdicional, através da aplicação de *compliance* e boas práticas de governança.

REFERÊNCIAS

AKUTSU, Luiz. Governança judicial: construção e validação de modelo teórico metodológico. Tese (Doutorado em Administração da UNB). Brasília. 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 novembro 2019.

BRASIL. Decreto n.o 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 05 novembro 2019.

BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 05 novembro 2019.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/documentos/adeg/Governanca_e_Estrategia/Governanca/ManualGovJF.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2016.
CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Guia de implantação de programa de integridade nas empresas estatais: Orientações para a gestão de Integridade nas Empresas Estatais. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acesso em: 06 novembro 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Guia de integridade pública: orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>. Acesso em: 06 novembro 2019.

COSO. Gerenciamento de riscos corporativos: estrutura integrada. 2007. Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil (Audibra) e Pricewaterhouse Coopers Governance, Risk and Compliance, Estados Unidos da América, 2007.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. "Nudge" como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/ edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91.pdf. Acesso em: 18 novembro 2019.

EISENHARDT, Kathleen M. Agency theory: an assessment and review. Academyof Management Review, v. 14, n. 1, p. 57-74, 1989.

FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: FRAZÃO, Ana (org.). Constituição, empresa e mercado. Brasília, DF: Ed. UnB, 2017.

FREITAS, Juarez, Direito fundamental à boa administração pública. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. São Paulo: Compliance Total, 2014.

HANS JONAS. O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transnacional, *compliance* e investigação criminal / Felipe Eduardo Hideo Hayashi. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HEINEN, Juliano. Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2012. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MICHAELIS: Moderno dicionário da língua portuguesa, 2009.

NG, Gar Y. A discipline of judicial governance? Utrecht Law Review. Volume 7, Issue 1, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpoBrazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 06 novembro 2019.

OLIVEIRA, Edmundo. Crimes contra a corrupção. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ROCHA, Alexandre Sérgio da. Corrupção: conceitos e reflexões. Curitiba: Juruá, 2018.

SENNA, Gustavo. Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direito humanos. Coleção Direitos Fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SILVA, Lucélia Rocha da. Programa de *compliance* público: Eixo 2 – Fomento à Transparência./Lucélia Rocha da Silva. – Goiânia: Superintendência da Escola de Governo, 2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Frequently asked questions about the corruption perceptions índex. Disponível em: <HTTP://www.transparency.org/cpi2011/in_detail#myAnchor3>. Acesso em: 07 novembro 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2019/resolucao-2-de-26-02-2019>. Acesso em: 05 novembro 2019.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. United Nations conventions against corruption. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/CONVENTION/08-50026_E.pdf. Acesso em: 07 novembro 2019.

WALKER, James. *Compliance:* origem, evolução histórica e legislativa. IBC – Instituto Brasileiro de *Compliance*, 2016. Disponível em: <http://ibcompliance.com.br/index.php/ebook-gratuito-compliance-origem-evolucao-historica-e-legislativa/>. Acesso em: 06 novembro 2019.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach. The American Journal of Sociology, v. 87, n. 3, 1981.

FRAUDES FINANCEIRAS NOS RPPS E A NECESSIDADE DO AUMENTO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA PARA A SEGURANÇA INSTITUCIONAL NA GESTÃO PÚBLICA DE RECURSOS DE TERCEIROS

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto" Rui Barbosa.

Cinthia Alves Caetano Ribeiro [1]
Gisele Kenya Lenz [2]

RESUMO: No ano de 2018 a Polícia Federal identificou 28 fraudes envolvendo Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), fraudes essas que resultaram até o momento no desvio de R$ 1,3 bilhão dos fundos de pensão que deveriam garantir a aposentadoria dos servidores públicos. Absolutamente todos esses 28 casos de fraude envolveram investimentos por parte dos RPPS em fundos de investimentos que aportavam recursos na aquisição de debentures de empresas de fachada. Ou seja, os RPPS investiam na aquisição de um título de dívida (debenture) que gera um direito de crédito ao investidor, porém tais títulos não tinham lastro para suportar a operação. Implantar um processo interno eficiente e eficaz de proteção na tomada de decisão final de aplicação de recursos financeiros, eliminando o poder concentrado na Presidência e Diretoria de investimento dos RPPS, trazendo solidariamente para essa responsabilidade outros atores do RPPS, como por exemplo, o Conselho de Administração poderia diminuir em muito a probabilidade de fraude em tais aplicações. Uma estrutura de Governança Corporativa mais blindada, com a necessidade de mais atores assumindo conjuntamente a responsabilidade da gestão, poderia aumentar substancialmente a impossibilidade de tal fraude, trazendo a segurança jurídica e institucional necessárias para a boa gestão dos recursos garantidores da aposentadoria dos servidores públicos.

Palavras-chaves: Fraude; Regime Próprio de Previdência Social; Fundos de Pensão, Decisão de Investimento.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 202 da Constituição Federal nos ensina que a base da garantia do benefício previdenciário é totalmente dependente da constituição de reservas financeiras. Dessa forma, por lógica, conclui-se que o benefício previdenciário futuro só existirá se a reserva garantidora do pagamento de tal benefício não se perder no tempo. Ou seja, para que o benefício transborde, é necessário primeiro encher o cofre. E tal

[1] Fonoaudióloga; Pós Graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção; Prefeita de Palmas; cinthiaribeiro@palmas.to.gov.br.
[2] Bacharela em Direito, Pós Graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção; Ouvidora Geral do Município de Palmas – TO; gisa.lenz@hotmail.com.

entendimento é tão importante que de fato a Constituição Federal o traz no artigo 195, inciso V: "Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total". Isto é, nenhum benefício será pago sem correspondente reserva financeira. Com base em tal afirmação constitucional, percebe-se o nível elevadíssimo da importância em se proteger o caixa, o tesouro adquirido através das contribuições sociais patronais e laborais ao longo da vida daqueles que contam com tal tesouro garantidor da aposentadoria. (MOREAU, 2001)

E quem patrocina esse caixa ao longo do tempo? A base de formação da massa crítica financeira que dará no tempo a segurança aos segurados é a contribuição de todos os partícipes. Sendo ela individualmente ou coletivamente.

Tais contribuições devem ser administradas por alguma entidade para garantir o aumento do capital que garantirá as aposentadorias. Essa entidade é comumente chamada de Regime Próprio de Previdência Social, ou RPPS. É obrigação primária do RPPS, administrar os recursos garantidores às aposentadorias de forma que nunca haja destruição de valor no tempo. Ao contrário, deve o RPPS buscar a multiplicação dos recursos sob sua tutela através de investimentos seguros e de longo prazo, dessa forma garantindo caixa suficiente para garantir as aposentadorias já concedidas e as aposentadorias a conceder.

As reservas técnicas, os fundos garantidores de benefícios e as provisões devem atender de forma permanente aos compromissos de garantia das aposentadorias. Por esse motivo, se faz tão importante a avaliação atuarial, que nada mais é do que o estudo técnico desenvolvido pelo atuário, baseado nas características biométricas, demográficas e econômicas da população analisada, com o objetivo principal de estabelecer, de forma suficiente e adequada, os recursos necessários para a garantia dos pagamentos dos benefícios previstos pelo plano de aposentadoria específico. (PÓVOAS, 1991)

Essas reservas ou provisões determinadas pela avaliação atuarial são a soma dos valores que fará frente à garantia dos pagamentos do presente e dos pagamentos futuros dos benefícios, tanto de aposentadorias, quanto de pensões.

Como demonstrado, os RPPS tem a obrigação de atuar como um gestor de recurso de terceiros. Essa atuação deve, impreterivelmente, resultar no aumento do capital proveniente da contribuição dos atores participantes, visando à garantia de pagamento de obrigações futuras.

Por esse motivo, é tão importante aprofundarmos as discussões de propositura de metodologias de Implantação de processos internos eficientes e eficazes de proteção na tomada de decisão final de aplicação de recursos financeiros dos RPPS.

Os RPPS são na realidade entidades administradoras de recursos de terceiros. Recursos esses garantidores dos planos de aposentadorias dos seus contribuintes. E para que seja garantida no futuro a tão sonhada aposentadoria, os RPPS alocam tais recursos nas provisões, fundos e reservas matemáticas.

> Ao fundo de pensão, na qualidade de administrador de recursos de terceiros acumulados em planos de previdência, cabe pensar em tudo isto quando for investir o capital gerido: a segurança do investimento, o balanceamento entre a parcela de recursos que pode ser investida no longo prazo, provavelmente alcançando maior rentabilidade, e a parcela que

> deve ser mantida com a devida liquidez, para fazer frente aos compromissos de curto prazo (despesas administrativas, benefícios já concedidos). (PAIXÃO, 2005)

Por lógica, entende-se que o objetivo maior de um RPPS é adequar suas obrigações de administrador de recursos de terceiro, ao objetivo final do próprio RPPS, o pagamento das aposentadorias.

Em suma, sem o equilíbrio financeiro que venha a garantir no futuro o pagamento dos planos de aposentadoria, nem ao menos há razão de existir um RPPS. (BALERA, 2006)

A regulação exercida pelo Estado sobre essas entidades tem em primeiro plano garantir o cumprimento do objeto social do RPPS, ou seja, pagar benefícios de aposentadorias aos contribuintes do RPPS.

Apenas a contribuição mensal dos participantes de um plano de aposentadoria não é suficiente para assegurar o cumprimento dos planos de aposentadoria no futuro. É necessária uma gestão financeira de investimentos eficiente e eficaz que multiplique a soma das contribuições. O Estado como regulador busca mitigar riscos de operações financeiras danosas ao tesouro do RPPS. O que por sua vez, busca trazer maior segurança a todo o sistema financeiro e não somente ao RPPS per se. Portanto tal regulação deve ser acompanhada de flexibilidade, pois os rendimentos dos investimentos feitos pelos RPPS devem ser superiores à inflação, acrescidos de alguma remuneração. Caso contrário, tais investimentos, ao invés de multiplicar o valor do tesouro do RPPS, podem na realidade destruir valor com o tempo. E exatamente nesta necessidade de flexibilização de alguns investimentos que pode existir o grande perigo da perda de recursos através de fraudes.

Um dos grandes pontos que devemos levar em consideração é que se faz absolutamente necessário que qualquer investimento feito por um RPPS, deve ter liquidez imediata e/ou liquidez de curtíssimo prazo. Tal necessidade tem como base, a obrigação do RPPS em cumprir suas obrigações frente ao pagamento de benefícios principalmente. Não pode o RPPS, em hipótese alguma, ficar impedido de pagar um benefício por conta de um investimento com prazo de liquidez elevado. Outrossim, a liquidez imediata é importante também em vistas de tomadas de decisão de investimento equivocadas. Se um RPPS faz um investimento e percebe que tal investimento não é rentável, deve o RPPS ter total e absoluta liberdade para mudar o rumo da aplicação, através do resgate ou através de nova alocação que busque atingir os patamares mínimos de rentabilidade da política de investimento e da meta atuarial do referido RPPS.

Isso tudo é importante, pois a solvência de um RPPS deve ser observada a todo o momento. Ou seja, é necessário em qualquer tempo ser possível constatar se o RPPS está apto a suprir com sobra as obrigações contratuais com os contribuintes. Isso é possível verificar através da comparação dos ativos financeiros do RPPS e de suas obrigações atuariais.

Os principais motivos que ordenam a regulação do Estado no mercado dos RPPS é baseada em 3 pontos: ((GOODHART, 1998)

1) proteção de toda a sociedade contra monopólios,

2) proteção dos contribuintes

3) garantir a estabilidade do sistema financeiro nacional.

Porém o maior fator de importância da regulação do setor está na proteção dos participantes e assistidos, bem como do próprio Sistema de Seguridade Social. E tal fato é relativamente simples de entender, pois a má gestão de uma ou mais entidades do setor pode acarretar a quebra sistêmica, ou seja, o próprio sistema pode deixar de existir e/ou ficar insolvente.

Nesse ponto faz-se importante diferenciar o risco sistêmico do risco prudencial. A regulação sistêmica, como o próprio nome diz, busca proteger o sistema como um todo. Já a regulação prudencial busca proteger a entidade participante do sistema. No caso o próprio RPPS. Em suma a regulação prudencial busca evitar que a gestão imprudente e/ou de risco de um participante venha desencadear a banca rota do próprio sistema. Assim sendo, por lógica, a primeira barreira para se evitar a quebra do sistema é a regulação e a proteção do individuo (RPPS) e em seguida a regulação e proteção do sistema como um todo.

O recurso financeiro dos RPPS faz parte do Sistema Financeiro Nacional e por esse motivo estão sob a égide das diretrizes do Conselho Monetário Nacional - CMN, que por sua vez estão sob o guarda chuvas de normas do Banco Central do Brasil – BACEN. E como os recursos financeiros dos RPPS são investidos em papeis do Sistema Financeiro Nacional, esses devem seguir as normas de regulação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Dito isso, é esperado no âmbito da regulação prudencial que os gestores dos RPPS invistam os recursos de tais entidades dentro dos princípios básicos que norteiam a administração prudente e congruente ao plano de investimentos a que venha garantir no futuro as obrigações financeiras do próprio RPPS.

Fica subentendido em tal afirmação que o princípio de fidúcia seja o mote norteador das ações do gestor do RPPS na realização de investimentos que venham buscar a rentabilidade mínima necessária para a garantia das referidas obrigações financeiras.

Porém apesar de tantos órgãos reguladores e fiscalizadores, e do próprio princípio básico de fidúcia, assim mesmo os RPPS são alvo de ações nefastas de grupos que visam subtrair os valores do tesouro dos servidores públicos através de fraudes.

O mecanismo mais usado para fraudar os RPPS ultimamente é através da compra de títulos sem lastros pelos RPPS. E se apesar de todos os mecanismos de segurança já discutidos, ainda assim os RPPS são vítimas de fraudes, faz-se necessário o aprofundamento da discussão relativa à Governança Corporativa e ao papel dos Conselhos de Administração na proteção do tesouro dos RPPS.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 METODOLOGIA

Quanto aos fins, é elucidativa, já que busca cooperar com a comunidade científica ao criar conhecimento que demonstre e comprove a importância do entendimento do papel da Governança Corporativa, bem como da boa Gestão de Recursos de Terceiros garantidores de aposentadorias e pensões no âmbito do serviço

público. Quanto aos meios, desenvolver-se-á através de pesquisa bibliográfica[3], pois emprega o uso de literatura e artigos específicos.

2.2 GOVERNANÇA CORPORATIVA

A governança corporativa tem seu início na economia europeia com o intuito de trazer maior transparência e confiabilidade na relação entre as empresas e o mercado de capitais (investidores). Tal necessidade surgiu a partir do desequilíbrio que havia entre o nível de informação e o compromisso que existia entre o dia a dia das empresas e os números publicados nos balanços das empresas. Ou seja, percebiam-se discrepâncias entre a direção e controle das empresas em relação às suas ações de fato. Isso gerava insegurança sistêmica ao mercado de capitais. (SOUZA, 2005)

No Brasil podemos citar o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) como o norte fomentador da prática do controle das ações das empresas em prol da transparência e credibilidade do balanço entre o discurso e o resultado per se nas corporações.

Entende-se por governança corporativa um sistema formado por uma série de práticas, ações e ritos que dirigem, monitoram e incentivam as melhores práticas de gestão de uma determinada organização, sempre com o intuito do resultado positivo obviamente, porém sem nunca deixar de lado a lealdade com os verdadeiros donos do negócio (*shareholders* - acionistas).

Percebe-se com mais clareza tal afirmação com base no código editado pelo IBGC.

> [...] o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo as práticas e os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.

Vale citar o entendimento acadêmico que a Governança Corporativa é todo um sistema que assegura aos verdadeiros proprietários (acionistas) a gerência estratégica da empresa, bem como e talvez até principalmente, a fiscalização da diretoria executiva através dos Conselhos devidamente formados. Isto é, o equilíbrio e segurança da propriedade e o controle ao mesmo tempo se dá por meio do Conselho de Administração, Conselho Fiscal e Auditoria independente, através da transparência e o cumprimento das deliberações tomadas pelos Conselhos e determinadas à diretoria executiva, que passa a ser na realidade o Agente Fiduciário das vontades licitas do Conselho de Administração. (IBGC, 2009)

Com base nessa definição, faz-se importante demonstrar como o IBGC entende uma estrutura mínima inicial de boa prática de Governança Corporativa nas corporações:

[3] Segundo Gil (1996:48), "a pesquisa bibliográfica fundamentaliza-se de contribuições de diversos autores sobre determinado assunto", onde, na classificação de pesquisas científicas, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, não há diferenciação de importância entre Pesquisa Bibliográfica e Pesquisa Experimental, dependendo da área de conhecimento a ser pesquisada, desde que a contribuição do procedimento técnico escolhido seja de fato ideal para a geração do conhecimento científico.

Figura 1 – Atual sistema de Governança Corporativa



Fonte: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2014.

A Governança Corporativa se faz absurdamente necessária, pois busca estabelecer de maneira clara e inquestionável os papéis e responsabilidades dos acionistas, membros dos conselhos e gestores. Porém, o mais importante de tudo em uma boa Governança Corporativa é relacionado ao comprometimento dos administradores/gestores da instituição em relação aos interesses dos acionistas e/ou proprietários.

Abaixo podemos verificar as principais práticas que se esperam ser adotadas por uma instituição séria e comprometida com o que é sério, honesto, correto e direito.

Quadro 1 – Principais práticas de governança que podem ser adotadas para alcançar os níveis

Dimensão de Governança	**Principais práticas de governança que podem ser adotadas**
Propriedade	Emissão exclusiva de ações com direito a voto (ordinárias), assegurando a princípio uma ação - um voto; Concessão estatutária de *tag along* de 100% para todos os acionistas da Companhia; Existência de uma política de distribuição de dividendos transparente e baseada em critérios objetivos.
Conselho de Administração	Existência de um Regimento Interno definindo claramente as atribuições e funcionamento do órgão; Presença obrigatória de pessoas distintas ocupando os cargos de Presidente do Conselho e Diretor Presidente; Avaliação formal anual de desempenho da Diretoria pelo Conselho; Avaliação formal anual de desempenho do Conselho como órgão; Existência de quatro Comitês do Conselho (Auditoria, Governança e Indicação, Remuneração e Risco) em funcionamento e com atividades definidas em Regimento Interno; Maioria obrigatória de conselheiros independentes, todos com excelente reputação no mercado, experiência e firme compromisso de dedicação ao Conselho; Comitê de Auditoria composto exclusivamente por membros independentes; Existência de calendário anual de pautas do Conselho, contendo todos os temas a serem abordados ao longo do ano nas reuniões.
Transparência e Gestão	Existência de um *website* específico da área de Relações com Investidores com informações sobre governança corporativa; Formalização e divulgação ao público das diretrizes de governança corporativa da Companhia; Existência de uma seção específica no Relatório Anual dedicada à implementação das questões de governança corporativa; Divulgação ao público do modelo de governança da Companhia, incluindo respectivos papéis e relacionamento entre os órgãos de governança; Divulgação de informações substanciais sobre transações com partes relacionadas; Sistema de remuneração dos executivos alinhado com o interesse de longo prazo de todos os acionistas.
Auditoria Independente	Relacionamento direto e sistemático das Auditorias Independente e Interna com o Comitê de Auditoria; Avaliação formal de desempenho dos auditores pelo Conselho.
Conduta e Conflitos de Interesse	Existência de um código de conduta aprovado pelo Conselho de adesão obrigatória por todos os funcionários e administradores; Existência de política para transações com partes relacionadas e outras situações envolvendo conflitos de interesse; Adesão à Câmara de Arbitragem para resolução de quaisquer questões societárias.

Fonte: BM&FBOVESPA, 2013

As práticas apresentadas no quadro acima é o conjunto básico do que se imagina como fundamentação mínima das boas práticas de gestão que trazem segurança aos atores participantes de um mercado devidamente regulado.

Com base em tal fundamentação, o IBCG indica quatro princípios que devem fazer parte do dia a dia de uma empresa bem administrada.

Sendo eles os princípios da Transparência, Equidade, Prestação de Contas e Responsabilidade Corporativa:

> *Transparência (disclousure)* - Mais do que a obrigação de informar é o desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou
> regulamentos. A adequada transparência resulta em um clima de confiança, tanto internamente quanto nas relações da empresa com terceiros. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à criação de valor. *Equidade (fairness)* - Caracteriza-se pelo tratamento usto de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*). Atitudes ou políticas discriminatórias, sob qualquer pretexto, são totalmente inaceitáveis. *Prestação de Contas (accountability)* - Os agentes de Governança devem prestar contas de sua atuação, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões. *Responsabilidade Corporativa (compliance*) - Os agentes de Governança devem zelar pela sustentabilidade das organizações, visando à sua longevidade, incorporando considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações. (IBGC, 2009)

Porém é importante mencionar o princípio básico que norteia a criação da Governança Corporativa como a vemos hoje. Ele tem seu nascimento na terceira década do século passado, nos estudos de Berle e Means. Esse estudo traz a própria essência da necessidade de se separar e distinguir o conflito de interesse entre a propriedade de um bem, e a gestão desse bem. No trabalho intitulado "A Teoria da Firma" de Jensen e Meckling (1976, p. 305-360) os autores conseguem finalizar o conhecimento iniciado em 1932 e desenvolvem a teoria que um ou mais indivíduos, o interessado, deposita um voto de confiança a um terceiro, o agente fiduciário, para que esse cuide de seus interesses. Melhor dizendo, o interessado, delega autoridade ao agente fiduciário para que esse aja dentro dos princípios básicos da boa gestão de risco na busca da rentabilidade do recurso do interessado. É pacificado que todo e qualquer investimento, por mais seguro que possa parecer tem risco. Nesse ponto faz-se absolutamente necessário citar sentença do juiz Norte Americano Samuel Putnam, que em 1830 optou por um texto brilhante quanto à importância do papel do agente fiduciário, no caso o Conselho de Administração, na administração de recursos de terceiros.

> Tudo que se pode exigir de administrador de fundo fiduciário ao investir é que ele seja leal e criterioso. Ele deve observar como homens prudentes, criteriosos e inteligentes gerenciam seus próprios negócios, não no tocante à especulação, mas à disposição permanente de seus fundos, considerando a renda provável, bem como a segurança provável do capital a ser investido. (BERNSTEIN, 1997)

Porém não podemos esquecer que estamos lidando com seres humanos, cuja própria natureza é falha. Ou seja, se é da natureza humana a busca da maximização do bem-estar pessoal, isso nos leva a crer que é absolutamente e humanamente impossível que o agente fiduciário agirá sempre no melhor interesse do próprio interessado. Por esse motivo é tão importante que diligências sejam tomadas e impostas para evitar o choque de interesse que com absoluta certeza ocorrerá em algum momento. Mais cedo, ou mais tarde, porém sempre ocorrerá.

Em suma, Jensen e Mackling (1976, p. 305-360) já haviam conseguido comprovar a inexistência da presença e/ou figura do agente fiduciário perfeito. É impossível separar o homem de sua natureza racional, egoísta e protetiva do interesse próprio. Seria ingenuidade imaginar que um agente fiduciário conseguiria sobrepor-se à sua própria natureza humana imperfeita.

2.3 GOVERNANÇA CORPORATIVA E OS RPPS

No que tange ao debate sobre a Governança Corporativa e o poder público, já que o RPPS representa os servidores públicos, não podemos esquecer que o servidor público, que é um cidadão antes de tudo, delega ao Estado e seus administradores o poder para gerir o tesouro do RPPS (SLOMSKI, 2005). Dessa forma percebe-se um problema provável que deve ser evitado a todo custo: "Nem sempre as decisões tomadas pelo agente delegado (Estado) estão em consonância com os interesses do principal (servidor público)". Exatamente nesse ponto a Governança Corporativa entra trazendo maior equilíbrio e mitigando os riscos de conflitos de interesses contrários ao agente principal, conforme já versado no capítulo anterior.

Porém pode surgir o seguinte questionamento: "É possível aplicar e/ou extrapolar princípios e praticas da gestão privada, à gestão pública?". A resposta é sim, existe o entendimento através de conhecimento científico devidamente comprovado que se pode aplicar tais princípios e práticas sem que haja problema.

Enquanto a governança trata da aquisição e distribuição de poder na sociedade, a governança corporativa denota a maneira pela qual as corporações são governadas e administradas. É assim, usualmente compreendida, em contraste com a governança corporativa no setor público, a qual faz referência à administração das agências do setor público através dos princípios de governança corporativa do setor privado, que são totalmente aplicáveis no setor geral do Estado, em que as agências de serviços não públicos são agrupadas. (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 110-135)

Entendendo que é possível extrapolar os princípios e práticas da administração do setor privado à administração do setor público, percebe-se a importância em utilizar tais boas práticas de gestão no zelo e cuidado com a boa gestão do recurso dos RPPS.

A importância de tal discussão é tão grande que a Portaria 185 do então Ministério da Previdência Social (MPS), hoje Secretaria de Previdência, institucionaliza o Programa de Certificação Institucional e Modernização da Gestão dos Regimes Próprios de Previdência Social da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios – Pró-Gestão RPPS.

Tal portaria, através do manual de Pró-Gestão RPPS, aprovado pela Portaria nº3 de 2015 da Secretaria de Políticas de Previdência Social, traz a real e verdadeira importância dos Conselhos como verdadeiros

guardiões do controle interno dos RPPS com deveres de orientação, avaliação e fiscalização do dia a dia do referido órgão previdenciário.

Cabe ao RPPS, na instituição dos Conselhos, prever em suas bases legais critérios rígidos que mitiguem o surgimento de conflito de interesses, bem como a probabilidade de ações que venham a causar perdas ao tesouro do órgão.

Dentre o principal e mais lesivo conflito que deve o RPPS buscar eliminar na criação e instituição das bases legais, está o da concentração de poder decisório na tomada de decisão de investimentos. Caso esse cuidado não seja tomado, com absoluta certeza, o RPPS sofrerá ações oportunistas de quadrilhas profissionais formadas para gerar fraudes e desviar os recursos do tesouro do órgão para fundos de investimentos devidamente montados com o único objetivo de lesar os cofres garantidores das aposentadorias e benefícios futuros.

Porém para mitigar e/ou até mesmo eliminar essas possibilidades, a alteração da Lei 9.717/98 pela Lei 13.846/19 vem exigir a Certificação Profissional CPA10 como a menor certificação que absolutamente todos os gestores de RPPS possuam. Sendo que tal certificação agora é exigida para todos os Conselheiros de Administração, Conselheiros Fiscais, Comitês de Investimentos e Presidência. Tal exigência pode até não conseguir eliminar a probabilidade de fraudes por completo, porém com absoluta certeza dificulta muito essa possibilidade, já que com tal medida, nenhum gestor de RPPS poderá mais alegar ignorância sobre a Gestão de Ativos de Terceiros. Prática muito usual nos RPPS fraudados em um passado muito recente. Era absolutamente normal após a fraude, que os gestores alegassem ignorância e/ou incompetência em deliberar sobre assunto tão técnico.

E com absoluta certeza a capacitação de todos os gestores e conselheiros é o início para mitigar a possibilidade de fraude através de golpes formatados por quadrilhas profissionais.

3 RESULTADO E DISCUSSÃO

Talvez o maior desafio para os RPPS no momento é a criação de regras profissionais de gestão, sem a alcunha da influência política, através da institucionalização de práticas de Governança Corporativa. E vale lembrar que essa é uma exigência do Manual do Pró-Gestão RPPS do Governo Federal. Ou seja, sem que haja a institucionalização de tal arma de defesa do tesouro do RPPS, o referido órgão é incapaz de receber a certificação. E Governança Corporativa sem Conselhos é o exemplo máximo da acefalia da boa gestão financeira.

Assim sendo é absolutamente necessário que o poder público abra mão da ingerência sobre os RPPSs, para que esses tenham a autonomia e transparência mínima necessária para gerir os recursos e verdadeiramente responder pelo ônus e o bônus da referida gestão.

É obrigação através de norma federal que os RPPSs sejam verdadeiramente geridos pelos donos do tesouro do órgão. Ou seja, os servidores públicos vinculados ao RPPS em questão. Dessa maneira é primordial que os Conselhos sejam formados na sua absoluta maioria por servidores públicos ativos e inativos. E se possível que sejam convidados profissionais de mercado para compor o conselho. Porém, profissionais de mercado com histórico de hora, hombridade e honestidade. Não mais políticos profissionais que são alçados à

presidência ou conselho dos RPPSs apenas como “pagamento” pelos bons serviços prestados ao partido político, ao chefe do poder executivo, ou ao grupo que está no poder.

3.1 CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

O Conselho de Administração é o órgão máximo da gestão em qualquer estrutura organizada. É o grande Guardião do tesouro do RPPS, nesse caso analisado. É o colegiado com máximo alcance de transparência e segurança (ou pelo menos é isso que se espera de um Conselho sério). Além de deliberar e decidir sobre absolutamente tudo que se refere à gestão do RPPS, também é o Conselho de Administração que monitora as ações da diretoria e presidência do RPPS. Verificando se as deliberações e decisões do colegiado estão sendo levados à risca na busca da segurança jurídica, institucional e financeira do RPPS.

Os fundos de investimento são um dos tipos de investimento ou aplicação financeira mais comuns no país, sendo eles: carteiras ou cestas de investimento que podem ser compostas por títulos públicos, títulos de renda fixa, ações, derivativos, commodities e até mesmo cotas de outros fundos.

A margem segura para se movimentar do valor total dos investimentos gira em torno de 5 -10 %. Seguem exemplos: ((PREVIPALMAS, 2019)

Para renda fixa:

•CAIXA FI BRASIL IRF-M 1 TP RF

•CAIXA FI BRASIL IRF-M 1 TP RF

•CAIXA FI BRASIL IDKA IPCA 2A RF LP

•CAIXA FI BRASIL IMA-B 5 TP RF

•CAIXA FI BRASIL 2024 IV TP

•BB PREVID ALOCAÇÃO ATIVO FIC FI

•BB PREVID RF IDKA 2A

•BB PREVID RF IMA-B 5

•FIC CAIXA NOVO BRASIL IMA-B RF LP

•FIC CAIXA NOVO BRASIL IMA-B RF LP

•ITAU INST ALOCAÇÃO DINÂMICA RF FIC

•BB INSTITUCIONAL FI RENDA FIXA

•BB PREVID RF PERFIL FIC

•BB PREVID RF FLUXO FIC

Para renda variável:

•BB PREVID AÇÕES ALOCAÇÃO

•BB PREVID AÇÕES VALOR

•BB AÇÕES SETOR FINANCEIRO FIC FI

•BB AÇÕES BB SEGURIDADE FIA

•BB AÇÕES ENERGIA FIA

•FIA CAIXA INSTITUCIONAL BDR NIVEL I

•CX FIC CAPITAL PROT. BRASIL IBOVESP

•WNG FIC FIM CP

•FIP CAIS MAUA DO BRASIL

•AQ3 RENDA FI IMOBILIÁRIO

•SÃO DOMINGOS FI IMOBILIÁRIO

•RB CAPITAL RENDA II FI IMOBILIÁRIO

Dentre os pontos importantes a frisarmos quando a atuação do Conselho de Administração, podemos citar, sem nos limitar a esses:

a) Garantir os objetivos financeiros de longo prazo do RPPS;

b) Decidir os valores e estratégias de proteção da entidade;

c) Promover a disseminação de tais valores na busca de um ambiente corporativo no qual todos os funcionários tenham o mesmo objetivo de segurança do tesouro do RPPS;

d) Decidir sempre em concordância com o que é melhor para a coletividade, nunca para o indivíduo e/ou grupo particular;

e) Fiscalizar de forma incansável e ativa o cumprimento irrestrito das deliberações concordadas em colegiado.

3.2 CONSELHO FISCAL

O Conselho Fiscal se configura como parte integrante do Sistema de governança corporativa, responsável, principalmente, por fiscalizar os atos dos administradores e verificar os cumprimentos dos seus deveres legais e estatutários, agregando valor aos sócios por trazer um controle independente da participação no controle da companhia.

Erroneamente algumas pessoas pensam que o Conselho Fiscal apenas verifica o balanço do RPPS para verificar se os lançamentos estão corretos. Sua atuação é absurdamente mais importante e complexa do que isso.

O Conselho Fiscal pode ser visto em verdade como um Auditor Interno que vai verificar e confrontar os atos do Conselho de Administração com base nos relatórios de desempenho financeiro do RPPS.

Assim sendo, o Conselho Fiscal tem a finalidade de acompanhar os negócios, fiscalizando as atividades praticadas pelos administradores do RPPS (Conselho de Administração, Presidente e Diretores) e opinando sobre elas.

E isso tudo, em especial atenção às contas, à regularidade dos atos de gestão e à legalidade de tais atos e contas.

Em suma, o Conselho Fiscal não administra, mas verifica se tudo está em acordo com o que prevê a norma interna, norma externa e com base nessas verificações, emite opinião.

Como podemos ver, a formação dos Conselhos de Administração e dos Conselhos Fiscais é o primeiro ato de uma boa Governança Corporativa. O primeiro vai administrar o RPPS e o segundo vai verificar se a gestão está em acordo com o que foi definido como política de gestão. Para tanto, alguns cuidados mínimos são requisitos básicos para a boa formação dessas instituições internas. Podemos citar:

a) Certeza absoluta quanto à honra, honestidade e hombridade dos membros indicados. Sem esse primeiro item, todo o resto não há nem a necessidade de se discutir;

b) Conhecimento sobre os princípios e valores do RPPS;

c) Comprometimento com o RPPS e disponibilidade de tempo;

d) Visão estratégia de curto, médio e longo prazo;

e) Capacidade de julgamento sem a interferência de ideologia, de religião e de terceiros;

f) Capacidade de ler e interpretar relatórios de gestão, relatórios contábeis e relatórios financeiros;

g) Conhecimento sobre as normas da previdência e de investimentos.

4 CONCLUSÃO

Os Conselhos de Administração e Fiscal na gestão pública de recursos financeiros de terceiros tem o papel de controle e fiscalização para a segurança financeira, institucional e jurídica de um RPPS. Foram destacadas as peculiaridades da importância da profissionalização dos Conselhos para a mitigação da possibilidade de fraudes utilizando-se de recursos financeiros garantidores das aposentadorias e pensões dos servidores públicos.

Em primeiro plano foi destacada a importância da gestão financeira dos recursos garantidores dos planos de benefícios de natureza previdenciária; Para em seguida se destacar as principais atribuições, contribuições e papel do Conselho de Administração e Conselho Fiscal na ótica da Governança Corporativa. Ao primeiro é esperado ser o guardião das decisões e direcionamento para a garantia do sucesso financeiro do RPPS e da garantia dos recursos garantidores de aposentadorias e pensões. Ao segundo cabe a diligência da fiscalização da atuação do primeiro, bem como da atuação da presidência, das diretorias e das contas do RPPS. Com base na pouca literatura disponível exclusivamente aos Regimes Próprios de Previdência, foram extraídos os preceitos da melhor doutrina de governança corporativa e debatido tema específico do funcionamento dos referidos colegiados no âmbito dos RPPSs.

Demonstrou-se a importância e necessidade da escolha e da qualificação dos membros que participarão tanto do Conselho de Administração, quanto do Conselho Fiscal. Uma atuação comprometida, efetiva e eficaz dos referidos conselhos é a pedra fundamental na eliminação da probabilidade de fraudes aos recursos dos RPPSs. Sem contar que tal participação é um importantíssimo auxílio a todos os órgãos de fiscalização e controle, como por exemplo, Secretaria de Previdência Social, Tribunais de Contas, Banco Central, Ministério Público e o Poder Judiciário. Criando de tal forma uma barreira em prol da moralidade e legalidade dos atos da gestão pública, sem dizer no mais importante, a segurança financeira e social da garantia do tão sonhado direito de se gozar de uma aposentadoria merecidamente digna.

Deste modo, a legislação precisa ser melhor desenvolvida, sem deixar lacunas para eventuais erros por parte de quem vai gerir os investimentos RPPS.

BIBLIOGRAFIA

BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social. 4. ed: LTR, 2006.

BERLE, A. A.; MEANS, G. C. The modern corporation and private property. New York: Macmillian, 1932.

BERNSTEIN, Peter L. Desafio aos Deuses: uma fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BM&FBOVESPA. Diretrizes de governança corporativa. São Paulo, 2013. Disponível em:<http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_2/Diretrizes_de_Governanca_Corporativa_da_BMFBOVESPA.pdf>

GOODHART, Charles e Outros. Financial regulation: why, how and where now? Londres: Bank of England, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. Código das melhores práticas de governança Corporativa. 4. ed. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Codigo_Final_4a_Edicao.pdf>. Acesso em: 01/10/2019

IUDÍCIBUS, Sergio de; MARION, José Carlos; PEREIRA, Elias. Dicionário de termos de contabilidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. Journal of financial economics, North-Holland,v.3, n.4, p.305-360, Oct.1976.

MATIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. Administração Pública e Gestão Social, Viçosa, v. 2, n. 1, p.110-135, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/view/21#.VHDdOYvF_AY>

MOREAU, Pierre. Responsabilidade jurídica na previdência complementar. São Paulo: Quartier Latin, 2001.

PAIXÃO, Leonardo et al. Regulação dos investimentos nos Fundos de Pensão: evolução histórica, tendências recentes e desafios regulatórios. In: Revista de Previdência, n.3. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito/UFRJ, outubro de 2005.

PÓVOAS, Manoel S. Soares. Planos Empresariais. 1.o e 2.o volumes. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1991.

PREVIPALMAS, Instituto de Previdência Social do Município de Palmas. Relatório Mensal Da Carteira De Investimentos – Outubro/2019. Palmas/TO, 2019.

SLOMSKI, Valmor. Controladoria e governança na gestão pública. São Paulo: Atlas, 2005.

SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. Governança corporativa e o conflito de interesses nas sociedades anônimas. São Paulo: Atlas, 2005.

A APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA COM ÊNFASE NA LEI 13.303/2016

Harthemyza Katienne F Lima Alves[1]
Regina Gomes Da Silva[2]

RESUMO: O presente artigo propõe-se ao estudo da aplicação do sistema de *compliance* na Administração Pública Direta questionando-se sobre a sua compatibilidade atual com o sistema legislativo brasileiro, demonstrando este como um importante mecanismo de prevenção e combate à corrupção existente nos Órgãos Públicos da Administração Direta. Expõem em linhas gerais informações sobre os sistemas de *compliance*, dando explanação sobre seu surgimento e conceituando-o, e fazendo um breve aparato sobre o controle administrativo de forma a traçar uma análise da adoção de sistemas de integridade pela Administração Pública, tendo como base Lei nº 13.303/2016. Busca verificar aferir a necessidade e compatibilidade dos sistemas de integridade ao controle administrativo a se internalizado pelos Entes Públicos.

PALAVRAS CHAVE: Combate à corrupção**,** Administração Pública Direta, *Compliance*, Lei 13.303/2016, Controle Administrativo.

1 INTRODUÇÃO

A prática da corrupção ao longo da história mundial vem preocupando a comunidade internacional devido ao seu aumento desenfreado, mostrando-se cada dia mais sofisticada e praticada de forma globalizada.

Estudos demonstram o aumento considerável da corrupção e os problemas que tais práticas acarretam, fazendo com que os organismos internacionais, por meio das convenções contra a corrupção, estabeleçam compromissos dos países participantes para que desenvolvam ferramentas e criem legislações que de forma efetiva diminuam seus índices.

O Brasil tem dado alguns passos com essa finalidade, porém continua resistente com a aplicabilidade das formas preventivas de combate à corrupção. Os desafios para atingir essa finalidade são dos mais variados possíveis onde a prática corruptiva já enraizada encontra dificuldades em se desfazer, tornando os desafios enormes e a sensação de impunidade, principalmente nos “crimes de colarinho branco”, o que contribui para o descrédito da sociedade e uma maior vontade social em alcançar mecanismos eficazes de combate à corrupção.

[1]Especialista em Criminologia, graduada em Direito pela Faculdade de Imperatriz
[2] Especialista em Ciências Criminais, graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins.

A dificuldade de visualizar e mensurar os danos provocados pelos desvios de dinheiro público, lavagem de dinheiro, fraudes e demais crimes, executados às escondidas e sem violência aparente, fomentaram a consolidação da corrupção tornando-a endêmica e sistêmica onde as instituições não são utilizadas para promover valores públicos, mas sim para o enriquecimento pessoal dos beneficiados com a prática de subornos e propinas.

A necessidade de resgatar a credibilidade das instituições faz surgir o interesse pelo controle social e o consequente combate à prática corruptiva, fazendo com que haja uma mobilização para desenvolver meios que devem ser disponibilizados a partir do ordenamento jurídico com intuito de minorar os crimes de corrupção na busca do fortalecimento do Estado de Direito.

As medidas legislativas são um dos mecanismos para a implementação das ações de combate e controle da corrupção, sendo nesse ínterim assumidos compromissos com a Convenção das Nações Unidas Contra a corrupção (Decreto nº 5.687/2006), com a Convenção Interamericana contra a corrupção (Decreto nº 4.411/2002) e com a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Decreto nº 5.015/2004).

Nesse escopo, o Brasil já editou as normas fiscalizadoras a exemplo da Lei nº 8.429/1992 – Lei combate a improbidade administrativa. A Lei nº 12.527/2011 Lei de acesso à informação, o próprio Código Penal com os crimes contra a administração pública, a Lei nº 8666/1993 Lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 12.529/2011 Lei de defesa da concorrência; Lei Complementar nº 135/2010 – Lei da ficha limpa; Lei-Complementar nº 101/2000 Lei de responsabilidade fiscal; Lei nº 9613/98 Lei de lavagem de dinheiro, e para atender os compromissos internacionais firmados foram editadas novas leis como a Lei º 12.846/2013 Lei anticorrupção, essa lei trata da responsabilização da pessoa jurídica.

E foi nesse cenário de mudanças na esfera pública e privada e até de cultura social e com intuito de minorar as práticas corruptivas que surgiu o *compliance* como uma forma de regular as políticas públicas através de programas normativos de integridade e efetividade como sendo um importante mecanismo de combate à corrupção, como importante instrumento de prevenção à corrupção.

2 COMPLIANCE

Conforme entendimento de Maeda (2013, p.169): o *compliance* é uma terminologia que vem sendo adotada de modo geral para designar os esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades em observância aos princípios de ética e integridade corporativa e da efetividade.

A boa gestão do Estado combinada ao uso do *compliance* nos órgãos públicos busca minorar as práticas de corrupção e é bem verdade que a partir de uma interpretação conforme a Constituição, essa união deve ser entendida como uma forma de melhoria constante da sociedade, trazendo bem estar social através da realização efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social de saúde, educação, meio ambiente, moradia, trabalho, entre outros.

O sistema *compliance* tem origem nos Estados Unidos e foi criado com o objetivo de prevenir delitos econômicos empresariais a partir da criação de um código de conduta empresarial, sendo concomitante à criação do Banco Central dos Estados Unidos da América em 1913 (CARDOSO, 2013, p. 33)

A etimologia da palavra *compliance* advém do latim complete e o seu significado relaciona-se a agir de acordo com as regras. O termo em inglês origina-se a partir do verbo *to comply* que significa "agir de acordo com um pedido, ou conjunto de regras e pedidos.

O compliance é um programa que tem o objetivo de trazer responsabilidade à pessoa jurídica a partir da edição da conhecida lei das estatais com profunda mudança de cultura no ambiente corporativo implantando uma postura de intolerância à corrupção. Surgiu no Brasil na década de 90, sendo implantado a principio nas instituições bancárias.

Também conhecido como programa de integridade, é um instrumento para que as pessoas jurídicas possam rever suas atuações e valores na probidade administrativa, na honestidade e na transparência de suas ações contribuindo com o fortalecimento do Estado de Direito, por ser também entendido atualmente como um problema de Direitos Humanos.

O *compliance* surge com o intuito de contribuir na prevenção e combate aos crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção aplicando políticas que visam a adequação das atividades empresariais de acordo com a legislação.

Podemos dizer que *compliance* diferencia-se da auditoria, pois nesta o auditor realiza a investigação por período determinado e com método peculiar, noutro age no cotidiano do ambiente de trabalho reforçando diariamente práticas anticorruptivas alinhado a cultura organizacional.

Pensar o *compliance* na administração pública direta é desenvolver um controle interno com o fim de implementar um código de conduta para os servidores públicos através de mecanismos institucionais criados para esse fim, aprimorando-se princípios que regem o Estado de Direito como a integridade, a honestidade, a transparência e a responsabilidade, a partir dos novos pensamentos de desenvolver na gestão pública, nesse caso buscando identificar riscos e sua proteção prestigiando a transparência necessária dos atos de gestão pública de modo a evitar os atos de corrupção, a partir de uma boa gestão, e da real efetividade e lisura de conduta.

O objetivo a ser alcançado é evitar os grandes esquemas de corrupção, de suborno, buscando combater todos os tipos de infrações desse tipo.

Pode se observar que nas três esferas de poder a corrupção está presente e parte do funcionalismo público se aproveita da debilidade e a conseqüente facilidade que os órgãos estatais se encontram para obtenção de benefícios indevidos extorquindo pessoas através do recebimento isolado de subornos, de forma sigilosa.

Diante desse cenário, a principal função do compliance é a de garantir que se atinja a função social a que é proposto, trazendo mudança de comportamento e a conseqüente confiabilidade das ações.

A instituição da Lei nº 12.683 (Lei dos crimes de "Lei dos crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores), que alterou a Lei nº 9513. Com isso foi criado o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), com objetivo de aplicar penas a partir da identificação de atividades ilícitas praticadas.

A implementação do compliance na área pública é questão de necessidade, pois é inaceitável que agentes públicos abusem de práticas nocivas ao Estado brasileiro, deturpando e prejudicando toda uma sociedade em razão de desejos obscuros de poder e dinheiro.

O compliance na esfera pública buscará desenvolver mecanismos de controle interno com o fim de implementar um código de conduta para todos os servidores através de mecanismos institucionais criados para essa finalidade, aprimorando-se princípios que regem o Estado de Direito como a integridade, a honestidade, a transparência e a responsabilidade.

Com o uso do compliance busca-se desenvolver um ambiente onde o servidor não se sinta a vontade para praticar crimes, desenvolvendo um ambiente onde todos estejam comprometidos em participar do combate à prática da corrupção e da má gestão pública, é usado como medida preventiva ao fenômeno corruptivo, para resgatar o caráter ético da função pública, fortalecer a confiança dos órgãos públicos de forma efetiva.

3 COMPLIANCE NO BRASIL

O Compliance começou a ser aplicado no Brasil nas instituições financeiras, com o advento da Resolução nº 2.554 de 24/09/1998 do Banco Central, a qual visou a adequação do país às regras do Comitê da Basileia para Supervisão Bancária e do SEC – *Securities and Exchange Commission*, dispondo sobre a implantação e implementação de sistemas de controles internos. Cardoso (2013, p. 23) informa que no Comitê da Basileia ainda apontou orientações sobre a necessidade das instituições financeiras implantarem medidas de proteção e precaução para que não ocorresse a confusão entre o dinheiro lícito e ilícito, fomentando assim a adoção de medida de *compliance*.

Embora sem citar expressamente a palavra compliance, a Lei nº 9.613/1998 trouxe em seu bojo as premissas presentes na comunidade internacional estabelecendo deveres de concordância às instituições financeiras (CARDOSO, 2013, p. 24).

Segundo art. 1º da Resolução 2.554/1998, instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deveriam implantar e implementar sistemas de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, bem como sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulamentares a elas aplicáveis. Tais serviços deveriam ser efetivos e consistentes com a natureza, complexidade e risco das operações realizadas pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas (art. 1º, §1º). Assevera Cardoso (2013, p. 24) que a Resolução 2.554/1998 visava também resguardar a economia global através do aumento da qualidade e quantidade do capital, evitando-se assim a ocorrência de crises no sistema financeiro, como fruto do Comitê da Basileia.

Legislativamente, a primeira vez que se utilizou a palavra compliance no Brasil na Lei nº 12.846/2013, popularmente conhecida como a Lei Anticorrupção:

> Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
> VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (BRASIL, 2013)

De acordo com a Lei 12.846/2013, o compliance aparece na esfera administrativa como proteção dos dirigentes contra alegação de culpa por omissão onde serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos, podendo reduzir as sanções aplicáveis à empresa.

Conforme previsão expressa na supracitada lei (parágrafo único), os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos do programa de integridade ficariam a critério de regulamentação pelo Poder Executivo federal. Sendo assim, o compliance foi tratado de forma mais ostensiva através do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, determinando os embasamentos para a criação dos programas de integridade nas empresas.

De acordo com o art. 41. do Decreto nº 8.420/2015, o programa de integridade versa sobre 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. (BRASIL, 2015)

O programa de integridade se estende a todos os integrantes da empresa, da administração até os colaboradores, independentemente do cargo exercido.

Atualmente, a existência de um programa de compliance vem sendo um requisito obrigatório para poder se contratar com órgãos públicos.

Conhecida como a Lei das Estatais, a Lei nº 13.303/2016 instituiu a criação de Programas de Compliance dentro das empresas públicas, como forma de garantir transparência nos atos praticados por estas, reduzindo assim a corrupção da fiscalização exercida pela empresa e seus agentes.

Para Batiste:

> Considerando que os recursos são escassos e que as empresas devem geri-los da melhor maneira possível para que mantenham competitivas, a análise dos riscos de corrupção tem por escopo auxiliar os gestores a ter elementos de convicção para realizar investimentos em programas de prevenção mais efetivos. (ALVIM, 2017, p. 116)

Segundo o art. 1º da Lei 13.303/2016; as empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União; subjugam-se ao regime desta Lei.

A lei 13.303/2016, conhecida como a Lei das Estatais, traz no art. 8º, um rol de requisitos mínimos de transparência a serem aplicados pelas empresas públicas e economias mistas, as quais alinhar seus objetivos às políticas públicas, na forma explicitada na carta anual subscrita pelos membros do Conselho de Administração.

Embora atuem na exploração do mercado, as empresas públicas e sociedade de economia mista não se afastam do fim social manifestado através do interesse público, os quais devem estar alinhados aos seus objetivos e políticas públicas (art. 8º, §1º).

De acordo com o art. 8º § 2º e incisos, as obrigações e responsabilidades que as empresas públicas e as sociedades de economia mista venham a assumir em desconformidade com outras empresas do setor privado em que atuam deverão:

> I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos;
> II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil. (BRASIL, 2016)

O Setor de Compliance dentro das empresas públicas e sociedades de economia mista serão dotados de autonomia estrutural e práticas para o gerenciamento de risco (art. 9º da Lei nº 13.303/2016). *Para que isso ocorra, a Lei nº 13.303/2016 elaboração e divulgação de Código de Conduta e Integridade que disponha sobre:*

> I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;
> II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
> III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
> IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
> V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
> VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores. (BRASIL, 2016)

Em âmbito federal, temos o Código de Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/1994), o qual será aplicado “Art. 2º (...) empregados titulares de cargo efetivo ou emprego permanente.” (BRASIL, 1994).

Para Pinho e Ribeiro (2016, p. 255), a Lei nº 13.303/2016 surgiu como uma forma de fiscalização das empresas que pelo seu tipo societário estavam mais suscetíveis a ocorrência de atos de corrupção ou

malversação de recursos públicos, impondo a estas a utilização de práticas de compliance e governança corporativa, garantindo-se, assim, a fiscalização de agentes internos e externos à administração societária.

4 APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conceitua OLIVA (2013, p. 147 *apud* Meirelles (1990, p. 570) que controle administrativo é "(...) a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta de outro", estando esse disposto inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional da França em 26 de agosto de 1789:

> XV – A sociedade tem o direito de pedir contas de sua administração a todos os agentes do poder público. (ONU, 1789)

Na Constituição Federal, o Controle Administrativo Brasileiro está presente em diversos momentos, estando aparelhado como direito do cidadão (art. 5º XXX, IV) ou a ser exercido propriamente pela Administração Pública internamente e através dos órgãos de controle (art. 74).

Preceitua Olivo (2015, p. 145) que a transparência é:

> (...) é um componente fundamental do Estado democrático, pois relacionada à correta aplicação dos recursos públicos e à efetividade de políticas públicas – sociais, econômicas, desenvolvimentistas – que possibilitem a melhoria das condições de vida de todos os brasileiros.

Internamente, conforme previsão expressa do art. 74 §1º da CF, os agentes de controle interno informarão ao Tribunal de Contas da União sobre qualquer irregularidade ou ilegalidade que tomarem ciência, sob pena de responsabilidade solidária.

Mazza cita José dos Santos Carvalho Filho, para informar que:

> (...) os mecanismos de controle da Administração Pública têm como objetivos fundamentais garantir o respeito aos direitos subjetivos dos usuários e assegurar a observância das diretrizes constitucionais da Administração. (MAZZA *apud* FILHO, 2019, p. 1177)

Assim, segundo Instrução Normativa n.º 01, de 06 de abril de 2001, do Ministério da Fazenda do Brasil:

> O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal visa à avaliação da ação governamental, da gestão dos administradores públicos federais e da aplicação de recursos públicos por entidades de Direito Privado, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. (BRASIL, 2001)

Segundo a supracitada Instrução Normativa, o Sistema de Controle Interno tem a as seguintes finalidades:

> a) avaliar o cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual, a execução dos

> programas de governo e dos orçamentos da União;
> b) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
> c) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e
> d) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. (BRASIL, 2001)

No entanto, segundo pesquisa da Transparência Internacional sobre o Índice de Corrupção[3] (IPC) medido no ano de 2018, o Brasil caiu 09 (nove) posições, vindo a ocupar a colocação 105ª, sendo este o pior resultado desde 2012.

Dados como este demonstram a ineficiência dos meios atuais de combate à corrupção, a qual vem se tornando sistêmica e necessitando de mecanismos de prevenção que possam coibir os agentes corruptores, a fim de que essa prática seja extirpada da estrutura estatal.

Estamos na era da gestão de resultados, onde a dicotomia entre as diretrizes dos parâmetros aplicados à Administração Pública e a iniciativa privada estão cada vez mais tênues devido ao dever de responsabilidade social, que perpassa ao ente público quanto ao privado.

A Constituição Federal, no seu art. 37, *caput*, traz expressamente os princípios aplicados à Administração Pública, estando previsto neste rol o princípio da eficiência, o que, segundo Hely Lopes Meirelles:

> (...) é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em se desempenhar apenas com uma legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento as necessidades da comunidade e de seus membros. (...) (MEIRELLES, 1998, p.67)

Como bem afirma Coelho (2016, pág 77), a Constituição de 1988 além de trazer expressamente os princípios da legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e eficiência, "influenciavam direta ou indiretamente o Poder Público, como por exemplo, a ética, a transparência e integridade. Não foi à toa, que o Sistema de Gestão de Compliance também é chamado de Programa de Integridade".

Nesse esteio, a Controladoria Geral da União – CGU lançou a Coleção Programa de Integridade:

> a)*Manual Prático de Nomeação e Designação de Cargos e Funções:* visa auxiliar os servidores do Poder Executivo federal a avaliar os critérios de nomeação e designação estabelecidos em Lei;
> b)*Guia Prático das Unidades de Gestão de Integridade:* fornece orientações para a implantação de Unidades de Gestão da Integridade (UGIs) nos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

[3] **Índice de Percepção da Corrupção (IPC):** mede a corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro. (Fonte: https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/).

c)*Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade:* auxilia os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional nas etapas iniciais de sua gestão de riscos para a integridade.
d)*Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR:* orienta os servidores do Poder Executivo federal a realizarem a avaliação de Programa de Integridade apresentado pela pessoa jurídica processada para fins de redução do montante da multa prevista no art. 6º, inciso I, da Lei n.12.846/2013, nos termos do art. 18, inciso V, do Decreto nº 8.420/2015.

e)*Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública:* estabelece orientações para que os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, trazendo procedimentos de estruturação, execução e monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências.
f)*Guia de Integridade Pública:* orienta para a Administração Pública Federal: Direta, Autárquica e Fundacional com intuito de mitigar a ocorrência de corrupção e desvios éticos no âmbito de órgão e entidades.
g)*Programa de Integridade:* traz normas que podem ajudar empresas a construir ou aperfeiçoar instrumentos destinados à prevenção, detecção e remediação de atos lesivos à Administração Pública.
h)*Cartilha Integridade Para Pequenos Negócios:* orienta o pequeno empreendedor quanto à importância da integridade nas relações comerciais, além de apresentar sugestões de medidas que podem ser adotadas para estruturar um programa de integridade em sua empresa.
i)*Cartilha - Proteja a sua Empresa contra a Corrupção:* orienta empresas quanto à importância da integridade.
j)*Manual para Implementação de Programas de Integridade:* apresenta uma proposta de implementação de um Programa de Integridade para a Administração Pública por meio da elaboração de um Plano de Integridade, seus elementos básicos, as ações e medidas que precisam ser executadas, bem como formas de acompanhamento e aprimoramento do Programa.
k)*Cartilha - Empresas Brasileiras no Exterior:* esclarece as empresas exportadoras sobre as principais regras relacionadas ao oferecimento de vantagem indevida a funcionários públicos estrangeiros.

Todas essas medidas implementadas visam a promoção de um ambiente sustentável e transparência, sensível ao combate à corrupção e desvios de conduta no âmbito da Administração Pública.

Segundo Coelho (2016, pág. 79), o artigo 5º da Convenção Nacional das Nações Unidas Contra a Corrupção determina que cada Estado formule, aplique ou mantenha políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção capazes de promover a participação da sociedade e meditem os princípios do Estado de Direito, a gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas. Assim sendo, que mantenham sistemas de prevenção a corrupção e políticas que possam coibir a instauração e manutenção desta de forma sistêmica.

Embora ausente de legislação específica no âmbito da Administração Pública, o *compliance* é citado indiretamente, como demonstrado, em várias legislações, aparecendo como dever para cumprimento de sua obrigação de transparência e probidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que com a edição da Lei nº 13.303/2016, o legislador quis incorporar às práticas administrativas um sistema que fosse mais eficaz que os métodos de controle até então utilizados pelo Estado. Reflexo também das inovações e aumento das práticas corruptivas, que obrigam uma adequação de legislativa mais célere e eficaz para coibi-las.

Embora a Lei nº 13.303/2016 só trate da Administração Indireta, vimos que a carência de mecanismos normativos específicos para adoção do *compliance* na Administração Pública não é inviável, pois internamente os entes públicos vem criando mecanismos que fomentam a possibilidade de sua adoção.

Aliado-se a isso, está uma realidade pungente de adoção do sistema de *compliance* para a Administração Pública em geral, servindo como importante mecanismo de prevenção às práticas de corrupção.

Assim, vemos órgãos da Administração Pública direta, a exemplo o Tribunal de Contas de Minas Gerais, adotando sistemas de integridade e fomentando a outros entes a implementação de tais programas, garantindo um alinhamento entre o controle interno e externo.

Cumpre estabelecer que os Estados que hoje possuem melhores resultados no combate à corrupção possui em seus sistemas um eficiente mecanismo de prevenção, evitando-se e coibindo a corrupção sistêmica.

É preciso aprimorar os sistemas brasileiros de combate a corrupção, entender e adotar formas para que o controle dos atos e práticas estatais não sejam contaminados por agentes que visem o enriquecimento pessoal à custa da coisa pública. Só assim conseguiremos mudar a atual realidade brasileira e garantir que o Estado passe a atuar em prol do bem comum.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, R.S.P., MORAIS, R. A., *et al*., O Combate à Corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento. Coordenação de Marco Anthony Steveson Villas Boas e Tarsis Barreto Oliveira; organização de Enio Walcácer de Oliveira Filho – 1. Ed. – Palmas: Editora ESMAT, 2018.

BARRILARI, Claudia Cristina, Crime Empresarial, Autorregulação e Compliance. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução. Instrução Normativa, Brasília, ano 1998, 29 nov. 1998.

BATISTI, Beatriz Miranda. Compliance e corrupção: análise de risco e prevenção nas empresas em face dos negócios públicos. Curitiba: Juruá, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal. [S. l.: s. n.], 2019.

BRASIL. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.411, de 7 de outubro de 2002. Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas unidades de conservação e dá outras providências. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4411.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4411.htm Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2016. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf. Acesso em: 1 jul. 2019.

CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte - MG, ano 2015, n. 60, p. 98-117, 1 abr. 2015.

CARDOSO, Débora Mota. A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perpectiva da lei de lavagem de dinheiro. Orientador: Vicente Greco Filho. 2013. 244 p. Dissertação (Mestrado) - FACULDADE DE DIREITO DA USP, SÃO PAULO - SP, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/publico/Debora_Motta_Cardoso_Extensao_do_Compliance.pdf. Acesso em: 1 nov. 2019.

COELHO, Cláudio. Compliance na administração pública: uma necessidade para o Brasil. RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi - BA, ano 2016, v. 3, n. 1, p. 75-95, 1 jul. 2016.

FREITAS, Josiane Martins de. Artigo programa de compliance e a responsabilidade dos administradores das sociedades limitadas. Palhoça-2018.

GÓIS, Veruska Sayonara de. A Lei de Compliance e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro. Revista controle, Fortaza - CE, p. 98-117. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6167574.pdf. Acesso em: 3 jul. 219.

MAEDA, Bruno Carneiro. Artigo programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais – publicado no livro temas anticorrupção e compliance. Rio de Janeiro. Campus Juridico, 2013, p. 169.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros,1998.

MESQUITA, C. B. C. de. O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 5, n. 1, p. 147-182, maio 2019.

OLIVO, Luis Carlos Cancelier. Direito administrativo. 3. ed. rev. atual. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] CAPES : UAB, 2015. 164p.

PINHO, Clóvis; RIBEIRO, Marcia. Corrupção e compliance nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). Rev. Direito Adm, Rio de Janeito - RJ, ano 2018, v. 277, p. 241-272, 1 jan. 2018.

SCHRAMM, Fernanda. O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas. 2018. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

AUDITORIA PATRIMONIAL DE AGENTES PÚBLICOS: ANÁLISE DO MÉTODO DE SORTEIO PROPOSTO NO PL 476/19 COMO FORMA DE SELECIONAR AGENTES PÚBLICOS QUE PASSARÃO POR SINDICÂNCIA PATRIMONIAL

Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes[1]
Ricardo Wagner Magalhães Gomes[2]

RESUMO: A corrupção é um mal social presente desde as origens do Brasil, e, com o tempo, tornou-se um fenômeno sistêmico penetrando no meio político e em todos os poderes do Estado. Entretanto, a partir de 2014, com a revelação dos esquemas de corrupção pela operação Lava Jato, houve um despertar da sociedade brasileira, passando a rejeitar atos de corrupção, principalmente em relação à classe política. O elevado padrão econômico conquistado através do enriquecimento ilícito não mais era aceito e as ações voltadas para o controle da corrupção adquiriram grande relevância por parte da Administração Pública. Nesse contexto, várias iniciativas surgiram para modificar a legislação com intuito de fortalecer o combate à corrupção. Dentre elas, destacou-se o pacote das 70 medidas contra a corrupção. O objeto desse artigo refere-se à medida 38, (que faz parte desse pacote) e que foi convertido no PL nº 476/19. O PL relata que deve ser realizado um sorteio, entre todos os agentes públicos, de todos os poderes do Estado, para serem submetidos à auditoria patrimonial. O estudo avaliou se o sorteio seria a melhor forma de seleção desses agentes públicos. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica, feita a partir do levantamento de referências teóricas, já analisadas e publicadas por meios escritos e eletrônicos. O estudo concluiu que o melhor método para seleção de agentes públicos, que sofrerão auditoria patrimonial, passa por duas fases, sendo a primeira relacionada a critérios definidos por uma matriz objetiva, e a segunda, pela realização de um sorteio.

Palavras-chave: Sindicância patrimonial. Enriquecimento ilícito. Matriz objetiva. Combate corrupção. Sorteio.

[1] Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. (CGU). Especialista em Direito Administrativo Disciplinar - Universidade de Brasília (UNB), Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/TO. E-mail: marta.gomes@cgu.gov.br
[2] Auditor Fiscal e Delegado Adjunto da Receita Federal do Brasil no Tocantins. Especialista em Contabilidade Forense e Investigação de Fraudes - Faculdade Unyleya, Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/TO. E-mail: ricardo-wagner.gomes@rfb.gov.br

1 INTRODUÇÃO

A História recente do nosso país trouxe à tona inúmeros escândalos de corrupção, com a presença ativa de agentes públicos envolvidos em atos de improbidade administrativa, e, dessa maneira, aflorou-se a importância do debate acerca dos instrumentos que a e coibir a prática de tais atos, especialmente aqueles relacionados ao enriquecimento ilícito de seus agentes.

Em 2014, foi deflagrada a operação Lava Jato, uma complexa força tarefa de investigação, envolvendo importantes instituições públicas, entre elas: Polícia Federal, Ministério Público Federal e Receita Federal. A operação desvendou o maior esquem corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil, que se baseava em contratos superfaturados entre a maior estatal do país – Petrobrás – e as maiores construtoras do Brasil.

O esquema, também, contava com a participação de grandes partidos políticos e importantes políticos, além de agentes públicos. Segundo dados, do próprio Ministério Público Federal, avalia-se que os recursos públicos desviados da Petrobrás estejam na casa de bilhões de reais. Há de se levar em consideração a grande expressão econômica e política dos envolvidos nesse enorme esquema de corrupção (MPF, 2019).

O que mais despertou a atenção nas investigações foi a grandiosidade econômica dos valores envolvidos no esquema de corrupção, bem como o extenso enriquecimento ilícito dos agentes políticos e públicos, por tanto tempo, sem nunca ter chamado a atenção das autoridades, além do fato de políticos conseguirem patrimônios que jamais obteriam com as rendas por eles declaradas.

Esta realidade retrata, de maneira evidente, a necessidade urgente de constante aprimoramento dos instrumentos disponíveis, voltados a atividades de prevenção e combate ao enriquecimento ilícito. E uma dessas ferramentas à disposição da Administração Pública é a Sindicância Patrimonial.

A Sindicância Patrimonial é um instrumento que a Administração Pública desfruta com a finalidade de investigar o enriquecimento ilícito de agentes públicos. É o processo administrativo de Sindicância Patrimonial (SINPA), que desempenha relevante papel no que concerne à apuração das infrações administrativas, com potencial capacidade de causar engrandecimento patrimonial de agentes públicos. Tal procedimento, se baseia, dentre outros aspectos, no exame de informações fiscais, em especial àquelas que constam da Declaração de Imposto de Renda de Pessoas Físicas (DIRPF), com o propósito de inspecionar o surgimento de indícios de evolução patrimonial à descoberto (CGU, 2019, p. 55).

O Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU destaca que:

> A deflagração de procedimento para aferir eventual enriquecimento ilícito por incompatibilidade com a renda pode ser realizada com base em pelo menos três vieses: 1- a constatação de evolução patrimonial desproporcional; 2- sinais exteriores de riqueza (gastos além do suportado pelo padrão de rendimentos) e 3- movimentação financeira incompatível com os rendimentos auferidos (CGU, 2019, p. 251).

Dessa maneira, no sistema atual, os órgãos correcionais aguardam a notícia de acontecimento de enriquecimento desproporcional à renda dos agentes públicos, para então instaurar procedimento investigativo.

Para evitar que as sindicâncias patrimoniais, realizadas em agente públicos, sejam utilizadas como pretexto de perseguição política ou coação, o PL nº 476/19 propõe que a seleção de agentes seja processada por meio de sorteio. Por outro lado, a escolha randômica diminui, consideravelmente, a eficácia do intrumento de sindicância patrimonial, uma vez que o agente não será selecionado através de critérios técnicos. Sendo assim, o risco de um corrupto ser selecionado torna-se mínimo, uma vez que ele pode contar com a sorte para livrá-lo da investigação patrimonial.

Diante desse paradoxo, o presente trabalho tem por objetivo avaliar a proposta do projeto de lei nº 476/19 de aprimoramento da lei 8.730/93 - que trata da obrigatoriedade de apresentação de declaração de bens e rendas por agentes públicos - para estabelecer sindicâncias patrimoniais aleatórias, de agentes públicos elencados.

A discussão que se pretende efetuar, envolve a análise das alterações propostas no PL 476/19, principalmente no que se refere à efetividade do uso do sorteio aleatório, apresentado no supracitado projeto de lei. Acredita-se, portanto, que a construção de um de uma matriz objetiva, e não randômica, seria o melhor método de seleção dos agentes, que passarão por investigação, com base em sindicância patrimonial.

No decurso do artigo, abordar-se-á a respeito da Transparência Internacional, uma importante organização internacional que estuda o combate à corrupção em diversos países. O estudo delineará os principais aspectos do projeto de lei nº 476/19, nascido do pacote das 70 medidas contra a corrupção. Ainda nesse artigo, será abordado o instrumento da sindicância patrimonial, um método de avaliação da evolução patrimonial, no âmbito administrativo, de agentes públicos. Em seguida, será retratado o entendimento do STF acerca do sigilo fiscal e da metodologia utilizada pela Receita Federal para selecionar agentes públicos que passam por procedimento de fiscalização. E, por fim, será verificado se o método de seleção aleatória dos agentes públicos, proposto pelo PL 476/19, realmente é a melhor maneira de escolha dos agentes que serão submeteridos à sindicância patrimonial.

A metodologia a ser empregada, na presente pequisa, será empírica, pois buscará descrever o problema como se apresenta na realidade. Quanto à finalidade, ela será aplicada, pois pretende gerar conhecimento para solução de problemas específicos. Quanto ao objetivo, ela será explicativa, uma vez que se preocupará em identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Quanto ao

instrumento, ela será bibliográfica, feita a partir do levantamento de referências teóricas, já analisadas e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de *websites*.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 SOBRE A TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL

A Transparência Internacional (TI), organização não-governamental, presente em mais de 100 nações, dedicada à luta contra a corrupção, nasceu da crescente percepção nos anos 80 e 90 de que a corrupção estava minando os esforços internacionais de combate à pobreza e promoção do desenvolvimento nos países mais pobres do mundo. Ela atua em diversas frentes, para ampliar o reconhecimento, por parte das sociedades, dos efeitos devastadores da corrupção, em todos os seus aspectos: político, econômico e social.

Peter Eigen, fundador da TI, trabalhava, na época, no Banco Mundial e descobriu que os maiores contratos de usinas elétricas, rodovias e redes telefônicas somente eram conquistados uma vez que favorecessem "os bolsos" de funcionários dos governos locais. Assim, essas grandes negociações desprezavam as reais necessidades das comunidades que deveriam beneficiar. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2019).

A Transparência Internacional atua, também, junto com os governos, as empresas e organizações internacionais, para desenvolver programas efetivos que ataquem este problema de forma sistêmica, e, que promovam conquistas duradouras e sustentáveis. Com a sociedade civil, trabalham para promover a conscientização e o engajamento do cidadão para o controle social da corrupção (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2019).

Importa destacar que a TI foi responsável pela criação de um conjunto de índices para medir o fenômeno da corrupção . O mais conhecido deles, é o Índice de Percepção da Corrupção, que é rotineiramente utilizado por acadêmicos, jornalistas e economistas no mundo inteiro (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2019).

O Índice de Percepção da Corrupção (IPC**)** é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção - tomando como base a percepção de executivos e especialistas, de 12 instituições independentes, especializados em governança e análise de negócios, que estudam o panorama de corrupção dos países - no setor público, numa escala de 0 a 100, em que "0" significa que o país é considerado altamente corrupto e "100" significa que o país é considerado muito íntegro. Em 2018, o Brasil ocupava o 105ª colocação, dentre 180 países valiados, com pontuação de 35 (Corruption perception index, 2018).

Outro índice, também desenvolvido e publicado pela Transparência Internacional é o Barômetro da Corrupção. Trata-se de uma pesquisa de opinião e experiência contra a corrupção, em diversos países, que diz respeito à percepção pública acerca da corrupção. A 10ª edição, desse indicador, publicada no final de setembro de 2019, fruto de pesquisa com milhares de cidadãos, mostrou que 54% dos entrevistados acham

que a corrupção piorou nos últimos 12 meses, 11% pagaram suborno para acessar serviços públicos nos últimos 12 meses, 20% sofreram ou conhecem alguém que sofreu extorsão sexual e 40% receberam oferta de suborno em troca de votos (PRING e VRUSHI, 2019, p.37).

No Brasil, a Transparência Internacional participou, em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas e outras intituições sociais, para elaboração da coleção de "70 novas medidas contra a corrupção". Esse estudo, teve por base a experiência da TI (Transparência Internacional) em mais de uma centena de países, na qual foram aplicadas as experiências mais bem-sucedidas de enfrentamento da corrupção no mundo.

Além disso, o estudo realizado pela FGV junto com a Transparência Internacional usou como metodologia, para elaboração do pacote anticorrupção, a revisão das recomendações das principais convenções internacionais anticorrupção, com o propósito de adequá-las à realidade brasileira e adaptá-las às especificidades do contexto nacional (UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2019).

2.2 PACOTE DE NOVAS MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

Em 2018, foi lançada a campanha "Unidos contra a Corrupção", de autoria de uma coalizão de organizações sociais apartidárias e com longa trajetória de combate à corrupção no país, a saber: Contas Abertas, Instituto Cidade Democrática, Instituto Ethos, Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral-MCCE, Observatório Social do Brasil e Transparência Internacional-Brasil (Unidos contra a Corrupção, 2019).

Tal coalizão elaborou o maior pacote de medidas anticorrupção já produzido no mundo. Ele agrega 70 projetos de lei, propostas de emenda constitucional e resoluções administrativas, para promover melhorias na capacidade de o Brasil encarar, de modo sistêmico, a problemática da corrupção. Diferentes abordagens compõem tal pacote, dentre elas: prevenção, controle e participação social, educação, investidura de agentes públicos, transparência e acesso à informação, desburocratização, responsabilidade e democracia partidária, desenvolvimento institucional, integridade empresarial, detecção, investigação, sanção, articulação interinstitucional, cooperação internacional e recuperação de ativos (MOHALLEM et al, 2018, p. 04).

Trata-se de uma plataforma de propostas de reforma legislativa, administrativa e institucional, com o objetivo de promover um debate público orientado às causas e consequências sistêmicas da corrupção e de oferecer soluções permanentes para o seu enfrentamento no longo prazo.

Faz-se mister destacar que, tal pacote, divide-se em 12 blocos, e, dentro do Bloco 7 (Melhorias do Controle Externo e Interno), encontra-se a "Medida 38"(Auditoria Patrimonial Aleatória de Agentes Públicos), objeto de estudo deste Artigo (MOHALLEM et al, 2018, p.14).

Nesse contexto, importa esclarecer que o supramencionado pacote de 70 medidas contra a corrupção não está relacionado ao pacote nominado "10 medidas contra a corrupção", elaborado pelo Ministério Público Federal (MPF) e apresentado em 2016 ao Congresso Nacional , com mais de 2 milhões de assinaturas de cidadãos (MPF, 2019). Na Câmara dos Deputados, o texto, convertido em Projeto de Lei, numerado como PL 3855/2019, de iniciativa Popular, foi substancialmente modificado, recebendo dispositivos que definem e

punem crime de abuso de autoridade cometido por juízes, procuradores e promotores. À época, essa iniciativa foi vista pelas categorias como “retaliação” do Congresso Nacional às investigações em curso no país.

Tal pacote de 10 medidas já passou pelo Senado Federal (casa revisora), recebendo emendas, e, no momento encontra-se na Câmara dos Deputados (Câmara dos Deputados, 2019).

2.3 SINDICÂNCIA PATRIMONIAL

A Lei nº 8429, publicada em 02 de junho de 1992, além de definir as penalidades aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, demarcou os contornos da responsabilização de agentes públicos, quando da prática de atos de improbidade administrativa.
Ressalte-se que a supramencionada lei, trouxe, em seu artigo 13, condicionante, para aqueles que desejam atuar como agentes públicos: a apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, com o fito de ser arquivada no serviço de pessoal competente. Tal declaração deverá ser anualmente atualizada.

Antes da regulamentação da sindicância patrimonial(SINPA), em 2005, foram produzidas uma série de normatizações, relativas ao tema corrupção, que serviram de suporte à criação daquele instituto.

Nessa linha, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), definiu, em 2004, como meta, preparar instrumento normativo e campanhas para orientar os órgãos públicos federais e estaduais a investigarem sinais exteriores de riqueza e outros indícios de corrupção e lavagem de dinheiro apresentados por seus funcionários (ENCCLA, 2019).[3]

Dessa maneira, em 30 de junho de 2005, foi promulgado o Decreto nº 5.483/05, com o fito de regulamentar o art.13 da Lei nº 8.429/92. Sendo assim, restava instituído o processo de sindicância patrimonial, atribuindo à Controladoria-Geral da União (CGU) ou ao órgão e entidade competente, a competência para processamento das ações de investigação da evolução patrimonial de agentes públicos do Poder Executivo Federal.

No âmbito da CGU, tal competência é exercida pela Diretoria de Pesquisas e Informações Estratégicas (DIE), Unidade responsável por proceder ao exame das declarações de bens e renda dos servidores públicos federais, e instaurar, quando verificados indícios de evolução patrimonial sem causa, procedimento de investigação preliminar para apurar eventual enriquecimento ilícito, e, também, responsável por acompanhar e analisar a evolução patrimonial dos agentes públicos do Poder Executivo Federal, na forma estabelecida pelo Decreto nº 5.483/05.

3 A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003, é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes.
ENCLLA Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/quem-somos. Acesso em 02 nov. 2019.

Sequencialmente à publicação do Decreto 5.483/05, foi publicada a internalização, em âmbito brasileiro, da "Convenção de Mérida", através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que trazia em seu bojo, indicação, no sentido de que o enriquecimento ilícito de agentes públicos fosse qualificado como delito.

Nesse diapasão, constitui a sindicância patrimonial um instrumento preliminar, de apuração de infração administrativa, consubstanciada em enriquecimento ilícito, tipificada art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92, possuindo previsão normativa no Decreto nº 5.483/05, e no art. 5º, III, da IN CGU nº 14/2018.

De acordo com FAZZIO JUNIOR (2016, p. 116), a sindicância patrimonial, é um processo administrativo, e, ao mesmo tempo, uma forte ferramenta, que deve ser utilizada, para apurar indícios de enriquecimento ilícito, de agentes públicos federais, a partir da identificação de evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público durante o exercício de sua função pública.
Segundo o Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, a SINPA é um procedimento inquisitorial, sigiloso, não contraditório e não punitivo, que visa colher dados e informações, suficientes a subsidiar a autoridade competente na decisão sobre a deflagração de processo administrativo disciplinar. O seu escopo é delimitado, constituindo importante instrumento de apuração prévia de práticas corruptivas, envolvendo agentes públicos, na hipótese em que o patrimônio destes aparenta ser superior à renda licitamente auferida (CGU, 2019, p. 55).

Constitui a sindicância patrimonial, portanto, um relevante instrumento à disposição da Administração Pública, desempenhando papel de destaque na apuração das infrações administrativas, potencialmente causadoras de enriquecimento ilícito do agente público, na medida em que, mediante a análise da evolução patrimonial do agente, poderão ser extraídos suficientes indícios de incompatibilidade patrimonial, capazes de instruir a deflagração do processo administrativo disciplinar propriamente dito – que poderá culminar na aplicação da pena de demissão (art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90) e na propositura da ação de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92 (CGU, 2019, p.55).

De fato, o inciso VII, do art. 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, estabelece que constitui enriquecimento ilícito "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". Associado a isso, o art. 132, IV, da Lei nº 8112/90, delimita o ato de improbidade administrativa praticado por servidor público federal e caracteriza como falta disciplinar ensejando a aplicação da penalidade de demissão (CGU, 2019, p. 55).

Sendo assim, baseando-se na determinação do art. 143 da Lei nº 8.112/90 e entendendo que o enriquecimento ilegal do servidor representa ilícito administrativo, a denúncia, notícia ou suspeita da prática dessa irregularidade deve ser apurada. No entanto, antes da deflagração do PAD, poderá a autoridade competente valer-se do instituto da Sindicância Patrimonial, onde será feita a análise da evolução patrimonial do servidor, com o fito de confirmar, ou não, a hipótese investigada, e decidir pelo arquivamento, ou pela instauração do processo administrativo.

Depreende-se, da leitura da IN CGU 14/2018, que a comissão apuratória da sindicância patrimonial tem o dever de realizar todas as diligências que forem necessárias, com o intuito de elucidar o fato, podendo, inclusive, tomar o depoimento do sindicado e abrir-lhe a possibilidade de apresentar justificativa para o acréscimo patrimonial.

Importa destacar que, o propósito da apuração da comissão sindicante será patrimonial, visto que apurará a composição e o valor dos bens que formam o patrimônio do servidor público. Poderá então a comissão consultar Cartórios de Registro de Imóveis, Cartórios de Registros de Títulos e Documentos, Departamentos de Trânsito, Juntas Comerciais, Capitania de Portos, inclusive de outros entes da Federação. Além disso, poderá solicitar acesso a dados fiscais e bancários do agente sindicado (CGU, 2019, p. 56).

De posse de todas as informações necessárias, a Comissão verificará se eventual acréscimo patrimonial possui o lastro correspondente e emitirá seu parecer através de peça denominada Relatório. O mesmo deverá ser conclusivo, no sentido de instauração de Processo Administrativo Disciplinar ou arquivamento da SINPA.

Conforme, descrito abaixo, o art. 29 da IN CGU nº 14/2018, descreve que, em caso de confirmação dos indícios de enriquecimento ilícito, a autoridade julgadora comunicará os órgãos competentes, para as providências de sua alçada.

> Art. 29. Confirmados os indícios de enriquecimento ilícito, a autoridade julgadora dará imediato conhecimento do fato ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, à Controladoria-Geral da União, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras e à Advocacia-Geral da União.

Importa destacar que não é requisito, para apenação do servidor, a comprovação da origem ilícita do patrimônio. Tal entendimento encontra guarida no Enunciado nº 8 da Comissão de Coordenação de Correição (CCC)[4], como depreende-se abaixo:

> Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. Ônus da Administração. Demonstração da desproporcionalidade.
> Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita

[4] Comissão de Coordenação de Correição (CCC), colegiado de autoridades, que atua como uma instância consultiva, e tem como objetivo promover a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. CGU. **Comissão de Coordenação de Correição.** Disponível em : https://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao. Acesso em 02 nov. 2019.

2.4 FUNDAMENTO LEGAL PARA ACESSO DE DADOS PROTEGIDOS POR SIGILO FISCAL NA SINDICÂNCIA PATRIMONIAL

Nesse ponto, faz-se mister ressaltar que, no que tange ao sigilo fiscal, a Lei Complementar nº 104/2001, alterando o art. 198 do Código Tributário Nacional, reconheceu seu afastamento, pela via administrativa, sem necessidade de solicitação ao Poder judiciário, observe o que diz a norma:

> Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.
> § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.
> § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo (...).

Esse dispositivo legal teve origem em proposição do Poder Executivo Federal, justificada na exposição de motivos, elaborada pelo então Ministro de Estado da Fazenda, o Sr. Pedro Malan, publicada no Diário da Câmara dos Deputados[5] no dia 16 de outubro de 1999, páginas 48931/48932, nos seguintes termos:

> O objetivo das alterações propostas para o art. 198 é a flexibilização do sigilo fiscal, retirando de seu âmbito situações em que tal restrição não se justifica, inclusive nos casos de intercâmbio de informações no âmbito da Administração Pública, bem assim nas situações de representações fiscais para fins penais, inscrição na Dívida Ativa da Fazenda Pública e parcelamentos concedidos, onde a transparência da ação do Poder Público se sobrepõe aos interesses individuais.

Dos argumentos apresentados para justificar a alteração do CTN, é possível identificar o entendimento de que o direito ao sigilo fiscal não é absoluto, havendo situações em que poderia haver o intercâmbio de informações no âmbito da Administração Pública. Contudo, o texto da exposição de motivos não deixa claro, com quais órgãos, o Fisco poderia compartilhar informações protegidas por sigilo fiscal, e, tampouco, explicita quais os propósitos que justificariam tal restrição ao direito do contribuinte.

[5]CAMARA DOS DEPUTADOS. **Diario da Câmara dos Deputados.** Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=46. Acesso em 28 out. 2019

O Parecer emitido pela Comissão de Finanças e Tributação quando da tramitação do projeto que deu origem à Lei Complementar nº 104, de 2001, trouxe a seguinte análise:

> As inovações permitem maior flexibilidade à Administração Pública na fiscalização dos contribuintes, sem quebra do princípio constitucional do sigilo fiscal. O projeto objetiva facilitar a luta contra a sonegação e as sofisticadas formas de evasão fiscal. Não há óbice de ordem constitucional e jurídica para a sua aprovação.

2.5 ENTENDIMENTO DO STF A RESPEITO SIGILO FISCAL

Da análise do resultado da pesquisa efetuada no sítio do STF sobre o direito ao sigilo, verifica-se que durante algum tempo havia certa insegurança jurídica quanto à possibilidade de restrição desse direito fundamental.
No exame do Recurso Extraordinário 389.808, cujo julgamento ocorreu em 2010, foi discutida a possibilidade de a Receita Federal do Brasil (RFB) receber dados bancários de contribuintes, fornecidos diretamente pelas instituições financeiras. Nessa oportunidade, o STF reafirmou que somente órgão do Poder Judiciário dispõe de poder para restringir o sigilo bancário, ressalvada, contudo, a competência das comissões parlamentares de inquérito.

Com base nos estudos do MS 22801/DF e do RE 389808/PR, verifica-se que a linha de pensamento do STF sobre o direito ao sigilo era no sentido de que não pode haver restrição desse direito sem intermediação de autoridade judicial, mesmo que fosse para atender órgãos de fiscalização como o TCU e a RFB.

Até aquela oportunidade, a jurisprudência da Corte Suprema indicava caminhar firme no sentido da imprescindibilidade de autorização judicial para obtenção de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal.

Contudo, o exame do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo julgamento ocorreu em 2016, mais recente que os outros dois casos, indicou que o Supremo Tribunal Federal fez um movimento diferente da linha adotada nos julgados mais antigos. Nesse processo, em que se discutiu novamente a possibilidade de oposição do sigilo bancário à RFB, o STF decidiu dessa vez pela possibilidade do acesso sem necessidade de prévia autorização judicial.

O Ministro Gilmar Mendes, enfatizou, no supracitado RE, que, até aquela oportunidade a orientação do STF quanto ao direito fundamental de sigilo, albergado no direito à privacidade, era no sentido de condicionar – como regra – o acesso à autorização do Judiciário ou à deliberação de CPI.

Contudo, ressaltou que o acesso a algumas informações que, em tese, estariam protegidas pelo direito à privacidade é indispensável para certas atividades estatais denominadas como “maior relevo”.

Mesmo após o julgamento do RE 601.314/SP, a questão da possibilidade de compartilhamento de informações protegidas por sigilo não parece estar resolvida. Tramita no STF, o RE nº 1055941/SP, cuja a repercussão geral já foi reconhecida, que discute a constitucionalidade do compartilhamento, para fins penais, de dados bancários e fiscais entre a RFB e o Ministério Público sem a intermediação do poder Judiciário. No

exame preliminar da repercussão geral, o relator do processo o Ministro Dias Toffoli, de forma cautelar, mudou monocraticamente o entendimento ja firmado pela corte, conforme transcrição abaixo.

> 2) determino, com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PIC's), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADI's nsº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16);

De toda sorte, defende-se no presente artigo a possibilidade de compartilhamento de informações protegidas por sigilo entre a RFB e o MPF e CGU, com base na teoria da relação de sujeição especial, a qual discorreremos a seguir.

2.6 A RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

Para que o processo de sindicância patrimonial tenha efetividade, faz-se necessário o reconhecimento da legitimidade da restrição do direito ao sigilo fiscal dos agentes públicos.

Reveste-se de importância, o estudo do instituto da sujeição especial, na medida em que garante, ao órgão de controle, as ferramentas para executar a fiscalização que pretendeu o legislador, ao dispor, na lei 8.429/92, que os agentes públicos deveriam apresentar suas declarações de imposto de renda, atualizadas anualmente.

Necessário se faz esclarecer que o acesso aos dados fiscais não está adstrito às respectivas Declarações de Imposto de Renda. Podem ser analisadas a Declaração de Operações Mobiliárias, a Declaração de Imposto sobre Operações Financeiras, ou outras disponíveis, conforme a necessidade de cada caso em concreto.
Quando se fala, porém, de acesso a dados protegidos por sigilo bancário, torna-se necessária a prévia autorização judicial, conforme se depreende da leitura do art. 3º, § 2º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001:

> Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.
> § 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Feita essa breve introdução, passa-se a discorrer sobre o instituto da *sujeição especial.* De acordo com Wimmer, quando o cidadão opta por exercer a função de agente público, seja pela via do concurso ou pelo exercício de cargo comissionado, passa a manter, com a Administração Pública, uma relação especial, diferente da relação comum que mantinha com o Estado, como simples cidadão ou um administrado (WIMMER, 2009, p.6).

O atributo de agente público desponta, com especial contorno, o dever de probidade no desempenho da função pública. Essa nova relação é vista como uma sujeição especial em que o agente público, ao vincular aos quadros dos órgãos e entidades da Administração Pública, aceita, tacitamente, submeter-se aos deveres decorrentes dessa relação (GASPARINI, 2012, p.205).

A necessidade de as instituições públicas perseguirem suas funções constitucionais justifica a existência de uma relação de sujeição especial entre elas e o agente público que ingressa nos seus quadros. Esses agentes, no exercício da função pública, saem da coletividade para vincularem-se à estrutura da Administração Pública e assim perseguir as finalidades da própria instituição à qual presta serviço (GASPARINI, 2012, 205).

CANOTILHO (2003, p. 466/467) argumenta que os cidadãos, quando na função de agentes púbicos, passam a submeter-se a estatutos específicos que encontram fundamento ou estão pressupostos na própria norma constitucional. Por isso, exige-se, desses agentes, mais obrigações e direitos, do que se poderia obrigar o cidadão comum.

No entendimento de MELLO (2016, p.70), a superioridade, da qual se reveste a Administração Pública, é decorrência da supremacia do interesse público, do qual procedem as restrições e sujeições especiais a que estão vinculados os agentes públicos no desempenho da atividade de natureza pública. Não se trata de uma contenda em que as partes estão em posição de igualdade, já que os bens sob a tutela deles têm grandeza e níveis de proteção diferentes.

No mesmo sentido, CRETELLA JUNIOR (2010, p.50) entende que quando a Administração participa do processo administrativo, decidindo controvérsias, ou exercendo sua função judicante, mesmo que subordinada ao devido processo legal, está em posição de superioridade.

Já Adamy (2011, p. 168) prescreve a definição de critérios ínfimos para a adequação do instituto das Relações de Sujeição Especial no ordenamento pátrio. Na ótica dele, a aplicação da teoria da sujeição especial, requer a observância de no mínimo duas bases: a) existência de diretriz constitucional que fundamente a possibilidade de restrição associada à edição de lei específica que regule as condições da restrição; b) existência de órgão ou entidade criado para perseguir objetivos constitucionais.

No que se refere à existência de preceito constitucional que fundamente a possibilidade de restrição ao direito ao sigilo, pode-se verificar que o parágrafo 4º, do artigo 37, determina que os atos de improbidade importarão, dentre outras sanções, no ressarcimento ao erário de eventuais prejuízos ou desvios verificados.

Faz-se *mister* destacar que o parágrafo 7º, do supracitado artigo da Carta Constitucional, delega ao legislador ordinário a competência para dispor mediante lei sobre os requisitos e as restrições impostas aos ocupantes de cargo ou emprego na administração pública.

No que se refere à existência de lei específica, que regule as condições da restrição, o artigo 13 da Lei nº 8.429, de 1992, prevê que os agentes públicos devem apresentar - no órgão ao qual estão vinculados - declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio.

Ao conjugar as disposições do artigo 37 da CRFB, e o comando do artigo 13 da Lei de Improbidade Administrativa, podemos considerar que há o atendimento, de um dos critérios, para a aplicação da teoria da sujeição especial.
Com relação ao critério de existência de órgão ou entidade criado para perseguir objetivos constitucionais, verifica-se que tanto a RFB, MPF e CGU cumprem tal requisito, pois todos eles foram previstos na Constituição Federal.

Sendo assim, a doutrina, em sua acepção contemporânea, sobre as relações de Sujeição Especial, mostra a possibilidade de legitimação desse instituto para justificar a atuação da RFB, MPF e CGU, nos processos de sindicância patrimonial, como forma de permitir o acesso a informações protegidas por sigilo fiscal, sem intermediação do poder Judiciário, nas investigações de enriquecimento ilícito.

2.7 SISTEMA DE REGISTRO DE BENS DOS SERVIDORES PÚBLICOS (SISPATRI)

Com vistas a cruzar informações sobre a renda e o patrimônio acumulado pelos servidores públicos foi desenvolvido o software SISPATRI (Sistema de Registro de Bens dos Servidores Públicos) pelo Governo do Estado de São Paulo. Esse cruzamento aponta indícios de enriquecimento ilícito, o que coloca servidores sob suspeita. Funciona como mais uma ferramenta de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro por meio do exame da compatibilidade entre a evolução patrimonial dos agentes públicos e a sua remuneração.

O uso do software, associado a ferramentas *de Bussiness Intelligence (BI)*[6], torna mais efetiva a análise do aumento de patrimônio do servidor pois possibilita a junção de dados de uma forma mais ágil e detalhada e a análise comparativa de uma série de informações.

O uso dessa metodologia permitiu a identificação de uma das maiores redes de corrupção da história recente do país, no episódio que ficou conhecido como o escândalo do ISS-SP/ Habite-se. A partir da análise dos bens de quatro fiscais do município, que tiveram seu milionário patrimônio bloqueado pela justiça, a

[6]O BI é uma sigla que significa **Inteligência de Negócios** (Business Intelligence). Muitos chamam de inteligência empresarial por abranger todos os setores da empresa, desde o financeiro, operacional, comercial, até o marketing. Basicamente, o BI é um conjunto de teorias, metodologias, processos, tecnologias e estruturas que transformam grandes quantidades de dados que, sozinhos, não significam muito, em informações essenciais para uma boa gestão. DOYLE, Daniella. **O que é BI Business Intelligence.** Disponível em: https://www.siteware.com.br/gestao-estrategica/o-que-e-bi-business-intelligence/. Acesso em 28 out. 2019.

Controladoria desbaratou, em parceria com o Ministério Público de São Paulo, um esquema que teria desviado mais de R$ 500 milhões nos últimos cinco anos (SPINELLI, 2014).

A ação levou a instauração de mais de 500 inquéritos e cerca de 400 empresas do setor imobiliário passaram a ser investigadas. Além disso, o saneamento de algumas das fragilidades que permitiram a fraude pela Secretaria Municipal de Finanças promoveu, logo após a Operação, no ano de 2013, um aumento na arrecadação do ISS-Habite-se da ordem de 42%. Os envolvidos foram julgados e condenados, no ano de 2018 (SPINELLI, 2014).

Tal iniciativa foi posteriormente estendida, por meio de acordos de cooperação, a outras regiões como Rio de Janeiro e Minas Gerais. Dessa maneira, é possível, por meio do SISPATRI, um exame sistemático da evolução patrimonial do servidor através de uma acompanhamento periódico, utilização de matriz de riscos, elaboração de ranking, cruzamento de dados, análise de fluxos de caixa e de tipologias que evidenciam "sinais exteriores de riqueza". Antes da utilização do sistema informatizado, o exame se fazia de modo assistemático, ou seja, sem estruturação, normalmente sob demanda, por meio de denúncias ou solicitações de órgãos de investigação.

Na verdade, a Controladoria do Município de São Paulo nada mais fez do que dar efetividade a uma exigência, que vem de 1992, ano da aprovação da Lei de Improbidade Administrativa, que obrigou os servidores a informar anualmente seu patrimônio privado. A diferença é que, agora, tais informações não mais permanecem engavetadas, imunes à lupa dos órgãos de controle. O uso da tecnologia de informação, e da inteligência aplicada, tornou possível usar os indícios de enriquecimento indevido como forma eficaz de combater a corrupção.

Imperioso se torna, baseado nas experências existosas dos Municípios acima tratados, que tal Sistema Informatizado tenha seu uso implementado, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário Federal. Isso porque seu código-fonte poderia ser compartilhado, sem custos, e, cada Poder, teria disponibilidade de aprimorar sua utilização, através de incremento de novas ferramentas de análise de dados. Importa ressaltar que já existe prerrogativa legal que ampare o uso de tal ferramenta. Isso porque, a Lei nº 8730/1993 estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Instrução Normativa -TCU nº 67/2011, veio regulamentar a Lei nº 8730/1993, e dispõe sobre os procedimentos referentes às Declarações de Bens e Rendas a serem apresentadas pelas autoridades e servidores públicos federais. Tal IN permite que, em alternativa ao formulário de papel, as autoridades, os empregados e os servidores poderão apresentar, à unidade de pessoal do órgão ou entidade a que se vinculem, autorização de acesso exclusivamente aos dados de Bens e Rendas exigidos nos arts. 13, **caput** e § 1º, da Lei 8.429/1992, e 2º, **caput** e §§ 1º a 6º, da Lei 8.730/1993, das suas Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física e das respectivas retificações apresentadas à RFB.

Sendo assim, não haveria, à princípio, necessidade de publicação de Lei para a utilização do SISPATRI, tendo em vista que o acesso aos dados fiscais já está previsto desde 1993, por meio da Lei nº 8730/93. O

que muda seria apenas a forma de alimentação de tais dados pois o agente público passaria a não apenas, anualmente, preencher um formulário em papel ou autorizar seu acesso a Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física e das respectivas retificações apresentadas à RFB, conforme prevê a Lei nº 8730/1993, e sim, passaria a importar no SISPATRI, a cada ano, os dados de bens ,valores, rendimentos recebidos, além dos pagamentos e as doações efetuadas e suas eventuais dívidas, já apresentados à Receita Federal.

A declaração eletrônica e o Sistema SISPATRI permitiriam um acompanhamento sistemático e ampliado da evolução patrimonial dos agentes públicos, tendo em vista que os dados seriam remetidos em um formato pesquisável e que permitiria o cruzamento de dados e a produção de informações estratégicas. Aliado a isso, possibilitaria o uso de filtros, para eventuais consultas específicas, e visualização, periódica, do crescimento do patrimônio, de cada agente público. Sendo assim, permitiria constatar situações de possível incompatibilidade entre o patrimônio privado e os vencimentos de agentes públicos, incrementando as possibilidades de verificação da ocorrência da prática de corrupção e lavagem de capitais.

Não é muito difícil constatar que o modelo atual, determinado pela Instrução Normativa -TCU nº 67/2011, não provê que se realize uma análise mais acurada de todo seu conteúdo. Isso porque, as declarações, entregues em formulário, não permitem que se faça uma extração de seus dados, nem tampouco uma posterior análise com ferramentas de Tecnologia da Informação, como por exemplo as ferramentas de *Business Intelligence*. Da mesma forma, os dados, obtidos por meio da entrega, ou autorização de acesso à Declaração de Bens apresentada à Receita Federal, não permitem a mineração dos mesmos, sendo de pouca valia na detecção precoce de ilícitos.

2.8 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 476/19

Inicialmente, cumpre mencionar que em 08/08/2018, uma coalizão de mais de 300 instituições brasileiras - entre elas, a Transparência Internacional – entregou à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados um pacote de 70 medidas contra a corrupção. (Mohallem, et al)
Dentre as Medidas apresentadas, encontra-se a de número 38 (Auditoria Patrimonial Aleatória de Agentes Públicos) que se converteu no Projeto de Lei 476/19, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. Tal PL, propõe a alteração da Lei no 8.730, de 10 de novembro de 1993, que estabelece a declaração de bens e rendas, para estabelecer sindicâncias patrimoniais aleatórias[7].

Os principais pontos da proposta, estão abaixo descritos:

> 1-Determina a realização de sorteios anuais, pelo Tribunal de Contas da União, de 65 autoridades públicas, as quais estarão sujeitas a uma sindicância patrimonial.
> 2-Esta sindicância se estenderá para membros da família e pessoas jurídicas relacionadas, caso seja necessário.

7 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PI 476/2019. Disponível em:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=65A403041D4C3F7FB4235143C774503D.proposicoesWebExterno1?codteor=1708037&filename=PL+476/2019. Acesso em 28 out. 2019.

> 3-Colaborarão na realização dessas sindicâncias a Receita Federal do Brasil e o Ministério Público Federal.
> 4-Estabelece como ato de improbidade administrativa impedir ou dificultar os trabalhos relacionados a esta auditoria patrimonial aleatória. (Câmara dos Deputados, 2019).

O PL foi apresentado em Plenário no dia 05/02/2019, e, em 27/08/2019 teve parecer, no sentido de aprovação, do Relator da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) que é a Comissão competente para apreciar a proposição quanto aos aspectos referentes ao Direito Administrativo em geral, consoante disposto no art. 32, VIII, alínea "o", do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Câmara dos Deputados, 2019).
Da Leitura do supramencionado parecer, entendeu o relator que, sortear um determinado número de agentes públicos e realizar sindicâncias patrimoniais em relação a elas produz dois efeitos positivos nesse sentido: 1- possibilita que se identifiquem irregularidades, as quais dificilmente seriam desvendadas; 2- poderão servir de ponto de partida para investigações mais amplas. Destaque-se que a principal vantagem da medida é que tem aptidão para desestimular condutas ilícitas pela mera possibilidade de que os agentes públicos sejam sorteados no futuro (LIRA, 2019, p.2).

No PL 476/19, está anunciada a realização de sorteios para identificação dos alvos da sindicância, bem como a ampla gama de agentes públicos que podem ser sorteadas, entre eles, membros do Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público (LIRA, 2019, p. 3).

Dessa maneira, o PL prevê a execução de sorteios anuais, pelo Tribunal de Contas da União, de 65 agentes públicos que passarão por sindicância patrimonial, sendo assim proposto: 15 Ministros de Estado, incluindo secretários e outras autoridades com status de Ministro, assim como 50 agentes dentro os membros do Congresso Nacional, Magistratura Federal e Ministério Público da União e todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União (Câmara dos Deputados, 2019).

Essa sindicância poderá, caso seja necessário, no decorrer das investigações, se estender a membros da família e pessoas jurídicas relacionadas ao sorteado. Colaborarão na realização dessas sindicâncias a Receita Federal do Brasil (RFB) e o Ministério Público Federal (MPF).

Destaque-se que o PL 476/19 estabelece, como ato de improbidade administrativa, impedir ou dificultar os trabalhos relacionados à auditoria patrimonial aleatória. Tal dispositivo foi inserido, certamente para revestir de importância a condução dos trabalhos e demonstrar a importância dos mesmos.

A proposição é inspirada no programa da Controladoria Geral da União que realizava fiscalizações aleatórias em municípios que mantém convênios com a União. Esse procedimento feito pela CGU levou à descoberta prematura de esquemas delitivos, alguns em pleno funcionamento.

Faz-se *mister* salientar que, desde 2015, a Controladoria-Geral da União não mais utiliza o sorteio aleatório, como critério de seleção dos municípios que passarão por Auditoria no Programa de Fiscalização em Entes Federativos. O objetivo deste programa é aprimorar e complementar os instrumentos de controle já existentes na CGU no que tange à correta aplicação de verbas federais nos Municípios (CGU, 2019).

No ciclo atual do Programa de Fiscalização em Entes Federativos, a seleção dos municípios fiscalizados, bem como dos programas verificados em cada um deles, foi definida pela *Matriz de Vulnerabilidade*, análise de risco, desenvolvida pela CGU. Ela é composta por um grupo de 85 indicadores, que geram uma espécie de "ranking", e definem os municípios com maior fragilidade na aplicação dos recursos públicos, divididos em três dimensões: materialidade, relevância e criticidade (CGU, 2019).
Tal modelo de seleção, baseado em uma Matriz de Vulnerabilidade, agrega inteligência da informação, por meio da análise de indicadores, para identificar vulnerabilidades (situações locais críticas) e selecionar, de forma analítica, os entes municipais a serem fiscalizados, em determinada região.

Com base no que já foi descrito acima, e, baseado no modelo utilizado pela CGU, entendemos que a utilização do Sorteio Aleatório, como modus operandi de seleção dos agentes públicos que passarão por SINPA, de um lado eliminaria questionamentos relacionados a perseguições políticas, tão comuns atualmente, contudo não se mostra a estratégia mais efetiva, no que diz respeito a triagem de agentes públicos com maior probabilidade de se encontrar acréscimo patrimonial a descoberto.

O acréscimo patrimonial a descoberto consiste, justamente, na comparação entre a renda líquida do agente publico e a variação patrimonial do mesmo, de modo que:

> a)Se a renda líquida for maior que o acréscimo patrimonial, teremos acréscimo coberto
> b)Se a renda líquida for menor que o acréscimo patrimonial, teremos acréscimo patrimonial a descoberto.

Quando se fala em utilização de Matriz de Vulnerabilidade, estamos falando em utilização de indicadores a serem desenvolvidos, que levariam em conta critérios, a serem estabelecidos, que se mostrem mais efetivos na eleição dos agentes a passarem pela Sindicância Patrimonial proposta no Projeto de Lei em questão.
A construção dos indicadores supramencionados poderia ser realizada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão com maior expertise no que tange a detecção de indícios de evolução patrimonial. Quando o assunto é volume de dados, o fisco certamente possui os maiores bancos de dados do País.

Segundo notícia publicada no site do Ministério da Economia, a RFB recebeu, em 2017, o Prêmio "As 100+Inovadoras no Uso de TI". A Receita Federal venceu a premiação na categoria Setor Público, devido às suas boas práticas, com o inovador projeto Receita Data. O Receita Data representa uma inovação e uma ruptura interna na forma com que a análise estratégica dos dados é efetuada pela Instituição. Consultas, que antes eram realizadas em horas, passaram a ser executadas em segundos. Além de permitir a criação de novos processos e ferramentas de trabalho, detecção de fraudes e aumento de arrecadação, com um sistema tecnológico avançado, baseado em mineração de dados (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019).

Aliada ao uso desses indicadores, interessante seria o uso de Inteligência Artificial (IA) no processo de seleção da amostra de 65 agentes públicos a serem auditados. Tal análise automatizada proporcionará maior celeridade na identificação e apuração de eventuais irregularidades, além da otimização de todo fluxo processual do instrumento apuratório, tal qual ocorre, por exemplo, quando declarações são selecionadas para a "malha fina" da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

É de amplo conhecimento o problema crítico de falta de capacidade operacional que envolve o monitoramento de enriquecimento ilícito de agentes públicos. Tal cenário torna o ambiente propício no que se refere ao uso de mecanismos automatizados e de alto grau de confiabilidade. Destaca-se, também, a eficácia no reconhecimento de padrões. A utilização de inteligência analítica[8] aplicada ao *Big Data*[9] nada mais é do que um processo de união de um volume altíssimo de dados, processados por um algoritmo, que tenta encontrar um padrão e definir melhores resultados para o que é buscado.

Nesse caminho, a tecnologia está colaborando para isso, analisando quantidades de informação que um grupo de pessoas não poderia analisar sozinho, e, somente depois, entrando entra a análise humana.
Cabe esclarecer que o uso de Ferramentas de Inteligência Artificial, como modo de seleção dos agentes que passarão por Sindicância Patrimonial, não impede seu posterior questionamento baseado em viés de perseguição política. Podemos utilizar como exemplo, desse fato, recente problemática sobre a qual discorreremos a seguir.

2.9 O APRIMORAMENTO DA METODOLOGIA DE SELEÇÃO DE CONTRIBUINTES

Ocorre que, em 02 de março de 2018, a Receita Federal do Brasil - RFB, publicou a Nota Copes nº 48/2018, com a finalidade de apresentar resultado de trabalho desenvolvido pela Equipe Especial de Programação de Combate a Fraudes Tributárias - EEP, instituída pela Portaria Copes nº 07 de 10 de março de 2017.

O intuito da Nota Copes 48/2018 foi aprimorar a metodologia de seleção de contribuintes para identificação de indícios de crimes contra a ordem tributária, corrupção e lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores envolvendo agentes públicos.

A EEP, inicialmente, procurou identificar o conjunto de agentes públicos de todas as esferas do governo, considerados no sentido lato, incluindo as administrações diretas, indiretas e membros de tribunais e poderes. Nessa primeira fase, foram selecionados CPF's de mais de 800.000 (oitocentos mil) agentes públicos, servindo como ponto de partida para o levantamento de dados.

[8] A inteligência artificial é um ramo de pesquisa da ciência da computação que busca, através de símbolos computacionais, construir mecanismos e/ou dispositivos que simulem a capacidade do ser humano de pensar, resolver problemas, ou seja, de ser inteligente. O estudo e desenvolvimento desse ramo de pesquisa tiveram início na Segunda Guerra Mundial. Os principais idealizadores foram os seguintes cientistas: Hebert Simon, Allen Newell, Jonh McCarthy e vários outros, que com objetivos em comum tinham a intenção de criar um "ser" que simulasse a vida do ser humano.
9 Simplificando, big data é um conjunto de dados maior e mais complexo, especialmente de novas fontes de dados. Esses conjuntos de dados são tão volumosos que o software tradicional de processamento de dados simplesmente não consegue gerenciá-los. No entanto, esses grandes volumes de dados podem ser usados para resolver problemas de negócios que você não conseguiria resolver antes..

De acordo com a Nota Copes 48/2018, sobre esse universo de agentes públicos selecionados (800 mil), foram aplicados critérios objetivos de seleção, por meio de *script* específico do Contágil (software desenvolvido pela RFB), e, ao final, gerou-se um subconjunto de agentes públicos no qual foi aplicado a metodologia de seleção de interesse.

O escopo da metodologia desenvolvida foi - a partir do subconjunto gerado pelo *scrip* do Contágil - trabalhar em análises detalhadas e objetivas, com vistas a identificar eventuais recursos que poderiam estar relacionados aos agentes públicos selecionados, sejam de forma direta, sejam associados a outras pessoas físicas e jurídicas, com os quais possam ter vínculo - formal ou não -, prospectando *modus operandi* que poderia ter sido utilizado e desenvolvido pelo agente público para mascarar sua real atuação como partícipe de uma eventual ação irregular.

De acordo com a Nota Copes, o *script*, forneceu uma visão, detalhada e abrangente, dos contribuintes e das pessoas com eles relacionadas, incluindo os sócios. Tudo isso, obtido através da utilização de Inteligência Artificial aplicada à mineração de dados.

Além da utilização do *script* aplicado no universo de 800 mil agentes públicos, foram empregados, adicionalmente - para se chegar em um subgrupo de agentes públicos - os seguintes critérios objetivos:
Valor do Patrimônio maior que R$ 5.000.000,00: ou

Valor do Aumento Patrimonial maior que R$ 500.000,00; ou
Valor do Rendimento Isento maior que R$ 500.000,00: ou
Valor do dinheiro em espécie maior que R$ 100.000,00

O resultado final foi um subgrupo composto por 331 agentes públicos, 59 cônjuges e 409 sócios, perfazendo um total de 799 pessoas selecionadas. Após esse filtro, que reduziu o universo de 800 mil agentes públicos para um subgrupo de 799 pessoas, este subgrupo foi, novamente, submetido a mais uma metodologia objetiva, a fim de reduzir, ainda mais, o número de pessoas envolvidas para análise.

Da metodologia aplicada ao projeto, a equipe de trabalho destacou os seguintes critérios:

1) Analisar a DIRPF, verificando os rendimentos isentos e não tributáveis: lucros/dividendos, doações/espólio, LCI/LCA, poupança, etc, observando especialmente os lucros/dividendos e doações, que podem indicar eventual lavagem de dinheiro;

2) Criar o Grafo de Relacionamentos (SABRE), buscando empresas, parentes e demais pessoas (esposa, filhos, pais, irmãos etc.) relacionadas ao contribuinte, de forma a encontrar indícios de ocultação de patrimônio e de lavagem de dinheiro;

3) Verificar as pessoas jurídicas que distribuem lucros e dividendos para o contribuinte em análise e as pessoas relacionadas, avaliando se houve a efetiva prestação dos serviços;

4) Analisar os rendimentos da pessoa física tributados exclusivamente na fonte, com o objetivo de identificar rendimentos não declarados em DIRF, com a finalidade de aumentar seus rendimentos e realizar lavagem de dinheiro;

5) Analisar outros ilícitos como: movimentação financeira na PF inferior aos rendimentos declarados, movimentação financeira da PF bem superior aos rendimentos declarados e variação patrimonial a descoberto;

6) No conjunto dos agentes públicos analisados, importante identificar se houve recebimento de verbas indenizatórias, devendo-se verificar se as mesmas foram aplicadas na destinação correta, não o sendo, deverão estas serem tributadas. Ainda em relação às pessoas jurídicas que efetuaram a distribuição de lucros/dividendos, doações ou empréstimos, a EEP lembra a importância de atentar-se para os seguintes comportamentos;

7) Distribuição muito elevada de lucros/dividendos (um parâmetro sugerido foi de valores acima de 70% da receita bruta);

8) Compatibilidade entre a quantidade e ocupação de empregados declarados em GFIP e atividade e receita declaradas;

9) Movimentação financeira muito próxima ou inferior à Receita Bruta, como indicativo de ausência de capital de giro e de trânsito de recursos apenas pela empresa;

10) Concentração da carteira de clientes, que se verifica quando há prestação para apenas um cliente ou um rol muito pequeno de empresas de um mesmo grupo empresarial, o que reforça indício de que o serviço não é prestado, ainda que o pagamento ocorra;

11) Em caso de PJ relacionada a agente público, deve-se verificar se o(s) cliente(s) das empresas possuem elo de interesse com a atuação do referido agente.

Por fim, a EEP, a título de primeira validação da metodologia de programação, analisou algumas situações reais. E, sem a identificação dos contribuintes analisados nessa amostra, foram identificados os seguintes comportamentos objetivos para finalizar os critérios da metodologia:

> 12) falta de declaração da empresa distribuidora dos lucros/dividendos declarados na PF;
>
> 13) PF- não constando como sócio da PJ;
>
> 14) DIRF de terceiros para a PJ em análise com valores bem inferiores ao declarado como receitas;
>
> 15) movimentação financeira da PJ inferior às receitas declaradas ou movimentação financeira da PJ bem superior as receitas declaradas.

Finalmente, após a aplicação de todos os parâmetros listados acima, chegou-se a um grupo de 133 contribuintes mais relevantes, de acordo com a metodologia de seleção empregada, e que deveriam ser objeto de análise individual.

Cabe esclarecer que, dentre os 133 contribuintes selecionados pela metodologia objetiva, acima descrita, da Nota Copes nº 48 de 02/03/2018, constavam os nomes do ministro do STF Gilmar Mendes e de sua esposa Guiomar Feitosa, cuja informação sobre procedimento fiscal, ao qual estavam submetidos, foi vazada para imprensa.

2.10 ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA METODOLOGIA DE SELEÇÃO EMPREGADA PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Ocorre que, no dia 14 de março de 2019, o presidente do Supremo Tribunal Federal - Dias Toffoli – publicou a portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019 com propósito de instaurar inquérito (INQUÉRITO 4.781 Distrito Federal) para apurar a existência de notícias fraudulentas (*fakenews*), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi,* que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares.

O ministro Alexandre de Moraes foi indicado pelo ministro Dias Toffoli para conduzir o inquérito das *fakenews.* No dia 01 de agosto de 2019, no inquérito sobre *Fake News, o ministro* Alexandre de Moraes exauriu decisão cautelar **suspendendo** todos os procedimentos investigatórios instaurados pela Receita Federal ou em outros órgãos, com base na **Nota Copes nº 48 de 02/03/2018,** em relação a 133 contribuintes. Além disso, determinou o afastamento de dois Auditores-Fiscais da RFB, que atuaram na fiscalização dos contribuintes selecionados.

O ministro Alexandre de Moraes, para fundamentar sua decisão, alegou que a Receita Federal do Brasil não usou critérios objetivos, tornando possível o direcionamento da atividade fiscalizatória para atingir alvos predeterminados.

> Nesses exato momento, a ausência de critérios objetivos demonstrou a real possibilidade de direcionamento da atividade fiscalizatória para atingir "alvos predeterminados", pois de 818 mil CPFs de agentes públicos a Receita Federal chegou a 133 contribuintes. (CONJUR, 2019)

O ministro complementou seus argumentos alegando que não se verificou uma atuação técnica e impessoal da RFB, pois a escolha fiscalizatória em relação a "agentes públicos" foi realizada sem critérios objetivos e com total ausência de razoáveis indícios de ilicitude, mesmo a RFB tendo demonstrado, conforme descrevemos acima, quais os critérios foram utilizados para alcançar o universo de 800 mil agentes públicos que seriam submetidos à metodologia de seleção da Nota Copes 48/2018.

> Em que pese a Receita Federal ter explicitado, genericamente, as diretrizes do programa e apontado que, a fiscalização dos tributos internos compete à área de programação a atividade de seleção de contribuintes, na presente hipótese não se verificou a necessária atuação de forma técnica e impessoal, pois a escolha fiscalizatória em relação a "agentes públicos" foi realizada sem critérios objetivos e com total ausência de razoáveis indícios de ilicitude, baseada nos seguintes fatores "genéricos", conforme aponta o órgão. (CONJUR, 2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aliado a todos os benefícios já descritos, a auditoria patrimonial aleatória, prevista no PL 476/19, permitirá identificar, de modo mais célere, o patrimônio à disposição do agente público investigado, podendo, dessa maneira, ser muito vantajoso em situações nas quais forem justificáveis a adoção de medidas judiciais ensejadoras de sequestro de bens e bloqueio de valores.

Dessa maneira, ao selecionar, anualmente, um total de 65 agentes públicos incluindo nessa amostra, Ministros de Estado, Membros do Congresso Nacional, Membros da Magistratura Federal, Membros do MPU, bem como todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança de qualquer dos Poderes da União, o PL provê soluções para a problemática de evolução patrimonial incompatível com rendimentos do exercício de funções públicas, em especial quando, atualmente, se tornam conhecidos os escândalos de corrupção envolvendo o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Ao selecionar os agentes, acima especificados, e realizar sindicâncias patrimoniais em relação a eles, produzir-se-á, no mínimo, dois efeitos positivos, quais sejam: 1- possibilita que se identifiquem irregularidades, as quais dificilmente seriam desvendadas, e que podem servir como ponto de partida para investigações mais ampliadas, e, 2- desestimular a prática de condutas ilícitas, pela mera possibilidade de que sejam sorteados no futuro.

Importa destacar que o PL 476/19, prevê que o método de seleção dos agentes públicos, seja por meio de sorteio aleatório. Neste estudo, apresentamos uma sugestão que consideramos como sendo muito mais efetiva para alcançar o efeito desejado. Sugerimos que sejam construídos indicadores, com base em Matriz de Risco, e, com o uso de Inteligência Artificial, aliado a recursos de mineração de grandes bancos de dados, para selecionar os agentes públicos que passariam por SINPA.

Fazer uma seleção, com base em sorteio aleatório, apesar de servir como efeito pedagógico, pode não trazer o efeito desejado, a curto e médio prazo, conforme pretendido no Projeto de Lei. Ao somarmos o quantitativo de servidores ativos do Poder Executivo Federal (1.050.603)[10], com todo o quantitativo de servidores de outras esferas, teríamos um número bastante elevado, o que diminuiria intensamente a chance de alguém ser escolhido de forma aleatória. Sendo assim, basear a seleção em sorteio, considerando esse quantitativo acima, traria pouca eficácia ao processo, devido a baixa probabilidade de que envolvidos em enriquecimento ilícito sejam selecionados. Apostar , dessa forma, apenas, com a sorte para poder selecionar grandes corruptos, só aumentaria a certeza da impunidade, servindo, inclusive, de estímulo para mais práticas delituosas, visto que haveria uma ínfima probabilidade dos corruptos serem selecionados por sorteio.
Por outro lado, utilizar apenas critérios baseados na utilização de indicadores, construídos a partir de matriz de risco, por mais objetiva que seja, também poderia trazer argumentações relacionadas a lisura da escolha dos indicadores, sendo primordialmente questionada acerca de seleção com base em viés político, como o que ocorreu quando o Ministro Alexandre de Moraes do STF analisou os critérios objetivos de seleção de contribuintes pela Receita Federal do Brasil.

Sendo assim, interessante seria criar um modelo misto, com uso de sorteio e com base em indicadores desenvolvidos por meio de Inteligência Artificial. Dessa maneira, aliaríamos as boas características de cada método, sem contudo perdermos significativamente no que se refere a eficácia na escolha. Dessa maneira, anualmente seria feita uma seleção de no mínimo 3 vezes o número de agentes a ser sorteado, com base em critérios objetivos e técnicos, de acordo com uma matriz de risco. E, sobre essa amostra, aplicar-se-ia o sorteio, para se chegar aos 65 servidores que passariam por Sindicância Patrimonial.

Aliado ao uso do modelo misto de seleção, acima descrito, de extrema importância seria a utilização do SISPATRI, em todos os Poderes da União. A simples implementação de uso do referido Sistema já facilitaria a implementação do PL 479/19, pois aquele seria usado como banco de dados, de onde seriam posteriormente mineradas informações, para eleição dos agentes que passariam pela SINPA.

O supramencionado PL prevê a participação apenas da Receita Federal do Brasil e do Ministério Público Federal nas Comissões Sindicantes. Este artigo propõe que, além destes órgãos, seria valiosa a participação da Controladoria-Geral da União nessas comissões. Isso se baseia no fato de que a CGU possui expertise na matéria em razão da previsão da competência, insculpida no art. 7º , do Decreto nº 5483/05, o qual atribui a este órgão de controle, a obrigatoriedade de instauração de Sindicância Patrimonial, no âmbito do Poder Executivo Federal, sempre que se verificar a incompatibilidade de bens com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio.

Por fim, mas não menos importante, necessário se faz também que haja compartilhamento de informações, entre os órgãos que participarão das comissões de Sindicância Patrimonial, sejam elas protegidas, ou não, por sigilo fiscal, sem necessidade de autorização do Poder Judiciário. Qualquer obstáculo a esse compartilhamento em muito dificultaria a condução das comissões instituídas.

[10] Portal da Transparência**. Servidores Públicos**. Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores. Acesso em: 08 nov. 2019.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. Renúncia a Direito Fundamental. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Diario da Câmara dos Deputados. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=46. Acesso em 28 out. 2019.

CAMARA DOS DEPUTADOS. PI 476/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=65A403041D4C3F7FB4235143C774503D.proposicoesWebExterno1?codteor=1708037&filename=PL+476/2019. Acesso em 28 out. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 3855/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604. Acesso em 20 de set. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 466/467.

CGU. Fiscalização em Entes Federativos. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/sobre/dados-abertos/arquivos/fiscalizacao-em-entes-federativos Acesso em 02 set 2019.

CGU. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília, 2019. Disponível em : https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34777/5/Manual_PAD.pdf. Acesso em 02 nov. 2019.

CGU. Servidores. Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores. Acesso em 24 set. 2019.

CONJUR. Alexandre de Moraes suspende investigações. Disponível em : https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-suspende-investigacoes.pdf. Acesso em: 03 nov. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Receita Federal investiga secretamente 134 agentes públicos, mostra documento. Disponível em : https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/receita-federal-investiga-secretamente-134-agentes-publicos. Acesso em 03 nov. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Nota nº 48/2018 – RFB/Copes. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/nota-investigacao-secreta-receita.pdf. Acesso em 03 nov. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Supremo libera quebra de sigilo bancário pelo Fisco sem autorização judicial. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/lei-quebra-sigilo-autorizacao-constitucional-stf. Acesso em : 02 nov. 2019.

CONTEÚDO JURÍDICO. STF - RE 1055941 – SP: Suspensão em liminar de ações penais e investigações lastreadas em quebra de sigilo fiscal e bancário sem autorização judicial. Disponível em:

https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Jurisprud%C3%AAncias/51649/stf-re-1055941-sp-suspenso-em-liminar-de-aes-penais-e-investigaes-lastreadas-em-quebra-de-sigilo-fiscal-e-bancrio-sem-autorizao-judicial. Acesso em : 02 nov. 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. *Prática de Processo Administrativo*. 8ª ed. rev.
e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010

DOYLE, Daniella. O que é BI Business Intelligence. Disponível em: https://www.siteware.com.br/gestao-estrategica/o-que-e-bi-business-intelligence/.Acesso em 28/10/2019

_____ Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm. Acesso em : 12 nov. 2019.

ENCCLA. Metas de 2004. Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-de-2004 . Acesso em 18 set 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 116.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 205.

_____. Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018. Regulamenta a Atividade Correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/50484511/do1-2018-11-16-instrucao-normativa-n-14-de-14-de-novembro-de-2018-50484367. Acesso em 02 nov. 2019.

_____. Instrução Normativa TCU nº 67 de 6 de julho de 2011. Dispõe sobre os procedimentos referentes às Declarações de Bens e Rendas a serem apresentadas pelas autoridades e servidores públicos federais a que aludem as Leis 8.429, de 2 de junho de 1992, e 8.730, de 10 de novembro de 1993. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20120626/INT2011-067.doc. Acesso em : 02 nov. 2019.

LIRA, Átila. Projeto de Lei 476 de 2019. Disponível em: em:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=80C58A6B45061D5E7098D2BB42D9 D960.proposicoesWebExterno2?dteor=1797059&filename=Parecer-CTASP-27-08-2019. Acessado em 29 de outubro de 2019.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública

direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. Lei nº 8.730 de 10 de novembro de 1993. Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8730.htm. Acesso em 02 nov. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 70

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Receita Federal vence mais uma vez premiação 100+ inovadoras no uso de TI. Disponível: em: http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2017/novembro/receita-federal-vence-mais-uma-vez-premiacao-100-inovadoras-no-uso-de-ti. Acesso em 20 de set 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Nota Investigação Secreta. Disponível em:https://www.conjur.com.br/dl/nota-investigacao-secreta-receita.pdf. Acesso em: 18 set. 2019

MPF. Entenda o caso. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso. Acesso em: 18 de set. 2019

MPF. Dez medidas contra a corrupção. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico . Acesso em 18 set. 2019.

Mohallem, Michael Freitas [et al.]. Novas medidas contra a corrupção - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018. p.624.

PRING, Coralie. VRUSHI, Jon. Barômero Global da Corrupção, América Latina e Caribe 2019. Disponível em: https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1. Acesso em 01 de nov. 2019.

SANTOS, Marco Aurélio da Silva. "Inteligência Artificial"; *Brasil Escola*. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/informatica/inteligencia-artificial.htm. Acesso em 02 de nov. 2019.

SPINELLI, Mário Vinícius. Pelo fim da Impunidade. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/controladoria_geral/noticias/?p=171032. Acesso em 02 nov. 2019.

STF.Comunicado Supremo Tribunal Federal. Disponível em:https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf. Acesso em 18 set. 2019

STF – MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA : MS 22801 DF. Disponível em : https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14758420/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-22801-df-stf. Acesso em 02 nov. 2019.

STF. Inquérito 4.781 Distrito Federal. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf. Acesso em : 03 nov. 2019.
STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 389808 PR. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19735568/recurso-extraordinario-re-389808-pr/inteiro-teor-104521624?ref=juris-tabs. Acesso em : 02 nov. 2019.

STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.055.941 SÃO PAULO. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14785950. Acesso em: 8 nov. 2019.

Transparência Internacional. Perguntas Frequentes. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/. Acesso em: 18 de set. 2019

Transparência Internacional. Barômetro golobal da Corrupção. América Latina e Caribe. Opiniões e experiências dos cidadãos relacionadas à corrupção. Disponìvel em: https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1. Acesso em 23 set. 2019.

Unidos contra a Corrupção. Novas edidas contra a corrupção. Disponível em : http://unidoscontraacorrupcao.org.br/#as-novas-medidas. Acesso em 03 nov. 2019.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública, 2009.Disponívelem:https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291. Acesso em 5 de set. 2019.

ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA JUNTO ÀS PREFEITURAS

Renato Alves Gomes[1]
Thais Cairo Souza Lopes [2]

RESUMO: O vertente estudo busca a apresentação de um modelo de atuação extrajudicial e preventiva do Ministério Público na proteção do patrimônio público, visando confrontar a improbidade administrativa junto às prefeituras, criando um novel mecanismo de combate à corrupção. O estudo se justifica porque a corrupção tem sido cada vez mais evidente na sociedade hodierna, especialmente pela massificação da informação, que é transmitida em tempo real. O resultado da pesquisa apresenta um modelo de atuação básico e padronizado que servirá como norte de atuação preventiva do Ministério Público, não só como fiscal da lei, mas como sujeito protagonizador da prevenção. Demonstrou-se com base em doutrina e tratados internacionais a preocupação cada vez maior com a atuação preventiva, já que a atuação por meio da repressão não tem se mostrado exitosa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; Ministério Público; Modelo de atuação; Prevenção.

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Ministério Público sempre foi pautada pela demanda. Em verdade, desde a faculdade de Direito já existe um incentivo à atuação repressiva. Ajuizar ações, processar e punir. Tal comportamento é percebido tanto na esfera criminal quanto na cível.

Tendo como premissa as funções institucionais do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal e da proteção do patrimônio público e social, apreende-se que o próprio Poder Constituinte prioriza a atuação ministerial reativa, prevendo a possibilidade de promover medidas necessárias, dentre as quais o inquérito civil e a ação civil pública.

Ao mencionar tais medidas, fomenta-se a atuação de investigar, processar e punir. Neste sentido, está-se diante de atos ilícitos já praticados, ou seja, a ordem jurídica, o patrimônio público e o social já foram feridos. O crime ou a improbidade administrativa, ou ambos, já foram praticados.

Aliás, a corrupção é um fenômeno presente em praticamente todos os períodos da história, entretanto, com a evolução da *internet* e a massificação da informação, parece estar em maior evidência e até há uma

1 Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Universidade Federal do Tocantins. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Assessor Especial da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. *Email*: renathu@gmail.com
2 Especialista em Docência no Ensino Superior pela Faculdade 2 de Julho. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Jorge Amado. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Salvador/Bahia. Promotora de Justiça Assessora Especial do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Tocantins. *Email:* thaislopes@mpto.mp.br

percepção de que tais atos aumentaram, estão mais complexos, alcançaram mais agentes e são ainda mais danosos.

Diante de tal quadro, muito se tem estudado sobre o assunto na tentativa de encontrar meios para que ela esteja cada vez menos presente em nossa sociedade, a exemplo dos métodos de investigação, procedimentos, institutos (delação premiada, infiltração de agentes em organizações criminosas, proteção estatal de testemunhas, interceptação telefônica, cruzamento de dados fiscais, *compliance*), experiências estrangeiras e sanções. Enfim, tudo para apurar e punir.

Ocorre que tais práticas não foram eficazes na diminuição dos atos de improbidade administrativa, por isso, vários autores apontam que a prevenção seria mais eficaz do que a repressão no combate à corrupção, afinal, o Poder Judiciário, em que pese sua elevada produtividade, não consegue atender toda a demanda existente e a sensação de impunidade parece reinar.

Vive-se nas cidades, nos municípios, e é nesses espaços que notadamente se dá a atuação de um membro do Ministério Público Estadual. Ser titular de uma promotoria de justiça de patrimônio público não significa agir apenas como um demandista para apurar atos e condutas ilícitas praticadas por agentes públicos e particulares, as quais caracterizam a corrupção.

No atuar preventivo, imagina-se o promotor de justiça trabalhando como sujeito externo a fiscalizar, acompanhar e conferir se os atos praticados no município pelo gestor executivo, por exemplo, seriam legais ou não.

No entanto, essa atuação do membro ministerial também não vem sendo suficiente para impedir a prática dos atos ilícitos, o que acaba fazendo com que volte sua atuação para a repressão, motivo pelo qual tem-se a sensação de frustração e da inquietude diante de um problema que parece não ter solução.

De logo, há que se esclarecer que não existe a pretensão de encontrar uma solução para findar a corrupção, salvaguardando para sempre o patrimônio público. Mesmo porque a atuação de apenas um sujeito integrante do sistema de justiça (promotor de justiça) não é suficiente para acabar ou resolver um problema de tamanha magnitude e inúmeros desdobramentos.

Com efeito, não existe fórmula mágica ou medida que, por si só, resolva o problema da corrupção no Brasil. É preciso um conjunto de ações preventivas, repressivas, legislativas e judiciais envolvendo a sociedade, entidades públicas e entidades privadas na luta contra este mal que mata silenciosamente.

Como uma destas medidas, novéis atuações de prevenção à improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público se revelam de extrema importância e utilidade, pois direciona gestores públicos a não se afastarem da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse aspecto, ao buscarem respeitar tais princípios constitucionais, os gestores públicos estarão, em boa medida, concretizando o direito fundamental à boa administração.

Assim, propõe-se atuação extrajudicial preventiva do Ministério Público junto às prefeituras por meio do

levantamento de dados, educação e proposta de construção de atuação conjunta em áreas sobre as quais há grande probabilidade de que o agir equivocadamente ou o não agir possam configurar ato de improbidade administrativa doloso ou culposo.

Para construção deste modelo teórico de atuação preventiva e proativa por parte do Ministério Público junto às prefeituras no combate à improbidade administrativa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e a vivência prática dos autores.

De se destacar que, para fins deste estudo, o fenômeno da corrupção será analisado apenas no âmbito da improbidade administrativa regulada pela Lei nº 8.429/1992, cujas medidas a serem propostas serão focadas nas ações e omissões das Prefeituras.

2 O PAPEL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público no Brasil tem longa história e seu modelo atual recebeu importante influência francesa e portuguesa. Lenza (2019, *apud* ARAÚJO; NUNES, 2009, p. 409) comenta que o Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal de Relações da Bahia foi a primeira legislação a abordar a função de Ministério Público.

Deste momento em diante, o Ministério Público passou a galgar mais espaço de atuação institucional, estando presente em todas as Constituições do Brasil, com exceção da de 1824, que apenas previa a figura do Procurador da Coroa e Soberania Nacional. Em algumas, esteve vinculado a algum Poder (1891, 1937, 1967), em outras, posto como instituição autônoma (1934, 1946 e 1988).

Mazzilli (1997, p. 4) ensina que existiram três momentos que marcaram o crescimento do Ministério Público no Brasil. O primeiro foi com a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar nº 40/81), que definiu um estatuto básico e uniforme para a instituição e tratou sobre as suas principais atribuições, vedações e garantias. O segundo momento se deu com a Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública, legitimando o *Parquet* para a defesa jurisdicional e administrativa dos interesses e direitos difusos e coletivos. O terceiro momento ocorreu quando a Constituição da República de 1988 ampliou significativamente suas funções e consagrou sua autonomia administrativa e funcional.

A partir de então foi que ele, indubitavelmente, se tornou *ombudsman* da sociedade, atuando de forma repressiva (CRFB/88, art. 129, I, III, IV, V, VII e VIII) e de forma preventiva (CRFB/88, art. 129, II, VI).

2.1 O PAPEL REPRESSIVO E O PAPEL PREVENTIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A consagração do Ministério Público como instituição autônoma, permanente e desatrelada da representação judicial da União se deu com a Constituição de 1988, que vedou a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX), tornando-o desvinculado dos demais Poderes. Nesse sentido, Ismail Filho (2015, p. 117) destaca que:

> Nos dias atuais, é de suma importância que exista um órgão independente, externo à própria Administração e aos outros Poderes soberanos, dotado da independência funcional necessária para fiscalizar a conformidade de atuação de todos eles, de acordo com os objetivos constitucionais e os direitos fundamentais. Tal órgão vem a ser, justamente, o *Ombudsman*, que deve funcionar como ouvido e voz da população, a fim de examinar a conformidade constitucional dos atos dos poderes públicos.
>
> Por isso, onde houver o exercício de um Poder soberano, é preciso que exista o *Ombudsman*, ou seja, um órgão de natureza externa, a representar toda a sociedade, cuja missão é fiscalizar o exercício desse Poder, à luz do projeto constitucional daquele país ou Estado. Seria uma espécie de "Poder Fiscalizador", com atuação perante os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e suas ramificações.

Essa mesma Constituição delineou as funções institucionais do Ministério Público em seu artigo 129, dando primazia à atuação repressiva em seis incisos, e tais incumbências, via de regra, dependem de provocação direta ou indireta.

Assim, oferecer ação penal após o cometimento de um crime, promover ação civil pública após a ocorrência de ilícitos civis e administrativos, propor a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos que violem a Constituição, entre outros, são exemplos dessa atuação repressiva/reativa.

De fato, na qualidade de órgão defensor da sociedade, fez bem a Constituição atribuir a ele tais responsabilidades, auxiliando e aprimorando a efetividade dos freios e contrapesos existentes.

Esse Ministério Público demandista, que ainda prevalece, atua perante o Poder Judiciário na resolução de problemas sociais, transferindo a esse órgão o papel de pacificação, o que de certa forma não é salutar, considerando que o Judiciário ainda não responde muito bem às demandas que envolvam os direitos massificados (GOULART, 1998). Nesse contexto, Almeida e Parise (2005, p. 14) afirmam que:

> A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos, não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legitimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade.

Já em seu papel preventivo, o Ministério Público age na educação, na orientação básica e na fiscalização dos agentes políticos relativamente aos aspectos mais relevantes ou de maior incidência de desvio em determinada localidade, de modo a zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública.

Nesse mister, a instauração de procedimentos administrativos para acompanhamento e fiscalização se mostra relevante, especialmente se precedido de orientações básicas aos gestores envolvidos, possibilitando que todos os interessados entendam o que é esperado de cada um e as consequências de suas condutas.

Ademais, no exercício da atribuição de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, o Ministério Público pode e deve pautar sua conduta pela proatividade, agindo antes da ocorrência de ilícitos, e resolutivamente, quando ocorrerem.

Para tanto, além dos mencionados processos administrativos de acompanhamento, o inquérito civil e os termos de ajustamento de conduta são instrumentos hábeis à consecução de tais finalidades.

Assim, tendo em vista suas funções repressivas e preventivas, não há dúvidas que o Ministério Público brasileiro assume papel de *ombudsman* da sociedade.

Destarte, deve o Ministério Público combinar ações preventivas e repressivas em sua atuação institucional de protetor da sociedade, com enfoque para a prevenção educativa, conscientizando gestores públicos a respeito dos princípios constitucionais a serem observados e do direito fundamental a uma boa administração que os cidadãos possuem.

3 A PREVENÇÃO COMO INSTRUMENTO EFICAZ NO ENFRENTAMENTO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A corrupção existe de longa data e em praticamente todos os sistemas políticos. Desde os tempos bíblicos já era falado sobre a corrupção e a exortação para afastar-se dela, a exemplo do Livro de Amós, capítulo 5, versículo 12, escrito há mais de 800 anos antes de Cristo, oportunidade em que o profeta falava ao povo de Israel: “Porque sei serem muitas as vossas transgressões e graves os vossos pecados; afligis o justo, tomais suborno e rejeitais os necessitados na porta.”

Uma atuação ética, justa e proba sempre é esperada e exigida daqueles escolhidos para gerir a coisa pública em nome do povo, afinal, o governo existe para atender aos fins de toda a sociedade, não apenas de um grupo.

Por conta disso, mais importante se torna o papel do Ministério Público no nosso regime democrático, entretanto, nas palavras de Marcelo Goulart (1998, p. 121-122), o Ministério Público ainda precisa:

> [...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis local, regional, estatal, comunitário e global, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da 'sociedade civil planetária'; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação).

Somente assim ele poderá se tornar um instrumento para garantir o direito fundamental a uma boa administração pública.

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

A boa administração envolve administrar os interesses públicos do modo certo, de forma econômica, atingindo a finalidade social e em tempo razoável, seja antes, na concepção do que será realizado, seja depois, na execução e no controle.

Administrar a coisa pública é administrar interesses alheios, de titularidade da coletividade, razão pela qual não se pode buscar atender a interesses pessoais do agente ou daqueles que lhes são próximos, mas, sim, atender interesses e finalidades da sociedade como um todo, o que inclui proteger grupos minoritários.

Neste aspecto, em que pese a Constituição não ter previsto expressamente um direito fundamental a uma boa administração pública, ela o fez de modo implícito.

Em primeiro lugar, o *caput* do art. 37 da Constituição previu expressamente o dever do gestor público de obedecer à lei e ao ordenamento jurídico como um todo (princípio da legalidade). A atuação do gestor será adequada se forem cumpridos os mandamentos constitucionais, especialmente suas normas programáticas, como aquelas previstas no art. 3º, que tratam dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O mesmo dispositivo constitucional determina que o administrador precisa, na observância da norma, tratar todos sem favoritismos ou perseguições, somente fazendo distinções onde houver amparo legal expresso e justo (princípio da impessoalidade).

Entretanto, não ordenou apenas o respeito às normas postas e a atuação isonômica, mas, também, que suas ações e omissões não desrespeitem a moralidade administrativa, ou seja, que se faça apenas o que é honesto, o que é probo.

Ademais, tendo em vista que a Administração Pública é mantida com dinheiro dos tributos pagos pelos cidadãos, nada mais justo do que impor ao gestor a obrigação de atingir as finalidades públicas na maior medida possível com um mínimo de recursos, sendo, pois, efetivo e econômico (princípio da eficiência).

De outro lado, a imposição de tais obrigações exige mecanismos que possibilitem a fiscalização de suas ações e omissões, sendo este o motivo pelo qual o mesmo *caput* do artigo 37 previu o dever de publicidade. Na verdade, não há como falar em boa administração sem uma permanente *accountability*, em que o gestor tem o dever de prestar contas de seus projetos e ações a toda a sociedade durante todo o período em que estiver responsável por recursos públicos.

Percebe-se, pois, que este direito fundamental do cidadão está umbilicalmente ligado aos deveres do gestor público. Por isso, Ismail Filho (2015, p. 109) afirma que:

> [...] a boa administração é, sim, um direito fundamental que liga o cidadão ao administrador público e cujo conteúdo é a observância por este dos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade etc), das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação procedimental do particular na gestão pública (devido processo legal, duração razoável do processo, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, entre outros).

E a Constituição Federal, em seu art. 70, incumbe aos Tribunais de Contas o dever de fiscalizar a legitimidade e economicidade dos atos do poder público, o que impõem ao gestor, como medida de boa administração, a observância de tais preceitos. Por isso, arremata Ismail Filho (2015, p. 110):

> E se é possível um controle de 'legitimidade' pelos órgãos externos de controle da gestão pública (não se limitando apenas a aspectos de legalidade formal), é porque há um direito (decorrente do arcabouço jurídico no qual se encontra inserida a Administração Pública, o chamado bloco de constitucionalidade) por parte do titular do Poder Político (povo) de ver observada tal legitimidade, cujo conteúdo também inclui a boa administração.

Não há dúvidas que o direito fundamental à boa administração não se concretiza em um quadro generalizado de corrupção, marcado por condutas ilegais, imorais, ilegítimas, ineficientes e/ou antieconômicas.

A Constituição e a legislação infraconstitucional sempre priorizaram a repressão, criando diversas penalidades nas esferas administrativa, cível e criminal, todavia, estas não têm sido suficientes para vencer a corrupção. E aqui, a atuação preventiva do Ministério Público se mostra relevante.

3.2 A PREVENÇÃO COMO MECANISMO EFICAZ NO COMBATE CORRUPÇÃO

Corrupção, segundo o dicionário Michaelis (*on-line*), significa o ato ou resultado de corromper; a degradação de valores morais ou dos costumes; ou ainda, o uso de meios ilícitos, por parte de pessoas do serviço público, para obtenção de informações sigilosas, a fim de conseguir benefícios para si ou para terceiros.

Pode-se afirmar como premissa que sempre será melhor prevenir o ilícito do que esperar que ele ocorra para, só então, reprimi-lo, com a expectativa de que a punição, por si só, iniba novas condutas.

Em verdade, na atualidade, boa parte dos estudiosos do fenômeno da corrupção entendem que a prevenção é o melhor caminho. Furtado (2015, p. 417) ensina que:

> A rigor, a ênfase no combate à corrupção deve-se referir justamente à prevenção. O melhor controle sempre será o de prevenir a ocorrência do ilícito, ou seja, impedir que o foco de corrupção ocorra — o que pode ser constatado com o exame do escândalo do TRT de São Paulo (Capítulo 4) em que, não obstante o TCU tenha constatado a existência de fortes indícios de fraude desde o início da execução da obra, ainda no ano de 1992, somente no ano de 1998 foram adotadas medidas corretivas.

Não só doutrina, mas as convenções internacionais têm buscado cada vez mais tratar da prevenção, como é o caso da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que, em seu Capítulo 2, que cuida das medidas preventivas, traz um artigo dedicado à necessidade de os países manterem órgão ou órgãos independentes para controlar suas respectivas Administrações Públicas, veja-se:

> Artigo 6.º Órgão ou órgãos de prevenção da corrupção
> 1. Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, assegurar que haja um ou mais órgãos, se necessário, incumbidos de prevenir a corrupção através:
> a) Da aplicação das políticas referidas no artigo 5.º da presente Convenção e, quando adequado, da supervisão e coordenação dessa aplicação;
> b) Do aumento e da divulgação dos conhecimentos sobre a prevenção da corrupção.
> 2. Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, conceder ao órgão ou órgãos referidos no n° 1 do presente artigo a necessária independência a fim de que possam exercer as suas funções de forma eficaz e livre de quaisquer pressões ilícitas. Devendo ser-lhes facultados os recursos materiais e o pessoal especializado necessários, bem como a formação que o respectivo pessoal possa necessitar para o exercício das suas funções.
> 3. Cada Estado Parte deverá comunicar ao Secretário-Geral das Nações Unidas o nome e endereço da autoridade ou autoridades que podem prestar auxílio a outros Estados Partes quanto ao desenvolvimento e à aplicação de medidas específicas para prevenir a corrupção.

No Brasil, o Ministério Público, como visto, tem a função de *ombudsman* da sociedade e, ao lado dos Tribunais de Contas, são os órgãos com maior legitimidade, estrutura e independência para viabilizar a prevenção de atos de corrupção, especialmente da corrupção envolvendo a improbidade administrativa. Furtado (2015, p. 180) prossegue ensinando que:

> O Ministério Público, que na grande maioria dos países atua exclusivamente na propositura de ações criminais, no Brasil recebeu da Constituição Federal atribuições para a propositura de ações civis e para interferir nos procedimentos administrativos, o que nos permite considerá-lo órgão de prevenção à corrupção. O Ministério Público dispõe de independência funcional, assegurada pela seleção de seus membros exclusivamente por meio de concursos públicos, e independência financeira e orçamentária, expressamente reconhecidas pelo Texto Constitucional. Possui competência para interferir nos processos administrativos e para propor ações civis em matéria de corrupção com o propósito de anular os atos ilegais, aplicar sanções de natureza civil e para obter eventual ressarcimento dos danos causados ao erário.

Ademais, o Ministério Público tem a seu dispor uma série de instrumentos que lhe auxiliam nessa missão, tais como o inquérito civil (IC), o procedimento investigativo criminal (PIC), os termos de ajustamento de conduta (TAC), o acordo de não persecução penal, o acordo de leniência, o poder de requisição, entre outros. Tais recursos dão poder de barganha ao órgão ministerial no momento de convidar gestores públicos para

participar de treinamentos, de se acertar padrões de conduta a serem observadas, ou ainda, de se definir prioridades na execução de políticas públicas, como foi o caso da ADPF 347, que tratou do estado de coisa inconstitucional do nosso sistema prisional, ou RE 956475, que obriga o município a fornecer creche a todas as crianças de até cinco anos de idade.

3.3 A CORRUPÇÃO SEGUNDO A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A corrupção é fenômeno de difícil delimitação, pois ocorre nas relações envolvendo o poder público e também na relação entre particulares. O ordenamento jurídico vigente se encarregará de delimitar o conceito de corrupção, tal como o código penal, a lei anticorrupção empresarial ou a lei de improbidade administrativa o fazem em seu âmbito.

Mas, como visto, para fins deste estudo, analisa-se a corrupção apenas no âmbito da improbidade administrativa regulada pela Lei nº 8.429/1992, cujas medidas a serem propostas estão focadas nas ações e omissões das Prefeituras (Poder Executivo Municipal).

A base normativa principal a tratar da improbidade é o art. 37, § 4º, da Constituição Federal que, apesar de não a conceituar, fixa as consequências para o caso da prática de atos ímprobos.

Regulamentando a matéria no âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.429/1992 também não trouxe um conceito de improbidade, mas trouxe um rol exemplificativo de condutas consideradas ímprobas, separando-as em quatro grupos, cada um com uma série de consequências jurídicas próprias.

Em vista dessa ausência de conceituação legal, a doutrina busca definir improbidade seguindo vários critérios, mas Agra (2017, p. 56) ensina que:

> Da oitiva do termo 'improbidade' sempre adveio a noção de desonestidade. Afinal, se probidade espelha o dever de retidão e honestidade, a improbidade, mediante prefixo negativo, é antônimo e caracteriza a inobservância de um conjunto de valores morais. A improbidade acontece quando os comportamentos deontológicos estabelecidos pela moral e agasalhados em instrumentos normativos são descumpridos.

Já Carvalho Filho (2012, p. 98) leciona que:

> O termo probidade, que provém do vocábulo latino *probitas*, espelha a ideia de retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem, quer públicos, quer privados; honestidade; pundonor, honradez, como assinalam os dicionaristas.
> De fato, ser probo é ser honesto e respeitador dos valores éticos que circundam o indivíduo no grupo social.
> Improbidade é o antônimo e significa a inobservância desses valores morais, retratando comportamentos desonestos, despidos de integridade e usualmente ofensivos aos direitos de outrem. Entre todos, um dos mais graves é a corrupção, em que o beneficiário se locupleta às custas dos agentes públicos e do Estado.
> Quando esse tipo de comportamento agride a Administração Pública, passamos a

> defrontar-nos com a situação que se configura como improbidade administrativa. Não há propriamente graus de improbidade; a avaliação desta é feita mais em razão dos efeitos que produz. Contudo, é indiscutível a gravidade da improbidade administrativa: de um lado, atinge a sociedade, cujos interesses são geridos pela Administração; de outro, sua execução é imputada, na maioria das vezes, ao próprio administrador público.

Nesse sentido, quando o comportamento ímprobo viola a Administração Pública, tem-se, a um só tempo, um ato de improbidade administrativa e um ato de má gestão da coisa pública, desrespeitando o direito fundamental à boa administração.

Como dito, esses atos ímprobos que violam a Administração são divididos pela Lei nº 8.429/1992 em quatro grupos.

No primeiro grupo, 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 públicas.

As penas para essas infrações são a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, quando houver, a 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.

No segundo grupo, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas.

As penas para essas infrações são o ressarcimento integral do dano, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, o pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e a 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.

No terceiro grupo, tem-se que constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

As penas para essas infrações são a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

No último grupo, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

As penas para essas infrações são o ressarcimento integral do dano, se houver, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e a 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.

Observa-se que os atos de improbidade possuem conceito aberto e penalidades graves, o que reforça a necessidade de conscientização e prevenção, pois muitas pessoas, agentes públicos ou não, não se arriscariam a descumprir as normas se soubessem da extensão e gravidade de tais penalidades.

Assim, considerando que o cidadão tem direito fundamental à boa administração e que atos de improbidade administrativa violam esse direito, tem-se que a prevenção é mais benéfica que a repressão e que o Ministério Público, na qualidade de *ombudsman* da sociedade, possui atribuições e mecanismos específicos para cumprir esse mister, razão pela qual a vertente pesquisa apresenta proposta prática e efetiva de atuação junto às prefeituras.

4 PROPOSTA DE ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À IMPROBIDADE JUNTO ÀS PREFEITURAS

O Direito fundamental à boa administração depende, em boa parte dos municípios brasileiros, de mecanismos de prevenção efetivo, necessitando de atuação da sociedade, de entidades públicas e de entidades privadas, bem como, quando for o caso, de repressão célere e pedagógica.

O ideal é que não fosse assim, mas que os gestores tivessem conhecimento mínimo sobre legislação, políticas públicas, entendessem o alcance dos principais princípios constitucionais, deixassem de lado o papel de candidato (que possui orientação política própria) e adotasse o papel de representante do povo (que representa o todo), entre outros casos, mas isso ainda não acontece em todos os municípios brasileiros, motivo pelo qual os escândalos de desvio e malbaratamento dos recursos públicos se multiplicam dia a dia. Por tais razões, Furtado (2015, p. 419) reforça que:

> A ênfase do controle deve ser, portanto, a prevenção, e uma vez definido esse foco de combate à corrupção, torna-se necessário identificar as situações ou cenários que propiciam a ocorrência da fraude. A identificação constitui, portanto, a segunda fase do rito processual de controle da corrupção e para que ela ocorra torna-se necessária e imprescindível a existência de um eficiente sistema integrado de inteligência.

Pela importância que possui o Ministério Público no regime democrático, deve ele utilizar todo seu arsenal de mecanismos preventivos e, se for o caso, repressivos, para auxiliar e até mesmo forçar os gestores municipais a primarem pela realização de uma boa administração.

Assim, a partir do momento que o membro do Ministério Público definir que seu foco será em atividades preventivas, que demanda uma atuação proativa, deverá ser definido o rito, as atividades e as medidas

adotadas.

Como cada Município possui suas peculiaridades, não existindo uma fórmula padrão que se adapte 100% a todas as situações, entretanto é possível definir um roteiro básico aplicável a todas as localidades.

Com fins metodológicos, a execução das atividades deve se iniciar no primeiro ano de mandato do Prefeito e ser composta por uma parte preliminar de levantamento de dados, inclusive do plano de governo apresentado pelo então candidato; definição das áreas de atuação dentro dos três grupos; da capacitação básica dos agentes políticos; da reunião de alinhamento das ações; e do monitoramento.

O público-alvo será o prefeito e vice-prefeito eleito, seus secretários municipais, presidentes de autarquias e fundações públicas, podendo participar outras autoridades, a depender da realidade local, a exemplo dos Vereadores no exercício de seu papel de fiscalização, entre outros.

4.1 DO LEVANTAMENTO DE DADOS

Não há como definir um caminho se não se sabe onde está atualmente, por isso é necessário conhecer a realidade do município para construir um modelo de atuação preventiva efetiva contra a improbidade administrativa.

Esse passo deve ser realizado no semestre anterior à posse dos novos dirigentes para que, com essas informações, seja elaborado o plano adaptado à realidade local. Os dados mínimos a serem levantados devem ser:

> 1) Estatística do número de ações de improbidade administrativa, ações penais por crime contra a administração, tomadas de contas especial e de representações que tramitaram nos últimos oito anos no Poder Judiciário e no Tribunal de Contas, categorizados por assunto. Essas informações serão úteis no complemento das áreas mínimas de atuação do órgão ministerial, pois serão obtidas informações sobre as práticas mais comuns que devem ser evitadas;
> 2) Quantitativo de servidores por situação funcional (efetivo, comissionado, terceirizado, temporário, cedidos a outros entes). Essa informação servirá para avaliar o número de comissionados, bem como se eles estão exercendo funções de chefia, direção ou assessoramento;
> 3) Plano de cargos e salários ou, caso não haja, a relação dos cargos, escolaridade e atribuições. Visa identificar a existência de cargos que podem ser terceirizados ou colocados em regime de extinção;
> 4) A indicação da forma de controle de frequência dos servidores. Visa avaliar se existem mecanismos de controle e sua eficácia;
> 5) A existência de portal da transparência, os grupos de informações existentes e a última atualização feita. Visa avaliar a transparência ativa do município;
> 6) Existência de processos administrativos eletrônicos. Visa avaliar o grau de modernidade, legalidade e eficiência;

7) Existência de ouvidora independente. Visa avaliar a existência de mecanismo de controle social;
8) Existência de unidade de controle interno independente. Visa avaliar a existência e efetividade de controles internos;
9) Relação dos processos de licitação divididos por modalidade e forma. Visa avaliar a utilização de modalidades licitatórias menos seguras quando comparadas a outras existentes e de possível uso;
10) Plano de governo protocolado na justiça eleitoral por ocasião do registro de candidatura; Visa acompanhar a implantação das promessas de campanha;

Por se tratar de providência que exige conhecimento multidisciplinar, especialmente em estatística, direito e controle, deve ser solicitada a elaboração de relatório ao(s) setor(es) com *expertise* em tais assuntos, de forma a subsidiar a atuação do membro do Ministério Público.

Na elaboração do relatório conclusivo, a equipe técnica deverá realizar apontamentos sobre pontos de possível desconformidade com a legislação, sobre pontos de melhoria em comparação com boas práticas recomendadas pelos órgãos de controle, bem como sobre a ausência de informações essenciais à transparência.

Importante mencionar que, caso entenda necessário, a equipe técnica responsável pela elaboração do relatório poderá solicitar outras informações ou realizar diligências, no intuito de tornar útil e efetivo o material produzido.

De posse de tais dados, o membro do Ministério Público definirá as principais áreas de sua atuação preventiva.

4.2 DAS ÁREAS DE ATUAÇÃO

São inúmeras áreas que o Ministério Público pode atuar, especialmente por conta da estatística de ações que tramitam perante o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas, que variará a depender da região.

Em vista dessa vasta área de atuação, serão apresentadas as áreas mínimas em que o órgão ministerial deverá focar sua atuação preventiva, que são: Pessoal, Transparência e *Accountability*, e Práticas de Gestão.

Na área de pessoal, as atividades preventivas visam evitar ao máximo a pessoalidade na contratação, a utilização de cargos em comissão e temporários como "cabide de empregos", bem como estimular a terceirização de atividades-meio, a profissionalização e capacitação de servidores, entre outros aspectos.

Por isso, no momento da execução das atividades preventivas envolvendo pessoal, se buscará acordar com os gestores os seguintes referenciais: 1) Limitação progressiva do número de comissionados sem vínculo com a Administração até alcançar 50% do total, no prazo máximo de quatro anos; 2) Extinção de cargos e/ou carreiras que não correspondem à realidade dos serviços prestados pela administração, a exemplo de motorista, copeira, garçom, etc; 3) Terceirização de atividades-meio baseada em nível de serviço sempre que

possível, evitando a contratação por de trabalho, observando-se os referenciais de boas práticas do Governo Federal; 4) Criação ou reformulação do plano de cargos e salários com progressão baseada em capacitação mínima de 60 horas nas áreas de interesse da administração, além de outros requisitos; e 5) Instituição do controle de ponto eletrônico de todos os servidores, exceto os agentes políticos e cargos que realizem serviço predominantemente externo.

Já no que se refere à transparência e *accountability*, sugere-se seja acordada a realização de atos que favoreçam o controle interno e o controle social por meio da transparência ativa e publicização dos atos e processos administrativos, buscando dos gestores os seguintes compromissos: 1) Criação ou adaptação do portal da transparência seguindo padrões definidos pelo Tribunal de Contas do Estado ou, em caso de ausência, do padrão utilizado pelo Governo Federal; 2) Criação de Unidade de Controle Interno, cujos cargos de chefia e fiscalização serão ocupados exclusivamente por servidores efetivos; 3) Criação de Ouvidoria, que funcionará também como serviço de informação ao cidadão. Denúncias de irregularidades deverão ser remetidas para a unidade responsável pela apuração e para a unidade de controle interno; 4) Informatização dos processos administrativos eletrônicos, buscando sistemas gratuitos disponibilizados por órgãos públicos, a exemplo do SEI; e 5) Acesso público aos processos administrativos eletrônicos, exceto os protegidos por sigilo.

No tocante às boas práticas de gestão, deverão ser acordados os seguintes preceitos mínimos: 1) Não serem iniciadas obras novas antes de realizar as reformas urgentes, concluir obras paralisadas e prover de mobília e equipamentos os atuais espaços públicos, salvo motivo justo e devidamente justificado; 2) Adotar o pregão eletrônico como regra em todas as contratações, exceto obras ou quando houver lei especial de regência; 3) Apresentação de plano de ação para fins de cumprimento do programa de governo protocolizado na Justiça Eleitoral durante a Eleição; e 4) Contratação de auditoria técnica independente para obras e serviços de grande valor, a ser definido com base no porte do município. O contrato deverá ser elaborado com cláusula remuneratória de risco, de modo que haja uma remuneração padrão pelo serviço, que servirá como referencial de competição, acrescido de 2% do valor identificado como fraudado ou desviado, além da obrigatoriedade contratual da empresa de comunicar ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público.

Não se pode deixar de frisar que os apontamentos acima são mínimos e visam orientar gestores sobre os aspectos básicos, mas relevantes no contexto do combate à improbidade. Bons gestores terão um mínimo de conhecimento sobre o que pode e o que não pode ser feito, evitando, assim, que tais pessoas passem anos respondendo a processos judiciais.

Por fim, deve ser esclarecido que o levantamento estatístico sobre processos judiciais e administrativos perante as Cortes de Justiça e de Contas, com os apontamentos do relatório produzido pelo(s) setor(es) técnico(s) do Ministério Público, fornecerão elementos complementares para a prevenção de atos de improbidade administrativa.

4.3 DA REUNIÃO INICIAL DE APRESENTAÇÃO DO PROJETO

Após a realização do levantamento dos dados básicos, elaborado o relatório preliminar e definidas as áreas básicas e complementares de atuação, o membro do Ministério Público deverá oficiar as autoridades que serão convidadas para participar das atividades.

O primeiro momento consistirá numa breve reunião para exposição do projeto, a ocorrer nos primeiros 45 dias do mandato, sendo guiado pelos seguintes preceitos: 1) Foco na prevenção da improbidade administrativa; 2) Ministério Público como Instituição parceira na busca de uma boa administração, estabelecendo-se comunicação direta e efetiva; 3) Prevalência de controles internos efetivos; 4) Maior tranquilidade do gestor durante o mandato; 5) Educação contínua dos gestores e servidores.

Também serão apresentados os dados obtidos com as atividades preliminares, bem como as sugestões de melhoria ou de correção, indicando uma possível alternativa para cada caso.

Deverão ser expostas também, de forma genérica, as áreas de atuação preventiva do Ministério Público, esclarecendo que outras poderão vir a fazer parte do acompanhamento, bem como a possibilidade de resolução das questões na via judicial caso a atividade extrajudicial resolutiva não surta efeitos. Neste momento devem ser apresentadas as penalidades decorrentes da prática de improbidade administrativa e as consequências penais aplicáveis.

Por fim, será explicado que a participação dos envolvidos em todas as etapas do projeto dará direito ao recebimento de um certificado e poderá ser utilizado para demonstrar a boa fé dos agentes em eventual judicialização da questão, oportunidade que será aberto espaço para dúvidas e já marcada a segunda reunião em um prazo de 30 a 60 dias.

Não é recomendável definir o que será feito e como será feito em cada uma das áreas de atuação neste primeiro momento, assim como não é recomendável marcar a segunda reunião em prazo inferior aos 30 dias, pois os novos gestores precisam de tempo para tomarem ciência das dificuldades, avaliar as sugestões constantes do relatório ministerial. Com isso, será possível um melhor diálogo nas etapas seguintes, afinal, uma boa administração é uma administração que dialogue e que construa soluções de acordo com as possibilidades locais.

4.4 DAS REUNIÕES DE CAPACITAÇÃO E DE DEFINIÇÃO DE AÇÕES

Sugere-se que seja realizada uma reunião para cada área de atuação, pois estima-se que cada uma durará um dia inteiro, por tal motivo, recomendável eleger um dia da semana, durante três semanas (caso não haja outras áreas eleitas além das três mínimas), de modo a não comprometer o regular andamento das atividades do município.

Em cada reunião será realizada uma breve, mas relevante capacitação sobre assuntos pertinentes da área, com os tópicos mínimos que a seguir serão indicados.

Na área de Pessoal, os assuntos mínimos são: Orientações quanto a não utilização de servidores para a prática de atos particulares ou de interesse pessoal, limites de gasto com pessoal, importância da formação contínua dos servidores para a prestação de um serviço de qualidade, concurso público, hipóteses em que é permitida a contratação temporária, áreas de atuação de cargos em comissão, mecanismos de controle de produtividade, entre outros.

Na área de Transparência e *Accountability*: Orientações sobre a publicidade dos atos da Administração, lei de acesso à informação e suas regras, a importância de um controle interno efetivo, orçamento participativo, lei de responsabilidade fiscal, entre outros.

Aliás, a existência de mecanismos de controle interno é de extrema relevância na prevenção da improbidade administrativa e de ilícitos como um todo, sendo importante aliado no Ministério Público, por isso devem os gestores propiciar uma estrutura adequada a esta unidade. Nas palavras de Zimmer Júnior (2018, *on-line*):

> Além disso, o dever público não se encerra com a instituição de um sistema de controle interno. Cabe também ao gestor proporcionar as adequadas condições para seu funcionamento e eficácia: designando profissional competente e com perfil adequado para o cargo máximo do Sistema de Controle Interno Municipal, que pode ser a chefia de uma Unidade ou apenas um cargo de Assessor do Prefeito em municípios menores; realizando concurso público para provimento dos cargos dos servidores que atuarão no Controle Interno; promovendo capacitação permanente desses servidores; adotando as melhores práticas de gestão; ajudando a prevenir desperdícios, abusos, fraudes e desfalques; atentando para as irregularidades apontadas pelas Unidades ou servidores do Controle, e tomando providências para saná-las. Lembre-se que o gestor poderá incorrer em responsabilidade solidária, em caso de omissão.

Na área de boas práticas de gestão: orientação básica sobre tipos e espécies de atos de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, noções de licitação e suas modalidades, controle de almoxarifado e patrimônio, bem como sobre o papel dos prefeitos e dos vereadores no sucesso da gestão pública.

Durante cada reunião da área específica, após a etapa de orientações acima, serão apresentados de forma didática os principais problemas indicados no relatório elaborado pelo órgão ministerial. Junto com a exposição do problema, será proposta uma ou mais sugestões de resolução do problema para ser discutido em grupo com os gestores e demais participantes.

Essa etapa de discussão é extremamente relevante, pois nem todas as proposições do Ministério Público são aplicáveis ao caso concreto. Quem vive o dia a dia do Município e já teve prazo para conhecer detalhes da Administração pode afirmar qual a melhor forma de resolver o problema ou de evitá-lo.

O que se busca com essa etapa é dar ao gestor conhecimentos e propostas de resolução ou de prevenção de problemas, pois a responsabilidade para tal é dos gestores eleitos e nomeados, sendo, neste ponto, meramente opinativo o papel do Ministério Público.

Cada reunião será finalizada com ciência dos envolvidos do papel do Ministério Público no processo, os problemas apontados, as possíveis soluções, as medidas que os gestores se comprometem a adotar, se já houver alguma.

4.5 DO MONITORAMENTO

Como pontuado alhures, o Ministério Público não deve seguir um modelo padrão e estanque de acompanhamento, pois cada município tem suas peculiaridades, sua cultura, sua história, suas necessidades. Ele deve seguir determinados vetores de acompanhamento e adaptá-los à sua realidade.

Por isto, esta etapa de monitoramento pode ser iniciada com abertura de um processo administrativo principal de fiscalização, por ato do(a) promotor(a) de justiça, onde serão registrados todos os documentos e atas de reuniões ocorridas.

Finalizadas todas as reuniões, serão abertos processos administrativos de monitoramento para cada área. A quantidade de processos variará para cada localidade, mas recomenda-se que sejam ao menos três, sendo um para cada área de atuação preventiva.

Após a abertura do processo e juntados os documentos cabíveis, serão oficiados todos os participantes pessoalmente, assim como aos órgãos de controle interno e controle externo, dando ciência do início do monitoramento.

A cada noventa dias serão novamente oficiados todos os envolvidos para apresentarem informações sobre andamento de ações sob sua responsabilidade, ou apresentadas quaisquer informações que possam auxiliar o Ministério Público no seu papel, como é o caso de denúncia por parte de vereadores, ou informações da unidade de controle interno.

É esperado que haja, ao menos no primeiro ano, um grande número de notícias de irregularidades e desconformidades, afinal, será iniciado um momento de maior transparência, maior controle interno, maior abertura para controle social, maior acompanhamento por parte dos órgãos de controle externo.

Por este motivo, em caso de inércia ou de indícios de continuidade de práticas irregulares durante o primeiro ano, recomenda-se que o Ministério Público privilegie um atuar de modo resolutivo, por meio da intimação das autoridades à adoção de uma postura adequada num prazo razoável, momento a partir da qual será tido como má-fé e os meios repressivos passarão a se mostrar necessários.

Destaque-se que a atuação ministerial não terá fim em uma data determinada, ao contrário, deverá funcionar como um processo de trabalho, girando o ciclo PDCA periodicamente, entendido este como uma ferramenta de gestão que visa a melhoria contínua dos processos por meio de quatro ações: planejar (*Plan*), fazer (*Do*), checar (*Check)* e agir (*Act*).

Espera-se com esta atuação preventiva uma maior consciência cívica dos governantes, ou, ao menos, um maior receio de ser penalizado, o que promoverá uma mudança, ainda que lenta, na cultural local.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há que se falar mais em amadorismo com a coisa pública. A boa administração da *res* (coisa) pública é decisiva na qualidade de vida da sociedade.

Foi demonstrado que os cidadãos têm direito fundamental a uma boa administração, por isso que se espera que o administrador seja eficiente, econômico, alcance os fins que as normas impõem sem infringir regras e princípios ou causar prejuízos à coletividade. Nesse diapasão, tem-se que uma atuação preventiva, focada em orientar, mostrar que existe conhecimento e controle e que, caso descumpridas as normas, punições ocorrerão, se mostra importante.

Como visto, a prevenção será sempre o melhor caminho e merece ser trabalhada pelos órgãos de controle, pois poderá se transformar em importante instrumento de mudança da cultura da realidade local, afinal, é comum que o público-alvo da proposta que aqui se apresenta seja reeleito, ou eleito para outro cargo, ou ainda, que ocupe alto cargo de gestão não eletivo.

Ademais, o Ministério Público, como *ombudsman* e defensor da sociedade, precisa mudar o foco de atuação, afastando-se de uma postura apenas repressiva para uma postura preventiva e proativa no combate à corrupção.

Nesse cenário, o dever de prestação de contas à sociedade (*accountability*) a que se submete todo o gestor público fundamenta a atuação extrajudicial preventiva do Ministério Público no combate à improbidade administrativa.

Essa atuação preventiva será mais efetiva se existir um modelo de atuação, como o que aqui se apresenta, que servirá de norte para o órgão ministerial, atitude que, se bem implantada e monitorada, reduzirá os graves atos de improbidade que rotineiramente são apresentados pela mídia.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Comentários sobre a lei de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. *In* MPMG Jurídico. Ano I, Edição I, pág. 13-15. 2005. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjnjMjd6ujlAhU6FLkGHbsVC4kQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.mpmg.mp.br%2Flumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA942729E930142991C55DB355F&usg=AOvVaw1SLrffKiEdFOFAwiJRc7qB. Acesso em 25 set. 2019.

BÍBLIA, Português. A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 23 set. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 23 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 24 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 25 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em 25 set. 2019.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público. 2.ed. Brasília: CNMP; 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e democracia: teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito,

1998.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transnacional, *compliance* e investigação criminal. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017.

ISMAIL FILHO, Salomão. A importância da atuação preventiva do ministério público *ombudsman* em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa. *In* Revista do CNMP. Edição 5, pág. 105-128, 2015. Disponível em: http://www.conamp.org.br/images/artigos/revista_cnmp_versaoweb-5edicao_salomao.pdf. Acesso em 30 set. 2019.

ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 105-137, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: http:///bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77679/74655. Acesso em: 29 Out. 2019.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. 3. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2003.

MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br. Acesso em: 10 out. 2019.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.

REIS, Márlon. A República da propina. 1 ed. São Paulo: Planeta, 2016.

_____. O nobre deputado. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

ROCHA. Alexandre Sergio da. Corrupção: conceitos e reflexões. Curitiba: Porto Editorial Juruá, 2018.

SENNA, Gustavo. Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. Versão *ePub on-line*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAPÍTULO 3

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO

O USO DE FERRAMENTAS DE *BUSINESS INTELLIGENCE* EM INVESTIGAÇÕES COMPLEXAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO, NA ERA DA *BIG DATA*

Benedito Cesar Farias de Jesus[1]
Nelson Paulino da Silva[2]

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar a eficiência do uso de ferramentas de análise de *business intelligence* em investigações policiais de combate à corrupção, na era da *big data,* como um meio de garantir a celeridade na fase da produção da prova. Essas ferramentas de análise destinam-se a preservar a eficiência administrativa, subsidiar a formação da *opinio delicti* pelo *dominus litis* da ação penal, com vistas a garantir a razoável duração da persecução penal, assim como resguardar as prerrogativas constitucionais do exercício ao contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo. Isso inibe a impunidade gerada pela morosidade da justiça e, sobretudo, minimiza a estigmatização dos investigados em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: *Business intelligence*. Combate à corrupção. Celeridade. Ferramentas de análise. Estigmatização.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do uso de ferramenta de BI – *Business Intelligence* - em investigações criminais de combate à corrupção como instrumento fomentador de celeridade na investigação, na era do Big Data, no que diz respeito à produção e valoração da prova, com vistas a subsidiar os órgãos de persecução na proposição da ação penal e fornecer elementos para o livre convencimento do juízo. O *Business Intelligence* surge como um meio célere de se buscar elementos probatórios para a fundamentação de uma possível ação penal dentro de um prazo razoável na duração do processo.

O Brasil, como signatário da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), obriga-se a respeitar as normas supranacionais cogentes, sob pena de ser denunciado na comunidade internacional como violador de direitos e sofrer sanções de cunho internacional, pela quebra do *pacta sunt*

[1] Bacharel em Direito pela UniDF. Agente de Polícia Federal. Pós-graduando *Latu Sensu* em Combate à Corrupção e Estado Democrático de Direito. Email: cesar.bcfj@dpf.gov.br
[2] Bacharel em Segurança Pública pela APMBB (Academia de Polícia Militar do Barro Branco). Bacharel em Direito pela UniCSul. Agente de Polícia Federal. Pós-graduando *Latu Sensu* em Combate à Corrupção e Estado Democrático de Direito. Email: paulino.nps@dpf.gov.br.

servanda, na ordem mundial. A internalização das obrigações advindas do tratado internacional veio a ser confirmada por meio do Decreto nº 678, de novembro de 1992.

O artigo 8º da Convenção Americana traz a premissa de que

> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Essa obrigação de cumprir o normativo internacional, já internalizado e incorporado ao ordenamento jurídico, no que tange à celeridade na prestação jurisdicional, respeitando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, sob pena de ferimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, é de grande relevância no enfrentamento da corrupção e em seu combate. A prestação jurisdicional demasiadamente demorada traz para o cidadão comum o peso de ser estigmatizado como infrator, violando a dignidade da pessoa humana. Ao mesmo tempo traz a sensação de anomia e impunidade para a sociedade, de modo que ambas situações trazem consequências funestas ao convívio social.

O sentimento de morosidade e a indecisão do desfecho são fatores que desequilibram a ordem jurídica vigente e desacreditam as instituições permanentes do estado. Segundo Rogério Greco (2011), a anomia decorre da ausência normas, ou ainda de não observâncias dessas normas pela sociedade, que continuamente praticam condutas proibidas, como se tais normas não existissem, pois confiam na impunidade. A demora excessiva da aplicação da lei penal e processual penal causa o sentimento de impunidade no Brasil, ou, quando aplicada, considera-se que a lei penal seja apenas para os menos privilegiados.

Logo, a utilização da ferramenta de BI, na investigação criminal, sobretudo nos crimes de corrupção, torna-se elemento imprescindível, tanto para celeridade processual como para a adequação das investigações ao normativo intencional, no que diz respeito ao prazo razoável da duração do processo. A procrastinação na aplicação da lei penal e processual pelo estado juiz acaba por, de certa forma, deteriorar a finalidade do direto penal, que é de "proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade" (GRECO, 2011, p. 2).

Para tanto, procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica e documental, a partir de livros, artigos científicos, de jornais e revistas, leis, repertórios de jurisprudência, sentenças, contratos, anais legislativos, pareceres etc. Essa pesquisa bibliográfica consistiu no arrolamento, na leitura, discussão e exame de diversas obras de caráter científico de distintos autores que abordam o tema em estudo e de alguma literatura autônoma, desde que baseasse o tema em questão.

A pesquisa é científica, porque descreve e critica o fenômeno – falta de celeridade –, mas também é dogmática – pois destina a sugerir estratégias de argumentação e decisão diante de conflitos a partir da norma jurídica estabelecida.

2 CONCEITO DE PROVA

Conforme ensinamentos de Nucci (2014, p. 338), o termo prova origina-se do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – pobre-, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar".

Também se extrai o conceito de prova a partir de um estudo da etimologia da palavra:

> [...] uma análise etimológica do termo, derivado do latim *probatio*, que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que se deriva do verbo – *probare* (probo, as , are) - significando provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar; é um ponto de início da análise do conceito do instituto, mas certamente são o ponto de chegada (SANTOS, 1970, p. 11).

Em ambos os conceitos apresentados, mesmo que em enfoque penal ou cível, respectivamente, pode-se vislumbrar que a prova tem a finalidade de influenciar, contribuir para a formação da convicção, do livre convencimento do juízo, acerca da existência do fato que se buscar provar, ao tempo que também serve para indicar a autoria e as circunstâncias nas quais se deram os fatos.

Não entraremos na classificação dos tipos de provas, mas tão-somente indicaremos que elas podem ser: pessoal, documental, pericial, provas lícitas e ilícitas, ilegítima, prova emprestada etc. Ainda citamos que nem todos os fatos carecem de provas, como, por exemplo, os fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos notórios e as presunções legais (*juris et de iure*).

Nesse sentido, quanto à produção da prova, o Código Processual penal brasileiro, em seu artigo 156, dispõe que o juiz poderá, de ofício, isto é, independentemente de manifestação ou requerimento do Ministério Público ou ainda da solicitação das partes, por meio do poder instrutório do magistrado, requerer a produção antecipada de provas, nos termos dos incisos I e II:

> I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências".

2.1 BREVE HISTÓRICO DA PROVA

A evolução da prova se confunde a própria evolução da sociedade, que também se confunde com a evolução do sistema penal. Inicialmente, o Estado ainda não estava consolidado e exercia seu poder de *imperium*, razão pela qual as provas eram produzidas ao bel-prazer de quem as alegava, sem respeito aos direitos e às garantias fundamentais, alijando os princípios da ampla defesa e do contraditório e consequentemente ferindo a dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que durante a formação inicial do Estado, momento em que as vinganças penais foram as primeiras manifestações normativas com vistas ao controle social, inicialmente se admitia a vingança divina (direito penal religioso – revide à agressão sofrida pela coletividade), passando-se posteriormente à vingança privada (indivíduo ou grupo social retribuía o mal sofrido) até chegar à vingança pública (monopólio de estado em punir).

Nesses períodos, admitiam-se penas cruéis, desumanas, severas. Havia desproporcionalidade da pena, esta podia recair sobre pessoa distinta do infrator e tinha papel intimidador. Admitiam-se penas de morte, penas corporais e penas infamantes. Nesse contexto, também se admitiam meios de provas cruéis, sem parâmetros técnicos e sem proporcionalidade em sua produção, que violavam os direitos fundamentais dos indivíduos daquelas sociedades. Exemplo clássico desse tipo de abuso e crueldade era a ordália (impunha-se ao indivíduo uma prova capital, geralmente fogo ou água ou ainda ferro ardente, sob o fundamento de que, se o resultado morte viesse acontecer, por si só já era prova da culpabilidade do indivíduo, isto é, a prova se confundia com o resultado da penalidade. Exemplo: homem lançado na fogueira; se morresse queimado, é porque era culpado).

Na idade moderna, já nos primeiros séculos, houve uma humanização das penas e, por conseguinte, da produção dos meios de prova. Foi no iluminismo que as mudanças começaram a acontecer. O pensamento iluminista fomentou uma conscientização quanto às brutalidades que aconteciam até então acerca da aplicação do direito penal. Havia a necessidade pujante de se romper com as tradições e convenções, já consideradas obsoletas no sistema penal, isto é, no processo penal (imputação de crime, produção da prova, julgamento e aplicação da pena). Esse período humanitário, iniciado no iluminismo, trouxe um imperativo quanto à proteção da liberdade individual em detrimento do arbítrio do juízo, levando-se como fundamento a piedade e o respeito à dignidade. Nascem estudiosos acerca do fenômeno social crime.

Temos, então, o surgimento das escolas penais (clássica, positiva ou positivista, escola técnico-jurídica), com grandes nomes de pensadores acerca do fenômeno crime. Há uma evolução no pensamento humanitário acerca da aplicabilidade das normas penais. Césare Bonesana[3], o Marques de Beccaria (representante de escola clássica), que saiu em defesa dos desventurados e dos abandonados em sua obra *Dos delitos e das penas*, é um exemplo do início dessa mudança de paradigma. Resistiu às técnicas utilizadas até então pela

[3] Cesare Bonesana foi a primeira voz a levantar-se contra a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo, denunciando os julgamentos secretos e a prática de confiscar bens do condenado. Uma de suas teses é a igualdade perante a lei dos criminosos que cometem o mesmo delito. A obra é um clássico e sua leitura é considerada basilar para a compreensão da História do Direito (Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Cesare_ Beccaria>. Acesso em: 17 out. 2019. Com adaptações).

justiça, era contra a prática da tortura como meio de produção de prova e, por fim, combateu o sistema presidiário dos calabouços. Os pensadores iluministas contribuíram de sobremodo para o desenvolvimento da aplicação do direito penal, sob uma ótica humanista, da aplicação da pena e também da metodologia a ser aplicada na questão probatória, respeitando-se um mínimo de garantias da pessoa do investigado. Combateram os excessos cometidos pelo estado no sistema penal.

No início do século XX, por volta do ano de 1905, temos o início da escola técnico-jurídica, a partir de uma reação à corrente positivista. Há uma preocupação em restaurar o critério propriamente jurídico do direito penal como ciência. Teleologicamente, tem-se a ideia de que ciência penal é autônoma, com objeto e métodos próprios, ou seja, ela é única e não se mistura com outras ciências, como antropologia, sociologia, psicologia, filosofia, política etc. É também no início do século XX que surgem os ensaios sobre criminologia, ao indagarem seu objeto de estudo (crime), procurando-se delimitar ou não de maneira precisa.

Com a evolução dos estados, das sociedades, a partir de estudos nas diversas áreas do conhecimento, sobretudo nas áreas das ciências humanas e sociais, por meio de pesquisas empíricas, respeitadas as peculiaridades das ciências não exatas, houve grande avanço nas questões referentes à aplicação da lei penal e processual penal.

Esses avanços sociais inauguram uma nova ordem normativa e jurídica, fazendo com que os estados passem a respeitar regramentos quanto ao processo no que tange aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o que refletiu diretamente na produção da prova. A prova, como um dos elementos formadores da convicção do estado-juiz, deve respeitar os limites estabelecidos em lei, sob pena de sua nulidade, isto é, a prova válida deve estar parametrizada pelo normativo jurídico.

Com a evolução da sociedade, sobretudo alicerçada no pensamento iluminista fortemente desenvolvido na Inglaterra, França e Holanda, nos séculos XVII e XVIII, o caráter científico da produção da prova ou dos meios de obtenção da prova tornou-se imprescindível para que o estado-juiz pudesse exercer o seu direito de punir. O sistema processual não mais admitiria provas produzidas de qualquer maneira. A ciência veio a se tornar um forte aliado no combate dos abusos cometidos até então pelos *juízes*. O livre arbítrio do soberano não teria mais o poder de ensejar condenações sem limites. As leis impunham limites para o cidadão, mas também ao soberano. A prova técnica definitivamente despontava como sendo o elemento responsável pela demonstração de fatos a serem provados. Práticas até então aceitas, como tortura[4], foram tornadas inadequadas e inaceitáveis na produção da prova para a persecução criminal.

O caráter científico dos meios de produção da prova ou de obtenção da prova passou a ser o indicativo de uma nova ordem que surgia, eis que estavam alicerçados no uso de métodos, síntese e análise, a partir de

[4] Tortura – Lei nº 9.455/197 - art. 1º Art. 1º Constitui crime de tortura:
I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

experiências e observações. Embora houvesse falibilidade da ciência, naquele momento colocava-se a ciência como meio de solucionar todos os problemas possíveis.

Desde os primeiros ensaios da produção da prova técnica, fundada no conhecimento empírico, até os dias atuais, houve uma grande evolução dos crimes cometidos pelo ser humano. A globalização oriunda da revolução dos meios de transporte, novos meios de comunicação, do avanço novas tecnologias, o surgimento da internet, dos grandes bancos de dados etc., aliadas às novas tendências criminais, como as associações criminosas, culminara em uma *evolução das práticas criminosas*. São exemplos: os crimes transnacionais e os crimes praticados via internet.

Diante do novo quadro criminal apresentado, ou seja, as práticas de crimes não mais tidas como comuns, em sua investigação e elucidação, os órgãos persecutórios tiveram de acompanhar essa *evolução criminal*, sob penalidade do fracasso no combate à criminalidade e, por conseguinte o retorno ao estado em que imperaria o homem de Thomas Hobbes (*homo homini lúpus*), e teríamos a falência do estado.

Lao-Tsé afirma que o verdadeiro objetivo da guerra é a paz, e que a guerra é uma questão vital para o estado. Por ser o campo vital em que se decidem a vida ou a morte, o caminho para a sobrevivência ou para a ruína, torna-se de suma importância estudá-la com muito cuidado, em todos os seus detalhes – Arte da Guerra (SUN TZU). Um dos ensinamentos do grande general é que se você quiser vencer a guerra, é preciso conhecer o seu inimigo.

No combate à corrupção, é preciso conhecer o *inimigo*. Muitas vezes o inimigo se apresenta de inúmeras formas. Atualmente, esse inimigo pode se apresentar como uma imensa quantidade de dados não formatados e que, assim como o artista, que vê em uma rocha bruta e sem forma uma bela escultura, e que o entalhar de suas ferramentas fazem-na brotar, assim também é a utilização das ferramentas de *business intelligence* para produção da prova na era da *Big Data*.

3 O *BUSINESS INTELLIGENCE* COMO MEIO DE GARANTIR O PRINCÍPIO DA CELERIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, elevou a razoável duração do processo e a celeridade à categoria de garantias fundamentais nos seguintes termos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LXXVIII - *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. (Grifo nosso.)

O novo Mandamento Constitucional trouxe a expressão “meios que garantam a celeridade”, a qual deve ser interpretada à luz do processo de globalização e da evolução das soluções tecnológicas, de forma que a eficácia vertical dos Direitos Fundamentais seja imediata em face das transformações da sociedade no que

concerne à titularidade e efetivação.

Nessa esteira, é importante citar que a falta de celeridade processual ou a irrazoável duração da tramitação dos processos têm sido objeto de análise nos tribunais superiores e na jurisprudência, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça. Este já firmou entendimento no sentido de que o excesso não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional (HC 532.134/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019).

Vê-se, portanto, que uma suposta alegação Estatal de que uma investigação policial se desenvolve em meio a um volume de dados considerável, *de per si*, não pode ser motivo suficiente para justificar, por exemplo, que uma investigação policial demore dois anos para ser concluída com a simples alegação de que estavam pendentes a conclusão de Relatórios de análise de dados financeiros, fiscais, telefônicos, de materiais físicos e digitais apreendidos etc.

Nessa seara, em face de umas das problemáticas atuais; *o Big Data,* surge uma solução tecnológica global, *Business Intelligence* que proporciona, de forma eficiente meios de garantir maior celeridade na tramitação de processos judiciais e administrativos, desde a fase da investigação criminal.

3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A ORIGEM DO TERMO *BUSINESS INTELLIGENCE*

Segundo Brito (2014), não existe uma data definida ou um ano definido para o *nascimento* do termo *Business Intelligence*. Porém, no final dos anos 60, a tecnologia era incerta e uma realidade distante. No final daquela década, a tecnologia se baseava no uso dos cartões perfurados, transistores, mainframes e a linguagem COBOL (Common Business Oriented Language). Poderia parecer deslumbrante, mas essa tecnologia era desconhecida por grande parte das corporações.

Ocorre que, na década de 70, a tecnologia avançou com o surgimento das tecnologias de armazenamento e acesso a dados, chamados DASD (*Direct Access Storage Device*) e SGBD (Sistema Gerenciador de Dados). Essas duas tecnologias permitem uma fonte de dados para todos os processamentos. Com isso, as grandes corporações começaram a olhar um pouco mais para esses recursos e assegurar suas vantagens competitivas no mercado.

Na década de 80, é o início da aplicação do termo Business Intelligence (BI), e naquela época as linguagens de programação sofreram evoluções e nasceram o CLIPPER e o PASCAL.

A tecnologia foi avançando até chegar aos anos 90, em que as grandes corporações contavam somente com os Centros de Informações (CI) e Centro de Processamento de Dados (CPD). Por mais que mantivessem os dados armazenados, ofereciam pouquíssima disponibilidade de informação. Mesmo assim, os CI's supriam as necessidades dos executivos e dos detentores das tomadas de decisão, fornecendo as informações gerenciais necessárias.

Com todos esses aspectos, o mercado passou a se comportar de uma forma mais complexa, e a tecnologia da informação começou a avançar nas ferramentas de software, fornecendo, assim, informações mais precisas. Por conta desse progresso e avanço tecnológico do armazenamento de dados, em 1992 e/ou 1993 surgiu uma grande base de dados, que é um dos principais componentes do BI: o *Data Warehouse*.

Com esses avanços tecnológicos abordados acima, as empresas começaram a se interessar mais pelas soluções de BI, e o grande passo foi em 1996, quando o conceito foi difundido como um processo de evolução dos *Executive Information System* (EIS), sistema criado no final da década de 70 pelos pesquisadores do *Massachusets Institute of Tecnlogy* – USA (MIT).

O EIS surgiu na década de 70 com o objetivo de aumentar a eficiência do fluxo de informações dos negócios e agilizar o processo de decisão. Essas informações estão localizadas em um banco de dados. O EIS, grosso modo, permite o acesso amigável a essas informações eletronicamente, sempre apresentadas de forma clara e atraente. Por conta disso, ele oferece ao usuário, em um curto espaço de tempo, uma visão gerencial da organização, mostrando como funcionam os processos e como se relacionam com o mundo externo (clientes e fornecedores).

Com o passar do tempo, já na década de 2000, várias ferramentas foram surgindo no mercado, como o *Decision Support System* (DSS), Planilhas Eletrônicas, *Data Marts*, *Data Mining*, Ferramentas *On-Line Analytical Processing* (OLAP), entre outras. Cada ferramenta dessas com o mesmo objetivo: dinamizar a capacidade das tomadas de decisão, redefinir a estratégia de relacionamento com os clientes, promover agilidade comercial etc. Cada ferramenta se adequava à necessidade de uma empresa ou cliente.

3.2 CONCEITO ATUAL DE *BUSINESS INTELLIGENCE* E *BIG DATA*

O conceito mais disseminado sobre *Business Intelligence* (BI) é que se trata de um conjunto de técnicas e ferramentas para auxiliar na transformação de dados brutos em informações significativas e úteis a fim de analisar o negócio e permitir uma fácil interpretação do grande volume de dados (BRITO, 2014).

Uma das características do BI é a disponibilidade *self service* dos dados já estruturados em um ambiente virtual, e o usuário, a partir de painéis de pesquisas (*dashboards*) já vinculados e esses dados, efetua sua atividade de busca e análise dos dados de acordo com sua necessidade.

Há também o BI tradicional, em que o usuário coorporativo, em meio a uma grande quantidade de dados, faz o tratamento e a estruturação dessas informações para, em seguida, processá-los a partir de sua necessidade.

Pode-se afirmar, portanto, que a solução tecnológica denominada *Bussiness Intelligence* permite, em meio a um crescente volume de dados variados, executar com celeridade as atividades de busca, análise, processamento e disponibilização de dados e informações relevantes para subsidiar a gestão de negócios ou a tomada de decisões.

Conceitualmente, pode-se dizer que a atividade de busca, análise e processamento de dados com uso de

ferramentas de *Business Intelligence* está mais afeta ao usuário coorporativo, aqueles cuja atividade se desenvolve, parcial ou integralmente, em ambientes de bancos de dados públicos ou privados. Mas também devemos considerar que a denominada *inteligência artificial* já é usualmente usada na medicina, nas relações comerciais e, sobretudo, na atividade Estatal de investigação e persecução criminal.

Já a atividade de disponibilização dos dados com uso de ferramentas de inteligência artificial está mais afeta à atividade Estatal de prestação de informação e transparência de dados e informações de interesse do cidadão.

Nesse caso, pode-se citar como exemplo o "Painel de transparência +Brasil", que consiste em um *dashboard* ou painel de controle e visualização construído com uma ferramenta de *Business Intelligence* denominada QlikView, a qual disponibiliza a todo cidadão acesso às informações das Transferências Voluntárias da União de forma intuitiva, flexível e rápida, além de permitir a todo cidadão o exercício da fiscalização dos gastos com o dinheiro público.

Com relação ao conceito de *Big Data*, pode-se dizer que se trata de uma variedade de dados estruturados e não estruturados produzidos diariamente, os quais geram um volume armazenado crescente a uma velocidade cada vez maior (BRITO, 2014).

Exemplificativamente, podemos caracterizar um *Big Data* como os bancos de dados que armazenam uma infinidade de informações variadas que são inseridas diretamente nos sistemas, as quais podemos chamar de dados originários. Ou também aquelas informações que passam a integrar os referidos repositórios de dados a partir da digitalização, cada vez mais difundida, da massa de processos e documentos existentes, cujo resultado neste artigo podemos classificar como dados derivados, uma vez que a fonte originária da informação é um documento físico.

Com o avanço das soluções tecnológicas, há um crescente intercâmbio entre esses bancos de dados, o que torna a massa de dados virtuais ainda maior, exigindo cada vez mais o uso das ferramentas de inteligência artificial para análise, busca e processamento dessa infinidade de informações.

3.3 O USO DE FERRAMENTAS DE *BUSINESS INTELLIGENCE* COMO MEIO DE GARANTIA DA CELERIDADE NA PRODUÇÃO DA PROVA NA FASE DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL COMO COROLÁRIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Inicialmente, deve-se ressaltar que a solução proposta neste trabalho explora somente as funcionalidades dos meios sugeridos, isto é, demonstra a capacidade que as ferramentas de *Business Intelligence* possuem para analisar e processar grandes volumes de dados e sua eficiência para atender as demandas investigativas diante da problemática específica, o *Big Data*. Este artigo não tem o condão de explorar a técnica policial e investigativa, uma vez que estes temas são de interesse restrito, cuja *expertise* deve ser preservada do público em geral sob pena de comprometer doravante a eficácia no deslinde dos delitos e se tornar uma ferramenta de combate à corrupção inócua.

Visando a atender o comando expresso no artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna, que assegura ao

cidadão “meios que garantam a celeridade”, o presente artigo objetiva demonstrar que, hodiernamente, com a crescente inovação tecnológica, que fez surgir um ambiente virtual com uma infinidade de informações, ao que denominamos Era da *Big Data*, as ferramentas de *Business Intelligence* podem ser consideradas meios eficazes para garantir a celeridade positivada na Constituição Federal.

Obviamente que há outros fatores, internos e externos, inerentes aos órgãos públicos que integram o sistema de justiça, que também contribuem sobremaneira para a falta de celeridade e, portanto, merecem ser destacadas: a carência de recursos humanos e o excesso do formalismo documental e processual.

Em face desses fatores multifacetados que contribuem para a falta de celeridade, este trabalho científico sugere mecanismos para enfrentar parte dos entraves que comprometem a celeridade e eficiência, sobretudo, das investigações policiais, e que consistem no crescente volume de dados e informações, físicas e virtuais, vinculados a determinado fato criminoso.

Ao se fazer a delimitação da atividade estatal sujeita à proposta deste artigo, deve-se ressalvar que o emprego de ferramentas de *Business Intelligence* não está adstrito somente à fase de investigação policial, nem tão pouco a investigações de determinados tipos penais.

Todavia, este trabalho tem o condão de dar enfoque ao emprego das soluções tecnológicas especificamente no combate e investigação de crimes praticados por agente públicos e particulares contra a administração pública que causam prejuízo ao erário e à moralidade administrativa e, nessa condição, são abstratamente conhecidos por “crimes de corrupção”.

Ainda no campo da delimitação da proposta defendida, especificamente, neste subtópico, deve-se frisar que a sugestão é direcionada exclusivamente à atividade de investigação criminal realizada pelas Policiais Judiciárias, as quais têm suas atividades normatizadas no Código de Processo Penal, sobretudo no que diz respeito aos prazos de conclusão da investigação policial que, no ordenamento jurídico Brasileiro, na prática, se resumem ao inquérito policial.

A respeito do prazo de conclusão do Inquérito Policial, o Código de Processo Penal, em seu o artigo 10[5] prevê, sem prejuízo de outros diplomas legais com prazos diferentes, que é de 30 dias o prazo para a conclusão das investigações nos casos em que não há réu preso. O diploma legal define ainda que um minucioso relatório contendo o que tiver sido apurado nas diligências seja encaminhado ao Juiz competente, e ressalta que, nos casos em que o fato investigado for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, poderá ser requerido ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

[5] Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.
§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.
§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.
§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Sabe-se que esse prazo geral de conclusão do Inquérito Policial nasceu com o próprio Código de Processo Penal, o qual foi instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689 em 3 de outubro de 1941, e há muito não é suficiente para o deslinde de um fato criminoso, principalmente, nos tempos atuais. Vivenciamos o *boom* das inovações tecnológicas que permitiram, dentre outros, o surgimento de vários ambientes virtuais multifacetados, ao que se denomina *Big Data*, cujas características são o crescente volume de dados, a variedade de informações e uma velocidade na produção dos dados superior à capacidade que o usuário corporativo tem para analisá-los e processá-los manualmente.

É exatamente para esse ambiente virtual denominado *Big Data* que esse artigo propõe o uso das ferramentas de *Business Intelligence* como forma de concretização da eficiência administrativa e garantia da celeridade na tramitação das atividades investigativas de combate à corrupção, exercidas pela Polícia Federal e Policiais Civis dos Estados.

Cita-se como exemplo de ambiente de *Big Data* que requer o emprego de Ferramentas de *Business Intelligence* o Sistema de investigação de movimentações bancárias (SIMBA), que foi criado a partir da edição da Carta Circular 3454/2010, o qual pode ser considerado um repositório de dados de movimentações bancárias de pessoas investigadas, que são disponibilizados às autoridades competentes, mediante autorização judicial, para serem submetidos à análise financeira dos Agentes Investigadores.

Esse Sistema de Investigação de movimentações Bancárias, quando empregado em uma investigação Policial, com medida cautelar de quebra de sigilo bancário, recebe um volume considerável de dados não estruturados, cuja análise financeira para ser eficiente e célere deve ser realizada com auxílio de Ferramentas de *Business Intelligence*.

Exemplificativamente, cita-se a quebra de sigilo bancário da investigação policial denominada *Operação Ápia*, realizada na Superintendência da Polícia Federal no Tocantins, cujo sigilo foi levantado em 6/9/2019 (TRF – 1ª Região, 2019), e gerou a seguinte massa de dados não estruturados: um arquivo no formato *excel* com 714.314 linhas ou um arquivo no formato .*pdf* com 15.435 páginas.

Neste volume de dados a atividade de busca, análise e processamento das informações disponibilizadas se torna excessivamente morosa, quiçá impraticável, se realizada diretamente nos arquivos gerados.

É, portanto, imprescindível o emprego de ferramentas de análise, tais como as desenvolvidas pela Empresa Qlik, as quais permitem o tratamento dos dados e a análise visual extremamente rápida em painéis denominados *dashboards*, que são criados ou remodelados pelo próprio Agente Investigador, a partir de funções ou expressões (*scripts*). Estes servem de parâmetro para evidenciar indícios e provas de cometimento de crimes de corrupção, cujo produto ou proveito monetário tenham transitado pelo sistema financeiro nacional.

No método tradicional de investigação policial, o produto dessa análise financeira seria gestado em um lapso temporal demasiadamente grande e, consequentemente, o prazo do Relatório a que se refere o artigo 10 do Código de Processo Penal seria objeto de sucessivas prorrogações, o que afetaria diretamente a celeridade e a eficiência da atividade investigativa desempenhada pelo Órgão Policial. Isso não ocorre quando se recorre,

por exemplo, à ferramenta de Análise QlikView, cuja essência é a obtenção e visualização do dado tratado a partir de um clique.

Outro exemplo de ambiente de *Big Data* inerente à atividade de investigação policial e que requer o emprego de Ferramentas de *Business Intelligence* é o Sistema de Investigação Telefônica e Telemática – SITTEL. Assim como o SIMBA, é um Banco de dados em que são disponibilizadas às autoridades competentes mediante ordem judicial a massa de dados provenientes de diversas Operadoras de Telefonia. Dados que, a partir do ingresso no sistema, passam a ter um formato estruturado que permite ao Agente Investigador a análise e o processamento dos dados com o emprego de Ferramentas de *Business Intelligence*.

Como ferramentas de análise eficazes para emprego no banco de dados SITTEL, citamos as soluções tecnológicas desenvolvidas pela empresa IBM (por exemplo: *IBM i2 Analyst's Notebook*), que ajudam a transformar dados em inteligência com visualizações de redes conectadas, análise de rede social e visualizações geoespaciais ou temporais que revelam conexões e padrões ocultos nos dados.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que as duas Ferramentas de análise até aqui expostas (*Qlikview e i2 Anlyst's Notebook*) não são excludentes, ou seja, nos bancos de dados exemplificados acima, o usuário Investigador Policial tem ampla liberdade para fazer uso de ambas e ainda lançar mão de outras soluções tecnológicas disponíveis, sempre visando à eficiência administrativa e ao Princípio da oportunidade, a depender do objetivo visado na investigação.

Nessa seara exemplificativa de ambientes virtuais em que são empregados softwares de inteligência artificial, podemos acrescentar uma infinidade de bancos de dados públicos e particulares, que formam um ambiente *Big Data*, e que são imprescindíveis tanto na fase inicial da investigação policial como no transcorrer do processo, tais como: Banco de dados da Receita Federal do Brasil, Justiça Comum Federal e Estadual, dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, de Autarquias e de empresas privadas.

Não podemos deixar de citar uma massa de dados virtuais específica que é proveniente de uma infinidade de equipamentos eletrônicos (telefones celulares, tablete, pen drive, notebooks, computadores, Hard Disk, CD-Rom, DVD-Rom etc.) que são apreendidos durante o cumprimento de medidas judiciais de busca e apreensão em deflagrações denominadas “fases da Operação Policial”.

Soma-se a esse volume de dados extraídos das mídias apreendidas um segundo volume de informações provenientes de documentos físicos relevantes para a investigação que também são apreendidos, digitalizados e, em seguida, passam a compor, juntamente com a massa de dados proveniente do conteúdo virtual espelhado, um volume de informações que neste artigo denominamos *Big Data superveniente*. Este, do ponto de vista da produção da prova, é o mais importante, uma vez que contém dados exclusivamente produzidos pelos investigados que não estão disponíveis em outro local, nem seriam declarados ou confessados por seus autores, caso não fossem descobertos.

A título de exemplo de *Big Data superveniente* citamos, em âmbito nacional, a investigação policial denominada “Operação Lava-Jato”, que durante as sucessivas deflagrações de medidas cautelares já atingiu

um volume de dados virtuais superior de 1.219.213 gigabytes[6] provenientes de cerca de 4.285 mídias apreendidas.

Em âmbito regional, podemos citar a investigação policial denominada *Operação Ápia*, com seis fases de deflagração, que teve a apreensão de dezenas de equipamentos eletrônicos e cuja extração de conteúdo resultou um volume de dados na ordem de 18,15 *TeraBytes* de dados efetivos, ou seja, 4.306.530 arquivos e 32.768 pastas. Sem citar os documentos físicos que foram arrecadados e apreendidos.

Em meio a este grande volume de informações e dados supervenientes que, a princípio, têm relevância para a investigação policial surgem outras soluções tecnológicas de inteligência artificial que podem ser usadas como meio de garantir maior celeridade e eficiência na análise dos dados.

Cita-se por exemplo as soluções tecnológicas Watson, desenvolvido pela Empresa IBM, os UFED (*Universal Forensic Extraction Device*), desenvolvidos pela Empresa *Celebritte* e o IPED (Indexador e processador de Evidências Digitais) desenvolvido por peritos da Polícia Federal[7].

Essas ferramentas de *Business Intelligence* permitem que o conteúdo relevante proveniente dos materiais apreendidos seja extraído e totalmente indexado de forma que, na atividade de busca de evidências, sejam estabelecidos vínculos entre os dados buscados e outros existentes no ambiente *Big Data* pertinentes ao objeto da investigação. Além disso, ainda permite que todo *caracter* constante dos documentos se torne pesquisável, por meio da aplicação da ferramenta *Optical Character Recognition* (OCR). Tudo isso de forma célere, eficiente e segura, do ponto de vista da produção da prova e da preservação da cadeia de custódia dos dados.

3.4 O USO DE FERRAMENTAS DE *BUSINESS INTELLIGENCE* EM INVESTIGAÇÕES POLICIAIS COMO MEIO DE SUBSIDIAR A FORMAÇÃO DA *OPINIO DELICTI* PELO TITULAR DA AÇÃO PENAL, PRESERVANDO A GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, DAS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

No ano de 1992, o Governo brasileiro depositou a carta de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que continha em seu artigo 8 (Garantias Judiciais):

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de *um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[6] Os números colossais da Operação Lava-Jato. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/os-numeros-colossais-da-operacao-lava-jato/>. Acesso em: 30 out. 2019.

[7] Volume de dados da Lava Jato leva PF a criar novo sistema. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1846272-neo-volume-de-dados-da-lava-jato-forca-pf-a-criar-novo-sistema.shtml>. Acesso em: 4 nov. 2019.

Em que pese a adesão do Pacto San José da Costa por meio do Decreto nº 678/92, suas normas não tinham *status* de preceito constitucional e, por conseguinte, o direito de a pessoa ser ouvida, com as devidas garantias, e dentro de *um prazo razoável* permaneceu por longo período com *status* de norma legal.

No ano de 2004, com a manifestação do Poder Constituinte Reformador, foi inserido na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional nº 45/2014 o inciso LXXVII com o seguinte texto: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os *meios que garantam a celeridade* de sua tramitação".

A partir da promulgação dessa Emenda Constitucional, consagraram-se expressamente os Princípios da Razoável duração do processo e o da Celeridade, sobre os quais se deve citar que, na comunidade jurídica internacional, é assente que uma das manifestações de preservação da dignidade humana é que o Estado garanta a todo cidadão, assim como os demais, esses novos preceitos fundamentais.

Nessa seara, recorda-se que no subtópico anterior foram exploradas e demonstradas as funcionalidades de determinadas Ferramentas de *Business Intelligence* como meio de garantia da celeridade da investigação policial em meio a um ambiente considerado *Big Data*.

A partir da comprovação dessa efetiva celeridade impulsionada pelo emprego das soluções tecnológicas, é necessário também discorrer sobre os efeitos reflexos que atingem outras atividades estatais, diversas da investigação policial, mas que estão submetidas ao mesmo mandamento constitucional de proporcionar celeridade na tramitação de processos judiciais e/ou administrativos.

Nesse viés, este artigo propõe uma flexibilização do artigo 10, § 1º do CPP de modo que em determinadas investigações policiais, sobretudo aquelas que envolvam crimes de corrupção, o resultado das análises de dados objetivos com emprego de ferramentas de inteligência artificial e que não necessitem obrigatoriamente de validação técnico-pericial possam ser requisitados pelo Ministério Público, sem prejuízo do Relatório da Autoridade Policial, antes da conclusão deste, como mais uma forma de celeridade visando a subsidiar a elaboração da denúncia ministerial concomitantemente à marcha investigativa.

A proposta delineada neste subtópico visa, além da garantia de maior celeridade na atividade estatal do *jus persequendi*, consubstanciado no direito que tem o Estado de perseguir o autor de delito, a um meio de assegurar o direito constitucional da razoável duração da persecução penal, do contraditório e da ampla defesa.

Diante do que é proposto neste trabalho, é necessário frisar que o atendimento a requerimentos do Órgão Ministerial para disponibilizar antecipadamente elementos informativos já documentados em procedimento investigatório, em princípio, não viola o ordenamento jurídico, uma vez que uma das características do Inquérito Policial é a dispensabilidade.

Ademais, deve-se frisar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 593727/MG, pacificou o entendimento de que o Ministério Público é legitimado para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal. E, no exercício dessa prerrogativa, a mera requisição incidental de

Relatórios de análise de dados com informações de natureza objetiva com o intuito de garantir celeridade na formulação da denúncia deve ser encarada como medida voltada ao cumprimento da eficiência administrativa apartada de interesses classistas.

Outrossim é importante ressaltar que a proposta de subsidiar o Ministério Público, mediante requisição, antes da conclusão do Relatório do Inquérito Policial, contempla um juízo prévio de oportunidade a ser exercido pela Autoridade Policial, ou seja, o que se propõe neste artigo não é colocar o órgão policial sob o comando funcional do Ministério Público. O que se sugere é uma possibilidade excepcional e específica de intercâmbio de informações objetivas e estruturadas, produzidas com maior celeridade a partir do emprego de ferramentas de inteligência artificial.

É importante ressaltar que apenas os Relatórios produzidos a partir da análise de dados objetivos e estruturados, com uso de ferramentas de *Business Intelligence*, tais como dados financeiros, dados fiscais, dados de comunicações telefônicas, dados estruturados e originários de outros bancos de dados públicos ou particulares, dados virtuais extraídos de materiais físicos e digitais apreendidos, é que poderão ser disponibilizados antecipadamente. Isso porque o resultado da análise e do processamento são formalizados em Relatórios próprios e exaurientes, e os indícios e provas evidenciados podem dispensar, na fase da investigação policial, a validação pericial prévia.

A questão da validação pericial de determinados Relatórios de análise de dados confeccionados com uso de ferramentas de *Business Intelligence* na fase da investigação, que também é matéria controversa, pode ser superada, sem prejuízo para as partes, usando-se como argumento o que foi reafirmado pelo STF no julgamento da AP 508 em 6/2/2019.

Esse entendimento é no sentido de que não é necessária a degravação integral das conversas oriundas de interceptações telefônicas, bastando a transcrição dos excertos que subsidiaram a denúncia e a disponibilização do conteúdo integral das gravações realizadas.

Portanto, seguindo essa mesma linha de entendimento, pode-se suscitar que nos casos de análise de dados similares aos produzidos em interceptação telefônica seja suficiente apenas a evidenciação parcial dos dados relevantes que possam subsidiar a denúncia, e que o intercâmbio desses elementos informativos possa ocorrer com o Ministério Público, mediante requisição, antes da conclusão do Relatório do Inquérito Policial. Com isso, permite-se que a fase da persecução criminal adstrita ao Órgão do MP também seja impulsionada com a celeridade promovida na investigação policial a partir do uso de ferramentas de BI.

Outro entrave que pode ser alegado como impedimento para que o Ministério Público requisite à Autoridade Policial Relatórios de Análise de Dados incidentalmente é a falta de previsão legal. Contudo essa alegação deve ser enfrentada à luz da busca na celeridade na persecução criminal e ser superada sob outro argumento de que o Relatório do Inquérito, inobstante se tratar de procedimento importantíssimo, não é indispensável e, além disso, no Relatório do Inquérito, normalmente, não há reanálise do que consta no Relatório de análise de dados processado com ferramentas de *Business Intelligence*.

Nessa seara, o que se busca com este artigo não é uma inovação procedimental ao arrepio da lei. Na

verdade, a proposta aventada neste subtópico volta-se para a eficiência e celeridade do Estado na atividade de persecução penal, cumprindo um mandamento constitucional, a partir do uso de ferramentas de inteligência artificial com mecanismo eficiente para garantir a celeridade da persecução criminal e a razoável duração do processo.

3.5 O USO DE FERRAMENTAS DE *BUSINESS INTELLIGENCE* COMO MEIO DE GARANTIR A CELERIDADE NA PERSECUÇÃO CRIMINAL E SEU IMPACTO NA INIBIÇÃO DA SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE POR PARTE DO CIDADÃO

> A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.(BECCARIA, 2011, p. 94)

A frase de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, um dos principais representantes da Escola Clássica do Direito Penal, é tão clássica quanto contemporânea.

Beccaria já vislumbrava, em uma época certamente com menos volume de dados e informações, que a certeza da aplicação da pena produz mais efeitos na prevenção geral do que a dúvida quanto à aplicação de penas severas.

Hodiernamente podemos traduzir o pensamento do Marques de Beccaria afirmando que a atividade estatal de persecução criminal sem meios que garantam a celeridade no trâmite de processos judiciais gera um sentimento de impunidade no autor do delito e no cidadão.

No caso do autor do delito, esse sentimento de impunidade provém da falta de celeridade e efetividade na persecução penal, consequentemente, faz com que a prevenção geral negativa, que deveria criar nesse delinquente uma espécie de "coação psicológica", desestimulando-o a delinquir, torne-se inócua.

No caso do cidadão, o sociólogo Sérgio Adorno (2013, *online*) afirma que "o sentimento de impunidade gera descrença nas instituições democráticas encarregadas de aplicar a lei e a ordem, proteger os direitos civis dos cidadãos, consagrados na Constituição, em especial o direito à segurança".

Nessa mesma linha de argumentação de que uma justiça sem celeridade afeta a credibilidade do Estado Juiz e como corolário faz surgir um sentimento de impunidade, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso discorreu em seu voto no julgamento das Ações Declaratórios de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que discutem a execução antecipada da pena após a condenação em 2º grau, sobre o paradigma da impunidade do sistema criminal brasileiro. Veja-se:

> Há, ainda, fundamentos de ordem pragmática que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:
> [...]
> (iii) promove a quebra do paradigma de impunidade no sistema
> criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso

> extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento;

O tema proposto neste artigo, e mais especificamente neste subtópico, vai ao encontro do que foi enfrentado no julgamento citado acima. E a contemporaneidade da discussão encontra argumentos vastos por parte dos que eram a contra à execução da prisão após condenação em 2ª instância, mas também pelos que eram defensores, estes inclusive por quantidade maior do que os outros.

Contudo há um ponto em que parece que as duas correntes se tangenciam, qual seja, existe uma morosidade real no sistema de justiça criminal que afeta a certeza da punibilidade estatal e, por conseguinte, vem sendo vista como impunidade.

Nesse ponto, deve-se frisar que a morosidade na persecução criminal se deve a variados fatores que inclusive já foram citados alhures, quais sejam, a escassez de servidores nos órgãos que compõem o sistema penal, Polícia Judiciária, Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria Pública etc. Também podemos citar o sistema processual como um fator preponderante para a morosidade para se chegar ao fim de um processo. Os incontáveis recursos protelatórios têm o condão de suspender ou diminuir a marcha processual, sobretudo nos casos que envolvem crimes do colarinho branco, cujos autores possuem condição financeira suficiente para contratar as melhores bancas de causídicos. Estas terão como meta imediata tornar o processo um desenrolar infindável de argumentação e condenar o *jus puniendi* à morte pela prescrição, a qual foi criada para estabilizar relações sociais diante da inércia do autor da ação penal, mas hoje ela funciona como uma punição do autor e, consequentemente, da vítima e da sociedade, por uma demora do Judiciário na qual aqueles não têm qualquer culpa.

Nesse sentido, cita-se novamente trecho do Ministro Barroso no voto das ADCs 43, 44 e 54. Veja-se:

> 42. Sustentei, nos precedentes de 2016, ter ocorrido o fenômeno da mutação constitucional, que significa a alteração do sentido e alcance de uma norma, tal como interpretada pela Suprema Corte, por uma de três razões: (i) mudança na realidade social, (ii) mudança na compreensão do direito ou (iii) pelos impactos negativos produzidos pelo entendimento anterior.
> 43. Destaco, a esse propósito, três impactos negativos do entendimento firmado a partir de 2009:
> a) Poderoso incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios;
> b) Reforço à seletividade do sistema penal, tornando muito mais fácil prender menino com 100 gramas de maconha do que agente público ou privado que desvie 100 milhões;
> c) *Descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade.*
> 44. Em votos anteriores acerca dessa mesma matéria, eu listei uma série de *casos emblemáticos que ilustravam o padrão de impunidade* do modelo anterior: (i) *o*

> *jornalista que matou a namorada e passados 10 anos continuava solto levando vida normal; (ii) o parlamentar que desviou muitos milhões e só foi finalmente cumprir pena 14 anos depois, às vésperas da prescrição, por uma atuação proativa do Ministro Toffoli; (iii) o do jogador de futebol que dirigindo embriagado provocou a morte de três pessoas e depois de 21 recursos a pena prescreveu;* (iv) o suplente de deputado federal que contratou pistoleiros para matar a titular e tomar a sua vaga, que só foi condenado e preso 13 anos depois; (iv) o caso dos assassinos da missionária Dorothy Stang, morta em 2005, e que só agora, em 2019, foram finalmente cumprir pena; (v) o caso do Propinoduto do Rio de Janeiro, ocorrido entre 1999 e 2002, com desvio de mais de R$ 100 milhões de reais, cuja decisão condenatória só veio a ser executada em 2018; (vi) *o caso que motivou a virada jurisprudencial, em 2009: uma tentativa de homicídio praticada em 1991, que prescreveu em 2012, sem trânsito em julgado.*
>
> 45. São casos ilustrativos. *Basta ter um advogado que manipule o sistema para o processo durar pelo menos uma década.* Os casos se multiplicam. Outro exemplo emblemático é a "Chacina de Unaí". Assassinato de 4 (quatro) servidores do Ministério do Trabalho, ocorrido em 2004. Só em 2019, ainda sem trânsito em julgado, se conseguiu prender os assassinos. (Grifo nosso.)

E nesse sentimento expresso nos trechos negritados no voto do Ministro Barroso que este artigo vem propor meios que garantam maior celeridade, sobretudo na fase da investigação policial, como uma forma de contribuir para o incremento da velocidade de determinadas atividades inerentes à persecução criminal.

Trata-se do uso das ferramentas de *business intelligence* como um mecanismo complementar de eficiência para garantir a agilidade na tramitação de parte do sistema de persecução e, dessa forma, contribuir para a inibição dessa sensação de impunidade gerada tanto no autor quanto no cidadão.

Ainda com relação à ineficácia da prevenção geral positiva decorrente da sensação de impunidade causada pela falta de celeridade na persecução criminal, deve-se acrescentar que a morosidade é nociva ao sistema processual, eis que desacredita a prestação jurisdicional, quanto ao poder-dever do Estado de dizer o direito.

3.6 O USO DE FERRAMENTAS DE *BUSINESS INTELLIGENCE* COMO MEIO DE GARANTIR A CELERIDADE NA PERSECUÇÃO CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NA ESTIGMATIZAÇÃO DO INVESTIGADO

Esse argumento pode ser extraído do julgado a seguir, que demonstra exatamente o que se pretende evitar a partir da disponibilização antecipada dos Relatórios de Análise de Dados objetivos confeccionados com uso de meios tecnológicos (*BI*), assim entendidos como mecanismos que promovem a celeridade na investigação policial, cujo acesso pelo órgão ministerial não importa prejuízo ao Relatório da Autoridade, uma vez que o resultado das análises são exaurientes. Veja-se:

> RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 58.138 - PE (2015/0074344-2) RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA RECORRENTE: ANDRE GUSTAVO DE ALBUQUERQUE PEREIRA RECORRENTE: MARCONI JOSE DE ALBUQUERQUE PEREIRA RECORRENTE: ANDRÉ GUSTAVO DE CARVALHO LEANDRO ADVOGADOS: EDGAR MOURY FERNANDES NETO E OUTRO(S) JOSE LUIZ DE MENDONÇA GALVAO JUNIOR THIAGO GUIMARÃES TANNURI 12 FERREIRA LIMA FALCÃO RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EMENTA PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO DE SUPOSTOS CRIMES DE SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE ATIVOS. AUSÊNCIA DE INDICIAMENTO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. É assente nesta Corte Superior que o inquérito policial tem prazo impróprio, por isso o elastério do lapso para a sua conclusão pode ser justificado pelas circunstâncias de o investigado gozar de liberdade e pela complexidade do levantamento dos dados necessários para lastrear a denúncia. 2. Atribui-se ao Estado a responsabilidade pela garantia da razoável duração do processo e pelos mecanismos que promovam a celeridade de sua tramitação, quer no âmbito judicial, quer no administrativo. Em razão disso, *não é possível aceitar que o procedimento investigatório dure além do razoável, notadamente quando as suas diligências não resultem em obtenção de elementos capazes de justificar sua continuidade em detrimento dos direitos da personalidade, contrastados com o abalo moral, econômico e financeiro que o inquérito policial causa aos investigados.* 3. Na hipótese, o inquérito policial perdura por mais de oito anos sem ter sido concluído e, mesmo tendo ocorrido inúmeras diligências, ainda não foram obtidos elementos concretos capazes de promover o indiciamento dos investigados, o que denota constrangimento ilegal a ensejar a determinação do seu trancamento por excesso de prazo, sem prejuízo de abertura de nova investigação, caso surjam novas razões para tanto. 4. Recurso provido para, concedendo a ordem, determinar o trancamento do inquérito policial. (RHC nº 58.138/PE (2015/00774344- 2). (Grifo nosso.)

Indubitavelmente a demora na prestação jurisdicional causa danos para a sociedade, seja pelo fato da sensação de impunidade, que fomenta um desiquilíbrio na ordem jurídica sob o ponto de vista que essa demora tem o condão de causar a desconfiança das instituições do Estado frente à sociedade, ou mesmo por causar um dano ao indivíduo que se encontram sob investigação criminal. Essa excessiva demora traz à pessoa do investigado o estigma de "eterno culpado". A falta de um desfecho do processo criminal, em prazo razoável, pelo excesso de tempo na tramitação processual, seja pela demora na investigação ou ainda pela célere produção da prova para que se possa prestar o serviço jurisdicional, pautado na normativa constitucional, insculpido no artigo 37º, da CF, que prescreve que a administração pública, obedecerá, entre outros, ao princípio da eficiência.

No ordenamento jurídico brasileiro, porque não dizer no sistema criminal, ou até mesmo no cível, temos

inúmeras situações de ações ajuizadas que atravessam décadas sem que se chegue a um desfecho do feito. O sistema jurídico, seja na área criminal, cível ou ainda em casos das justiças especais (trabalhista, militar e eleitoral) é pródigo em casos em que a prestação jurisdicional chega a ser efetivada só após décadas de tramitação processual. Para exemplificar tamanho descalabro, "até o ano de 2018, tramitava no Supremo Tribunal Federal uma Ação Civil Originária (ACO) 158, ajuizada em 1969, com título de ação mais antiga da corte desde marco de 2012, quando o tribunal julgou o processo que teve início em 1959 e questionava concessões de terras por Mato Grosso" (ODILLA, 2018, online). Na corte Superior (STJ), temos casos ainda mais emblemáticos com ações que já atravessam século, com cerca de 120 anos para serem julgadas, exemplo da ação que envolve família real brasileira, de 1985, que aguarda julgamento de recursos – trata-se de disputa do palácio Guanabara, sede do governo do Rio de Janeiro" (ODILLA, 2018, online).

Nas ações penais, os casos de demora são ainda mais estarrecedores, devido à quantidade de ações que são ajuizadas todos os dias, seja nos grandes centros urbanos ou nos confins do interior do Brasil, dada à atividade criminal pujante praticada por diversos indivíduos das classes sociais, das menos privilegiadas até as mais abastadas, do crime comum e violento, como roubo, furto e estupro, até os crimes tidos como de "colarinho de branco" (ODILLA, 2018, ONLINE), como a corrupção, a evasão de divisa, carteis e outros tipos de associações criminosas.

O fato é que a demora da prestação jurisdicional traz males ao Estado que, diante do quadro apresentado, se revela como Estado desacreditado pela sociedade, frente à ineficiência em desenvolver o seu papel de *imperium*, sobretudo quanto ao poder-dever de punir aqueles que transgridem o ordenamento jurídico e não se submetem ao estado de lei.

Em uma visão também do contraditório e da ampla defesa, permitir que o cidadão sofra uma estigmatização[8] pela ineficiência do estado em desenvolver sua jurisdição, demora excessiva da prestação jurisdicional, no sentido original da palavra, isto é, dizer o direito, ainda que, para condenar ou absorver, confirma a tese de que o Estado, por meio de suas instituições, encontra-se falido. A indecisão sobre o desdobramento dos fatos investigados causa danos para as partes envolvidas, Estado e o cidadão. Essa demora cria o sentimento de culpabilidade atribuída ao investigado, de modo que, de certa forma, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de se estigmatizar o indivíduo no curso de investigação demasiadamente demorada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, o uso das ferramentas de *Business Intelligence*, seja na fase da investigação policial, na fase da formulação da denúncia ou no decorrer do processo penal, pode ser considerado um meio fomentador de celeridade no trâmite da persecução criminal dentro de um ambiente de *Big Data*. Isso assegura um direito fundamental do cidadão, considerado, não somente, aquele se encontra na condição excepcional de

[8] Estigmatização – tema abordado por Goffman (1975), nos seus estudos de criminologia, acerca dos preconceitos no âmbito da investigação criminal.

investigado ou réu, mas também o cidadão que busca a justa prestação jurisdicional do Estado, cuja função é a pacificação social justa e célere.

Assim sendo, em face dessa atual problemática, mas não exclusiva, surge como uma solução complementar eficiente o uso da *inteligência artificial* na atividade estatal de persecução criminal com o fim de cumprir o mandamento da celeridade e da eficiência por parte dos órgãos de polícia judiciária. Da mesma forma, seria um meio de subsidiar, concomitantemente, o titular da ação penal na formulação da peça inicial acusatória, o que contribuirá, diretamente, para que a morosidade processual excessiva não cause na sociedade um sentimento de impunidade, nem imponha ao investigado ou réu a grave estigmatização social causada pela *invasão* do *Estado-persecutor* na sua vida íntima e privada.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. Confissões. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

ALMEIDA, Camila Martins de. Estigmas como meta-regras da atuação jurisdicional. In: Revista jurídica Themis. 19 ed. Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Cimas, 2007/2008.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMAR, Ayush Morad. Temas de criminologia. São Paulo: Resenha Universitária, 1982. v. II. p. 75.

ANITUA, Gabriel Ignácio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquto. Provas ilícitas. Revista dos tribunais. 2010.

BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. Direitos humanos: coisa de polícia. Passo Fundo: Gráfica e Editora Berthier, 2002.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto et al. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, M. L. Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do Juiz em face de um sistema acusatório e da natureza da ação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BISSOLI FILHO, Francisco. Estigmas da criminalização. dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica Editora. 1998.

BRITO, Elias. O que é BI e Qual a sua História? Disponível em: <https://consultoremti.wordpress.com/2014/11/07/o-que-e-bi-e-qual-a-sua-historia/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAMPENHOU, Luc Van; QUIVY, Raymond. Manual de investigação em ciências sociais. 2. ed. Lisboa: Gadiva, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almeidina, 2002.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. Código de processo penal comentado. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. 2. ed. Sorocaba/SP: Minelli, 2004.

CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da libertação. Tradução de Sylvia Mortzsohn. Rio deJaneiro: Revan, 2005.

CHAVES, Ernani. Do mecanismo repressivo à microfisica do poder: deslocamentos da concepção de Poder em Michel Foucault. In: CHECCHIA, Marcelo (Org.). Combate à vontade de potência. São Paulo: Anna Blume, 2017.

CHOURK, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

COLOMER, Juan-Luis Gómez et al. Polícia e estado democrático de direito na América Latina. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1. 2001.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Reformas processuais e duração razoável do processo: uma análise à luz do conceito de tempo kairológico. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XXI, 2012, Niterói. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 336-356.

CRETELLA JÚNIOR, José. Do poder de polícia. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DOUGLAS, John e OLSHAKER, Mark. Mentes criminosas & crimes assustadores. 2. ed. Tradução de Octávio Marcondes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 16. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder investigatório do Ministério Público. Boletim do instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, n. 23, 2004.

FOUCAULT, Michael. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2014.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. História do direito penal, crime natural e crime de plástico. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 1., t. 1.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Princípios de criminologia. Valencia: Editora Tirant Lo Blanch, 2006.

GODINHO, R. R. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: De Jure: Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 8, p. 384407, 2007.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. Tradução de Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. A eficácia da lei da tortura. da tortura: aspectos conceituais e normativos. CEJ, Brasília, n. 14, mai./ago. 2001.

GONZAGA, João Bernardino. A inquisição em seu tempo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. in: Novas tendências do direito processual, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HAAG, Carlos. A justiça da impunidade – Ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas. 2013. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 22.

JOBIM, Marco Féliz. O Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LARRAURI, Elena. La herencia de la criminologia Crítica. 2. ed. México: Siglo Veintiuno, 1992.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal. 5. ed. Salvador: Juspodivm.2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito ao processo penal no prazo razoável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Agapito. Prova emprestada: interceptação telefônica: validade? Revista Cearense Independente do Ministério Público, Fortaleza, v.1, n. 3, p. 19-25, out. 1999.

MACHADO, Heitor. A impunidade no Brasil é um convite ao crime. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/>. Acesso em: 20 out. 2019.

MARTINS, Lorena Roberta de Moraes. Prescrição penal e a impunidade diante dos crimes de homicídio doloso. 2015. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/prescricao-penal-e-impunidade-diante-dos-crimes-de-homicidio-doloso/>. Acesso em: 20 out. 2019.

MONJARDET, Dominique. O que faz a polícia: sociologia da força pública. São Paulo: Edusp, 2002. Série Polícia e Sociedade, n. 10.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015
.
NUCCI, Guilherme de Souza e outros. Constituição Federal Comentada. São Paulo: Forense, 2018.

ODILLA, Fernanda. Sem data para ser julgado, processo mais antigo do STF se arrasta há 49 anos. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43286346>. Acesso em: 20 out. 2019.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica. São Paulo: Edições Almedina AS, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil, evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. n. 798, 2002.

SUN TZU. A arte da guerra. Tradução. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2001.

SUTHERLAND, Edwin H. Princípios de criminologia. Tradução de Asdrubal Mendes Gonçalves. São Paulo: Martins Editora, 1949.

SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

TOURINHO FILHO, F. C. Processo penal. v. 3, 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Seção Judiciária do Estado do Tocantins. Processo n° 0005097-55.2016.4.01.4300 - 4ª VARA – PALMAS. 2019. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/Autenticidade/>. Acesso em: 20 out. 2019.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no direito penal. 2. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PRERROGATIVAS INDISPENSÁVEIS À POLÍCIA CIVIL PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO

Bruno Monteiro Baeza[1]
Wanderson Queiroz[2]

Resumo: As instituições públicas responsáveis pelo combate à corrupção dependem, fundamentalmente, de garantias e prerrogativas sem as quais o combate à corrupção torna-se inviabilizado. No presente trabalho, são analisados os meios necessários para que a Polícia Civil, como integrante do sistema de persecução penal e segurança pública, possa combatê-la efetivamente. Analisam-se o papel constitucional da instituição, suas atribuições e medidas que devem ser implementadas para o cumprimento de sua missão. Conclui-se que a independência funcional dos delegados de polícia é indispensável ao combate à corrupção, ressaltando-se que tal prerrogativa é compatível com o controle externo da atividade policial e com o atual modelo de segurança pública previsto na Constituição da República. A autonomia administrativa e financeira, não obstante seja elemento de fortalecimento ao combate à corrupção, para ser reconhecida no âmbito da Polícia Civil, demandaria reforma constitucional.

Palavras-chave: Autonomia. Inamovibilidade. Independência funcional. Instituição de Estado.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva demonstrar quais as prerrogativas necessárias para que Polícia Civil, como instituição integrante do sistema de persecução penal, possa atuar, com efetividade, no combate à corrupção.

O desenvolvimento da pesquisa vai apresentar ao leitor uma abordagem teórica do material doutrinário sobre a atuação da Polícia Civil, com enfoque sobre o tema proposto. São analisadas proposta de alteração ao texto constitucional em trâmite no Congresso Nacional e jurisprudência recente sobre a temática.

Parte-se da premissa de que a Polícia Civil é integrante do sistema de persecução penal, tendo em vista suas atribuições constitucionais para investigar crimes, no exercício das funções de Polícia Judiciária. Observa-se que o Poder Judiciário e o Ministério Público, como integrantes desse mesmo sistema de persecução, possuem independência funcional de seus respectivos membros, como garantia imprescindível ao exercício de suas atribuições, de modo que a independência funcional dos delegados de polícia deve ser reconhecida. Ao final, são fornecidos elementos para que se responda à seguinte indagação: quais são as prerrogativas necessárias para que a Polícia Civil possa atuar no combate à corrupção?

[1] Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Delegado de Polícia do Estado do Tocantins.
[2] Pós-graduado em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Faculdade Unidas de Campinas (Unicamps). Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Delegado de Polícia do Estado do Tocantins.

Por fim, passa-se à análise da independência funcional do delegado de polícia como elemento essencial para que o órgão de execução da instituição possa atuar no combate à corrupção de forma eficiente, analisando-se aspectos da constitucionalidade da prerrogativa, jurisprudência e doutrina especializada, além de se abordar, em linhas introdutórias, a necessidade de uma reforma constitucional para que a Polícia Civil seja dotada de independência institucional (autonomia financeira e administrativa).

1 ANÁLISE HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO

A Polícia Civil é uma entidade pública inscrita como órgão de segurança pública no art. 144, IV, da Constituição Federal de 1988, mas o seu surgimento, considerando os últimos 200 anos, remonta à chegada da família real ao Brasil, ocasião em que, em 10 de maio de 1808, o então príncipe regente Dom João VI, com a expedição de alvará, na cidade do Rio de Janeiro, criou a Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, sendo nomeado como intendente o desembargador e conselheiro do paço Paulo Fernandes Viana (FRANCELIN, 2010). Com a criação da Intendência Geral de Polícia, na opinião de Francelin (2010), "o sistema policial galgou um estágio progressivo na sociedade brasileira". Nessa época, surgiu, também, a figura do delegado de polícia como o responsável pelas atividades do intendente na localidade sob sua jurisdição, diante da impossibilidade do intendente geral de administrar os trabalhos em todo o território nacional.

Com a reforma processual do ano de 1841, a partir da Lei nº 261, de 3 de dezembro, conforme estudos de Cabette e Sannini Neto (2017, p. 52), a polícia civil se aproximou mais do Poder Judiciário com a exigência de que os chefes de polícia fossem escolhidos entre desembargadores e juízes de direito, além do que os delegados deveriam ser nomeados entre juízes e tinham competência para julgar e punir infratores, conforme o texto legal citado: "art. 2º Os Chefes de Polícia serão escolhidos d'entre os Desembargadores e Juízes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaesquer Juizes e Cidadãos: serão todos amoviveis, e obrigados a acceitar."[3]

Outra renovação legal importante na história da Polícia Civil ocorreu em 1871 (CABETTE; SANNINI NETO, 2017, p.52), com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro. Dessa legislação, merece destaque o § 5º do art. 1º, o qual reza que os chefes de polícia e delegados continuam nomeados entre os magistrados, doutores e bacharéis de direito, porém os nomeados foram impedidos de gozar "do predicamento de sua magistratura", sendo essa legislação um marco, vez que separou a atividade judiciária da policial.

No ano de 1941, mais precisamente em 3 de outubro, o ordenamento jurídico foi inovado pelo Código de Processo Penal (CPP), o qual deve ser analisado criticamente como fruto de um momento histórico ditatorial da era Vargas (TUPINAMBÁ, 2017). O citado dispositivo trouxe importantes normas quanto ao trabalho da Polícia Civil, sobretudo nos arts. 4º a 23, nos quais são estabelecidas as regras para o desenvolvimento do inquérito policial, o caderno mais importante no que se refere a investigações. Também constam do CPP outros dispositivos de grande relevância nas atividades de Polícia Judiciária, como a possibilidade jurídica de o delegado de polícia, como membro da Polícia Civil, autuar um suspeito em flagrante (art. 304),

[3] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm. Acesso em: 5 nov. 2019.

determinando seu recolhimento, arbitrando fiança em casos específicos (art. 322) e representando por prisão preventiva (art. 311).

Outra legislação de importância ímpar para o bom desempenho das atividades policiais é a Lei nº 12.830/2013, a respeito da qual insta citar que é alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade, a ADI nº 5.043, que questiona a exclusividade do delegado de polícia como condutor exclusivo de investigações criminais, e a ADI nº 5.059, promovida pela Associação Nacional das Operadoras Celulares, com o argumento principal de que o poder concedido ao delegado de polícia para perícias, informações, documentos e dados de interesse para a investigação corresponderia a afronta ao direito constitucional de privacidade e sigilo das comunicações telefônicas.

Contudo, ainda que alvo de questionamentos, a Lei nº 12.830/2013 é um marco de proteção do inquérito policial contra a avocação arbitrária, o que possibilitaria o direcionamento de investigações. Nesse sentido, Cabette e Sannini Neto (2013) afirmaram que tal dispositivo, no § 4º do art. 2º, não defende apenas o profissional à frente da investigação, mas a sociedade como um todo contra eventuais manipulações da fase investigatória. Esse dispositivo garante a investigação por parte do delegado natural,[4] que, no entendimento de Barbosa (2015), consiste em uma forma de impedir o direcionamento de investigações.

Na mesma seara de debate, o § 5º do art. 2º apresenta uma importante garantia para a execução tranquila dos trabalhos investigativos, que se fundamenta no impedimento de remoção de delegado de polícia por ato não fundamentado. Esse regramento, como muito bem dispôs Hoffmann (2017) é engrenagem-chave para que a investigação seja desenvolvida sem temor pelo presidente do inquérito:

> Para que o Estado-Investigação promova apurações isentas e imparciais, é preciso que a autoridade de polícia judiciária não decida sob o temor de injustas represálias, não devendo se sujeitar a vicissitudes sociais, econômicas e políticas. E uma das formas mais comuns de retaliação é a remoção. (HOFFMANN, 2017, p. 55)

Segundo Barros Filho (2010), as garantias se dividem em dois grupos: garantias institucionais e garantias pessoais ou independência funcional, que o próprio autor chama, também, de prerrogativas. Ainda consoante o estudo de Barros Filho (2010), as garantias têm subdivisões, pois a garantia funcional comporta a autonomia administrativa e financeira. A autonomia administrativa se refere ao poder da entidade pública de se organizar e elaborar seu próprio regimento. A autonomia financeira possibilita ao ente apresentar sua própria proposta orçamentária.

As garantias pessoais, adverte Barros Filho (2010), podem ser entendidas como prerrogativas, porém não devem ser confundidas com vantagens especiais. Avançando no tema, o autor destrincha as espécies de garantia de independência funcional, destacando a vitaliciedade, que impossibilita que o servidor seja demitido por ato administrativo, mas apenas por sentença judicial transitada em julgado; a inamovibilidade, garantia de que o servidor não será remanejado de seu cargo, salvo expresso interesse público e

[4] O STF não reconhece, até o presente momento, o princípio do delegado natural, embora existam autores na doutrina especializada que o admitam.

irredutibilidade de subsídio, o que significa que o servidor não sofrerá diminuição no valor de seus rendimentos.

Indiscutivelmente, as garantias pessoais ou de independência funcional são de suma importância, porque *proporcionam liberdade e independência de atuação aos integrantes de alguns órgãos de Estado que exercem atividades relevantes para a sociedade.*

No tocante às vantagens que a polícia civil deveria ter com garantias legais positivadas, dispõe Barros Filho (2010): estabilidade do dirigente, uma vez que seria eleito por seus pares; autonomia institucional, com o planejamento feito por policiais e não por pessoas alheias à instituição; e o mais importante: a limitação da interferência do chefe do Poder Executivo nas questões inerentes às investigações policiais.

Quanto aos delegados, conclui Barros Filho (2010) que necessitariam das garantias de independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, em virtude da natureza jurídica da atividade que exercem.

2 A POLÍCIA CIVIL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Constitucionalmente, a Polícia Civil integra o sistema de persecução penal,[5] tendo em vista que exerce as funções de Polícia Judiciária e de investigação das infrações penais,[6] de modo que a essa instituição devem ser assegurados meios, garantias e prerrogativas necessárias para cumprimento de suas atribuições constitucionais.

Cumpre anotar que, para garantir atuação livre e independente dos demais integrantes do sistema de persecução penal (Judiciário e Ministério Público), a Constituição da República estabeleceu a independência funcional aos seus membros, garantindo-lhes vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.[7]

Contudo, aos delegados de polícia, responsáveis pela direção da Polícia Civil (art. 144, § 4º), o texto constitucional não reservou nenhuma das referidas garantias, muito embora exerçam funções diretamente ligadas à persecução penal.

[5] Gomes e Scilar (2008), ao comentar o tema, lecionam que: "ao elaborar o art. 144 o constituinte de 1988 também estava definindo parcela do modelo constitucional da persecutio criminis no Estado brasileiro, fazendo atuar o princípio da separação de poderes destinando a fase da investigação criminal ao Poder Executivo, através das Polícias Civis e Federal".

[6] Art. 144, § 4º, da CF: Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

[7] Art. 95, I, II e III, *a*, *b* e *c*, inciso I do § 5º do art. 128, todos da CF/88. Podem-se resumir referidas garantias da seguinte maneira: a vitaliciedade significa que o membro da instituição somente poderá perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, ou seja, uma mera decisão administrativa, *e.g.,* como punição proferida pela Corregedoria, não pode servir para a perda do cargo. A inamovibilidade quer dizer que o integrante da instituição somente poderá ser removido a pedido, em decisão devidamente fundamentada, ou, comprovado o interesse público, por decisão da maioria absoluta do Conselho ou órgão superior equivalente da respectiva instituição (a exemplo do art. 128, § 5º, I, *b*, da CF/88). A irredutibilidade de subsídio significa a impossibilidade de se reduzir o salário do servidor público.

A investigação policial livre e independente de interferências políticas é uma prerrogativa da sociedade[8] e não dos integrantes da Polícia Judiciária, razão pela qual as mesmas garantias previstas aos membros do Judiciário e do Ministério Público devem ser estendidas ao Estado-Investigação.

Cabette e Sannini Neto lecionam que:

> O objetivo da investigação criminal é servir à própria Justiça, posto que a perfeita elucidação do crime e de todas as suas circunstâncias, são fundamentos para a necessidade, ou não, do processo penal. Tanto isso é verdade que o Inquérito Policial em muitas ocasiões reúne elementos que são favoráveis ao próprio investigado. Sendo assim, a investigação preliminar não está vinculada nem à defesa e nem ao Órgão acusador, mas sim à Justiça, buscando a verdade dos fatos. A investigação oficial e imparcial se caracteriza como uma garantia ao investigado, que não será submetido ao processo de maneira desnecessária. (CABETTE; SANNINI NETO, 2013)

Nesse contexto, deve ser observado que a independência funcional do delegado de polícia é imprescindível para o resultado útil das investigações de crimes contra a administração e corrupção,[9] tendo em vista que tais procedimentos envolvem, invariavelmente, agentes públicos e políticos capazes de influenciar diretamente a apuração preliminar do caso penal.

Isso porque, não obstante ter reservado à Polícia Civil atividade típica da persecução penal e, por isso mesmo, função essencial à Justiça,[10] como visto, ao estabelecer a sua vinculação político-administrativa, a Constituição Federal a colocou, juntamente com as demais forças policiais administrativas (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar), sob a subordinação dos governos dos estados (art. 144, § 6º),[11] o que favorece interferências externas na atividade de investigação policial.

Gomes e Scliar (2008) defendem que o reconhecimento da autonomia funcional do delegado de polícia na investigação, verdadeiro escudo protetor contra intervenções políticas no exercício das suas funções, passa por um processo de filtragem constitucional do instituto investigação preliminar, uma mudança da postura interpretativa atual que deve ser feita à luz da Constituição Federal e não baseada nas normas infraconstitucionais ou em entendimentos anteriores à Carta de 1988.

---

[8] Rocha (2018, p.140) leciona que: "A autoridade pública, exercendo um poder que lhe é delegado pelo Estado, tem um papel social que interessa aos cidadãos e, ao mesmo tempo, interessa ao Estado. Essa é uma questão delicada, porque, como se disse, o Estado é uma abstração. [...] se os atos da autoridade pública caírem em descredito, esse descrédito se reflete no conceito de Estado".

[9] Sobre o conceito de corrupção: "Identifica-se o interesse público como tema central para a compreensão do fenômeno da corrupção [...] a análise da corrupção não pode se limitar ao seu aspecto econômico, alinhando-a à organização do sistema capitalista, por não permitir uma profunda crítica do tema, apartando a discussão dos valores e diferenças sociais existentes, bem como do horizonte normativo que pode tutelar uma maior proteção da probidade" (LEITE, 2016, p. 21).

[10] O STF, em decisões recentes, vem analisando *obiter dictum* o posicionamento institucional da Polícia Civil, de modo que é preciso verificar se se trata de instituição que, além de integrar o sistema de segurança pública, exerce função essencial à Justiça.

[11] Art. 144. [...]
§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Grifos nossos)

Em relevante estudo, Machado (2011) descreve que:

> [...] a imagem da Polícia como órgão que sofre interferência direta do governo é compartilhada pelos próprios delegados de polícia. No survey, realizado em 2002, com Delegados de Polícia do Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, a interferência política na cúpula da instituição foi apontada por 72, 6% dos entrevistados como obstáculo muito importante ao bom desempenho da Polícia Civil. (MACHADO, 2011)

Exatamente por essa razão, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da PEC nº 37,[12] utilizou como um dos argumentos favoráveis ao poder investigatório do Ministério Público a seguinte linha de raciocínio (RE nº 593727):

> O Ministério Público é órgão autônomo, cujos membros gozam de garantias constitucionais (inamovibilidade e vitaliciedade) e independência funcional (situação que não se repete na Polícia, até por órgão armado do Estado), *o que implica maior probabilidade de desenvolvimento e resultado útil de determinadas investigações, como as que envolvem políticos influentes [...]. (Grifos nossos)*

Ou seja, à luz do entendimento do STF, as investigações que envolvam políticos têm mais chances de ter um resultado útil, caso sejam conduzidas pelo Ministério Público, visto que seus respectivos membros têm independência funcional e, portanto, são livres de interferências externas.

Em outras palavras, entende-se que o resultado útil de investigações de combate à corrupção depende de determinadas garantias constitucionais, como inamovibilidade, vitaliciedade e independência funcional.

Como visto, o texto constitucional é expresso ao estabelecer que, por ser integrante do sistema de persecução penal, a Polícia Civil tem a obrigação de investigar infrações penais, o que implica, por consectário lógico, o combate à corrupção. Contudo não lhe reservou garantias e prerrogativas constitucionais consideradas fundamentais para investigações de combate à corrupção.

3 DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

A teoria dos poderes implícitos tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente Mc CulloCh vc, Maryland. De acordo com a teoria, a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução dessa atividade (CABETTE; SANNINI NETO, 2013).

Ora, como visto até aqui, se a Constituição da República estabeleceu as funções de investigação criminal e de Polícia Judiciária à Polícia Civil (art. 144, § 4º) – o que inclui a investigação dos atos de corrupção –, deve conferir-lhe os meios necessários para o seu mister constitucional.[13]

[12] PEC que teve por objeto estabelecer atribuição exclusiva às Polícias Judiciárias (Polícia Federal e Polícia Civil) para a investigação de infrações penais.

A teoria dos poderes implícitos, como defende a doutrina, foi importada do direito norte-americano e tem aplicação quando a Constituição não estabelece de forma explícita[14] os meios necessários ao cumprimento da finalidade institucional, de modo que essa teoria não deve ser aplicada e não terá nenhuma utilidade nas ocasiões em que o tema for tratado de forma explícita na Constituição, o que não é o caso ora em análise.

A rigor, a Constituição da República não estabeleceu de forma expressa os meios necessários para o cumprimento das funções institucionais da Polícia Civil, de modo que a teoria dos poderes implícitos, nesse caso, deve ser aplicada com muito mais propriedade.[15]

Nesse quadro, pode-se apresentar uma conclusão inicial que norteará o presente artigo: a Polícia Civil é uma instituição pública responsável pelo combate à corrupção, de maneira que, para o cumprimento da sua missão institucional, necessita de que sejam efetivamente implementadas garantias e prerrogativas institucionais sem as quais o combate à corrupção torna-se inviabilizado.

> Ao comentar sobre as características da polícia judiciária, José Geraldo da Silva escreve que: "deve ela apresentar em seus atos algumas das garantias judiciárias: que a legitimidade, a competência, as habilitações e as atribuições de seus agentes sejam definidas; que seus atos sejam autorizados e praticados com as formalidades prescritas na lei; que enfim, os efeitos desses atos e sua influência sobre as decisões da justiça sejam medidos segundo a natureza dos fatos e a autoridade de que são investidos os agentes. (SILVA, 1994, p. 41)

Não se discute que o inquérito policial repercute nos bens jurídicos mais caros ao cidadão – liberdade, patrimônio e intimidade –, retirando o "eu" e suas circunstâncias. Não faria sentido conferir à autoridade de Polícia Judiciária tamanho poder decisório se se receasse decidir conforme sua consciência, com base no

---

[13] Zanotti e Santos (2015, p. 106) anotam: "É possível citar outro fundamento constitucional: o art. 144, § 4º, da Constituição Federal. Pela leitura do artigo, verifica-se que somente é possível a Autoridade Policial cumprir a sua incumbência funcional de apurar as infrações penais, se tiver meios de fazê-lo de forma autônoma e independente, o que se traduz, portanto, na necessidade de lhe conferir essa prerrogativa a em estudo".

[14] Parte da doutrina sustenta que tais garantias encontram-se previstas no ordenamento jurídico de forma difusa. Contudo não há previsão no texto constitucional, o que demanda do aplicador do direito uma combinação de normas para extrair do sistema jurídico o sentido pretendido. Essa dispersão de normas e ausência de previsão no texto constitucional autoriza a aplicação da teoria dos poderes implícitos.

[15] No que toca à inamovibilidade, há parcela da doutrina que sustenta que a garantia está prevista na Lei nº 12.830: "O ordenamento jurídico tratou de conferir a alguns agentes públicos uma proteção adicional contra remoções arbitrárias. Cuida-se da inamovibilidade, que pode se encontrar na Lei Fundamental, como ocorre com a magistratura, ou na legislação ordinária, como é o caso daquela que ampara o delegado de polícia. Além do mais, a investigação criminal consubstancia-se em atividade essencial do Estado, que deve ser levada a efeito sem discriminações benéficas ou detrimentosas. Favoritismos ou perseguições são intoleráveis no âmbito da atividade de persecução penal, que deve se lastrear apenas no ordenamento jurídico, sem qualquer motivação pessoal. Para que o Estado-Investigação promova apurações isentas e imparciais, é preciso que a autoridade de polícia judiciária não decida sob o temor de injustas represálias, não devendo se sujeitar a vicissitudes sociais, econômicas e políticas. E uma das formas mais comuns de retaliação é justamente por meio da remoção. Nesse panorama, surgiu a Lei n.º 12.830/2013. Art. 2º [...] § 5º: A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado. Como se vê, só há que se falar em remoção do delegado de polícia de uma delegacia a outra se restar inequivocamente demonstrado, mediante detalhada fundamentação, o interesse público da medida. Não se trata de favor pessoal, senão de instrumento de preservação da liberdade e independência da autoridade policial no exercício da função, que gera reflexos em um dos bens jurídicos mais caros ao cidadão, qual seja, a liberdade" (CASTRO et al., 2016, p. 54-56).

ordenamento jurídico. É fácil notar que a independência funcional não prejudica, mas facilita o controle dos atos de Polícia Judiciária, pois a exigência de manifestações motivadas consubstancia-se em fato de incremento da transparência, inibindo interesses velados (HOFFMANN; FONTES, 2018, p. 41).

Tem a Polícia Judiciária – como parte do sistema repressivo estatal – importante papel a desempenhar na manutenção do Estado democrático de direito. Como titular da instrução preliminar, garante uma investigação imparcial, que busca a verdade e não a tendência de municiar uma ou outra parte processual, mas de embasar a viabilidade da própria existência ou não do processo (CORREA, 2008, p. 06-21).

Alves (2017, p. 14), ao discorrer sobre a Polícia Judiciária no atual contexto histórico, defende ampla reestruturação pela via da legislação infraconstitucional, seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual, considerando a partição de competências feitas pelo constituinte originário, para garantir à Polícia Judiciária "os mecanismos necessários para a apuração com exclusividade das infrações penais, procedendo com imparcialidade as investigações contra quem quer que seja o suspeito de infringir a lei, imune a pressões políticas de qualquer forma".

Importante lição de Rovegno (2005) adverte que:

> [...] se o legislador esteve atento e garantiu tais prerrogativas aos agentes do órgão público de acusação e aos julgadores, esqueceu-se por completo dos agentes envolvidos na investigação criminal. Esses agentes, ao contrário daqueles estão, com alguma frequência, envolvidos com pressões ilegítimas advindas de detentores de fatias do poder estatal, que pretendem, com sua influência, coartar investigações, deixar imunes protegidos e correligionários, ou mesmo evitar que condutas ilícitas a eles imputáveis sejam alvo de investigação rigorosa. Percebemos que todo o sistema de persecução penal ressente de certa fragilidade institucional dos agentes de polícia judiciária, se considerarmos que pouco do que chega julgador deixou de passar pelas mãos dos órgãos de polícia judiciária. É claramente perceptível que muitas vezes o resultado final não será aquele que se almeja, por fragilidades dos órgãos que atuaram nas fases antecedentes. Soluções [...] dotar os exercentes das funções de polícia judiciária das mesmas prerrogativas funcionais que guarnecem a atuação dos acusadores e julgadores. (ROVEGNO, 2005, p. 72-73)

Apenas para esclarecer a presente linha de argumentação: o ideal é o reconhecimento da independência funcional aos delegados de polícia, exigindo-se alteração legislativa. Contudo, por ora, enquanto não há reconhecimento explícito da referida garantia, apenas *ad argumentandum tantum,* defende-se o reconhecimento por força da teoria dos poderes implícitos.

Feitas essas considerações, vale anotar que a independência funcional, exercida pelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, é direcionada aos membros da persecução penal, de modo que sua implementação em nada implica eventual mudança de subordinação institucional (art. 144, § 6º, da CF/88).

Desse modo, conclui-se que a implementação da independência funcional aos delegados de polícia não viola o modelo constitucional de subordinação da Polícia Civil aos governos dos estados, como se verifica na sequência.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO DELEGADO DE POLÍCIA E SUA COMPATIBILIDADE COM O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

É de se anotar que a independência funcional do delegado de polícia é garantia indispensável para o efetivo exercício da atribuição constitucional de investigações policiais eficientes, o que abrange, com muito mais rigor, como ressaltado, as investigações de combate à corrupção.

A organização político-administrativa imposta pela Constituição da República coloca a Polícia Civil sob a subordinação do Poder Executivo estadual (art. 144, § 6º, da CF/88). Nesse contexto, os controles administrativo, financeiro e orçamentário ficam sob os auspícios do Poder Executivo, o que favorece ingerências na instituição.

Considerando a preocupação com essa situação, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 293,[16] de 2008, que propõe a alteração do art. 144 da Constituição Federal, atribuindo independência funcional aos delegados de polícia. Consta da proposta que:

> [...] atualmente, os delegados das Polícias Federal e Civil, subordinados ao Poder Executivo, desempenham sua relevante missão constitucional vulneráveis à ingerência política, pois não possuem a garantia da independência funcional, circunstância que acarreta imensurável prejuízo à justiça criminal.

O autor da proposta, deputado Alexandre Silveira, esclarece que:

> [...] infelizmente, as polícias e policiais não possuem nenhuma dessas garantias. Na prática, isso significa que um delegado de Polícia Federal, por exemplo, pode ser transferido a qualquer tempo, ou ser designado pela vontade dos superiores para qualquer caso, ou dele ser afastado, além de se submeter a um forte regime disciplinar que prevê a punição pelo simples fato de fazer críticas à Administração. O Chefe das Polícias Civis nos Estados, da mesma forma, é escolhido pelos respectivos governadores, evidenciando a subordinação de seus delegados ao Poder Executivo local.

Como se vê, a independência funcional – notadamente no que diz respeito a um dos seus elementos, qual seja, inamovibilidade do delegado de polícia – é medida indispensável para o cumprimento dos deveres constitucionais da Polícia Civil.[17]

[16] A PEC nº 293/2008 teve sua tramitação retomada no ano de 2019.

[17] O problema maior parece ser a ausência de inamovibilidade. Se há inamovibilidade, o agente público poderá exercer de forma independente o seu mister. Além disso, há que se ter em mente que inamovibilidade não é só a impossibilidade de ser retirado de

O reconhecimento dessa garantia não viola o princípio da separação dos poderes, assim como não viola a Constituição Federal, tendo em vista que, caso seja implementada, não implicará modificação na atual estrutura, de modo que as Polícias Civis continuarão subordinadas aos respectivos chefes do Poder Executivo estadual.

Nesse sentido, consta da manifestação da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao analisar o mérito da PEC nº 293 de 2008, que

> [...] a concessão de independência funcional aos delegados de polícia, por intermédio das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, não viola o princípio da separação dos Poderes, uma vez que as Polícias Judiciárias continuarão subordinadas ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal.

De igual modo, e por consectário lógico, defende-se que a independência funcional do delegado de polícia não viola o exercício do controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público. Explica-se.

A independência funcional do delegado de polícia pode perfeitamente ser compatibilizada com o controle externo da atividade policial. Caso implementada, essa garantia não significaria um salvo-conduto para o delegado de polícia agir como bem entender, livre das obrigações legais e do dever constitucional da motivação de suas decisões. Consequentemente, não o desoneraria do dever de cumprir as requisições do Ministério Público.

Cabe anotar, por oportuno, que o art. 16 do CPP estabelece que "o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia."

Como é cediço, a investigação é presidida pela autoridade policial,[18] de modo que a requisição de diligências tem a sua tempestividade, dado que é feita após a conclusão das investigações, e deve vir acompanhada de fundamentação.

A tempestividade[19] das requisições ministeriais, a rigor, revela que, durante a investigação policial, o delegado de polícia tem liberdade na condução do inquérito policial, devendo conduzir as investigações

determinada lotação, mas também a impossibilidade de ver retirada a sua atribuição ou competência. Nesse sentido, de nada valeria a inamovibilidade, por exemplo, de um juiz de vara de crime organizado se sua competência pudesse ser alterada por ato da administração sem anuência do magistrado, transformando-o em juiz da vara de família. Assim, um delegado de polícia retirado de sua delegacia de polícia de origem, em que investiga casos de corrupção, e lotado em outra delegacia que não tem relação com a matéria, da mesma forma, terá ferida de morte sua independência funcional, no que toca ao elemento inamovibilidade.

[18] Lei nº 12830/2013

[...]

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

conforme sua convicção jurídica[20] e mediante decisões fundamentadas, já que, apenas ao final das investigações, apresentado o relatório final (art. 10, § 1º, do CPP),[21] é que, caso entenda que autoria e materialidade delitivas não estão devidamente aquilatadas, deve o promotor de justiça requisitar as diligências que entender necessárias.

A doutrina leciona que requisitar é exigir o cumprimento para a realização de algo, com fundamento em lei. Não se confunde com ordem, visto que não há subordinação hierárquica entre promotor de justiça e delegado de polícia. Ao cumprir a requisição, o delegado não atende à vontade particular do promotor, mas ao princípio da obrigatoriedade (dever das autoridades de agir de ofício) (LIMA, 2017, p. 370).

A Lei nº 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, estabeleceu em seu texto original que: "art. 2º, § 3º (VETADO): O Delegado de Polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade".

O entendimento doutrinário é de que o referido dispositivo representaria o reconhecimento explícito e legal da independência funcional do delegado de polícia.

Argumenta-se, de maneira errônea e precipitada, que o veto supramencionado se deu pelo fato de que o dispositivo entraria, em tese, em rota de colisão com o poder requisitório do Ministério Público.

Vejam-se, porém, as razões apresentadas para o veto:

> [...] da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico – jurídico *poderia sugerir um conflito* com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, **é** *preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícia e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal. (*LIMA, 2017a, p. 370 – grifos nossos)

Como se vê, ao vetar o dispositivo, o presidente da República reconheceu de forma explícita a constitucionalidade da independência funcional do delegado de polícia, condicionando-a a uma solução na

---

[19] Zanotti e Santos (2015, p. 125) advertem: "[...] diferentemente do que exposto até agora, na conclusão do inquérito policial, a requisição do Ministério Público passa a ser tempestiva e em conformidade com o texto constitucional. Uma vez relatado o inquérito policial pelo Delegado de Polícia e encaminhado ao Ministério Público, abre-se a oportunidade para esse órgão – legalmente – requisitar as diligências que entender adequadas para a propositura da denúncia. Inclusive, o Código de Processo Penal, no art. 16, aponta somente esse momento após o relatório final para que sejam requisitadas as diligências pelo membro do Ministério Público".

[20] Segundo Gomes e Scliar (2008), "A autoridade policial, munida do poder discricionário na condução da investigação, só deve satisfações à lei. Não obstante a Polícia Judiciária seja órgão da administração, sujeita ao princípio da hierarquia, esta não interfere no âmbito do inquérito criminal. Aqui, o delegado de polícia age com ampla liberdade em função da natureza da atividade que realiza".

[21] CPP

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

redação do dispositivo, de modo que seja compatibilizada com as prerrogativas das demais instituições responsáveis pela persecução penal.

Ao analisar o texto vetado, Pereira e Dezan (2013) concluem que

> Na medida em que a atividade de Polícia Judiciária não se confronte com a tempestiva e pertinente requisição exarada de forma constitucional e legal pelo membro do Ministério Público, que, inclusive e imprescindivelmente contenha a indicação dos fundamentos não somente formais, mas também materiais de suas razões (art. 129, VIII, in fine), estará o delegado de polícia, como autoridade policial conducente do feito investigativo pré-processual, impelido, por razões de segurança jurídica e com escopo nos preceitos maiores da justiça e da certeza do Direito, a obrar em seu mister público essencial ao Estado com isenção e imparcialidade, refletivas de uma atuação plasmada no livre convencimento à luz de nosso ordenamento e afeto aos encarregados de proferirem *in casu*, na busca da verdade real criminal, firmada na análise técnico-jurídica do operador do direito, sobre os textos normativos e os valores hauridos do sistema jurídico. O veto presidencial não teve a intenção de tolher essas prerrogativas inerentes à própria essência da função investigativa, mas tão somente, por razões políticas, evitar embates decorrentes de exercício equivocado das prerrogativas funcionais de ambos os lados – Polícia Judiciaria e Ministério Público. (PEREIRA; DEZAN, 2013, p. 124-125)

Zanotti e Santos (2015, p. 109) registram que a independência funcional dos delegados de polícia decorre implicitamente do sistema constitucional vigente, e o dispositivo vetado somente tornaria expresso algo que já consta do ordenamento jurídico. Na verdade, o veto decorreu de pressão do Ministério Público, ao argumento de que, na forma como redigido, o dispositivo autorizaria os delegados de polícia a negar cumprimento às requisições do *Parquet*.

Em artigo publicado pela Escola Superior do Ministério Público da União –Estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público –, Sousa Júnior (2015, p. 114) anota que "o controle externo da atividade policial não quer dizer subordinação da Polícia ao MP; ao revés, defende-se que instituições da persecução penal devem atuar de forma complementar e em sistema de cooperação".

Rodrigues (2014), no ensaio intitulado Panorama sobre o controle das ações policiais no Brasil, adverte que:

> O controle externo das ações policiais, obviamente, não é para ser exercido em regime de concorrência, mas em clima de cooperação, com predomínio das lealdades funcionais em prejuízo das lealdades simplesmente corporativas. A democracia correlaciona o comportamento dos diversos órgãos públicos dentro de um sistema cooperativo do melhor quilate, tendo por base certa unanimidade de interesses. A existência desse sistema cooperativo é o teste crítico da existência de um sistema democrático. Isso parece muito claro entre os especialistas na matéria. Portanto, o objetivo desse controle é melhorar o serviço policial, atraindo respaldo social e não expor suas mazelas, ampliando ainda mais a desconfiança e a antipatia públicas. Se um sistema político fosse definido, de modo absurdo, para significar o direito de toda instituição (ou corporação) de fazer o que deseja

> sem um controle efetivo, então não teríamos uma democracia constitucional, mas uma democracia corporativa. E a sociedade seria refém dos múltiplos e variáveis interesses grupistas ou corporativos, sem qualquer ponto de contato com o interesse geral ou público. (RODRIGUES, 2014)

Lima (2017b) leciona que:

> [...] a atividade de controle externo exercida pelo Ministério Público decorre do sistema de freios e contrapesos previsto pelo regime democrático. Afinal, o sistema preconizado na Carta Magna pressupõe a existência do controle de uma instituição por outra, condição necessária ao regular funcionamento do Poder Público. Este controle não pressupõe subordinação ou hierarquia dos organismos policiais. De fato, a expressão controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não significa ingerência que determine a subordinação da polícia judiciária ao Ministério Público, mas sim a prática de atos administrativos pelo Ministério Público, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos assegurados na lei fundamental. (LIMA, 2017b, p. 196)

Chemim, citado por Lima (2017b), define o controle externo da atividade policial como:

> [...] o conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à Polícia, na prevenção, apuração e investigação de fatos tidos como criminosos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais. (LIMA, 2017b, p. 196)

Vale anotar que o Conselho Nacional do Ministério Público regulamenta o controle externo da atividade policial por meio da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, a qual define em seu art. 2º que:

> Art. 2º O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para:
> I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis;
> II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
> III – a prevenção da criminalidade;
> IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal;
> V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal;
> VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; VII – a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

Como se vê, não há nenhuma incompatibilidade entre o controle externo da atividade policial com a garantia da independência funcional do delegado de polícia.

A independência funcional é prerrogativa direcionada à sociedade e não se confunde com direito individual do servidor público. É direito do cidadão, e não do delegado de polícia, que a investigação policial seja conduzida de forma imparcial, independente e livre de ingerências externas. Essa independência não viola o controle externo da atividade policial. Eventuais requisições formuladas pelo titular da ação penal no curso da investigação deverão ser cumpridas pela autoridade policial, não por força de subordinação hierárquica, mas por ser uma decorrência da obrigatoriedade da ação penal.

Se a autoridade policial entender, no caso concreto, que a requisição é ilegal, ou que as diligências requisitadas já foram cumpridas, deverá fundamentar sua manifestação e devolver o inquérito ao Ministério Público, mas de maneira nenhuma poderá se recusar a cumprir a requisição do Ministério Público de forma infundada.[22] Caso o membro do Ministério Público insista na requisição, mesmo ante despacho fundamentado da autoridade policial, deverá o delegado-geral de polícia indicar o substituto imediato do delegado natural, o qual deverá cumprir a requisição ministerial.

Santin (2007) leciona que, numa tentativa de sistematização doutrinária, propõe-se a divisão das finalidades de controle do Ministério Público sobre a polícia em cinco espécies: 1) respeito à democracia e aos princípios constitucionais; 2) segurança pública; 3) correcional; 4) indisponibilidade de ação penal; e 5) preservação de competência dos órgãos da segurança pública. O autor conclui que

> [...] a finalidade do controle externo é aumentar a possibilidade de vigilância das atividades policiais, por um órgão estatal alheio à estrutura policial e encarregado da ação penal e da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] o controle externo da polícia pelo Ministério Público destina-se à fiscalização do trabalho policial, para a melhoria do trabalho investigatório e para evitar ou minorar eventuais omissões, abusos e irregularidades nos registros de ocorrências policiais, na movimentação de inquéritos policiais e na atividade de investigação. (SANTIN, 2007, p. 83)

O *Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial* (2009), elaborado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPG), estabelece que "a atividade de controle exercida pelo Ministério Público decorre do sistema de freios e contrapesos, previsto pelo regime democrático. *Esse controle não pressupõe subordinação ou hierarquia dos organismos policiais"* (grifos nossos).

Nesse contexto, entende-se pela perfeita compatibilidade da independência funcional do delegado de polícia com o controle externo da atividade policial.

[22] Gomes e Scliar (2008) advertem: "A possibilidade de o membro do *Parquet* requisitar diligências é limitada pela necessidade de fundamentação de suas manifestações e pela ampla discricionariedade que tem o delegado de polícia na condução do apuratório, tendo plena autonomia técnica e tática na direção da investigação, podendo por isso mesmo rejeitar, sempre fundamentadamente, requisições impertinentes, desarrazoadas ou apresentadas a destempo".

5 DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Não se desconhece que o STF proferiu decisões recentes[23] em que, a uma primeira vista, poderia conduzir ao entendimento pela inconstitucionalidade da independência funcional do delegado de polícia.

Entretanto uma análise mais detida dos julgados proferidos pela Corte confirma a constitucionalidade da independência funcional do delegado de polícia, desde que respeitados os demais dispositivos da Constituição da República. Veja-se, a propósito, ementa do julgamento proferido na ADI nº 5.520:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 61/2012 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *ATRIBUIÇÃO DE STATUS DE FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL AO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO, NO PROCESSO LEGISLATIVO, DO GOVERNADOR DO ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL (CF, ART. 144, §6º). PROCEDÊNCIA.* 1. A Emenda Constitucional 61/2012 de Santa Catarina conferiu status de carreira jurídica, com independência funcional, ao cargo de delegado de polícia. Com isso, alterou o regime do cargo e afetou o exercício de competência típica da chefia do Poder Executivo, o que *viola a cláusula de reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo* (art. 61, § 1º, II, "c", extensível aos Estados-Membros por força do art. 25 da CF). 2. *O art. 144, § 6º, da CF estabelece vínculo de subordinação entre os Governadores de Estado e as respectivas polícias civis, em razão do que a atribuição de maior autonomia aos órgãos de direção máxima das polícias civis estaduais, mesmo que materializadas em deliberações da Assembleia local, mostra-se inconstitucional*. 3. Ação direta julgada procedente. (Grifos nossos)

O acórdão do STF deixa claro que a inconstitucionalidade formal do dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina, que conferiu *status* de função essencial à Justiça e ainda independência funcional ao delegado de polícia, decorre do vício de iniciativa, visto que emenda à Constituição do estado para tratar dessa matéria somente poderia ter sido proposta pelo chefe do Executivo estadual, sendo o vício insanável. Isso porque as Polícias Civis, nos moldes da Constituição da República, estão sob a subordinação dos governadores dos estados (art. 144, § 6º, da CF/88).

Nesse ponto, uma observação importantíssima deve ser feita: não se pode confundir autonomia institucional com independência funcional. Aquela é dirigida à instituição; esta, ao membro da instituição.

De fato, eventual ampliação de autonomia da Polícia Civil é medida que deve ser compatibilizada com o art. 144, § 6º, da Constituição Federal, de modo que apenas o chefe do Executivo poderia apresentar uma proposta de emenda à Constituição nesse sentido, conforme a decisão do STF mencionada.

[23] Cf. ADI nº 5.520, STF.

Por outro lado, a independência funcional do delegado de polícia é plenamente compatível com o art. 144, § 6º, da Constituição Federal, porque, caso seja estabelecida pelo texto constitucional, mantém intocável a subordinação da Polícia Civil ao do chefe do Executivo, como mencionado pela CCJ em análise da PEC nº 293/2008 acima mencionada. O precedente citado menciona inconstitucionalidade material, pois se pretende, naquela proposta, o reconhecimento da Polícia Civil como função essencial à Justiça. Na abordagem aqui realizada, a garantia da independência funcional, notadamente da inamovibilidade, não tem nenhuma relação com eventual reconhecimento da instituição como essencial à Justiça.

A independência funcional do delegado de polícia não se confunde com autonomia ou independência institucional. Ainda que se defenda que a autonomia do delegado de polícia contribua para um aumento da autonomia institucional, verifica-se que a garantia é perfeitamente compatível com o modelo da Constituição Federal.

A jurisprudência do STF permite concluir pela constitucionalidade de eventual proposta de emenda à Constituição que estabeleça a independência funcional do delegado de polícia, desde que observadas as seguintes formalidades: (i) a proposta deve ser de iniciativa do chefe do Executivo; (ii) deve-se observar a compatibilização com os demais poderes que integram o sistema de persecução penal, notadamente com o controle externo da atividade policial.

6 AUTONOMIA INSTITUCIONAL

Para o pleno e efetivo exercício do seu mister constitucional de investigação das infrações penais e, portanto, do eficaz combate à corrupção, além da independência funcional aos delegados de polícia, tornam-se necessárias alterações no texto constitucional para se promover uma verdadeira reforma no sistema de persecução penal, garantindo-se às Polícias Judiciárias independência institucional (garantia da autonomia administrativa e garantia de autonomia financeira).

É cediço que, no que toca às instituições públicas de persecução penal, as garantias são divididas em duas espécies: garantias institucionais e garantias pessoais ou de independência funcional.

Órgãos que compõem o modelo estatal necessitam de garantias direcionadas à entidade como um todo (garantias institucionais). Tais garantias institucionais têm por objetivo preservar a independência do próprio órgão. As outras, como visto, são direcionadas aos seus integrantes (garantias pessoais ou de independência funcional), para que possam exercer suas respectivas atribuições constitucionais de forma livre e independente.

O desenho institucional traçado pelo constituinte de 1988 revela certas incongruências sistêmicas que contribuem ou são, de certa maneira, fomentadores para os atos de corrupção.

Conforme mencionado alhures, a finalidade institucional da Polícia Civil a coloca no sistema de persecução penal, dado que lhe incumbe a investigação de infrações penais (art. 144, § 4º, da CF/88), contudo, ao estabelecer o vínculo político-administrativo da instituição, o constituinte inseriu a referida instituição, juntamente com as demais forças policiais que compõem o sistema de segurança pública, sob a subordinação do Poder Executivo estadual (art. 144, § 6º, da CF/88).

Essa subordinação ao Executivo é circunstância fomentadora às ingerências políticas na instituição. Isso porque a Polícia Civil não exerce função exclusivamente de atividades típicas de segurança pública, como patrulhamento ostensivo e atividades de prevenção à criminalidade. Pelo contrário, a Polícia Civil, como visto, presta um papel constitucional que serve, eminentemente, ao sistema persecutório penal. A atividade de investigação das infrações penais produz prova[24] (autoria e materialidade) direcionada ao Judiciário. Por força do modelo acusatório, essa prova produzida é enviada ao Ministério Público, cujo membro poderá, conforme o caso concreto, adotar uma das seguintes providências: (i) oferecer ação penal; (ii) promover o arquivamento; (iii) requisitar novas diligências; (iv) promover o declínio de competência ou atribuição.

Como se vê, a prova produzida na investigação realizada pela Polícia Civil influencia diretamente as decisões que serão tomadas na persecução penal, concluindo-se que se trata, a rigor, de função essencial à Justiça, razão pela qual a autonomia institucional é imprescindível para que a função constitucional seja cumprida com eficiência.

Para contextualizar, vamos analisar, em breves linhas, como a investigação policial influencia diretamente a persecução penal, motivo pelo qual deve ser conferida autonomia à instituição.

A leitura que se faz da doutrina é que o inquérito policial é dispensável, visto que o Ministério Público pode oferecer a denúncia mesmo sem a instrução da investigação preliminar conduzida pela Polícia Civil.[25]

Não há, porém, como negar o fato de que, uma vez produzida a investigação pela Polícia Civil, colhidas provas de autoria e materialidade nos autos da investigação, ou, conforme o caso, apontando-se ausência de elementos para o indiciamento, remetido o feito ao Judiciário, revela-se inconteste que a carga cognitiva apresentada na investigação assume o poder de influenciar os atos processuais da persecução penal. Veja-se:

O Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal (art. 129, § 1º, da CF/88),[26] o que significa, a princípio, que apenas o promotor de justiça pode oferecer a ação penal pública incondicionada. Mas no caso de o

[24] Anselmo (apud HOFFMANN et al., 2016, p. 66) observa que "a Polícia Judiciária desempenha papel fundamental na fase da investigação preliminar, cuja atuação é imperativa para a fase de persecução penal consubstanciada na ação penal. Some-se ainda o fato de que os elementos angariados pela autoridade policial no curso do inquérito são a base para a decretação das medidas cautelares que afetam diretamente direitos fundamentais do investigado, tais como a quebra de sigilo das comunicações telefônicas e os sigilos bancário e fiscal.

[25] Conforme o art. 12 do CPC: "O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra".

[26] CF/88

delegado de polícia concluir a investigação policial e remeter o feito, com apresentação de relatório final (art. 10, § 1º, do CPP), quedando-se inerte o membro do Ministério Público, abre-se a possibilidade para que o ofendido ofereça a ação penal privada subsidiária da pública.[27]

Desse modo, ainda que o inquérito policial seja dispensável, revela-se certo que, uma vez produzida a investigação, seu conteúdo vai influenciar, indispensavelmente, a persecução penal. Ainda que o membro do Ministério Público entenda pela irrelevância ou improcedência do indiciamento feito no inquérito policial, *e.g.,* deverá promover de forma fundamentada o arquivamento. Se permanecer inerte, o ofendido poderá oferecer a ação penal subsidiária da pública, e, caso o juiz receba a ação penal, inicia-se o processo penal.[28]

O contexto revela que a investigação policial desempenha papel indissociável da persecução penal, sendo que, para o exercício do papel constitucional conferido à Polícia Civil, é imprescindível que sejam conferidos os meios necessários a esse mister, o que inclui a autonomia institucional. Não é rara, como visto, a utilização da Polícia Civil como instrumento de perseguição de adversários políticos – mediante pressão exercida pela chefia da instituição para que sejam conduzidas investigações que, em tese, possam prejudicar adversários políticos; ou, ainda, possibilidade de pressão exercida pela chefia da instituição para que não sejam iniciadas investigações que, em tese, possam prejudicar políticos influentes.

Desse modo, a autonomia institucional da Polícia Civil deve ser amadurecida no ordenamento jurídico para que a investigação policial seja exercida de forma eficiente, livre de interferências externas.

A rigor, a autonomia administrativa permite aos órgãos de Estado a sua auto-organização, como a possibilidade de elaborar o seu regimento interno e de eleger seus dirigentes. Aliás, a composição dos órgãos de cúpula da Polícia Civil, no atual modelo constitucional, é feita mediante livre nomeação e exoneração, o que enfraquece a autonomia institucional e, por consequência, fragiliza as investigações de combate à corrupção.[29]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[27] CPC
Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.
Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

[28] Conforme Gomes (2016, p. 203): "Quando o sistema de justiça criminal atua de forma harmônica, os resultados, frutos do respeito mútuo e interdependência entre Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária, aparecem rápido, em prol da sociedade".

[29] Ao analisar que a composição dos órgãos de cúpula enfraquece a autonomia institucional no âmbito do Ministério Público, Senna (2019, p. 238-239) adverte: "Ocorre que os procuradores-gerais, conforme o atual sistema constitucional pátrio, são indicados pelos governadores dos estados (em relação ao Ministério Público Estadual) e pelo presidente da República (em relação ao Ministério Público Federal). Esse processo de escolha é objetivo de severas críticas por boa parte da doutrina e de parcela considerável dos próprios membros do Ministério Público, muito em razão do risco que representa ao princípio da independência funcional, na medida em que o processo de escolha é informado, de regra, por critérios políticos externos, não raramente de caráter político-partidário, incompatível com a plena democratização da própria instituição. [...] é inquestionável que o efetivo enfrentamento dos atos de corrupção está comprometido com a existência do foro por prerrogativa de função em matéria penal, vez que não se

De outro lado, a autonomia financeira possibilita aos órgãos de Estado a apresentação de sua proposta orçamentária. No caso da Polícia Civil, a autonomia financeira poderia contribuir de forma robusta para o efetivo combate à corrupção, já que as escolhas administrativas, em especial destinação de recursos, treinamento de servidores, aparelhamento adequado ao exercício das funções, seriam feitas de acordo com as reais necessidades da sociedade e do próprio Estado.
Barros Filho (2010) adverte que:

> [...] diante do preocupante quadro descrito, constata-se a conveniência *de transferir a subordinação da Polícia Civil ao Poder Judiciário* e a necessidade de dotar os delegados de polícia de independência funcional, concedendo as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, para que não sofram pressões ou intimidações nocivas ao esclarecimento dos fatos sob apuração, em prejuízo da administração da justiça no país. [...] "A preocupação com a ausência de autonomia da Polícia Judiciária é justificável em função *da crescente importância que a investigação criminal vem assumindo em nossa ordem jurídica*, seja por conta de uma necessária mudança de postura a seu respeito, para considerá-la como uma garantia do cidadão contra imputações levianas ou açodadas em juízo, seja pelo papel mais ativo que tem sido desempenhado nos últimos tempos pelos órgãos policiais." (grifei). [...] "*Esta ausência enfraquece a Polícia Judiciária e a torna mais suscetível às injunções dos detentores do poder político*, e considerando a natureza e a gravidade da atribuição que exerce, bem como os bens jurídicos sobre os quais recai a sua atuação, *o efeito pode ser desastroso em um Estado Democrático de Direito*" (grifei). (BARROS FILHO, 2010 – grifos nossos)

Feitas essas considerações, presume-se que a autonomia institucional da Polícia Civil é de fundamental importância para o efetivo combate à corrupção. Por outro lado, como visto, a implementação da referida autonomia institucional dependeria de uma reforma constitucional, tendo em vista que no atual modelo a instituição está subordinada ao Poder Executivo estadual.

Considerando os objetivos propostos na presente pesquisa e a profundidade que o assunto demanda, não pretendemos aqui adentrar nas peculiaridades de uma eventual reforma ao texto constitucional que tenha por objetivo conferir autonomia institucional à Polícia Civil, visto que isso demandaria uma análise mais aprofundada, *e.g.,* se tal reforma implicaria uma mudança na vinculação político-administrativa da instituição, se permaneceria sob a subordinação do Executivo ou se seria transferida para o Poder Judiciário, ou mesmo, como defendem alguns autores, ao Ministério Público. O que pretendemos nessas breves considerações é destacar que a autonomia institucional é essencial para o efetivo combate à corrupção pela Polícia Civil.

---

descarta que o cargo de procurador-geral possa vir a ser ocupado, infelizmente, por pessoa subserviente e que, em alguns casos, tenha até dever de gratidão para com o chefe do Executivo que o prestigiou, situação agravada com a possibilidade de recondução ao cargo e o apego irrazoável ao poder, o qual, como se sabe, pode revelar verdadeira face dos homens".

E mais. Conforme analisado, verifica-se que a independência funcional do delegado de polícia é, igualmente, elemento essencial ao efetivo combate à corrupção e está perfeitamente compatibilizado com o atual modelo de subordinação da instituição ao Poder Executivo estadual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos temas propostos possibilita concluir que a Polícia Civil, entidade estatal histórica e indispensável para o Estado de direito e manutenção da ordem jurídica, tendo constitucionalmente como seus dirigentes os delegados de polícia de carreira, conforme art. 144, § 4º, para que tenha o mínimo de segurança funcional e institucional para o combate à corrupção, necessita de independência funcional, especialmente o seu elemento da inamovibilidade, para que possa direcionar os trabalhos investigativos de acordo com sua análise técnico-jurídico, não obrigada a vincular-se a interpretações de superiores hierárquicos.

Nessa seara, demonstrou-se que tal independência funcional não ofende ou impede o controle externo da atividade policial por parte do Ministério público; ao contrário, facilita, na medida em que o presidente da atividade investigativa, na execução de seu mister, necessita motivar suas ações.

No mesmo sentido, constatou-se que a independência funcional do delegado de polícia é constitucional, pois não viola o modelo de subordinação da Polícia Civil ao Poder Executivo, haja vista ser uma garantia dirigida ao membro e não à instituição.

Nesse jaez, a autonomia da instituição Polícia Civil, em seus aspectos financeiros e administrativos, também se faz necessária, pois a primeira consiste na expertise dos profissionais policiais civis para administrar recursos voltados para melhoria do aparato físico e de pessoal, e, especificamente no debate proposto, investimentos voltados ao combate à corrupção, não renegando a terceiros alheios à atividade-fim, como ocorre na maioria dos estados por meio das Secretarias de Segurança Pública.

Em segundo lugar, mas não menos importante, a independência administrativa da Polícia Civil, desvinculada da tutela do Poder Executivo, é medida que se impõe e que merece atenção legislativa, vez que, diferentemente da Polícia Administrativa, a Polícia Judiciária, por compor a persecução penal, não deveria estar administrativamente atrelada ao Poder Executivo, pois, no tocante a investigações de atos de corrupção estatal, corre-se o risco de o subordinado ter o dever legal de investigar o superior, ato que colocaria em risco a qualidade e a isonomia das investigações.

REFERÊNCIAS

ALVES, Claudio Messias. A Polícia Judiciária e o Estado democrático de direito. Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas, São Sebastião do Paraíso/MG, ano 7, n. 1, 2017.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal . acesso em 03 de setembro de 2019. Acesso em: 11 nov. 2019.

BARROS FILHO, Mario Leite de. Polícia Civil, órgão de governo ou estado? 2010. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14607/policia-civil-orgao-de-governo-ou-de-estado. Acesso em: 1º set. 2019.

BARROS FILHO, Mário Leite de. Polícia Civil, órgão de governo ou de Estado?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2471, 7 abr. 2010. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14607. Acesso em: 11 nov. 2019

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder investigatório do MP não tem amparo legal. 2013. Disponível em: http://conjur;com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal?imprimir=1. Acesso em: 12 mar. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de et al. (orgs.). Investigação criminal pela Polícia Judiciária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CORREA, Vanessa Pirez de Aguiar. O papel da Polícia Judiciária no Estado democrático de direito. Revista CEJ, Brasília, ano XII, n. 43, p. 6-21, out./dez. 2008.

FRANCELIN, Antonio Edison. Com duzentos anos, Polícia Civil já foi judiciária. 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2010-ago-09/duzentos-anos-historia-policia-civil-foi-policia-judiciaria. Acesso em: 3 set. 2019.

FREIRE, Alice de Almeida (coord.). Manual de controle externo da atividade policial. Goiânia: MP, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. Investigação preliminar, Polícia Judiciária e autonomia. 2008. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar. Acesso em: 5 nov. 2019.

HOFFMANN, Henrique et al. (orgs.). Investigação criminal pela Polícia Judiciária. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2017.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. Temas avançados de polícia judiciária. 2. ed., rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

LEITE, Glauco Costa. Corrupção política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 5. ed., ver. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017a.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 5. ed., ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017b.

MACHADO, Bruno Amaral. Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial: cultura organizacional e relações institucionais1. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 19, n. 88, Jan-fev./2011.

PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lúcio. Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia – comentários à Lei 12.830/2013. Curitiba: Juruá, 2013.

ROCHA, Alexandre Sergio da. Corrupção: conceitos e reflexões. Curitiba: Juruá, 2018.

RODRIGUES, João Gaspar. Panorama sobre o controle das ações policiais no Brasil. 2014. Disponível em: https://jgaspar2013.jusbrasil.com.br/artigos/261897799/panorama-sobre-o-controle-das-acoes-policiais-no-brasil?ref=topic_feed. Acesso em: 11 nov. 2019.

ROVEGNO, André. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. São Paulo: Bookseller, 2005.

SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. Estatuto do delegado de polícia comentado – Lei 12.830, de 20 de junho de 2013. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na investigação criminal. 2. ed., ver. e ampl. Bauru/SP: EDIPRO, 2007.

SENNA, Gustavo. Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos. Belo Horizonte: DPlácido, 2019.

SILVA, José Geraldo da. O inquérito policial e a polícia judiciária. Porto Alegre: Livraria de Direito, 1994.

SOUSA JÚNIOR, Carlos César Silva. Estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Boletim Científico ESMPU, Brasília, ano 14, n. 45, p. 107-141, jul/dez 2015.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. Os pilares do Código de Processo Penal de 1941 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. 2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51088/os-pilares-do-codigo-de-processo-penal-de-1941-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-de-1988 acesso em 04/09/2019. Acesso em: 11 nov. 2019.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de polícia em ação. Teoria e prática no estado democrático de direito. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2015.

ESPECIALIZAÇÃO E USO DE MODERNAS TECNOLOGIAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL COMO MECANISMOS DE ENFRENTAMENTO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Luciano Barbosa de Souza Cruz[1]
Pedro Felix da Cunha[2]

RESUMO: Especializar a Polícia Judiciária, bem como fomentar a utilização de ferramentas tecnológicas capazes de imprimir maior celeridade na fase pré-processual são meios eficazes de resposta estatal para se combater o crime de lavagem de dinheiro no Brasil. O objetivo proposto pelo presente estudo é demonstrar que a criação de unidades especializadas, o investimento em capacitação profissional, a possibilidade de recrutamento profissional especializado, a atuação por meio de força-tarefa multidisciplinar e multi-institucional e o uso de ferramentas tecnológicas são formas eficientes de enfrentamento do crime de lavagem de dinheiro. Definiu-se a pesquisa documental como a maneira mais adequada para o alcance proposto no presente estudo.

Palavras-chave: Fase pré-processual. Especialização. Modernas tecnologias. Lavagem de dinheiro.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a demonstrar que especializar a Polícia Judiciária brasileira trará excelentes resultados no combate ao crime de lavagem de dinheiro. Seja munindo-a com ferramentas tecnológicas, seja investindo-se em capacitação profissional, recrutando-se servidores especializados, constituindo-se forças tarefas multidisciplinares e multi-institucionais de trabalho.

Atualmente, no Brasil, o crime organizado tem-se valido de mecanismos diversos para ocultar, dissimular e integrar ao mercado lícito, o proveito de diversas infrações penais, tornando o enfrentamento a este crime um verdadeiro desafio. Notadamente, a investigação dos crimes a cargo da Polícia Judiciária, tanto em âmbito federal quanto estadual.

[1] Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).
[2] Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).

Sem o adequado investimento na Polícia Judiciária, visando a especializá-la, o enfrentamento do crime de lavagem de dinheiro estará sempre aquém do desejado, uma vez que são incontáveis as técnicas utilizadas para a lavagem ou *branqueamento* do ganho obtido de forma ilícita.

Mendroni (2018) compara as inúmeras formas de lavagem e o surgimento de novas maneiras a cada dia como a vacina e a doença, afirmando que:

> Quando surge uma doença nova, os cientistas passam um bom tempo buscando entendê-la para depois conseguir uma vacina capaz de contê-la, mas até então, ela terá causado muitos danos à saúde da população. Nos casos de lavagem de dinheiro ocorre o mesmo. Surgem novas técnicas de lavagem e, até que as autoridades consigam desenvolver as 'vacinas' ou remédios jurídicos, com legislações, estrutura, análise e mecanismos de combate, muito dinheiro já terá sido lavado e muitos danos terão ocorrido para a 'saúde' financeira dos governos e da população. (Mendroni, 2018, p. 213/214)

Pretende-se mostrar, portanto, com este trabalho, que com a imprescindível especialização da Polícia Judiciária brasileira será possível combater de maneira eficaz o crime de lavagem de dinheiro, reduzindo-se significativamente os prejuízos que tem causado ao País.

2 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1 CONCEITO

Lavagem de dinheiro, também denominado como lavagem de capitais ou *branqueamento* de capitais significa, nas palavras de Gómez Iniesta (1996):

> *Operación através de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, substituido o transformado y restituido a los circuitos económicos-financeiros legales, incorporándo-se a cualquier tipo de negócio como si se hubiera obtenido de forma lícita.* (INIESTA, 1996, apud POTOMBO, 2003, p. 35)

De Carli (2008) define lavagem de dinheiro como "o processo de legitimação de capital espúrio, realizado com o objetivo de torná-lo apto para o uso, e que implica, normalmente, em perdas necessárias." A autora afirma, ainda, que:

> A essência do processo, portanto, é separar o dinheiro de sua fonte (o delito antecedente); movimentá-lo tantas vezes quanto possível, criando *camadas* de operações (através de interpostas pessoas, físicas e jurídicas) que o distanciam cada vez mais da origem e tornam imensamente difícil recompor as pistas de

> auditoria; para, ao final, reinvesti-lo em uma atividade inserida na economia legal, de forma que *pareça* ser inteiramente legítimo. (De Carli, 2008, p. 117)

Um outro conceito, estabelecido pelo antigo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), diz que lavagem de dinheiro "constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos" (Mendroni, 2018, p. 22).

Para os fins deste trabalho, simplificadamente, crime de lavagem de dinheiro significa transformar dinheiro sujo (obtido ilicitamente) em dinheiro limpo (inserindo-o no mercado lícito).

2.2 O SURGIMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A criminalização dessa atividade ilícita surgiu inicialmente na Itália, em 1978 (De Carli, 2008). Já em 1986, o Congresso norte-americano editou o intitulado *Anti-Drug Abuse Act*, o qual trouxe em seu bojo a medida legal denominada *Money Laundering Control Act*, ou seja, a norma que criminalizou a lavagem de dinheiro nos Estados Unidos (De Carli, 2008).

Na Itália, as razões para a criminalização da lavagem de dinheiro consubstanciaram-se na atuação de grupos mafiosos, bem como das Brigadas Vermelhas em sequestros com finalidades econômicas e políticas. Nos Estados Unidos, os motivos que levaram à criminalização foram a exploração do comércio ilegal de bebidas, do jogo e do tráfico de drogas pelo crime organizado, com utilização do sistema financeiro internacional e de empresas *offshore*.

Em seguida, França (1987), Argentina (1989) e Suíça (1990) também inseriram em seus ordenamentos jurídicos legislações que criminalizaram a lavagem de dinheiro.

Outros importantes marcos para a criminalização da lavagem de dinheiro foram: a Convenção de Viena, em 1988; a Declaração de Basiléia, de 12 de dezembro de 1988; o regulamento modelo da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1994; as 40 recomendações do Grupo de Atuação Financeira – GAFI, em 1990, e revistas em 1996; a criação do *Carebean Financial ActionTask Force – CFATF,* para atuação especificamente no âmbito da América Latina; a criação do Grupo de Egmont, em 1995; e a edição das Diretivas da União Européia, em 1993 (BRASIL, 1996).

Além dos marcos regulatórios mencionados, instituídos internacionalmente, o Brasil, em 1998, editou lei específica destinada a criminalizar a lavagem de dinheiro.

2.3 A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro foi inserido no ordenamento jurídico por meio da Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998.O anteprojeto da referida lei foi elaborado em 18 de dezembro de 1996, pelo então Ministro da Justiça Nelson Azevedo Jobim. Os fundamentos que justificaram a submissão de tal projeto à Presidência da República foram:

> 1) A ratificação, pelo Brasil, através do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, aprovada em Viena, em 1988;
>
> 2) A participação do Brasil na XXII Assembleia-Geral da OEA, em Bahamas, em 1992, quando foi aprovado o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos;
>
> 3) A participação do Brasil na Cúpula das Américas, em 1994, quando foi firmado um Plano de Ação prevendo por parte dos Governos a ratificação da Convenção das Nações Unidas de 1988 e o compromisso de sancionarem a lavagem dos rendimentos gerados por todos os crimes graves e, por fim,
>
> 4) A assinatura da Declaração de Princípios, em 1995, em Buenos Aires, na Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do Crime.

Superada a fundamentação para a inserção da nova legislação no ordenamento jurídico brasileiro, vez que o país tinha assumido compromissos internacionais para aquela finalidade, o passo seguinte foi definir a denominação legal do tipo ilícito em comento. Restou definido no projeto a adoção pela expressão "lavagem de dinheiro", a despeito de outros *nomen iuris* utilizados em outros países.

Outro ponto significante para a inserção da nova norma foi a definição de seu alcance em relação aos crimes antecedentes. À época da elaboração do projeto, já vigoravam legislações que circunscreviam a lavagem de dinheiro a bens, direitos e valores conexos ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, chamadas de primeira geração. As de segunda geração ampliavam as hipóteses para além dos crimes de tráfico de drogas, ou seja, em caso de crimes graves e de características transnacionais. As de terceira geração estendiam a qualquer crime precedente.

O legislador brasileiro optou à época por adotar a segunda corrente. Todavia, o atual cenário, por obra da Lei nº 12.683, de 2012, vigora no sentido de que qualquer infração penal antecedente pode ser objeto de lavagem de dinheiro, desde que amoldada ao tipo penal.

Hodiernamente, a Lei nº 9.613/98, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências.", alterada pela Lei nº 12.683/12, está estruturada da seguinte forma:

CAPÍTULO I – Dos Crimes de 'Lavagem' ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores

> CAPÍTULO II – Disposições Processuais Especiais
> CAPÍTULO III – Dos Efeitos da Condenação
> CAPÍTULO IV – Dos Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Crimes Praticados no Estrangeiro
> CAPÍTULO V – Das Pessoas Sujeitas ao Mecanismo de Controle
> CAPÍTULO VI – Da Identificação dos Clientes e Manutenção dos Registros
> CAPÍTULO VII – Da Comunicação de Operações Financeiras
> CAPÍTULO VIII – Da Responsabilidade Administrativa
> CAPÍTULO IX – Do Conselho de Controle de Atividades Financeiras
> CAPÍTULO X – Das Disposições Gerais (BRASIL, 1998).

Para a finalidade do presente artigo, trataremos apenas das "categorias" e "estágios" da atividade de lavagem de dinheiro e dos métodos e técnicas mais utilizados para a perpetração do crime em comento.

Segundo Mendroni (2018), a atividade de lavagem de dinheiro é normalmente subdividida em duas categorias e três estágios. Na primeira categoria, na "conversão de bens", "o agente criminoso troca os valores ou o dinheiro por bens materiais", muitos deles de difícil aferição como "obras de arte, veículos raros e de coleção, objetos que pertençam a pessoas famosas etc." (p. 73). Na segunda categoria, "movimentação do dinheiro", "o agente criminoso movimenta os valores ou o dinheiro através de bancos, países e praças, dividindo-o e tornando a reuni-lo, por diversas formas de transferências e em nomes de contas diversas, para dificultar a análise de sua origem ou rastrear a sua trilha." (p. 73).

No que diz respeito aos estágios ou fases da lavagem, De Carli (2008) afirma em sua obra que o "modelo mais utilizado é o elaborado pelo GAFI que divide o processo em três fases: colocação (*placement*), estratificação (*layering*) e integração (*integration*)." (p. 117).

Na fase de *colocação*,

> Ocorre a *separação* dos ativos de sua fonte legal. Normalmente o 'lavador' introduz os proveitos do crime no sistema financeiro. Isso pode ocorrer, por exemplo, pelo fracionamento do dinheiro em somas muito menores e, por isso, insuspeitas, que são, em seguida, depositadas diretamente em uma conta bancária; ou através da compra de instrumentos monetários (cheques, ordens de pagamento), que são, então, coletadas e depositadas em contas bancárias; ou do depósito de dinheiro em espécie em uma instituição financeira qualquer; ou pela compra de uma apólice de seguro; ou de ativos valiosos como automóveis, antiguidades ou jóias. (DE CARLI, 2008, p. 118, grifos nossos).

Já na fase de *estratificação*, acontece a

> C*riação de múltiplas camadas de transações* que distanciam, ainda mais, os fundos de sua origem legal. O objetivo é dificultar o rastreamento do dinheiro e sua ligação com o crime antecedente. Depois que o dinheiro entrou no sistema financeiro, o 'lavador' efetua uma série de movimentações ou de transformações. Pode ser

> efetivada por meio de transferência de fundos a várias constas de bancos diferentes, em outros países, mediante o uso de sociedades fictícias; ou, igualmente, pela compra e venda de valores, metais preciosos ou bens; ou ainda, várias dessas técnicas combinadas. Nessa etapa, desempenham um papel fundamental os países e as jurisdições que não cooperam com investigações de lavagem de dinheiro. (De Carli, 2008, p. 118, grifos nossos).

Por fim, é na etapa da *integração* que

> Os fundos *retornam* à economia legal. É a fase final de uma operação de lavagem de dinheiro completa. O objetivo é permitir ao autor do delito utilizar os ativos sem gerar suspeitas que possam provocar uma investigação ou um processo criminal. O dinheiro pode ser investido em propriedade imobiliária, artigos de luxo ou negócios comerciais. Pode-se, ainda, estabelecer uma atividade baseada intensamente em efetivo, como um restaurante ou locadora de veículos, de forma que os fundos ilegais possam ser injetados e reapareçam como lucros fictícios ou renda de locação. Também é possível criar uma rede de empresas fantasmas com negócios fictícios de importação e de exportação e utilizar faturamento 'frio' para integrar os ativos como ganhos normais do comércio. (De Carli, 2008, p. 118/119, grifos nossos).

São incontáveis as técnicas utilizadas para a lavagem de dinheiro. E Mendroni (2018) cita as mais utilizadas em sua percepção. A seguir, trataremos resumidamente de cada uma delas.

1) *Estruturação* (*smurfing*): nessa técnica, divide-se o montante (arrecadado ilicitamente) em partes pequenas, em limites permitidos pela legislação, de modo que não gere suspeita, realizando-se, em seguida, vários depósitos bancários em variadas e distintas contas e datas para, ao final, em época oportuna, reunir-se o montante novamente.

2) *Mescla* (*commingling*): procedimento em que o agente lavador mistura os recursos ilicitamente obtidos com recurso lícitos, a exemplo de utilização do capital oriundo de infração penal em empresa verdadeira para realização de pagamento de pessoal, compra de matéria-prima etc., com o fim de dificultar o rastreamento. Negócios como bares, restaurantes, *fast-foods,* casas de espetáculos, empresas de importação e exportação de mercadorias, casas de câmbio e *factorings*[3]são muito utilizados nessa técnica. Ela é uma das mais utilizadas em razão de sua facilidade de ocultação ou dissimulação dos valores, lícitos e ilícitos, que se misturam por meio, principalmente, de manobras financeiras que trazem consigo simulações e falsificações de dados e documentos.

3) *Empresa de fachada*: entidade legalmente constituída que participa ou aparenta participar de atividade lícita. Possui local físico de funcionamento, de acordo com registro em juntas comerciais, porém sem a atividade econômica financeira que consta que se pretende executar, fazendo-o, quando o faz, de forma

[3] "Atividade comercial que auxilia na alavancagem *(impulsionamento)* dos negócios de pequenas e médias empresas, desde a prestação de serviços até a compra de ativos financeiros. Hoje, 67 países praticam regulamente o factoring". (ANFAC, [S.l]).

simulada. Empresas com objetos como *prestação ou terceirização de serviços, de assessorias, de planejamentos, de empreendimentos e participações* são comumente utilizadas, servindo de camuflagem para a lavagem de dinheiro por meio de falsa contraprestação.

4) *Empresa fictícia*: distingue-se da empresa de fachada por não existir fisicamente, sendo constituída apenas no papel. Normalmente, não há imóvel no número do endereço registrado na junta comercial ou poderá tratar-se de imóvel residencial de pessoa absolutamente inocente e desconhecedora da situação ficta.

5) *Compra/venda de bens*: por meio desse mecanismo, o agente lavador compra bens (carros, barcos, aeronaves, imóveis etc.) ou instrumentos monetários (ações, *traveller checks*[4]) e os vende, simulando valores, pagos e recebidos e, consequentemente, a declaração falsa de tais valores. Também funciona na forma de "cancelamento" na aquisição do bem. A desistência do negócio, cujo bem foi adquirido com recurso ilícito, gera o retorno do capital, de forma a ser possível justificá-lo, despertando pouca ou nenhuma atenção das autoridades.

6) *Contrabando de dinheiro*: transporte físico de dinheiro (ilicitamente obtido), normalmente em grandes quantias. O dinheiro em espécie pode ser transportado para outras cidades, estados, ou mesmo, outros países, onde comumente é trocado por outra moeda (dólar, euro, libra) ou depositado em contas bancárias, desvinculando-se, assim, fisicamente, de sua origem criminosa.

7) *Transferência de fundos*: uma das formas mais rápidas para se ocultar ou dissimular dinheiro de origem ilícita. Nessa técnica, o "lavador" pode-se utilizar da modalidade de "mistura", ou seja, entrelaça-se dinheiro lícito com ilícito em contas e aplicações diversas, tornando difícil o rastreio. Pode ainda fazer uso de empresas de fachada, com distorção e maquiagem de dados, balanços, falsificação de notas promissórias, duplicatas e outros títulos, simulação de vendas etc. Outra modalidade é a utilização de contas-correntes de terceiras pessoas ("laranjas"), que ocultam o verdadeiro operador da transação, recebendo, em contrapartida, comissão pela utilização da conta. Há também, nessa técnica, o uso de "contas-ônibus" ou *bus-accounts*, abertas em bancos nos Estados Unidos em nome de instituição qualquer constituída e sediada em um paraíso fiscal. Outra possibilidade nesta técnica é a utilização de contas bancárias fantasmas ou fictícias, de pessoas físicas ou jurídicas, criadas tão somente para viabilizar o giro do dinheiro.

8) *Compra/troca de ativos ou instrumentos monetários*: por meio dessa técnica, o agente lavador normalmente realiza operações com os seguintes ativos: a) pode comprar cheque administrativo, trocar por *traveller check* e depois por dinheiro; b) pode comprar cartões com créditos pré-pagos, comumente emitidos para viagens ao exterior; c) substituição do dinheiro ilícito por ouro, pedras preciosas, jóias; d) compra e venda de ações.

9) *Transferência de dinheiro para o exterior por "dólar-cabo" ou "euro-cabo":* implica na utilização de doleiros, em um sistema de compensação de depósitos sem a remessa efetiva dos valores. Técnica de difícil ou impossível rastreamento, uma vez que inexiste transferência pelo interessado.

[4] "*Traveller check* ou cheque de viagem é um meio de pagamento emitido por uma instituição bancária internacional e muito usado por quem não pretende usar dinheiro durante sua viagem". (7GRAUS, [S.O.])

10) *Venda fraudulenta de propriedade imobiliária*: nessa técnica, o agente lavador adquire um imóvel e declara haver pago preço infinitamente menor, adimplindo a diferença ao vendedor, ocultamente. Em seguida, alega ter realizado reforma (que não existiu ou com gasto irrisório) e vende o bem pelo preço de mercado, transformando a diferença em ativo. Nesse caso, a lavagem do dinheiro está atrelada a uma falsidade, consubstanciada em declaração ou comprovação falsa de gastos.

11) *Centros de offshore:* por meio desse mecanismo, o agente lavador transfere dinheiro *a* países com regulamentações permissivas, nos quais as operações financeiras estão isentas de regulamentos que são impostos às instituições *onshore*. Os clientes dessas praças extraterritoriais (*offshore*) são normalmente não residentes e, na maioria, pessoas jurídicas. A título de exemplo, são paraísos fiscais a República de Niue (Oceania), Liechtenstein (Europa), Ilhas Cayman (Caribe), Israel, Mônaco e Malta.

12) *Bolsas de valores*: há possibilidades de se cometer o crime de lavagem de dinheiro na bolsa de valores. São meios utilizados, a título de exemplos, a *fraude com corretoras* e o *esquema pump and dump*. No primeiro caso, duas ou mais corretoras, em conluio, alternam entre perdas e ganhos nas compras e vendas que se equivalem no fim do dia, consumando-se a lavagem do dinheiro do agente. Através do segundo, infla-se artificialmente o preço de uma ação, por meio de declarações falsas, com o fim de se vender as ações (adquiridas abaixo do preço) por valores superiores, dentre outras formas.

13) *Companhias seguradoras*: através dessas, é possível a prática do delito de lavagem por meio dos acionistas (usam seu poder de deliberação, realizando investimentos que possibilitem a prática criminosa), dos segurados (apresentação de avisos falsos de sinistros) e dos intermediadores (corretagem).

14) *Jogos e sorteios*: a lavagem ocorre através da manipulação de premiação e de alto volume de apostas em determinada modalidade de jogo, com a intenção de fechar as combinações.

15) *Outras operações comerciais*: operações comerciais efetuadas dentro e fora do país, a exemplo de aquisição e venda de jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidade, podem ser utilizadas para lavar capital ilícito.

16) *Aquisição de antiguidades, objetos de arte*: por meio dessa técnica, o agente lavador adquire objetos de arte, tais como peças, móveis históricos, quadros etc., com o capital ilícito e, posteriormente, vende o objeto de arte, recuperando o dinheiro com aparente aspecto de legalidade. Normalmente, depois de comprar a obra de arte, o agente declara seu valor a menor e, oportunamente, vende pelo preço que pagou. Outra forma utilizada nessa técnica é a aquisição de objetos de arte em leilões com a participação, em conluio, de mais de um "comprador", a fim de irem oferecendo lances cobertura até se chegar ao valor que se pretende lavar. Esta técnica favorece criminosos em razão da subjetividade da avaliação monetária dos objetos de arte.

17) *Processo falso*: mecanismo por meio do qual o capital ilícito é lavado através de ações judiciais, onde as partes agem combinadas, para a finalidade de realizar acordo no processo ou mesmo uma delas sofrer condenação. Há também a possibilidade da ação forjada ser processada por meio de árbitros, caso em que eles também participam da falsa demanda.

18*) Empréstimo falso*: mecanismo que faz uso de instituições financeiras para a lavagem do dinheiro, consubstanciado na conduta de, por exemplo, depositar dinheiro em uma conta de uma instituição e fazer um empréstimo bancário em outra instituição financeira, dando como garantia o valor depositado naquele primeiro banco. O passo seguinte é não adimplir com o empréstimo a fim de que o banco credor se aproprie do valor dado em garantia, consumando o ciclo da lavagem.

19) *Restaurantes, fast-foods e comércios de refeições*: técnica através da qual se lava o dinheiro ilícito costumeiramente na forma de simulação de número de clientes, de refeições vendidas e de faturamento. Declara-se a maior o que fora efetivamente arrecadado para que seja possível inserir na diferença o dinheiro sujo.

20) *Aplicação em mercados futuros*: em razão da natureza "anônima" das estratégias de *trading* (negociação), em que o verdadeiro beneficiado não aparece, os lavadores se aproveitam dessa peculiaridade do mercado e realizam operações de compra e venda casadas (aquisição e venda da mesma *commodity* – compra com dinheiro sujo vindo de algum lugar remoto e recebimento de dinheiro limpo, da bolsa de mercadorias) com o objetivo de lavar o capital ilícito.

21) *Os fundos "trusts*": traduz-se na custódia e administração de bens por terceiras pessoas. Inobstante tenham sido instituídos com outros objetivos, em virtude de suas características naturais de sigilo, atualmente os fundos *trusts* são utilizados como maneira de lavagem de dinheiro.

22) *Atividade dos advogados e outros profissionais liberais*: é possível o mau e antiético profissional, por meio dessa técnica, e sob o argumento de se assegurar o sigilo profissional, praticar lavagem de capital através de recebimentos de honorários advocatícios por serviços não prestados. Em contrapartida, o profissional liberal é remunerado com percentuais calculados sobre o valor total dos "honorários". A legislação sobre lavagem de dinheiro prevê as situações em que o advogado tem o dever de informar às autoridades sobre suposta prática de crime de lavagem de capital de seus clientes, sendo elas:

a) O advogado *constituído* para serviço de mera assessoria em relação aos itens aludidos no art. 9º, parágrafo único, XIV, alíneas "a" e "f", da Lei nº 9.613/98;

b) O advogado *constituído* para representação processual, que sabe ou deveria saber (dolo eventual - assunção do risco), o qual recebe dinheiro a qualquer título, mesmo honorários, produto de crime.

23) *Esquema de simulação de compra e venda de mercadorias com emissão de notas fiscais frias*: nesse caso, o agente lavador, simula a compra de produtos, falsificando notas fiscais de uma empresa verdadeira ou criando notas falsas de empresa que não existe. O passo seguinte é simular a venda das mesmas mercadorias, em valores superiores aos de aquisição (valor que se pretende lavar) também através de notas "frias".

24) *Contratação de empresas de prestação de serviços*: normalmente, as empresas contratadas para essa modalidade de lavagem de dinheiro oferecem serviços nas áreas de "empreendimentos", "participações", "consultoria" ou "marketing", pelo motivo de não haver limitação para os valores de contrato dessas

naturezas. Neste caso, a empresa contratada tem ligação direta com o agente lavador e, ao receber o dinheiro sujo, sob o manto de um contrato fictício, retorna o valor ou parte da importância para o criminoso.

25) *Cyberbanking* (*wire transfers*): mecanismo pelo qual são realizadas transferências monetárias, via internet, de forma criptografada por complexos programas criados por *experts*, sendo possível a descriptografia através de contrassenha do destinatário. Em razão da segurança e "anonimato" que oferece, essa técnica torna-se atrativa ao lavador de capitais.

26) *Caixa 1 e caixa 2* (*slush fund*): caso ocorra qualquer manobra para ocultação ou dissimulação de dinheiro proveniente de ilícito penal, porém depositado em 'caixa 1' (ou seja, declarado), poderá se configurar o crime de lavagem de dinheiro. No 'caixa 2' (os recursos não são declarados), sendo o dinheiro de origem criminosa ocultado ou dissimulado em sua origem, também estaremos diante da ocorrência do delito de lavagem de capitais.

27) *Igrejas/templos*: em função da imunidade tributária, a igreja pode ser utilizada para a lavagem de dinheiro, principalmente porque, em regra, todo o dinheiro que recebe provém dos fiéis e, normalmente, é doado em espécie. Dessa forma, uma organização criminosa poderia, por exemplo, fundar uma igreja e em seguida simular que o dinheiro ilícito teria sido fonte de doação de vários fiéis, os quais não se identificam pessoalmente. Outra maneira de lavar o capital proveniente de infração penal dissimuladamente é a venda de imagens de santos, mantos, bíblias, águas do Rio Jordão etc.

28) *Criptomoedas* (*Digital Money*): *bitcoin*, *latercoin*, *peercoin*, *feathercoin* são alguns exemplos de moedas virtuais, sendo a primeira, a mais famosa. A forma de lavar dinheiro usando essa técnica consiste na compra da moeda virtual com o dinheiro ilicitamente obtido para vendê-la, em seguida, ou finalizar a limpeza do dinheiro com a aquisição de bens com a própria moeda virtual. Em razão do anonimato dos usuários, da inexistência de pessoa jurídica responsável pelas operações, da liquidez (lucros podem ser retirados diariamente) e da segurança da criptografia nas operações, esta técnica torna-se atrativa, sabendo-se que tem sido utilizada até mesmo por grupos extremistas e terroristas.

3 FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS CAPAZES DE IMPRIMIR MAIOR CELERIDADE À INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A par das principais técnicas utilizadas pelos criminosos, o presente estudo passa a demonstrar que há ferramentas facilitadoras da investigação, mas não tem a pretensão de ensinar o modo de usá-las. Não se tem também a pretensão de oferecer um "manual de instrução" de tecnologia para investigador, o que demandaria questões técnicas, fugindo ao objeto de estudo. As proposições aqui suscitadas ficam no campo das possibilidades. A operacionalização depende de investimentos financeiros, humanos, decisões políticas, administrativas e de gestão.

Não se pode olvidar, em primeiro lugar, o ser humano pensante é indispensável. O investigador é o centro em torno do qual todas as tecnologias propostas gravitam, e só assim fazem sentido. Por isso, ganham o nome de ferramentas facilitadoras do trabalho do investigador, não o substituem.

Isso presente, pode-se então tecer algumas considerações a respeito de *big data*, *data science*, *deep learning*, *machine learning* e linguagens (computacionais) utilizadas para se criar uma espécie de "inteligência artificial". Os termos têm tradução para a língua pátria, mas são usados indiscriminadamente tanto pelos operadores de tecnologia da informação quanto pelos usuários.

Familiarizar-se com esses conceitos, mesmo que superficialmente, ajudam numa melhor compreensão das propostas do trabalho. Auxiliam sobremaneira aos que pretendem-se utilizar da tecnologia para soluções de problemas complexos.

Se a humanidade está acostumada a processar pequenas quantidades de dados para organizar, prever e planejar a vida, essa tarefa se torna impossível com a gigantesca quantidade de informações geradas atualmente. Assim, o desenvolvimento de ferramentas e o investimento em tecnologias servem para se tirar proveito de tudo o que é produzido no campo da informação, seja na área de negócios (*business intelligence*), seja na área de saúde, descobertas científicas e, por que não, na área de investigação de crimes.

3.1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) X *BIG DATA*

Cumpre-se, de pronto, saber a diferença entre as operações com grande quantidade de dados e inteligência artificial.

Segundo o operador de Tecnologia da Informação, Felipe Santana (2019a),

> *Big Data* é um conjunto de tecnologias abertas que têm a função de armazenar e processar um denso conjunto de dados de forma paralela, ou seja, conseguem realizar esse processo, de forma simultânea. Além disso, trata-se de uma solução com grande tolerância a falhas durante o trajeto de armazenamento e processamento de informações.

Ainda de acordo com o autor (2019a),

> A Inteligência Artificial, por sua vez, é a matéria que busca e desenvolve modelos de computação que têm a capacidade de absorver dados de forma inteligente e reproduzir habilidades humanas, como falar e propor soluções para resolver casos complexos.

É um grupo de tecnologias dentro do campo da ciência da computação. Apesar de estreita relação entre *big data* e inteligência artificial, a IA não precisa, necessariamente, de grandes quantidades de dados para acontecer, mas será tão mais profunda quanto maior for o volume de informação disponível.

Santana (2019a) diz ainda que o *Big Data* não é só um modelo de computação focado no processamento e armazenamento de informações em grande volume. Vale salientar que os meios tradicionais de armazenamento já não são mais aptos à tarefa. A aplicabilidade da solução, segundo o autor, acolhe dados úteis e que podem ser utilizados de maneira inteligente para aprimorar processos ou operações e trazer, assim, desenvolvimento e novas ideias para os gestores de uma organização.

No documentário da Netflix “Privacidade Hackeada”, o autor explora uma questão de *big data.* A partir dos dados vazados de aproximadamente 87 milhões de usuários do Facebook, a *Cambridge Analytica* teria usado as informações para traçar perfis de usuários ao redor do mundo e dirigir conteúdo para reforçar convicções latentes neles ou convencê-los a respeito de algum tema em discussão. A empresa é acusada de influenciar eleições em vários países, como os Estados Unidos, Reino Unido (Brexit) e mesmo o Brasil.

Já a aplicabilidade da IA vai além. O foco mira o processamento de dados e de imagens, com o objetivo de tornar o dispositivo ou tecnologia mais inteligente e capaz de reproduzir habilidades humanas. Santana (2019) enumera algumas “habilidades”, antes exclusivas dos seres humanos, como o reconhecimento de linguagem falada e escrita; aprendizagem a partir da interação com o usuário; reconhecimento facial através de traços; identificação de padrões; capacidade de locomoção automotiva, como são os casos dos robôs e dos carros; capacidade de tomar decisões conforme a situação e o contexto, algo que somente os seres humanos podem fazer, a partir de uma análise criteriosa dos dados.

São exemplos mais visíveis de IA, os atuais *smartphones* com câmeras de reconhecimento facial, que reconhecem o local onde estamos através de tecnologias como GPS. São ainda dignas de registro, as atendentes virtuais das operadoras de telefonia, bancos e grandes redes de lojas que “conhecem” seus gostos a partir de sua interação com suas plataformas, *likes* e *dislikes*, opiniões em redes sociais, buscas por produtos etc.

O mais interessante é que essas tecnologias foram “ensinadas”, a partir de seus algoritmos ou macros, a fazerem tal reconhecimento, com suporte, muitas vezes, em uma base dados que foi criada pelo próprio usuário. Algoritmo é uma expressão textual das etapas de resolução de algum problema, computacional ou não, como uma receita de bolo. Macros são ferramentas para criar atalhos de facilitação de tarefas que se repetem no meio computacional. A macro mais conhecida (já programada) é o "<ctrl+c>, <ctrl+v>", mas há infinitas possibilidades de uso, especialmente para pesquisas em bancos de dados. Os programadores a chamam simplesmente de linha de comando.

Mas por que há confusão entre os conceitos de Inteligência Artificial e *Big Data*? Porque a relação entre ambos é profunda e dependente. Segundo Santana (2019a), “os algoritmos da IA rodam no ambiente de Big Data e estabelecem uma comunicação efetiva entre esses dois campos, que são, ao mesmo tempo, diferentes e complementares”.

Comparando com o ser humano, continua o autor, a IA seria como um cérebro humano, capaz de armazenar e processar as informações que recebem a partir da experiência - leitura, viagens, situações de crise etc. Com base nesse processamento, pode sugerir soluções por conta própria. E *Big Data*, grosso modo, seriam as experiências vivenciadas, ou seja, os dados gerados a partir dessas vivências.

Santana (2019b), em artigo sobre Ciência de Dados (*Data Science*), ressalta que dentro da IA existem várias técnicas que formam o que consideramos como “Inteligência”. Algumas podem ser definidas como *Machine Learning* (ML), que é a forma como o aprendizado acontece através de exemplos de uma determinada questão. Nesse caso, o ML precisa de dados para que seus algoritmos trabalhem para extrair o aprendizado.

Há também o *Deep Learning* (aprendizado profundo) – ou camadas dentro do ML – que são operações matemáticas para se definir o que se aprende. Isso é usado para possibilitar o aprendizado da máquina através de vários estímulos, como fala, visão computacional e até mesmo o processo de comunicação através da linguagem (SANTANA, 2019c). Em outras palavras, as máquinas aprendem. Basta utilizar a "linguagem" adequada, a linguagem de programação, como a Python, por exemplo.

Esse conhecimento superficial tem o objetivo, apenas, de demonstrar as infinitas possibilidades de se aperfeiçoar a fase pré-processual, seja no desvendar de crimes, seja na produção de provas técnico-científicas. Compreender esse mecanismo, mesmo para o investigador que não é programador, que vai apenas utilizar os *softwares* (programas), é fundamental para se tirar maior proveito das propostas de facilitação de trabalho que a tecnologia pode oferecer.

Em que pese a tecnologia poder ser usada no enfrentamento a qualquer tipo de criminalidade, bem mais plausível a utilização nos crimes de lavagem de capitais, por ser um dos mais sofisticados.

3.2 LABORATÓRIOS TECNOLÓGICOS CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO (LAB/LD)

A utilização ou a operacionalização das tecnologias demanda investimentos. Os meios tradicionais de armazenamento e tratamento de informações se tornaram obsoletos.

As tecnologias mais famosas em uso atualmente são disponibilizadas pelas empresas Oracle e IBM. Elas são as mais famosas soluções de *machine learning* do mundo. Elas incluem armazenamento nas nuvens, ciências de dados, tráfego de informações, tudo o que a máquina precisa para imitar o ser humano, só que proporcionando velocidades inimagináveis.

Nesse sentido, em se tratando de aquisição de equipamentos sofisticados e caros, poder-se-ia utilizar, por exemplo, recursos oriundos dos acordos de delação premiada, leilões de ativos apreendidos dos traficantes de drogas, além de orçamento estatal ou parcerias público-privadas, uma vez que a lavagem atinge a indústria, o comércio e, principalmente, o sistema financeiro, inviabilizando o crescimento sustentável de um país.

Mas, como seria um laboratório apropriado para se desenvolver soluções de inteligência artificial e *big data*? Como montar uma estrutura capaz de abrigar a enorme e complexa quantidade de dados nas polícias? É possível criar tecnologia própria sem precisar adquirir as ferramentas já consolidadas no mercado? Qual a vantagem? Como ajudaria na solução de crimes?

Em primeiro lugar, vale salientar, há soluções disponíveis no mercado. A maioria, voltada aos negócios, as chamadas *business intelligence*. Como é do conhecimento de todos, quando uma pessoa procura por um produto, ou mesmo por uma determinada informação, via internet, vai-se deparar com ofertas ou direcionamentos na próxima página virtual que vier a visitar. O mesmo acontece em relação a informações relativas a direitos, saúde, lazer, viagens, ecologia, alimentos, meios de locomoção etc. Tudo de acordo com

o perfil que se vai formando a partir dos usos que se faz no dia-a-dia. A máquina vai "aprendendo", pois está programada para "aprender" conforme as informações chegam a ela.

Transportando para a criação de uma inteligência artificial policial, acontece o mesmo. Os programadores dão os comandos para a máquina "aprender" com todas as soluções encontradas nas investigações cotidianas. Os conteúdos, a metodologia, a expertise, ou seja, a grande massa de dados é transportada para a máquina, que vai "aprendendo" de maneira a poder oferecer soluções cada vez mais complexas.

Por outro lado, essas tecnologias ainda são muito caras, inviabilizando pequenos projetos. Mas as corporações podem criar soluções próprias de inteligência artificial e *big data*. Por exemplo, um Estado da Federação poderia centralizar na Secretaria de Segurança Pública os equipamentos mais sofisticados, portanto, mais caros, e distribuir numa forma de satélites os demais equipamentos nas delegacias do interior, de maneira a permitir a alimentação da base central com a maior quantidade possível de informações.

Por sua vez, as unidades descentralizadas teriam acesso remoto às experiências de todo o Estado, formando uma crescente de soluções cada vez mais complexas para os casos difíceis. Interligadas as bases de dados de todos os Estados, uma grande rede nacional de inteligência estaria formada, permitindo ao investigador do interior de um estado periférico utilizar a mesma ferramenta de outro estado central.

Se é importante para o investigador ter noção do funcionamento dessa engrenagem, não é imprescindível. Voltadas para a solução de crimes, há ferramentas já simplificadas para o usuário final. E novas ferramentas são criadas diariamente por *experts* (programadores, cientistas de dados, desenvolvedores e, até mesmo, por usuários que vão descobrindo novas soluções). Dentre as mais utilizadas, despontam a família Qlik – Qlik View, Qlik Sense –, além do *i2* e *analist notebook*, apenas para citar algumas. *i2 e analist notebook* são nomes de fantasia de produtos de grandes corporações como IBM.

Como exemplo de tecnologia própria, na Polícia Federal, os peritos desenvolveram o Iped. Trata-se de uma ferramenta de "garimpagem" de informação que facilita o trabalho do analista na hora de procurar provas em dispositivos de armazenamento, normalmente apreendidos nas operações de busca e apreensão, como HDs, celulares, *pendrives* e cartões de memórias.

No ato de espelhamento dos dispositivos – ou extração de conteúdo em uma cópia fiel do original – e a fim de resguardar a cadeia de custódia da prova, a perícia disponibiliza a ferramenta de busca através de parâmetros. E novos parâmetros podem ser introduzidos pelo próprio analista, conforme a complexidade da informação que se quer encontrar na cópia espelhada. O dispositivo original se mantém intocado. A tecnologia de extração permite ainda a recuperação de dados apagados pelo usuário, históricos de acessos e até informações salvas em nuvens computacionais. Uma vez extraídos e espelhados os dados em suporte adequado, o Iped proporciona a busca por esses dados escondidos. Isso é só um exemplo do que pode ser feito em matéria de criação de novas ferramentas para os casos complexos.

No ato de busca pelas provas, várias outras ferramentas podem ser utilizadas, como, por exemplo, o *Qlik View* e as planilhas de Excel ou similares. Uma vez organizadas em forma de planilha, a ferramenta é capaz de estabelecer verdadeiros mapas de vínculos entre as informações colhidas e os envolvidos, traçar linha do

tempo dos acontecimentos, produzir gráficos e estatísticas das mais variadas, indicar a localização e reproduzir o trajeto de pessoas e coisas, tudo de forma a gerar conhecimento.

Em conjunto com o *Analist Notebook*, a título de ilustração, pode-se "desenhar" todas as descobertas resultantes da análise de determinado material, facilitando a compreensão do todo. O Qlik é capaz de trabalhar com uma infinidade de linhas de planilhas. Razão pela qual é utilizado para analisar os afastamentos de sigilo bancário, fiscal, telefônico e tudo o mais que gera grande quantidade de dados. Mas a ferramenta não se restringe a linhas de planilha de números. Toda e qualquer informação pode vir a ser objeto de trabalho da ferramenta, inclusive textos. E tudo de forma a facilitar a visualização no contexto da investigação.

3.3 OCR E TRANSCRIÇÃO AUTOMÁTICA DE DIÁLOGOS

Nas buscas e apreensões, além de mídias digitais, grande quantidade de documentos é encontrada. O investigador tinha, então, que analisar item por item, reproduzir cópias, digitar as informações mais relevantes, dentre outras providências, para fazer valer a prova.

Com o advento do reconhecimento ótico de caracteres (OCR, em inglês), até mesmo imagens podem se transformar em objeto de análise. Os documentos podem ser digitalizados e "ocerizados", transformados em textos e planilhas e "tratados" pelo Qlik ou ferramenta similar. Palavras e expressões mais usuais se destacam, transformam-se em chaves de leitura e podem conduzir a revelações dificilmente desvendadas pelo simples olhar do analista. O mais importante é que a ferramenta comporta grande quantidade de informação e direciona a atenção do investigador para o que há de mais relevante.

Assim, o OCR proporciona buscas em bancos de dados, mesmo que de imagens. E existem ferramentas disponíveis ou que podem ser criadas (macros) pelos programadores para auxiliar nessas buscas.

Outra ferramenta importante na investigação, seja na fase pré-operação, seja após sua deflagração, é a transcrição automática de diálogos nos afastamentos de sigilo telefônico (e telemáticos). O mercado ainda não disponibiliza em larga escala da mesma forma que o OCR, mas já há ensaios e até usos como no Google e *smartphones*, que reconhecem voz e a transforma em texto. É questão de tempo a popularização de tais soluções.

Dessa forma, esse tipo de instrumento facilitaria muito a análise dos diálogos, do contexto, dos novos códigos e da metalinguagem. As transcrições de diálogos por parte do investigador tomam muito tempo, retirando-lhe a possibilidade de uma maior profundidade na investigação.

Por outro lado, já é possível estabelecer rotas mais frequentes, mapas de vínculos e linhas temporais com poucos cliques. A partir dos dados fornecidos pelas operadoras de telefonia, ainda que aos milhões, as ferramentas disponibilizam filtros capazes de estabelecer hierarquia, localização, direcionamento, frequência, além dos vínculos entre os interlocutores, ainda que não haja diálogos a transcrever. Como os dados (das operadoras) vêm de maneira estruturada, novos comandos ou macros podem ser criados para agilizar a investigação.

O mesmo pode ser feito para a enormidade de dados que podem ser fornecidos em um afastamento de sigilo bancário. Muitos podem ser os investigados, especialmente se fazem parte de organização criminosa (Orcrim). Assim, a análise de cada indivíduo, separadamente, mesmo que necessária, pode trazer grandes prejuízos à compreensão da Orcrim, porque atrapalha a celeridade.

Nesse sentido, ganha importância as ferramentas desenvolvidas para trabalhar com *big data*. Sem perder a capacidade de estabelecer a responsabilidade individual, as ferramentas como os Qlik conseguem estabelecer participação dentro da Orcrim de maneira célere e contextualizada.

Uma análise de dados bancários atenta pode estabelecer parâmetros para novas buscas, novos direcionamentos e novos participantes, alargando o campo da própria investigação. Isso, porque novos vínculos podem ser descobertos (interpostas pessoas ou "laranjas"), bem como pode-se guiar a análise de novos materiais, como mídias e documentos.

As contas individuais podem ser analisadas separadamente, mas devem, necessariamente, ser contextualizadas com os demais participantes do grupo, pelo menos em tese, criminoso. E ferramentas existem para isso. É possível individualizar a participação dos membros da Orcrim, as tarefas de cada indivíduo, visualizar o modo de agir predominante, estabelecer hierarquia ou postos de comando, bem como os vínculos entre pessoas, empresas, órgãos governamentais ou funcionários públicos por acaso envolvidos.

Por exemplo, há movimentações (débito ou crédito) em datas ou períodos que denunciam recebimentos ou pagamentos indevidos e que podem ser relacionados a ganhos incompatíveis com a renda (enriquecimento ilícito) de determinada pessoa. Através dessas análises, pode ser vislumbrado um patrimônio a descoberto, incongruência entre o patrimônio declarado e movimentação de capitais, indicar fraudes a licitações etc., coisas que vão além das simples operações de crédito e débito.

A partir de uma análise de dados bancários, pode-se direcionar a investigação para a área contábil e financeira. O objetivo é comprovar as possíveis maquiagens contábeis para justificar ganhos irreais e crescimento patrimonial sem base sustentável. A análise bancária também pode indicar a necessidade de investigação patrimonial dos indivíduos e de pessoas interpostas. Nesse sentido, indicará buscas por documentos como contratos de gaveta, procurações, termos de posse, escrituras, títulos, numerários, investimentos em bolsas, dentre outros.

Ainda que haja muitas maneiras de se conseguir reintroduzir capitais de origem ilícita na economia, como remessas ilegais, uso de casas de câmbio, malas com numerários, de uma maneira ou de outra, esse dinheiro acaba por passar em alguma agência bancária. Nesse sentido, na investigação de lavagem de capitais, o afastamento de sigilo bancário e fiscal é imprescindível na fase pré-processual.

Além de tudo isso, a análise de dados bancários pode direcionar a investigação quanto a outros materiais apreendidos. Mais especificamente, os registros em mídias computacionais, como HDs e servidores de pessoas físicas e jurídicas envolvidas, celulares, cartões de memória cada dia com maior capacidade de armazenamento de dados. Não se pode olvidar, ainda, dos dados guardados em "nuvens".

Como cediço, a capacidade de armazenamento de dados cresce exponencialmente. Qualquer computador de mão hoje já consegue armazenar em memória medida na casa dos terabytes. Os grandes servidores já exibem unidade de medida na casa dos peta, exabytes. Exigir do investigador celeridade ante a monumental fábrica de informações, nos moldes como as coisas são feitas atualmente é, no mínimo, contraproducente.

Comparativamente, as movimentações financeiras são feitas à velocidade da luz, enquanto a investigação, ao passo de tartaruga. As Orcrim dispõem de tecnologia avançada para atingir seus objetivos, as forças de segurança, de muita boa vontade.

A título de exemplo, se um analista leva em média um dia para analisar um HD de 500 GB nos padrões convencionais, com equipamentos e treinamento adequados para se tratar grandes volumes de informações, ele poderia fazer a mesma coisa em 50, 100 HDs ao mesmo tempo. Por óbvio, as avaliações pessoais, os relatórios não serão feitos automaticamente, mas os principais dados estarão disponíveis, aguardando apenas por um "ajuste fino", a expertise final do agente. Acresce-se, estabelecer-se-iam os vínculos, o *modus operandi*, a hierarquia interna da organização e comprovar-se-iam os elementos levantados nas análises bancária, telefônica, documental, imagética etc.

Novos elementos encontrados serviriam para possibilitar uma segunda, terceira, quarta fase da investigação ou operação. Como se verá adiante, na proposta de modelos investigativos.

4 A NECESSÁRIA ESPECIALIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA PARA O EFETIVO COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

4.1 CRIAÇÃO DE UNIDADES ESPECIALIZADAS

Indubitavelmente, o caminho para o eficiente enfrentamento à lavagem de capitais perpassa pela criação de unidades especializadas de Polícia Judiciária. Devidamente estruturadas e utilizando modernas tecnologias, estarão suficientemente preparadas para determinar a completa elucidação das infrações penais e a devida responsabilização criminal dos que praticarem as condutas típicas descritas na Lei nº 9.613/98.

Recentemente[5], a Polícia Federal inaugurou a primeira Delegacia Modelo de Investigação e Análise Financeira do País, sediada no Estado do Paraná. A proposta desta unidade de Polícia Judiciária, segundo seus idealizadores, é implementar nova metodologia de investigação com a utilização de novas tecnologias na área de *Big Data* e *Business Intelligence (*inteligência artificial), o que propiciará maior velocidade e qualidade das análises policiais, principalmente em casos de natureza complexa, nos crimes financeiros e na lavagem de dinheiro.

Em âmbito estadual, sabe-se que, atualmente, quase todos os estados da Federação possuem Laboratório Tecnológico contra a Lavagem de Dinheiro, os chamados LAB-LD. Eles prestam auxílio nas investigações a cargo de qualquer unidade de Polícia Judiciária.

[5] No dia 1º de novembro de 2019.

Além dos LAB, alguns estados brasileiros já criaram no âmbito de suas Polícias Civis divisões ou delegacias específicas para combate ao crime de lavagem de dinheiro. Como exemplo, podemos citar a Divisão de Combate à Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) de Santa Catarina, a Delegacia de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (DECCOR-LD) do Piauí e a Divisão Estadual de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (DCCOR) do Rio Grande do Sul.

Além dos exemplos mencionados, há que se destacar, ainda, que a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), desde de sua criação, em 2003, vem estabelecendo metas e ações visando à prevenção e repressão aos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil, já tendo sido proposta a criação de unidades de repressão a crimes financeiros, no âmbito do Departamento da Polícia Federal e nas Policias Civis Estaduais (Meta 23/2005[6], 23/2006[7], Recomendação 4/2013[8])

Diante de inúmeras maneiras (sofisticadas e de difícil rastreamento) de se praticar o crime de lavagem de dinheiro, a Polícia Judiciária somente alcançará êxito em investigações dessa natureza se o Poder Executivo, em suas esferas de atuação, fomentar a especialização e estruturá-la com modernas ferramentas tecnológicas.

4.2 METODOLOGIA MODERNA DE INVESTIGAÇÃO

Independente das críticas que se possam fazer aos exageros, a operação mais disseminada nos meios de comunicação dos últimos anos, no âmbito federal, utilizou-se de várias técnicas de investigação, das mais tradicionais, como vigilância e pesquisas em bancos de dados, até a cooperação internacional. Inteligência e contra-inteligência, afastamento de sigilo telefônico, bancário e fiscal, buscas e apreensões, análises de documentos, perícias, interrogatórios, prisões e outras medidas cautelares e colaboração premiada serviram para produzir provas contra os envolvidos.

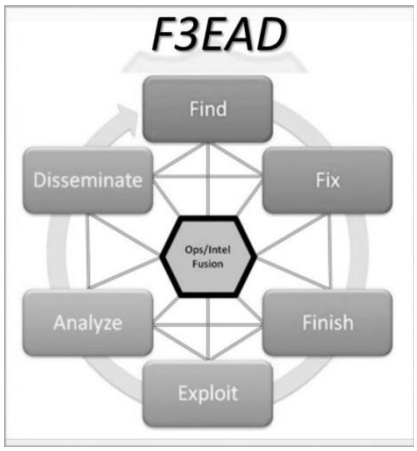
Perpassando por todas as técnicas, um método, qual seja o *F_3EAD*. O método, representado na figura abaixo, é usado nas principais instituições que promovem a pesquisa científica. Ele também é utilizado pelas principais forças policiais do mundo moderno, que o adaptaram à investigação de crimes, dentre elas, o Escritório Federal de Investigação (FBI), nos Estados Unidos, e a Polícia Federal Brasileira.

[6] Meta 23/2005: Criar, no âmbito do Departamento de Polícia Federal, unidades de repressão de crimes financeiros nos locais onde foram instaladas Varas Federais especializadas no processo e julgamento dos crimes contra o Sistema Financeiro e lavagem de dinheiro (ENCCLA, 2004).

[7] Meta 23/2006: Criar, no âmbito do Departamento de Polícia Federal, delegacias de repressão de crimes financeiros em todas as superintendências regionais e núcleos nas demais delegacias onde houver Varas Federais especializadas no processo e julgamento dos crimes contra o Sistema Financeiro e lavagem de dinheiro (ENCCLA, 2005).

[8] Recomendação 4/2013: A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – Enccla recomenda às Secretarias de Segurança Pública ou Secretarias congêneres e Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal a criação, no âmbito das polícias judiciárias, de Delegacias Especializadas na repressão à lavagem de dinheiro, considerando a necessidade de aperfeiçoamento da persecução penal do referido crime no âmbito estadual (ENCCLA, 2013).

Figura 1 - F_3EAD

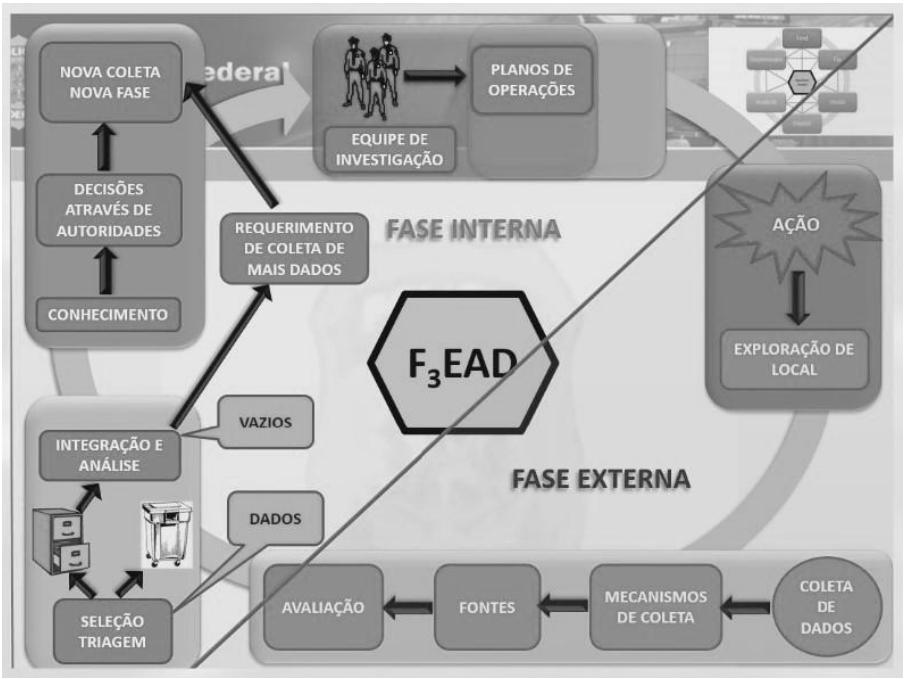


Fonte: (FAINT; HARRIS, 2012, apud BLOG FOPESP, 2018. Disponível em: <http://fopesp.blogspot.com/2018/06/emprego-da-doutrina-f3ead-em-apoio-as.html>. Acesso em: 29 nov. 2019)

Grosso modo, *F3EAD* são as iniciais em inglês para definir as fases de qualquer investigação científica, mas que podem ser aplicadas na investigação de crimes, especialmente dos crimes de lavagem de capitais. Encontrar (find), tratar os dados (fix), concluir (finish), explorar (exploit), analisar (analyze) e disseminar (disseminate) o conhecimento resultante. No caso, a elucidação do crime.

Dentre várias possibilidades, na investigação policial, a dinâmica é dividida em duas fases, uma interna e outra externa. Como se pode verificar na figura abaixo.

Figura 2 - Etapas da metodologia F_3EAD adaptada pela Polícia Federal à investigação policial.



Fonte: Figura cedida pela Polícia Federal

A fase interna compreende, inicialmente, a escolha da equipe: as especialidades e habilidades necessárias dos integrantes; e o planejamento operacional: definição de tarefas, fases, custos, recursos etc. A fase externa, imediatamente posterior, é a fase da ação. Ela compreende a exploração de local, ou seja, a coleta de dados, os mecanismos de coleta (operações, buscas e apreensões, pesquisas em bancos de dados, depoimentos, colaboradores, informantes, entre outros), interação com as fontes, seguidos de uma avaliação.

Há, então, uma nova fase interna. Nela são feitas triagens, análises e integração ou descarte de dados. Produz-se, então, conhecimentos que vão auxiliar na tomada de decisões da equipe de investigação e, posteriormente, das autoridades ministeriais e judiciárias.

Em todas as fases, mas especialmente nessa última, os recursos tecnológicos se fazem indispensáveis. Seja no cruzamento de dados, de depoimentos, de colaborações, seja na indicação de possíveis falhas, enfim, na detecção de vazios, uma vez que a quantidade de informações pode ser imensa, o que viria a demandar grande quantidade de mão de obra especializada, interferindo na celeridade da investigação.

Se são detectados vazios, eles exigem novas coletas de dados. O que conduz à nova formação de equipe, planejamento operacional e ao desenvolvimento de tantas fases quantas forem necessárias para a indicação do autor, da materialidade e das circunstâncias do crime. Assim, sucessivamente, até que se chegue à fase final, de disseminação do conhecimento produzido, ou seja, de resolução do caso, com oferecimento de provas técnico-científicas para facilitar a tomada de decisões no âmbito da Justiça.

4.2 CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL

Na iniciativa privada, o profissional que se capacita tem maiores chances de se destacar no concorrido mercado de trabalho. No serviço público, a regra é a mesma, pois, quanto mais capacitado for o profissional em sua área de atuação, melhor prestará o serviço que lhe é atribuído por lei.

Mais especificamente, no âmbito da Polícia Judiciária, a capacitação dos profissionais responsáveis pela investigação criminal é meio indispensável para que se alcance o resultado esperado, ou seja, para que o caso concreto seja satisfatoriamente solucionado. Com a capacitação, o profissional tende a adquirir novas habilidades ou aperfeiçoar as existentes, melhorando, sobremaneira, o desempenho de suas funções, refletindo de maneira positiva na produtividade do trabalho.

Muito embora se observe, no âmbito das polícias judiciárias, uma boa ênfase na capacitação profissional, através da oferta de oficinas, seminários, cursos, inclusive em plataformas virtuais, bem como oportunidades de especialização *lato* e *strictu sensu*, ainda é preciso avançar nesse aspecto. Uma polícia bem capacitada exercerá melhor suas atribuições, proporcionando resultados que beneficiarão toda a sociedade, razão pela qual o fomento à capacitação deve ser um eixo de prioridade contínua para os gestores.

4.3 RECRUTAMENTO DE PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS

Como visto, a celeridade na investigação exige investimento em tecnologia de ponta. A oportunidade, a conveniência e a justiça são, grosso modo, os princípios que regem a Administração Pública, no que diz respeito à discricionariedade. Se se exige eficiência na fase pré-processual, há de se ficar atento para o *timing* dos acontecimentos. A hora é propícia a investimentos.

Em que pese algumas experiências nesse sentido, as polícias estão sucateadas. Delegacias não têm nem mesmo condições de funcionamento, mas deveria ser diferente.

Se houver investimentos em tecnologia, boa remuneração, planos de carreira, treinamento, especialização da força de trabalho e mudança de mentalidade, principalmente, o mesmo número de policiais de hoje pode fazer muito mais e com melhor qualidade. Além disso, essas atitudes atrairiam mão de obra mais qualificada.

Para isso, pode-se direcionar concursos públicos para atrair as melhores mentes de determinada área do conhecimento. A título de exemplo, no último concurso para Agente da Polícia Federal (2018), foi dado peso maior às questões de Informática e Contabilidade. O objetivo foi o de selecionar pessoas mais afetas ao tema.

De acordo com o Edital Nº 1 - DGP/PF, de 14 de junho de 2018, publicado em 15/06/2018, na edição 114, seção 3, página 149, do Diário Oficial da União, além das matérias de praxe como Direito, Língua Portuguesa, Estatística, Raciocínio Lógico, vieram duas matérias com grande peso no concurso, *Informática* e *Contabilidade*. As duas representaram, juntas, 50% das 120 questões da prova objetiva, 36/120 e 24/120, respectivamente.

Seguem os conteúdos exigidos da prova de Informática:

> INFORMÁTICA: 1 Conceito de internet e intranet. 2 Conceitos e modos de utilização de tecnologias, ferramentas, aplicativos e procedimentos associados a internet/intranet. 2.1 Ferramentas e aplicativos comerciais de navegação, de correio eletrônico, de grupos de discussão, de busca, de pesquisa e de redes sociais. 2.2 Noções de sistema operacional (ambiente Linux e Windows). 2.3 Acesso à distância a computadores, transferência de informação e arquivos, aplicativos de áudio, vídeo e multimídia. 2.4 Edição de textos, planilhas e apresentações (ambientes Microsoft Office e BrOffice). 3 Redes de computadores. 4 Conceitos de proteção e segurança. 4.1 Noções de vírus, worms e pragas virtuais. 4.2 Aplicativos para segurança (antivírus, firewall, anti-spyware etc.). 5 Computação na nuvem (cloud computing). 6 Fundamentos da Teoria Geral de Sistemas. 7 Sistemas de informação. 7.1 Fases e etapas de sistema de informação. 8 Teoria da informação. 8.1 Conceitos de informação, dados, representação de dados, de conhecimentos, segurança e inteligência. 9 Banco de dados. 9.1 Base de dados, documentação e prototipação. 9.2 Modelagem conceitual: abstração, modelo entidade-relacionamento, análise funcional e administração de dados. 9.3 Dados estruturados e não estruturados. 9.4 Banco de dados relacionais: conceitos básicos e características. 9.5 Chaves e

> relacionamentos. 9.6 Noções de mineração de dados: conceituação e características. 9.7 Noções de aprendizado de máquina. 9.8 *Noções de big data: conceito, premissas e aplicação.* 10 Redes de comunicação. 10.1 Introdução a redes (computação/telecomunicações). 10.2 Camada física, de enlace de dados e subcamada de acesso ao meio. 10.3 Noções básicas de transmissão de dados: tipos de enlace, códigos, modos e meios de transmissão. 11 Redes de computadores: locais, metropolitanas e de longa distância. 11.1 Terminologia e aplicações, topologias, modelos de arquitetura (OSI/ISO e TCP/IP) e protocolos. 11.2 Interconexão de redes, nível de transporte. 12 *Noções de programação python e R. 13 API* (application programming interface). 14 Metadados de arquivos. (BRASIL, 2018, grifos nossos).

As necessidades específicas podem ser supridas permanentemente através de concurso ou mesmo por contratações esporádicas de *experts* do mercado de trabalho, como forma de ajudar no novo conceito de polícia, moderna, proativa, tecnológica, dando maior segurança ao MP e ao Judiciário na tomada de decisões baseadas em provas técnico-científicas.

4.4 FORMAÇÃO DE FORÇAS-TAREFAS MULTIDISCIPLINARES E MULTI-INSTITUCIONAIS

Crimes complexos exigem investigação apropriada. Várias áreas do conhecimento já são contempladas no interior das organizações policiais, o que é louvável. Se os criminosos se especializam em determinados tipos de crime, exige-se saberes diferentes na elucidação deles.

Quem melhor que um engenheiro florestal ou agrônomo ou zootecnista para desvendar crimes que envolvem desmatamentos ilegais, plantações irregulares ou criação e comercialização de animais fora dos padrões legais? Quem melhor que um engenheiro para investigar sobrepreços ou (falta de) qualidade em construções de estradas e pontes? Não seriam um contador ou um economista as pessoas mais capacitadas a descobrir jogos de planilha de preços em licitações viciadas? Assim, uma investigação de crime de lavagem de dinheiro exige pessoas com expertise na área financeira, contábil, de câmbio, de bolsa de valores, em ciências da computação, jurídica – tudo ao mesmo tempo.

Nesse sentido, como na esteira da complexidade, as soluções nunca são simples. Os criminosos são sofisticados, versáteis e ousados. Não convém às forças policiais se acomodarem ao que sempre fizeram e esperar resultados diferentes. Exige-se que as polícias sejam cada vez mais técnicas, mais capacitadas, mais especializadas. Isso só se torna possível com treinamento, com programas de formação continuada, com aperfeiçoamento de talentos. Mais até que investimento em tecnologias, o investimento no ser humano que vai usá-las é que vai fazer a diferença.

As polícias precisam de um plano de treinamento. Os investigadores de crimes financeiros, e especialmente de lavagem de capitais, devem passar por reciclagens constantes em novas ferramentas tecnológicas, novos

métodos de investigação, evolução de legislações penais e conhecimento acerca de movimentação financeira.

As especializações *latu sensu* ou *strictu sensu* são importantes para o aperfeiçoamento do corpo investigativo, mas não bastam, posto que o tempo dos poucos policiais é limitado e este tipo de estudo exige muito do sujeito que se dispõe a fazê-los. No dia-a-dia, há possibilidades de se dispor a todos pequenos cursos, seja na modalidade presencial, seja no modo à distância.

O desenvolvimento de novas ferramentas facilitadoras por parte de um grupo pode ser compartilhado de maneira remota aos demais através da internet. A título de exemplo, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) disponibiliza diversos cursos à distância, nas mais diversas áreas do conhecimento de Polícia Judiciária. Do mesmo modo, a Academia Nacional da Polícia Federal também oferece cursos que vão do manejo de arma de fogo a mestrado, em sua plataforma de aperfeiçoamento do quadro policial próprio, bem como, através de convênio, aos policiais de outras forças. Há, inclusive, cursos que o cidadão não policial pode se candidatar a fazer.

Além de poder se utilizar de uma rede nacional de aprendizagem, as polícias judiciárias dos estados podem criar um banco de cursos voltados para o aperfeiçoamento e compartilhá-los através de rede própria (intranet) ou internet, de maneira segura.

Mas não é só. Em se tratando de enfrentamento de crimes complexos, como o de lavagem, treinamentos e estudos específicos devem ser disponibilizados de maneira presencial, com *experts* no assunto. Devido às novas linguagens e ferramentas disponíveis, uma reciclagem em matéria de tecnologia é fundamental. Ferramentas de buscas (garimpagem) e cruzamento de informações em grandes bancos de dados, e programas de inteligência são condições *sine qua non* para o enfrentamento adequado. Outros conhecimentos mais aprofundados sobre bolsas, movimentações financeiras, dentre outras, também se tornam indispensáveis.

Os crimes financeiros são, por si só, complexos. Quem os comete têm *know how*, expertise. Normalmente, são pessoas influentes financeira, social e politicamente. Quem são as pessoas habilitadas a desvendá-los?

Para além das especialidades, das habilidades específicas das diversas áreas do conhecimento próprias da polícia, exige-se na maioria dos casos a soma de forças, troca de informações e cooperação. Outras estratégias são exigidas e as demais forças de segurança devem ser envolvidas. Tanto no plano federal quanto na esfera estadual, Ministério Público, Tribunal de Contas, Receita, controladorias, por exemplo, e polícias devem fazer esforço conjunto para enfrentar os crimes de lavagem de dinheiro, inclusive em matéria de cooperação internacional. Muitas vezes, as polícias e demais atores de enfrentamento ao crime terão que se valer, inclusive, de consultorias especializadas e buscar profissionais fora de seus quadros.

As forças-tarefas agregam a vantagem de reunir as pessoas mais comprometidas e capazes de cada instituição. Com elas, além de se abrirem maiores possibilidades de pesquisas em bancos de dados, acontecem trocas de experiências, compartilhamento de informações e conhecimento. Consequentemente ocorre o fortalecimento institucional.

Juntas, essas instituições ganham mais robustez na tomada de decisões. Isso ajuda a solucionar as lacunas que surgem no decorrer das investigações. Juntas, também gozam de maior respaldo junto ao Poder Judiciário para se decidir pelas medidas restritivas de direitos, como afastamento de sigilos, por exemplo.

Mas há de se ter em mente sempre a justa medida entre compartilhamento (cooperação) e compartimentação (restrição) de dados. Partindo do princípio que a investigação tem por natureza o caráter sigiloso, há de se ter cuidado e zelo com as informações adquiridas. Se, por um lado, nem todos precisam saber de tudo, mas tão somente da parte que lhe interessa na investigação, conforme sua especialidade, para se evitar vazamentos, por exemplo; por outro, sem troca de informação não há sentido a existência de uma força-tarefa investigativa, cuja força se dá na partilha de experiências, expertises e conhecimento.

Assim, a justa medida se dá na vigilância do Poder Judiciário, para se prevenir os excessos nas medidas de afastamentos de direitos, no acesso a bancos de dados sigilosos ou que só possam ser acessados por pessoas de determinado órgão partícipe da força-tarefa.

Se se torna indispensável para o sucesso das forças-tarefas a capacidade técnica dos participantes, mais imprescindível ainda é a capacidade tecnológica para reunir as informações e transformá-las em conhecimento. Isso pode ser traduzido em robustez de provas, em provas técnico-científicas, em resolução de crimes e em recuperação de ativos ao erário.

Nesse círculo virtuoso, os ativos recuperados podem ser investidos em mais tecnologia, novos recrutamentos, mais treinamentos, mais condições de trabalho, novas resoluções de crimes, de forma a devolver a credibilidade às instituições estatais para desempenharem seus papeis para garantir a paz e o bem-estar social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes de lavagem de dinheiro são, por si só, sofisticados. Muitas são as possibilidades que as organizações criminosas utilizam para (re)inserir no mercado dinheiro oriundo de atividades ilícitas. Os criminosos que atuam nessa área normalmente têm influência política, social, financeira, religiosa e, não raro, cooptam especialistas de várias áreas do conhecimento, estendendo suas redes inclusive no setor público.

Para fazer frente à complexa obscuridade, o Estado não pode querer aplicar soluções simples e esperar resultados diferentes do fracasso. O estudo apresentado não poderia chegar a outra conclusão a não ser a de que o caminho para se obter melhores e mais eficazes resultados no enfrentamento ao delito de lavagem de dinheiro no Brasil é o investimento na modernização e estruturação das polícias judiciárias.

A ênfase deve ser dada à aquisição, desenvolvimento e utilização de ferramentas e soluções tecnológicas. Elas propiciarão maior celeridade e precisão no deslinde da investigação criminal, possibilitando novas visões, novas chaves de leitura para os problemas enfrentados e, acima de tudo, provas técnico-científicas.

Conjugada à modernização dos meios, o investimento no ser humano é tão ou mais importante para os resultados. O fomento à busca contínua de novos conhecimentos, capacitação, especialização, além de valorização profissional e lançamento constante de novos desafios, são maneiras de manter o profissional de segurança pública imbuído em desempenhar suas funções com a máxima eficiência.

Para além disso, ficou demonstrado que a possibilidade de se formar forças-tarefas com outras instituições tem-se mostrado eficiente no enfrentamento ao crime, especialmente no que diz respeito à lavagem de dinheiro. Assim, por ser a investigação criminal instrumento imprescindível do sistema penal, o fomento à devida estruturação e modernização das polícias judiciárias é a melhor maneira de se enfrentar eficientemente o crime de lavagem de dinheiro, reduzindo drasticamente volume de capital ilícito lavado.

REFERÊNCIAS

7GRAUS. *Significado de Cheque*. [S.l.]. Disponível em: <https://www.significados.com.br/cheque/>. Acesso em: 29 nov. 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FOMENTO COMERCIAL. *O que é factoring?*[S.l.].Disponível em: <http://www.anfac.com.br/v3/factoring_fomento_comercial.jsp>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BLOG FOPESP. *Emprego da Doutrina F3EAD em Apoio às Operações Especiais (Parte 1)*. 2018. Blog Forças de Operações Especiais. Disponível em: <http://fopesp.blogspot.com/2018/06/emprego-da-doutrina-f3ead-em-apoio-as.html>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. (Vide Decreto nº 2.799, de 1998) Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. 1996. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>. Acesso em 28 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Edital nº 1 - DGP/PF, de 14 de junho de 2018. *Diário Oficial da União*. 114. ed. Seção 3, p. 149. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/concursos/concursos-em-andamento/carreira-policial-2018/editais-e-comunicados/edital-no-1-dgp-dpf-abertura.pdf/view>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. *Ações de 2013*. 2013. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-2013>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. *Metas de 2006*. 2005. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-de-2006>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. *Metas de 2005*. 2004. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-de-2005>. Acesso em: 28 nov. 2019.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro:* a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRIVACIDADE Hackeada. Direção de Karim Amer, JehaneNoujaim. Produção de Karim Amer, Pedro Kos, Geralyn Dreyfous, Judy Korin. Intérpretes: Brittany Kaiser, Carole Cadwalladr, David Carroll, Christopher Wylie, Steve Bannon. Roteiro: Karim Amer, Erin Barnett, Pedro Kos. S. l.: Netflix, 2019. (139 min.), color. Legendado. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80117542>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SANTANA, Felipe. *Qual é a diferença entre Big Data e Inteligência Artificial?* 2019a. Site Minerando Dados. Disponível em: <https://minerandodados.com.br/qual-e-a-diferenca-entre-big-data-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SANTANA, Felipe. *Por que o Python é a Linguagem mais adotada na área de Data Science?* 2019b. Site Minerando Dados. Disponível em: <https://minerandodados.com.br/por-que-o-python-e-a-linguagem-mais-adotada-na-area-de-data-science/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SANTANA, Felipe. *Deep Learning: Conheça seu Conceito*. 2019c. Site Minerando Dados. Disponível em: <https://minerandodados.com.br/deep-learning-conheca-seu-conceito/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AMBIENTE HOSTIL À CORRUPÇÃO: *WHISTLEBLOWER* E COLABORAÇÃO PREMIADA

Pedro Jainer Passos Clarindo da Silva[1]
Rafael Dias de Sousa Pereira[2]

RESUMO: Há muitos instrumentos e órgãos de combate à corrupção. Na atualidade, tais instrumentos e órgãos têm se especializado cada vez mais, ao passo que o crime organizado do colarinho branco tem igualmente se aprimorado equitativamente à especialização dos órgãos de controle. Sem abandonar o controle repressivo, a necessidade de tornar a Administração Pública um ambiente hostil à corrupção é imperioso. Sem uma mudança cultural administrativa, a tarefa de coibir a malversação do erário tem se tornado não somente contramajoritária, mas também estéril, uma vez que a finalidade pedagógica da pena dificilmente é alcançada. Nesse contexto, institutos como o *Whistleblowe*r e a Colaboração Premiada visam acertar o âmago das estruturas parasitárias do dinheiro público. Seja cessar a *omertà* interna das organizações criminosas com a desestimulação de interferências nos negócios recíprocos, seja afastando a intimidação de agentes externos às organizações criminosas que cooperem com as investigações, dando-lhes alguma segurança jurídica, o caso é que quanto mais hostil for o ambiente administrativo para prática de ilícitos, mais eficaz será o combate à corrupção. A pesquisa se utilizará de revisão de material bibliográfico acerca dos institutos do *Whistleblowe*r e da Colaboração premiada, analisando a contribuição destes para desconstrução interna das relações de confiança que podem fazer ruir cartéis parasitários, quase simbióticos, do Poder Público.

Palavras-chave: Administração. Corrupção. Colaboração. Hostil.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o *Whistleblower* e a Colaboração Premiada como técnicas especiais de contribuição destes para desconstrução interna das relações de confiança que podem fazer ruir cárteis parasitários, quase simbióticos, do Poder Público.

Partindo de breve explanação sobre o combate à corrupção, no primeiro momento será mencionado o conceito, objetivando alcançar o conceito de administração pública.

Em segundo momento, será tratado o conceito de corrupção, buscando fornecer subsídios para compreensão sob um viés histórico e sociológico, sendo capaz de ferir e violar os bons costumes, quebrando-se a

[1]Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Tocantins. Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção. Pós-Graduado em Direito Administrativo. pjainer@gmail.com.
[2]Bacharel em Direito, pelo CEULP/ULBRA. Assessor Jurídico no Estado do Tocantins. Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção. Especialista em Direito Público com ênfase em Administrativo, Constitucional e Tributário. rafaeldias2005@gmail.com.

isonomia, tornando-se um desiquilíbrio na ordem presumivelmente justa pela aceitação, demonstrando por meio de gráfico o *ranking* da atual situação do Brasil.
O terceiro capítulo visa demonstrar o moderno instituto jurídico, conhecido como *Wistleblower* (direito norte-americano) ou *lanceur d´alerte* (direito francês), cuja tradução literal para a língua portuguesa é assoprador de apito ou lanceiro do alerta.

Prosseguindo, no quarto capítulo estudaremos a colaboração premiada como meio de obtenção de prova.
Serão analisados, ainda, os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da colaboração premiada, além da sua conceituação, requisitos, os benefícios legais a serem ofertados ao agente colaborador, os legitimados para a celebração do acordo de colaboração premiada e o procedimento a ser seguido.

Nas considerações finais concluímos a importância do *Whistlebower* e da Colaboração Premiada em prol do combate à corrupção, afastando a intimidação de agentes externos às organizações criminosas que cooperem com as investigações, dando-lhes alguma segurança jurídica. O caso é que quanto mais hostil for o ambiente administrativo para prática de ilícitos, mais eficaz será o combate à corrupção.

Emprega-se, no trabalho, a utilização de revisão de material bibliográfico acerca dos institutos do *Whistleblower* e da Colaboração premiada, analisando a contribuição destes para tornar a administração pública ambiente hostil para a proliferação de atos de corrupção.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O conceito de administração pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa. Administrar é gerir interesses, segundo a lei a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheia. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública.

De acordo com Hely Lopes Meireles:

> Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumido m benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. (MEIRELLES et al., 2011, p. 165).

A Administração Pública pode, ainda, ser classificada como direta e indireta. A Direta é aquela exercida pela administração por meio dos seus órgãos internos (presidência e ministros). A Indireta é a atividade estatal entregue a outra pessoa jurídica (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundações), que foram surgindo por meio do aumento da atuação do Estado (presidência e ministros).

2.2 O CONCEITO E A CORRUPÇÃO BRASILEIRA NOS DIAS ATUAIS

O estudo da corrupção evoluiu paulatinamente até alcançar o interesse das Ciências Criminais, as quais, atualmente, não podem mais deixar de envidar esforços para compreender os seus contornos, seu regramento, sua incidência e seus efeitos na estrutura social.

Etimologicamente, atribui-se o surgimento do termo "corrupção" a partir do latim *corruptus*, que significa o "ato de quebrar aos pedaços", ou seja, decompor e deteriorar algo. Essa corrupção, dita por muitos, mas entendida na sua essência por poucos, é o efeito ou ato de corromper alguém ou algo, com a finalidade de obter vantagens em relação aos outros por meios considerados ilegais ou ilícitos.

Nesse sentido, considerando a definição precípua de corrupção, conforme conceitua Felipe Eduardo Hideo Hayashi, a qual aduz que:

> A corrupção é um fenômeno que advém de fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos e que possui manifestações diversas de natureza privada, pública e social, e afeta o desenvolvimento de todos os países do mundo, em maior ou menor grau, seja em regimes autoritários ou democráticos, e em todos os sistemas econômicos. Por isso a corrupção tem sido estudada desde a sociologia, a economia, a psicologia, a criminologia e a ética até o direito. Isso vem enriquecer os conhecimentos sobre esse fenômeno, mas também dificultar a elaboração de um conceito unitário de corrupção. (HAYASHI, 2015, p. 11)

De outro modo, sob um viés histórico e sociológico, seguindo a esteira do professor Alexandre Sergio da Rocha, a partir dos pontos de vista social e jurídico, destaca-se o que:

> Cabe observar que o conceito de corrupção tem um tratamento moral e um tramento jurídico. A palavra corrupção aparece sete vezes no Código Penal. Os arts. 271,272 e 273 do Código Penal se refere à corrupção no sentido físico, a que os gregos chamavam de phthorá. Tratando-se de matéria física, não cabe falar em papel social. Entretanto, a corrupção física destrói a integridade da substância, sendo, desse modo, contraditória com aquilo que a identifica. (ROCHA, 2018, p. 97).

Conforme ainda lições de Alexandre Sérgio para os dois conceitos de corrupção no sentido próprio (físico) ou figurado (moral) como corrupção flártica, porém “vai, mais adiante, para abranger, também, a corrupção involuntária (que ocorre no plano moral, mas tem a *phthorá* como metáfora), e, doutra forma, a corrupção

moral difusa “que representa o desfazimento ou destruição das normas de integridade do comportamento social em uma comunidade ou corporação” (ROCHA, 2018, p. 97).

Devido à existência de grande quantidade e proporção alarmante de crimes cometidos pelos tais “colarinhos brancos”, e os meios de comunicações do Brasil e do mundo noticiando a total roubalheira dos cofres públicos, a administração pública não tem sido um ambiente propício à corrupção.
Nesse sentido, Gustavo Senna aduz:

> Esse cenário, lamentavelmente, é um sinal de um estado doente e revela um baixo grau de maturidade da ainda jovem democracia brasileira, pois as instituições é que revelam o grau de maturidade de uma nação, reclamando, portanto, a proteção e a valorização por parte dos cidadãos. Mas focando agora no Estado e nos seus agentes e com o objetivo (ROCHA, 2018, p. 97).

Nessa vereda, nos tempos atuais, os danos causados pela corrupção trazem um grande mal ao povo brasileiro e a outros povos dos mais variados continentes, indo para o lixo o futuro das novas gerações, tornando-se o Brasil em um cenário tenebroso, deixando uma sociedade doente, levando-a a óbito, sem esperança, completamente desencantada com os rumos da nação, pois “as virtudes de um grande homem público têm de ser institucionalizadas, sob pena de estarmos criando terreno fértil para a má administração” (SENNA, 2019, p. 41).

Dessa forma, a corrupção decai para um deslize moral de interesse público, admitido-se dois tipos de manifestações, a forma clássica e as formas não clássicas, segundo aponta o professor Alexandre Sergio da Rocha, em sua obra,que dispõe:

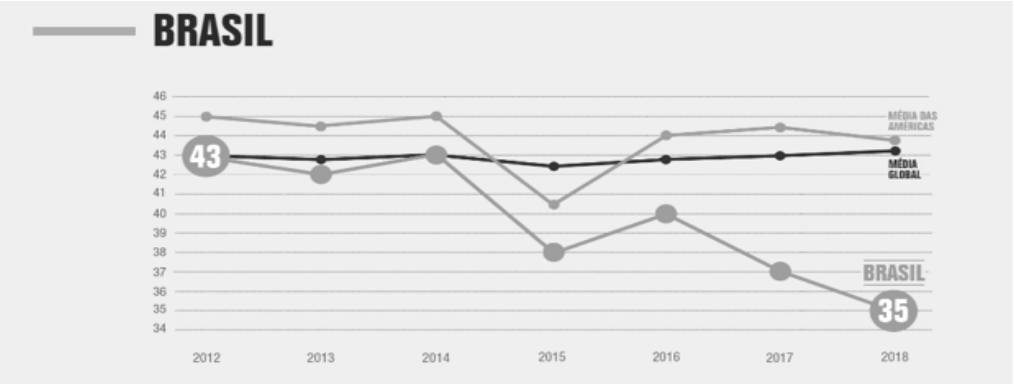
> A forma clássica se caracteriza por uma relação binária entre os polos. O corruptor corrupto. A relação clássica de corrupção apresenta as seguintes características: (1) o corrupto desempenha um papel social que o compromete com determinados interesses ou valores; (2) por ação ou omissão, ele é desleal a seu papel social, significado isso que, ao agir ou omitir-se, ele pratica uma ação (ou omissão, que também é uma forma de ação) que é contraditória com seu papel social; (3) essa ação contraditória com seu papel social é, por outro lado, consentânea com os interesses ou valores preconizados por um outro sujeito – o curruptor, (4) o que caracteriza o corruptor é oferecer, prometer ou entregar ao currupto valores materiais ou situações gratificantes a ele indevidas e ofertadas para influir na disposição do currupto quanto ao cumprimento dos deveres de seu papel social, enfraquecendo a lealdade do corrupto a seu papel social para favorecer os interesses valorizados pelo corruptor; (5) o corrupto sabe, ou deveria saber, que as vantagens ofertadas pelo corruptor são (a) indevidas, (b) tendentes ou, pelo menos, facilitadoras da situação em que ele, corrupto, não possa ou não preferir o leal cumprimento de seu papel social e, em consequência, favoreça irregulamente os interesses e valores representados pelo corruptor. (ROCHA, 2018, p. 97).

Segundo a Transparência Internacional, a corrupção é o abuso de poder para obtenção de ganhos privados ilegítimos, e pode ocorrer tanto no setor público quanto no privado. Na mesma linha, o Banco Mundial define corrupção como o abuso do cargo público para ganhos privados.

Percebe-se, portanto, a importância da utilização do Índice de Percepção da Corrupção (IPC), sendo esta a mais duradoura e abrangente ferramenta utilizada pela Transparência Internacional, projetada para fazer medição da corrupção no mundo, reunindo-se resultados de 180 países e territórios.
Convém pôr em relevo a pontuação que indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto, e 100, que o país é considerado muito íntegro.

A título de exemplificação, conforme observado na Figura abaixo, no Índice ePercepção da Corrupção.

Figura 3: Índice de percepção da corrupção.



Fonte:TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018.

Tal fator é observado em diversos países, capaz de reforçar o entendimento de que a corrupção no Brasil está cada ano mais crescente. Segundo mediçoes do Índice e Percepção da Corrupção, o ano de 2018 teve o pior resultado desde 2012, por consectário 105ª colocação entre os 180 países avaliados.
Nessa esteira, é reforçado no Índice e Percepção da Corrupção que

> Um alerta que já vem sendo feito pela Transparência Internacional. Os esforços notáveis do país contra a corrupção podem estar em risco e não foram suficientes para chegar à raiz do problema. Não tivemos nos últimos anos qualquer esboço de resposta às causas estruturais da corrupção no país. A Lava Jato foi crucial para romper com o histórico de impunidade da corrupção no Brasil – principalmente de réus poderosos. Mas para o país efetivamente avançar e mudar de patamar no controle da corrupção, são necessárias reformas legais e institucionais que

> verdadeiramente alterem as condições que perpetuam a corrupção sistêmica no Brasil (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018).

O fato é que mesmo em face de uma série de instrumentos criados e utilizados com a finalidade de aparar arestas e tentar sufocar os atos de corrupção, o crime organizado em face do erário tem conseguido transformar esses instrumentos em verdadeira burocracia autofágica, em que procedimentos e mais procedimentos são criados, mas, no fim, estes acabam servindo apenas para justificar formalmente rotinas, sem, contudo, impedir a dilapidação dolosa do dinheiro público. Isso quando tanta burocracia não servepara justificar a corrupção.

Exemplo disso é o caso da emergência fabricada. O célebre caso do agente público que, não planejando a aquisição ou intencionalmente não a realizando a contento ou realizando-a em quantitativos subestimados, deixa faltar medicamento na unidade de saúde para, em face de decisões judiciais individuais, comprá-lo diretamente, por via da dispensa de licitação, de forma individual e pagando muito mais caro pelo fármaco. Isso quando não há um conluio anterior com o fornecedor para uma divisão do sobrepreço.

Nessa situação, a burocracia da licitação, ou melhor, da procedimentalização de sua dispensa, serviu para justificar a dilapidação do erário formalmente hígido. E com a agravante de ter usado o Poder Judiciário, que devidamente concedeu as liminares aos interessados que se valeram da jurisdição, para justificar a emergência na contratação.

O caso da utilização da judicialização da saúde é exemplar, mas apenas um entre os tantos de emergência fabricada, como o prédio da escola em que se deixa de fazer pequenas manutenções até que a situação esteja grave a ponto de exigir uma grande reforma, ou mesmo a construção de um novo prédio, ou, ainda, um decreto fraudulento de “emergência nas estradas”, há muitos anos sem manutenção, para dispensar obras de recuperação, que às vezes se esvai na próxima estação chuvosa.

Em todas essas exemplificativas situações, a burocracia legal – formalização de um processo de dispensa de licitação – não somente foi inapta para conter a corrupção, masserviu para escamoteá-la. Afinal, se cobrado por órgãos de controle, como Tribunal de Contas ou Ministério Público, o gestor, em qualquer dessas hipóteses, certamente justificará com um processo administrativo formalmente apto e escorado na previsão legal de dispensa de licitação. À vista do exposto, exsurgem claras e insofismáveis as reformas legais e institucionais para alteração do cenário corruptivo no Brasil.

2.3 OMERTÀ NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DESAFIO DE SER ANTIFRÁGIL.

O termo italiano *omertà* tem sido usado para designar um código de conduta de silêncio entre os mafiosos, inicialmente os do sul da península itálica, mas hoje a *omertà* é conhecida cláusula implícita nas organizações criminosas em geral.

A *omertà* é imposição interna e, às vezes, externa de silêncio. O integrante da organização criminosa, em primeiro lugar, deve estar ciente de que a estrutura mafiosa dá valor ao silêncio, e a desobediência de tal pode redundar em morte do violador.

O silêncio se impõe de forma que cria uma proibição severa de qualquer colaboração do agente mafioso com as autoridades públicas. Não se tolera nas organizações criminosas quem delate.

Colaborar mesmo para esclarecer crimes que outros da organização tenham cometido, ainda que tal elucidação pudesse levar à absolvição do colaborador, por exemplo, porque, de fato, quem matou foi outro e não o colaborador, é violação de pacto interno, e a pena capital decretada pela organização em muitas situações é mais que certa.

No caso, a organização impõe que o agente, mesmo inocente, aceite ser penalizado pelo crime que não cometeu. Sempre calado. Tudo isso em nome do que é melhor para a organização criminosa.
Os que quebram o pacto de silêncio da organização criminosa ficam conhecidos como *I pentiti*(os arrependidos). Entre famosos *pentitis* (pentitos, na Sicília) encontram-se Joe Valachi, que, em 1963, testemunhou perante o Congresso dos Estados Unidos falando pela primeira vez sobre a existência da máfia e, ainda, TommasoBuschetta, peça importantíssima que ajudou o juiz Giovani Falcone a compreender a estrutura da Cosa Nostra.

Não somente isso.
O *modus agendi* mafioso acaba promovendo a *omertà* externamente. Isso porque tal a severidade interna do pacto de silêncio que as pessoas próximas e mesmo a população geral aprendem a respeitar a *lei do silêncio* pelo medo de igualmente sofrerem retaliação do grupo criminoso.

Por isso que muitos crimes ficam sem elucidação, desde favelas, onde a brutal forma de agir do tráfico, em regra, dispensa que os malfeitores exijam expressamente o silêncio da população em torno, até os mais altos cargos da administração pública, em que as máfias que se servem do erário impõem a servidores públicos, concorrentes privados de beneficiados em contratos, dentre outros, o silêncio, sob pena de perder o emprego (especialmente no caso de comissionados) ou a ameaça de jamais conseguir novamente qualquer contrato com o respectivo órgão ou, ainda, de, mesmo ganhando a licitação, jamais receber pelo serviço prestado ou pelo material entregue.

É por causa disso que se diz que não há mafioso sem *omertà,* mas que a recíproca não é verdadeira, afinal, fora dos limites da organização, por qualquer tipo de temor, as pessoas acabam se sentindo obrigadas ao silêncio pelo justo receio de represálias.

É no meio desse cenário que muitas vezes se tenta elucidar ilícitos de improbidade ou mesmo penais contra a Administração Pública.

Se por um lado, como já se disse, a burocracia muitas vezes serve para formalmente justificar a corrupção, por outro, a *omertà* interna (o gestor e os beneficiados) e externa (o servidor não integrante da organização que se cala ante órgãos de controle por temer ser demitido ou removido para localidade distante) consolidam um bloco difícil de quebrar para a exposição das ilicitudes.

Não por outro motivo muitas investigações de crimes contra a administração pública acabam por ser arquivadas por falta de prova, afinal, muitas das negociatas não deixam rastro ou mesmo em alguns casos em que ficam rastros, as provas que restam precisam de uma pedra de roseta para sua compreensão.

Exemplo atual é a apreensão de cadernos e planilhas de propinas em que os beneficiários não são listados com nomes verdadeiros, mas com codinomes que só integrantes da organização conhecem, ou a descoberta de normas de uma liga supostamente esportiva, mas que era o regulamento da divisão de obras e serviços entre empreiteiras organizadas em cartel, cuja elucidação sem os esclarecimentos de quem integrava a "liga" jamais seria possível.

Nesse contexto, autoridades e órgãos de controle muitas vezes se veem tentando fazer ruir o bloco formado pelo combo burocracia justificante mais *omertà.*

Não por menos, atualmente se tem trabalhado a noção de uma administração pública antifrágil.
Sobre o conceito de antifrágil nos esclarece Rodrigo Pironti:

> É certo que para que isso aconteça de maneira efetiva, há a necessidade de se valorizar o servidor público de carreira e de se respeitar a Constituição Brasileira, mas somente após ler o livro "*Antifrágil*", de Nassim Nicholas Taleb, me dei conta de que é apenas este servidor valorizado que será capaz de produzir uma revolução na Gestão Pública de nosso país, ainda dominada pelo abuso de poder, pelo acordo de interesses escusos, pela justificativa em detrimento da iniciativa, enfim, pelo "jeitinho brasileiro" que hoje já não mais reflete – ou não deveria refletir - nossa cultura.
> O autor da obra "*Antifrágil*" propõe que tentemos imaginar o antônimo de frágil, que para ele, longe de ser traduzido por uma noção de resistência, durabilidade, resiliência, induz a noção de um novo conceito, fundado em um novo substantivo, o *Antifrágil*, explico. Em um primeiro momento, propõe o autor que pensemos em um objeto qualquer. Esse objeto, para ter a característica de frágil, teria que ser manipulado de forma muito cuidadosa, sob pena de romper-se à menor pressão ou descuido, v.g, uma taça de cristal enviada a um colega distante por "malote" aéreo. Evoluindo na análise, propõe o autor que se esse objeto, ao ser manipulado, permanecesse com as mesmas características que aquelas inicialmente verificadas, ou seja, sem qualquer alteração em sua forma ou qualidade, haveria a configuração de uma condição de resistência do objeto (ou seja, seria este objeto considerado forte, resiliente às influências externas produzidas sobre ele). Mas essa, para ele, ainda não seria a antítese de frágil, por um simples motivo: da mesma forma que a antítese de positivo, não é o neutro, mas sim o negativo, o contrário de frágil nunca poderia ser o resiliente, pois esta condição simplesmente manteria o objeto sem alterações em sua característica. É nesse contexto que, ao revés, o *Antifrágil*induz a concepção de um objeto, que após manipulado de forma livre, despreocupada, sob qualquer pressão ou influência negativa externa, mesmo

> que de maneira equivocada ou não recomendável, ao invés de continuar com as mesmas características, melhorasse com a adversidade, com o caos e, em uma analogia possível, com a crise. Nesse caso, alerta o autor citado, estaríamos diante de algo *Antifrágil(PIRONTI, 2016).*

A idéia de que o antônimo de frágil deixa de ser o resiliente, o forte, mas exige algo mais. Uma capacidade inovadora de se tornar melhor, mais ágil, mais efetivo, mudando, se necessário, sua própria substância. O forte somente se mantém como é. Não muda. O antifrágil evolui.

É nesse contexto que o conceito do antifrágil vem se aplicando para a administração pública.O combate aos atos de corrupção exige mais do que uma administração forte, portanto, imutável, impõe uma postura antifrágil.

Rodrigo Pironti prossegue com alegoria mitológica para explicar como a administração antifrágil se comporta:

> Mas o que motiva uma aproximação do tema da antifragilidade com a Administração Pública, não é apenas o exemplo hipotético trazido pelo autor, mas uma outra análise por ele realizada, desta vez ancorada na análise comparativa entre as figuras mitológicas de Dâmocles, da Fênix e da Hidra. Para ele, a figura mitológica de Dâmocles – cortesão romano que desfruta de um belo banquete, tendo sobre sua cabeça uma espada amarrada ao teto por um único fio de cabelo de cavalo – representa o frágil. A Fenix – pássaro com cores esplendidas que sempre que atacado renasce das próprias cinzas exatamente como era quando atingido – representa o resistente, ou seja, o neutro; e a Hidra – criatura que se parece a uma serpente com várias cabeças, que habita o lago de Lerna, e que, quando lhe cortam uma cabeça, nascem duas no lugar daquela atingida – representa o *Antifrágil(PIRONTI, 2016).*

Exatamente neste quadro que institutos, como a colaboração premiada e o *whistleblower* surgem como alguns dos vários elementos transformadores da mentalidade administrativa para tentar implodir esquemas de corrupção, quebrar a *omertà* das organizações criminosas do colarinho branco e tornar a administração pública antifrágil.

2.4 DO *WHISTLEBLOWER*

O *Whistleblower*, em tradução livre,*soprador de apito*, é figura ainda nova no ordenamento jurídico brasileiro.
A origem do nome do instituto remonta à cultura de segurança comunitária dos Estados Unidos (*neighborhoodwatch*) em que o apito é usado como instrumento de denúncia e intimidação.

A lógica é relativamente simples. Em se avistando uma pessoa desconhecida, ou não, em situação de conduta suspeita ou de confronto com a lei, por exemplo, adentrando um imóvel ou em situação de violência contra outrem, ao invés de se partir para qualquer tipo de confronto, usa-se um apito, para chamar a atenção

de vizinhos ou de outras pessoas para a ação, conduta que, ao avistarem a situação, também podem usar seus apitos de forma a, ao se veremperante uma quantidade grande de testemunhas, inibir ou fazer cessar condutas criminosas. A aplicação à Administração Pública é parecida.

O *Whistleblower* é pessoa que, não sendo autor, coautor ou partícipe do crime ou infração, mas que tem conhecimento da conduta tendo em vista emprego, cargo, função ou posição que ocupa, voluntariamente informa às autoridades a possível ocorrência de condutas desviadas.
Cleber Masson e Vinicius Nassau lecionam:

> Conquanto o tocador de apito por vezes se encontre inserido dentro de uma empresa ou de um órgão público, é possível enxergar para o whistleblower um posicionamento social mais amplo, pois, "na grande maioria dos casos o reportante é apenas um cidadão honesto que, não tendo participado dos fatos que relata, deseja que autoridade pública tenha conhecimento e apure as irregularidades".(MASSON e MARÇAL, 2018, p. 166).
> O whistleblower, portanto, pode ser qualquer pessoa que, espontaneamente, venha noticiar às autoridades informações relevantes sobre ilícitos penais ou administrativos. Assim, "por ostentar conhecimento privilegiado sobre os fatos, decorrente ou não do ambiente onde trabalha, o instituto jurídico do whistleblower, ou reportante, trata-se de auxílio indispensável às autoridades públicas para deter os ilícitos" (MASSON e MARÇAL, 2018, p. 158).

Não há de se confundir o whistleblower com o colaborador premiado. O colaborador premiado é um criminoso. Autor, coautor ou partícipe das infrações, por vez integrante da organização criminosa; tem condutas diretamente ligadas ao fato que noticia; por isso, é alguém implicado no polo passivo da investigação ou no processo; tem em vista um benefício processual penal, como redução de pena, perdão judicial, imunidade à denúncia, dentre outros. Ostenta condição de réu que, nos termos da lei, abdica do direito de permanecer calado e, em face do acordo homologado, presta compromisso de dizer a verdade.

O reportante, ou *whistleblower*, é uma pessoa que, não tendo cometido crime, tem informações privilegiadas e ajuda as autoridades. Não é réu nem investigado no processo ou inquérito, portanto, não tem em vista nenhum benefício penal. Não necessariamente será ouvido na investigação ou em juízo, por muitas vezes desnecessário ante os elementos já levantados, mas, quando necessária sua oitiva, ostentaria a condição de testemunha, ou seja, compromissada originariamente e não em decorrência de algum acordo.

Importante pontuar que o *whistleblower* é pessoa não obrigada a prestar reportar, apresentar a notícia de forma voluntária. Quem é obrigado a fiscalizar não pode ser considerado *whistleblower* por fatos que estejam sob sua fiscalização.

Isso é importante para diferenciar a condição do soprador de apito daquele que de uma forma ou de outra se coloca na condição de garante. É o caso, por exemplo, do servidor de controle interno de um órgão que

identifica irregularidades em processos sob sua responsabilidade ou mesmo o caso do setor de*compliance* da empresa que identifica desvios de atuação de seus contadores.

Essas pessoas estão obrigadas por lei ou pelo contrato a reportar condutas ou indícios de condutas desviadas ou desviantes e, nessa condição, não podem ser consideradas *whistleblowers*, pois é da essência do instituto que seja pessoa desobrigada que voluntariamente reporte. Se há uma obrigação anterior assumida por lei ou contrato, a voluntariedade está afastada.

Isso não significa que a pessoa perca sua condição, por exemplo, de testemunha em processo administrativo ou judicial, mas, apesar de continuar testemunha, não será *whistleblower*.

Em nosso ordenamento jurídico, de maneira bem rarefeita, é possível visualizar alguns traços do *whistleblowing* na Lei Anticorrupção, particularmente ao disciplinar que serão levados em consideração na aplicação das sanções administrativas, além de outros critérios, a existência de mecanismos e procedimentos internos de *incentivo à denúncia de irregularidade* no âmbito da pessoa jurídica (art. 7º, VIII). Todavia, não existe entre nós uma legislação específica sobre o tema, lacuna que se pretende colmatar com o Projeto de Lei nº 1.701, de 2011, que institui o Programa Federal de Recompensas e Combate à Corrupção, por meio do qual o "*cidadão colaborador"* que contribui para a elucidação de crime contra a administração e o patrimônio públicos, bem como para a recuperação de valores e bens públicos desviados recebe recompensa pecuniária.

Muito embora não haja no Brasil uma lei exclusiva sobre o *whistleblowing*, impende destacar que a Lei nº 13.608, de 2018, consagrou, ainda que em contornos mínimos, o referido instituto. Com efeito, a novel legislação dispôs sobre o "disque-denúncia" e procurou incentivar a colaboração popular com as investigações criminais ou administrativas, mediante a garantia de anonimato, concebendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa (parágrafo único do art. 4º) – até mesmo mediante o pagamento de valores em espécie – "pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos" (art. 4º).

A fim de regulamentar a proteção de identidade de denunciantes, o governo federal editou o Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019. O diploma regulamenta o trâmite de denúncias recebidas por órgãos de ouvidoria do serviço público federal.

Previsão importante de proteção ao *whistleblower* foi a criação da figura da *pseudonimização* que consiste em "tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro" (art. 2º, II).

No caso, o departamento responsável por manter o dado acerca da identidade do denunciante é a ouvidoria que receber a denúncia, sendo-lhe imposto sigilo em face dos órgãos investigadores, somente podendo repassar esses dados em casos especiais e sempre com a oitiva prévia e reservada do reportante.

De relevo notar que o *whistleblower* pode ser anônimo, ou não. No caso de não ser anônimo, pode revelar a identidade à autoridade a quem reporta e, ainda, requer sejammantidos em sigilo seus dados.

Quando a notícia for apócrifa não será possível o confronto de dados ou pedidos adicionais de esclarecimentos ao reportante, incômodo natural a qualquer denúncia anônima, não sendo possível, assim, conceder nenhum tipo de proteção ou recompensa ao informante.

Entretanto, quando não for caso de anonimato, seja com dados abertos ou mantidos em sigilo pela administração, apesar de abrir uma facilidade maior para a investigação, o *whistleblower* tem muito a perder e nenhum tipo de proteção, por exemplo, o emprego, cargo, lotação ou mesmo a vida, sem que, por outro lado, haja algum tipo de proteção ou incentivo por parte do Estado.

Necessitamos de um estatuto jurídico para a *whistleblowing*, que consiste no ato de delatar um crime sem dele ter participado. Nisso o *whistleblowing* se distingue da delação premiada, que ocorre como fonte de provas em um processo criminal, recebendo o delator (dos seus comparsas) "prêmios" pela sua colaboração com a Justiça. Esse delator não é inocente. Ao contrário, é duplamente reprovável: faz parte de um grupo criminoso e, além disso, trai seus companheiros no empreendimento criminoso.

O *whistleblower* é inocente (em princípio), não participou do crime e se dispõe a denunciar conduta imprópria numa empresa ou num órgão público. É legal e moralmente irretocável sua conduta. A Lei Anticorrupção estimula a existência desses canais de denúncia, que atuam como medidas preventivas ou reparatórias de condutas irregulares dentro das empresas. O problema: de quais garantias ele desfrutaria? Teria alguma recompensa pelo seu ato? Na Inglaterra, há lei de proteção contra represálias ao denunciador (Barry Wolfe, Valor 17/3/15). Ele não pode ser demitido. Nos Estados Unidos, o estatuto do *whistlebower* vai mais adiante: quem denuncia uma irregularidade à SEC (órgão encarregado de apurar crimes de corrupção nas grandes corporações) pode receber recompensa em dinheiro (até 30% do valor da multa). É uma forma de suavizar as graves consequências (para o denunciador) decorrentes da "deduragem".

Uma das maiores discussões que se tem travado no Brasil é justamente a possibilidade de concessão de recompensas ao *whistleblower*.

Levanta-se a tese de que haveria aí uma violação ética, uma imoralidade. O reportante passaria a ser alguém interessado em benefícios pecuniários e estaria, com isso, moralmente comprometido.

Entretanto, a crítica parece não se sustentar.
Não é à toa que, apesar de notícias anônimas aportarem em avalanches nos órgãos de controle, dificilmente há de se encontrarem casos de noticiantes identificados.

Como dito, transtornos são gerados. A grande maioria das notícias anônimas não traz elementos mínimos para instauração de procedimento investigatório.

De outro modo, há uma massa de notícias que, *a priori*, seriam insubsistentes, mas estas, com o requerimento de algumas informações complementares – o que é impossível no anonimato –, poderiam dar azo à atuação dos órgãos de controle.

Se por um lado é difícil para a autoridade investigar sem elementos; por outro, o cidadão que noticia e muitas vezes conhece as informações que se requereriam não tem incentivo de se fazer conhecer.

Muitas vezes é o servidor concursado que vê atuação ilícita de agentes políticos, é o empregado da estatal que descobre condutas irregulares de seus diretores, a funcionária do posto de combustível que vê a emissão de notas fiscais para agentes públicos sem a venda de produtos, dentre tantos outros exemplos.

Apesar de importantes para a investigação, como esta protegeria essas pessoas? O servidor não protegido de remoções arbitrárias para localidades distantes, o empregado público não está garantido de represálias internas de imposição de metas humanamente inalcançáveis ou a funcionária do posto não tem garantia contra demissão.

Essas pessoas têm muito a perder e nada a ganhar. A proteção e o incentivo ao *whistleblower* vêm justamente na contramão dessa lógica perversa de prejudicar quem se dispõe a cooperar. O estabelecimento de garantias como estabilidade no emprego, irredutibilidade do salário ou garantia de proibição de remoção são proteções que se impõem para incentivar que os denunciantes se identifiquem e possam contribuir na investigação ou ação judicial.
Lado outro, a previsão de prêmio, mesmo em pecúnia para o colaborador, é uma forma de recompensar quem ajudou, muitas vezes na recuperação de milhões em capitais para o erário. Era dinheiro que o Poder Público já não tinha e continuaria não tendo não fosse a participação do *whistleblower*.

Dizer que isso torna o reportante um imoral, um pária ou, ao menos, uma *persona no grata*, não se justifica.
Isso porque, uma vez identificado o reportante, em notificando fato falso ou inexistente poderá responder por comunicação falsa de crime (art. 340, CP), sendo-lhe imputado crime cuja pena varia entre um a seis meses de detenção, ou, nas hipóteses mais graves, em que há indicação de quem seriam os autores dos fatos falsamente imputados, responderia por crime de denunciação caluniosa, com amplitude penal de dois a oito anos de reclusão (art. 339, CP), pena essa muitas vezes maior que a própria conduta irregular que eventualmente impute. Sem contar a possibilidade de responsabilização em Processos Administrativos Disciplinares ou mesmo uma possível demissão com justa causa.

O caso é que o sistema já prevê controle da conduta do *whistleblower* e, mesmo tendo algo a ganhar em vista, o fato é que o reportante continuará com muita coisa a perder se for caso de informações falsas.

O incentivo e a recompensa são formas de minorar os pontos negativos para quem se dispõe a colaborar em prol da probidade, não de extirpá-los, ainda mais se for caso de denúncias irresponsáveis.

É nesse contexto que a adoção do *whistleblower* na Administração Pública reforça sua postura como antifrágil. Tornaria o cenário mais adverso para possíveis infratores que saberão que qualquer pessoa em

volta de si que descubra seus atos desviados, diferente da realidade atual, não terá só desincentivo ao procurar os órgãos de controle, mas poderá ter proteções em sua esfera de direitos e, quiçá, direito a participar legalmente de pequena parte do que eventualmente vier a ser recuperado.

2.5 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada, antigamente conhecida como delação premiada, éregulamentada no Brasil pela Lei de Organizações Criminosas, a Lei 12.850/13, especialmente em seu art. 4º.

O instituto não é novo, afinal já encontrava assento no art. 13 e seguintes da Lei nº 9.807, de 1999, a Lei de proteção das testemunhas, mas foi atualizado e ganhou novos contornos que eram necessários para o enfrentamento da criminalidade organizada, por isso, sua disciplina na Lei nº 12.850, de 2013.

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 1990), em seu art. 8º, parágrafo único, mesmo antes da Lei nº 9.807, de 1990, já previa redução de pena de um a dois terços para o "participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento".

A aplicação do instituto e, por conseguinte, o seu fortalecimento,trouxetambém as críticas.
Alguns se levantaram para dizer que seria uma violação ética do Estado que estaria se valendo de meios imorais, fundados em traição, deslealdade e mentira; somando-se a isso há até mesmo quem entenda que a colaboração premiada incentivaria o enfraquecimento do trabalho de investigação, que não mais se empenharia na elucidação dos delitos, ante a possível facilidade advinda da colaboração.
As críticas, entretanto, não se sustentam.
Primeiro porque a premissa da primeira crítica parece ser a de que o sistema ético da omertà das organizações criminosas estaria em mesmo patamar que a ética do Estado. Talvez daí a grande preocupação dos críticos em deslealdade, traição ou infidelidade. Ou, ainda que fosse um conjunto ético de menor apreço, o Estado não poderia se rebaixar para reprimir a criminalidade.

Obviamente não é o caso. Primeiro porque os críticos se esquecem que antes de haver uma quebra de pacto da organização, houve uma quebra de contrato social, uma violação ao próprio Estado e à sociedade como um todo. Houve um crime. Em especial, quando se trata de crimes contra o patrimônio público, a gravidade das violações implica prejuízo para toda a coletividade de modo que colocar a avença tácita de fidelidade recíproca e de sigilo de ações criminosas em patamar elevado de tal modo a ver como demérito eventuais violações implica colocar o pacto e os interesses da organização criminosa sobre os interesses da sociedade.
Em outras palavras, é esperar que o Estado adira e reforce o pacto interno das organizações criminosas, única explicação para ver como repugnante a quebra da omertà de forma a rejeitá-la mesmo em face das possibilidades de recomposição do erário e desfacelamento das ações de criminosos.

Não são interesses pessoais do órgão de investigação, do titular da ação penal ou do Poder Judiciário que estão em jogo. Não se está falando de elucubrações teóricas sobre visões filosóficas da ética. O que está em jogo, para além do sancionamento de criminosos, é a recuperação de ativos que, quando subtraídos, impediram a construção de escolas, pavimentação de vias públicas ou a aquisição de medicamentos para

unidades de saúde. Ou o desmantelamento de grupos que, ao se apropriarem do poder ou de serviços, subvertem a lógica da separação do público e do privado.

Os vetores axiológicos parecem não deixar dúvidas, em um juízo de ponderação. De um lado, pactos criminosos cujo objetivo é subverter as leis, garantir impunidade e, muitas vezes, parasitar o Estado. Doutro, a necessidade de recuperar ativos para minorar os prejuízos para a coletividade, além de punir os infratores como forma de, para além de retribuição e ressocialização, prevenir novos atos delituosos, como, por exemplo, decretando perda de cargos ou a suspensão de direitos políticos, seja por meio da prevenção especial inoculando os agentes que cometeram os delitos, seja por meio de prevenção geral ao reafirmar para a sociedade que atos de dilapidação do dinheiro público não são tolerados e, por isso, serão sancionados.

Sem muito vagar, é caso de a balança pesar a favor dos interesses da coletividade. Quanto ao argumento de que a colaboração premiada enfraqueceria os órgãos de investigação, que não mais estaria empenhada em elucidar os delitos, trata-se de uma crítica que igualmente não merece prosperar.

A uma, porque a prática tem mostrado que as colaborações somente começam quando há investigação em curso. A investigação já bem estruturada e no caminho correto é pressuposto para colaborações.Não são as colaborações que colocam a investigação no caminho correto e as estruturam. Se a investigação é desconexa com a atuação do grupo, se não há um norte definido por quem apura os fatos, dificilmente haverá interesse de algum membro do grupo colaborar. Colaborações não caem do céu. Em regra, não são elas que iniciam a investigação. Se o criminoso não teme a ação dos órgãos de repressão, nenhum incentivo tem para delatar.Não se cogita prêmio de redução de pena sem temor real de sofrer pena. Não parece difícil essa compreensão.
A duas, porque a colaboração, por si só, não é suficiente para encerrar o caso. Se houve indicação de provas é necessário persegui-las. Se houve apontamento do destino do dinheiro desviado, os órgãos de persecução hão de partir em busca do que restou do patrimônio. Se houve juntada de documentos, impõe-se, ainda na investigação, contrastá-los com outros elementos já juntados ou mesmo investir em novos elementos que os corroborem ou os minem.

Se for certo que uma colaboração por si só não é capaz de condenar, certo é também que deve ser um meio para mais provas, como real recuperação de dinheiro desviado ou indicação de seu rastro.Uma vez homologada a colaboração, passa a ser do réu colaborador, também, o interesse em produção de novos elementos. Isso porque o art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850, de4 2013, condiciona a aplicação dos benefícios, prova, dentre outros, da eficácia da colaboração.

Se a colaboração não gerou novos documentos, quebras de sigilos, interceptações ou quaisquer outros elementos que a corroboraram, se a fala daquele que intenta um prêmio vê-se desconexa dos elementos dos autos e não há recuperação de ativos, apesar de homologada, no fim o juiz pode se negar a conceder a redução de pena ou eventual perdão.

E como tais elementos são produzidos senão no bojo da investigação?

Assim sendo, realmente é possível dizer que não há enfraquecimento das investigações em face de uma colaboração homologada judicialmente, mas que o trabalho se redobra, seja para corroborar o que apontado pelo colaborador ou para afastar, tanto os elementos trazidos como os benefícios da colaboração.
Rogério Sanches Cunha nos lembra que

> Relevante, ainda, a observação de Flávio Eduardo Turessi, ao destacar que "a relação umbilical existente entre a criminalidade organizada e a visível desestruturação política social e econômica da sociedade moderna reclama do ordenamento jurídico novos e eficientes mecanismos de atuação, vale dizer, novas técnicas de investigação, sob pena de se assistir, num futuro próximo, à falência irreversível do aparato preventivo-repressivo do Estado [...] Rotulada por alguns como 'um mal necessário' o instituto da delação premiada, com as 'venias' de estilo, longe de se assentar em maquiada traição e de ser o reflexo da ineficiência do Estado no combate à criminalidade organizada, em verdade carece de maior atenção dos operadores do Direito, em especial, daqueles notadamente quando nos debruçamos sobre sua aplicabilidade prática e alcance, desafios motivadores desse estudo. (CUNHA, 2014, p. 41)

O cuidado dos órgãos de repressão, em especial Polícias e Ministério Público, no trato da prova trazida pelo colaborador é essencial para garantir a veracidade dos fatos e documentos trazidos e evitar que falsos colaboradores se apresentem para enganar os persecutores com fatos inexistentes, indicações vãs, apontamentos de corréus inocentes, justamente com o fito de atrapalhar as investigações e tirar os órgãos de controle do verdadeiro rastro criminoso.
Essa preocupação deve ser constante. Não se deve esperar que a colaboração se sustente por si só porque, por expressa dicção do art. 4º. §16, da Lei nº 12.850, de 2013, a simples palavra do colaborador não pode redundar em condenação. Lógico que a palavra do colaborador somada à apresentação de documentação que tinha em sua guarda, vídeos, fotografias, dentre outros elementos de prova que sobrevivam ao contraditório e à ampla defesa robustecem a colaboração, mas, sempre que possível, faz-se a checagem da veracidade dos elementos trazidos, a fim de afastar o risco de que uma investigação que estava no caminho correto degringole e deixe a trilha dos fatos reais a se apurar.

Assim, vê-se que a colaboração premiada abala um dos principais pilares das organizações criminosas: a omertà. Como já se demonstrou, a omertà é princípio fundante das organizações criminosas, e isso não é diferente naquelas especializadas em dilapidar o erário. É exatamente nesse sentido que o simples risco de haver colaboração premiada torna a ação mais perigosa para os criminosos, colocando em xeque o custo-benefício da empreitada.

Ademais, quando firmado um primeiro acordo, a crise interna na organização se instala e pode gerar uma reação em cadeia com busca de mais de um investigado às autoridades, com o fim de propor idênticas avenças. Tal situação exige, ainda mais, temperança na celebração de novos acordos. Nessas situações, em geral, a ruína das estruturas da organização leva ao isolamento das figuras que são líderes, pessoas centrais

no esquema, os verdadeiros “donos do empreendimento”, pois são os que menos ganhariam em qualquer colaboração. Veja-se que a derrubada da omertà abala as estruturas da organização criminosa.

Não é exatamente isso que se coadunaria com a ideia de uma administração antifrágil? Não apenas ser forte para resistir às pressões corruptas, mas capaz de se reinventar, para, além de resistir, passar sim a investir contra os atos de corrupção, a fim de sufocar tais atos na Administração.

É exatamente nesse contexto que exsurge a Lei nº 12.846, de 2013, com seus arts. 16 e seguintes, que, tratando de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas, prevê expressamente o acordo de leniência. O instituto é similar à colaboração premiada da Lei nº 12.850, de 2013. Entretanto, enquanto a Lei nº 12.846, de 2013, trata de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas, a Lei nº 12.850, de 2013, trata de responsabilidade penal de pessoas físicas.

O certo é que em ambos os casos a medida é salutar, encontra amparo em lei, sobrevive a juízo de ponderação de razoabilidade e proporcionalidade e, ao concretizar a ideia de uma administração antifrágil, torna-a um ambiente árido não somente para o cometimento de crimes, mas reduz eventual fator multiplicativo da conduta, qual seja, a impunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando Pero Vaz de Caminha escreveu ao Rei Manuel de Portugal dando notícias acerca da terra recém-descoberta e teria dito que nas novas terras “em se plantando tudo dá, chamava-se a atenção para a fertilidade do solo brasileiro.

Desde aquela época se soube e hoje se conhece mais cientificamente que nem toda terra permite o plantio de qualquer tipo de semente. Nos ambientes corporativos e organizacionais de entidades públicas e privadas não é diferente.

Algumas estruturas organizacionais são férteis para a criação e manutenção de condutas desviadas, imorais e corruptas, em outras tais condutas são rejeitadas, sancionadas e reprimidas. Cabe-nos escolher que tipo de estrutura objetiva-se para a Administração Pública em face de atos de corrupção. A proposta em mesa é de uma Administração Pública antifrágil, uma estrutura que não somente é forte e resiste às investidas de organizações criminosas do colarinho branco, sedentas por parasitá-la, mas, para além disso, reage, se reinventa e se transforma para repelir, enfrentar e atacar tais condutas.

É nesse cenário que tornar a Administração Pública um ambiente organizacional hostil para atos de corrupção é medida que se impõe.Dentre tantos outros, dois institutos muito criticados foram escolhidos para demonstrar como é difícil mudar culturas organizacionais administrativas, e os níveis de crítica comprovaram a premissa, reforçando o estereótipo de ser o Poder Público terra fértil para condutas desviadas e desviantes.
A resistência à postura antifrágil da Administração Pública ressalta uma sensação de direito adquirido ao regime jurídico de obstaculização de investigação e de consequente impunidade generalizada.O primeiro objeto de análise foi o *whistleblowing*. Observou-se que o instituto é novo e disciplinado, ainda de forma

rarefeita no Brasil. Viu-se que se trata de pessoa não moralmente, legalmente ou contratualmente obrigada a denunciar ilícitos, e que possua informações privilegiadas sobre condutas desviadas e, assim, se dispõe a cooperar com órgãos de controle.

Esse instituto visa quebrar a omertà externa da organização criminosa, ou seja, tentar romper o pacto de silêncio imposto a pessoas que, não integrando o grupo, de uma forma ou de outra estão sob seu poder ou influência (por exemplo, subordinados na empresa ou no órgão) e, não sendo obrigados a reportar os fatos, tem justificados temores de cooperar com os órgãos de controle.

As críticas quanto à proteção ao *whistleblower* ou eventualmente sua recompensa na participação de valores recuperados mostram que enquanto o reportante for ineficaz – como ocorre em grande número dos casos de denúncias anônimas – não há incômodo, mas quando se permite tornar a participação mais efetiva, com possibilidade de prestação de informações complementares, as críticas se levantam em face das garantias (manutenção do emprego, proibição de redução salarial ou mesmo proibição de remoções arbitrárias) e de recompensa (participação nos valores recuperados e/ou multas aplicadas).

Demonstrou-se que já há punição prevista em lei (por exemplo,arts. 339 e 340, CP) para eventual *whistleblower*mal-intencionado ou irresponsável, bem assim que são necessárias garantias para efetiva contribuição do reportante no processo e que, mesmo com eventual recompensa, ainda assim há uma enormidade de pontos negativos que desincentivam o *whistleblower* de forma que os pontos positivos (proteção e recompensa) nada mais fazem que tentar equilibrar a balança.

O segundo instituto foi a colaboração premiada. Concluiu-se se tratar de instituto não recente em nosso ordenamento, sendo, entretanto, a roupagem mais estruturada (colaboração clausulada e homologada judicialmente, possibilidade de imunidade de denúncia etc.) relativamente nova no Brasil, pois somente inserida com a Lei nº 12.850, de 2013. Na colaboração premiada, um dos infratores, abrindo mão do direito à não autoincriminação e ao silêncio, passa a cooperar com as autoridades com o fim de indicar a estrutura da organização, outros integrantes ou indicação donde encontrar objetos ou produtos do crime.

Aqui o abalo é na omertà interna das organizações criminosas. É dizer que a colaboração premiada implica a quebra de um pacto interno de silêncio entre os infratores e, como um se dispõe a cooperar com as autoridades, as estruturas de confiança, tão importantes entre os mafiosos, restam severamente trincadas, gerando na organização um clima de desconfiança.

Trata-se de um dos mais criticados institutos, mas que – talvez por sua efetividade – ainda se mantenha de pé. A tentativa de imposição ao Estado de respeitar os pactos internos de silêncio da organização criminosa e dizer que aceitar colaborações premiadas geraria desinteresse das autoridades em investigar os fatos, foram, dentre tantas, as críticas escolhidas para análise.

Obviamente as críticas não se sustentaram. Demonstrou-se que não se impõe ao Poder Público no exercício da investigação que se aceitem os pactos entre criminosos. Isso, entretanto, não quer dizer que não se deva tomar muito cuidado com as informações recebidas, pois o risco de falsidade existe e não deve ser

descartado, pois é conduta típica de organizações criminosas despistarem as investigações com fatos falsos ou montados com o objetivo de frustrar que se chegue à verdade real. Esforço, aliás, que espanta a segunda alegação, pois os fatos aventados na delação não resolvem a investigação nem são suficientes para condenação, que só pode ocorrer com mais elementos que a simples palavra do colaborador.

Fato é que o trabalho para mudança de postura que chegue a uma Administração Antifrágil passa por uma mudança cultural. Muitas outras causas poderiam ser lembradas, sendo uma tarefa hercúlea enumerá-las em vista de sua complexidade, constatação que por si só demonstra a importância de se estudar cada vez mais esse terrível fenômeno que tem o poder de minar as estruturas dos Estados e, por consequência, comprometer seriamente os direitos humanos. Não obstante, ao longo do presente trabalho ficou demonstrado que uma das principais causas para o seu florescimento é a má governança, do que se conclui a importância de tutelar o direito fundamental à boa administração pública.

Com efeito, os atos de má governança reveladores de demérito administrativo acabam funcionando como verdadeiras usinas de criação de espaços na administração pública,as quais venham a favorecer o florescimento da corrupção em suas diversas formas. Por isso, buscar soluções para evitar os atos de má governança e de demérito administrativo surge como tarefa de primeira grandeza caso se queira realmente prevenir a corrupção (SENNA, 2019, p. 297).

Havendo mais que uma necessidade de criar ou mudar leis, a cultura organizacional e a visão excessivamente restritiva de atos de investigação, com a recalcitrância em aceitar a Administração Antifrágil, impõe-se, também, uma mudança cultural e de visão organizacional, sendo que nesse cenário uma das prioridades deve ser atacar a omertà das organizações criminosas e possibilitar que atos espúrios venham à tona e possam ser devidamente sindicados pelas autoridades.

REFERÊNCIAS

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B.Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado: Lei n° 12.850/2013. Editora JusPODIUM, 2014.

GOMES, L. F. República dos delatores (mas falta a lei do Whistleblower). Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/republica-dos-delatores-mas-falta-a-lei-do-whistleblower/> Acesso em: 15 nov.de 2019.

HAYASHI, F. E. H. Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MASSON, C.; MARÇAL, V. Crime Organizado. 4ª edição, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO,p. 457, 2018.

MEIRELLES, H. L. et al. Direito Administrativo Brasileiro, 37ª edição. São Paulo, Malheiros, p. 705, 2011.

PIRONTI, R.. Administração Pública Antifrágil. Revista Direito do Estado. Ano 2016. Numero 301. Disponível em < http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-pironti/administracao-publica-antifragil> Acesso em: 15 de nov. de 2019.

ROCHA, A. S. da. Corrupção: conceitos e reflexões.Porto: Editorial Juruá.

SENNA, G. Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e direitos humanos. Editora D'Placido. Belo Horizonte, 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção. Londres: Transparency International, 2018. Disponível em: < https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 10 nov. de 2019.

CAPÍTULO 4

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

PLEA BARGAIN: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Adriana Bueno Alves[1]
Josué Batista de Oliveira[2]

RESUMO: o presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão sobre o Instituto *Plea Bargain*, tema que tem provocado debates acalorados, principalmente, após a apresentação, pelo Governo Federal, do projeto anticrime, que prevê sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. Neste trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo, com um levantamento bibliográfico e documental sobre a evolução histórica do tema enfocado, seu funcionamento em outros países e uma análise sobre sua compatibilidade com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Palavras-chave: *Plea bargain*. Acordo. Não persecução penal. Processo Penal. Justiça Negocial. Barganha.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal tem dupla função no ordenamento jurídico, a primeira consiste em servir de instrumento para a aplicação do Direito Penal substantivo, a segunda, para proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado. Esta última se reveste de importância maior, pois é a garantia de que ninguém sofrerá punição sem o devido processo legal.

O Direito Penal possui como premissa básica a proteção dos inocentes em seu direito a ir e vir, à vida, à liberdade e à segurança, enquanto o Direito Processual Penal se traduz em salvaguarda dos acusados para a garantia de um processo e julgamento justos e para que não sofram arbítrio do Estado, com regras claras que lhes assegurem o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Para Roxin (2000, p. 4), as finalidades do processo são: "a condenação do culpado, a proteção do inocente, a formalidade do procedimento afastada de toda arbitrariedade e a estabilidade jurídica da decisão".

Por isso, as propostas de adoção do *plea bargain* no Direito brasileiro têm provocado diversos debates entre os doutrinadores, sobre a sua eficácia na proteção dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, garantidos constitucionalmente.

[1] Bacharela em Administração Pública pelo Centro Universitário Luterano de Palmas - 2000/2004; Bacharela em Direito pela Fapal - 2004/2008. Pós-graduada em Direito e Processo Eleitoral pela Universidade Federal do Tocantins; Assistente de Gabinete no Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins; Discente da Pós-Graduação Latu Sensu em Estado de Direito e Combate à Corrupção. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2389005914948231, e-mail: adrianabueno@tre-to.jus.br.

[2]Bacharel em Direito pela Universidade de Gurupi – UNIRG – 1999-2004; Pós-graduado em Direito e Processo Eleitoral pela Fundação Universidade do Tocantins-; Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. Discente da Pós-Graduação Latu Sensu em Estado de Direito e Combate à Corrupção. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2324772526142397, e-mail: jbatista@tre-to.jus.br.

Neste diapasão, este trabalho visa fazer uma síntese do funcionamento deste instituto nos Estados Unidos e em outros países que o tenham adotado, bem como apontar as principais vantagens e desvantagens de sua provável adoção no Brasil.

O texto buscar avaliar o impacto desta medida no combate à corrupção e ao crime organizado, fazendo uma avaliação de como sua adoção poderá contribuir para dar maior efetividade e agilidade nos casos que envolvam a prática destas categorias de crimes.

Também se busca analisar a compatibilidade deste instituto com as garantias e os princípios constitucionais do devido processo legal e da inocência.

Atualmente, como é cediço, está em voga no Brasil a discussão da conformidade denominada justiça negociada com os preceitos constitucionais, principalmente, após os diversos questionamentos sobre a forma de condução dos trabalhos de combate à corrupção, desenvolvidos pela Operação Lava Jato.

Nesta linha de pensamento, faz-se necessário um estudo sobre conciliação do *plea bargain* com a tradição jurídica brasileira que, por ser de origem romano-germânica, sempre foi resistente a qualquer forma de negociação na seara penal.

2 CONCEITO DO *PLEA BARGAIN*

O *plea bargain*, *plea bargaining* ou *plea bargain agrement* é um instrumento processual muito usado nos Estados Unidos da América, que permite uma solução negociada dos crimes entre o Ministério Público e o acusado, para a aplicação imediata de penas, dispensando-se a instrução processual e a produção probatória, na qual o acusado, espontaneamente, confessa a prática do delito e o órgão ministerial se compromete a lhe garantir pena mais branda.

Assim, o acusado, por intermédio de seu defensor, aceita fazer um acordo com o órgão acusador, assumindo sua culpa em troca de algum benefício, como a redução da duração ou da rigidez da pena a ser cominada, ficando, assim, dispensada a instrução processual e a produção da prova.

Melo (2019, *online*) explica que existem as seguintes modalidades deste mecanismo de justiça criminal negociada:

> - *Charge bargaining*: negociação da minimização da acusação. É uma transação em que o promotor concorda em reduzir a acusação mais grave original para uma acusação menos grave, em troca da confissão judicial. Por exemplo, o promotor pode propor a troca de uma acusação de violação de domicílio por uma de invasão de bem imóvel, de menor potencial ofensivo;
> - *Count bargaining*: negociação da quantidade de acusações. É uma transação em que o promotor concorda em retirar uma ou mais acusações de sua lista, mantendo as demais. Por exemplo, o promotor pode acusar o réu de roubo e agressão. Ele propõe — e o réu topa — retirar a acusação de roubo e manter a de agressão;
> - *Fact bargaining*: negociação dos fatos. Em troca da confissão judicial, o promotor concorda em celebrar acordo no qual ele pode omitir ou modificar um ou mais fatos na

> acusação que poderiam afetar a pena que seria imposta ao réu. Por exemplo, o réu foi preso com 5 kg de cocaína, um crime que resulta em muitos anos de prisão (pela quantidade). O promotor pode acusar o réu de posse de menos de 5 kg de cocaína, em troca da confissão de culpa, o que minimiza a pena; e
> - *Sentence bargaining*: negociação da sentença. O promotor concorda em recomendar uma sentença mais leve do que seria a normal para o crime cometido, se o réu se declarar culpado ou *nolo contendere*. Por exemplo, o réu pode confessar a infração de resistir à prisão, e o promotor recomenda ao juiz que o sentencie a uma pena alternativa à prisão.

O *plea bargain* difere da colaboração premiada, esta última, muito conhecida do grande público, principalmente, após a Operação Lava Jato.

Enquanto a delação premiada é realizada por membro de organização criminosa para cooperação de uma investigação criminal, revelando a participação de outras pessoas ou mandantes, com a finalidade de obter benefícios penais, no *plea bargain* o acusado, também visando benefícios na aplicação da pena, confessa o cometimento do crime.

3 ORIGEM DO *PLEA BARGAIN*

O *plea bargain* nasceu com a evolução do Direito Processual dos Estados Unidos da América, dada às peculiaridades do Direito Anglo-saxão, muito mais habituado à evolução temporal do que o Direito Romano-germânico.

O Direito Processual da grande nação do Norte da América, além de seguir o modelo britânico do *commom law*, tem características exclusivamente acusatórias, com a figura de um juiz totalmente inerte que não interfere ou interfere muito pouco nas questões relativas à produção de provas.

Este sistema se sobressai pela simplicidade, oralidade e escassas formalidades, por isso, foi um campo fértil para a evolução de soluções negociadas dentro do Direito Penal, algo muito mais difícil no Direito Romano-Germânico (*civil law*), que se caracteriza pelo excesso de solenidades.

Ao contrário do *civil law,* em que a confissão é apenas mais uma prova apta a embasar uma sentença condenatória, o *common law* permite a condenação do acusado se ele se declara culpado, sem a necessidade de um processo para formação da culpa.

> Há traços da utilização do *plea bargain* nos EUA ainda na era colonial, principalmente, no famoso julgamento das "Bruxas de Salem" no Estado de Massachusetts, quando os magistrados, na tentativa de descobrir mais pessoas envolvidas com as práticas de bruxarias, encorajavam as suspeitas a confessarem e a delatarem outras prováveis bruxas. A confissão salvou muitas acusadas de bruxaria da execução (BRITANICA, 2019).

Após a Guerra Civil Americana (1861 a 1865), era comum a utilização do *plea bargain*, sem a concordância dos Tribunais, que proibiam o oferecimento de benefícios em troca de confissões. No entanto, a prática, mesmo a revelia, continuou sendo usada em larga escala, tendo dado origem a relatos de corrupção de Promotores de Justiça, policiais e advogados que vendiam sentenças brandas a suspeitos de crimes (Rodas, 2019, *online*).

A aprovação da 18ª Emenda à Constituição dos EUA[1], em 1919 (já revogada) que proibiu a produção, venda e transporte de bebidas alcoólicas, bem como a sua importação e exportação, acabou deixando os Tribunais abarrotados de processos, o que fez com que acordos de delação se tornassem ainda mais corriqueiros, chegando em 1925, a cerca de 90% das acusações criminais serem resultado de confissões (Rodas, 2019, *online*).

Segundo Rodas (2019, *online)*, somente na década de sessenta, quando a *American Bar Association* (ABA), uma associação de advogados dos Estados Unidos, passou a aceitar os *plea bargains,* quando chegou à conclusão de que o sistema judicial não dava conta de tantos processos penais, foi que o instituto começou a caminhar para a anuência completa dos Tribunais.

A questão foi resolvida, de forma definitiva, no julgamento do caso *Brady v. United States* em 1970, no qual a Suprema Corte Americana reconheceu o *plea bargain* como válido se o investigado não tivesse sofrido coação (Rodas, 2019, *online*).

Cruz explicita:

> Em 1959, Robert Brady foi acusado de sequestro, crime que então estava submetido à pena de morte. Representado pelo seu advogado, ele celebrou um acordo com a acusação, ao saber que o coacusado teria celebrado um pacto (uma amostra do dilema do prisioneiro, tratado pela teoria dos jogos). O denunciado restou condenado, então, a 50 anos de reclusão, posteriormente reduzida para 30 anos de encarceramento.
> Em 1967, Brady recorreu, sustentando que o acordo não teria sido voluntário, já que ele apenas teria acordado com medo da pena de morte. Mas a Suprema Corte teria reconhecido a inconstitucionalidade da pena de morte para o crime de sequestro ao julgar o caso United States v. Jackson, 1968.
> Aquele Tribunal argumentou, todavia, que o *plea of guilty* seria um ato solene e grave que apenas poderia ser aceito se o acusado houvesse tomado conhecimento pleno das acusações, encontrando-se no gozo das faculdades mentais, sem haver sinais de coação ou constrangimento.
> A despeito disso, e do reconhecimento da inconstitucionalidade da sanção temida inicialmente por Brady (i.e., pena de morte), a Suprema Corte manteve o acordo celebrado com a acusação, ao argumento de que a voluntariedade do *plea of guilty* poderia ser determinada apenas pela consideração do seu contexto. No final das contas, ninguém o teria obrigado a aceitar um mau negócio. Mesmo que se supusesse que Brady apenas teria confessado com medo da pena de morte, isso não invalidaria a confissão (2016, *online*).

[1] 18ª EMENDA:
Secção 1. Um ano depois da ratificação deste artigo serão proibidos pelo presente artigo o fabrico, venda ou transporte de licores embriagantes dentro dos Estados Unidos e de todos os territórios submetidos à sua jurisdição, bem como a sua importação para os mesmos.
Secção 2. O Congresso e os Estados terão autoridade concorrente para reforçar este artigo por meio de legislação apropriada.
Secção 3. Este artigo ficará sem efeito a menos que seja ratificado como emenda à Constituição pelas legislaturas da maioria dos distintos Estados na forma prevista pela Constituição e dentro dos sete anos seguintes à data em que o Congresso o submeta aos Estados.

Além do caso citado, é conveniente citar outros precedentes decididos pela Suprema Corte Americana sobre o tema *plea bargaining,* sendo esses:

> - No caso *Marchibroda v. USA*, em 1962, foi reconhecido que o *plea of guilty* deveria ser rejeitado, caso demonstrado que o acusado teria sido induzido por promessas ou ameaças, privando-o da sua voluntariedade (Cruz, 2016, p.25).
>
> - Já com o caso *Garrity v. New Jersey* de 1967, a Suprema Corte entendeu que o *plea bargaining* se utilizado indevidamente para pressionar o acusado para que não vá a julgamento, ele seria destrutivo dos valores do devido processo, assegurados pela Constituição, tornando as declarações involuntárias, portanto, inadmissíveis nos processos penais (1967, *online*).
>
> - No caso *Boykin v. Alabama*, de 1969 a Suprema Corte sustentou que quando um réu aceita um acordo ele renuncia à VI emenda, desde que a celebração do acordo fosse feita de maneira consciente e voluntária e que o acusado teria plena capacidade mental, com efetiva compreensão das imputações ou suspeitas contra lançadas contra ele (1969, *online*).
>
> - No caso *North Carolina v. Alford*, de 1970, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu ser cabível a celebração de acordo entre acusação e defesa, mesmo quando o acusado mantenha a afirmação de ser inocente. (*Alford*, o suspeito chegou a celebrar acordo com a acusação, enfatizando que apenas o fazia por medo da cominação da pena de morte), desde que haja alguma evidência da sua culpa e, que não haja indícios de que ele teria sido coagido ou celebrado acordo (1970, *online*).

Seguindo o estudo de Chemerinsky e *Levenson*, Campos apresenta uma espécie de passo a passo do procedimento criminal mais comum nos Estados Unidos da América (Campos, 2008, p. 5 a 11):

> - O procedimento se inicia com a prisão do infrator, e em seguida é oferecida a acusação (*complaint*), demonstrando a justa causa (*probable cause*). Posteriormente, é designada data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance* ou *arraignment on complaint*), para que seja cientificado das acusações feitas a ele e ouvir sobre seu direito a ser assistido por advogado, bem como se ele pode tentar ser libertado com o pagamento de fiança.
> - A acusação formalizada contra o infrator é submetida à análise do Grande Júri (*grand jury*), que ouvirá as provas apresentadas pela acusação e decidirá se há justa causa para que o acusado seja submetido a julgamento. Com a aceitação da acusação, o Grande Júri faz o *indiciamento* (*indictiment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento.
> - Após, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (*arraignment on indictment*), onde será advertido sobre as acusações e indagado se ele se declara culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*). A corte, então, agendará data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (*speedy trial*).

- O próximo passo é a fase de confronto da prova (*discovery*), na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (*pretrial motions*) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilicitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais.
- É nesta fase que pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, através da confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, por meio do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender.
- Com a confissão de culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que o acusado manifeste sua decisão perante um Juiz, que na audiência deve adverti-lo sobre seus direitos a um advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e a não-autoincriminação, dentre outros. Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa.
- O *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. Enquanto a *guilty plea* serve de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime.
- Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado (*bench trial*) ou perante um júri (*jury trial*).

Segundo Rakoff (2014, *online*), merece destaque os dados do ano de 2013, nos Estados Unidos da América, em que mais de 97% dos casos penais foram resolvidos por meio do pleito de barganha.

Nos países que adotam o *civil law*, os acordos no Processo Penal foram adotados mais recentemente.

Na Alemanha, mesmo sem previsão legal, esses tiveram início nos anos 1970. Vasconcelos e Moeller (2016, *online)* afirmam que naquela época, embora a confissão consentida através de acordo não acarretasse a extinção imediata do processo, havia expressiva aceleração do procedimento, pois tornava desnecessária a produção de mais provas incriminatórias.

Destacam os referidos autores que, somente em 2009 surgiu a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, que mudou o Código de Processo Penal alemão para regulamentar a realização das barganhas no Direito Criminal, que lá é denominado *Absprachen*. O texto aprovado acrescentou o § 257c ao Código de Processo Penal alemão (SrPO) estabelecendo que, nos casos adequados e conforme as regras estabelecidas no próprio Código, o Tribunal pode acordar com as partes a respeito do andamento e do resultado do processo, fixando limites mínimos e máximos à sanção penal.

Registram, ainda, que no processo alemão a confissão do réu é um pressuposto para a negociação e, sua veracidade deve ser analisada pelo Juiz, visto que é seu dever buscar de ofício a verdade nas investigações e, em caso de dúvida, deverá rejeitar o acordo. Em casos excepcionais, os limites fixados no acordo podem

não ser respeitados na sentença, se o juiz considerar que não refletem a gravidade do delito e a culpabilidade do acusado, ou se as atitudes do réu no decorrer do processo não se adequarem às previsões.

O Tribunal Federal Constitucional Alemão atestou, em 2013, a constitucionalidade em abstrato deste dispositivo legal, ressaltando, entretanto, a necessidade de, no caso concreto, respeitar as garantias essenciais aos acusados e as premissas do Processo Penal germânico (Gomes, 2019, p. 24).

Na atualidade, segundo Vasconcelos e Moeller:

> Estudo empírico realizado entre juízes alemães em 2011 apontou que 18% do total de casos em Cortes locais e 23% em Tribunais distritais eram resolvidos por meio de acordos, quantidade expressiva tendo-se em mente que são desconsiderados os casos de oportunidade em termos amplos e aqueles em que houve confissão em sede policial; mas, além disso, 59% dos julgadores admitiram que realizam as negociações de modo informal, sem atender aos requisitos determinados pelo recente regramento legal (2016, *online*).

Na Itália, a possibilidade de negociação no Direito Penal começou a ser utilizada na década de 1970 com a instituição da delação premiada que passou a ser adotada no combate ao terrorismo que, naquela época, era muito intenso no país.

Angelini (2013, *online*) destaca que, em 1989, com a entrada em vigor do novo CPP do país foi criado o *patteggiamento*, um instituto que permite a negociação de penas por acordo entre as partes, Ministério Público e o arguido, que pode ser homologado ou rejeitado pelo Juiz que não pode modificá-lo.

Este novo procedimento foi amplamente usado pelo Ministério Público na Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*), na década de noventa (Gomes, 2019, p. 25).

Inicialmente, o *patteggiamento* estava previsto apenas para as contravenções e crimes punidos com prisão até dois anos, mas, em 2003, a Lei nº 134 alargou a possibilidade de aplicação de penas a pedido das partes para crimes mais graves, envolvendo uma pena de prisão ou prisão e multa até cinco anos, embora em casos de penas superiores a dois anos, só os arguidos primários podem requerer o benefício. Além disso, a lei exclui, expressamente, crimes como a associação criminosa, o crime organizado, o terrorismo, o sequestro, certos crimes de violência sexual ou ligados à prostituição e à pornografia infantil e outros crimes graves Angelini (2013, *online*).

Nos casos de crimes com previsão de até dois anos de prisão, o acordo pode resultar na redução da pena em até 1/3, além de outros benefícios, como: suspensão condicional da pena, dispensa do pagamento das custas do processo, não aplicação de penas acessórias e de medidas de segurança. Nos casos em que a pena concreta for superior a dois anos, até o limite de cinco anos de prisão, o benefício para o arguido é apenas a redução de 1/3 da pena (Angelini, 2013, *online*).

A Corte Constitucional Italiana, desde a Decisão n° 313, de 1990, tem reconhecido a constitucionalidade do *patteggiamento* (Gomes, 2019, p. 25).

No âmbito do Direito Internacional, a possibilidade de negociação no Processo Penal vem explicitamente autorizada pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também chamada de Convenção de Palermo), adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, e internalizada pelo Decreto Legislativo n˚ 231, de 29 de maio de 2003, que a aprovou, e pelo Decreto Presidencial n° 5.015 de 12 de março de 2004, que a promulgou.

Esta autorização está descrita no art. 26 da referida Convenção, que assim preceitua:

> Artigo 26: Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei.
> 1.Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:
> a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente:
> i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
> ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;
> iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;
> b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.
> 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
> 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
> 4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.
> 5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo. (Brasil, 2006, *online*).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada na cidade de Mérida, no México, e aprovada na Assembleia Geral da ONU de 31 de outubro de 2003, também contém dispositivo que incentiva o uso de ferramentas adequadas à negociação entre as partes, quando há a disposição de se colaborar com a investigação do delito:

> Artigo 37: 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.

Esta convenção foi ratificada pelo Brasil 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.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também já se manifestou pela constitucionalidade da justiça negociada entre os países europeus, no caso *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* n° 9043/05, 29/4/2014, e reconheceu que a sua correta aplicação é um instrumento eficaz de combate à corrupção e ao crime organizado (Gomes, 2019, p. 24).

4 EVOLUÇÃO DAS SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO PROCESSO PENAL DO BRASIL

Segundo Brindeiro (2016, *online*), as soluções negociadas no Direito Processual Penal não fazem parte da tradição jurídico-criminal do país, embora houvesse previsão da delação premiada nas Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil de 1603 até o início da vigência do Código Penal Imperial, no ano de 1830.

Apesar disso, a negociação em matéria penal vem aos poucos ocupando o espaço na legislação.

Em 1982, no Rio Grande do Sul, houve a primeira experiência neste sentido, com a criação dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, conhecidos popularmente por Juizado de Pequenas Causas, que atendiam, além de pequenas causas cíveis, os casos que envolviam pequenos delitos (Pinto, 2008, *online*).

Diante do sucesso desta iniciativa, o legislador constituinte originário fez inserir na Constituição de 1988 o art. 98, I, que prevê a criação de Juizados Especiais Criminais em todo o país:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
> I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988).

Para cumprir o mandamento constitucional, foi aprovada a Lei Federal nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados e a Lei n° 10.259, de 12 de julho de 2001, que estendeu os Juizados Especiais para a esfera federal.

Com isso, passou a ser possível a formação de acordo entre acusação e o provável autor do fato criminoso, nos delitos considerados de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a dois anos.

Há, ainda, a possibilidade de suspensão condicional do processo nos crimes em que a pena mínima seja igual ou inferior a um ano, desde que o denunciado aceite cumprir determinadas condições previstas em lei (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

A Lei nº 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, prevê no seu art. 8.º, parágrafo único, que o participante e o associado que denunciarem o bando ou quadrilha à autoridade, possibilitando o seu desmantelamento, terão a pena reduzida de um a dois terços, dando início a chamada delação premiada no direito pátrio.

Outra hipótese de delação premiada foi inserida no parágrafo único do art. 16 da Lei n° 8.137/90, que prevê os crimes tributários e contra a ordem econômica, e estabelece a possibilidade da redução de um a dois terços para o coautor ou partícipe que, nos crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa por intermédio de confissão.

A Lei n° 9.807/99, que estabelece normas de proteção a testemunhas, também prescreve forma de proteção aos acusados ou condenados que tenham, voluntariamente, prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

O art. 13 desta lei estabelece:

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
> I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
> II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
> III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
> Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso (BRASIL, 1999).

Da mesma forma, a Lei n° 9.269/96 deu nova redação ao art. 159, § 4° do Código Penal para, nos crimes de extorsão mediante sequestro, prever a possibilidade de redução da pena de um a dois terços para o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, nos casos em que o crime for cometido em concurso de agentes.

A Lei nº. 9.613/98, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, com as alterações promovidas pela Lei nº. 12.683/12, também prevê, em seu art. 1°, § 5°, a redução de um a dois terços da pena e seu cumprimento em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar, espontaneamente, com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores, objeto do crime.

A revogada Lei n° 9.034/95, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, também previa a hipótese de delação premiada.

Entretanto, a regulamentação definitiva da colaboração premiada como meio de obtenção de prova veio com a Lei n° 12.850/2013, que revogou a Lei n° 9.034/95 e dispõe sobre a investigação e combate às organizações criminosas. Seu texto traz a seguinte redação:

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (BRASIL, 2013).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada regulada por esta lei, no julgamento do Habeas Corpus nº 127.483/PR em 27 de agosto de 2015, que teve por relator o ministro Dias Toffoli. O acórdão ficou assim ementado:

> EMENTA: Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo.
> [...]
> 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. [...]
> 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas "as medidas adequadas para encorajar" formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para "mitigação da pena" (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões

> de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada (BRASIL, 2015).

Há ainda, a Lei n° 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, conhecida, também, como lei anticorrupção, que prevê a possibilidade de acordos de leniência.

O acordo de leniência é um pacto firmado pela pessoa jurídica que tenha cometido algum ato ilícito contra a Administração Pública, mas que se dispõe a auxiliar nas investigações, em troca de benefícios penais, para identificar outros envolvidos no crime.

Ao contrário da delação premiada, que é firmada diante o Ministério Público ou a Polícia Judiciária e homologada pelo Poder Judiciário, os acordos de leniência são firmados perante órgãos administrativos do Poder Executivo.

O *plea bargain* também não é instrumento estranho no sistema processual penal brasileiro na atualidade.

A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, alterada pela Resolução nº 183/2018, prevê a probabilidade de acordo entre o acusado e o Ministério Público.

Referida previsão está explícita no art. 18 da Resolução, a qual estabelece que, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, e o investigado tenha confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

> - Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
> - Renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
> - Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
> - Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e
> - Cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada (CNMP, 2017).

De acordo com a Resolução em epígrafe, a proposta não poderá ser feita nos casos em que:

> - For cabível a transação penal, nos termos da lei;
> - O dano causado for superior a vinte salários mínimos ou em parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;
> - O investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;
> - O aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;
> - O delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; e
> - A celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (CNMP, 2017).

Com a finalidade de obter maior fidelidade das informações, a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo devem ser registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor, segundo prevê o § 2º, do art. 18 (CNMP, 2017).

Com o cumprimento integral do acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação (CNMP, 2017).

Antes das alterações promovidas pela Resolução nº 183/2018, este acordo não precisava passar pelo crivo do Judiciário.

Com a nova redação, o acordo passa pela apreciação do Juiz que, se não concordar, submeterá ao Procurador-Geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, que poderá oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado ou manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a instituição.

Esta resolução é questionada em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) no Supremo Tribunal Federal.

A primeira é a nº 5790 impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a segunda recebeu o nº 5793 ajuizada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Ambas foram distribuídas ao Ministro Ricardo Lewandowski. Não foram proferidas decisões em nenhuma das ações.

Destarte, apesar das dúvidas sobre a constitucionalidade do instituto, já há manifestações de Tribunais aceitando sua aplicação, conforme o aresto abaixo transcrito:

> EMENTA: PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRÁTICA DOS CRIMES DO ART. 1, II, DO DECRETO LEI N. 201/67 E DO ART. 312, DO CP. ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL. MODELO PENAL CONSENSUAL. ART. 18 DA RESOLUÇÃO CNMP 181/2017. REQUISITOS PREENCHIDOS. CABIMENTO DO ACORDO, SEM PREJUÍZO DA POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO PELO COMPROMISSÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DO

> ACORDO SUBMETIDA À ANÁLISE PELA CÂMARA JULGADORA. ACORDO HOMOLOGADO.
> [...]
> 2. O Conselho Nacional do Ministério Público CNMP publicou a Resolução n. 181/2017, regulamentando, entre outros assuntos, o acordo de não persecução penal. Na forma do acordo com o art. 18 da Resolução, não sendo caso de arquivamento, é cabível o acordo de não persecução penal quando, cumulativamente, a pena mínima cominada for inferior a 4 (quatro) anos, o crime for cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa e houver a confissão do investigado, ressalvando, contudo, que seus termos e condições devem ser submetidos à apreciação judicial.
> 3 . No julgamento da ADC 12-MC e do MS 27621, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter normativo primário das resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, portanto, de forma análoga, aplicada ao CNMP.
> 4. Caso em que foram satisfeitas todas as condições para a aplicação do referido instituto, sendo que as exigências constantes no termo mostram-se razoáveis e adequadas para reparar a lesão jurídica causada, preenchendo os requisitos constantes na Resolução do Conselho Ministerial.
> 5. Acordo homologado (TJES, 2019).

O PLS nº 10.372/2017, apresentado pelo Deputado José Rocha do Partido Liberal da Bahia, contém dispositivos semelhantes ao previsto na Resolução do CNMP.

Esta proposta teve como origem uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, instituída pela presidência da Câmara dos Deputados com a atribuição de elaborar proposta legislativa de combate à criminalidade organizada, em especial, relacionada ao combate ao tráfico de drogas e armas, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

O que se propõe é a inclusão de sua possibilidade na lei processual penal, o que poderia dirimir qualquer dúvida sobre sua legalidade, além de dar maior segurança jurídica aos operadores do direito em sua aplicação.

O projeto do novo Código de Processo Penal, o PLS 156/2009, também prevê a criação deste modelo de justiça penal negociada no capítulo III, que versa sobre o procedimento sumário.

Pelo projeto, neste procedimento seria criada a possibilidade da aplicação imediata da pena, para os casos em que a pena máxima cominada ao crime não seja superior a oito anos.

Nestes casos, o Ministério Público e o acusado, representado por advogado, poderiam pedir a aplicação imediata da pena até o início da audiência de instrução e julgamento, desde que haja confissão, total ou parcial em relação aos fatos imputados na peça acusatória; a expressa manifestação das partes de dispensar a produção de provas e o requerimento para aplicação pena privativa de liberdade no patamar mínimo previsto na cominação legal, independentemente de eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena.

5 PROJETO DE LEI ANTICRIME DO GOVERNO FEDERAL

Diante da necessidade de mudanças no âmbito da área criminal, o representante do Ministério da Justiça, o Ministro Sérgio Moro, enviou o Projeto de Lei nº 882/2019, ao Congresso Nacional propondo medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa, denominado Projeto de Lei Anticrime (BRASIL, 2019).

Este projeto modifica alguns dispositivos do Código de Processo Penal e insere, entre outras medidas, duas formas de acordo processual no ordenamento criminal brasileiro. São duas as modificações propostas. A primeira está prevista na inclusão do art. 28-A ao diploma processual penal, que prevê a possibilidade de acordo quando o acusado confessar o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça, antes do oferecimento da denúncia.

Esta primeira parte da proposta é muito semelhante ao tipo de acordo já regulamentado, via resolução pelo CNMP, e daquele apresentado no PLS 10.372/2017, exatamente por isso não tem provocado tanta resistência entre os juristas.

A grande novidade do projeto é proposta de acréscimo do art. 395-A no CPP, que cria a possibilidade de formalização de acordo penal entre Ministério Público e acusado, após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução, que poderão requerer ao juiz a aplicação imediata da pena, neste caso não há limite de crime ou da pena aplicada, podendo, inclusive, ser privativa de liberdade, desde que sejam obedecidos os seguintes requisitos:

> - A confissão circunstanciada da prática da infração penal;
> - O requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e
> - A expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso (BRASIL, 2019).

O acusado que fizer o acordo poderá ser beneficiado com a diminuição da pena até a metade ou com alteração do regime de cumprimento das penas, ou ainda, ter sua pena privativa de liberdade alterada pela restritiva de direitos.

Ao Juiz caberia apenas a homologação do acordo após verificar sua legalidade e voluntariedade, podendo recusar a proposta se considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas.

O projeto ressalva, no entanto, que o Juiz pode deixar de homologar o acordo se a proposta de pena formulada pelas partes for manifestamente ilegal, ou desproporcional à infração, ou se as provas existentes no processo forem visivelmente insuficientes para uma condenação criminal (FREITAS, 2019).

O acordo homologado, para todos os efeitos, é considerado sentença condenatória, gerando coisa julgada e possibilidade de reincidência. Para que o acordo seja celebrado é necessária a expressa concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial. Por fim, o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

Se a primeira proposta não tem provocado tanta polêmica, a mesma coisa não se pode dizer desta segunda possibilidade de justiça negocial. Há dúvidas se este instituto é compatível com os preceitos constitucionais do devido processo legal e da inocência, bem como se está em consonância com o Direito brasileiro, em que a confissão do acusado não basta, por si só, para justificar uma condenação, necessitando de outros meios de provas.

Em tese, acusados e inocentes poderiam aceitar o acordo pelo único fato de não terem informações suficientes, ou para se livrarem de condenação eminente, por acreditarem serem remotas as possibilidades de absolvição. Embora inocente, o acusado pode temer uma injusta condenação e realizar acordo para garantir a aplicação de pena mais branda.

Outra hipótese seria do inocente, que tentando proteger o verdadeiro criminoso, poderia assumir a culpa.

Como a celebração do acordo acaba sustando qualquer dilação probatória, esta questão jamais seria esclarecida e o verdadeiro criminoso ficaria impune.

Soma-se a isso, o problema do sistema carcerário brasileiro. É possível que a adoção do *plea bargain* possa aumentar o número de presos no país, causando colapso nos presídios que já padecem com a superlotação e a falta de vagas.

Segundo dados apresentados pelo Monitor da Violência, criado em 2017, como resultado de uma parceria entre o portal G1, o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre os meses de março e abril de 2019, havia no Brasil 704.395 presos para uma capacidade total de 415.960, um *déficit* de 288.435 vagas (VELASCO, 2019).

Nesse contexto, se forem contabilizados os presos em regime aberto e os que estão em carceragens da Polícia Civil, o número passa de 750 mil. Os presos provisórios representavam 35,9% deste total.

A expetativa seria um aumento ainda maior desses números, provocado pela aceleração dos julgamentos e com o início com cumprimento das penas daqueles acusados que hoje esperam julgamento em liberdade, o que poderia aumentar o *déficit* de vagas no sistema penitenciário nacional.

A despeito das críticas que o projeto recebe, na exposição de motivos do Projeto Anticrimes, o Ministro da Justiça salienta que:

> A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves (BRASIL, 2019, p.23).

No dia 14 de março de 2019, o Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia instituiu grupo de trabalho para analisar e debater as mudanças propostas na legislação processual penal nos Projetos de Lei nº 10.372/2018, nº 10.373/2018 e nº 882/2019.

Na análise das proposições referentes ao *plea bargain,* o grupo de trabalho aprovou a inclusão do art. 28-A no CPP, mas rejeitou a incorporação do art. 395-A.

Com isso, o projeto encaminhado para votação admitia os acordos de não persecução penal para os crimes com pena máxima de até quatro anos e suprimia da proposta a ideia de barganha para os delitos com penas maiores.

O Congresso Nacional acabou aprovando a proposta nos termos recomendados pelo grupo de trabalho.

6 COMPATIBILIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO COM O *PLEA BARGAIN*

Coutinho (2019) divide os sistemas processuais em dois tipos: o *inquisitório* e o *acusatório*. O primeiro nasceu em 1215, sob a influência da Igreja Católica, durante o IV Concílio de Latrão, no papado de Inocêncio III. O segundo surgiu na Inglaterra, sob o reinado de Henrique II, a partir da instituição do *trial by jury* (1166). "A diferença essencial entre ambos reside na gestão da prova. Quando a função de levar provas ao processo é do juiz, o sistema é *inquisitório*. Quando é das partes (por exemplo, artigo 4º do PLS 156/2009), o sistema é acusatório".

Nas palavras de Ferrajoli (2006, p. 520):

> Justamente, pode-se chamar de acusatório todo sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciando pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa. Está claro que os dois modelos são associáveis sistemas diferentes de garantias, sejam orgânicas ou procedimentais: se o sistema acusatório favorece modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocráticas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados talvez pelos vínculos das provas e pela pluralidade dos graus de juízos (instâncias).

Para alguns autores, como Bonfim (2015), existe ainda um sistema processual misto, que consiste em uma fase pré-processual com características inquisitorial e uma fase processual com característica acusatória.

Este sistema, chamado por Farrajoli (2006, p. 521) de "monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório" tem sua origem na França, através do Código terminadoriano de 1795 e, posteriormente, mantido no Código Napoleônico de 1808, depois de uma breve adoção do modelo acusatório, nos anos seguintes à Revolução Francesa, entre 1789 e 1791.

Bonfim (2015) classifica o sistema processual brasileiro como misto por ter um inquérito policial de natureza inquisitorial como primeira fase e uma segunda fase judicial, iniciada com o recebimento da denúncia, que tem caráter acusatório.

Em sentido oposto, autores como Mirabette, Tourinho e Scarence entendem que o sistema brasileiro é acusatório, porque a fase investigatória tem caráter administrativo e não processual (MESSA, 2013).

Lopes Junior (2019) não acredita na existência de um sistema processual penal misto. Para ele, o sistema brasileiro é inquisitorial, pois "a separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização". Para o autor:

> É reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não rompa e, portanto, é decorrência lógica e infestável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz (LOPES JÚNIOR, 2019, *online*).

Para Coutinho (2010), todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos e não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos. O jurista entende, também, que o sistema processual penal brasileiro tem estrutura inquisitorial e não é compatível com os valores democráticos da Constituição de 1988 que optou pelo sistema acusatório.

Acredita Coutinho (2010) que esta estrutura poderia ser mudada com a aprovação do projeto de lei que institui um novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009) que, entre outras medidas, prevê a criação do juiz das garantias e propõe separação deste das funções do juiz de instrução e do juiz de julgamento.

O juiz de garantias seria o responsável pelas providências, com reserva de jurisdição, tomadas na fase preliminar de investigação. Encerrada esta fase, o processo seria encaminhado a outro magistrado que faria a instrução sem tomar iniciativa na produção de provas, que seria de iniciativa exclusiva das partes. Após, caberia ao juiz de julgamento, que poderia ser aquele que conduziu a instrução, prolatar decisão de mérito, condenando ou absolvendo o acusado, com base nos elementos probatórios produzidos nas fases anteriores (COUTINHO, 2019).

Portanto, diante da natureza inquisitorial do Direito Processual Penal brasileiro, apesar da perspectiva de avanço rumo ao sistema acusatório, alguns juristas, como Callegari (2019), defendem que este modelo de justiça negocial é inconstitucional, por ferir a garantia do devido processo legal e o princípio da inocência, previstos nos art. 5°, XIV e XVII.

Veja-se:

> Art. 5° [...]
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
> [...]
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

Esta discussão também existe nos Estados Unidos da América. Entretanto, a Suprema Corte estadunidense entende que, quando um cidadão opta por fazer acordo com o Ministério Público admitindo sua culpa em troca de benefícios na redução e aplicação da pena, ele abdica de seu direito ao devido processo legal e a um julgamento por um júri imparcial (*right to jury trial*), direitos estes que estão previstos na V e VI Emenda da Constituição daquele país[2] (MELO, 2019, online).

Para Callegari (2019 online), esta renúncia aos Direitos Fundamentais não é possível no Brasil, pois o devido processo legal e a presunção de inocência são direitos inalienáveis do cidadão, sendo previstos na Carta Política, e renunciar a esses seria abdicar de regras mínimas de garantias de um Estado Democrático de Direito. O autor acredita que a possibilidade de negociação na esfera penal trouxe avanços para pequenos delitos, em que não se impõe a pena privativa de liberdade, como nos Juizados Especiais Criminais. Todavia, para fatos graves apontados na estratégia adotada para alcançar o objetivo final do encarceramento sem o devido processo legal não merece acolhida no sistema brasileiro.

Adverte o criminalista que "a ideia nefasta de importação de modelos sem uma sistematização adequada principalmente à nossa Constituição Federal deve ser rechaçada de plano". Para esses, "a negociação através de um modelo importado no qual há fatos graves apontados na estratégia adotada para alcançar o objetivo final do encarceramento sem o devido processo legal não merece acolhida em nosso sistema" (CALLEGARI, 2019, *online*).

Lopes Junior (2019) entende que o *plea bargain* viola o pressuposto fundamental da jurisdição, porquanto a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida a sua discricionariedade. Considera, ainda, que a adoção *do plea bargaining* no Processo Penal brasileiro pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança.

Segundo Lopes Júnior (2019), a transação precisa ser adotada com prudência. Se bem utilizada e na dose certa, pode salvar o sistema de Justiça; mas, se abusamos dela, matamos o processo penal brasileiro. Assevera que a forma prevista no PL 8.045 (Projeto do CPP), que prevê a negociação para os crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos é mais adequada para a realidade do Brasil.

Streck (2019, online) classificou a proposta de implantação do *plea bargain* no Brasil como *fast food* processual. Segundo o jurista, a importação deste instituto, nos moldes propostos pelo Ministério da Justiça é

[2] EMENDA V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.
EMENDA VI - Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

incompatível com o sistema de *civil law* e seria a inauguração de um neorrealismo jurídico inquisitório, ou seja, o direito passaria a ser aquilo que a acusação diz que é.

Gomes (2019a), em contrapartida, acredita ser possível a implantação do *plea bargain* no Brasil, mas entende que deve ser feito com cautela, pois embora ninguém mais tolere tanta impunidade e o excesso de recursos no sistema brasileiro, também não pode haver condenações em massa de inocentes e julgamentos rápidos sem nenhum tipo de garantia.

Ressalta que com prudência e equilíbrio, respeitando as tradições legais e constitucionais, vale a pena testar o *plea bargain* no Brasil, porém afastando qualquer possibilidade de que se transforme em um *fast food* para condenações mais rápidas sem as devidas garantias (GOMES, 2019b).

Chemim (2019) acredita que "a aplicação do *plea bargaining* no Brasil não parece ser uma missão impossível".

Acrescenta que:

> Ao que parece, aquele instituto corresponderia a uma extensão da 'transação penal' ora vigente no ordenamento jurídico, até por visar os mesmos objetivos ora expostos, com a diferença de que incluiria uma gama maior de atos típicos (crimes), cuja solução seria mais objetiva e, por conseguinte, eficiente e eficaz (CHEMIM, 2019, online).

Para Freitas (2019), o acordo no processo criminal é um caminho sem volta e significa a saída do Brasil do século XIX, com a utilização desta ferramenta que tornará a justiça mais eficiente e menos custosa.

Apesar das polêmicas que o instituto gera na doutrina quanto sua constitucionalidade e compatibilidade com o sistema judicial brasileiro, sua adoção poderia acarretar vários benefícios ao moroso e deficiente processo penal, como a celeridade nos julgamentos de processos; resposta mais célere à sociedade na prestação jurisdicional; economia de gastos com a tramitação processual; e diminuição da pena do acusado que aceita o acordo, além de poupá-lo de julgamento público, muitas vezes com exposição midiática.

7 A IMPORTÂNCIA DO *PLEA BAGAIN* COM O COMBATE À CORRUPÇÃO E AO CRIME ORGANIZADO

É inquestionável que o avanço dos métodos de justiça consensual tem contribuído para o combate à corrupção e ao crime organizado no Brasil e no mundo.

A possibilidade de delação premiada, bem como os acordos de leniência, tem dado condições para que as investigações nesta área possam desvendar grandes redes de corrupção que, historicamente, têm feito parte do cotidiano do setor público brasileiro.

Nesse aspecto, a instituição *plea bargain* no Direito Processual Penal brasileiro poderá acarretar o desafogamento das autoridades judiciárias e do Ministério Público que, não precisando se ocupar de casos de menor complexidade e incontroversos, poderiam se dedicar à apuração de crimes que exigem mais expertise dos órgãos de controle para serem desvendados.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, na Justificação do PLS nº 10.372/2018, expôs o seguinte:

> A racionalização da Justiça Criminal com a adoção do acordo de não persecução penal para os delitos não violentos possibilitará a readequação de magistrados para o combate à criminalidade organizada, com a necessidade de medidas protetivas aos agentes estatais responsáveis por seu processo e julgamento (BRASIL, 2018, *online*).

Brindeiro (1993) pontua que o instituto do *plea bargain* tem permitido nos EUA o combate eficaz contra o tráfico de drogas, a máfia e o crime organizado.

Para Gomes (2019, *online*):

> O 'plea bargain' significa usar a máquina judiciária existente de forma diferente, de forma mais veloz, mais efetiva e, conforme sua regulamentação, de forma mais humana, para o réu e para as vítimas, com ampla aplicação de sanções e consequências alternativas, distintas da pena prisão, que ficaria reservada para crimes muito graves, sobretudo quando cometidos pelas lideranças do crime organizado ou com violência ou grave ameaça contra pessoas.

Com efeito, a existência de um Judiciário mais célere e eficiente proporciona aos envolvidos em casos de corrupção ou de integrantes do crime organizado, a certeza da punição, o que faz com que eles se disponham em colaborar com a finalidade de conseguir benefícios penais.

Para Fonseca (2017, p. 225):

> Se o sistema de justiça for moroso e ineficiente, sem casos de efetiva punição, não haverá qualquer estímulo a que o agente decida colaborar: melhor se valer da lentidão e da ineficiência permitidas pelo sistema, calando-se e mantendo-se na organização criminosa.

Nesse aspecto, o *plea bargain* tem papel fundamental, uma vez que pode vir a proporcionar a agilidade necessária e a certeza da punição não só para a prevenção da prática de delitos, como na colaboração com as autoridades na persecução penal e no desbaratamento de quadrilhas especializadas em desvios de recursos públicos e/ou de lavagem de dinheiro.

Da mesma forma poderia dar ao Ministério Público instrumento eficaz para o processo de negociação com colaboradores, tendo em vista que a lei que regulamenta a colaboração premiada apresenta algumas limitações.

O art. 4ª da Lei n° 12.850/2013 autoriza ao réu colaborador o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos, não havendo previsão de concessão de outras hipóteses de benesses a quem se disponha a colaborar com as investigações.

Assim, essa proposta tem causado divergência na homologação de acordos com previsão de penalidades não contempladas no dispositivo legal acima citado, como o acordo feito pelo ex-diretor de Abastecimento da

Petrobras Paulo Roberto Costa, um dos primeiros presos pela Lava Jato, em março de 2014 e homologado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki. (Bonfim, 2014).

Com a adoção do *plea bargain* tais controvérsias seriam dirimidas, posto que a capacidade de negociação do *parquet* seria bem mais ampla.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho se assumiu o encargo de fazer análise do *plea bargain*, produzindo breve retrospecto de sua definição e origem, apontando singela abordagem sobre seu funcionamento em outros países, bem como sua compatibilidade com o *civil law*.

Infere-se, por tudo que foi estudado, que este meio de justiça negociada não é totalmente incompatível com o Direito brasileiro, nem representa, por si só, ameaça aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal de 1988.

Pelo contrário, ajuda a tornar efetivo o dispositivo constitucional, previsto no art. 5º, LXXVII, que preconiza a duração razoável do processo e que não vem sendo atendido, tendo em vista o moroso e burocrático modelo processual penal pátrio, que clama por urgente reforma.

É evidente que sua aplicação exige determinados cuidados em relação, sobretudo, a efetiva proteção de direitos. Não se pode admitir que alguém seja coagido a realizar acordos com autoridades públicas mediante *violência* ou grave ameaça.

Apesar destes riscos, entende-se que no ordenamento jurídico pátrio existem mecanismos de proteção ao cidadão que dificulta a prática de atos atentatórios à dignidade humana, que possa resultar em processo de negociação penal viciado, com a consequente responsabilização criminal de um inocente.

Outro aspecto a ser considerado é que, com a agilidade que o sistema irá proporcionar às autoridades judiciárias, haverá mais eficiência nos trabalhos de combate à corrupção, ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, que requerem mais expertise, por serem crimes arrojados e de difícil elucidação.

Tem-se, ainda, que a aplicação da negociação no Processo Penal contribuirá para a redução do custo do Poder Judiciário, que é um dos mais elevados do mundo, com gasto aproximado de 1,4% do PIB ou 2,6% das despesas totais da União e de todas as Unidades da Federação, de acordo com dados divulgados pelo CNJ no relatório da Justiça em Números. (CNJ, 2018).

Nestes tempos de crise financeira intensa e demandas sociais crescentes, não é crível que se continue a ter um sistema de justiça tão caro e, ao mesmo tempo, ineficiente aos olhos da população.

Não faz sentido um processo criminal com réu confesso e acusação, que se disponha a lhe proporcionar pena reduzida se estender por meses ou anos, com elevados custos ao pagador de impostos e ao próprio acusado, apenas para que não venha a ocorrer um hipotético risco a princípios constitucionais.

Ademais, é possível o cometimento de arbitrariedades na aplicação da pena pela via negocial, como também pela justiça feita com respeito ao devido processo legal, que não é isenta de erros Judiciários, conforme

demonstram os casos de equívocos do Judiciário que, de vez em quando, ocupam espaço na imprensa brasileira.

A sociedade clama por uma justiça célere, eficiente, eficaz e efetiva. A evolução para uma solução negociada de conflitos na esfera criminal pode significar o atendimento destes anseios.

O caminho a ser trilhado, no entanto, não é tão simples. É imperativo que no emprego do *plea bargain* haja mudança de postura do Ministério Público quanto à transparência dos atos processuais, no que diz respeito às provas produzidas. É preciso que a defesa também tenha acesso aos elementos constantes no processo em sua totalidade para que a negociação possa, assim, transcorrer com paridade de armas.

Também é necessário um Juiz imparcial, comprometido com sua missão constitucional de proporcionar uma efetiva prestação jurisdicional. Um magistrado que se mantenha neutro durante a negociação e que, ao analisar os pleitos de barganha, possa se certificar que foram feitos sem qualquer coação ou abuso, e que o acusado se encontrava ciente de seus Direitos Fundamentais.

Dentro deste panorama de evolução do Direito brasileiro não restam dúvidas de que, bem aplicado, o *plea bargain* será um imprescindível instrumento de inovação do Direito Processual Penal e que poderá implicar em maior confiabilidade dos jurisdicionados na capacidade do Estado de responder a suas aspirações de resposta rápida na aplicação das sanções penais.

Portanto, citando Chemim (2019), "que venha o *plea bargain"*.

REFERÊNCIAS

ANGELINI, Roberto. SCHWARZER, William W. A negociação das penas no direito italiano (o Chamando patteggiamento). Coimbra Editora. Julgar – n. 19-2013. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf. Acesso em: 5 out. 2019.

BONFIM, Edson Mougenot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONFIM, Camila. Zavascki aprova acordo de delação, e Costa vai cumprir prisão em casa. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/zavascki-aprova-acordo-de-delacao-e-costa-devera-cumprir-prisao-em-casa.html. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 ou. 2019.

_____. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados

que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. Decreto Nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm#:~:targetText=Promulga%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es,9%20de%20dezembro%20de%202003. Acesso e: 19 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). HC n. 127483. Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27 ago. 2015, DJe-021 de 04 fev. 2016.

_____. Congresso Nacional. Projeto de Lei 882/2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 -Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 -Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Congresso Nacional. PROJETO DE LEI Nº 10.372/2018. (Do Sr. José Rocha e Outros) Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DDBC89CAE19FE5361768AAB6B725F9E4.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Congresso Nacional. PROJETO DE LEI Nº 8045/2010. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 15 out. 2019.

BRINDEIRO, Geraldo. Delação premiada e 'plea bargain agreement'. Estadão. São Paulo, 2016. Disponível em: http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-premiada-e-plea-bargain-agreement,10000015508. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. O combate à corrupção e à criminalidade no Brasil: cruzadas e reformas. Senado Federal. Abr. 1993. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176137. Acesso em: 25 set. 2019.

CALLEGARI, André. A injustiça do modelo americano de plea bargain. ConJur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/andre-callegari-injustica-modelo-americano-plea-bargain. 10 jan. 2019. Acesso em: 18 out. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e Justiça Criminal Consensual: Entre os Ideais de Funcionalidade e Garantismo. Custo Legis. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena: Novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. *In* O novo processo penal à Luz da Constituição: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. v. 2. p. 14-157. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHEMIM, Vera. Plea bargaining: a sinalização para a convergência dos sistemas "common law" e "civil law". 24 jan. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294885,51045-Plea+bargaining+a+sinalizacao+para+a+convergencia+dos+sistemas+common. Acesso em: 15 out. 2019.
CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf. Acesso em: 17 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2018. Brasília. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 25 out. 2019.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: http://corvobranco.tripod.com/dwnl/constEUA.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. et al. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei "anticrime": mirando a Constituição. Consultor Jurídico. 12 abr. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. *Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado*. BOLETIM IBCCRIM. São Paulo, n. 317. abr. 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado. Acesso em: 26 out. 2019.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In* O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRUZ, Flávio Antônio. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. ed. 2. Dez. 2016. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

ENCYCLOPEDIA BRITANICA. History of Plea Bargaing in the United States. Disponível em: https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining. Acesso em: 18 out. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FREITAS, Valdimir Passo de. O acordo no processo criminal é um caminho sem volta. Consultor Jurídico. 30 jun. 2019. Disponível em: file:///D:/plea%20bargain/ConJur%20-%20O%20acordo%20no%20processo%20criminal%20é%20um%20caminho%20sem%20volta. Acesso em: 15 out. 2019.

GREGHI, Fabiana. A Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado. Revista do Direito Público. Londrina. 2019. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11350. Acesso em: 20 out. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Moro Sugere "plea bargain" no Brasil. jul. 2019 Disponível em: http://www.lfg.com.br. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Moro Sugere "plea bargain" no Brasil: Que é isso? É possível? Seria Uma revolução? 2019. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ebook_plea_bargain_deputado_luiz_flavio_gomes.pdf. Acesso em: 21 set. 2019.

JUSTIA US SUPREME COURT. Brady V. United States, 397 U.S. 742 (1970). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Garrity V. New Jersey, 385 U. S. 493 (1967). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/493/. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Boykin V. Alabama, 395 U.S. 238 (1969). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. North Carolina V. Alford, 400 U.S. 25 (1970). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/. Acesso em: 18 out. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Adoção do *plea bargaing* no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Consultor Jurídico. 22. fev. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Fundamentos do processo penal. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:645997. Acesso em: 4 out. 2019.

MASI, Carlo Velho. A *plea bargaining* no sistema processual penal norte-americano. Canal de ciências Criminais. 29. jun. 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/. Acesso em: 6 out. 2019.

MELLO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea argairn* nos EUA. Consultor Jurídico. 15. jan. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua. Acesso em: 15 set. 2019.

MESSA, Ana Flávia. Curso de direito processual penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros – Parte II. 2008. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto. Acesso em: 18 out. 2019.

RAKOFF, Jed R. *Why innocent people plead guilty*. 2014. Disponível em: https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/. Acesso em: 18 out. 2019.

RODAS, Sérgio. Nos EUA, *pea bargain* foi instituído para desafogar tribunais. Consultor Jurídico. 19. fev. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais. Acesso em: 23 set. 2019.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Del Puerto Editores, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍPITO SANTO (TJES). Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP): 0001873-75.2019.8.08.0000, Relator: FERNANDO ZARDINI ANTONIO, Relator substituto: JULIO CESAR COSTA DE OLIVEIRA, Data do Julgamento: 20/03/2019, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data da Publicação: 25/03/2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 15 set. 2019.

VELASCO, Clara, et al. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. 26 abr. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml. Acesso em: 10 out. 2019.

WALSH, Dylan. Por que os Tribunais Criminais dos EUA são tão dependentes do *plea bargaining*? Consultor Jurídico. 15. fev. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain. Acesso em: 15 set. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual! Consultor Jurídico. 10. Jan. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual. Acesso em: 15 set. 2019.

COLABORAÇÃO PREMIADA: CONCEITOS, REFLEXOS E POSSÍVEIS APLICAÇÕES SANCIONATÓRIAS EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DO ACORDO COM BASE NO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.

Alan Ide Ribeiro da Silva[1]
Maysa Franco Gomes[2]

RESUMO: este artigo tem como intenção conceituar colaboração premiada, sua previsão legal e natureza jurídica. Os autores pretendem concluir se é ato ou negócio jurídico e discorrer sobre os princípios aplicados de acordo com sua natureza jurídica. Analisarão também os reflexos em relação à inobservância ao princípio da moralidade e outros decorrentes desta conduta.

Palavras chaves: Colaboração. Natureza jurídica. Princípios Constitucionais. Moralidade. Improbidade Administrativa. Sanções aplicáveis.

1 BREVE HISTÓRICO

A colaboração premiada surge no mundo jurídico dentro do *plea bargaining*, sistema inteiramente pautado na barganha, em que a pena aplicada ao acusado está intimamente ligada ao poder negocial do Estado. Ideologicamente é um movimento de política criminal *Law and Order* de inspiração norte-americana.

O direito norte americano tem como base o *common law,* cujas normas jurídicas surgem do *leading case* para aplicação geral, totalmente pragmático, em que os casos submetidos à julgamento são afetados pelos precedentes judiciais.

Já no sistema romano-germânico, temos as normas abstratas reguladoras das condutas sociais, cuja abordagem é mais teórica, com preocupação dogmática e teórica do Direito.

É certo que com a globalização, os sistemas atualmente estão sofrendo influências cada vez maiores um do outro, resultando em aplicações codificadas ou consuetudinários entre si, mas permanecendo o pragmatismo no *common law* e o dogmatismo no romano-germânico, em que no primeiro não se observa o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo os promotores a *prosecutorial discretion,* concentrando-se esforços na criminalidade de vulto e descartando delitos irrelevantes, promovendo despenalização pontual e casuística em alguns casos e noutros, por meio do *plea bargaining,* uma plena individualização da pena.

Esta discricionariedade foi ratificada inúmeras vezes pelo Poder Judiciário americano, com base no Mandado de *Nolle*, instituto do *commow law* utilizado pelo general inglês Attorney, cujo poder conferido era absoluto até em extinguir uma ação penal sem necessidade de fundamentação, isso ainda na metade do século XIX (FONSECA, 2017, p. 57).

[1]Especialista em Estado de Direito e Combate a Corrupção, Juiz de Direito do Estado do Tocantins, e-mail: alan_ide@hotmail.com
[2]Especialista em Teoria da Decisão Judicial e Estado de Direito e Combate a corrupção, Advogada, e-mail: maysa.franco@hotmail.com

A colaboração premiada americana nada mais é do que um acordo realizado entre o órgão de acusação e o acusado de compor uma organização criminosa, prevendo, dentre as condições, a necessidade de revelar os comparsas e a estrutura da organização em troca de benefícios.

Revela-se nos Estados Unidos da América como sendo um dos mecanismos mais eficazes de combate ao crime organizado, em razão da efetividade do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas criado em 1970.

Porém, tamanho poder não controlável nem mesmo pelo Poder Judiciário, pode descambar em arbitrariedade bem como no "problema do inocente", em que acusados assumem a culpa de um ato conforme proposto pela acusação, para não serem penalizados mais gravemente no contexto do fato.

Segundo Marcos Paulo Dutra Santos (2017. p. 37), o modelo americano está previsto na Regra de Procedimento Criminal Federal nº 11, copiado pela maioria dos estados americanos, cujo procedimento negocial é intitulado *plea bargaining* e os acordos relativos à sanção são as *guilty pleas.*

Podemos citar como base de estudo também o modelo de justiça negocial italiano. Por lá, diversamente do modelo americano do *commow law*, o exercício da ação penal pública é pautado no princípio da obrigatoriedade, privativo ao Ministério Público, desde que não haja fundamento para o arquivamento.

O *Pentitismo* (fenômeno para o qual criminosos pertencentes a grupos terroristas subversivos ou organizações subterrâneas concordam em colaborar com agências policiais e judiciárias em troca de certos benefícios) e os *Collaboratori di Giustizia*tem são citadas ainda antes da década de oitenta do século passado, quando um membro da Gamorra delatou seus comparsas, ensejando a prisão e condenação de mais de 35 Camorristas, período antecedente à criminalização da organização mafiosa, bem como da citação da colaboração como incentivo à quebra da *òrmeta,*(voto de silêncio dos mafiosos italianos).

A primeira lei italiana nos moldes de uma colaboração premiada é decorrente dos atentados terroristas ocorridos em 1960 na Itália, quando se criou atenuante ao partícipe do crime de extorsão mediante sequestro que auxiliasse a fuga da vítima sem o pagamento do resgate (lei 497/1974). Outras normas surgiram admitindo a colaboração para os crimes de terrorismo e eversão da ordem democrática (Lei 15/1980). Em 1981, criou-se a aplicação direta de pena a partir de uma acordo entre as partes (Lei 689/1981), e em 1982 aumentou-se o quantitativo de atenuantes para o delator, bem como criou-se o benefício para quem confessasse e se afastasse do grupo (dissociado), empenhando-se para elidir ou diminuir as consequências danosas ou perigosas do crime ou para impedir a prática de crimes conexos, desde que confessasse todos os crimes praticados.

Em 1982 foi aprovada na Itália a Lei Antimáfia que tipificou o crime específico de associação mafiosa, um grande avanço para o país que até então sonegava a existência das máfias italianas. Posteriormente, veio a Lei Antitóxicos italiana tratando da colaboração, e como forma de se dar proteção aos colaboradores, após o assassinato do juiz Rosário Livatino, aprovou-se a Lei 203/1991, fazendo com que centenas de pessoas aderissem ao programa. Neste mesmo ano foi criado um Conselho Geral para luta contra o crime organizado e, também, uma procuradoria para coordenar as investigações envolvendo crime organizado e a figura do "Procurador Nacional Anti-Máfia".

Com relação ao Brasil, interessante realçarmos alguns pontos antecedentes.

O modelo acusatório em que se sustenta o nosso processo penal brasileiro tem como estrutura edificada os diferentes graus de jurisdição, permitindo ao insatisfeito pelas decisões tomadas pelos representantes do Poder Judiciário, impugná-las, exercendo a cidadania, na busca do exercício das liberdades públicas, desaguando num papel de controle e de limitação do arbítrio dos poderes públicos (WUNDERLICH, 2017, p. 18).

Desde as Ordenações Filipinas há notícias de institutos de natureza premial, como ocorreu na Inconfidência Mineira, quando o Coronel Joaquim Silvério dos Reis recebeu anistia das suas dívidas por entregar para a Coroa Portuguesa seus companheiros (1789).

No nosso Código Penal temos a atenuante da confissão, previsto no art. 65, III, d., bem como a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e arrependimento posterior (arts. 15 e 16) como normas que premiam o agente em agir naqueles temos.

Podemos citar inúmeras leis brasileiras posteriores que trataram do prêmio concedido ao coautor que colabore com as investigações. Leis 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco, art. 25), 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos, art. 8º), 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, art. 16), 9.034/95 (Primeira Lei do Combate ao Crime Organizado, art. 6º), 9.613/98 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro, art. 1º, § 5º), 9.087/1999 (lei de proteção a Vítima e Testemunhas, art. 13), 10.409 (revogada Lei de Tóxicos), 11.343 (Lei de Tóxicos, art. 41), 12.529/2011 (Lei Antitruste, art. 86), 12.846/2013 (Lei Anticorrupção, art. 16), Lei 12.850 (Lei de Combate ao Crime Organizado) (FONSECA, 2017, pág. 84).

Apesar desta gama de legislação, a justiça penal negocial no Brasil, (WUNDERLICH 2017, p. 21), tem sua primeira dimensão apontada no âmbito do Juizado Especial Criminal, introduzida pela Lei 9.099/95, utilizada apenas para crimes de menor potencial ofensivo, cujas propostas são de transações penais, com abrangência limitada a uma criminalidade mínima, quais sejam, contravenções penais e crimes cuja pena máxima seja não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa.

Já a sua segunda dimensão da justiça penal negocial é observada com a vigência da Lei 12.850/2013, que ao tratar da organização criminosa, conceituação e tipificação do ato, também normatizou o procedimento da colaboração premiada, incluindo-a como meio de obtenção de provas.

1.1 CONCEITO

A Lei 12.850/2013 revela a colaboração premiada como um dos meios de obtenção de provas junto ao combate ao crime organizado e outros, permitindo ao Estado-Juiz, com requerimento da acusação ou do órgão de investigação (após parecer do primeiro), sempre com a participação do colaborador e do seu causídico e de maneira voluntária, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos ao colaborador que tenha de maneira efetiva, ajudado com a investigação ou processo penal em curso ou até mesmo na fase de execução penal (neste caso a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos), desde que se atinja um dos seguintes resultados: I- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II- a revelação da

estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III- a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV- a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V- a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, consoante art. 4º.

Pela mesma lei, ficou estabelecido o conceito legal da organização criminosa:"a associação de 04 (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).

Também ficou estipulada a aplicação dos procedimentos fixados: 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, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Em que pese questionamentos acerca de conceituações trazidas pelos legisladores ao normatizar os institutos, temos que salientar a existência da definição de *grupo criminoso organizado* dada pela Convenção de Palermo, como sendo "um grupo estruturado de três ou mais pessoas que já existia há algum tempo e atue concertadamente para a prática de uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, objetivando um benefício econômico ou material"(HAYASHI, 2015, p.162).

Para Cibele Benevides Guedes da Fonseca (2017, p. 86), "a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução de pena"

Podemos também citar a conceituação de Vinícius Gomes de Vasconcellos (2017, p. 55) como sendo "um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e a sua conformidade com a acusação, com o objetivo de dar celeridade à persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva".

Todos esses conceitos convergem em alguns pontos importantes: 1) voluntariedade do acusado; 2) presença de defesa técnica; 3) órgão de acusação ou de investigação; 4) manifestação de vontade; 5) negociação de interesses antagônicos; 5) benefícios mútuos entre as partes envolvidas; 6) descortinamento da organização criminosa, membros, estrutura e atividades; 7) indicação de provas capazes de provar o alegado pelo colaborador; 8) benefícios penais; e 9) efetividade do negócio realizado.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

De início, a doutrina brasileira enfocava a colaboração premiada como sendo de natureza jurídica de direito penal, por ser um prêmio ao delator ou colaborador em ajudar nas investigações ou processo penal de maneira voluntária, reduzindo a pena até mesmo à liberdade, isso em razão da nossa legislação sempre trazer à tona somente o benefício pela atuação do agente, e nunca normatizar seu procedimento, causando até mesmo diferenciação entre o mecanismo de colaboração premiada e os institutos de barganha, posto que

aqueles seriam implementados no âmbito material, enquanto este gerariam resultados procedimentais (VASCONCELOS, 2017, p. 54).

Tal situação sofreu grande mudança com a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, quando se consolidou a visão procedimental da colaboração premiada, em decorrência da normatização do instituto se inserir como meio de captação de provas nos crimes praticados por *organizações criminosas* e a ele correlatos citados na Lei.

No *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, de relatoria do senhor ministro Dias Toffoli, noticiado no informativo de jurisprudência nº 796, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu ser a colaboração premiada um veículo de produção probatória, sendo as declarações do colaborador o início para se desencadear diligências para obtenção de provas que as endossem, sendo um negócio jurídico processual, pactuado entre Estado e acusado, condicionado à homologação da autoridade judiciária (SANTOS, 2017, p. 85).

No referido julgamento ficou consignado "(...) a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração".

Mendonça, citando Jr e Bonfim, conceitua "colaboração premiada como sendo um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado" (2017, p. 54), utilizando como base a Lei 12.850/2013, art. 6º.

Sendo assim, as parcelas que cabem a cada um do acordo é que caracteriza o seu sinalagma, ressaltando sempre que de um lado estará o Estado, por meio da autoridade policial ou Ministério Público e do outro, o acusado e defesa técnica.

O art. 4º, §§ 5º e 6º, da Lei 12.850/2013 é firme em retirar o Estado-Juiz das negociações da colaboração premiada, restando somente a sua apuração com relação à regularidade, legalidade e voluntariedade, quando da sua análise para homologação.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NA CLABORAÇÃO PREMIADA EM RAZÃO DA SUA NATUREZA JURÍDICA

Sendo a colaboração premiada um negócio jurídico processual bilateral, tendo como partes o Estado e o acusado, natural que o ato realizado seja influenciado por princípios aplicáveis aos negócios jurídicos de maneira ampla, notadamente aqueles dispostos na Constituição Federal de 1988, tratados no art. 37, *caput*, em razão do próprio teor da norma fincar o dever de observância à administração pública direta, de qualquer um dos poderes da União, dos Estados e dos Municípios, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O Estado se manifesta por meio dos seus agentes ou servidores componentes dos seus órgãos, que são supremos (constitucionais) ou dependentes (administrativos). Aqueles são os que incumbe o exercício do

poder político, cujo conjunto se denomina *governo* ou *órgãos governamentais*. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública.

Consoante ensina José Afonso da Silva (2004, p. 655), "a Administração Pública é um conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas."

Objetivamente falando, a Administração Pública abrange as atividades desempenhadas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas, abrangendo o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Num sentido subjetivo, abrange todos os entes aos quais a lei atribui o exercício dessas funções.

A conceituação do serviço público segue desde um conceito amplo englobando todas as atividades desempenhadas pelo Estado, incluindo a atividade judiciária e a legislativa, para cumprir seus fins, até um sentido mais restrito, retirando da conceituação as atividades judiciária e legislativa, citando todo "serviço prestado diretamente pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais, ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado" (DI PIETRO, 2002, p. 96).

Importante salientar a inexistência no atual modelo constitucional, da exclusividade funcional absoluta, possibilitando, a cada poder ou função do mesmo poder, o exercício das funções que lhe são típicas, e das que lhe são atípicas, no exercício dos misteres constitucionais.

Assim é permitido ao Executivo, legislar e julgar; ao Legislativo, administrar e julgar; e ao Judiciário, legislar e administrar, dentro dos limites legais.

Com relação à atividade desempenhada pela autoridade policial (polícia investigativa), a visualização da atividade como serviço público é mais nítida, notadamente porque a atuação é no sentido de assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e a segurança dos cidadãos como responsabilidade referente à segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF).

A atividade aqui tratada para fins de colaboração premida não é a de polícia administrativa, esta cujo objeto são as limitações impostas aos bens jurídicos individuais. Aqui o conceito é restrito à polícia segurança não ostensiva, a chamada *polícia judiciária*, que tem por norte precisamente aquelas atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público em sua função repressiva das condutas criminosas (SILVA, 2004, p. 778-779).

Nesse sentido, o serviço público de segurança pública, atuando na vertente investigativa, sob a batuta do Poder Executivo de âmbito estadual ou federal, naturalmente ao negociar com um acusado os termos de uma colaboração premiada, deve-se ater ao modelo constitucional previsto para os atos administrativos em geral.

Com relação ao Ministério Público, devemos fazer as seguintes considerações.

O Ministério Público é tratado na Constituição Federal de 1988 nos artigos 127 e seguintes, citado como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Mais adiante, já no art. 129 da CF, temos como funções institucionais do MP: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Apesar dos seus membros serem tidos como agentes políticos, atuando com independência funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, não são um quarto poder do Estado, posto que ditas atribuições são ontologicamente de natureza executiva, vinculada então ao Poder Executivo (SILVA, 2004, p. 598).

Entretanto essa divisão vem sendo rechaçada pela moderna doutrina constitucionalista por entender que o Poder Estatal é uno, subdividido em funções do Estado, não em Poderes como Executivo, Legislativo e Judiciário, mas sim funções exercidas prioritariamente, mas não exclusivamente, por agentes políticos do executivo, legislativo e judiciário, podendo aqui se encontrar o Ministério Público em pé de igualdade na ativação dos mecanismos de freios e contrapesos dentro do autocontrole do Poder (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.1032).

O Supremo Tribunal Federal, em ação declaratória de inconstitucionalidade, em 2003 (ADI nº 132/RO), em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, consolidou o entendimento no sentindo de reconhecer a autonomia do *parquet,* no entanto*,* o incluiu sob a égide do Poder Executivo, colocando um entendimento diverso da evolução até então observada (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 1032).

Por força do inciso IX do referido artigo, a Lei 12.850/2013 concedeu ao *parquet* a atribuição de participar ativamente na negociação da colaboração premiada, juntamente com o acusado e sua defesa, tratando dos temas a serem abordados e fixação do benefício a ser alcançado pelo delator, diante da efetividade buscada com a obtenção de provas cabais do narrado.

Logo, a atividade desempenhada pelo Ministério Público é serviço público de natureza especial, em razão do próprio constituinte prever atribuições exclusivas aos seus membros, além de criar um regime jurídico específico para os agentes bem desempenharem suas funções com independência funcional.

Diante desta narrativa, natural então a aplicação dos princípios tratados no art. 37, caput, da CF, aos acordos de colaboração premiada assinados pelos membros do Ministério Público, por lá atuar um agente político, dotado de independência funcional, prestando um serviço público, na defesa da ordem jurídica e interesse social, negociando com o acusado e defesa técnica condições a serem estabelecidas para fornecimento de informações de grande interesse público, na salvaguarda de bens de grande relevo jurídico, por atos

praticados por organizações criminosas, cujo intuito do legislador é descobrir seus agentes e desbaratar a atividade delituosa.

Assim, quando negócio jurídico bilateral ou contrato for assinado entre os participantes da colaboração premiada, necessário ver presentes também, além das determinações imposta pela Lei 12.850/2013, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, estes expressamente previstos na ordem constitucional.

Como sabemos, os princípios são os vértices diretores do ordenamento, de uma disciplina ou de um instituto jurídico, contendo enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento para sua aplicação, integração e elaboração de novas normas (MEDAUAR, 2007, p, 119).

Pelo *princípio da legalidade***,** a atuação da Administração em sentido amplo deve se pautar nas normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, bem como pelos preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF), e ainda, pelos demais fundamentos e princípios de base constitucional, e suas próprias normas editadas.

Logo, a Administração está proibida de se conduzir em contrariedade com a lei; só pode se conduzir desde que uma norma autorize; somente pode se conduzir em conformidade com o esquema abstrato fixado por norma legislativa; somente pode se conduzir no que a lei ordena fazer.

Nesse viés, há uma limitação com relação à colaboração premiada exercida pelo membro do ministério público ou autoridade policial, estando condicionado o seu agir, pela normatização abstrata tratada diretamente pela Lei 12.850/2013, além de outros princípios e normas aplicáveis ao caso, em conformidade com o ordenamento jurídico.

No tocante ao *princípio da impessoalidade*, os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o servidor (SILVA, 2004, p. 667). José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 202) por sua vez, entende que a Administração deve dispensar tratamento igual a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica como aplicação do princípio.

Independentemente, o que podemos trazer para o nosso contexto é que a colaboração premiada nunca é exercida em nome do agente representante do MP ou da autoridade policial, mas sim em nome da instituição Ministério Púbico ou Polícia Civil ou Federal, devendo o membro observar dentro do contexto apurado, tratamento igual a todos que estejam na mesma situação jurídica, desde que observados os resultados pretendidos pela norma procedimental, além da posição objetiva na organização criminosa e momento da negociação, analisando sempre a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. E isso é importante por coadunar com o princípio da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, que engloba: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (artigo 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas

que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (artigo 5º, XLVIII) (HC 82.959/SP, STF, relator ministro Cezar Peluso).

Diante das circunstâncias apontadas, natural que o Ministério Público ou Polícia Judiciária, ao atuar na negociação, fique atrelado ao regramento da impessoalidade quando forjar o documento, com a participação voluntária e direta do acusado e seu advogado, confeccionando os termos de interesse de ambos os lados, sem aventar em nenhum momento uma pessoalidade que transborde em arbitrariedade, impossibilitando o negócio possível, por simples vaidade pessoal.

Deve-se entender por *moralidade administrativa* um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos servidores públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão de coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 906).

Ela deve ser observada não apenas pelos servidores públicos, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 79), sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade pública.

Quando a ofensa ao princípio for observado, naturalmente que o ato poderá ser invalidado, além de outras consequências possíveis, o que deixaremos para logo abaixo continuarmos esse ponto, consignando por agora que em se tratando do negócio jurídico da colaboração premiada, há a possibilidade de retratação da colaboração, mas que não se confunde com a rescisão da colaboração ou anulabilidade do ato eivado, prevista na Lei 12.850/2013, art. 4º, § 10 (As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor).

A *publicidade* como princípio exige uma atividade transparente ou visível, de modo que todos possam saber as atividades desempenhadas pela Administração. Apesar da *publicidade* ser *a regra*, atos poderão ser praticados com cunho sigiloso por exigência dos interesses sociais ou por imperativos da segurança do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF).

Pela própria normatização da colaboração premiada (art. 7º, Lei 12850/2013), é possível perceber que por interesse social, a Lei limitou a publicidade do negócio jurídico para após o recebimento da denúncia, como forma de se garantir o êxito das investigações. Além disso, previu como forma excepcional o sigilo como direito do colaborador nas seguintes situações: I) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; e III) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito (art. 5º da Lei 12.850/2013).

O *princípio da eficiência* não se atrela a um conceito jurídico, mas sim econômico. Seria a realização de atos buscando os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. É a consecução do maior benefício com menor custo possível. Consistiria na organização racional dos meios e recursos

humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade e com razoável rapidez (SILVA, 2004, p. 671/672).

A aplicação desse princípio junto à colaboração premiada é extremamente nítida. Deve-se, por meio do pacto, agir de maneira objetiva e clara na busca das informações necessárias para o encontro do material probatório para se confirmar a narrativa do colaborador. Visa a racionalizar a atividade desempenhada pelo *parquet* ou autoridade policial e acusado e seu defensor, para a formação de um negócio jurídico de qualidade (colaboração e meios de se obter a prova das alegações) com razoável rapidez e mínimo de atos praticados, e indicação correlata com a eficiência alcançada junto a um benefício penal objetivado pelo acusado.

Isso se aflora na própria norma jurídica, quando o órgão investigativo ou acusador, podem, diante do levantado pelo colaborador e provas indicadas para coadunar com a sua narrativa, propor até mesmo o não oferecimento da denúncia ou o perdão judicial, de modo que a lei favorece aquele que de maneira prática concede maiores e melhores informações da atividade da organização criminosa e seus membros, obtendo-se os melhores benefícios penais, salvo o líder da organização, caso o conteúdo produzido no negócio jurídico seja eficiente para a Administração.

3 REFLEXO COM RELAÇÃO À INOBSERVÂNCIA PELO ACUSADO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Antes de adentrarmos no tema específico, importante conceituarmos alguns institutos páreos, mas não sinônimos, cujos resultados no presente estudo são diferentes e devem ser esclarecidos, para não confundirmos a visão do direito. Podemos aqui mencionar a retratação, a resilição, a resolução e anulabilidade do negócio jurídico praticado.

O enfoque aqui será tratado sempre no viés da conduta praticada pelo colaborador.

A estrutura de qualquer negócio jurídico exige a presença dos elementos constitutivos descritos pela Escada "Pontiana", lecionada por Pontes de Miranda, com base na Obra de Hans Kelsen, que diferencia cada um dos elementos nos planos da existência, validade e eficácia do ato praticado.

Pelo plano da existência, cita Flávio Tartuce (2006, p. 32), busca-se os elementos mínimos e essenciais para que o negócio jurídico efetivamente possa existir. Seriam os substantivos sem qualquer qualificação, quais sejam: 1) agentes; 2) vontade; 3) objeto; e 4) forma. Sem a existência de qualquer um desses elementos, o negócio jurídico não existe, considerando-se assim um não fato.

Num segundo plano teríamos a validade, tratada no art. 104 do Código Civil, compostos pelos substantivos acrescidos dos adjetivos: 1) agente capaz; 2) vontade livre; 3) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; e 4) forma adequada ou não defesa em lei. O vício relativo a qualquer de um dos elementos acima mencionados gera a possibilidade de anulabilidade do negócio jurídico praticado, cujos efeitos, dependendo do grau da eiva, será a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* ou a anulabilidade gerando efeitos *ex nunc.*

Por fim, no plano da eficácia, analisa-se os elementos relacionados a suspensão e a resolução de direitos e deveres relativos ao negócio jurídico, criando, extinguindo, modificando ou substituindo relações jurídicas. Por aqui passam todos os fatos jurídicos, inclusive os anuláveis e nulos, que em determinadas situações, podem

produzir efeitos (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 383): 1) condição; 2) termo; 3) consequências do inadimplemento negocial (juros, multas, perdas e danos); 4) outros efeitos do negócio gerados perante os acordantes e até mesmo terceiros.

Apesar da classificação acima mencionada, o Código Civil brasileiro adotou posição bipartida do fato jurídico, deixando de tratar de maneira expressa o plano da existência, por entender o legislador desnecessária a análise do plano da existência em sede de direito positivo (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 382).

Entretanto, a diferenciação acima exposta pela doutrina mais abalizada, facilita a compreensão dos institutos e dos resultados obtidos com a inobservância dos elementos e seus respectivos planos, como perceberemos abaixo.

Quando se fala em retratação, temos em mente o ato do pactuante retornar à condição anterior, diante de um arrependimento pelo negócio praticado. É o retorno ao *status quo ante* pretendido pela parte de um fato realizado, observando-se todos os elementos escalonados e descritos por Pontes de Miranda pela existência, validade e eficácia, cujos efeitos pretende-se brecar num negócio jurídico com potencialidade para tanto.

No caso da colaboração premiada, a retratação da proposta de colaboração é possível, desde que não homologado pelo Poder Judiciário, cujo limite dos efeitos tratados na proposta, apesar de existirem e serem válidos, foi restrito pela Lei, sendo certo que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (art. 4º, § 10º, da Lei 12.850/2013).

Para Vinícius Gomes de Vasconcellos (2017, p. 248), a retratação poderia ser aceita tanto antes de homologada a proposta, quanto depois do acordo, entendendo que o termo correto referente à situação deveria ser então “desistir”, e se utilizou retratação, abarca-se os dois momentos, tanto da proposta quanto do acordo.

No *Habeas Corpus* nº 127-483/PR, de relatoria do eminente ministro Dias Toffoli, ficou consignado a adoção da primeira corrente, ou seja, a proposta da colaboração é sempre retratável. Porém, após a sua homologação, qualquer ato de descumprimento dos termos do acordo é a inexecução do negócio jurídico perfeito, resultando em sanções, em conformidade com o pactuado e outras possibilidades, dependendo da intenção do acusado inadimplente.

Seguindo essa linha, mas de maneira diferente da retratação, a inexecução do negócio jurídico perfeito e acabado se dará pelo inadimplemento contratual, ou seja, o colaborador deixa de cumprir com seus deveres impostos no acordo de colaboração premiada, motivando assim o fim do pacto, com aplicação das sanções decorrentes dessa conduta, previamente estipuladas, mesmo porque, a depender do conteúdo inadimplido, será impossível o próprio ordenamento jurídico impor ao inadimplente a produção do ato motivo da resolução.

Citando GOMES (apud LOUREIRO 2008, p.273), ensina que o termo *resilição*, designa o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes. O termo resilição deve ser utilizado para dissolução do contrato pela mera declaração de vontade de uma ou ambas as partes, tendo como efeitos decorrentes do ato *ex nunc.*

A *resilição bilateral* é conhecida como distrato.

Já a *resilição unilateral* é a denúncia, podendo ocorrer pela revogação ou renúncia. A revogação seria forma especial de resilição, consistente na declaração unilateral de vontade (ex. mandante no contrato de mandato). A renúncia seria a resilição pelo sujeito passivo da relação obrigacional (ex. mandatário no contrato de mandato).

Resolução seria a extinção do contrato por descumprimento do pacto. O descumprimento decorre do inadimplemento tanto culposo ou doloso quanto involuntário, compreendo a inexecução absoluta (inadimplemento) e a relativa (mora).

Já a *rescisão***,** (GAGLIANO E FILHO 2007, p. 248-251), é o termo jurídico indicativo de extinção de uma relação jurídica em que se constata profunda imprecisão terminológica, pelo próprio código utilizar a expressão em diversos contextos, sem que haja um elemento comum entre eles. Para alguns seria a extinção do pacto pela existência de alguma nulidade. Para outros seria o término do firmado em razão da observância da lesão ou decorrente do estado de perigo, ambos, causa de anulabilidade. Outros ainda a utilizam como forma de extinção do negócio jurídico baseado na culpa.

Para os autores citados acima a solução ao problema seria utilizar o termo de maneira genérica como extinção do contrato ou o manipular no sentido mais próximo do gramatical, sendo a ruptura do contrato em face de uma nulidade.

Nesse sentido, o que nos interessa neste momento é a "resolução" como meio de extinção do negócio jurídico pelo inadimplemento e a "rescisão", face possível nulidade observada.

Consoante entendimento de Cibele Benevides Guedes da Fonseca (2017, p. 155) A "rescisão" não se confunde com a retratação, tampouco seus efeitos. A resolução pelo inadimplemento do colaborador acarreta a perda dos benefícios negociados, bem como a utilização de todo material probatório já produzidos em seu desfavor, caso não prolatada a sentença, bem como, se posteriormente, o cumprimento da pena imposta no decreto condenatório.

Para Vinicius Gomes de Vasconcellos (2017, p. 251), deve analisar com cautela a amplitude do inadimplemento do colaborador junto ao acordo firmado, e suas consequências junto ao negócio jurídico produzido, mesmo porque se há parcial descumprimento das cláusulas contratuais, não seria justo a não concessão de parcela dos benefícios penais pactuados, sendo certo apenas a sua redução, com base no critério da efetividade da colaboração.

Interessante citar a existência junto aos termos de colaboração premiada realizadas na "Operação Lava Jato", devidamente homologados tanto em primeiro grau, quanto no Supremo Tribunal Federal, de título específico acerca de casos de resolução contratual pelo inadimplemento por fato imputável ao colaborador, e consequências ("todos os benefícios ficam prejudicados, sem prejuízo da licitude e da admissibilidade das provas produzidas pelo colaborador, bem como da manutenção da perda dos valores já pagos a título de multa e reparação de danos"), bem como de procedimento para deliberar acerca desta situação.

Além disso, o Ministério Público Federal, nos casos envolvendo a Lava Jato, tem realizado *recall* dos colaboradores quando descobrem omissões das colaborações devidamente homologadas, ao invés de

promoverem a resolução do contrato, repactuando a proposta para nova homologação (VASCONCELOS, 2017, p. 250).

Fixados estes pontos, e em outra situação, distinta da retratação, bem como da resolução (ambos situados no campo da eficácia dos atos jurídicos), para Hely Lopes Meirelles (1999, p. 84), a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade sem os quais toda a atividade pública será ilegítima, sendo então caso de rescisão. Nesse mesmo sentido, em julgado destacado na RT 673/61, citado na obra acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela possibilidade de anulação do ato administrativa pela mera infringência do princípio da moralidade administrativa.

O controle do ato administrativo com relação a sua moralidade também é defendida por DI PIETRO (2002, p. 211) quando pelos padrões comuns do homem médio, o ato praticado é manifestamente contra a moral.

Ponto fulcral desta questão é justamente entender em qual modalidade de vício estaríamos apurando o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa nos casos envolvendo negócio jurídico praticado entre o particular e o Estado, cujo primeiro atuou de maneira a ferir tal princípio.

Para a doutrina mais abalizada citada por Hely Lopes Meirelles (1999, pág. 187), o conceito de ilegalidade ou ilegitimidade visando a anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei, abrangendo também o abuso do poder ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do direito.

Quando um ato ou negócio administrativo se afasta da moralidade administrativa, naturalmente há o desvio da finalidade pública em sentido amplo, com relação ao interesse subjacente existente no fato administrativo, incidindo em desvio de finalidade ou desvio de poder ou abuso de poder em sentido amplo.

O abuso de poder engloba: 1) o excesso de poder; e 2) desvio de poder.

O excesso de poder é um vício ligado à competência do agente que excede os limites da sua função. Já o desvio de poder ou finalidade é vício ligado à finalidade pública. Ambos os casos são tratados como abuso de autoridade quando incidirem em uma das infrações tratadas na Lei 4.898/98, sujeitando-se à responsabilidade administrativa, penal e cível dependendo do resultado (DI PIETRO, 2002, p. 228).

O desvio de finalidade não se confunde como mero ato de incompatibilidade com o princípio da legalidade, apesar da Lei 4.717/65, no art. 2º, parágrafo único, alínea *e* tipificar o ato de desvio de poder como hipótese de ato administrativo ilegal ("o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência").

Isso porque, a moralidade, notadamente com a Constituição Federal de 1988, destacou-se da legalidade e firmou sua autonomia, como se observa no art. 37, *caput,* onde estão expressos um rol exemplificativo de princípios aplicáveis à todos os poderes, de todos os entes públicos, da administração pública direta ou indireta e lá aparece a moralidade como princípio; art 5º, LXXIII, sendo tratado pelo constituinte como caso de tutela por meio da ação popular o desrespeito à moralidade administrativa; art. 14, § 9º, ser condição do exercício do mandato a moralidade e etc.

Odete Medauar (2007, p. 151) leciona que a teoria do desvio de poder, de origem francesa, tem como base o ato realizado pelo agente visando a fim diverso daquele previsto, explicita ou implicitamente, destinando à satisfação de interesses pessoais. Cita como indícios do desvio: 1) contradição entre fatos invocados a título de motivo e o conteúdo do ato; 2) desproporção entre meios e fins; 3) contradição entre os motivos expostos; e 4) ocultação de fatos relativos à situação etc.

Para Cretella Júnior (1977 apud DI PIETRO, 2002, p.231), a "base para a anulação dos atos que nele incidem, o desvio de poder difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar se os móveis que inspiraram o autor de um ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente, inspirá-lo".

Referida autora cita como indícios do ato ou negócio viciado quanto à finalidade: a motivação insuficiente; motivação contraditória; a irracionalidade do procedimento; contradição do ato com as resultantes dos atos; camuflagem dos fatos; inadequação entre os motivos e os efeitos e o excesso de motivo.

Do panorama criado, denota-se a imoralidade na sua plenitude no enfoque contextual quando há contradição entre fatos invocados como motivos e o conteúdo do ato, ocultação de fatos relativos à situação ou sua camuflagem, contradição entre os motivos expostos, utilização de provas falsas, assunção de culpa de atos não praticados ou praticados por terceiros, sonegação de membros atuantes nas organizações, comunicação falsa de crime, utilização de prova falsa formal ou ideologicamente, declarações falsas acercas de situações etc, ou seja, destoantes da honestidade, honradez, integridade de caráter e retidão.

Disso notamos claramente que a inobservância ao princípio da moralidade ressoa como ato abusivo, por fugir dos interesses públicos, ferindo o aspecto de validade do ato, sendo caso de rescisão do pacto, quando o agente, seja particular ou não, nos casos de negócios jurídicos sinalagmáticos, como sói a colaboração premiada, atua em descompasso com a honestidade, honradez e ética no agir para negociar junto ao Estado.

Como resultado, a declaração de nulidade do negócio praticado em desvio de finalidade *em regra* será *ex tunc,* e jamais se convalidará.

Porém, a permanência ou não do ato administrativo eivado e seus efeitos dependerão da natureza do vício, do confronto com outros preceitos do ordenamento, do sopesamento das circunstâncias envolvendo o caso, da finalidade pretendida pela norma lesada (MEDAUAR 2007, p. 153-154).

Nesta senda, existe a necessidade de se sopesar a finalidade buscada pelo legislador quando da edição da Lei 12.850/2013, normatizando a colaboração premiada, além de se compatibilizar o vício verificado com o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (a parte não pode se beneficiar da sua própria torpeza), corolário do postulado da lealdade processual e da boa-fé objetiva.

A lei ao prever a colaboração premiada entendeu o Estado como incapaz de investigar, colher provas e punir agentes compositores de uma organização criminosa, salvo com o auxílio de um colaborador interno, ajudando na obtenção de provas capazes de descortinar e desbaratar o crime organizado, beneficiando-o na redução das sanções penais pelos crimes confessados e eficiência na colaboração.

Se o colaborador pretende de alguma forma quebrar a barreira do silêncio da organização, em faltando com a moralidade exigida para negociar uma colaboração premiada, vício de validade e causa de rescisão, cuja natureza jurídica é um negócio jurídico bilateral de direito público, não pode se beneficiar da própria torpeza.

Caso não entendamos dessa maneira e aceitarmos como regra inexorável a nulidade do negócio jurídico pelo vício de finalidade observado na colaboração, com efeito *ex tunc*, estaremos ferindo de morte o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* impedindo-se utilizar do material anexado no pacto de conteúdo probatório, cujas partes tem potencial de aproveitamento no esboço de se atacar uma organização criminosa, para a salutar defesa do direito social à segurança pública, tratada no art. 6º da Constituição Federal, e enfrentamento ao crime organizado de maneira eficaz.

Por isso, a compatibilização do instrumento da colaboração e normas que o sustentam com a imoralidade praticada é necessária porque torna-se altamente favorável ao colaborador, forjar a vontade na colaboração, firmar um pacto cujo conteúdo não refletirá realmente a realidade dos interesses obscuros, e criar prejuízo ao Estado, que naturalmente estará amargando perdas financeiras (custo da atividade dos seus servidores e utilização da máquina pública) e temporal (desgaste do tempo em favor do acusado porque provas podem desaparecer nesse interim), cujo espectro visualizado anteriormente para partes de boa-fé quando da criação da norma, seja aproveitada pelo malfeitor em contraponto à manutenção da ordem e segurança pública, direito social previsto constitucionalmente na nossa Constituição Cidadã, com o fim de se combater eficazmente os crimes praticados por organizações criminosas que assolam neste momento e tensionam toda a sociedade brasileira.

Em se tendo um direito social concreto em contraponto com atividade imorais praticadas, não há como sustentar o desaparecimento do conteúdo probatório aproveitável de uma colaboração premiada, sabendo-se de antemão que na própria resolução da colaboração premiada, aceita-se termos de utilização em prejuízo de inadimplente colaborador da confissão e outras provas anexadas ao pacto, este, meio de produção de provas.

Dessa forma, como o vício da imoralidade desagua na rescisão da colaboração, ferindo a validade dos negócios jurídicos, distinto da retratação (devidamente tratada pelos nossos legisladores) e da resolução por inadimplemento (fato não normatizado, porém pactuado em colaborações firmadas entre os interessados já homologadas pelo Supremo Tribunal Federal), certo é que a compatibilização entre os interesses maiores de uma nação prezando a segurança pública no combate às organizações criminosas e o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* em contraposição a um ato imoral praticado pelo colaborador, faz crer a necessidade de se sopesar os efeitos quando da declaração da nulidade do negócio praticado, restanto incólumes o conjunto probatório fornecido pelo colaborador imoral, para utilização contra ele, consoante já se verifica nos casos de resolução por inadimplemento devidamente homologados pela nossa Suprema Corte.

4 DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO ATO IMORAL PRATICADO PELO COLABORADOR NA COLABORAÇÃO PREMIADA

A improbidade administrativa é tratada pela nossa Constituição Federal em diversos artigos, sendo relevante citar o art. 15, V, relacionando a improbidade como forma de suspensão ou perda dos direitos políticos e o art. 37, § 4º, no âmbito da administração pública, como ato que importará 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. Podemos citar ainda menções sobre a improbidade no art. 7, § 110, III; art. 101, § 3º e art. 104, II todos da CF.

O vocábulo latino *improbitate* tem significado de desonestidade. Plácido e Silva (apud PAZZAGLINI FILHO 2007, p. 18), define ímprobo como "Mau, perverso, corrupto, devasso, falso, enganador. É atributo da qualidade de todo homem ou de toda pessoa que procede atentando contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos, O ímprobo é privado de idoneidade e de boa fama."

O ato praticado em dissonância com o princípio da moralidade pública enseja o enquadramento da conduta como de improbidade administrativa, tratada pela Lei 8.429/1992, art. 11, *caput,* ainda que não haja enriquecimento ou dano ao erário. Agora, se em razão do ato se apurar enriquecimento ou prejuízo ao erário, a norma estabelecida no art. 11 se torna residual ou soldado de reserva.

Como bem acentuam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 419), "a moralidade concentra o sumo de todos os valores extraídos dos princípios regentes da atividade estatal, o que permite dizer que a tipologia constante do art. 11 da Lei n. 8.429/1992 a todos alcança, ainda que advenham de princípios implícitos no sistema."

O E. Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 480.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, já decidiu que a má-fé é premissa para o enquadramento do ato praticado pelo ímprobo que fere a moralidade pública. Ou seja, necessário se fazer presente sempre quando da análise do ato de improbidade, com fulcro na inobservância do princípio da moralidade, a presença da má-fé do agente.

Importante esclarecer também (NEVES E OLIVEIRA 2015, p. 90), que de acordo com o STJ, a aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa depende de comprovação do dolo eventual ou genérico de realizar a conduta (comissiva ou omissiva) que atente contra os princípios da Administração, não sendo necessária a presença de intenção específica para caracteriza o ato como ímprobo (STJ, AgRg no AREsp 73.968/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, primeira Turma, DJe 29.10.2012).

Não se nega a existência de parte da doutrina entender da possibilidade do enquadramento da improbidade por ferimento aos princípios da Administração culposamente, porém como esclarece Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 309), a excepcional sanção a título de culpa deve estar expressamente encabeçado no texto legal. Fazer analogia com relação ao art. 10 da Lei 8.429/1992 em que se há menção expressa à punição da conduta culposa, é extrapolar os limites interpretativos e invadir a seara legislativa.

Nesse sentido, verificado uma conduta comissiva ou omissiva praticada pelo colaborador, de maneira dolosa e de má-fé, demonstrando agir com falta de retidão de caráter, decência, lealdade e decoro, junto ao acordo de colaboração premiada, é plenamente viável o seu enquadramento em improbidade administrativa que fere o princípio da moralidade pública, tratado no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, e assim sofrer a sanção pelo comportamento, estipulado no art. 12, III, da referida norma, além de outras sanções civis, penais e administrativas.

Isso se justifica em razão do artigo 3º da Lei 8.429/92 citar expressamente a aplicabilidade da norma a quem mesmo não sendo funcionário público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Fica claro nesse sentido que quem induz a erro a autoridade policial ou o membro do Ministério Público para firmar uma colaboração viciada pela imoralidade, cuja finalidade espúria não revelada é distinta ao citado no termo ou na fase de negociações, pode sofrer a punição pela Lei de Improbidade Administrativa.

E não há que se falar da necessidade da participação do funcionário público de maneira dolosa para ambos responderem pelo ato de improbidade administrativa, mesmo porque, a lei não faz distinção da forma pela qual o resultado da indução deva ocorrer, se com o conhecimento pleno de quem foi induzido a praticar o negócio jurídico de maneira dolosa, conhecedor da intenção imoral intrínseca do ato ou não.

Tal assertiva fica clara quando no crime de estelionato previsto no artigo 171 do Código Penal, o induzimento tratado pela lei é aquele que leva a alguém a erro, em razão de artifício, ardil ou outro meio fraudulento, e não necessariamente como o tratado pela mesma codificação já no seu artigo 122 (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio), quando o termo induzir revela a intenção real do indutor junto ao induzido de o conduzir moralmente ao suicídio.

Nesse sentido, se o mesmo verbo induzir utilizado pela codificação penal leva a dupla possibilidade para fim de se enquadrar o induzimento um ao erro e outro à prática de um fato cuja intenção real do agente é de conhecimento da vítima, natural então que efetivamente o induzimento aqui narrado pela lei de improbidade administrativa admita o enquadramento do particular em responder por ato de improbidade administrativa sob os dois viés distintos.

O primeiro quando a indução tem como finalidade convencer o servidor público a praticar o ato imoral de interesse do particular junto à Administração Pública (colaboração premiada), sendo de conhecimento de ambos a imoralidade constante nas entrelinhas do termo, respondendo todos por improbidade administrativa, em razão do dolo observado nos envolvidos.

Já o segundo quando o particular colaborador induz a erro a autoridade policial ou membro do Ministério Público para a prática da colaboração imoral, cuja intenção real é suprimida da fase negocial ou mesmo das cláusulas do termo, de modo a se alcançar objetivo escuso, denotando a má-fé processual subjetiva, mas aproveitado indiretamente pelo ímprobo, beneficiando-se da sua própria torpeza.

E neste último caso o particular colaborador responderá sozinho pela improbidade praticada, conforme previsto no art. 3º da referida norma, mesmo porque, os servidores públicos agiram sem o dolo exigido na prática da colaboração premiada eivada, quando induzidos a erro, sem conhecerem a real intenção pretendida pelo colaborador no momento que negociado ou mesmo firmado o pacto, regado da imoralidade suprimida pelo primeiro.

Exemplificando essa situação podemos imaginar um colaborador conduzindo a tratativa no sentido oposto aos fatos praticados, mas ainda não revelados pelas investigações, indicando provas de situações menores escolhidas a dedo de maneira oposta ao fatos maiores, dissuadindo outras investigações que levariam ao conhecimento amplo e concreto sobre os crimes praticados pela organização criminosa a que faz parte,

impendido a se chegar a nomes do alto escalão da organização e da sua real estrutura, equacionando e diminuindo as perdas da entidade como um todo.

Fixado este ponto, o colaborador ímprobo poderá também, além de responder pela improbidade praticada (colaboração inválida pela imoralidade), responder criminalmente, quando após o pacto: 1) falsificar documento público ou particular a ser utilizado na colaboração (arts. 297 e 298 do Código Penal - falsificação de documento público e Falsificação de documento particular, respectivamente); 2) falsificar ideologicamente documento público ou particular a ser utilizado na colaboração (art. 299, CP - falsidade ideológica); 3) usar o documento falso ou alterado, sabendo da adulteração citados no item 1 e 2 na colaboração (art. 304, CP - uso de documento falso); 4) suprimir, destruir ou ocultar documento particular ou público, em benefício próprio ou alheio, ou em prejuízo de outrem de interesse do Estado que poderia ser utilizado na colaboração (art. 305, CP - supressão de documento); 5) possibilitar instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente na colaboração (art. 339, CP - denunciação caluniosa); 6) provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado na colaboração (art. 340, CP - comunicação falsa de crime ou de contravenção); 7) acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem na colaboração (art. 341– autoacusação falsa): 8) fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha no processo judicial, mesmo porque, a partir do momento que o pacto é homologado pelo Poder Judiciário, o colaborador está sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013 (art. 342, CP - falso testemunho); 9) inovar artificiosamente, na pendência do processo criminal que consta a colaboração, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito (art. 347, CP - fraude processual); 10) auxiliar a subtrair à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão na colaboração (art. 348, CP - favorecimento pessoal); prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime na colaboração (art. 349, CP - favorecimento real).

Além disso, temos a possibilidade de em havendo organizações criminosas em que há servidores públicos envolvidos, cuja colaboração premiada está viciada pela imoralidade junto ao negócio firmado, ser responsabilizado criminalmente quando: 1) se beneficie da sua conduta de inserir ou facilitar a inserção de dados falsos, alteração ou exclusão indevida de dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, após o termo de colaboração firmado (art. 313-A - Inserção de dados falsos em sistema de informações); 2) se beneficie da sua conduta de modifica ou alterar sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente, após o termo de colaboração firmado (art. 313-B - modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações): 3) se beneficie da sua conduta de extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, após o termo de colaboração firmado (art. 314, CP - extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento); 4) se beneficie da sua conduta de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, após o termo de colaboração firmado (art. 319, CP – prevaricação); 5) se beneficie da sua conduta de deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente, após o termo de colaboração firmado (art. 320, CP - condescendência criminosa).

REFERÊNCIAS

CUNHA JÚNIOR, Direley da. Curso de direito constitucional. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas S.A, 2002.

FARIAS E ROSENVALD, Cristiano Chaves de e Nelson. Direito civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa.São Paulo:Atlas, 2016

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAGLIANO E FILHO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA E ALVES, Emerson e Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2017.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

NEVES E OLIVEIRA, Daniel Amorim Assumpção/ Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administraitiva. São Paulo: Método, 2015.

PAZZAGINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito penal positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie. São Paulo: Método, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Revist dos Tribunais Ltda, 2017.

WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

A COLABORAÇÃO PREMIADA UNILATERAL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Danilo Frasseto Michelini[1]
Wellington Gomes Miranda[2]

RESUMO: Para o combate à corrupção no Brasil, é necessário o aprimoramento dos meios de obtenção de prova. Entre os vários instrumentos jurídicos disponíveis aos operadores do Direito, um chama a atenção pela divulgação maciça na mídia e por sua corriqueira utilização nos últimos anos: a colaboração premiada. Este trabalho tem como objetivo geral discutir e verificar a possibilidade de aplicação e eficácia do instituto da colaboração premiada para o auxílio no combate à corrupção, especialmente a colaboração premiada unilateral, ou seja, aquela efetuada somente pelo colaborador sem prévio acordo com o órgão incumbido da acusação formal ou a autoridade incumbida da investigação. Avalia-se a possibilidade de utilização desse meio, as vantagens e o procedimento a ser utilizado, além disso, a legislação aplicada e os precedentes judiciais. A proposta metodológica, quanto à sua natureza, é uma abordagem qualitativa, a qual não se preocupa em fixar leis para produzir generalizações. Os dados desse tipo de abordagem objetivam a compreensão profunda de certos fenômenos sociais, apoiados no pressuposto da maior relevância do aspecto subjetivo da ação social. A presente investigação caracteriza-se por ser um estudo bibliográfico a fim de levantar, organizar, analisar e interpretar estudos existentes sobre o tema.

Palavras-chave: Corrupção. Colaboração premiada unilateral. Instrumento jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da delação premiada vem despertando interesse da comunidade acadêmica, sobretudo, quanto à sua valoração como meio de obtenção de prova, sem, contudo, enfrentar crítica acre de uma grande parcela da doutrina.

A corrente doutrinária contrária ao instituto cria um obstáculo à colaboração premiada sob fundamento de que o Estado, ao conferir recompensa ao infrator que resolve colaborar com o sistema de justiça delatando seus comparsas, com fim de obter redução da pena em caso de possível condenação ou até mesmo o perdão judicial, que se constitui em uma causa extintiva de punibilidade previsto no art. 107, inc. IX, Código Penal, revela sua ineficiência em reprimir as práticas delitivas.

Desde o período conhecido como vingança pública, o Estado assumiu o ônus de dizer o direito e editar regras que visem pacificar a convivência entre os homens. É indubitável que a luta contra o crime é permanente e evolui com a sociedade. Os delinquentes estão sempre um passo à frente do Estado. Hoje, vigoram, em diversas partes do mundo, organizações criminosas bem estruturadas, como verdadeiras sociedades empresariais voltadas para a prática do crime.

Nessa luta, a paquidermia do Estado, cujos movimentos são limitados pelas correntes da burocracia, perde para o dinamismo das organizações criminosas que se aproveitam da ineficiência estatal para criar um

[1] Defensor Público Estadual, acadêmico da Pós-Graduação do curso Estado de Direito e Combate à Corrupção.
[2] Professor Universitário, Analista Ministerial, acadêmico da Pós-Graduação do curso Estado de Direito e Combate à Corrupção.

Estado paralelo, n qual prevalece um regramento de exceção que condiciona a vida das pessoas em várias comunidades, bem como exerce influência em setores estratégicos da Administração Pública, por meio da corrupção sistêmica.

O poder paralelo exercido pelas organizações criminosas acaba por influenciar na produção de prova. O processo penal brasileiro admite provas nominadas e inominadas utilizadas pelo julgado para fundamentar sua decisão, em consonância com o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional previsto no art. 155 do Código de Processo Penal. Segundo esse artigo, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Entre as provas nominadas, destaca-se a prova testemunhal, sendo a mais comum no processo penal, embora não isenta de fortes críticas dos processualistas que a consideram com a prostituta das provas.

Por outro lado, Bentham apud Aranha (1994) ressalta a importância da prova testemunhal para o processo:

> As testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça. Desde que os homens existem e desde que têm a pretensão de fazer a justiça hão válido das testemunhas como o mais fácil e comum meio de provas; sua importância no campo criminal é considerável; frequentemente é à única base das acusações.

Senna e Bedê Júnior (2015) evidenciam a falibilidade da prova testemunhal quando envolve determinados crimes em que prevalece a "lei do silêncio" (a *omertá* da máfia italiana). É considerada como um fator na inibição ou desestímulo ao depoimento imposto coercitivamente pelas investidas ou pelas ações covardes de organizações criminosas e de criminosos violentos.

Nesse contexto, surge a colaboração premiada como instituto do Direito Penal, que se trata de um acordo celebrado pelo investigado, indiciado, acusado ou condenado com o Estado visando à obtenção de um prêmio que consiste na concessão do perdão judicial, na redução da pena ou na substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 4º da Lei nº 12.850/2013).

Segundo Vasconcelos (2017), a Lei nº 12.850/2013 alterou o cenário jurídico do instituto premial no Brasil ao estabelecer um regramento específico dos procedimentos processuais adotados na formalização da colaboração premiada, notadamente, estabelecendo hipóteses de não obrigatoriedade na concessão dos benefícios, bem como a condicionando à eficácia das informações prestadas.

Antes da Lei, a delação premiada detinha, em regra, caráter de direito material (com redução de pena), enquanto a barganha teria impacto processual, em razão das concessões oriunda do próprio processo.

> A essência da colaboração premiada[3] é de natureza processual, em viés probatório, com o afastamento do acusado de sua posição de resistência, a partir da fragilização de sua

[3] A melhor doutrina prefere o termo colaboração premiada a delação premiada, ante a semântica pejorativa do termo. Noutro sentido, parte da doutrina apresenta críticas à alteração da denominação, para quem o objetivo era mascarar a conotação antiética que o termo 'delatar' possui. Assim Osório e Lima, 2016, p.156, entende que: "o abandono do termo 'delação' nada mais representa do que verdadeira burla de etiquetas no qual objetiva-se dar uma visão mais positiva e menos pejorativa do instituto (como se isso fosse possível), a fim de que o agente passe a ser visto como um colaborador da justiça e não um traidor. Esse

> defesa e a aderência à persecução penal. Ainda que algumas de suas consequências premiadas se caracterizem como benefícios de ordem penal material (redução da pena e perdão, por exemplo), isso não sustenta a sua fundamentação em termos dogmáticos. Nesse sentido, o STF firmou posição em paradigmático julgamento (HC 127.483): Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (VASCONCELOS, 2017, p. 61).

Após breve exposição sobre os contornos básicos relacionados ao instituto da colaboração premiada, é necessário mencionar o motivo pelo qual surgiu nos autores a vontade de se aprofundar sobre o tema.

Este texto nasce da dificuldade de se absorver a afirmação de que o monopólio de oferecimento e aceitação da colaboração premiada teria dono: o Ministério Público, como titular único da ação penal pública, e a Autoridade Policial, com atribuições para a investigação. Além disso, a informação repassada no sentido de que a colaboração premiada somente poderia ser realizada de maneira bilateral, ou seja, consubstanciada num acordo. Tudo isso nos trouxe diversas inquietações.

Ora, não se pode aceitar, num país onde se tem um Direito Processual Penal com viés garantista, que o instituto em análise fique à mercê da vontade do presentante do órgão acusatório, ou ainda, da Autoridade Policial.

A colaboração é o meio de obtenção de prova que, se bem utilizado, serve para auxiliar complexas investigações desvendando-se crimes que, na maioria das vezes, não seriam devidamente apurados ou ao menos demorariam anos para serem elucidados.

Sustentar que a colaboração premiada possa ser efetivada somente com acordo prévio entre o Ministério Público ou a Autoridade Policial e o colaborador é deixar esse tão importante instituto nas mãos de servidores públicos que possam ou não estar interessados no combate à corrupção, sem que haja qualquer método previsto na legislação de eficaz fiscalização da discricionariedade de aceitar ou não o acordo.

Infelizmente não dá para imaginar que todos os servidores públicos integrantes do Ministério Público ou da Polícia possuem o ímpeto de combater a corrupção no país e que sempre atuarão com a lisura e a eficiência esperada no combate à corrupção.

Assim, primeiro se deve analisar se somente o Ministério Público e a Autoridade Policial possuem a atribuição de celebrar acordo de colaboração. Num segundo momento, é necessário verificar se o investigado, indiciado

---

também é o entendimento de Gustavo Senna e Américo Bedê Júnior, para os quais "a expressão colaboração premiada que julgamos mais adequada, valendo-se não só da linguagem própria legislação atual, como se verá adiante, que a todo tempo se utiliza dos termos "colaborar", "colaborador", mas também, seguindo uma tendência internacional"(ob.cit.,p.216). Para Vladimir Aras, "Por rigor técnico, indicamos a correção da denominação **"colaboração processual premiada**". Não é adequada a utilização do termo "arrependido", porque nem sempre o colaborador arrependeu-se. Por outro lado, repudiamos o *nomen iuris* "réu colaborador" porque nem sempre o agente colaborador é réu. Também deve ser evitado o uso da expressão "delação premiada", pela sua carga simbólica carregada de preconceitos, e por sua incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que não se limita à mera *delatio"*. (ob.cit)

ou réu pode, por si só, colaborar com a investigação ou o processo criminal, e o quanto essa espécie de colaboração pode ser eficiente ao combate à corrupção.

2 CONCEITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A doutrina não diverge quanto à definição de colaboração premiada como instituto do Direito Penal Premial, sendo medida apta para auxiliar o combate ao crime organizado e à corrupção, modelado nas Convenções de Palermo e Mérida, tendo como inspiração a legislação italiana (*patterggiamento*) de combate a máfias italianas, bem como no instituto anglo-saxão de política criminal conhecido como *pleabargaining*.

A colaboração premiada também é conhecida pela sinonímia: "delação premiada", "pactopremial", "cooperação premiada", "confissão delatória", "chamamento de corréu", "negociação premial", entre outras.

Masson e Marcal (2018, p.151) definem a colaboração premiada como meio especial de obtenção de prova técnica especial de investigação cuja finalidade é desarticular as organizações criminosas.

> A colaboração premiada consiste no meio especial de obtenção de prova – técnica especial de investigação – por meio do qual o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos de persecução penal confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos ou a localização de pessoas. (MASSON; MARCAL, 2018, p. 151)

Nesse mesmo sentido, Vasconcelos (2017, p. 62) define colaboração premiada como "um acordo realizado entre acusador e defesa", visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva.

Cunha e Pinto (2014, p. 35), ao comentarem sobre as inovações legislativas promovidas pela Lei do Crime Organizado, definem o instituto da colaboração premiada como "a possibilidade que detém o autor de delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previsto em lei".

Outro não é o entendimento de Senna e Bedê Júnior (2015, p. 216), segundo os quais, a colaboração premiada trata-se de uma contribuição voluntária do colaborador para a elucidação do crime.

> Cabe conceituar a colaboração premiada como uma forma de contribuição voluntária do investigado/réu para elucidação do crime, por meio da confissão de suas infrações perante uma autoridade, bem como de delação em relação aos eventuais cúmplices, tendo como contrapartida do Estado a concessão de benefícios de ordem pessoal (como de garantia de sua integridade física e psíquica, bem como de sua família), processual (como a propositura de uma ação penal) e material (como a redução de pena ou de isenção de responsabilidade penal com a aplicação de perdão judicial) [...].

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 127.483, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, define o instituto da colaboração premiada como negócio jurídico-processual, uma vez que seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico, o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC nº 90.962, define o instituto da delação premiada como ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para resolução do crime.

Nesse diapasão, Aras (2015, online), ao analisar a técnica de colaboração premiada, classifica-a em quatro subtipos: a) delação premiada; b) colaboração para libertação; c) colaboração para localização e recuperação de ativos; e d) colaboração preventiva. Vejamos:

> Na modalidade 'delação premiada', o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador. Na hipótese de 'colaboração para libertação', o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém. Já na 'colaboração para localização e recuperação de ativos', o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a 'colaboração preventiva', na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência e uma conduta ilícita [...] (ARAS, 2015, online).

A norma do art. 4º, II, da Lei do Crime Organizado acrescentou à subdivisão de Aras (2015) mais uma espécie de colaboração premiada, conhecida como colaboração reveladora da burocracia da organização, cujo objetivo é desmantelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa. Contudo, em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (§ 1º) (MASSON; MARCAL, 2018).

Com efeito, apesar da atual consonância doutrinária quanto à definição da colaboração premiada como instituto do Direito Penal Premial, a sua evolução legislativa denota o aprimoramento do instituto negocial como meio prova. Em sua origem, a delação premiada, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, restringia a um instituto de direito material, uma vez que não estabelecia normas procedimentais, nem regras visando à proteção do delator, bem como poucas eram as recompensas legais.

Por outro lado, a Lei nº 12.850/2013 alterou o cenário jurídico ao estabelecer regras claras para a celebração do negócio jurídico premial condicionando a concessão de benefícios à obtenção de um ou mais resultados elencados no art. 4º do referido diploma legal, como: a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e e) localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PROVA

A norma do art. 3º da Lei nº 12.850/2013 elenca a colaboração premiada como meio especial de obtenção de prova, ao lado da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e informações eleitorais ou comerciais, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica, afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. Além disso, nos termos da legislação específica, infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11 da norma em comento, cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

É indubitável que a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, por certo que não constitui um meio de provas propriamente dito, mas um instrumento processual para a produção de provas em juízo. Posiciona-se, desse modo, o Supremo Tribunal Federal, no citado julgamento do HC nº 123.483/PR interposto por Erton Medeiros Fonseca, presidente da Divisão de Engenharia Industrial, Galvão Engenharia, réu da conhecida Operação Lava Jato, estabelecendo que "a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como meio de obtenção de prova". Seu objetivo é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal.

Nesse mesmo sentido, Senna e Bedê Junior (2015, p. 214) entendem que a colaboração do investigado ou réu é um meio eficaz de produção de prova, sendo um indispensável instrumento de elucidação de crimes.

> É inegável que o depoimento do investigado ou réu muito embora seja considerado um meio de defesa, pode revelar, em certas situações importante meio de prova, sendo cada vez mais usual nas investigações e processos criminais lançar mão da colaboração premiada de coautores e participes, visando à elucidação dos crimes, quando conjugadas com outros elementos. Também por meio desse instituto se busca, por exemplo, proporcionar a prisão dos outros agentes envolvidos na infração penal, a apreensão de instrumentos ou produtos do crime, a localização da vítima com vida, enfim, contribuindo de qualquer modo com as investigações ou com o processo criminal, mormente quando os meios tradicionais de obtenção de prova, isoladamente, não se mostram suficiente para o caso.

No entendimento do STF, a colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, trata-se de uma relação sinalagmática, que pressupõe um vínculo de reciprocidade estabelecido entre o colaborador e o Estado, cuja eficácia do pacto fica sujeita às condições previstas no art. 4º da Lei nº 12.850/2013.

> Cabimento de HC em face de decisão de Ministro do STF e colaboração premiada - 2. No mérito, o Plenário considerou que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, a Lei 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador. Assinalou que a

> colaboração premiada seria **negócio jurídico processual**, o qual, judicialmente homologado, confere ao colaborador o direito de: a) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; b) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas; c) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; e d) participar das audiências sem contato visual com outros acusados. Além disso, deverá ser feito por escrito e conter: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor. Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a "liberdade" de que se trata seria psíquica, e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração. Ademais, no que se refere à eficácia do acordo, ela somente ocorreria se o ato fosse submetido à homologação judicial. Esta limitar-se-ia a se pronunciar sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. Não seria emitido qualquer juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco seria conferido o signo da idoneidade a depoimentos posteriores. Em outras palavras, homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Por fim, a aplicação da sanção premial prevista no acordo dependeria do efetivo cumprimento, pelo colaborador, das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos resultados legais (Lei 12.850/2013, art. 4º, I a V). Caso contrário, o acordo estaria inadimplido, e não se aplicaria a sanção premial respectiva [...]. (HC 127483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 26 e 27.8.2015.(HC-127483)).

Importante ressaltar que, além do efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelo colaborador visando à aplicação dos benefícios legais, a validade do compromisso de colaboração premiada está sujeita ao aval do advogado ou do defensor público, não basta apenas a vontade do Ministério Público, nem a homologação judicial. A atuação do advogado do acusado-colaborador é imprescindível nesse cenário, dada a bilateralidade e a voluntariedade inerentes ao instrumento pactual. Ademais, a obrigatoriedade da presença do defensor (art. 4º, § 15, da Lei nº 12.850/2013) tem como objetivo a busca de decisão mais favorável ao colaborador, bem como perquirir a melhor solução possível para a imputação, de modo a minorar ou afastar os riscos penais (ARAS, 2015).

4 ÂMBITO DA INCIDÊNCIA LEGAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Importante destacar a evolução histórica da colaboração premiada no Brasil. Várias normas tratam do instituto, ainda que com o *nomem juris* diferentes. Há relato de previsão do acordo nas Ordenações Filipinas[4], abolidas com no Código Penal Imperial de 1830. Após 160 anos, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), houve o reconhecimento benesses ao colaborador. Portanto, importante destacar a evolução e o disciplinamento do instituto da colaboração premiada na legislação brasileira, nas seguintes normas jurídicas.

> a)Art. 8.º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos);
> b)Art. 159, § 4.º, do CP, acrescido pela Lei 8.072/1990 e, posteriormente, modificado pela Lei 9.269/1996;
> c)Lei 8.137/1990 (crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo);
> d) Lei 8.137/1990 (crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo);
> e) Lei 7.492/1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) com as modificações efetuadas pela Lei 9.080/1995;
> f) Lei 9.034/1995 (revogada pela Lei 12.850/2013);
> g) Lei 9.613/1998 (crimes de "lavagem" de bens, direitos e valores);
> h) Lei 9.807/1999 (dispõe sobre os programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, bem como sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal);
> i) Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas);
> j) Lei 12.529/2011 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica) * Nota: esta lei trata do acordo de leniência.
> k) Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)93 * Nota: esta lei trata do acordo de leniência;
> l) Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado)

Importante ressaltar que a Lei nº 12.850/2013 mantém, com as demais normas que versam sobre o instituto da colaboração, uma relação de complementariedade, uma vez que passa a integrar, na visão de Pedro Jorge do Nascimento Costa apud Fonseca (2017) um "microssistema de estímulo à verdade". Essas normas, unidas pelos princípios e pela lógica jurídica comum, interpenetram-se e subsidiam-se, estabelecendo um diálogo das fontes no microssistema.

Contudo, ressalta-se a possibilidade da existência da antinomia de 1º grau, ou seja, conflito aparente de normas, a ser resolvido pelo critério da especialidade, na qual a lei especial revoga a geral. Por outro lado, a Lei do Crime Organizado – LCO serve como uma lei geral procedimental das delações. Não obstante, à regra da especialidade, não há vedação da incidência dos benefícios previstos nessa lei às infrações conexas ao crime de organização criminosa (LCO, art. 2º), ainda que o crime tenha regras específicas sobre a delação como é o caso, por exemplo, do crime de extorsão mediante sequestro e tráfico de drogas (MASSON; MASSAL, 2018).

[4] Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazolla. **Criminalidade Organizada. Comentários da Lei nº 12.850/2013, de 02 agosto de 2013,** Curitiba:Juruá, 2014.p.71, apud Senna e Bedê Junior, ob.cit.p.217 destacam que "localiza-se sua previsão em diploma normativo do princípio do século XVII, as Ordenações Filipinas, cuja vigência se estendeu no território brasileiro de janeiro de 1603 a dezembro de 1830, quando da entrada em vigor do Código Criminal do Império".

5 REQUISITOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Senna e Bedê Junior (2015, p. 223), ao realizarem uma análise sistemática das normas que versam sobre a colaboração premiada, verificaram que os requisitos para se permitirem os prêmios para o colaborador encontram-se elencados em especial nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999 e no art. 4 º da Lei nº 12.850/ 2013, *in verbis:*

> DA PROTEÇÃO AOS RÉUS COLABORADORES
> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1999)
> Da Colaboração Premiada
> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013)

5.1 VOLUNTARIEDADE DA COLABORAÇÃO

Para a validade da colaboração, a lei não exige a espontaneidade, mas uma atitude voluntária do colaborador, podendo decorrer de proposta de órgão responsável pela persecução penal, conselho ou sugestão, porquanto a exigência é que a colaboração decorra de um ato volitivo, sem nenhum vício de imposição ou coação.

Nesse diapasão, segundo Mossin e Mossin (2016, p. 164), a provocação do delator não macula a voluntariedade do ato delatório:

> [...] nada impede para efeito de reconhecimento da validade da delação que esta seja provocada, seja estimulada, incitada por terceiros. Aliás, plenamente válida é a entrega de outros companheiros do crime quando orientada pelo defensor do indiciado ou acusado. Isso porque, pode ser de conveniência da defesa a aquisição do prêmio prometido pelo legislador. Essa provocação, em linhas gerais, não retira o condão de voluntariedade no ato

> delatório, posto que ele será levado a efeito de maneira voluntária. Ora o delator seguirá a provocação de terceiros se assim o desejar. Na incitação, obviamente, não existe ato coativo [...].

A proposta de colaboração premiada feita pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, não tem o condão de macular de nulidade o negócio jurídico entabulado, uma vez que, em todas as etapas do acordo premial, o investigado ou réu deverá estar acompanhado de advogado ou defensor, responsável pelo aconselhamento técnico-jurídico sopesando as vantagens e as desvantagens do pacto, com fim de conferir credibilidade à colaboração premiada.

5.2 RELEVÂNCIA DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR

Note-se que não basta que a colaboração seja voluntária e imprescindível, que seja efetiva à investigação e ao processo criminal, mas deve-se dela obter um ou mais resultado previsto no caput do art. 4º da Lei do Crime Organizado, por exemplo: a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e e) localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Com a colaboração, pretende-se que as declarações prestadas pelo investigado ou réu se revelem de indispensável relevância para a desestruturação da organização criminosa alvo das investigações. Outrossim, as reservas mentais propositalmente feitas pelo colaborador, revelando informações de menos importância que poderiam ser obtidas por outro meio de prova, inviabilizam a concretização do negócio jurídico, de modo que a meia verdade dita corresponde a uma mentira camuflada.

Nesse sentido, são oportunas as observações de Mossin e Mossin (2016, p. 162):

> Levando em consideração os elementos de fatos contidos nos autos, o aplicador da norma de regência deverá concluir se a delação em questão foi eficaz ou não, concernentemente aos interesses da justiça e da própria atribuição da recompensa legal prometida pelo legislador. Da forma indubitável não seria conforme o direito e nem consoante o próprio interesse público, que fosse outorgado ao "colaborador" a vantagem normativamente prevista sem que dela resultasse qualquer conveniência em nível de *persecutio criminis* e da própria administração da justiça.

Nessa linha de raciocínio, as informações obtidas com a delação deverão revelar fatos desconhecidos pelos órgãos responsáveis pela persecução criminal, com fim de propiciar o levantamento do véu da organização criminosa, revelando a estrutura hierárquica e da divisão de tarefas entre seus membros, além de outros resultados previstos na LOC.

5.3 EFETIVIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Não resta dúvida de que a colaboração para fazer jus aos benefícios legais deve ser efetiva, ou seja, deve resultar na obtenção de um ou mais resultados. Por outro lado, seria uma excrescência jurídica a concessão de prêmios legais ao colaborador, se com as informações prestadas não resultassem em nenhuma contribuição para a investigação criminal ou a ação penal.

Outrossim, para que a colaboração seja efetiva, a legislação não se satisfaz com a simples declaração do agente. Estabelece-se que dela seja possível o alcance de resultados previstos na norma jurídica, como indicação de testemunhas, entrega de documentos, fornecimento de extratos bancários, indicação de esconderijos da organização criminosa, entre outros. Por essa razão, em muitos casos, a colaboração do agente se prolonga no tempo (SENNA; BEDÊ JUNIOR, 2015).

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 174.286/DF afastou a concessão dos benefícios legais ao delator, cujas informações prestadas em nada contribuíram para a investigação e elucidação do crime.

> CONFISSÃO. DELAÇÃO PREMIADA. COLABORAÇÃO EFICAZ. O instituto da delação premiada consiste em um benefício concedido ao acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. *In casu*, embora o paciente tenha admitido a prática do crime a ele imputado, segundo as instâncias ordinárias, não houve efetiva colaboração com a investigação policial e com o processo criminal, tampouco o fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa. Sendo assim, visto que a mera confissão parcial do paciente não representou auxílio efetivo na investigação e elucidação do evento delituoso, inaplicável à espécie a benesse da delação premiada. Precedente citado: REsp 1.111.719-SP, DJe 13/10/2009.

Portanto, evidencia-se que a concessão ou não dos prêmios legais dependerá da perfunctória análise do caso em concreto, cabendo ao magistrado competente, por ocasião da sentença, a concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, caso a colaboração seja efetiva e advenha um ou mais dos resultados previsto na lei.

Por outro lado, da decisão que indefere ou acolhe o pedido de benefícios ao colaborador cabe recurso de apelação que poderá ser interposto tanto pela defesa, bem como pelo Ministério Público.

Importa salientar a possibilidade de a colaboração premiada ser proposta na fase inquisitorial pelo Ministério Público e o Delegado de Polícia, com a manifestação do membro do *Parquet*, poderá requerer ou representar ao juiz a concessão do perdão judicial ao colaborador (art. 4º, § 2º, da LCO). Contudo, no caso de discordância do juiz em homologar o acordo, por expressa determinação legal, deve ser submetido ao Procurador-Geral de Justiça (PGJ), aplicando o art. 28 do Código de Processo Penal. Dessarte, em se tratando de casos de competência originária dos tribunais, basta que o "PGJ informe ao respectivo tribunal a

decisão de sobrestamento das investigações, sendo evidentemente inaplicável a sistemática existente para o arquivamento previsto no Código de processo Penal" (SENNA; BEDÊ JUNIOR, 2015, p. 226).

Entretanto, essa decisão de sobrestamento das investigações do PGJ poderá ser submetida à apreciação do Colégio de Procuradores, conforme previsão na norma do art. 12, XI, da Lei nº 8.625/1993.

Ademais, conforme dispõe a norma do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, não resta mais dúvida quanto à possibilidade da colaboração premiada ser proposta tanto na fase inquisitorial ou na fase processual. É possível ao Ministério Público deixar de oferecer denúncia em face do colaborador, no caso deste não ser o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º, da LCO).

6 TITULARES DA PROPOSITURA DA DELAÇÃO PREMIADA

No Brasil, há várias legislações que tratam de colaboração premiada, como já mencionado anteriormente. As duas tratadas neste artigo são: a) a Lei nº 12.850/2013 (que define organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal); b) e a Lei nº 9.807/1999 (lei que estabelece normas para organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal).

Sob a perspectiva de ambas as leis mencionadas, cabe analisar se realmente o Ministério Público e a Autoridade Policial são os detentores da atribuição de propor colaboração premiada.

A Lei nº 12850/2013, ao tratar da colaboração premiada, descreve-a no art. 4º:

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial o colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) [...].

Embora nos pareça claro pela simples leitura do dispositivo acima que a atribuição para oferecimento de colaboração premiada seja tanto da Autoridade Policial incumbida da investigação quanto do Ministério

Público naturalmente competente, o tema foi analisado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal uma vez que o Procurador Geral da República questionava a constitucionalidade do artigo 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/2013, na ADI 5.508:

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

Segundo o sustentado pelo autor da ADI, resumidamente, a ação penal é conferida ao Ministério Público, em consonância com o disposto no sistema acusatório, logo, a persecução criminal pelos Delegados de Polícia fere o devido processo legal, conforme dispõe o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Segue abaixo parte do parecer proferido pelo eminente Procurador Geral da República na ADI mencionada:

> *Aspecto radicalmente equivocado da Lei 12.850/2013, que resulta em ofensa à Constituição, ao disciplinar a colaboração premiada como meio para investigação de organizações criminosas, consiste em conferir a delegados de polícia atribuições no uso desse instrumento. No art. 4º, §§ 2º e 6º, a Lei de Organizações Criminosas autoriza esses servidores policiais a celebrar acordos de colaboração premiada e a "representar" por concessão de perdão judicial a colaborador, considerada a relevância da colaboração. Esses dispositivos devem ser considerados inconstitucionais, por violarem o devido processo legal, tanto no aspecto instrumental quanto no substantivo (CR, art. 5º, LIV) e o sistema acusatório, assim como por negarem a titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público e por atribuírem função do MP a pessoas estranhas à carreira (CR, art. 129, I e § 2º).*

A referida ação direta de inconstitucionalidade foi julgada no plenário do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, entendeu ser o dispositivo questionado constitucional, ou seja, pode a Autoridade Policial celebrar acordos de colaboração premiada, manifestando-se o Ministério Público, sem caráter vinculativo, *a posteriori.*

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal sob o aspecto da lei de organizações criminosas, a atribuição para a propositura de colaboração premiada foi confirmada e permaneceu nas mãos do Delegado de Polícia, durante a fase investigativa, e do Ministério Público, a qualquer tempo.

No tocante à Lei nº 9.807/1999, o legislador não especificou quem seriam os proponentes da colaboração premiada. Os dois dispositivos legais que tratam do assunto em nenhum momento indicam os autores da proposta.

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão

> judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.
> Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Mesmo que o legislador nada tenha mencionado sobre a autoria da proposta, a doutrina e o Poder Judiciário têm aceitado que tanto o Ministério Público como a Autoridade Policial proponham a colaboração. Essa interpretação era dada mesmo antes da lei de organização criminosa.

Visto que tanto o Ministério Público quanto a Autoridade Policial podem propor colaboração premiada, ao questionamento que se visa desvendar é: pode o investigado ou réu colaborar voluntariamente com a investigação ou o processo criminal sem a concordância da Polícia ou do Ministério Público? Aqui entra a principal discussão deste artigo, isto é, para que haja colaboração premiada, é necessário efetivamente que o Ministério Público ou a Autoridade Policial participem da celebração de um acordo com o interessado? Essa questão bateu às portas do Supremo Tribunal Federal no MS 35693 AgR/DF. Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 28.05.2019, na 2ª Turma.

O mandado de segurança que chegou à corte, resumidamente, tratava-se de um impetrante que estava preso preventivamente, acusado da prática de diversos crimes. Ele iniciou, então, tratativas com a Procuradoria da República para a celebração de um acordo de colaboração premiada. A defesa entregou ao Ministério Público diversos documentos que, na sua visão, provariam os delitos que teriam sido praticados por outras pessoas que integrariam a organização criminosa. Ocorre que o Procurador da República, após analisar a documentação, entendeu que a colaboração não era efetiva para se conseguir "a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas" (art. 4º, I, da Lei nº 12.850/2013). Por esse motivo, o procurador devolveu os documentos e disse que não tinha interesse de celebrar o acordo de colaboração premiada. Diante disso, o requerente impetrou mandado de segurança contra o ato de recusa da Procuradora-Geral da República. No *writ,* pediu para que o *Parquet* fosse compelido a celebrar o acordo de colaboração premiada. O relator, Ministro Edson Fachin, entendeu que o Ministério Público não pode ser obrigado a celebrar acordo de colaboração.

Nesse caso, o que resta ao pretenso colaborador?

Em seu voto, o ministro relator explicitou que, embora não possa determinar ao Ministério Público que celebre acordo de colaboração premiada, pode o investigado ou réu, unilateralmente, colaborar com a investigação ou processo criminal e, ao final, na sentença, ser beneficiado com o prêmio, a critério do julgador, caso efetivamente tenha sido apresentado algo que viesse a contribuir no desvendar de crimes e esteja previsto de acordo com as hipóteses permissivas estabelecidas na lei. Em outras palavras, o que o Supremo Tribunal Federal decidiu foi que o investigado ou acusado tem direito subjetivo a colaborar, porém, não possui o mesmo direito ao acordo de colaboração com o Ministério Público ou a Autoridade Policial.

Surge com isso a reafirmação do que parte da doutrina vem sustentando desde a edição da Lei nº 9.807/1999, que há, no Direito Processual Penal Premial pátrio, duas espécies de colaboração: a) colaboração premiada bilateral: aquela em que há acordo entre o colaborador e o Ministério Público ou a

Polícia; b) colaboração premiada unilateral: aquela que, independentemente de prévio acordo entre o colaborar e os órgãos de investigação/acusação, incumbindo-se ao juiz analisar a relevância ou não dos elementos de prova apresentados.

Tem-se também a seguinte diferenciação: colaboração premiada *versus* acordo de colaboração premiada. A colaboração premiada e o acordo de colaboração premiada são fenômenos distintos. A primeira, colaboração premiada, consiste em adotar um comportamento processual que contribua para se conseguir alcançar algum dos resultados previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/2013 ou arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999. O acusado possui direito subjetivo à colaboração e, em contrapartida, terá direito de receber uma sanção premial a ser concedida pelo Poder Judiciário no momento da prolação da sentença que o julgar, caso o magistrado entenda que sua colaboração foi eficaz. Já o acordo de colaboração premiada consiste na concordância de ambas as partes em conjunto determinarem o que se busca entregar e qual o prêmio a ser estabelecido, sempre obviamente com a homologação do Poder Judiciário.

Outro ponto que se poderia pensar sobre o tema seria a analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal quando se refere ao oferecimento ou não da denúncia no caso de pedido de arquivamento pelo Ministério Público. Ora, não poderia o colaborador que teve a proposta de acordo negada pelo integrante do Ministério Público submeter analogicamente à análise do Procurador Geral de Justiça ou às Câmaras de Coordenação e Revisão (no caso do MPF)?

Não, por entendermos, numa visão constitucional do processo penal, que o art. 28 do diploma processual não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o juiz não pode analisar a plausibilidade ou não do oferecimento da denúncia, isto é, mesmo que os autos devam ser remetidos ao chefe do Ministério Público ou às Câmaras de Coordenação e Revisão. Nesse caso, o código que tem viés autoritário, e esse é mais um aspecto que demonstra essa afirmação, entregou ao juiz, que deveria ser imparcial, a função atípica incompatível com o sistema acusatório. O juiz deve ser inerte! No caso do art. 28 do Código de Processo Penal, ele se transforma em agente da persecução penal.

Aliás, aqui cabe o alerta de tratamento desigual. Nos procedimentos em que o juízo é único, isto é, são de atribuições criminais dos Procuradores Gerais de Justiça ou do Procurador Geral da República, não é possível a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal. Citam-se, como exemplo, os julgamentos das ações penais originárias.

Ademais, mesmo que se admitisse que o art. 28 do Código de Processo Penal é compatível com a Constituição Federal de 1988, a decisão em celebrar ou não o acordo de colaboração continuaria nas mãos de um integrante do Ministério Público. Isto é, em casos de grande relevância social, dificilmente não imaginar que o Procurador Geral de Justiça ou Procurador Geral da República não sofram pressões para analisar dessa ou daquela maneira.

Assim, ao final, chega-se à conclusão de que os autores da proposta de colaboração premiada são os integrantes do Ministério Público e o Delegado de Polícia, ambos obviamente que possuem atribuições para a investigação e/ou processo criminal.

Resta-nos agora desvendar o quão útil é a colaboração premiada unilateral para o combate à corrupção.

7 COLABORAÇÃO PREMIADA UNILATERAL COMO COROLÁRIA DA AMPLA DEFESA E INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Como explicitado alhures, a colaboração premiada unilateral é aquela em que o colaborador terá direito ao prêmio caso tenha contribuído efetivamente com a investigação ou o processo criminal sem acordo prévio com a Autoridade Policial ou o Ministério Público.

É certo que o pleno do Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/8/2015, DJe de 4/2/2016, já fixou entendimento que a colaboração premiada possui natureza de negócio jurídico processual. Porém, parece-nos que há um equívoco na compreensão do instituto e, ainda, uma decisão contrária aos regramentos legais hoje vigentes no país.

Afora a visão estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, que a colaboração premiada deve passar pela celebração de acordo bilateral entre o *Parquet*/Autoridade Policial e o acusado. O próprio art. 4º da Lei nº 12.850/2013, ao referir-se a "requerimento das partes", demonstra opção legislativa permissiva da colaboração premiada unilateral nos casos de efetiva e voluntária cooperação com a investigação e com o processo criminal.

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...].

Santos (2019), ao interpretar o dispositivo, ensina que

> A menção, sem ressalvas, às "partes" revela a legitimidade do acusado para cooperar e ser premiado, em razão dos frutos obtidos a partir desta, independentemente de qualquer aval do *Parquet*. Sustentar posição diversa ofenderia o devido processo legal, encartado no artigo 5º, LIV, da Constituição, criando-se óbices à aquisição de benesses libertárias não previstas em lei.

No mesmo sentido, Melo (2016, online) entende pela viabilidade de que, independentemente de acordo, o acusado que colaborou efetivamente com as autoridades públicas possa obter os prêmios legais dispostos no art. 4º da Lei nº 12.850/2013. Assim, o acordo escrito e homologado possuiria apenas o condão de fornecer segurança jurídica ao colaborador da justiça, não sendo indispensável a concessão dos prêmios.

> A toda evidencia, percebe-se que para fazer jus aos benefícios da delação, não precisa sequer haver a presença do Ministério Público. Isto porque, a colaboração premiada (que é um comportamento ativo do acusado no sentido de ajudar as autoridades investigativas) não se confunde com o mero acordo escrito e pactuado entre acusado e MP. O acordo escrito e devidamente homologado, em verdade, tem apenas o condão de fornecer segurança àquele que colaborou com a justiça, não sendo, entretanto, indispensável à concessão dos prêmios, desde que, é claro, preenchidos os requisitos legais. É dizer, desde que advenham resultados efetivos da atividade do delator/colaborador unilateral.

Além de a Lei nº 12.850/2013 permitir a colaboração premiada unilateral em se tratando de organizações criminosas, a nº Lei 9.807/1999 também autoriza essa espécie de colaboração nos arts. 13 e 14.

A justificativa apresentada para a aceitação da colaboração premiada unilateral se dá basicamente em relação ao monopólio do acordo nas mãos do Ministério Púbico ou da Autoridade Policial, o que pode gerar a atuação seletiva por parte dessas autoridades, uma vez que o órgão pode estar em negociação com outros colaboradores e, por isso, acabar por privilegiar um em prejuízo do outro, considerando o que for de melhor interesse à acusação, resultando em prejuízo àquele que pretende colaborar.

Aury Lopes Jr., ao prefaciar "Barganha e Justiça Criminal Negocial", de Vasconcelos (2018), explica que

> A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações (a prisão cautelar virou o principal instrumento de coação) sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo.

Percebe-se que o Ministério Público ou a Polícia possuem poder amplificado no tocante à celebração ou não dos acordos de colaboração. Trata-se de poder discricionário sem qualquer parâmetro de fiscalização na legislação. Não há qualquer obrigatoriedade na atual regra processual sobre o assunto que exija a fundamentação da celebração ou não do acordo. Assim, a possibilidade de colaboração premiada unilateral surge como uma forma de tentar igualar as partes em eventual colaboração.

Nesse ponto, cumpre expor a precisa lição de Rosa (2018, online):

> Assim, também como maneira de se garantir isonomia entre os colaboradores, garantindo-os por serem os últimos da cadeia de delações, ou do próprio capricho do agente que as negou, fruto de percalços na interação, deve-se entender a denominada "delação unilateral", segundo a qual o juiz poderá reconhecer os mesmos benefícios, preenchidos os mesmos requisitos de tratamento dispensados aos delatores do mesmo curso de investigação. Destarte, a colaboração premiada unilateral, seguindo a tendência de ampliação nos espaços de consenso no processo penal, pode tornar ainda mais dilatado o uso e reconhecimento do instituto, evitando uma possível seletividade por parte do Ministério Público, representando, assim, mais uma forma de incentivo à colaboração com a investigação e o processo.

Nessa linha de intelecção, Gomes e Silva (2015, p. 215) ensinam que

> [...] nada impede que o acusado ou investigado colabore com a justiça, independentemente de acordo firmado com o Ministério Público, nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei 9.807/99 (lei de proteção a vítimas e testemunhas). Por isso, a colaboração (que não se confunde com o "acordo" de colaboração da Lei 12.850/13) é um direito subjetivo do réu, porque uma vez preenchidos os requisitos legais, e inclusive as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, previstas na Lei 9.807/99, terá direito aos benefícios da colaboração, independentemente de homologação judicial ou mesmo acordo escrito juntamente com o Ministério Público [...].

Assim, é possível se ter como presente na legislação processual penal nacional, tanto na Lei de nº 12.850/2013 quanto na Lei nº 9.807/1999, a possibilidade de colaboração premiada unilateral. Trata-se de instrumento que tem ganhando grande relevância em âmbito processual penal nos últimos anos, já que é muito utilizado para desvendar delitos ligados a práticas de corrupção.

Naturalmente, os crimes ligados à corrupção são de difícil elucidação, uma vez que, na maioria das vezes, são cometidos por pessoas com grande poder econômico e, por isso, possuem mais facilmente artifícios para esconder provas desses delitos. Por outro lado, faz pouco tempo que os órgãos incumbidos da investigação criminal vêm se especializando no combate à corrupção.

A colaboração premiada unilateral é mais um instrumento nesse caso a serviço do colaborador que queira contribuir com o desvendar de delitos, buscando sempre uma defesa efetiva que o beneficie.

A aceitação doutrinária e jurisprudencial da tese aqui sustentada privilegia o princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que permite ao investigado ou acusado não só confessar a prática dos crimes, mas realizar defesa que o beneficie diretamente no processo criminal, e, por consequência contribuir efetivamente no descobrimento de crimes, na recuperação de bens decorrentes dessas práticas, na prevenção de futuras práticas criminosas.

No Brasil atual, especialmente nos últimos cinco anos, a colaboração premiada vem sendo muito estudada no meio acadêmico, todavia, vê-se que poucos são os operadores do Direito que debruçam sobre a colaboração unilateral. Na prática forense, pouco se tem utilizado desse instrumento.

O caso mais escancarado e conhecido atualmente de colaboração premiada unilateral é a do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, já várias vezes condenado à pena, que somadas, são superiores a 200 anos de reclusão, que, na tentativa, de obter algum benefício vem reiteradamente repassando à justiça informações que possam contribuir no descobrimento de crimes, autores.

Verifica-se que o grande entrave às colaborações premiadas é a ausência de cultura judicial sobre o instituto. Há muitos defensores que ainda têm resistência em orientar seus clientes para colaborar com a justiça. A confissão agregada à colaboração ainda é um tabu entre advogados ou defensores públicos.

Porém, embora haja efetivamente na prática ainda aqueles que minimizam a eficácia da colaboração premiada, principalmente a unilateral, percebe-se que se trata de instrumento extremamente útil na defesa dos acusados em que as consequências de eventual punição futura podem ser devastadoras. Com a aceitação do acordo ou a propositura da colaboração, a punição, quando há, produz bem menos restrições a seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou o instituto da colaboração premiada no Direito Processual Penal brasileiro, sob os prismas das Leis nº 12.850/2013 e nº 9.807/1999. Mais especificamente reflexões acerca do seguinte questionamento: teria o investigado/réu direito à colaboração premiada, independentemente da realização de acordo com o Ministério Público ou a Autoridade Policial, caso reconhecidos os requisitos estabelecidos nas leis mencionadas?

Com a finalidade de responder à pergunta, tomou-se como objetivo principal do estudo analisar o instituto da colaboração premiada e verificar se a maneira como a matéria está disciplinada na legislação brasileira prevê a possibilidade do investigado ou réu, que não entrou em acordo com o *Parquet* ou a Autoridade Policial, mas que preencheu todos os requisitos legais, pode ser beneficiado com o prêmio de sua colaboração, ou seja, reafirmando-se a existência da colaboração premiada unilateral no Brasil.

Para esclarecimento da tese, foi necessário apresentar o conceito de colaboração premiada e problematizar sua natureza jurídica, constatando tratar-se de técnica especial de investigação e meio de obtenção de prova pautado por negócio jurídico bilateral entre a acusação e a defesa, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Analisou-se ainda que o legislador não estabeleceu efetivamente que a colaboração premiada é negócio jurídico. Demonstrou-se que houve, na verdade, um equívoco por parte do Supremo Tribunal Federal quando considerou como natureza jurídica do instituto um acordo, que na verdade, é somente a formalização de uma proposta aceita por ambas as partes.

Apresentou-se o conceito de *colaboração premiada unilateral*, demonstrando tratar-se de instrumento a ser utilizado quando não se tem a concordância com a Autoridade Policial ou o Ministério Público. No caso, o indivíduo que colaborasse voluntariamente com a justiça poderia, através de requerimento da defesa ao juízo, solicitar a concessão dos prêmios previstos na Lei nº 12.850/2013 ou arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999. Demonstrou-se que tal possibilidade estaria prevista expressamente no artigo 4º da Lei nº 12.850/2013. Afirmou-se também que o acusado não possui direito subjetivo ao acordo de colaboração premiada, porém, tem direito subjetivo à colaboração.

A pesquisa conseguiu demonstrar a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, por deixar desamparado o réu que, apesar de ter colaborado efetivamente com as autoridades públicas e preenchido todos os requisitos legais para a concessão dos benefícios da Lei nº 12.850/2013, tem sua colaboração premiada rejeitada de forma ilegítima pelo Ministério Público ou pela Polícia. Ainda, verificou-se que as manifestações do *Parquet ou* da Polícia acerca dos acordos a serem selados são discricionárias e não sofrem controle jurisdicional algum, correndo o risco de vários colaboradores em potencial estarem sendo tolhidos de seus direitos legais de cooperar com o processo e obterem a premiação devida.

Assim, a partir das questões desenvolvidas nos referidos capítulos, concluiu-se, pela imprescindibilidade da aplicação da *colaboração premiada unilateral* no Direito Processual Penal brasileiro, sobretudo, quando analisado sob o viés do combate à corrupção, que as investigações e os processos criminais são extremamente complexos, e a prova é difícil de ser efetuada.

Chega-se à conclusão também de que o Ministério Público ou a Autoridade Policial somente podem recusar-se a celebrar acordo de colaboração premiada de maneira fundamentada.

Concluiu-se ainda que seja necessário regulamentar o procedimento da colaboração premiada unilateral, permitindo que a defesa realize o requerimento da concessão do benefício ao juiz após tentativa fracassada de acordo com o Ministério Público com negativa injustificada, de modo que se possa garantir a obtenção dos benefícios ao colaborador que efetivamente cumprir os requisitos e os pressupostos para sua obtenção.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalbeto José Q. T. de Camargo. Da prova no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAS, Vladimir. A técnica de colaboração premiada. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Natureza dúplice da colaboração premiada instrumento de acusação. Disponível em: <adimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplice-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>. Acesso em: 3 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 4 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 8 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 4 nov. 2019

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. HC Nº 90.962. Relator Min. Haroldo Rodrigues. DJ. 21. jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC Nº 127.483. Relator Min. Dias Toffoli. DJ. 14. set. 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentário à nova Lei sobre o crime organizado. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZOLLA, Flávio Cardoso Pereira; REIS, Gustavo dos. Criminalidade organizada. Comentários da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MASSON, Cleber; MARCAL, Vinicius, Crime organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELO, Valber. Colaboração premiada independe de acordo judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-14/valber-melo-colaboracao-premiada-independe-acordo-judicial,MELO.Valber>. Acesso em: 29 out. 2019.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. Delação premiada. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2016.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 8. ed. Belo Horizonte: D`Plácido, 2019.

OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile E. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (Org.). Processo penal e garantias. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Moares da. Para entender a delação premiada pela Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017.

SENNA, Gustavo; BEDÊ JUNIOR, Américo. A colaboração premiada no Brasil, Temas avançados de Polícia Judiciária. JuspODIVM, Bahia, p. 207-246, 2015.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____, Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2018.

POSSIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA ESTABELECIDA NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ABRANGER ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Amarildo Oliveira Costa[1]
Mirian Moura de Souza[2]

RESUMO: Busca-se com o presente trabalho realizar pesquisa da possibilidade da colaboração premiada, estabelecida na legislação brasileira abranger em seu escopo atos de improbidade administrativa cometidos pelo agente público diante da independência e interdependência das instâncias ou esferas civil, administrativa e criminal no ordenamento jurídico. Sendo indiscutível a natureza jurídico-criminal da colaboração premiada e da improbidade como ilícito civil-administrativo, observa-se a inserção de atos de improbidade administrativa em colaborações premiadas firmadas pelo Ministério Público, que requer estudo diante dos reflexos da medida da colaboração premiada abarcar atos que extrapolam o campo criminal. A principal questão reside na preocupação de que a colaboração premiada caminha para a utilização de um instituto jurídico idealizado com aplicação no âmbito penal para outras esferas sancionadoras, o que pode descaracterizar a essência do instrumento de combate a tipos estritamente penais. Em outro aspecto, encontra-se a vantagem de solucionar casos práticos de atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos juntamente com crimes contra a administração pública por meio de organizações criminosas, além de eficiência do Sistema de Persecução Judicial ao aplicar sanções por meio de único processo, e garantindo a segurança jurídica processual para o agente. Para realização do trabalho será utilizada uma metodologia de pesquisa bibliográfica, e método hipotético-dedutivo para responder a hipótese e questão levantada.

Palavras-chave: Atos de improbidade administrativa. Colaboração premiada. Independência. Interdependência das instâncias.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa foi desenvolvido especificamente para responder às indagações acerca da validade jurídica da colaboração premiada estabelecida na lei de organização criminosa contemplar atos de improbidade administrativa, uma vez que nos crimes cometidos, por intermédio de organização criminosa, contra a Administração Pública brasileira, a exemplo de corrupção passiva, concussão, prevaricação, peculato, torna-se praticamente impossível, concomitantemente, não se realizar condutas que sejam enquadradas na legislação brasileira como atos de improbidade, seja por que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao Erário ou, até mesmo atentam contra os Princípios da Administração Pública. Isso ocorre

[1] Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (CGU), especialista em Gestão Financeira. Lotado na CGU - Regional do Tocantins em Palmas.
[2] Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, especialista em Direito Constitucional e Eleitoral, e Direitos Humanos. Lotada na Secretaria Judiciário do TRE/TO em Palmas.

especialmente em razão de que agentes públicos são atores imprescindíveis para realização de crime dessa natureza, como autores ou partícipes.

A possibilidade de acordos de colaboração premiada conter obrigações que versam também sobre os atos de improbidade administrativa correlatos pode demonstrar, de plano, a busca de solução de casos complexos que envolvam o patrimônio público, conferindo maior efetividade na persecução dos atos de improbidade administrativa

Para tanto, necessário aprofundar os estudos doutrinários e jurisprudenciais que justificam a fundamentação dessa prática, seja para evitar a banalização da improbidade administrativa tanto quanto da colaboração premiada, construída como meio de obtenção de prova e com vistas a efetivar investigação criminal, em que se busca solucionar o fenômeno da macrocriminalidade, entendido para fins deste trabalho, como os crimes praticados por organizações criminosas no seio das entidades e órgãos públicos ou no sistema financeiro, decorrentes de mudanças tecnológicas e financeiras, ocasionadas pela globalização econômica, a partir do final do século XX.

2 CONCEITUANDO O ILÍCITO E A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, CIVIL E CRIMINAL

Não há como explicitar o assunto sem passar pela conceituação de ilícito civil, criminal ou administrativa, consolidado no Direito Brasileiro, que tem com fundamento dogmático de disciplinar o Direito por interesse resguardado e o bem jurídico por ele protegido.

Nas palavras de Roberto Luis Luchi Demo:

> O ato ilícito é uma conduta contrária ao Direito que traz para o seu agente uma determinada sanção jurídica, necessariamente institucionalizada. Especifica-se o ilícito conforme a natureza do interesse lesado, que, por sua vez, é determinada pela natureza da respectiva sanção abstratamente prevista no ordenamento jurídico. (DEMO, 2004, p. 3).

José Cretella Junior sinteticamente, leciona que:

> [...] Ilícito é toda ação ou omissão humana, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções. O ilícito, assim definido categoricalmente, é gênero, de que o ilícito penal, o ilícito civil, o ilícito administrativo, o ilícito fiscal, o ilícito trabalhista são espécies. (CRETELLA JUNIOR, 1973, p. 138-139).

Nesse sentido, o direito penal tutela bem jurídico nas palavras de Álvaro Mayrink da Costa:

> O bem jurídico é o bem ou valor considerado pela norma penal como merecedor e necessitado de proteção jurídica, diante do princípio de intolerabilidade do conflito, para garantir a paz social. Portanto, embora não requeiram qualquer tipo de classificação, pois todos têm sua origem na pessoa humana, segundo seu titular, a doutrina classifica: a)individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio); b) coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública e paz pública); c) estatais (administração da justiça, soberania, ordem pública e econômica); segundo a percepção: a) concretos (vida, integridade física, patrimônio); b) abstratos (incolumidade pública, fé pública, paz

> pública); segundo a natureza: a) naturais (vida, integridade física); b)somativos (patrimônio, administração pública e econômica). [...] (COSTA, 2011, p. 13).

No entanto, o direito civil cuida de proteger interesses privados, que violados ocasionam a sanção civil, que tradicionalmente resume na responsabilidade civil como dever de indenizar pelos atos ilícitos civis, no seu sentido clássico.

Finalmente, no tocante ao ilícito administrativo, é fundamental dizer que se tratam de condutas realizadas pelos agentes públicos, servidores públicos e até mesmo por cidadãos e pessoa jurídicas, que infringem leis e regulamentos administrativos, que ocasionam responsabilidade administrativa, sejam causadoras de danos ou não à Administração Pública, que são apuradas, notadamente, por meio de Processo Administrativo.

Sob esse ângulo, José Cretella Junior arremata:

> [...] o ilícito administrativo empenha a responsabilidade administrativa, que tem por objeto a aplicação de penas que, entretanto, não fazem parte do direito penal, porque não são aplicadas pelo Estado, em sua função de justiça, mas no exercício de uma potestade administrativa. Por isso, a aplicação de tais penas é sempre da autoridade administrativa, cuja competência cabe também a entes públicos diferentes do Estado, enquanto titulares de direito protegidos com tal forma de responsabilidade [...] (CRETELLA JUNIOR, 1973, p. 141).

A doutrina brasileira é célebre em explicitar o ilícito penal, em relação aos ilícitos civil e administrativo, como o de natureza mais gravosa, o que comumente se diz como a *ultima ratio* (último recurso) por se traduzir como uma responsabilização pelo Estado que compromete e restringe a liberdade do cidadão direta ou indiretamente, sendo orientado pelos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade. O que significa dizer que o Direito Penal será utilizado, tão-somente, quando as condutas não puderem ser controladas (preventivamente ou repressivamente) por meio do Direito civil, administrativo. Assim, como diz (HUNGRIA, 1945, p. 27) "[...] o ilícito administrativo de menor entidade não reclama a serenidade da pena criminal nem o vexatório *strepitus judicii]."*

Nesse sentido, o controle exercido pelo direito penal é o mais impactante na vida do cidadão, uma vez que restringe a liberdade, garantia assegurada doutrinariamente como de 1ª geração de direitos fundamentais, que no Estado democrático de Direito, como é caso de sociedades democráticas, a exemplo da brasileira, necessita estar em consonância com o substrato principiológico constitucional estabelecido no *caput* do artigo 1º da atual Constituição Republicana, que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que em acepção ampla, pode ser assim entendido, nas palavras de Sarlet (2007, p. 62) citado por Jappur (2011, p. 117):

> [...] dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

3 INDEPENDÊNCIA E COMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS CIVIL, ADMINISTRATIVA E CRIMINAL

O ordenamento jurídico brasileiro estruturou-se pela especialidade da responsabilidade em civil, administrativo, criminal, sendo a responsabilidade administrativa relacionada às aplicadas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo, na função principal de gestão administrativa do interesse público, e ao Poder Judiciário as responsabilidades civis e criminais, na função jurisdicional.

Nesse sentido, tradicionalmente, foi assim codificada a lei civil e de processo civil, a lei penal e de processo penal, e, de sobra leis administrativas, leis do trabalho e de processo do trabalho.

Percebe-se a existência clara de regra de independência entre essas esferas de responsabilidade, com normas de princípios e de regras aplicáveis a cada um dos ramos, tanto é, que foram estabelecidos expressamente ao longo do texto da Constituição da República dispositivos que corroboram essa afirmativa, como também foi inteligentemente raciocinada a divisão interna do Poder Judiciário por criação de órgãos jurisdicionais especializados por competência cível e criminal, como constam dos artigos 53, "caput", 114, inciso VII, 37, § 4º, todos da Constituição Federal de 1988.

No tocante aos diplomas legislativos infraconstitucionais, ressalte-se que o Código Civil é peremptório no assunto, confirmado a tese constitucional no sentido da independência da instância civil e criminal, porém, estabelecendo ponto de diálogo e de dependência entre as mesmas, o que consta literalmente do *caput* do seu artigo 935. Esse mesmo Código, no seu artigo 200, é assertivo ao estabelecer que não ocorrerá prescrição da Ação no cível quando o fato ainda dependa de decisão a ser apurada no âmbito criminal.

Os estatutos que regem o vínculo legal dos servidores, também, estabelecem claramente essa distinção, a exemplo da Lei n.º 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990, (artigos 121 a 126) que define as espécies de responsabilidade que os servidores estatutários estarão submetidos, estabelecendo, outrossim, como no Código Civil, relação de dependência como exceção entre as instâncias, ao definir que respondem civil, penal e administrativamente, sendo que as sanções poderão acumular-se, porém, mantendo a independência entre as mesmas, porém, por último, sofrerá influência quando houver absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Já no tocante aos prazos de prescrição para fins de apuração de responsabilidade administrativa dos servidores públicos federais, a lei foi categórica ao estabelecer que sendo o fato também tipificado como crime, os prazos aplicados naquela esfera para a ação disciplinar serão os fixados no âmbito criminal (art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/90), esses sabidamente superiores àqueles que se dão no máximo de cinco anos contados da data do conhecimento do fato pela autoridade competente instauradora do processo administrativo disciplinar.

No que pertine à tripla responsabilização do servidor é relevante citar o que consta no Manual de Processo Administrativo da Controladoria-Geral da União:

> RESPONSABILIZAÇÃO O servidor público federal que exerce irregularmente suas atribuições poderá responder pelo ato nas instâncias civil, penal e administrativa (art. 121 da Lei n° 8.112/90). Essas responsabilidades possuem características próprias, sofrendo gradações de acordo com as situações que podem se apresentar como condutas

> irregulares ou ilícitas no exercício das atividades funcionais, possibilitando a aplicação de diferentes penalidades, que variam de instância para instância. Dessa forma, o cometimento de condutas vedadas nos regramentos competentes ou o descumprimento de deveres funcionais dão margem à responsabilidade administrativa; danos patrimoniais causados à Administração Pública ou a terceiros ensejam a responsabilidade civil; e a prática de crimes e contravenções, a responsabilização penal. (CGU, 2019, p. 16).

Também figura no subitem 3.3, da normativa desse Órgão de Controle Interno do Poder Executivo Federal, o seguinte:

> [...] de acordo com as circunstâncias do caso concreto, as sanções administrativas, civis e penais poderão ser aplicadas ao servidor (art. 125), sem que se considere dupla ou tripla punição para o mesmo fato irregular (princípio do "non bis in idem"). (CGU, 2019, p. 19).

Todavia, embora se consagre, em princípio, a independência das instâncias, há situações em que, uma vez decididas no processo penal, repercutem necessariamente nas instâncias civil e administrativa. Excepcionalmente, o resultado do juízo criminal produzirá efeitos no âmbito disciplinar. Nesse entendimento, assim diz ainda o Manual de PAD, antes citado, no mesmo subitem 3.3:

> Todavia, embora se consagre, em princípio, a independência das instâncias, há situações em que, uma vez decididas no processo penal, repercutem necessariamente nas instâncias civil e administrativa. Excepcionalmente, o resultado do juízo criminal produzirá efeitos no âmbito disciplinar. Cabe registrar que o afastamento da responsabilidade administrativa ocorrerá nos casos de sentença penal absolutória que negue a existência do fato ou a autoria. Portanto, se inexistiu o fato não resta qualquer tipo de responsabilidade. "Da mesma maneira, a decisão penal que afasta a autoria não deve ser contrariada nas demais instâncias."
>
> [...] as provas produzidas no processo criminal podem ser insuficientes para a respectiva condenação, dadas as características próprias daquele juízo. Entretanto, o conjunto probatório pode ser plenamente adequado para a apenação nas instâncias administrativa e/ou civil, até porque serão produzidas independentemente do andamento do processo penal. A conclusão de que o fato não caracteriza um crime também não inviabiliza o processo administrativo disciplinar, tendo em vista que esse mesmo fato pode configurar um ilícito funcional. Em outros termos, ainda que não presentes todos os elementos da definição legal do crime, o fato pode ser considerado suficientemente grave para a Administração e estar enquadrado nas descrições mais abrangentes da Lei nº 8.112/90. Dessa forma, o servidor público pode ser absolvido na esfera penal, mas serem encontrados nos autos elementos caracterizadores de uma infração disciplinar, que a doutrina denomina de falta ou conduta residual, conceito, inclusive, sumulado pelo STF (Súmula nº 18): "Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público". (CGU, 2019, p.19-20).

A lei da Improbidade Administrativa (Lei n. º 8.429, de 2 de junho de 1992), no *caput* do seu artigo 12, quando trata das sanções possíveis de serem aplicadas confirma também a existência dessa tríade sancionatória, ao afirmar que sua aplicação não exclui outras sanções penais, civis e administrativas, com aplicação isolada ou cumulada, sempre levando em conta a gravidade do fato.

Seguindo a mesma conceituação, a lei conhecida como lei anticorrupção, n. º 12.846, de 1º de agosto de 2013, é dispositivo legal que estabelece as espécies de responsabilidade objetiva das Pessoas Jurídicas em administrativa e civil pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira."

No tocante às conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante (OLIVEIRA, 2019, *[N.P.]*) pontua bem o assunto quando menciona que "Há dois aspectos de conexão entre as instâncias a excepcionar o princípio da independência das instâncias: a suspensão da prescrição e a vinculação das decisões penais sobre as demais esferas."

Nesse raciocínio, interessante notar que o legislador realizou uma espécie de superioridade da apuração no procedimento criminal, ao estabelecer que a existência de fatos e autoria ali definidos fazem uma espécie de coisa julgada no âmbito civil e administrativo, o que leva a uma conclusão lógica, que tão somente uma absolvição por insuficiência probatória não interferia nessas outras instâncias: civil e administrativa.

Assim, não se vislumbra a proibição pelo legislador brasileiro das instâncias se comunicarem, mas tão somente de se evitar decisões contraditórias entres as mesmas, no sentido de fortalecer a instância criminal, como a mais rigorosa, preservando ao mesmo tempo a civil e administrativa, na ideia de coerência e harmonia do ordenamento jurídico brasileiro.

4 COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PERSONALÍSSIMO NO ÂMBITO CRIMINAL E A NATUREZA JURÍDICA CIVIL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para fins de entendimento do instituto, indispensável estabelecer que o conceito de colaboração premiada como negócio jurídico processual personalíssimo foi ditado no âmbito de precedente do Supremo Tribunal Federal, que assim estabeleceu:

> [...] a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.[...]" (STF, Plenário, Habeas Corpus PR n.º 127.783, STF, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/08/2015).

Nessa mesma ação penal constitucional acima citada, fica claro que os efeitos produzidos por esta espécie de acordo podem abranger não apenas aqueles ditados exclusivamente no âmbito processual penal. Ao contrário sensu, pode-se abarcar os de natureza processual civil.

Também é nesse caminho o julgado abaixo mencionado do STJ:

> *A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o*

> *condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem.* Precedentes do STF e STJ. 3. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento." (STJ, Quinta Turma, RHC 69.988/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/10/2016).

Quanto à natureza jurídica da colaboração premiada, é importante o reforço da tese contratual do instituto, ao se verificar a seguinte assertiva:

> A Lei 12.850/13 introduziu um procedimento, até então inédito normativamente, que foi a necessidade de se estabelecerem as bases de acordo de colaboração premiada na forma escrita, com cláusula claras e objetivas, ou seja, criando-se uma espécie de "contratualização" entre o Estado e o agente colaborador. (BORGES, 2018, p. 85).

Ressalta-se que o caráter personalíssimo do negócio jurídico é aquele entendido no sentido de exigir o cumprimento da obrigação tão somente de quem se tornou o sujeito devedor da prestação.

A doutrina de Guilherme de Souza Nucci ensina também que possui a essência de negócio jurídico:

> [...] não se pode negar que, para a extração de delação premiada, haja um negócio jurídico entre órgãos persecutórios e o interessado, assistido por seu advogado. Então, a colaboração premiada, em si, é um meio de prova, captado por meio de um negócio jurídico, autorizado em lei. (NUCCI, 2019, p. 56).

No entanto, a improbidade administrativa possui natureza civil, como bem consta da publicação sobre Improbidade Administrativa, Definição de improbidade administrativa, da ESMPU:

> Improbidade administrativa não é crime. Encontra-se hoje pacificada essa questão, embora ela já tenha sido objeto de discussão. A LIA é considerada uma lei de natureza cível em sentido amplo; as condutas e as sanções que ela estabelece não têm natureza penal, não ficando sujeitas, portanto, às normas gerais do Direito Penal. (ESMPU, 2013, p. 18-19).

A doutrina é esclarecedora nesse sentido:

> [...] não obstante a realidade legislativa descrita, a doutrina, de forma amplamente majoritária, entende que a ação de improbidade tem natureza civil. É no mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Como lembra a melhor doutrina, o art. 37, § 4º, da CF, ao prever as sanções imputáveis ao ato de improbidade administrativa, expressa que sua aplicação em ação específica para tal fim não prejudica a ação penal, o que permite a conclusão de não ter a ação de improbidade administrativa natureza penal. (NEVES; OLIVEIRA, 2018, p. 183).

A jurisprudência estabilizada do Supremo Tribunal Federal esclarece que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, tanto é que não atrai competência penal daquela corte para fins de julgamento de autoridades que ali possuem fórum por prerrogativa de função quando supostamente praticam condutas classificadas como ímprobas, como consta:

> [...] *2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal.* (STF, Plenário, Agravo Regimental na Petição DF n.º 3240, Rel. Teori Zavascki, julgado em 10/05/2018).

5 FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS DA INSERÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA, SUPERANDO A DICOTOMIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL E CRIMINAL

Não há posicionamento jurisprudencial no âmbito do STF e STJ, uma vez que não enfrentaram a questão pontualmente, em razão de não procederem análise de mérito das colaborações, daí a necessidade de estudos e pesquisa para se antecipar a discussão e os fundamentos para esse espécie de diálogo entre a Improbidade administrativa e a colaboração premiada, ocasionada em razão da omissão na lei de organização criminosa sobre a extensão dos efeitos dessa às ações civis e administrativas.

No entanto, isso já está sendo praticado no âmbito do Ministério Público Federal ao firmar acordo de colaboração e com homologação, ao estabelecer as seguintes cláusulas padrão:

> [...]§ 6º O MPF pleiteará nas ações cíveis e de improbidade administrativa que por ventura forem ajuizadas contra o COLABORADOR ou suas empresas em decorrência dos fatos revelados no presente acordo, que não lhe sejam aplicadas as sanções delas decorrentes, no caso da Lei n.º 8.429/92, aquelas previstas no art. 12, ressalvada a validade da presente cláusula à prévia homologação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. §7º o MPF não proporá ações cíveis ou de improbidade contra o colaborador ou suas empresas pelos fatos deste acordo, salvo se rescindido**.** (MODELO ..., 2014, *[N.P.]*).

Isso vem sendo firmado com base em orientação sobre Acordos de colaboração premiada, da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal:

> [...] 35.O acordo pode prever efeitos cíveis, no âmbito de atribuição do MPF, que devem ser homologados pela competente Câmara de Coordenação e Revisão, observado o princípio do promotor natural. Os efeitos cíveis poderão consistir, dentre outros, em: a)antecipação da reparação dos danos causados à vítima, ainda que parcial; b) compromisso de não propor ações civis públicas de reparação, da lei anticorrupção ou qualquer outra ação com pedido condenatório; c) compromisso de suspender o trâmite processual ou a execução das sentenças condenatórias obtidas em ações de improbidade administrativa, a partir do cumprimento e satisfação dos termos do acordo. d) estipulação de cumprimento voluntário de penalidades previstas na lei de improbidade administrativa ou na lei anticorrupção. (BRASIL, 2018b, p. 12).

No âmbito do TRF da 4ª região, o posicionamento é de validar acordos de colaboração premiada que contemplam atos de improbidade administrativa, pelas seguintes razões, como as expostas no seguinte precedente:

> [...] ou seja, no entender da 3ª Turma do TRF4 não seria coerente que o mesmo sistema jurídico admitisse a transação na lei anticorrupção e a impedisse na lei de improbidade administrativa já que os atos de corrupção, em regra, seriam mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa (como aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito).
> Na mesma linha de raciocínio da decisão antes mencionada, não faria sentido admitir a colaboração premiada no processo penal (ultima ratio) - artigo 4.º da lei n.º 12.850/2013 - e não admitir o acordo de leniência na esfera da improbidade administrativa cujas sanções são, em tese, menos gravosas que as sanções penais.
> O ordenamento jurídico brasileiro não obsta, portanto, que a celebração de acordos de leniência produza efeitos em ação civil pública por ato de improbidade administrativa
> Na mesma linha de raciocínio da decisão antes mencionada, não faria sentido admitir a colaboração premiada no processo penal (ultima ratio) - artigo 4.º da lei n.º 12.850/2013 - e não admitir o acordo de leniência na esfera da improbidade administrativa cujas sanções são, em tese, menos gravosas que as sanções penais.
> O ordenamento jurídico brasileiro não obsta, portanto, que a celebração de acordos de leniência produza efeitos em ação civil pública por ato de improbidade administrativa
> O Supremo Tribunal Federal e os acordos de colaboração premiada
> O Supremo Tribunal Federal decidiu que a homologação de acordo de colaboração premiada não deve adentrar sobre o mérito do acordo, cabendo ao juiz verificar a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, sem qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador:" (TRF – 4ª REGIÃO, Agravo de Instrumento PR n.º **5034574-48.2019.4.04.0000,** Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, julgado em 14/08/2019).

Nesse mesmo caminho, vale mencionar que já existe também doutrina para tanto, enfrentando a questão:

> [...] c) Abrangência dos benefícios a persecuções e a outras esferas do direito: Seguramente, um ponto de extrema relevância é a abrangência da colaboração premiada às diversas esferas da resposta estatal ao ato praticado. Para Gilson Dipp, ela é um instituto essencialmente direcionada ao juízo penal e a seus propósitos, nos limites do específico universo das condutas ilícitas das organizações criminosas por isso qualificado pela lei como colaboração, com a investigação e com o processo penal. Entretanto, diante do cenário jurídico atual de expansão e diversificação das formas de resposta estatal às condutas incompatíveis com as disposições legais, a realização de acordos entre acusação e defesa inevitavelmente deverá tratar sobre as diversas possibilidades de sanção ao acusado, sob pena de esvaziamento de seus objetivos. Por certo, trata-se de problemática de extrema complexidade, que será objeto de futuras análises e discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Tendo em vista a prática atual de justiça criminal negocial brasileira, percebe-se uma tendência à expansão da abrangência da colaboração premiada. Em um primeiro momento, o modelo de acordo proposto no âmbito da Operação Lavajato não contemplava, de modo amplo, outras esferas jurídicas, pois assentou-se que "os benefícios propostos não eximem o colaborador de obrigações ou penalidades de cunho administrativo e tributário, eventualmente exigíveis (cláusula 5ª, § 9º, acordo na Pet. 5.210 STF). *Posteriormente, em outro acordo também na Operação Lavajato, ampliou-se a abrangência dos reflexos da colaboração premiada, determinando-se cláusula no sentido de que, em ações de improbidade administrativa relacionadas aos fatos abrangidos pelo*

> *pacto, o MPF irá se manifestar, como fiscal da lei, requerendo que a sentença produza efeitos meramente declaratórios (cláusula 10ª, caput, acordo na Pet. 6.138 STF).* Além disso, em eventuais procedimentos correlatos iniciados por empresas públicas, sociedade de economia mista ou ente público, que solicitem, ressarcimento por fatos relacionados, o MPF irá adotar medidas para incentivar o reconhecimento da satisfação indenizatória em razão de valores por causa da colaboração premiada (cláusula 10ª, § 3º, acordo na Pet. 6.138 STF). Ademais, mostra-se pertinente questionar os reflexos da colaboração premiada em termos de responsabilização civil e reparação dos danos causados a eventuais vítimas. Segundo Viegas e Murad a realização do acordo entre Ministério Público e imputado muitas vezes desconsidera os interesses das vítimas e, ainda que indiretamente "[...] embora não tenha havido a concessão de imunidade em relação a terceiros, é possível notar que tais previsões podem representar barreiras à indenização, seja porque a atribuição de bens do colaborar a outros sujeitos pode configurar esvaziamento do patrimônio exequível". (VASCONCELOS, 2017, p. 155-156, grifo nosso)

Pode-se acrescentar a isso também o que diz Marcos Paulo Dutra Santos, na obra Colaboração (delação) premiada:

> [...] 12. Colaboração premiada e comunicabilidade entre as esferas penal e administrativa [...] Os tribunais superiores assentaram que a interceptação telefônica, originariamente, só pode ser efetivada para fins penais, ex vi do art. 5º, XII, da Constituição da República, porém, uma vez ultimada as transcrições podem ser exploradas enquanto prova emprestada para objetivos não penais, desde que correlatos ao crime que ensejou a intercepção. Exemplificando determinada a intercepção telefônica para se apurar associação criminosa dedicada ao conhecimento de peculatos (art. 288 e art. 312 do código penal, respectivamente) nada impede que as gravações obtidas subsidiem também o procedimento disciplinar instaurado contra o funcionário público supostamente venal. Se o Estado-Juiz já teve acesso à intimidade e a vida privada do acusado, não faz sentido que somente possa utilizar essas informações para fins penais, devendo ignorá-los para fins civis e administrativos, embora concernentes ao mesmo fato delitivo. O Plenário do Supremo apenas exige que haja denúncia ofertada, do contrário, sobrevindo o arquivamento, a intercepção telefônica seria exclusivamente explorada para fins não penais, uma total afronta à constituição. Com efeito, faleceria inclusive cientificidade a tal distinção, porquanto as instâncias penal, civil e administrativa não são compartimentos estanques, ao contrário, comunicam-se, afinal de contas a sentença penal condenatória transitada em julgado, cujo ratio decidendi se reporta à intercepção telefônica, traduz título executivo judicial à disposição da vítima (art. 63 do CPP c/c art. 91, I, do CP) e gera a perda do cargo nas hipóteses do art. 92, I, do CP. Dessa forma, em última análise, a interceptação telefônica ostenta natural repercussão civil e administrativa, inexistindo razão para não explorar como prova emprestada nessa searas. Se assim ocorre no tocante à intercepção telefônica, disciplinada inteiramente na Constituição, idêntico raciocínio alcança a colaboração premiada e as provas dela derivadas, cujo delineamento é infraconstitucional, há de ser genuinamente determinada para fins penais, mas, a partir daí, nada impede que o acervo probatório carreado seja compartilhado para fins não penais, desde que correlatos – ação civil pública. Ação de improbidade administrativa, procedimento administrativo disciplinar. Alguns autores contemplam a possibilidade de

> projetar as benesses advinda da colaboração premiada ao âmbito administrativo, por se tratar, em relação ao delator, de analogia "in bonam partem", estimulando-o a cooperar, potencializando, assim, a própria recomposição do erário. Nesse sentido, Vladimir Aras, Nicolau Dino, Cleber Masson e Vinícius Marçal. (SANTOS, 2017, p.184-185).

Não é outra a conclusão, a de que é juridicamente possível a inserção de atos de improbidade no bojo da colaboração premiada, em que pese ser instrumento de natureza criminal, uma vez que o estágio atual do nosso ordenamento jurídico permite fazer diálogos entre as instâncias civil e criminal, nesse raciocínio já demonstrado, uma vez que o rigor do aspecto apuratório e penalizador do direito penal encontra-se pautado em um novo paradigma de justiça criminal a chamada justiça negociada, pautado pelo devido processo consensual (princípio do consenso e da autonomia da vontade), na busca de uma efetividade de resultado dos órgãos de persecução penal no país.

A responsabilidade administrativa subsiste, mesmo após a colaboração premiada conter atos de improbidade administrativa e eliminar a possibilidade de perda de cargo público ocupado pelo agente como sanção (previsão expressa no artigo 12, Incisos I a IV da Lei n.º 8.429/92) decorrente dessa conduta ímproba, diante da independência das instâncias, que inclusive pode aplicar as penalidades ali compatíveis, e que atualmente possui instrumentos como os termos de ajustamento de conduta para casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, o que indica uma tendência de mitigação do interesse da Administração Pública de proceder apuração de toda e qualquer conduta considerada ilegal, quando não ocasionar dano material ou estiver classificada como crime.

Outro olhar que pode ser feito, reside na ideia de que o interesse público primário é o substrato que fundamenta o acordo de colaboração premiada, o que se casa exatamente com a concepção abaixo construída:

> Item 2.5. [...] O verdadeiro interesse público primário (o do bem geral) identifica-se com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade. Do que vem afirmando, especialmente, no tocante ao Ministério Público como guardião dos interesses públicos ex vi da Constituição da República (art. 127, caput, c/c art. 129, II), *vale dizer que, em caso de conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário, o parquet deverá tomar as medidas cabíveis para que aquele venha a prevalecer.* Até porque a sua missão institucional reside precisamente nisto, não sendo exagero afirmar que o Ministério Público exerce verdadeiro controle sobre o interesse público**.** (MELLO JUNIOR, [20--], p. 297, grifo nosso).

O acordo de colaboração premiada busca-se perfeitamente isso: ao atender ao interesse público de solucionar a criminalidade organizada atual, uma vez que os métodos de obtenção de prova constantes do nosso Código de Processo Penal, tidos como tradicionais (prova testemunhal e documental) não permitem avançar, autoriza o Ministério Público a dispor do instrumento no combate às organizações criminosas.

Isso é bem explicado, nas seguintes palavras:

> [...] as transformações da sociedade contemporânea trouxeram novas descrições típicas, e novas formas de cometimento dos delitos, as quais se furtavam aos meios tradicionais de

> prova, de modo que se faria até mesmo impossível alguma edificação de determinados fatos pretéritos investigados, sob pena de drástico distanciamento do processo penal ao alcance da verdade, o que além de refletir uma intensa insegurança jurídica, obsta o cumprimento de determinadas finalidades político-criminais do Sistema Jurídico-Criminal como um todo. Os mecanismos estabelecidos pela Lei n. 12.850/13, entre eles a colaboração premiada, refletem claramente o processo penal em complementariedade funcional com o direito penal material, agora direcionado à criminalidade grave. Constata-se ainda que se antes se preocupava com a eficiência do processo penal dado o seu congestionamento, e a carência de celeridade do andamento processual; agora preocupa-se também com a dificuldade da própria investigação e, sendo assim, da própria possibilidade de edificação de fatos pretéritos que possam representar condutas delituosas taxadas como de maior gravidade.[...]" (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 262-263).

No plano internacional vale citar que a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatária, promulgada por meio do Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004 já estabelecia antes da Lei de organização criminosa brasileira (Lei 12.850/2013) o conceito de crime de organização criminosa, por meio da qual define crime transnacional no seguinte sentido:

> [...] grupo estruturado de três ou mais pessoas existente há algum tempo e atuando conjuntamente para cometer um ou vários delitos graves com a intenção de obter um benefício econômico ou qualquer outro benefício material. Também já previa no seu bojo, art. 9, medidas contra a corrupção, onde perfeitamente se encaixa a colaboração premiada como instrumento de natureza legal para detectar e punir agentes públicos envolvidos em crimes de corrupção: Artigo 9 - Medidas contra a corrupção 1. Para além das medidas enunciadas no Artigo 8 da presente Convenção, cada Estado Parte, na medida em que seja procedente e conforme ao seu ordenamento jurídico, adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos. 2. Cada Estado Parte tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusivamente conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.(BRASIL, 2004, *[N.P.])*.

Também, indispensável anotar que na ideia de se buscar mecanismos para resolução de problemas de corrupção no país, foi elaborada, no seio do *M*inistério Público Federal -5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, Nota Técnica nº 01/2017, que expõe a existência de um microssistema normativo anticorrupção brasileiro, no qual também se insere a lei de organização criminosa, diploma legal que regulamenta atualmente a colaboração premiada:

> Esta inequívoca preocupação constitucional com a resposta estatal e com a moralidade na Administração Pública - tanto no que diz com a garantia de seu patrimônio e princípios em que se assenta, quanto para dar-lhe contorno democrático e limitar seus atos perante o espaço de autoconformação individual - engendra o reconhecimento do verdadeiro microssistema normativo anticorrupção brasileiro, construído pelo manancial de princípios e regras que nascem em dispositivos da própria Constituição e de convenções internacionais

> internalizadas (v.g. Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Convenção OCDE, Convenção da OEA Contra a Corrupção), alcançando um vasto rol de normas infraconstitucionais e seus desdobramentos. Este microssistema normativo anticorrupção abrange diversos diplomas legais, disciplinadores das consequências jurídicas de práticas corruptas, notadamente as sanções estatais produzidas em distintas esferas de responsabilização, na esteira da tradição normativa brasileira que atribui a órgãos ou entes públicos, com diferentes atribuições, as tarefas de controle e sanção de práticas ilícitas, sob a forma de múltipla incidência punitiva. As esferas devem ser aplicadas de forma harmônica e a sua coexistência equilibrada é o que permite a extração da máxima efetividade constitucional do microssistema criado, que auxilie mutuamente o alcance de seu propósito. Não por acaso, outros instrumentos de leniência existem e a sua aplicação simultânea é possível, com variação de acordo com a compreensão dos bens jurídicos protegidos em cada caso, que não podem ser relegados. É o caso das previsões da Lei Anticorrupção – LAC (Lei 12.846/2013), Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.259/2011, art. 35) e LIA – Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.4291992), que podem ensejar acordos coordenados, quando o Ministério Público, além da sua atuação autônoma, poderá contar com a atuação de outras instituições na preservação dos bens jurídicos tutelados, na medida de cada destinação funcional respectiva, a fim de que o Estado detenha mais mecanismos para melhor enfrentar a corrupção e suas manifestações novas e insidiosas. (BRASIL, 2017a, p. 2-3).

Do ponto de vista da segurança jurídica e de princípios da defesa efetiva não se pode questionar a extensão de sua amplitude no âmbito do processo penal, onde a colaboração premiada como meio de obtenção de prova encontra-se inserida, e sendo assim, respeitados todas garantias constitucionais do colaborador, valida, por consequência, os atos de improbidade administrativa ali despenalizados., uma vez que, em todas as fases do acordo de colaboração, será obrigatória a presença do defensor (art. 4º, §15, da Lei n. 12.850/2013). Ademais, é reforçado pelo ato jurisdicional homologatório, que pressupõe análise de regularidade no plano de existência e validade do negócio jurídico processual entabulado.

Nessa perspectiva também:

> [...] a colaboração premiada é originalmente enquadrada no âmbito do Direito Penal Premial, sendo este uma perspectiva do estudo do Direito Penal focada, como o próprio nome infere, nas normas premiais ou seja, naquelas normas ligadas à ideia de concessão de um benefício previsto na lei para àquele que cometeu o delito, mas realizada determinada contra-conduta valorizada pela lei, seja na abrangência do arrependimento substantivo (em que há a exigência de reintegração da própria ofensa típica, anulando a ofensividade ao bem jurídico), seja no que tange ao arrependimento processual (em que o arrependido se coloca à disposição para colaborar com a repressão penal).21 Com efeito, a colaboração premiada se enquadra no que se denominou arrependimento processual. [...] No caso brasileiro, a expressão do processo penal como instrumento de política criminal se deu, de início, no âmbito da criminalidade leve, com o implemento e mecanismos de natureza consensual, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, trazidos pela Lei n. 9.099/95. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 263-264).

No aspecto ético da colaboração, Guilherme de Souza Nucci explicita:

> [...] parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e se dispõem a denunciar co-autores e partícipes. No universo dos seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos a nossa análise para o âmbito do crime. Cuida-se de um cenário desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais. A rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. A lei do silêncio, no universo criminoso, ainda é mais forte, pois o Estado não cumpre a sua parte, como regra, que é diminuir a impunidade, atuando, ainda, para impedir que réus colaboradores pereçam em mãos dos delatados. (NUCCI, 2014, p. 2).

Oportuno, também, ressaltar que o Ministério Público é órgão com competência concorrente e disjuntiva para ajuizamento da ação de improbidade, como abaixo:

> Sendo enquadrada no rol das ações coletivas, a ação de improbidade é o meio pelo qual busca o legitimado a tutela de um direito metaindividual, que transcende a titularidade singular, já que pertencente a uma coletividade. Trata-se de proteção ao patrimônio público e à probidade administrativa, bens coletivos socialmente difundidos, de titularidade difusa, pertinentes a toda a comunidade. Na situação de ações já ajuizadas, mesmo pelos entes lesados, em razão da competência concorrente da ação de improbidade e diante da eficácia constitutiva da sentença condenatória, o MP, como fiscal da lei, solicitaria que o juiz produzisse sentença com efeitos meramente declaratório (cláusula 10ª, caput, acordo na Pet. 6.138 STF), realizando perfeita sintonia dos institutos, o que evitaria decisões conflitantes, entre as instâncias civil e criminal. Em ações não propostas judicialmente, do ponto de vista prático, o promotor de Justiça ou procurador da República que tutelam ações criminais e ações de proteção do patrimônio público firmariam conjuntamente o acordo de colaboração premiada. (ESMPU, 2013, p. 92).

Fundamental esclarecer que as sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa como a de reversão de bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio individual, reparação de danos e pagamento de multa civil (art. 12, incisos I a V, da Lei n.º 8.429/92) expressam absoluta consonância com a colaboração premiada, que pode utilizar como parâmetros mais objetivos para cumprimento da exigência de recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º , inciso IV, da Lei n.º 12.850/2013). Assim, não apresentam inconsistências que possam desnaturar as penas estabelecidas nesse diploma legal.

Uma outra correlação pertinente que pode ser feita reside no perdão judicial, como instituto de direito criminal em que o juiz pode deixar de aplicar a pena taxativamente fixada pela lei a um autor de crime (fato típico e jurídico) e comprovadamente culpado, expressamente previsto na lei de organização criminosa (*caput* do art. 4º , inciso IV, da Lei n.º 12.850/2013) com a transação atualmente realizada por meio de termos de ajustamento de conduta (TAC), em ações que tutelam interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos, no sentido de mitigarem comportamentos ilícitos na busca de efetividade dos instrumentos processuais e jurídicos, conforme previsão expressa contida na Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85, com § inserido pela Lei n.º 8.078/90), aplicada cumulativamente com à ação de improbidade (Lei n.º 8.429/92).

Necessário esclarecer que existe vedação expressa na Lei de Improbidade Administrativa, contida no art. 17, § 1º, de maneira que uma interpretação literal realizada nesse sentido poderá levar ao entendimento que o legislador não permite medidas de natureza conciliatória ou negocial que envolva atos de improbidade administrativa, que como já esclarecido nesse trabalho se trata de instituto civil e administrativo, o que impossibilitaria carrear para os acordos de colaboração premiada as obrigações decorrentes de atos de ímprobos cometidos pelos agentes públicos e terceiros.

No entanto é possível superar isso, como diz Lindolfo Andrade em artigo intitulado Autocomposição na esfera da Improbidade:

> [...] uma segunda corrente, à qual me filio, admite a celebração de acordos na dimensão punitiva da LIA [iv]. É dizer, quando as circunstâncias do caso concreto evidenciarem que a solução negociada é a mais adequada para a efetiva tutela da probidade administrativa, este deverá ser o caminho a ser seguido pelo legitimado ativo à tutela de tal interesse. (ANDRADE, 2018, *[N.P.])*.

Para fundamentar suas conclusões, esse mesmo autor, explica:

> A conclusão pela impossibilidade de acordo na dimensão punitiva da LIA parte da premissa de que a autocomposição por negociação importa, necessariamente, na disposição sobre o direito, amparada na concepção de transação que orienta o direito privado e está disciplinada nos arts. 840 a 850 do Código Civil. A premissa é equivocada. A solução consensual para os conflitos na esfera de improbidade administrativa não importa em disposição sobre os interesses difusos, isto é, sobre seu conteúdo normativo, residindo o equívoco fundamental na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil. É preciso deixar bem claro esse ponto: essa negociação na esfera de improbidade não comporta, como na transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos difusos (renúncias). A autocomposição em sede de tutela coletiva volta-se para a definição da interpretação do direito no caso concreto e das condições necessárias a sua efetividade, isto é, versará sobre a respectiva concretização e resultará, sempre, num negócio jurídico marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos, e não uma transação[v]. No âmbito da LIA, o objeto da composição consensual é, pois, a própria concretização da probidade administrativa, isto é, sua interpretação à luz do caso concreto e de todo o microssistema de defesa do patrimônio público, com a especificação dos elementos necessários à sua efetivação. (ANDRADE, 2018, *[N.P.]*)

Não menos diferente é o posicionamento cunhado a partir da ideia contida no intitulado trabalho "Improbidade e transação são institutos excludentes ?", que em síntese diz:

> [...] o ordenamento nacional passou gradativamente a abandonar o dogma de uma impossibilidade absoluta de transação em demandas integradas pela administração pública e tendo por objeto direto ou indireto seu patrimônio. Esse movimento, influenciado sobretudo pelas técnicas de Justiça penal consensual inauguradas pela Lei 9.099/1995 (notadamente, a transação penal e a suspensão condicional do processo), teve como fase importante a aprovação das leis 12.846/2013 e 12.850/2013, que, junto à Lei 8.429/1992, compõem o microssistema de combate a atos lesivos à administração pública e regulamentam, respectivamente, os acordos de leniência e de colaboração premiada. Na seara processual civil, a Lei 13.105/2015, aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade por força do artigo 318, parágrafo único, e de entendimento jurisprudencial ainda anterior[2], estabeleceu em seu artigo 3º, parágrafo 3º, que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". [...] O tema também já foi esgrimido na doutrina, merecendo abordagem de Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim[8] já reconheceram a incompatibilidade do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei 8.429/1992 com o atual ordenamento jurídico: O art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 proíbe expressamente "transação, acordo ou conciliação" no processo de improbidade administrativa. Ele fora, oportunamente, revogado pela Medida Provisória nº 703/2015. Sucede que a MP caducou, em maio de 2016, pela não apreciação dela pelo Congresso Nacional. (MUDROVITSCH; NÓBREGA, 2019, *[N.P.]*).

Interessante demostrar que já consta decisão da Justiça Federal do Paraná, em que supera a vedação legal constante do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92, ao dar efeitos tão-somente declaratórios para fins de improbidade em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nos termos do que foi requerido pelo próprio Ministério Público Federal:

> 6.1 O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a "transação, acordo ou conciliação" nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada.
> Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativo, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais.
> Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa."(4ª VARA DA JF, Despacho decisório em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, Juíza Federal Substituta Giovanna Mayer, proferida em 14/11/2015)

Seguindo esse posicionamento, em hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulamentou a possibilidade de se firmar termo de ajustamento de conduta (TAC), por meio da resolução n.º 179, de 26 de julho de 20017, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

Os Ministério Públicos estaduais de MG e TO, por exemplo, já possuem resolução que regulamentam também essa possibilidade de ajustamento em casos que envolvam atos de improbidade administrativa, o primeiro por meio da Resolução do Conselho Superior n.º 3, de 23 de novembro de 2017, e o segundo da Resolução n.º 5, 20 de novembro de 2018, todas do Conselho Superior respectivo.

Para reforçar a ideia da possibilidade de se firmar compromisso ou acordos em atos que implicam normas de direito público, como é o caso da Lei de Improbidade, necessário elucidar que as modificações contempladas na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, acerca de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, contêm normas que indicam a possibilidade de celebrar compromisso com os interessados na busca de solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (art. 26, Inciso I, da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, pode se afirmar que, ao realizar interpretação sistemática e harmônica do ordenamento jurídico, encontram-se pontos de justificativa para inserir no bojo da colaboração premiada os atos de improbidade administrativa cometidos pelos agentes, sem descaracterizar o instituto essencialmente despenalizador, do ponto de vista criminal.

Fica descartada, ainda, a banalização da improbidade administrativa quando se busca, por razões de política criminal trazê-la para o âmbito penal, e no instrumento probatório que busca solucionar casos complexos inseri-la, mesmo que seja para descartar cumprimento de sanções penais clássicas, pois assim além da efetividade da sanção de ressarcimento dos valores que foram usurpados do Erário público, busca-se eliminar organizações criminosas que praticam crimes notadamente no setor público, evitando-se, potencialmente novos delitos que prejudicam os recursos públicos financiadores das políticas públicas estritamente necessárias para manter o desenvolvimento econômico e social do país.

Por outro ângulo, dissemina a prática de se realizar diálogos inovadores entre as instâncias civil e criminal, fora os casos expressamente contidos na lei, sem se descuidar da segurança jurídica e das garantias constitucionais que dão validade ao processo judicial brasileiro, configurando o atual Estado Democrático de Direito, balizador do ordenamento jurídico.

Por final, também se evita a possibilidade de firmar acordo de colaboração premiada e posteriormente esse agente vir a figurar como réu em ações de improbidade administrativa, o que pode ocasionar inconsistência no ordenamento jurídico e até mesmo diminuir interesse no acordo ao saber que pode sofrer sanções, ainda, decorrentes dessa espécie de ação, ainda que as penas não sejam privativas de liberdade.

Também pode se acrescentar aspectos de economia processual e efetividade do sistema de persecução criminal brasileiro, ao optar por se utilizar de um instrumento de obtenção de prova no penal para solucionar os casos de improbidade administrativa.

Atualmente, há um óbice do avanço da jurisprudência acerca do tema, ao considerar a natureza contratual da colaboração, e os limites de análise jurisdicional fixados pela lei, tão-somente de regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo firmado, exigindo-se das partes rigor na formalização e motivação transparente de instrumentos dessa natureza. Nesse sentido, porém, há uma tendência dos Ministérios Públicos de firmarem acordos que abrangem atos de improbidade administrativa por meio de termos de ajustamento de conduta.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *In:* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/454114. Acesso em: 20 set. 2019.

ANDRADE, Lindolfo. Autocomposição na esfera administrativa. genjuridico.com.br., 11. abr. 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 9 out. 2019.

BORGES, Dandy Jesus Leite. Visão contemporânea das provas no processo penal e a importância da colaboração premiada no combate à corrupção e ao crime organizado. *In:* AZAMBUJA, Edson; BALLAN JUNIOR, Octhaydes; SILVA, Vinícius de Oliveira. Combate à corrupção na visão do Ministério Público. São Paulo: JH MIZUNO, 2018. v. III, p. 69-94.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Aceso em: 2 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública

direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483. Paciente: Erton Medeiros Fonseca Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros. Coator: Relator da Pet 5244 no Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308597935&ext=.pdf. Acesso em: 26 ago. 2019.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 69.988. Recorrente: Ricardo Coutinho Pacheco e outros. Recorrido: Ministério Público do estado do Rio de Janeiro Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601054050&dt_publicacao=07/11/2016. Acesso em 26 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição DF nº 3.240. Agravante: Eliseu Lemos Padilha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 10 de maio de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315062116&ext=.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Seção Judiciária do Paraná. 5ª Vara Federal de Curitiba. Despacho decisório em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Sanko Sider Com. Imp. Exp.Prod.Sid.Ltda e outros. Curitiba, 17 de novembro de 2015. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50067171820154047000. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção Nota Técnica MPF n.º 01/2017 – 5ª CCR. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Brasília, 2017a. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Instrução Normativa CGU n.º 02, de 30 de maio de 2017. Disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Poder Executivo Federal. Brasília, 2017b. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/normas-e-pareceres-do-orgao-central-do-siscor/arquivos/in-2-30-de-maio-de-2017.pdf. Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução CNMP n.º 179, de 26 de julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, 2017c. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf. Acesso em: 9 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de agosto de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Orientação conjunta MPF nº 1/2018 - Acordos de colaboração premiada. Brasília, 2018b. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf . Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Federal da 4ª Região. Decisão monocrática em Agravo de Instrumento PR n.º 5034574-48.2019.4.04.0000. AGRAVANTE: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS. Agravado: ROGERIO SANTOS DE ARAUJO e outros Relator. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, Porto Alegre, 14 de agosto de 2019. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=166|868. Acesso em: 29 ago. 2019.

CGU. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília, maio 2019. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_pad_mai-2019.pdf. Acesso em: 17 ago, 2019.

COSTA, Alvaro Mayrink da. Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos. *In:* Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 7-15, jan./mar. 2011 Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_7.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. Do ilícito administrativo. *In:* Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, jan. 1973. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693. Acesso em: 15 ago. 2019.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito Penal e outros ramos do Direito. Interdependência, comunicação, encontros e desencontros. Uma visita holística aos diversos planos do Direito a partir do Direito Penal. *In:* Revista de Doutrina do TRF da 4ª região, Porto Alegre, dez. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/roberto_demo.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.

ESMPU. Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei n. 8429/1992. 2. ed., rev. e atual. Brasília: ESMPU, 2013. 133 p. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/cem-perguntas-e-respostas-sobre-improbidade-administrativa-2a-edicao-revista-e-atualizada. Acesso em: 29 ago. 2019.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito penal. *In:* Revista de Direito Administrativo da FGV, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302. Acesso em: 15 ago. 2019.

JAPPUR, Cynthia Feyh. O Ministério Público como garantidor da Dignidade da pessoa humana na execução penal. *In* Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, set./dez 2011. Disponível em http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325164777.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

MINAS GERAIS (Estado). Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Resolução CSMP nº 3, de 23 de novembro de 2017. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Compromisso de Ajustamento de Conduta envolvendo hipóteses configuradoras de improbidade administrativa (definidas na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992). Belo Horizonte, 23 de novembro de 2017. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CA28-28-res_csmp_03_2017.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

MODELO de cláusulas de acordo de colaboração premiada do MPF. Curitiba, 2014.

MELLO JUNIOR, João Câncio. O conceito polêmico de interesse público. *In:* Revista do Ministério Público, Rio Grande do Sul, p. 286-329, [20--]. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275672471.pdf. Acesso em: 9 set. 2019.

MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Improbidade e transação são institutos excludentes? Consultor Jurídico, 7 jun. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-improbidade-transacao-sao-institutos-excludentes. Acesso em: 14 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme. PP A delação no processo penal. 19 mar. 2014. Disponível em: http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/delacao-processo-penal. Acesso em: 10 out. 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Conexões entre as instâncias penal, administrativa e civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2018. 11 p. (Textos para Discussão; 251). Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/548005. Acesso em: 29 ago. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOCANTINS (Estado). Ministério Público do Estado do Tocantins. Resolução CSMP Nº 5, de 20 de novembro de 2018. Institui normas que regulamentam a instauração e tramitação dos procedimentos extrajudiciais na área dos interesses ou direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação, a audiência pública e a carta precatória no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins e dá outras providências. Palmas, 20 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.mpto.mp.br/conselho-superior/2013/04/08/resolucoes-csmp. Acesso em: 16 out. 2019.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes. Colaboração premiada no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO

André Ricardo Fonseca Carvalho[1]
Juan Rodrigo Carneiro Aguirre[2]

RESUMO: O presente trabalho busca conhecer e descrever no que consiste a justiça penal consensual e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Levantar informações sobre a aplicabilidade da justiça consensual criminal em outros ordenamentos jurídicos. Analisar as Resoluções n. 181 e n. 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, bem como, as inovações previstas nos Projetos de Lei n. 881 e n. 882/2019 (projeto anticrime), especialmente quanto à justiça penal consensual. Analisar as controvérsias ante a revolução no sistema processual penal e a nova mentalidade de atuação das partes. O método descritivo e comparativo dos diplomas citados mostra-se mais adequado para a análise do estudo proposto. O resultado da pesquisa demonstra a adequação dos instrumentos previstos na justiça consensual para um combate mais eficaz aos delitos de corrupção.

Palavras-chave: Justiça consensual. Resolução CNMP. Projeto Anticrime. Efetividade. Combate à corrupção.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa promover estudo sobre a justiça consensual e sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, quanto sua aplicabilidade aos delitos de corrupção.

Nessa linha, será feito levantamento de informações sobre a aplicabilidade da justiça consensual criminal em outros ordenamentos jurídicos, notadamente, no sistema norte-americano e de países da comunidade europeia.

Com relação ao estudo do tema na legislação nacional, consolidado no Brasil pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95), com previsão de medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo, serão apresentados os contornos previstos legalmente sobre a temática, bem como as discussões sobre os *espaços de consenso* e *espaços de conflito* no processo penal, além do debate sobre os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da oportunidade.

O presente estudo torna-se relevante em virtude da contemporaneidade da matéria, pois no ano de 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n. 181 de 07 de agosto de 2017, alterada pela Resolução n. 183 de 24 de janeiro de 2018, instituindo no Brasil o chamado acordo de não persecução penal no âmbito de investigações promovidas pelo Ministério Público brasileiro.

Ademais, no início do ano de 2019 foram encaminhados ao Congresso Nacional os Projetos de Lei n. 881 e n. 882/2019 (projeto anticrime) que, entre diversos outros temas, introduzem novas formas de justiça penal consensual alterando o Código de Processo Penal para possibilitar a realização do acordo de não persecução e, também, do que foi chamado de acordo de culpa.

1Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. *E-mail*: andrecarvalho@mpto.mp.br
2Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. *E-mail*: juanaguirre@mpto.mp.br

Assim, tendo em vista a relevância e repercussão do tema com promoção de nova forma de atuação dos atores do processo penal e sua controvérsia no universo jurídico o estudo se apresenta pertinente.

O resultado da pesquisa demonstrará quais as possibilidades de se aplicar aos crimes de corrupção a justiça penal consensual, dentro dos parâmetros propostos pela Resolução n. 183/2018 e pelo projeto anticrime.

2 A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A justiça penal consensual, com origem e aplicação nas comunidades do sistema conhecido como *common law,* é um modelo de justiça que se baseia, em regra, na concordância dos atores envolvidos em processo relacionado ao desfecho do conflito penal.

Há subdivisões desse modelo consensual, distinguindo-se: a) modelo reparador – como o próprio nome diz, a reparação de danos é o objetivo maior. Ocorre, principalmente, por meio da conciliação; b) modelo pacificador ou restaurativo – busca a pacificação interpessoal e social do conflito, a reparação de danos à vítima, a satisfação das expectativas de paz social, etc. Aqui se insere a denominada justiça restaurativa; c) modelo de justiça negociada – tem por base a confissão do delito, existindo um acordo com a acusação quanto à sanção aplicada ao acusado. Realiza-se por meio do *plea bargaining*; d) modelo de justiça colaborativa – aqui, o consenso tem por escopo obter a colaboração do acusado. É o que se dá nas hipóteses de colaboração premiada. (GOMES; MOLINA, 2009)Registra-se, atualmente, pacífica concordância sobre a crise vivenciada pelo sistema penal e de execução penal no nosso país, com ausência de efetividade do princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República do Brasil, que estabelece: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988)

Como resposta à crise do sistema penal, em ambiente de crescente massificação da criminalidade e de consequente sobrecarga das instâncias estatais de repressão penal, surge a inevitável discussão sobre o estabelecimento de modelo consensual de justiça criminal, partindo-se de fundamento filosófico, com base na teoria do utilitarismo, que se orienta pelas consequências do sistema punitivo estatal; e criminológico, com análise dirigida para o próprio sistema de controle e não para o autor do delito ou para o fato criminoso. (CAMPOS, 2012)

Busca-se, assim, por meio da justiça penal consensual novos procedimentos para solucionar conflitos previstos na legislação penal, com utilização de instrumentos de resolução de comum acordo entre Estado-acusação, autor do delito e vítima, tais como: conciliação, negociação, mediação e processo restaurativo, harmonizando a efetiva punição da conduta delitiva a um movimento que pacifica e harmoniza as relações sociais.

Sobre a relevância do tema, Suxberger discorre:

> As Nações Unidas, por meio de compêndio próprio dirigido ao aprimoramento da boa governança e da integridade do sistema de justiça criminal, estabelecem a relevância da discricionariedade acusatória nos modelos normativos a serem seguidos pelos países para prevenção do crime e enfrentamento da questão prisional. Merece destaque o estímulo à edição de lei formal ou atos regulamentares que estabeleçam diretrizes para assegurar e promover abordagens consistentes do processo decisório, que abranjam a decisão de formalizar a acusação ou dela dispor no curso do processo. Há ainda ênfase a que os órgãos de acusação busquem *cooperação* com a polícia, o Poder Judiciário, advogados, defensores públicos e demais agências governamentais ou institucionais com atuação no sistema de justiça criminal. (2019, p. 120)

2.1 A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO DIREITO COMPARADO

Além da própria recomendação da Organização das Nações Unidas, observa-se a adoção de medidas de efetivação de acordos penais por parte de diversos países, como busca de solução aos problemas da Justiça Penal, balizando-se a presente abordagem na França, Alemanha e Estados Unidos da América.

Na França, a origem da formulação de acordos na esfera penal não vem da edição legislativa, mas sim da iniciativa pessoal de juízes e promotores de justiça, com objetivo de solucionar a imensa carga de trabalho.

O aparecimento do acordo penal na França:

> É resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam a ser dinamizadas pela busca de soluções de "diversificação", e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas no âmbito penal, como também no âmbito social em geral. […]
> Nesse contexto, surgem as principais experiências de mediação penal, que não tinham fundamento normativo, com exceção do princípio da oportunidade, previsto no CPP. Não é de estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade. (GURIDI, 2009, p. 181)

Verifica-se, assim, o início da realização dos acordos de forma desordenada, ante a inexistência de qualquer regulamentação. (CABRAL, 2019)

A partir do viés prático, iniciou-se o processo de institucionalização dos acordos penais na França, advindo a Nota de Orientação do Ministério da Justiça, datada de 03 de junho de 1992. Posteriormente, houve a aprovação da Lei n. 92-2, de 04 de janeiro de 1993, onde há a incorporação da mediação penal no sistema legal francês, com a possibilidade de evitar o julgamento padrão, em troca de admissão de culpa e

preenchimento de determinadas condições, como pagamento de multa, reparação de danos, prestação de serviços à comunidade e outros.

Na Alemanha, observa-se situação semelhante, com início de acordo penal por meio da prática de magistrados e promotores de justiça, sem amparo na legislação formal.

De acordo com Turner (2009, p. 74):

> O acordo penal foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, a medida que a carga de trabalho crescia. Defensores buscavam uma segurança maior e penas menores para os réus, em troca de sua cooperação. Considerando que a legislação não autorizava esses acordos, essa prática se desenvolveu de forma lenta e, inicialmente, se limitava aos casos de delitos sem violência. (*apud* CABRAL, 2019, p. 26)

Os tribunais superiores alemães reconheceram a possibilidade dos acordos e sua não violação aos princípios constitucionais e processuais.

Na mesma esteira do ocorrido na França, o legislador alemão também previu a possibilidade de acordo após essa movimentação prática dos atores judiciais, não trazendo nenhuma inovação ao que já ocorria, procedendo-se apenas a uma regulamentação dos acordos penais.

A Corte Europeia de Direitos Humanos já se pronunciou sobre o tema dos acordos penais (caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*), atestando a compatibilidade de referidos acordos com o direito a um julgamento justo, considerando haver um traço comum da Justiça criminal do continente a possibilidade de o autor obter benefícios legais em suas jurisdições, como a mitigação de acusações e redução de penas em troca de uma confissão ou da não resistência à persecução antes do julgamento ou, ainda, por ter colaborado com a investigação criminal. (ARAS, 2019)

Nos Estados Unidos da América, o acordo penal já faz parte da tradição jurídica há mais de um século, onde se consolidou a denominada *plea bargaining.*

> Saliente-se que *plea* é simplesmente a declaração – de culpado, não culpado ou *nolo contendere* que o acusado presta em juízo; *plea bargaining* trata-se de prática de negociação, do processo de pactuação entre acusação e defesa para se chegar à resolução penal; *plea bargain* significa a barganha, a tratativa em si; e *plea agreement* é o pacto, o acordo celebrado entre as partes. (CASTRO, 2019, p. 39)

O procedimento previsto para os acordos penais estão inseridos nas Regras Federais de Processo Penal – *Rule 11.*

No sistema americano, verifica-se que o acordo elimina a instrução probatória, com abreviação do processo, onde há o reconhecimento da culpabilidade pelo autor, recebendo, em troca, benefícios legais, advindo a sentença, independentemente da colheita de provas.

Castro conclui:

> O processo penal norte-americano tem no júri popular sua máxima expressão, e é sustentado pelo pilar do sistema adversarial. Todavia, por ser lento e custoso, é muito menos utilizado para a resolução dos casos criminais nos Estados Unidos do que parecem fazer crer filmes e séries. Em verdade, notório é que mais de noventa por cento (90%) dos processos são solucionados por meio de declarações de culpa (*guilty pleas*) pelo acusado em juízo, sendo algumas espontâneas e outras decorrentes de acordos (*plea agreements*) celebrados entre a acusação e a defesa. (2019, p. 37)

2.2 O DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL

Historicamente, o Brasil adota modelo penal essencialmente repressivo, dando-se relevo à pretensão punitiva estatal, com aplicação de pena ao infrator da lei penal, buscando-se, além do caráter punitivo, também o efeito preventivo na sociedade.

Contudo, nas últimas décadas vêm surgindo novas leis de caráter colaborativo, restaurativo e negocial.

Partindo-se do âmbito de reconhecimento do modelo colaborativo, a própria lei dos crimes hediondos previu no art. 8º, parágrafo único, que: *"O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços".* (BRASIL, 1990)

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/95 - revogada) previa a diminuição de pena se a colaboração do agente, quando espontânea, levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria.

A Lei n. 9.080/95, que alterou a lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, também estabeleceu a possibilidade de coautor ou partícipe, por meio de confissão espontânea, revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, tendo a sua pena reduzida de um a dois terços.

Já a Lei n. 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) estabeleceu benefícios a todos os colaboradores, havendo aplicação em todos os crimes.

A Lei de Lavagem de Capitais, originalmente e mesmo depois de alterações (Leis n. 9.613/98 e n. 12.863/12), previu a possibilidade de colaboração.

A Lei de Drogas possibilita a mitigação da pena daquele que, voluntariamente, contribui com a investigação e o processo criminal (art. 41 da Lei n. 11.343/06).

Por fim, a Lei n. 12.850/13, atual Lei das Organizações Criminosas, estabeleceu detalhadamente a colaboração premiada. (ALVES, 2019)

O modelo restaurativo, mesmo que de forma incipiente, vem tendo aplicação no sistema normativo brasileiro, havendo alguns dispositivos nas Leis n. 9.099/95 e n. 9.714/98, destacando-se, ainda, Resolução do Conselho Nacional de Justiça sobre a matéria.

O caráter consensual da justiça criminal teve início no Brasil com a introdução da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), com a previsão dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

O art. 76 da referida lei estabelece que, em havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Já o art. 89 prevê que, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

A transação penal, como se vê, apresenta a possibilidade de ser feita pelo órgão de acusação uma proposta antes da instauração do processo, isto é, antes do oferecimento da denúncia, de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Há, com a previsão deste instituto, a quebra da rigidez do princípio da obrigatoriedade da ação penal, com possibilidade de aplicação aos crimes com pena máxima em abstrato igual ou inferior a dois anos.

O acordo entabulado (transação), feito entre o Ministério Público e o autor do fato, que deve estar assistido por advogado, precisa, necessariamente, ser homologado pelo juiz e, havendo o cumprimento das condições pactuadas, não é apresentada a ação penal pelo órgão de acusação, com consequente extinção da punibilidade.

A suspensão condicional do processo também se insere nos denominados institutos negociais, sendo este de natureza processual, porém, com reflexos penais. A proposta é feita após a propositura da ação penal, havendo a suspensão do processo mediante cumprimento de algumas condições por parte do acusado. É possível sua aplicação aos crimes com pena mínima em abstrato igual ou inferior a um ano. Da mesma forma da transação penal, em havendo o cumprimento das condições, ocorrerá a extinção da punibilidade.

2.3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NO BRASIL: A RESOLUÇÃO N. 181/2017, COM ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA RESOLUÇÃO N. 183/2018, AMBAS DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Seguindo a linha de amadurecimento no país de aplicação do direito penal consensual, em 7 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 181/2017, que versa sobre a instauração e tramitação do procedimento de investigação criminal a cargo do Ministério Público.

No sétimo capítulo da referida Resolução, houve previsão expressa do denominado *acordo de não persecução penal.* Suxberger apresenta-o como:

> Um negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado confesso de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa que autoriza o arquivamento da investigação preliminar, se esse investigado atender ao que dele se exige como condições pessoais, cumprir medidas similares a penas restritivas de direitos e reparar o dano ou restituir a coisa à vítima. (2019, p. 77)

Em virtude de intensas discussões e questionamentos, o Conselho Nacional do Ministério Público formulou alterações no texto original, editando a Resolução n. 183/2018.

As considerações apresentadas para esta inovação no ordenamento jurídico foram o acúmulo desumano de processos criminais no país, com desperdício de recursos, e imenso prejuízo às pessoas, além de se enfatizar a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

A redação atualizada da Resolução (183/2018), na parte que disciplina a matéria, estabelece em seu art. 18, os requisitos e as condições que deverão ser seguidos para entabulação do acordo:

> Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:
> I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade

> pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (BRASIL, 2018)

Prossegue a Resolução, estabelecendo expressamente as situações que são vedadas o acordo de não persecução penal:

> § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I - for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 2018)

Prevê, ainda, as formalidades que deverão ser observadas e os deveres das partes envolvidas:

> § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. § 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. § 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do

> Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução. (BRASIL, 2018)

Na parte final do artigo, ficou consignado:

> § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. § 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (BRASIL, 2018)

Apesar de atrasada, a experiência brasileira de acordos de não persecução penal em comparação com outros países possui grande vantagem, pois é precedida de regulamentação de órgão estatal de controle (Conselho Nacional do Ministério Público), mediante formulação de requisitos e critérios de aplicação, o que provoca maior segurança jurídica, ao passo em que diversos países iniciou-se a aplicação dessa espécie de justiça consensual, como já dito, por meio da experiência prática de promotores de justiça e de magistrados, ou seja, sem nenhuma regulamentação prévia.

Com efeito, a Constituição Federal prevê as resoluções como um dos meios de estruturação de normas gerais e abstratas, enquadrando-se as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público neste conceito. Essa questão já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal (ADC n. 12), que as reconheceu como atos normativos primários.

A resolução do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a matéria disciplina questões prévias ao processo penal e externas ao exercício da jurisdição, isto é, uma fase extrajudicial ou administrativa em que não há sequer acusado, pois inexiste o exercício de uma pretensão punitiva perante autoridade judicial a formar o trinômio Ministério Público, acusado e juiz. (MESSIAS, 2019)

O acordo de execução penal é elaborado previamente ao processo penal, de forma que possui caráter procedimental, não havendo, assim, violação ao inciso I do art. 22 da Constituição Federal. (BARROS; ROMANIUC, 2019, p. 62)

Historicamente, a doutrina processual penal brasileira defende o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, onde não se observa espaço de oportunidade ao órgão ministerial, havendo o *Parquet* a obrigação de promover a ação penal. Nesse prisma, não haveria possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal.

.

Contudo, não se verifica na Constituição Federal e nem no Código de Processo Penal a previsão expressa do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, devendo ser entendido que no nosso ordenamento jurídico-penal há espaço de consenso, de forma a se aplicar o princípio da oportunidade, desde que haja interesse público.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal não é novidade em nosso ordenamento jurídico, destacando-se os institutos trazidos pela Lei dos Juizados Especiais Criminais consistentes na transação penal e na suspensão condicional do processo. Nessa mesma linha inclui-se a publicação da resolução do acordo de não persecução penal do CNMP.

Alguns doutrinadores alegam que não há presença de uma discricionariedade da acusação no acordo, mas sim cuida-se de hipótese de esvaziamento do interesse processual no exercício da ação penal (SUXBERGER, 2019), destacando-se que no acordo de não persecução penal não tem aplicação de qualquer tipo de pena.

2.4 AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS PREVISTAS NOS PROJETOS DE LEI N. 881/2019 E N. 882/2019, CONHECIDOS COMO PACOTE ANTICRIME

Em 19 de fevereiro de 2019, foram encaminhados pelo Poder Executivo Federal os Projetos de Lei n. 881 e n. 882, conhecidos como Pacote Anticrime, sugerindo alterações em diversos diplomas legais, visando a melhoria na segurança pública com o foco no crime organizado, na criminalidade violenta e na corrupção.

O Projeto de Lei n. 882/2019 busca alterações pontuais nos seguintes diplomas legais: Código Penal (Dec.-lei n. 2848/40), Código de Processo Penal (Dec.-lei n. 3.689/41), Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84), Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), Lei de Interceptações Telefônicas (Lei n. 9.296/96), Lei de Lavagem de Capitas (Lei n. 9.613/98), Estatuto do Desaramento (Lei n. 10.826/03), Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), Lei n. 11.671/2008, que trata de transferência de presos, Lei n. 12.037/09, que prevê a possibilidade de armazenamento de perfis genéticos, Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), e Lei n. 13.608/18, que trata de sistema de recompensas para pessoas que auxiliem nas investigações policiais.

Por sua vez, o Projeto de Lei n. 881/2019 visa alterações no Código Eleitoral, inserindo nesse diploma tipo penal específico para o denominado “caixa dois” nas campanhas políticas, incluindo o artigo 350-A.

Entre as medidas propostas, há duas que introduzem no Código de Processo Penal formas de justiça penal consensual ou negocial. São as propostas de introdução dos artigos 28-A – Acordo de Não Persecução Penal e artigo 395-A, Acordo Penal.

Em críticas às citadas alterações legislativas previstas no projeto ora em análise, Amorim afirma:

> Sendo assim, não podemos passar o verniz da hipocrisia ou ignorância deliberada, partindo da premissa falsa de que as partes estão em posição de igualdade e que podem livremente dispor de seus direitos, num negócio jurídico-penal. Não estão. A desigualdade é gritante e os limites dos acordos penais devem ser estabelecidos tendo em conta essa desproporção,

> objetivando a proteção dos direitos do investigado/réu, que são garantias de toda a coletividade. Isso para não falar, neste momento, na indisponibilidade de boa parte das garantias individuais que cercam a aplicação do processo penal. (2019, p. 6)

De outro lado, sobre os acordos penais previstos no projeto, mais especificamente comentando a necessidade de se superar o dogma da obrigatoriedade da ação penal, após registrar que as alterações já ocorreram em países como Portugal, Alemanha e Uruguai, Freitas (2019) pontua:

> É flagrante o interesse público na abertura da obrigatoriedade da ação penal para mais estes dois tipos de transação entre as partes. Eles reproduzem o sucesso da lei dos Juizados Especiais, que deram solução a milhares de casos penais menos relevantes. Ademais, dão a vítima um papel mais ativo, podendo, inclusive, ser ressarcida com mais facilidade. Por fim vale lembrar que as Varas Judiciais e os Tribunais terão mais tempo para decidir os casos mais complexos, evitando que caiam na prescrição em meio a tantos menos relevantes e os presídios receberão menos condenados, porque acordos procurarão sempre penas substitutivas ou reduzidas na duração. É o ganha-ganha. Avançar é preciso.

Como se percebe há críticas favoráveis e desfavoráveis às inovações legislativas quando os assuntos são os espaços de consenso e a justiça penal consensual. Isto posto, passa-se a análise dos institutos previstos no Projeto de Lei n. 882/2019.

2.4.1 O ARTIGO 28-A, ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Partindo dos mesmos fundamentos que impulsionaram o Conselho Nacional do Ministério Público a editar a Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017, e, posteriormente, alterada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, dispondo sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, o pacote anticrime sugere mudanças no Código de Processo Penal, no sentido de se instituir a possibilidade de acordo entre as partes processuais evitando a deflagração da ação penal, instituindo uma série de requisitos para tanto.

Ocorre que, o projeto de lei, em que pese mais se aproxime do texto da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, dela se distancia em alguns relevantes pontos.

A redação proposta, na parte que disciplina a matéria, estabelece no *caput* do artigo 28-A os requisitos e as condições que deverão ser seguidos para entabulação do acordo:

> Art. 3º O Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:
> I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

> II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
> III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
> IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e
> V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.
> § 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito, a que se refere o **caput**, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (NR) (BRASIL, 2019)

Prossegue o projeto, estabelecendo expressamente as situações que são vedadas o acordo de não persecução penal:

> § 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:
> I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
> II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;
> III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
> IV - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. (NR) (BRASIL, 2019)

Prevê, ainda, as formalidades que deverão ser observadas e os deveres das partes envolvidas:

> § 3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.
> § 4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.
> § 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.
> § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.
> § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º.

> § 8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.
> § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo.
> § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.
> § 11. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.
> § 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do §2º.
> § 13. Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.
> § 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução. (NR) (BRASIL, 2019)

A primeira grande e relevante diferença entre o projeto de lei e a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (181/183) já pode ser observada no *caput* do dispositivo. O projeto de lei prevê como âmbito de abrangência do acordo de não persecução nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja pena **máxima** seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, consideradas causas de aumento e diminuição (artigo 28-A, §1º), enquanto a citada resolução prevê pena **mínima** cominada inferior a 04 (quatro) anos. Sem dúvida, a proposta legislativa limita substancialmente a possibilidade do acordo, deixando-o para delitos de médio potencial ofensivo, enquanto a resolução alcançaria crimes de alto potencial lesivo, desde que cometidos sem violência e grave ameaça.

As condições previstas nos incisos I a V do *caput* do artigo 28-A do projeto de lei são exatamente as mesmas previstas no artigo 18 da resolução do CNMP. O acordante/investigado deve aceitar de forma cumulativa ou alternativa as condições previstas para, devidamente cumpridas, gozar o benefício de não ser processado.

Ressalte-se que, como premissa para propositura do acordo de não persecução, o Ministério Público deve conter elementos suficientes para a deflagração da ação penal, uma vez que o dispositivo já alerta, de início, que não pode ser caso de arquivamento da investigação. Em outras palavras, não havendo elementos para a propositura da Denúncia não é possível ao órgão ministerial fazer a proposta de acordo, muito menos, apenas com a confissão do investigado.

Nesse ponto, as disposições do projeto de lei e da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público se equivalem, valendo as lições de Souza (2019):

> Feitas essas breves considerações, importa, neste pequeno trabalho, deixar claro o papel da confissão formal e circunstancial do investigado, requisito para a celebração do acordo de não persecução (*caput* do artigo 18 da Resolução 181/2017). Trata-se de providência de viés unicamente processual, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indicam ter sido a autora da infração penal. A confissão produz deste modo dois efeitos práticos: a) impede que um acordo de não

> persecução seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou convirjam para sua participação no delito; b) produz, no confitente, um novo *mindset* de efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que para corrigir um erro é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato, atributos que reforçam a confiança no cumprimento integral do Acordo de não persecução.

Além disso, o acordo não poderá ser celebrado sempre que: 1) houver possibilidade de transação penal (artigo 76 da Lei n. 9.099/95), deixando assentado que o benefício não se aplica aos delitos de menor potencial ofensivo; 2) se o investigado for reincidente; 3) se existirem provas de que se trata de uma conduta habitual, reiterada ou profissional; 4) se o investigado já tiver sido beneficiado por acordo de não persecução penal anterior; 5) se as medidas previstas nos incisos se mostrarem insuficientes para a reprovação e prevenção do crime, podendo ser usado como parâmetros os antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias em torno do fato criminoso (artigo 28-A, *caput,* §2º, incisos I a IV, §11º). (MPCE, 2019)

Registre-se que, o projeto de lei não elencou como hipótese impeditiva da celebração do acordo a situação do delito ser hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, como fez expressamente a Resolução n. 181/2017 do CNMP, no artigo 18, §1º, V (BRASIL, 2017). Assim, mesmo caracterizado crime hediondo ou equiparado, e delitos com aplicação da Lei n. 11.340/06, seria possível, cumpridos os demais requisitos legais, previstos no *caput* do artigo 28-A, a celebração do acordo de não persecução penal expandindo o alcance da possibilidade dos pactos.

Quanto ao controle judicial há, também, diferença substancial entre o projeto de lei e o previsto na resolução. O projeto de lei prevê a necessidade de audiência judicial para a homologação do acordo, com a presença das partes envolvidas e sua fiscalização ocorrerá junto a vara de execução penal (artigo 28-A, §4º, §6º), situações não previstas na Resolução do CNMP. Outra alteração importante prevista no projeto é a suspensão do prazo de prescrição durante a realização do acordo (artigo 28-A, §14º). (BRASIL, 2019)

A realização da audiência para homologação do acordo, malgrado de alguma forma possa resultar em aumento na pauta do Poder Judiciário, mesmo sem a existência de processo, é salutar para as partes envolvidas, considerando que na audiência serão verificadas a legalidade e a voluntariedade do investigado, trazendo, sem dúvida, maior segurança ao ajuste. (MPCE, 2019)

O acordo não será homologado quando o Poder Judiciário considerar inadequadas ou insuficientes as condições ajustadas, sendo os autos enviados ao Ministério Público para promover as devidas inserções, bem como, caso não sejam promovidas as adequações e também caso o acordo não tiver observados os requisitos legais (artigo 28-A, §5º, 7º e 8º). (BRASIL, 2019)

Quanto ao ponto, vale a ressalva que o projeto de lei não fez previsão expressa de analogia ao artigo 28 do Código de Processo Penal, tal qual fez a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que determina a remessa dos autos ao Procurador-Geral para solucionar a questão referente a não homologação do acordo. Ao que parece, o projeto conferiu maior ingerência do Poder Judiciário quanto as condições do acordo, criando a possibilidade de encaminhar os autos ao membro do Ministério Público para realizar adequações.

Sobre esse tema, Távora e Alencar:

> Equívoco grave é o juiz tomar a frente para exercer funções de órgão ministerial. Também o inverso não deve ocorrer. O juiz não deve orientar como a acusação deve fazer. Porém, essa conduta do Judiciário que visa preservar a estrutura acusatória é olvidada. No § 5º, o anteprojeto aduz que "se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor". Em casos como este, o juiz deve simplesmente indeferir o pedido do Ministério Público e não devolver os autos "para reformular a proposta de acordo de não persecução", ainda que com a "concordância do investigado e seu defensor". Essa previsão, inclusive, conflita com a do § 7º e incrementa poderes discricionários do julgador, ao afirmar que "o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º" (2019, p.45).

Homologado o acordo, será executado pelo Ministério Público no juízo da execução penal, que fiscalizará o cumprimento das condições ajustadas, as quais poderão ser as seguintes, alternadas ou cumulativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (art. 28-A, *caput*). (MPCE, 2019).

Quanto a esta disposição, vê-se que o Poder Judiciário assumiria a responsabilidade na fiscalização das condições ajustadas, também distanciando o projeto de lei da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público que buscou conferir protagonismo ao titular da ação penal (SOUZA. Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches, 2018) e desafogar o poder judiciário.

Descumpridas as condições da avença, deverá o Ministério Público requerer ao juízo sua revogação para, posteriormente, deflagrar a devida ação penal (artigo 28-A,§10º); por outro lado, cumpridas as condições, será decretada a extinção da punibilidade do investigado, não constando sua celebração e seu cumprimento para fins de antecedentes criminais (art. 28-A, §12º, §13º). (MPCE, 2019)

2.4.2 O ARTIGO 395-A

O Projeto de Lei n. 882/2019 propõe outra modalidade de justiça consensual inserindo o artigo 395-A no Código de Processo Penal com o seguinte teor:

> Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.
> § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput: I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal; II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.
> § 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.
> § 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.
> § 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.
> § 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.
> § 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.
> § 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal
> § 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.
> § 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.
> § 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.
> § 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal. (NR) (BRASIL, 2019)

Referido projeto de lei introduziu o chamado acordo de culpa, abarcando a situação em que, na ação penal já admitida, o acusado se apresenta em juízo, confessa assistido por seu advogado, e assim afasta a instrução

probatória, passando direto para uma sentença penal muito mais benéfica, sendo um procedimento penal abreviado (youtube, 2019). Por outro lado, Vasconcelos aduz que:

> A introdução e a expansão de mecanismos negociais no processo penal representam falaciosa crença de que a aceleração simplificada dos procedimentos resolveria fundamentais aporias da justiça criminal contemporânea. Como demonstrado, a expansão do direito penal, vivificada por concepções eficientistas e mercantilistas do processo, está em compasso com a utilização da barganha e com a imposição de sanções penais céleres a partir da flexibilização de direitos fundamentais, subvertendo-se a função processual limitadora: tudo isso caracteriza um círculo vicioso de dependência simbiótica e de alimentação recíproca, em que o argumento que legitima a introdução de mecanismos negociais mostra-se falacioso ao apontar a redução da carga de trabalho do Judiciário e dos índices de criminalidade na sociedade como seu pretenso objetivo, ao passo que sua real finalidade é a contínua legitimação da ampliação do controle social por meio do poder punitivo (item 4.1.1). Portanto, as tendências de generalização dos acordos entre acusação e defesa representam ingênua (ou mal-intencionada) crença que percebe a complexidade da resposta estatal ao fenômeno delitivo de modo reducionista, ou seja, acarreta uma fuga ao enfrentamento real da problemática, que é evidentemente distinta e mais abrangente do que a necessidade ou não de aceleração do processo penal. (2014, p. 333)

Destaca-se na redação do dispositivo que, ao contrário do acordo de não persecução penal, o acordo de culpa ou acordo penal, pode ser formulado para quaisquer modalidades de crimes, sendo certo que a ação penal já tenha sido deflagrada. Comentando o *caput* do dispositivo do projeto, Vinícius Gomes de Vasconcelos afirma que:

> Nos termos apresentados no projeto, abstratamente o "acordo penal" seria cabível em qualquer hipótese, para qualquer espécie de crime ou gravidade de sanção. Pensa-se uma previsão tão alargada pode ocasionar a expansão exagerada da negociação de penas no processo penal brasileiro, aventando-se, inclusive, o "desaparecimento do processo" com percentuais muito altos de condenações obtidas por acordos, em lugar do transcorrer do devido procedimento. (IBCRIM, 2019)

O acordo será firmado com a concordância de todas as partes, não podendo haver suprimento de vontade, e será analisada sua voluntariedade e legalidade em audiência a ser realizada para fins de homologação, oportunidade na qual será ouvido o acusado na presença de seu defensor. O projeto determina que a audiência para homologação do acordo seja realizada antes do início da instrução processual (artigo 395-A, *caput,* §6º, §11º). (BRASIL, 2019).

Sobre o tema, colaciona-se estudo formulado pela Comissão Especial do GNCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminais dos Ministérios Públicos Estaduais de todo o Brasil):

> (III) a proposta estabelece que o acordo dar-se-á **somente depois de definidos os contornos da imputação e recebida a denúncia (art.395-A, caput)**, evidenciando preocupação com o suporte em outros elementos de convicção, adicionais a mera

> confissão. Esse dispositivo é relevante por uma série de razões: – a verdade do caso passa a ser aquela acordada entre as partes, portanto, o recebimento da denúncia pressupõe juízo de valor pelo órgão jurisdicional acerca da presença de justa causa para a deflagração da ação penal. **Em outras palavras: somente será possível acordo se o juiz entender existirem provas minimamente suficientes para o início de um processo criminal** (art.395, III, CPP); – **a previsão de que o momento para a celebração do acordo se dá após o recebimento da acusação torna transparente e amplo o acesso pela defesa** aos elementos produzidos durante a investigação, em face dos princípios constitucionais da publicidade e do contraditório, equilibrando as posições dos negociadores quanto à cognição sobre as provas existentes; – **o acordo não diz respeito à imputação, mas somente à pena, ou seja, o Ministério Público não pode dispor acerca dos crimes que deverão ser denunciados** pautando-se pelos critérios legais e, portanto, tendo sua discricionariedade limitada. (MPCE, 2019, p.45)

Fixados os contornos da acusação com a indicação do(s) tipo(s) penal(is) e seu(s) preceito(s) secundário(s) havendo concordância das partes, o acordo deverá conter: 1- confissão circunstanciada do acusado; 2- sugestão de pena ao juiz dentro dos parâmetros legais, incluindo a pena de multa e 3- manifestação expressa das partes de renúncia da instrução e direito de recorrer. O acordo poderá prever a redução da pena em até metade ou substituída a pena privativa em restritiva, sempre considerando a gravidade do crime, as circunstâncias do caso concreto e a colaboração do acusado para a rápida solução do processo. Havendo produto ou proveito do crime deverá haver cláusula expressa dando destinação aos bens, bem como, identificada vítima, deverá conter valor mínimo de indenização sem prejuízo de ação em juízo cível (artigo 395-A, §§1º, 2º, 3º, 4º e 5º). (BRASIL, 2019)

Importante gizar que, em se tratando de acusado reincidente, não há óbice a formulação do acordo, entretanto, o projeto prevê cláusula obrigatória no ajuste que determina parcela de cumprimento da pena em regime fechado. Não obstante, caso as condenações anteriores forem insignificantes não há necessidade da referida determinação (artigo 395-A, §10º). Ressalte-se que o projeto de lei não conferiu parâmetros para o intérprete decidir o que são infrações penais insignificantes, tendo em vista que, para a reincidência, se exige decisão condenatória com trânsito em julgado.

O acordo penal não será homologado se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz. Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória (artigo 395-A, §§7º, 8º e 9º). (BRASIL, 2019)

A despeito das críticas ao modelo previsto no projeto de lei, Gomes (2019) ressalta:

> No momento de criticar, somos implacáveis. Quando a hora é de aplaudir, também agimos com igual ímpeto [...] Nosso Direito, fundado nas raízes do modelo romano-germânico, vem a passos largos se aproximando do anglo-saxão. E é neste que encontramos o instituto do

> 'plea bargain'. Ao pé da letra, quer dizer 'pechincha' [negociação, acordo]. Uma tratativa simples entre *parquet* e acusado. Os benefícios são infinitos para nosso combalido sistema judicial: não coloca pessoas sem risco no malfadado sistema carcerário; pune onde mais dói (o bolso); aumenta a arrecadação do Estado; retira da malograda máquina do Judiciário os processos, etc. Não sem motivo, sociedades em melhor situação que a nossa adotam este sistema. É o sopro de modernidade que nosso Judiciário tanto precisa, e que o jurisdicionado tanto anseia.

2.5 A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL E AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL

A corrupção é um fenômeno global complexo que afeta o desenvolvimento de todos os países, em menor ou maior grau, seja em regimes democráticos ou autoritários e em todos os sistemas econômicos. Fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos influenciam no estudo da corrupção, sendo certa a dificuldade na elaboração de um conceito. Uma análise científica da corrupção não pode ser dissociada do referencial normativo sob o qual o fenômeno se desenvolve. (HAYASHI, 2017).

Corrupção significa depravação, podridão, desmoralização e suborno. Enfim é algo sórdido, cuja abrangência é imensa no campo do Direito, partindo da corrupção, como crime autônomo, dividida em ativa (quem corrompe o funcionário público) e passiva (o servidor público que recebe o suborno). O Brasil, como vários outros países, sofre com essa verdadeira praga, inserida na Administração Pública há muitos anos, mas possui um dos piores sistemas legais para combatê-la, constituindo o seu mais destacado erro a leniência diante do corrupto. (NUCCI, 2017)

Rocha afirma que:

> Pode-se, então, estabelecer que a corrupção seja o elemento que introduz na sociedade uma injustiça essencial, uma quebra de isonomia, um desequilíbrio na ordem presumivelmente justa por meio da aceitação por parte de alguém da posição de poder institucional, de um benefício que normalmente não lhe competiria usufruir. Esse benefício pode ser consubstanciado em algo de valor material ou em uma situação que lhe seja gritante. (2018, p.23)

Percebe-se, então, a dificuldade em conceituar e até mesmo elencar os atos de corrupção possíveis em um ordenamento, levando-se em consideração a abertura semântica do termo e as diversas variáveis aplicáveis para o objeto do estudo.

É certo que o tema corrupção ocupa diversas áreas das ciências humanas (HAYASHI, 2017), mas, para fins do referencial do presente artigo, se trabalhará na perspectiva de atos de corrupção tipificados na legislação penal e processual penal, para que se possa analisar as possibilidades de aplicação das novas formas de justiça consensual.

Partindo da premissa de que há necessidade de um referencial normativo para cuidar do fenômeno da corrupção, Hayashi (2017), elenca os seguintes tipos penais como formas clássicas de corrupção e outras correlatas, fazendo menção a atos normativos internacionais: corrupção ativa e passiva (artigos 333 e 317 e

316 (concussão) todas do CP); peculato (artigos 312, 313, 313-A e 313-B do CP), malversação (artigo 315 do CP e artigo 1º do decreto-lei n. 201/67), apropriação ou outras formas de desvio de bens pelo funcionário público (inciso II do artigo 1º do decreto-lei n. 201/67 e ainda os artigos 89 a 98 da Lei de Licitações); tráfico de influência (artigo 332 e 357, ambos do CP); abuso de funções ou prevaricação (artigos 319, 320, 321 todos do CP); receptação e favorecimento real (artigos 180 e 349 do CP); obstrução da justiça e violação do sigilo da investigação (artigo 2º, §1º da lei 12.850/13 e art. 325 do CP). Pode-se acrescentar, entre outros, os crimes previstos na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/96), bem como o delito descrito no artigo 299 do Código Eleitoral.

Não se pretende realizar estudo analítico de cada um dos tipos penais mencionados, mas tão somente, dentro do quadro de inovação de justiça penal consensual, se seria possível, havendo elementos suficientes para deflagração da ação penal, a aplicação dos institutos analisados no presente trabalho, notadamente, o acordo de não persecução penal e o acordo de culpa previstos na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e no projeto de lei anticrime ainda em debate no Congresso Nacional.

Conforme já mencionado, os acordos de culpa ou acordos penais (artigo 395-A do Projeto n. 882/2019) abarcariam todos os tipos penais, independentemente de sua classificação como crimes violentos, crimes de colarinho branco ou atos de corrupção, bem como penas máximas e mínimas cominadas. Todos estariam inseridos no espectro das formas de justiça penal negocial previstos no artigo 395-A do Projeto de Lei Anticrime.

Contudo, em relação ao denominado acordo de não persecução penal é necessária análise do preceito secundário dos tipos penais para que seja possível verificar se podem se encaixar no espectro da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público ou da proposta do artigo 28-A do Projeto n. 882/2019, levando em conta as diferenças apontadas durante o trabalho.

Então, partindo dos referenciais normativos acima mencionados, malgrado se relacionem a atos de corrupção, os delitos elencados nos artigos 313-B, 315, 319, 320, 321, 349, todos do Código Penal e artigos 91, 97 e 98 da Lei n. 8.666/93 possuem preceito secundário com penas cominadas iguais ou inferiores a 2 anos de reclusão, sendo, portanto, classificados como de menor potencial ofensivo.

Assim, nos termos do §2º, I do artigo 28-A do projeto de lei e §1º, I do artigo 18 da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público não são inseridos no espectro de aplicação do acordo de não persecução penal. Isto porque, cabível a transação penal, conforme dispõe a Lei n. 9.099/95 há vedação expressa de aplicação dessa modalidade de justiça consensual, devendo ser observadas a norma regente. Nesse sentido, a justiça consensual ocorrerá na audiência para propositura da transação penal e, caso não aceita, deverá ser analisada a possibilidade de suspensão condicional do processo não havendo falar em aplicação do acordo de não persecução penal.

Em relação aos demais delitos apresentados no rol mencionado como atos de corrupção, analisando, por ora, **apenas o preceito secundário das infrações** vê-se que, em sua maioria se adequariam ao disposto na Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público e, outros, tanto na citada Resolução quanto no Projeto de Lei n. 882/2019.

Os crimes de corrupção ativa, passiva e concussão (artigos 333 e 317 e 316 do CP), peculato (artigos 312, 313, 313-A do CP), delitos descritos nos incisos I e II do Dec-lei n. 201 de 1967, tráfico de influência e exploração de prestígio (artigo 332 e 357, ambos do CP), artigo 2º, §1º da Lei n. 12.850/13, artigos 89 e 96 da Lei de Licitações somente seriam abarcados pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público porque todos possuem penas máximas cominadas superiores a 04 anos de reclusão.

Os delitos previstos nos incisos III a XXIII, do Decreto-lei n. 201/67, receptação (artigo 180 do CP), artigos 342, 344 do Código Penal, artigos 90, 92, 94, 95 da Lei de Licitações e artigo 299 do Código Eleitoral, são abarcados pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e também pelo projeto anticrime porque possuem penas iguais ou inferiores a quatro anos de reclusão.

Em síntese, percebe-se que a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público abarcou todos os crimes ora elencados como atos de corrupção, enquanto o projeto de lei fixa parâmetro diverso, diminuindo bastante a possibilidade dos acordos para o não processamento do investigado, conforme já mencionado no presente estudo.

Sem dúvida, os acordos penais, considerando o baixo índice de processamento e condenações nos crimes de corrupção e as dificuldades na investigação podem trazer maior efetividade no combate a essa criminalidade de colarinho branco. Como colarinho branco deve-se entender os delitos praticados por pessoas de alta classe e que ocupam posição de respeito social (SUTHERLAND, *Apud* MUNDIN, 2019).

Sobre a dificuldade no processamento e elucidação dos chamados delitos de colarinho branco, Pinheiro (2013) afirma que:

> De acordo com **Nunez (1992):** a Justiça penal se exerce sobre tipos tradicionais, delitos convencionais, mas sua atuação é virtualmente inoperante em relação aos autores de atos gravemente prejudiciais para a coletividade que se estruturou na organização política e econômica, por falta de tipificação penal adequada e pelas dificuldades probatórias, de tais comportamentos, derivados da habilidade de atuação de seus autores e da própria complexidade dos delitos econômico–financeiros. Os crimes financeiros infelizmente são dificilmente detectados pelos órgãos policiais e administrativos, por isso quando descobertos, os prejuízos são incalculáveis e de difícil quantificação do prejuízo causado e reparação junto à sociedade, além da difícil qualificação e participação efetiva de cada um com todas as circunstâncias envolvidas na prática delituosa para que possa haver uma denúncia consistente. Para muitos sociólogos e juristas, os crimes de colarinho branco são considerados hediondos, cometidos em face da sociedade, pois as consequências não são visíveis, todavia, a sociedade toda acaba sentindo, prejudicando o desenvolvimento social como um todo, uma vez que cada cidadão não sente-se individualmente lesado por estes

> crimes, pois não há uma violência ou mesmo a fraude para subtrair-lhe um bem ou valores e, acaba por não enxergar tais pessoas como criminosas, desta forma a sociedade só sente o impacto destes crimes, na falta de educação, cultura, saúde, segurança, transporte, habitação, etc.

Ainda sobre o tema, a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) publicou:

> Ainda em 2010, outra pesquisa publicada apontou para a impunidade. A pesquisadora Carolina Costa Ferreira, do GCCRIM/UnB, verificou tratamento diferenciado entre os crimes patrimoniais e os crimes contra a Administração Pública. Com base em decisões dos cinco Tribunais Regionais Federais, de 1º de janeiro de 2006 a 1º de janeiro de 2008, verificou inicialmente que: 'Há absolvição em 31,2% dos casos que tratam de crimes contra a administração pública, enquanto que, nos crimes contra o patrimônio, o percentual é muito mais reduzido, não alcançando 9% dos casos' (Ferreira, 2010, p. 85). A partir de análise do discurso das decisões, constatou que termos como 'perigo', 'periculosidade' ou 'risco' só eram associados aos acusados de crime contra o patrimônio. Concluiu, ainda, que os Tribunais Regionais Federais são mais rigorosos na aplicação da pena quanto aos crimes contra o patrimônio: Em relação à imposição de pena, os dados levantados permitem a conclusão de que os crimes contra o patrimônio apresentaram maiores percentuais nos casos de pena-base aplicada no máximo ou acima do máximo, no caso das hipóteses de concurso (11%), enquanto que os crimes contra a administração pública apresentaram maior índice de aplicação da pena-base no mínimo ou abaixo do mínimo legal (44,1%). As penas privativas de liberdade (detenção e reclusão) são aplicadas no mínimo legal em 57% dos casos referentes a crimes contra o patrimônio e em 66% nos crimes contra a administração. (2016, p.54).

Nessa linha, os acordos penais previstos vêm ao encontro dos avanços da justiça consensual, propiciando ao Estado sair da proteção deficiente para uma efetiva proteção da sociedade.

> A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.[…] A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, de uma omissão no sentido pelo menos habitual do termo). (SARLET, 2005, p. 107 e 132)

A eficácia da justiça consensual pode ser bem resumida nas palavras de Souza:

> Os objetivos eficientistas e pragmáticos do direito fizeram brotar, no Brasil, de forma ainda que parcial, o debate acerca do uso do sistema de justiça negocial, que vem se expandindo em todo o mundo como sua expressão máxima. O uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos demonstrou que este sistema é mais útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o temo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente de crimes. Shunemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o *plea bargaining* expandiu-se para quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna. A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentino reafirmam essa tendência mundial. [...] Atende-se a economia processual e a preservação do prestígio da justiça criminal mediante obtenção de resultados máximos na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais. O resultado útil, advindo desses concomitantes sistemas de proteção é, inegavelmente, otimizado pela adoção do sistema de justiça negocial visto que pressupõem o atingimento dos melhores resultados políticos e estatais possíveis, que desemboca numa proteção otimizada dos interesses. (2019, p. 414)

Essa nova forma de atuação das partes pode trazer inúmeros benefícios para a coletividade propiciando, para além da rapidez das soluções de casos penais, uma nova cultura de atuação proba no processo penal (SOUZA. Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches, 2018). Cientes das provas produzidas no curso da investigação, o acordante/investigado pode buscar rápida solução para o caso, deixando de lado o peso do processo e buscar a reparação do dano coletivo em se tratando de delitos de corrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A introdução de mecanismos de consenso no sistema penal brasileiro vem ocorrendo de forma paulatina, buscando garantir a eficiência e a celeridade do processo penal, contudo, tais movimentos causam intenso debate. O rompimento de paradigmas e mudança na forma de atuação dos profissionais do direito geram dúvidas, incertezas e insegurança.

Relembre-se que quando da publicação e entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais, Lei n. 9.099/95, da mesma forma, existiram diversas e acirradas críticas aos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo que, introduziram novas possibilidades de atuação das partes. Todavia, hodiernamente, os institutos são aplicados sem maiores questionamentos, sendo nítidos os avanços no sistema de justiça penal.

A justiça penal consensual já vem sendo aplicada e aperfeiçoada em diversos ordenamentos jurídicos do mundo, tornando-se um verdadeiro *caminho sem volta*. A partir da experiência internacional é possível perceber que não há no mundo sistema penal eficaz que consiga processar e julgar todos os casos pelo sistema processual tradicional, baseado no conflito de interesses entre as partes litigantes, sendo evidente a necessidade de introdução de novas formas de justiça consensual. Como desenvolvido no artigo, os benefícios da aplicação dos acordos penais são imensos.

O acordo de não persecução penal inova o sistema jurídico-penal na medida em que permite o alargamento de possibilidades de ajuste entre as partes para delitos de médio ou alto potencial ofensivo, desde que não contenham as elementares da violência e/ou grave ameaça, guardados ainda os demais requisitos descritos nos atos normativos, mormente a primariedade do suposto autor do fato. Sem dúvida, o instituto guarda semelhança com a transação penal já prevista na lei dos juizados especiais criminais permitindo ao investigado não ser processado, desde que, se submeta as condições fixadas. Ocorre que, conforme mencionado no presente estudo, há pontos conflitantes entre a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público em vigor e o texto do projeto de lei apresentado no congresso, o que pode causar certa insegurança na aplicação do instituto.

Considerando a necessidade de maior otimização do sistema de justiça criminal percebe-se o acerto da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público quando alarga as possibilidades de acordo para delitos com pena mínima inferior a quatro anos. Ora, nos termos de dispositivos vigentes na legislação penal, ao autor do fato, que possua condições favoráveis e é condenado a pena até quatro anos em crimes sem violência ou grave ameaça, não se imporá pena privativa de liberdade. Assim, não há sentido em se movimentar a máquina do Judiciário para, ao final, se impor ao acusado penas restritivas de direito, podendo o acordo ser celebrado como forma de celeridade e avanço no sistema penal mesmo antes do início do processo. Deixa-se o sistema tradicional apenas para casos graves em que há possibilidade concreta de aplicação de pena privativa de liberdade.

Por outro lado, modificação inovadora e premente, que aproximará a justiça penal brasileira a ordenamentos jurídicos de países avançados, será a introdução do artigo 395-A ao Código de Processo Penal. Ajuizada a ação penal, independentemente do crime pelo qual responde, o réu poderá buscar a solução imediata do conflito mediante a celebração de acordo com o Ministério Público, inclusive para o cumprimento imediato da pena, primando pela celeridade da justiça penal, reparação do dano e respeito as vítimas.

Conforme demonstrado no presente trabalho, os delitos elencados como atos de corrupção seriam abarcados pelas novas modalidades de justiça consensual. Ainda que sobrevenham críticas ao modelo que não resulte em pena privativa de liberdade, tão aclamada nos dias de hoje pelos mais conservadores, a pronta reparação do dano e rápida solução do litígio justificam a adoção do modelo, especialmente para casos que envolvam desvio de recursos públicos como os recorrentemente divulgados nos últimos anos em nosso país. É preciso pensar em rápida solução dos conflitos para que seja possível minimizar os danos provocados pelos atos de corrupção.

As novas modalidades de justiça consensual, sem dúvida, corroboram o combate a essa criminalidade, na medida em que visam a rápida solução do litígio e permitem a recuperação imediata do dano.

REFERÊNCIAS

Acordo de culpa: deixa eu te contar esses “segredos”. 16 out. 2019. Vídeo de 2’28”. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=OoXtw2LJpCI. Acesso em: 20 out. 2019.

ALVES, Jamil Chaim. Justiça consensual e plea bargaining. *In* CUNHA, Rogério Sanches *et al*. Acordo de não persecução penal. 2. ed. p. 317-238. Salvador: JusPodivm, 2019.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Considerações processuais sobre os acordos previstos no projeto de lei n. 882/2019 (projeto “anticrime”). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-14.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: Uma Análise a Luz do Direito Comparado. *In* CUNHA, Rogério Sanches *et al*. Acordo de não persecução penal. 2. ed. p. 273-330. Salvador: JusPodivm, 2019.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. *In* CUNHA, Rogério Sanches *et al*. Acordo de não persecução penal. 2. ed. p. 49-100. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto compilado. Disponível em: http://www.planalto..gov. br. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 882, apresentado em 19 fev. 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353. Acesso em: 19 out. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. *In* CUNHA, Rogério Sanches *et al*. Acordo de não persecução penal. 2. ed. p. 19-47. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 20 de out. 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Plea Bargain – resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

FREITAS, Vladimir Passos. O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal. Conjur. 2019. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/principio-obrigatoriedade-acao-acordos-esfera-penal.> Acesso em: 20 out. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luis Flávio. Moro sugere "plea bargain" no Brasil. Que é isso? É possível? Seria uma revolução? Disponível em: https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/01/2bcfda5c-plea-bargain-modelo-norte-americano-de-justica-inevitavel-conflito-de-codificacao-unicode.pdf. Acesso em: 21 out. 2019.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. *El modelo francês de mediación penal*, in: La mediación penal para adultos. Una realidad em los ordenamentos jurídicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

IBCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Boletim 318/Maio de 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial acesso em 21 de Out. 2019.

MESSIAS, Manoel. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MPCE. GNCRIM, CNPG Comissão Especial para análise dos projetos de lei 881 882/2019 (PL Anticrime). Disponível em: https://mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/CNPG_anticrime.pdf. Acesso em: 21 out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (MPU). Escola Superior do Ministério Público da União. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos. Uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Brasília-DF, 2016. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/a-investigacao-e-a-persecucao-penal-da-corrupcao-e-dos-delitos-economicos-uma-pesquisa-empirica-no-sistema-de-justica-federal-tomo-1. Acesso em: 19 out. 2019.
MUNDIN, Leonardo. Punição aos crimes do colarinho branco: o que falta fazer? out. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298302,71043-Punicao+aos+crimes+do+colarinho+branco+o+que+falta+fazer. Acesso em: 25 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Dificuldades do Brasil no combate à corrupção. 24 nov. 2017. Disponívelem:https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/dificuldades-do-brasil-no-combate-a-corrupcao. Acesso em: 24 out. 2019.

PINHEIRO. Rinaldo. Crimes de colarinho branco: Um crime contra o desenvolvimento do Brasil. ago. 2013. Disponível em: https://profrinaldo.jusbrasil.com.br/artigos/111849348/crimes-de-colarinho-branco-um-crime-contra-o-desenvolvimento-do-brasil. Acesso em: 25 out. 2019.

ROCHA, Alexandre Sérgio da. Corrupção: conceitos e reflexões. Rio de Janeiro: Juruá, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 98, p. 107-132. jun. 2005.

SOUZA. Renee do Ó. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência do *plea bargain.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain. Acesso em: 19 out. 2019.

SOUZA. Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *In* Segurança Pública: os desafios da pós modernidade. p. 413-415. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2019.

SOUZA. Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. Out. 2018. Disponível em http://www.ammp.com.br/wp-content/uploads/2018/10/A-legalidade-do-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-uma-op%C3%A7%C3%A3o-leg%C3%Adtima-de-pol%C3%Adtica-criminal.pdf. Acesso em 14 de Nov. 2019.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Acordo de Não Persecução Penal – O exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. 1. ed. Brasília: Fundação Escola, 2019.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Comentários ao Anteprojeto de lei anticrime: tripartido em três projetos de lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. Salvador: Juspodvum, 2019. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios_Anteprojeto_Anticrime_Nestor_Rosmar.pdf Acesso em: 20 out. 2019.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Porto Alegre, 2014. 361 f. Disponível em: http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6943/1/000462996-Texto%2bParcial-0.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

A TRANSVERSALIDADE DOS EFEITOS DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega[1]
Elaine Cristina Rocha Pedroza dos Santos[2]

RESUMO: O presente artigo situou-se no estudo dos aspectos teóricos e práticos relativos à transversalidade dos efeitos do instituto da colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa como forma de superar a crise de efetividade da lei. A pesquisa é do tipo exploratória e foi construída a partir de levantamento bibliográfico, adotando-se o método dedutivo na medida em que se buscou conformar, à luz do Direito Administrativo Sancionador e do microssistema do combate à corrupção, interpretação que possibilitasse validamente a negociação de sanções da improbidade administrativa no acordo de colaboração premiada, de natureza penal, ou mesmo o transporte dos seus efeitos para o âmbito da Lei nº 8.429/92, apesar da vedação expressa e vigente do art. 17, § 1º, do referido diploma, que proíbe acordo, transação e conciliação nessas ações. Com isso, objetivou-se conferir maior efetividade aos princípios que regem a Constituição Federal na tutela da probidade administrativa, insculpida no seu art. 37, § 1º, mantendo-se intacto o princípio da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Combate à corrupção. Acordo de colaboração premiada. Improbidade administrativa. Microssistema. Transversalidade.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é uma das maiores preocupações da sociedade brasileira atual, gerada pelo número cada vez maior de notícias, ou mesmo a partir de um mais amplo acesso aos conteúdos das redes sociais, a respeito dos desvios de condutas ocorridos no seio da vida pública, os quais, além de influenciar negativamente a economia do país, devido a suas repercussões, têm afetado o cotidiano da vida política nacional.

Diante dessa crescente preocupação, o cenário jurídico criminal brasileiro tem concentrado suas energias no combate à corrupção, utilizando-se das novas técnicas de investigação, notadamente, com a operacionalização dos acordos de colaboração premiada, a fim de otimizar e elucidar fatos complexos.

Ocorre que muitos crimes sobre os quais vêm se efetivando o acordo de colaboração premiada também constituem atos que atentam contra a moralidade administrativa, o que poderia indicar o automático aproveitamento do instituto no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.

Todavia, no âmbito do acordo de colaboração, o tema relativo à possibilidade ou não da proposição de benefícios em troca de informações ou mesmo a extensão dos seus efeitos para a resolução de questões nas

1 Analista do MPU/Direito lotado no 7º ofício da Procuradoria da República do Tocantins, endereço eletrônico em eduardoteddy@mpf.mp.br
2 Analista do MPU/Direito lotada no 8º ofício da Procuradoria da República do Tocantins, endereço eletrônico em elainecristinars@hotmail.com

esferas extrapenais, especificamente no campo da improbidade administrativa, ainda gera inúmeras controvérsias no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Isso se deve à existência de vedação expressa do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, que impede a realização de transação, acordo ou conciliação na ação de improbidade administrativa.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou conformar, à luz do Direito Administrativo Sancionador e do microssistema do combate à corrupção, interpretação que possibilitasse validamente a negociação das sanções da improbidade administrativa em troca das informações sobre atos ímprobos ou mesmo o transporte dos efeitos das colaborações estabelecidas no campo criminal para o âmbito da Lei nº 8.429/92.

A vedação do art. 17, § 1º, da aludida lei, apesar de vigente, não está em consonância com as inovações legislativas do microssistema de combate à corrupção, que, em sua maioria, acolheu a lógica do consensualismo/colaboração tanto no sistema do administrativo sancionador quanto no sistema penal brasileiro. Por essa razão, realizou-se um esforço interpretativo para harmonizar o texto legal com o microssistema de combate a corrupção, sem conferir uma interpretação ab-rogante do art. 17, § 1º, e sem subverter a sua literalidade textual.

Assim, inicialmente, na seção 1, apontou-se a importância da atualização interpretativa do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 em razão da crise de efetividade dessa norma – Lei de Improbidade Administrativa –, das novas formas de corrupção e das novas técnicas de enfrentamento.

Na seção 2, lançou-se a importância da técnica interpretativa fundada nos microssistemas para superação de antinomias normativas em detrimento da clássica lógica da codificação, com enfoque nas leis que trazem em si uma unidade principiológica do combate à corrupção.

Na seção 3, analisou-se o fenômeno da sanção, haja vista ser exatamente isso o que se negocia e de que se dispõe quando se pactua um acordo de colaboração premiada. Nessa linha, enfrentam-se as questões da natureza jurídica da sanção e sua estrutura punitiva, tanto no viés criminal quanto do ponto de vista do Direito Administrativo, situando a Lei de Improbidade Administrativa em uma zona de intersecção entre o Direito Administrativo Sancionador e o direito de punir do Estado, o que a torna aberta aos influxos dos princípios de um verdadeiro microssistema do direito de punir estatal, legitimado no Direto Penal.

Na seção 4, realizou-se um cotejo entre a Lei de Improbidade Administrativa e o microssistema de combate à corrupção, objetivando reunir o máximo de diplomas legais que podem projetar seus princípios e regras comuns nos espaços de conformação deixados pela Lei de Improbidade Administrativa e, com isso, identificar o real alcance do seu art. 17, § 1º, e os limites possíveis de interpretação do artigo.

A partir das premissas lançadas, indicou-se, na seção 5, que, para manter o respeito à vigência normativa do art. 17, § 1º, da referida lei e, ainda assim, obter a harmonização legal com o microssistema de combate à corrupção, há de se conferir interpretação segundo a qual se admite a transversalidade dos acordos de colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa, desde que não haja ação de improbidade ajuizada anteriormente ao acordo.

Em outras palavras, os legitimados podem dispor de sanções próprias da ação de improbidade em troca de informações no campo extrapenal, podendo também transmitir os efeitos dos acordos de colaboração validamente para o campo da improbidade, desde que não haja ação de improbidade ajuizada.

Finalmente, concluiu-se que os acordos de colaboração são instrumentos profícuos no enfrentamento da relativa ineficiência da Lei de Improbidade Administrativa na medida em que revelam fatos, elucidam crimes e atacam a sensação de impunidade. Nesse sentido, preocupou-se o excerto em conferir legitimidade à transversalidade dos efeitos da colaboração para o âmbito extrajudicial da improbidade administrativa, evitando-se o esvaziamento das normas que autorizam esses institutos para a tutela da probidade administrativa.

2 A CRISE DA EFETIVIDADE DO SISTEMA DE DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA E A MULTIPLICIDADE DE NORMAS VOLTADAS AO COMBATE À CORRUPÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 37, § 4º, inaugurou uma nova fase no que tange à tutela judicial, administrativa e penal da probidade administrativa, conferindo densidade normativa ao princípio republicano e lançando bases para a concepção de diversos instrumentos processuais voltados ao efetivo enfretamento às práticas de corrupção no ambiente interno do Estado, bem como nos ambientes negociais a ele relacionados. Dispôs o referido art. 37, § 4º, 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.

A aludida norma constitucional elevou a defesa da probidade administrativa e o combate à corrupção ao patamar de direito fundamental da coletividade e, como tal, valor relevante a ser protegido e efetivado pelo Estado. Não sem motivo, o dispositivo lançou, em sua parte final, verdadeiro mandado de criminalização e reprovação no campo administrativo.

Todavia, segundo Ortolan (2019), o constituinte originário conferiu ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal um modelo punitivo difuso baseado no princípio da independência das instâncias penal, civil e administrativa, como decorrência do princípio da separação de poderes. Essa opção legislativa ocasionou uma profusão de diplomas que prescrevem ilícitos, cominam sanções e são aplicáveis por diferentes esferas de poder e instâncias, muitas vezes até em sobreposição, com diferentes regimes jurídicos de apuração e responsabilização, investindo, ainda, diversas autoridades, inclusive do Judiciário e do Legislativo, no poder de lançar mão de sanções de caráter administrativo na sua rotina de atribuições (ORTOLAN, 2019).

Nessa senda, discriminam-se diversas normas que abordam o fato, identificado aprioristicamente como ilícito, nos mais variados contextos de corrupção, como: Código Penal, Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), Lei nº 9.813/96 (Lavagem de Capitais), Lei nº 1.079/50 (Lei dos crimes de Responsabilidade), Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), Decreto-Lei nº 201/67 (Crimes de Responsabilidade de Prefeitos), Lei nº 8.112/92 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação), Lei nº 12.529/2011 (Lei da Defesa da Concorrência), Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), Lei nº

8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção das Empresas), dentre outras.

Esse intrincado de normas, competências e instâncias, embora instrumentalizem e ampliem o leque de opções disponíveis ao Estado na busca de efetividade na proteção, acaba por tornar o sancionamento da conduta corrupta deveras complexo, exigindo do investigador/aplicador esforço interpretativo para coordenar cada base de incidência normativa.

A título ilustrativo, imagine-se uma organização social (OS) que presta serviços de saúde a determinada prefeitura da Federação. A entidade do terceiro setor, assumindo totalmente os riscos da sua atividade, paga regularmente seus funcionários, disponibiliza equipamentos, arca com as manutenções e, ainda, é inteiramente responsável pela administração e gestão dos hospitais da rede, mediante contraprestação avençada em contrato de gestão. Em certa altura, chega ao Ministério Público oficiante na comarca a informação de que o prefeito municipal, em conluio com o secretário de Saúde, um fiscal de contrato e o presidente da OS, construiu complexo esquema de desvio de recursos e lavagem de capitais destinados à assistência farmacêutica, causando prejuízos ao Erário estimados em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Nesse contexto hipotético, os atos de corrupção ventilados abrem ao Ministério Público e às entidades lesadas várias possibilidades de atuação, obrigando-as a adotar postura mais estratégica, haja vista a multiplicidade de penalizações que aparentemente se sobrepõem.

Sem aprofundar muito nas conjecturas investigatórias, o caso em questão poderia sugerir as seguintes abordagens: no campo penal, o *Parquet* poderia denunciar os envolvidos em alguns dos crimes contra a administração pública, como os de corrupção ativa e peculato, por exemplo. Poderia, ainda, o promotor, utilizar-se do regime jurídico das Leis de Organizações Criminosas e Lavagem de Capitais para propor aos envolvidos acordo de colaboração premiada com o objetivo de amealhar informações decisivas sobre fatos, autoria e materialidade, em troca de benefícios processuais e mesmo penais aos agentes.

No campo administrativo, do ponto de vista da pessoa jurídica que corrompe, a autoridade administrativa municipal competente poderia propor à OS acordo de leniência para obtenção de informações elucidativas dos fatos ou indicação de provas sobre as infrações empresariais cometidas naquele âmbito, oferecendo-lhe em troca a mitigação de multa ou até mesmo a sua elisão.

Nesse mesmo cenário, o promotor de justiça poderia buscar, ainda, a responsabilização civil e administrativa da OS na seara judicial, podendo até mesmo conseguir aplicar medidas restritivas de direito à atividade empresarial desempenhada e exigir a reparação do dano, de natureza claramente civil, em face da empresa.

Em paralelo à responsabilização da pessoa jurídica, o Ministério Público ou o órgão concorrentemente legitimado poderia, também, ajuizar ação civil pública por ato de improbidade administrativa a fim de obter a responsabilização individualizada do servidor público ímprobo e do terceiro beneficiário, tanto no campo civil, com as sanções de ressarcimento e a multa civil, quanto na seara administrativa sancionatória, obtendo condenações baseadas em restrições de direitos como: proibição de contratar com o poder público, vedação de receber empréstimos ou subvenções públicas, perda da função pública e restrição a direitos políticos.

Finalmente, o prefeito envolvido no caso hipotético poderia responder pelo crime de responsabilidade previsto no Decreto-Lei nº 201/67, tendo de responder ao processo político movido pela Câmara Municipal, responder

por suas contas perante o controle interno do seu próprio órgão e, eventualmente, ao cabo da tomada de contas especiais, ter suas contas rejeitadas e, por consequência, sofrer nova condenação pelo Tribunal de Contas estadual, órgão de controle cuja atribuição permite imputar débito ao prefeito, a título de ressarcimento ao Erário, além de fixar multa em razão da gestão antieconômica.

Apesar de todo o alcance do microssistema anticorrupção, nos tempos atuais, o crescimento do etiquetamento de condutas, sejam elas classificadas como ímprobas ou previstas como tipos penais, tem tornado as investigações mais complexas e demoradas. Nessa toada, tanto as ações penais ajuizadas quanto as de improbidade administrativa caminham de maneira morosa, causando abarrotamento de todo o sistema de justiça e contribuindo com maior sensação de impunidade no seio social.

No campo penal, a Lei nº 12.850/2013, cognominada Lei das Organizações Criminosas, conferiu maior segurança jurídica e efetividade à resposta estatal aos crimes de corrupção, notadamente por meio da adoção das técnicas especiais de obtenção de provas, como a instituição da colaboração premiada.

No âmbito da improbidade administrativa, a legislação não acompanhou a aludida atualização, obrigando os órgãos de controle a trabalhar o combate à corrupção por meio de métodos formais e ultrapassados de investigação, em um contexto em que a rapidez das informações e das operações exige maior agilidade na sua abordagem. O descompasso entre a legislação e os novos métodos de abordagem dos atos de corrupção reflete em números a sua ineficácia.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, compilados no trabalho *Justiça Pesquisa*, coordenado pelo professor Luis Manoel Gomes Júnior (2015), que analisou um universo de 8.183 ações de improbidade administrativas, finalizadas entre 2010 e 2013 em todo o Brasil, o tempo médio de uma ação de improbidade, desde seu ajuizamento até seu julgamento final, foi de pouco mais de quatro anos. Nessa base de dados, entre todos os agentes condenados, 25% tiveram decretados contra si a perda da função pública, mais de 60% tiveram suspensas suas atividades e 64% tiveram decretada contra si a proibição de contratar com o poder público.

Cumpre advertir, porém, que esses dados não levaram em conta o tempo de tramitação dos procedimentos extrajudiciais no âmbito do Ministério Público, variável de grande impacto quando se analisam a data do fato ocorrido, o processamento da notícia de fato, passando pela instrução realizada no inquérito civil, até o efetivo ajuizamento da ação na justiça, fatos que podem representar até mesmo a dobra de tempo entre a data do fato e o julgamento final da demanda.

Conforme Gavronski (2019), especificamente quanto ao ressarcimento por danos ao Erário, o trabalho *Justiça Pesquisa* analisou 3.528 processos nos quais houve condenação ao ressarcimento integral, num valor médio de R$ 469.752,44 (quatrocentos e sessenta e nove mil, setecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e quatro centavos). Todavia foram baixíssimos os índices de êxito na efetivação dessas condenações já que em apenas 10% dos processos nos quais foi aplicada a aludida sanção houve algum ressarcimento, sendo que somente em 4% os valores retornaram integralmente ao Erário e 6,4% de maneira parcial.

Esse estudo indica uma crise de efetividade incidente sobre o principal marco legal de defesa da probidade pública, a Lei nº 8.429/92, fruto da aplicação hermética e sem integração com outros diplomas mais atualizados e atentos às novas formas de combate à corrupção, que pode ser modificado a partir da solução dada em conformação junto ao microssistemas de combate à corrupção.

3 A UTILIZAÇÃO DE MICROSSISTEMAS COMO MÉTODO DE HARMONIZAÇÃO NORMATIVA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO PREVISTAS NO SISTEMA PENAL

Para superar a crise de eficácia do seu sistema, a Lei nº 8.429/92 merece ser revisitada a partir de uma nova compreensão dos princípios estruturantes do Direito Administrativo.

Tradicionalmente, esse ramo do direito funda-se nos dogmas da indisponibilidade do interesse público e na supremacia do interesse público sobre o privado. Entretanto, atualmente, mesmo esses princípios sofrem influência do microssistema de combate à corrupção na medida em que cada vez mais os regimes jurídicos administrativos preocupam-se com a efetividade de suas penalizações.

A ampliação das formas de punição tem obrigado o administrador a cada vez mais utilizar-se de regras de interpretação dos campos do microssistema anticorrupção a fim de motivar seus atos sancionatórios, de modo que a doutrina vem criando um campo próprio nos seus estudos, qual seja, o Direito Administrativo Sancionador, atualmente em plena construção e totalmente aberto aos influxos das mais modernas técnicas de elucidação de atos corruptivos.

Nessa linha de entendimento, a partir do microssistema de combate à corrupção, é possível mitigar a rigidez do princípio da independência das instâncias e dispor sobre as sanções de improbidade administrativa, seja em inquérito civil, seja em acordo de colaboração premiada, transportando os seus efeitos validamente para aquela seara e superando o bloqueio normativo do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92.

É sabido que a Lei nº 8.429/92 está inserida em um contexto normativo de objetivo comum, qual seja, debelar de maneira eficiente e célere a prática dos atos de improbidade que, em última análise, são considerados atos de corrução. O acordo de colaboração premiada ou mesmo os acordos de leniência são as técnicas especiais de investigação que mais podem contribuir com a elucidação célere dos fatos.

Nesse cenário, o direito brasileiro tem admitido em vários conjuntos legislativos a utilização da técnica de interpretação por meio dos microssistemas como forma de harmonizar e até mesmo dirimir conflitos aparentes de normas.

Explica Ortolan (2019) que:

> O diferencial do microssistema consiste na criação de uma independência entre vários diplomas, de modo que as lacuna, omissões e contradições podem ser resolvidas por meio da interpretação e aplicação conjunta e recíproca de princípios, regras e procedimentos desses diplomas setoriais, em primazia sobre os regramentos dos códigos. (ORTOLAN, 2019, p. 61)

Os elementos caracterizadores de um microssistema podem ser assim descritos:

> a) a existência de princípios próprios, diversos daqueles identificados na legislação codificada; b) lógica autônoma; c) assunção do caráter de direito geral para a temática tratada pela legislação componente do microssistema; e d) a modificação do direito codificado, a qual, no tocante à matéria tratada pelo microssistema, passa a ostentar disciplina residual. (ORTOLAN *apud* IRTI, p. 62)

Nessa senda, a tutela da probidade administrativa, lançada pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal confere justificação e legitimidade a todas as legislações que de alguma forma buscam atingir a máxima eficiência no combate à corrupção, harmonizando-as e servindo de suporte para transcender contradições aparentes do próprio microssistema.

4 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INTEGRANTE DO SISTEMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A TEORIA UNITÁRIA DO PODER DE PUNIR ESTATAL

A Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em uma zona de intersecção entre o sistema do Direito Administrativo e as normas do Direito Penal, muito embora não haja dissenso relevante em doutrina a respeito da natureza civil das suas normas (NEVES, 2019). Isso porque, no desempenho de suas atividades, a administração pública aplica penalidades aos seus administrados.

Conforme explica Oliveira (2017), o Direito Administrativo, quando analisa a administração pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico, volta sua feição para o estudo da administração pública sob o ponto de vista das autoridades que exercem as atividades administrativas. No sentido material, objetivo ou funcional, o Direito Administrativo se preocupa com a própria função ou atividade administrativa desempenhada, como poder de polícia, serviço público, fomento e intervenção no domínio econômico.

Deflui desse contexto que, na busca de entregar os benefícios à coletividade e garantir os legítimos interesses públicos, a administração pública desempenha suas atividades, impõe regras, identifica condutas e prevê sanções em face da desobediência de seu comando.

Essa mesma lógica é verificada no âmbito penal, haja vista que trabalha com a ideia de bens jurídicos, ou seja, o seu sistema seleciona os valores mais caros para a vida em sociedade e os protege por meio de prescrições proibitivas sujeitas a penas, buscando, com isso, a manutenção da ordem e da coesão social.

Essa realidade teórica indica que o lócus onde o Direito Administrativo Sancionador é forjado descende do mesmo tronco ontológico do Direito Penal, no que toca ao *ius puniendi* estatal, não havendo diferenças essenciais entre as reprovações do Direito Penal e aquelas aplicadas no campo do Direito Administrativo, na medida em que se trata igualmente de castigo como resposta a uma violação para o restabelecimento da ordem.

A sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do Direito Administrativo, formal e material, circunstância que permite claro alargamento do campo de incidências dessas sanções. Osório (2009) estrutura o conceito de sanção administrativa a partir de quatro elementos, quais sejam: (i) presença de autoridade administrativa impondo a sanção (elemento subjetivo); (ii) incidência do efeito aflitivo

manifestado pela imposição do castigo por meio da privação de direitos preexistentes ou imposição de novos deveres (elemento objetivo); (iii) repressão da conduta para o reestabelecimento da ordem jurídica (elemento teleológico); e (iv) natureza administrativa do procedimento (elemento formal). A partir desses marcos, o professor constrói seu conceito para as sanções administrativas nos seguintes termos:

> [...] consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Publica, materialmente considerada, pelo judiciário ou por corporações de direito, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do direito administrativo. (OSÓRIO, 2009, p. 95)

Como se percebe, a estrutura punitiva da sanção no Direito Administrativo segue a mesma lógica do Direito Penal. Na Lei de Improbidade Administrativa, as penas estabelecidas no art. 12 priva o agente que praticou o ato de improbidade, restringindo direitos preexistentes, como ocorre na suspensão de direitos políticos e na perda da função pública; reprime a conduta, restabelecendo a ordem pública com a exigência do ressarcimento do dano; e impõe novos deveres, como o pagamento de multa civil.

Segundo Osório (2009), emerge da doutrina espanhola a tese da teoria da unidade da pretensão punitiva estatal segundo a qual não há diferença ontológica entre os ilícitos criminais e administrativos, o que facilitaria a aplicabilidade dos princípios penais e as garantias fundamentais a ele inerentes às sanções administrativas, as quais, muitas vezes, podem ser mais intensas, no sentido aflitivo, que aquela fixada no campo penal.

Contudo, supor uma aplicabilidade automática, absoluta e sem critérios dogmáticos dos princípios penais ao regime do Direito Administrativo com base em pretensa unicidade do direito de punir estatal não resistiria às fortes diferenças entre os regimes jurídicos penais e administrativos.

A elasticidade dos princípios faz que sua aplicação em cada ramo de direito punitivo seja peculiar, tal como ocorre nas decisões judiciais, quando da concretização da norma geral e abstrata. Essa fluidez, porém, deve ocorrer em um espaço de conformação válido.

Conforme Osório (2008), o sentido real da unidade do sistema punitivo brasileiro deve fundar-se na construção de um núcleo duro de valores extraídos de cada regime jurídico de punição, os quais se comunicarão externamente para formar um sistema normativo superior e comum aos dois ramos, o que servirá, a um só tempo, como limitador do alcance e parâmetro de legitimação normativa.

Nesse cenário, é totalmente factível que o juiz, ao condenar um agente por ato de improbidade, adote as técnicas de dosimetria da pena previstas no Código Penal para fixar o valor da multa civil, por exemplo, ou para modular o período em que os direitos políticos do agente ficarão suspensos, uma vez que confere maior racionalidade ao castigo.

Diante de tal premissa, a Lei de Improbidade Administrativa, além de se comunicar com a sistemática do direito de punir, compõe o microssistema de combate à corrupção, sofrendo diretamente os influxos do conjunto de legislações anticorrupção. Nessa linha, a aludida lei deve estar aberta às novas técnicas especiais de investigação, sob pena de enfraquecer todo o sistema de defesa da probidade.

O advento da colaboração premiada no sistema criminal trouxe vários benefícios às investigações e ao enfrentamento do crime organizado, na medida em que ajudou a destravar ações penais e desvendar vários crimes até então acobertados pela lei do silêncio (*omertà*), típica nos grupos mafiosos.

Por outro lado, também no campo do Direito Administrativo Sancionador, notadamente nas Lei nº 12.846/2013 e Lei nº 12.529/2011, já houve o acolhimento da técnica negocial do acordo de leniência, que vem conferindo muitos ganhos processuais e instrutórios à administração.

Isso posto, a viabilização desse instrumento no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa se faz ainda mais necessária quando se pensa nos prazos prescricionais mais exíguos e na rapidez com que o patrimônio pode ser desviado, omitido ou dissipado, auxiliado pelas novas tecnologias.

5 OS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA/LENIÊNCIA À LUZ DO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O transporte dos meios negociais para o campo do Direito Administrativo Sancionador, seja do acordo de leniência, seja do acordo de colaboração premiada, pode ser operacionalizado no campo da improbidade. Isso porque já há no microssistema a aplicação das técnicas de colaboração tanto no regime jurídico do Direito Penal de punir quanto no Direito Administrativo Sancionador, além de não se justificar a incompatibilidade das normas no sistema, sendo necessária a harmonização da persecução. Como bem anotou Dino (2019):

> [...] o manejo de um instituto negocial, na esfera penal, com a concessão de imunidade, parcial ou total, em troca de elementos viabilizadores do aprofundamento probatório, para alcance de escalões superiores de uma organização criminosa, por exemplo, deve acarretar identidade de tratamento em outros campos persecutórios porventura existentes, em cada caso concreto. Afigura-se disfuncional um sistema que, à luz do mesmo suporte fático, concede benefícios numa órbita persecutória, mas admite responsabilizar o mesmo infrator colaborador na outra esfera. (DINO, 2019, p. 631)

Todavia, a operacionalização do instituto no campo da improbidade, mesmo que inserida no microssistema de combate à corrupção, não tem o condão de revogar a lei, sob pena de usurpar-se a vontade legislativa. Nesse cenário, deve o intérprete extrair da norma um sentido que supere a aparente incompatibilidade normativa perante o microssistema, cuidando para não subverter o real sentido do seu texto.

O art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 veda transação, acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa. Entretanto, em que pese inicialmente a regra ter sido relevante para reforçar a ideia da indisponibilidade do interesse público, com ampliação das atribuições do Estado brasileiro e maior complexidade das suas relações, o dispositivo deixou de atender sua finalidade e passou a obstaculizar o sistema de defesa da probidade administrativa, contrariando, principalmente, os princípios constitucionais da eficiência (art. 37, *caput*) e da economicidade (art. 70).

Segundo Rosa e Santana (2019), o Direito Processual Penal brasileiro optou pela ampliação dos espaços de consenso no seu regime jurídico para reduzir custos operacionais (economicidade) e simplificar procedimentos, garantindo a efetividade (eficiência) nos resultados. Essa mesma lógica pode ser adotada no campo da improbidade para superar a crise de eficiência do modelo.

Ressalve-se, entretanto, que essa perspectiva do acordo de colaboração como instrumento adequado a conferir maior eficiência aos regimes jurídicos que os aceitam encontra forte resistência no campo teórico, conforme a crítica consignada abaixo.

> Aliás, ou a delação premiada é o sintoma da incapacidade de o Estado investigar e produzir prova ou é jogo de cena, porque se há boa investigação, provas robustas, sentenças condenatórias, negociar com um culpado por quê? (COUTINHO; LOPES JR.; ROSA, 2018, p. 57)

Nessa linha mais crítica do instituto da colaboração, tais autores o veem como verdadeiro instrumento de pressão, capaz de gerar confissões ou declarações falsas contra terceiros, colocando em risco a confiabilidade do próprio sistema penal. "É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência" (COUTINHO; LOPES JR.; ROSA, 2018, p. 27).

A despeito de tais controvérsias teóricas acerca do instituto e apesar da vedação expressa dos acordos no campo da improbidade, o poder público vem operacionalizando os pactos tanto na seara administrativa, com acordos de leniência, termos de ajustamento de conduta e termos de compromisso de cessação em setores regulados, quanto na seara criminal, com a transação penal e a colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013.

Grande evolução no cenário jurídico do combate à corrupção se deu com a introdução da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), que tem por objeto a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos à administração pública nacional ou de país estrangeiro. Previu essa lei a possibilidade de a administração pública pactuar com o infrator um acordo de leniência, sendo esse um instrumento utilizado para obter elementos de investigação, ainda na fase do procedimento administrativo, para o esclarecimento dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, praticados apenas por pessoas jurídicas (art. 5º).

Trata-se de um instrumento de apuração muito semelhante à colaboração premiada, pois, tal como essa, tem por finalidade identificar os demais envolvidos na infração e obter rapidamente informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16).

Interessante notar que essa lei classificou várias condutas como atos lesivos ao patrimônio público, os quais, ao mesmo tempo, podem configurar atos de improbidade administrativa. Assim, não é coerente pensar que, no tocante à prática dos mesmos ilícitos, seja permitido à pessoa jurídica celebrar um acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção Empresarial, mas vedada a negociação no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa a seus dirigentes, que concorreram para o ato e colaboraram com as investigações (ANDRADE, 2019).

Vale reforçar que, uma vez dispostas em microssistema, tanto a Lei Anticorrupção Empresarial quanto a Lei de Improbidade Administrativa sofrem reciprocamente os influxos dos seus sistemas normativos, na medida em que objetivam tutelar os mesmos bens jurídicos (o restabelecimento da ordem jurídica e os benefícios da coletividade). Por isso, as regras e os princípios da Lei Anticorrupção Empresarial podem validamente alcançar a Lei de Improbidade Administrativa, no que couber, haja vista estarem no mesmo espaço de conformação normativa.

Dessa maneira, onde não houver vedação legal expressa, ou mesmo um vácuo normativo, o microssistema poderá projetar seus efeitos para instrumentalizar o sistema deficitário e conferir maior eficácia ao valor protegido.

Outra alteração legislativa recente que demonstra tendência legislativa no que diz respeito à possibilidade de acordos na seara do Direito Administrativo é a Lei nº 13.655/2018, que inseriu novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), nos arts. 26 e 27. O art. 26 da LINDB assim dispõe:

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)
> § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
> I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
> II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
> III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
> IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

O art. 26 da LINDB instituiu uma cláusula geral de negociação no Direito Administrativo. Ela dá suporte a instrumentos consensuais de controle, como os termos de ajustamento de gestão. Sob esse aspecto, conforme Ferraz (2019), na definição de autoridades administrativas, estão os controles internos, incluídos os corregedores, os tribunais de contas e o Ministério Público. E o art. 27 da LINDB autorizou que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá ser imposta a compensação por benefícios indevidos, prejuízos anormais, injustos, resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Embora o dispositivo indique o nascimento de uma cláusula geral de negociação no Direito Administrativo, é necessário advertir que ela ainda não é o instrumento normativo legitimador dos acordos no campo da improbidade, não sendo instrumento legal apto a afastar a aplicabilidade do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92. Isso porque, apesar de ser lei posterior, a Lei nº 8.429/92 é especial em relação à LINDB. Noutro aspecto, vale salientar que o próprio art. 26 da LINDB faz uma ressalva para que seja observada a legislação aplicável.

Na lição de Didier Jr. e Bonfim (2017), a proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era um reflexo da proibição no âmbito penal. Tal vedação existia em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público, da visão de que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível.

Todavia, a partir da Lei nº 9.099/95, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no direito brasileiro e desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual. Essas transformações também abrangeram o processo penal, como é o caso da ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu, a exemplo da colaboração premiada.

Nesse sentido, conclui-se que, se agora é possível negociar as consequências penais, ainda que se refira a infrações graves, não há razão para que exista vedação para negociar as sanções civis de improbidade. Ainda, segundo os autores, a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

Lembre-se, ainda, que a legislação brasileira vem contemplando os acordos de colaboração como medida útil ao enfrentamento da criminalidade desde 1986. A exemplo disso, citem-se as seguintes leis, nas quais a colaboração processual enseja a mitigação da pena ou até mesmo a extinção da punibilidade: Lei nº 7.492/86, que dispõe sobre crimes financeiros (art. 25, § 2º); Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre crimes hediondos (art. 8º, parágrafo único); Lei nº 8.137/90, que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único); Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre a utilização dos meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, revogada (art. 6º); Lei nº 9.269/96, que alterou o art. 159, § 4º, do Código Penal, concedendo redução da pena para o concorrente que auxiliar a libertação do sequestrado na extorsão mediante sequestro; Lei nº 9.613/98, que dispõe sobre lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º); Lei nº 9.807/99, que estabelece normas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e dispõe sobre condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação ou ao processo (arts. 13 e 14); Lei nº 11.343/2006, que estabelece normas de controle e repressão ao tráfico ilícito de drogas (art. 41); Lei nº 12.683/2012, que altera a Lei nº 9.613/98 para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, dando nova redação ao art. 1º, § 5º, daquele diploma legal; Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penas e procedimento criminal (art. 3º, I, arts. 4º, 5º, 6º e 7º).

Nessa linha de ideias, Andrade (2019), tomando por base a normativa do art. 2º, § 1º, da LINDB,[3] em consonância com o microssistema de tutela do patrimônio público, afirma que o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 foi derrogado tacitamente por incompatibilidade lógica com as leis que regem os acordos de colaboração (Lei nº 9.807/99, Lei nº 9.613/98, Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Lei nº 12.850/2013 e, em especial, pelo art. 16 da Lei Anticorrupção Empresarial, que institui o acordo de leniência.

A Nota Técnica nº 1/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, encampou o entendimento acima para orientar os procuradores a firmar compromissos de ajustamento de conduta nas questões relativas a improbidade por meio da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, no seu art. 1º, § 2º,*verbis*:

> É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado.

Tal entendimento, porém, não parece ser a melhor solução para a harmonização normativa do art. 17, § 1º, haja vista que, muito embora a ordem jurídica esteja tendente às soluções consensualizadas, a revogação de um dispositivo legal exige obediência estrita da LINDB, que não prevê revogação por incompatibilidade com o seu microssistema.

3 Art. 2º, § 1º, da LINDB: "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Na esteira do raciocínio criticado acima, pode-se supor uma revogação tácita do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa a partir da superveniência da Lei nº 13.140/2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Isso porque tal lei teria regulado inteiramente a matéria sobre autocomposição dos conflitos no âmbito da administração, fato que, segundo o art. 2º, § 1º, da LINDB, conferiria validade à revogação do artigo em questão em razão da suposta incongruência com o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, como se vê:

> Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.§ 4o Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Cumpre advertir que o texto normativo acima representa a hipótese isolada onde haja conflito entre órgãos e entidades da administração nos dois polos da relação jurídica de direito material, não podendo isso ser tomado por norma de conteúdo exauriente sobre a matéria de autocomposição no campo do Direito Administrativo Sancionador, a autorizar a revogação do artigo.

No entanto, essas inovações legislativas recentes no campo da conciliação nas questões que envolvem o interesse público permitiram certa mitigação da vedação absoluta das práticas conciliatórias insertas na Lei de Improbidade Administrativa, em especial o art. 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015, abrindo espaço para interpretações da comunidade jurídica à luz do microssistema.

A temática do aproveitamento dos acordos de colaboração premiada no campo da improbidade administrativa ganhou ainda maior ressonância na jurisprudência após o STF ter elevado a controvérsia como de repercussão geral no RE com Agravo nº 1.175.650, ainda pendente de julgamento, conforme ementa a seguir:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º) . 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

Na seara legislativa, em 18 de dezembro de 2015, foi editada a Medida Provisória nº 703/2015, que modificava os termos da Lei nº 12.846/2013, especificamente seu art. 16, que trata do acordo de leniência, acrescentando o § 11 nos seguintes termos:

> § 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta lei e o art. 17 da lei 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.

Como se depreende da literalidade do parágrafo, esse dispositivo veio para legitimar a transversalidade do acordo de leniência no campo da improbidade, entretanto o Congresso Nacional, envolvido com as questões do impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff, deixou a medida provisória caducar 120 dias após a edição.

Dessa maneira, a melhor compreensão sobre a possibilidade de se pactuar acordo de delação premiada/leniência com efeitos no campo da improbidade passa primeiramente por admitir a validade e a eficácia do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 e, assim, projetar os princípios e as regras do microssistema nos espaços de conformação disponíveis no texto, enquanto se aguardam as definições do STF ou do Congresso Nacional.

6 A POSSIBILIDADE DE SE NEGOCIAREM VALIDAMENTE SANÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO CAMPO EXTRAJUDICIAL

Inicialmente, deve-se sedimentar que, no âmbito da tutela do interesse público, o que se considera indisponível não é a propositura da ação civil pública por ato de improbidade, mas o próprio patrimônio público (obrigando o ressarcimento integral do dano ocasionado pela prática das condutas ilícitas – Lei de Improbidade Administrativa, art. 5º) e a moralidade administrativa.

Dessa maneira, ainda que não tenha havido a propositura da ação de improbidade, mas tendo o órgão legitimado buscado melhor alternativa para a proteção eficaz do interesse público, entende-se que não haveria de se falar em violação do princípio da indisponibilidade.

Nesse aspecto, o interesse público primário é tutelado na medida em que se alcança a repressão dos atos lesivos em face de todos os sujeitos infratores, com a eficaz aplicação da lei.

Sob a perspectiva do Direto Administrativo Sancionador, a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa à luz do caso concreto e de todo o microssistema de defesa do patrimônio público, o espaço de conformação possível para a recepção dos influxos do microssistema é justamente o campo extrajudicial.

Santos (2016) sustenta que a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 proíbe tão somente eventual acordo no âmbito da ação ajuizada perante o Poder Judiciário, não impedindo ou vedando acordo na fase do inquérito civil ou do processo administrativo.

Nesse sentido, a interpretação literal do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 sugere que a proibição se restringe apenas às ações ajuizadas, o que possibilitaria a negociação das sanções no âmbito do inquérito civil ou do processo administrativo, tendo em vista que a proibição se refere expressamente às ações civis de improbidade administrativa.

Ressalte-se que os acordos firmados ainda no campo extrajudicial podem representar eficaz instrumento contra a morosidade do Poder Judiciário, determinada por diversos fatores, inclusive pela judicialização excessiva de demandas, as quais acabam inviabilizando a recomposição dos prejuízos causados pela prática de atos de improbidade administrativa (PEDRA, 2019).

Assim, à luz do microssistema do combate à corrupção, o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa não representa obstáculo para a negociação no campo do Direito Administrativo Sancionador, desde que

realizado antes do ajuizamento da ação de improbidade, na seara extrajudicial.

Tal constatação abre possibilidades para a criação de novos arranjos institucionais e novas estratégias para a abordagem dos atos de improbidade, a serem implementados pelos órgãos de persecução ou mesmo da administração pública, na medida em que confere validade à ampliação do objeto de negociação aos acordos de colaboração premiada para disporem das sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa ainda na seara criminal.

Diante disso, passa-se a verificar quais são as formas de operacionalização dessas negociações, quais são as sanções disponíveis, qual é a forma de aplicação das sanções e quais são os atores envolvidos.

A persecução da corrupção em sentido amplo tem pluralidade normativa no campo sancionatório (criminal, improbidade administrativa, infrações à ordem econômica e sanções do controle externo). Para o presente artigo, interessam os fatos que apresentam dúplice tipificação, podendo configurar, ao mesmo tempo, infração penal e ato de improbidade administrativa, sendo o último uma espécie do gênero corrupção, passível de punições de cunho civil e político-administrativo.

Como já visto, a independência das instâncias sancionatórias é reforçada pela Constituição Federal no seu art. 37, § 4º, que previu as punições para o ato de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível.

Nesse contexto, a pessoa que se dispusesse a celebrar acordo de colaboração premiada estaria, ainda, sujeita à imposição das diversas e severas penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Em razão disso, a Nota Técnica nº 1/2017, emitida pela 5ª CCR/MPF, defendeu o que denominou de transversalidade dos acordos, indicando aos membros do órgão a interpretação extensiva aos acordos de não persecução às demais instâncias punitivas, em trocar de uma amplitude maior de informações sobre os ilícitos para o fim de viabilizar a punição do maior número de pessoas envolvidas.

Nesse sentido, a promoção de um diálogo entre as fontes penal e cível é muito produtiva por valorizar o caráter sistêmico do direito e garantir a segurança jurídica dos acordos firmados.

Observa-se, porém, que o não atendimento à transversalidade pode ser um obstáculo ao êxito de eventual colaboração premiada ou do acordo de leniência. Isso porque pode importar no esvaziamento eficacial dos próprios institutos, pois a impossibilidade de o acordo se estender a outras esferas de responsabilização provocará desestímulo ao investigado em negociar, tendo em vista que, pelos mesmos fatos, ainda poderá ser responsabilizado integralmente no âmbito da improbidade administrativa, além de violar postulados da boa-fé e da confiança.

A transversalidade do acordo de delação é necessária para garantir a previsibilidade das consequências decorrentes da celebração de acordo, evitando-se o agravamento injusto e irrazoável da situação do colaborador. Outrossim, a atuação estatal deve ser pautada nos padrões éticos e de lealdade, a inibir comportamentos contraditórios.

Nas precisas palavras de Dino (2015),

> [...] isso iria de encontro, inclusive, ao princípio da confiança legítima, corolário do princípio da segurança jurídica, o qual preconiza que o cidadão, ao confiar no comportamento do Estado, não pode sofrer prejuízos em consequência direta do crédito a ele atribuído" DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. (DINO *apud* SALGADO; QUEIROZ, 2015, p. 458)

Além disso, o *status* de colaborador deve conferir ao indivíduo a proteção estatal correspondente, apta a assegurar o respeito às vantagens concedidas e às cláusulas avençadas, em relação aos efeitos gerais que delas possam ser extraídos, obrigando também terceiros e prestigiando o postulado da segurança jurídica.

Nesse sentido, tanto o presidente do inquérito policial quanto o titular do procedimento de investigação criminal, por deferência do microssistema de combate à corrupção, estariam legitimados a negociar no acordo de delação premiada, sobre sanções da Lei de Improbidade Administrativa, desde que não tenha havido o ajuizamento da ação de improbidade administrativa. Isso ocorre justamente em razão da intercomunicação dos ramos do Direito Penal, do Direito Administrativo Sancionador e da identidade ontológica das sanções provenientes do *ius puniendi* estatal.

Ressalte-se que as penas do Direito Administrativo Sancionador em nada diferem, quanto à sua estruturação, daquelas do Direito Penal, em que pese se diferenciem na intensidade do castigo. Tal fato é verificado até mesmo dentro do próprio Código Penal, que, para determinados casos, traz penas mais ou menos intensas.

No contexto da Lei de Improbidade Administrativa, a estrutura de sancionamento, do ponto de vista objetivo ou aflitivo (castigo), baseia-se na privação de direitos preexistentes e na imposição de novos deveres, premissas idênticas e presentes também no Direito Penal quando se analisam as penas restritivas de direitos do art. 43 e os efeitos dos arts. 91 e 92 do Código Penal.

Realizando-se um cotejo entre as sanções trazidas pelo art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, as penas restritivas de direito e seus efeitos do Código Penal, não é difícil enxergar que os mesmos valores protegidos pela aludida lei estão à disposição também da autoridade criminal quando busca um juízo condenatório. Basta constatar que a perda de bens e valores e o dever de reparação dos danos encontram correspondência idêntica entre os ramos jurídicos; a perda da função ou cargo públicos e a suspensão dos direitos políticos são efeitos decorrentes da condenação no campo criminal; a obrigação indenizatória por meio da fixação da multa civil encontra correspondente na prestação pecuniária e, por fim, mas não menos importante, a correspondência entre a proibição de contratar com o poder público ou dele receber benefícios e a interdição temporária de direitos, disposta no art. 43, V, do Código Penal.

Nesse cenário, a negociação dessas penas, ainda que no campo puramente criminal, a partir da confissão de atos ímprobos, quando do acordo de colaboração premiada, acabariam por exaurir o objeto da ação civil de improbidade administrativa, podendo gerar violação inclusive do princípio da vedação ao *bis in idem*. Sendo assim, a melhor solução passa por admitir o diálogo entre os ramos jurídicos e investir as autoridades públicas de amplos poderes de negociação, conferindo ao acordo de colaboração força cogente perante outros ramos. Noutros termos, sustenta-se que se dê primazia ao direito negociado, dentro das opções de sanções disponíveis em lei, em face da opção da judicialização.

Admitindo-se como factível a negociação das penas do art. 12 no campo da persecução civil e criminal, vale lembrar que atualmente não é obrigatória a aplicação simultânea de todas as penalidades da Lei de Improbidade Administrativa. Ela deve ser aplicada de forma razoável e proporcional, objetivando engendrar efeitos lineares a todas as esferas de responsabilização, para o fim de evitar a atuação repressiva oficial desnecessária e desproporcional, garantindo, assim, a máxima efetividade no tocante ao cumprimento das funções estatais no combate à corrupção, podendo tal regra também ser adotada quando das definições das penalidades no acordo.

Nesse sentido, uma vez pactuado o acordo de colaboração, o sistema de justiça deve acolhê-lo a fim de reforçá-lo enquanto instrumento de persecução apto a atender a finalidade de defesa da probidade.

Diante da existência de um acordo de colaboração premiada com múltiplas repercussões, não devem os órgãos ou instituições de controle e fiscalização desconsiderar o pacto, propondo ações para realizar atuação repressiva e sancionadora. Isso porque, seguramente, enfraquecerão o instituto premial, praticarão conduta contraditória em claro abuso de direito e ferirão um dever geral de boa-fé que limita o exercício do poder estatal, pois inexistente, nesses casos, a legitimidade estatal para reprimir ou punir os mesmos fatos já tratados e negociados no acordo.

Ademais, no campo processual, torna-se ausente o interesse de agir estatal na propositura de eventual ação de improbidade cujo objeto esteja contido em acordo de colaboração, haja vista desrespeitado o binômio processual necessidade/utilidade da atuação, diante da solução já encontrada no campo extrajudicial.

Dessa forma, o transporte válido dos efeitos do acordo de colaboração para o regime da improbidade administrativa passa primeiramente pela compreensão de que os princípios e as regras do microssistema de combate à corrupção, unidos às normas comuns do direito estatal de punir, o *ius puniendi*, podem espraiar seus efeitos para conformar a utilização dos acordos de colaboração no âmbito extrajudicial, desde que não haja ação de improbidade em curso. Tal espaço de conformação a ser preenchido pelo microssistema deflui de uma evolução interpretativa que supera a orientação legal de vedação absoluta dos acordos no art. 17, § 1º, restringindo-o a ação de improbidade em curso e deixando um vácuo normativo abarcado pelo microssistema que lhe conferirá legitimidade e justificação.

Tal interpretação atualiza o sentido da norma e harmoniza o artigo em questão com o microssistema de combate à corrupção sem derrogar a lei por meios não legais. Essa ressignificação mitiga a incongruência normativa do art. 17, § 1º, pois a proibição do acordo de delação premiada no âmbito da improbidade compromete os princípios da eficiência, da confiança e da funcionalidade do sistema de defesa da probidade, vez que viabiliza a obtenção de prova válida, a comprovação de atos de improbidade; garante a execução de penalidades de caráter pessoal e pecuniário, principalmente no que tange ao ressarcimento dos danos causados, impossibilitando que os infratores camuflem bens, produtos e vantagens obtidas com atos lesivos ou até mesmo que com eles pratiquem outros crimes, como lavagem de capitais, por exemplo, a fim de obstaculizar a devolução de tais vantagens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da relevância assumida pela agenda de combate à corrupção no Brasil e da sensação de impunidade crescente nas cidades brasileiras, o legislador tem instrumentalizado os órgãos de controle e persecução com diplomas normativos mais adequados à complexidade dos fatos criminosos, indicando técnicas especiais de investigação que agilizam a elucidação dos crimes.

Apesar da multiplicidade de instrumentos prevendo os acordos de colaboração premiada no campo penal e até mesmo no campo administrativo, como os pactos de leniência, a Lei de Improbidade Administrativa não sofreu a atualização necessária, tornando-se um grande obstáculo para a célere e eficiente punição dos atos de improbidade em razão da vedação expressa do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92.

Nessa linha de intelecção, a aludida lei entrou em descompasso com os principais diplomas do microssistema de combate à corrupção. Por isso, para se extrair a máxima efetividade das normas constantes do próprio microssistema, torna-se necessário buscar uma harmonização legislativa do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 com o citado conjunto normativo.

Esse exercício de integração normativa passa pela compreensão de que o art. 17, § 1º, continua vigente, mas que seu texto deixou um espaço de conformação interpretativa livre aos influxos dos princípios e das regras do microssistema de combate à corrupção.

Nesse aspecto, no campo extrajudicial, o microssistema de combate à corrupção pode legitimamente projetar suas regras e seus princípios para conferir validade para a livre negociação entre o colaborador e o órgão legitimado das sanções de improbidade, cumulativa ou isoladamente, e independentemente de hierarquia. Admite-se, nessa seara, o transporte válido dos efeitos dos acordos de colaboração premiada já realizados na seara criminal nos casos em que não houve ajuizamento da ação de improbidade.

Tal conclusão representa uma atualização no sentido normativo a fim de que se possa atingir melhores resultados na luta contra os atos de improbidade e, em última análise, dos casos de corrupção. Todavia, de maneira alguma, ela esgota a necessidade da mudança formal da lei, que se espera com maior brevidade, por meio da aprovação do Projeto de Lei nº 3.359/2019, em tramitação no Senado Federal, em nome da eficiência do microssistema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera de improbidade administrativa. 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa/. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. CCR/MPF. Nota Técnica nº 01 de 20 de novembro de 2017. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em: 10 agosto 2019.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3.359, de 2019. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) para conferir maior celeridade, eficiência e efetividade ao processo de improbidade administrativa. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137182/pdf. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1175650/PR. EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Publ. 7 maio 2019. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749742532. Acesso em: 16 nov. 2019.

COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda; LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial *made in Brazil*. Florianópolis: EMais, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: JusPodivum, 2015.

FERRAZ, Luciano. LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-acoes-improbidade-administrativa. Acesso em: 29 out. 2019.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: Manual e Roteiro de Atuação. 2. ed. Brasília: MPF, 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/01_19_manual_efetivacao_das_condenacoes_2_edicao_online.pdf. Acesso em: 31 out. 2019.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. O novo papel dos tribunais de contas no microssistema de combate à corrupção administrativa. 2019. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/63436/R%20-%20T%20-%20MARCELO%20AUGUSTO%20BIEHL%20ORTOLAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 out. 2019.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual. 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. O novo papel dos tribunais de contas no microssistema de combate a corrupção administrativa. 2019. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/63436/R%20-%20T%20-%20MARCELO%20AUGUSTO%20BIEHL%20ORTOLAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 out. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. Improbidade administrativa. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; SANT'ANA Raquel Mazzuco. Delação premiada como negócio jurídico: a ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: EMais, 2019.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: JusPodivum, 2015.

SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. 2016. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

OS EFEITOS DA RESCISÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: O APROVEITAMENTO DAS PROVAS PRODUZIDAS EM FACE DO COLABORADOR

Isabela Laiana Bernardes Rodrigues[1]
Ludmilla Sthéfane Teixeira Leite[2]

RESUMO: A presente pesquisa analisa o possível aproveitamento das provas obtidas na colaboração premiada em relação ao colaborador, após a rescisão do acordo. Busca-se avaliar se, em caso de rescisão contratual, é possível a manutenção dos elementos probatórios coletados a partir das revelações e informações anteriormente prestadas pelo colaborador, para utilização em seu desfavor, quando da continuidade da investigação. O presente estudo, de cunho exploratório, foi desenvolvido mediante a análise bibliográfica epesquisas na web, considerando, ainda, os recentes entendimentos dos tribunais pátrios acerca do tema sob análise. Conclui-se pela possibilidade de utilização das provas produzidas a partir das declarações do colaborador, ainda que os benefícios pactuados tenham sido revogados em decorrência do descumprimento do acordo de colaboração por parte do delator.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Elementos Probatórios. Rescisão. Aproveitamento das provas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema básico a colaboração premiada, um instituto de inspiração norte-americana, pautado na política criminal *Law and Order* (Lei e Ordem), introduzido mais firmemente no Brasil na década de 90, sobretudo com o introito da Lei de Crimes Hediondos, a Lei nº 8.072/90 (SANTOS, 2017), que tratou de forma expressa sobre a temática no artigo 8º, parágrafo único, que previa: "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços" (BRASIL, 1990). Desde então, a cada ano, o instituto tem ganhado maior espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

A colaboração premiada apresenta-se como uma técnica de investigação na qual se utiliza a justiça criminal negocial, em que o investigado ou o réu apresenta informações sobre sua atuação e de seus comparsas, em troca de benefícios processuais.

O acordo é formalizado contendo as cláusulas avençadas entre os envolvidos, cujo descumprimento poderá ensejar a rescisão do acordo e a revogação dos benefícios prometidos ao colaborador.

Dessa forma, discute-se sobre a possibilidade de utilização das provas coletadas a partir das revelações e informações anteriormente prestadas pelo delator, mesmo após a insubsistência do acordo.

1Pós-Graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção, pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Graduada em Direito, pelo Centro Universitário Luterano de Palmas - CEULP/ULBRA. isabelalayana@hotmail.com.
2Pós-Graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção, pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Graduada em Direito, pela Universidade Federal de Ouro Preto -UFOP. ludmilla.dpe@gmail.com

Para melhor entender a temática, o artigo foi desenvolvido mediante análise bibliográfica, considerando, ainda, os recentes entendimentos dos tribunais pátrios acerca do tema.

O estudo inicia-se com a conceituação do instituto da colaboração premiada e segue pela análise da constitucionalidade deste. Após, é realizada uma breve abordagem sobre a natureza jurídica da colaboração premiada: se um meio de prova ou um meio de obtenção de prova. Na sequência, adentrando ao cerne do estudo, analisou-se a questão da rescisão do acordo de delação premiada e as consequências em face das provas produzidas pelo colaborador. Por fim, foram traçadas as considerações finais da pesquisa.

2 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Inicialmente, conceitua-se o instituto da justiça criminal negocial (ou consensual), o qual, segundo Vasconcellos (2017), pode ser definido como um modelo pautado no consenso entre a acusação e defesa, em que se forma um acordo de colaboração processual, afastando-se o réu da sua posição de resistência, objetivando a facilitação da imposição de uma sanção penal, com certa redução (benefício processual).

Outro instituto relacionado à questão de estudo refere-se à barganha, a qual, ainda conforme o autor acima referenciado, pode ser conceituada como:

> Instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado (VASCONCELLOS, 2017, p.24).

Esclarecidos alguns conceitos prefaciais, passa-se ao instituto da colaboração premiada. Há que se ressaltar que a colaboração premiada possui discreta aparição na legislação pátria, tal como na Lei nº 9.807/99, no capítulo II, que dispõe sobre a "proteção aos réus colaboradores" e na mais recente Lei nº 12.850/13, que reservou a seção I com o título "da colaboração premiada".

A Lei 12.850/13 firmou a orientação processual da colaboração premiada. Isso porque, a essência do instituto é a natureza processual, com viés probatório, uma vez que afasta o acusado de sua posição de resistência. Portanto, mesmo que algumas consequências da colaboração premiada sejam no âmbito penal material, como a redução da pena e o perdão, o instituto se destina, precipuamente, à produção de efeitos processuais.

A colaboração premiada é um instituto de natureza penal, que pode ser conceituada como uma técnica de investigação pautada nas ferramentas do *plea bargaining*, ou seja, própria de um sistema processual penal pautado na barganha (SANTOS, 2017). Tal norma, assim como a barganha, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de leniência, corresponde a mecanismo da justiça criminal negocial, na medida em que favorecem a persecução penal ao incentivarem a não resistência do acusado/réu, abreviando o poder punitivo do Estado.

Pode-se dizer que é a realização de um acordo entre acusador e defesa, almejando a persecução penal e a redução de sanções à conduta delitiva. O instituto incentiva a participação do coautor ou partícipe de um crime, ao delatar os demais, em troca de benefícios processuais.

Importante, no entanto, diferenciar a barganha e a colaboração premiada. Primeiramente, naquele instituto, o assentimento da culpabilidade pelo acusado objetiva à sua própria sanção penal, enquanto que neste último, sua primordial função é a incriminação de terceiros. Ademais, essas regras se diferenciam também quanto à manutenção do processo e à obtenção de outros elementos probatórios. Isso porque, a barganha,

> a partir da conformidade do acusado, autoriza a imposição de sanção penal com a supressão do transcorrer normal do processo. A colaboração premiada, ao menos em teoria, pressupõe a corroboração dos elementos a partir dela admitidos, mantendo a necessidade de produção probatória e os atos do procedimento de instrução e julgamento. (VANCONCELOS, 2017, p. 25).

Portanto, pode-se dizer que a colaboração premiada é uma expressão da justiça criminal negocial que pressupõe a confissão do colaborador e, a partir disto, a colaboração à persecução penal, com a incriminação de coautores e a revelação de informações úteis à instrução probatória (VASCONCELOS, 2017).

Nas palavras de Santos (2017, p. 31), "a colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na justiça penal, mas com viés diverso". Isso se explica porque, ainda nos seus dizeres,

> [...] composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são negócios jurídicos despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador.

Quanto ao procedimento da colaboração premiada, pode-se dizer que é permitido em qualquer fase da persecução penal, conforme dispõe os artigos 3º e 4º, da Lei nº 12.850/13. Portanto, poderá ocorrer no bojo da investigação ou após instaurado o processo e, até mesmo, após a sentença. Também conforme os preceitos da Lei nº 12.850/13, são legitimados a firmar o acordo de colaboração premiada, o investigado/acusado e seu defensor e o representante do Ministério Público ou autoridade policial.

Após fechado o acordo, o Termo de Colaboração Premiada é levado à juízo para homologação. No entanto, o pacto entabulado perante o Ministério Público ou a Polícia Federal, embora homologado judicialmente, de acordo com o artigo 4º do referido ordenamento jurídico, "apenas potencializa a expectativa de direito à premiação, não a tornando, todavia, certa, porque sujeita à valoração jurisdicional quando da sentença", momento em que será apreciado os termos acordados e sua eficácia (BRASIL, 2013). Por não ser a temática principal deste artigo, não será abordado mais pormenorizadamente o procedimento para a formalização da delação premiada.

Por fim, quanto à explanação sobre a conceituação do instituto da colaboração premiada, é válido expor as formas nominais pelas quais aparecem no ordenamento jurídico brasileiro: delação e colaboração premiada.

Conforme expõe Lauand (2008, p. 61), “somente no direito brasileiro se faz uso da expressão delação premiada, enquanto que nos demais ordenamentos refere-se ao instituto por colaboração processual, colaboração premiada ou colaboração com a justiça”. O legislador brasileiro não utilizou a denominação “delação premiada”, sendo esta, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

No entanto, há quem distinga os dois institutos, não os tratando como sinônimos jurídicos. É o caso de Gomes (2005) que defende que a colaboração nem sempre delata terceiros, ao passo que a delação pressupõe o apontamento dos “comparsas do crime” (*apud* FONSECA, 2017, p. 90).

Sintetizando a temática, Silva Júnior esclarece:

> Ao preferir a expressão colaboração, o legislador expressa preocupação ética, pois dá destaque aos benefícios que o agente traz para a sociedade com a sua ajuda na persecução criminal, não à traição aos companheiros da empresa ilícita. Em outras palavras, incentiva, por meio da premiação, a consciência da pessoa quanto a sua responsabilidade pela preservação da segurança pública, nos termos do art. 144, caput, da Constituição. (SILVA JUNIOR, 2015, *apud* FONSECA, 2017, p. 91).

Contudo, a distinção das denominações perdeu o sentido com a vigência da Lei nº 12.850/13, a qual expressamente denominou o instituto em apreço como colaboração premiada. O uso dos nomes delação ou colaboração premiada são tratados como vocábulos sinônimos, assim como será tratado neste artigo.

Após as considerações iniciais sobre a conceituação do instituto, passa-se à análise de uma importante discussão sobre o tema: a adequação da colaboração à Constituição Federal.

2.1 CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Com o crescimento da utilização da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, emergiu, também, a discussão quanto à constitucionalidade do instituto.

Um dos argumentos daqueles que defendem a inconstitucionalidade da normativa recai na desproporcionalidade das vantagens a serem obtidas pelo Estado e o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como defendido por Carvalho (2009, p. 140 *apud* FONSECA, 2017, p. 103).

Há ainda aqueles que enfatizam que a colaboração premiada vai de encontro ao princípio da individualização da pena, “porquanto réus cujas condutas mostram-se menos reprováveis do que a encertada pelo delator receberiam sanção maior, considerada a recusa em negociar com o Estado” (SANTOS, 2017, p.71-72).

Tais conclusões não parecem lógicas, assim como defendido pela Procuradora da República Cibele Benevides. Primeiramente, a colaboração premiada não rompe com o princípio da proporcionalidade, uma vez que se diferencia o réu colaborador daquele “irredutível”, de forma a individualizar as condutas pelo merecimento das sanções, sejam elas mais ou menos duras, a depender da cooperação disponibilizada (FONSECA, 2017, p. 103).

Neste sentido, a colaboração premiada mostra-se constitucional, uma vez que a dosimetria da pena considera, além da reprovabilidade do fato, as circunstâncias pessoais do agente. Portanto, resta atendido o princípio da individualização da pena. Nas palavras de Santos (2017, p. 74), "o comportamento deste (agente), buscando remediar as consequências do injusto, jamais foi um indiferente penal". Isso porque, o comportamento do réu, na maioria das vezes, foi considerado para análise desistência voluntária e arrependimento eficaz, arrependimento posterior e atenuante prevista no Código Penal, as quais repercutem na aplicação da penalidade.

Outro ponto de combate à constitucionalidade da colaboração premiada recai no direito à não-autoincriminação, conforme questão levantada por PEREIRA (2014). Porém, para considerar uma violação a esse direito, o instituto da confissão deveria ser irrenunciável. O que não o é. Assim, entender que a confissão dentro da delação/colaboração premiada seria uma violação ao direito do réu/acusado pressupõe que este tenha o direito fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva. O que não existe (PEREIRA, 2014).

A constitucionalidade do instituto pode ir mais além. Conforme já delineado por Walter Nunes da Silva Júnior (2015, *apud* FONSECA, 2017, p. 104), a colaboração premiada encontra respaldo no artigo 144 da Carta Magna, sendo uma "forma de colaboração com a sociedade em si", uma vez que a Constituição "preceitua ser da responsabilidade de todos a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio".

Avançando na questão da constitucionalidade da colaboração premiada, não há que se falar em ilegalidades das provas produzidas por esse instituto. Isso porque trata-se de um acordo de vontades, incluindo a do réu colaborador, primando-se pelas garantias constitucionais e a prevalência da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, a Corte Suprema do Brasil, por meio do julgamento do Habeas Corpus nº 90.321/SP, fez constar:

> Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integralidade físico mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. (STF, 2008).

Destaque-se que o Brasil é signatário de convenções internacionais que, de forma expressa, preveem a colaboração premiada como um meio de formação de provas. A exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, conhecida como "Convenção de Palermo", a qual foi promulgada no Brasil em 2004 (Decreto 5.015/2004).

Dessa forma, a colaboração premiada esbarra entre dois polos opostos: a eficiência do sistema penal (eficácia repressiva) e a legitimidade do sistema penal, conforme princípios e garantias do Estado de Direito (PEREIRA, 2014). Segundo Pereira (2014, p. 51-52), o judiciário "não tem unicamente a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos acusados, mas também se move pelo propósito de fazer valer imposições de investigação e acertamento dos fatos supostamente delituosos, bem como de punição dos criminalmente responsáveis.

Entende-se, portanto, que:

> [...] a mera previsão legal da utilização da colaboração premiada como um instrumento de prova no processo penal, a par de discussões éticas, não viola princípios constitucionais de garantia do acusado ou regras processuais sobre aferição da prova. No aspecto processual, os problemas não estão na simples previsão normativa da cooperação pós-delitiva, mas, sim, na forma de sua efetiva utilização; portanto, o mais relevante na matéria será a adequada aplicação do instituto com a observância de enunciados fundamentais que decorrem da particularidade desse meio de prova e de sua correlação com o princípio da presunção de inocência. (PEREIRA, 2014, p. 173).

Assim, deve-se ponderar os prós e contras na adoção dos mecanismos mais autoritários, aptos ao combate da criminalidade moderna, e discutir qual o limite de alcance do Estado no estreitamento dos interesses individuais em favor da persecução penal. O que não se pode permitir é que o garantismo bloqueie a atividade persecutória do Estado.

Ademais, ao se constatar uma tensão existente entre as técnicas legislativas para reforçar a investigação, como o caso da colaboração premiada, e os direitos fundamentais do indivíduo, faz-se importante disciplinar a forma e o modo da introdução das declarações do colaborador como meio de prova na persecução penal, conforme será analisado no próximo tópico.

2.2 COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PROVA OU MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA?

A doutrina tem buscado a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova. Para Germano Marques (2016, p. 110-111, *apud* BOTTINI; MOURA, 2017, p. 128), os meios de prova caracterizam-se por "sua aptidão para, através da percepção, formar, fundamentar um juízo"; enquanto "os meios de obtenção de prova não são de per si fontes de convencimento, mas permitem obter coisas ou declarações dotadas e aptidão probatória".

Nesse mesmo sentido, o autor italiano Siracusano (2014, p. 413, *apud* BOTTINI; MOURA, 2017, p. 129) esclarece que os meios de prova "caracterizam-se por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis em sua decisão; já os *mezzi di ricerca della* prova, que podem ser utilizados pelo Ministério Público durante a *indagine preliminare*, são mecanismos indispensáveis para a aquisição da prova". Especificamente no Código de Processo Penal Brasileiro, somente é disciplinado expressamente como meio de obtenção de prova, a busca e apreensão, apesar de ser, equivocadamente, situada entre meios de prova.

De forma a sintetizar os dois conceitos, pode-se dizer que os meios de prova podem servir diretamente ao convencimento do magistrado, a exemplo do depoimento testemunhal. Já os meios de obtenção de prova apenas indiretamente servem de convencimento do juízo, ao passo que se prestam à coleta de elementos de provas, como o caso da busca e apreensão.

Nesse contexto, segundo a definição dada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), a colaboração premiada pode ser entendida como:

> **Meio de obtenção de prova** sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades

> responsáveis pela investigação informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, sendo que essa atitude visa a amenizar da punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas. (ENCCLA, 2014, p. 2, grifo nosso).

O STF, pautando-se na análise do artigo 3º da Lei nº 12.850/13, comparou a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. Na concepção da Procuradora da República Cibele Benevides (2017), que se pauta no entendimento do STF, no Brasil, a colaboração premiada é considerada apenas como meio de obtenção de prova e não como meio de prova em si.

No entanto, tal entendimento não se encontra pacificado doutrinariamente. Conforme defendido por Anselmo (2016, p. 106), a colaboração premiada é um meio de prova, ao se considerar o imputado colaborador como fonte de prova. Nesse sentido, as declarações do delator não são inseridas no processo por meio da "colaboração premiada", mas da oitiva do colaborador no momento do seu interrogatório ou depoimento, estes sim, verdadeiros meio de prova (*apud* Vasconcelos, 2017, p. 62).

Sobre o tema, o doutrinador Jesus (2007, p. 226 *apud* FALCÃO JÚNIOR, 2011, p. 8) expõe:

> A polêmica em torno da delação premiada, em razão de seu absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, parte traduz-se num incentivo legal à traição. A nós, estudiosos e aplicadores do direito, incumbe o dever de utilizá-la *cum grano salis* [...] não podem as autoridades encarregadas da persecução penal contentarem-se com a delação, sem buscar outros meios probatórios tendentes a confirmá-la.

Ocorre que a colaboração premiada não é um fim em si mesmo. Não há que se falar em contentar-se apenas com ela e encerrar outros meios investigatórios dentro da persecução penal. Pelo contrário, o objetivo é utilizá-la como importante meio probatório, principalmente em crimes conhecidos como de "colarinho branco"[3], os quais, na maioria das vezes, não deixam rastros. As informações e documentos apresentados por meio da delação, muitas vezes, são pontos de partida ou, até mesmo, elos que faltavam para o desmanche de grandes esquemas de corrupção.

Inclusive, é válido mencionar o que a Procuradora da República Fonseca (2017, p. 111) expõe sobre o modo como o instituto da colaboração premiada tem sido utilizado no Brasil, mais especificamente na Operação Lava Jato:

> Nem na Operação Mãos Limpas da Itália nem na Operação Lava Jato brasileira os membros do *law enforcement* procuraram os investigados buscando um acordo. Apesar de, no Brasil, nada impedir que um membro do Ministério Público faça a proposta de colaboração a um investigado ou réu, **a praxe tem sido no sentido de que a acusação produza suas provas sem contar com depoimentos dos réus colaboradores**. Se aparecerem, a iniciativa tem que vir da defesa, sempre por meio de advogado constituído

3 Criminosos da alta sociedade, tais como políticos.

> ou defensor público, e assim se evita o discurso de que as colaborações foram resultado de pressão por parte das autoridades envolvidas. (grifo nosso).

Por fim, é válido rememorar e esclarecer que somente podem ser considerados provas, em sentido técnico, os elementos produzidos perante o juiz e as partes (com respeito ao princípio do contraditório). Por isso, não se deve confundir as duas fases no procedimento da persecução penal: a investigação (inquérito) e o processo judicial. Inclusive, Vasconcellos (2017, p. 219) ressalta que

> [...] com finalidades distintas, as fases de investigação preliminar e juízo oral (processual) devem ser guiadas por uma separação de seus elementos. Deve-se repudiar a prática comum no processo penal brasileiro, que ocasiona a 'indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional'.

Dessa forma, a questão da valoração das provas oriundas da colaboração premiada tem que partir da premissa de que os elementos dela decorrentes devem, para poderem ser considerados provas, respeitar as regras do juízo oral e público, que formam o sistema acusatório brasileiro. Ou seja, impõe-se o respeito ao princípio do contraditório e o sistema de formação de exame cruzado[4]. Portanto, as declarações do delator/colaborador prestadas na fase inquisitiva, não podem, *de per si*, serem inseridas ao processo judicial.

3. RESCISÃO DO ACORDO E MANUTENÇÃO DAS PROVAS EM FACE DO COLABORADOR

Como dito, embora prevista de maneira embrionária em outros diplomas normativos, a colaboração premiada foi expressamente regulamentada pela Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que abordou aspectos processuais e procedimentais do instituto. Conforme se depreende do Art. 4º, § 2º, do referido diploma legal, a legitimidade para a formalização do acordo de colaboração premiada compete ao Ministério Público, a qualquer tempo, ou ao delegado de polícia, no âmbito do inquérito policial.

Na fase de negociações, os envolvidos avaliam a possibilidade e vantagens da celebração do acordo, ponderando entre a efetividade das informações para apuração do fato criminoso e identificação dos participantes, bem como pontuando os benefícios destinados ao colaborador. Isso porque, embora existam limitações decorrentes do sistema jurídico pátrio, as partes são responsáveis por definir o conteúdo e as consequências jurídicas do acordo (FONSECA, 2017).

Ultrapassada a fase das tratativas, o acordo deverá ser formalizado e documentado, contendo as cláusulas da avença, os possíveis resultados a serem alcançados, bem como os benefícios concedidos pelo Ministério Público ao colaborador (FONSECA, 2017). Destaque-se que na Lei 12.850/2013 estão previstos seis benefícios legais, quais sejam: (i) o perdão judicial, (ii) a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços, (iii) a redução da pena até a metade, (iv) a progressão de regime, (v) a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e (vi) o não oferecimento da denúncia, desde que o colaborador

4 Instituto que trabalha com o método de exame direto e cruzado. Isso significa que, diferentemente do sistema anterior, agora as partes é que formularão as perguntas em primeiro lugar (porque antes da Lei 11.690/08 era o juiz). Exame direto porque primeiro quem arrolou a testemunha é que a questiona e, cruzado, porque, em seguida, as perguntas serão feitas pela parte contrária" (GOMES; SOUSA, 2010, p. 01).

não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração (VASCONCELOS, 2017).

Além disso, a referida lei elenca uma série de requisitos para a formalização do acordo, bem como diversos direitos das partes, dentre eles o do colaborador de "retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor" (BRASIL, 2013).

Embora trate especificamente da hipótese de retratação – que ocorre quando o colaborador renuncia o acordo, antes da homologação – a Lei nº 12.850/2013 silencia acerca das hipóteses de rescisão do acordo de colaboração. Do mesmo modo, não há uma abordagem acerca do aproveitamento de provas em caso de rescisão.

A rescisão, que não se confunde com a retratação, sobrevêm da quebra de qualquer das cláusulas do acordo, a exemplo, da falta da prometida efetividade na apuração dos fatos ou a delação parcial em juízo (SILVA, 2016, *apud* VASCONCELOS, 2017). Nas palavras de Vasconcelos (2017, p. 249), a "revogação (rescisão) do acordo ocorre com o descumprimento de suas cláusulas (por exemplo, a não efetividade da colaboração), por motivo alheio à vontade declarada do delator em manter a vigência do pacto".

A rescisão decorre, portanto, da inobservância dos termos acordados, configurando verdadeira inexecução do "negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador", conforme entendimento fixado pelo STF no HC 127.483/2015.

Ocorre que, em razão da ausência de expressa previsão legal, existe discussão no que concerne ao aproveitamento das provas decorrentes do acordo de colaboração premiada, bem como da possibilidade de manutenção dos benefícios prometidos ao colaborador.

Ao abordar o tema, Pereira (2013, p. 149), citado por Abiko (2018, p. 3), defende a possibilidade de utilização das provas produzidas mesmo após a rescisão do acordo de colaboração premiada. O autor sustenta, ainda, a impossibilidade de concessão dos benefícios fixados no acordo. Vejamos:

> O protagonista do acordo de colaboração que descumprir os termos do acordo não poderá ser beneficiado por nenhum prêmio no momento da sentença, uma vez que os efeitos premiais dependem da manutenção da postura colaborativa. Por outro lado, os elementos probatórios, os demais dados obtidos ou as diligências realizadas a partir das revelações e informações anteriormente prestadas pelo agente seguem hígidas, com suas potencialidades de elemento investigatório.

Do mesmo modo, Fonseca (2017, p. 157) filia-se à corrente que defende a possibilidade de manutenção das provas já produzidas, ainda que diante da inexecução do negócio jurídico entabulado:

> A rescisão ocasionada pelo colaborador acarreta a perda de seus benefícios, bem como a possibilidade de utilização de todas as provas já produzidas em seu desfavor, se ainda não ter sido prolatada a sentença; ou cumprimento da pena imposta na sentença, se esta já foi proferida.

Segunda a mesma autora, de modo diverso do que ocorre na retratação, nos casos em que o réu der causa à rescisão, todas as provas produzidas permanecem hígidas e válidas, inclusive o depoimento que houver prestado e os documentos eventualmente apresentados. Até porque, conforme entendimento de Pedro Augustin Adamy (2011), o colaborador pode, a qualquer tempo, voltar atrás na renúncia ao direito fundamental de não incriminação. Contudo, isso não o exime de arcar com as consequências da decisão primeira de colaborar:

> Em caso de renúncia, o indivíduo protegido pelo direito fundamental permanece na titularidade desse mesmo direito. Em função disso, pode revogar a declaração de renúncia – seja de maneira expressa ou tácita – mas por estar juridicamente vinculado em razão da declaração de vontade anterior, pode ser responsabilizado por quebra de compromisso com o ente público, mas sempre retornando imediatamente à plenitude de suas competências ou hipóteses de proteção. (ADAMY, 2011, *apud* FONSECA, 2017, p. 156).

Por óbvio, por se tratar de um acordo, a colaboração premiada, além de gerar benefícios para o colaborador, impõe-lhe uma série de obrigações, as quais devem ser integralmente observadas, sob pena de restar configurada a inexecução do pactuado, em prejuízo dos objetivos individuais e estatais (COSTA, 2017).

Como bem destacado por Leonardo Dantas Costa (2017), nos termos do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, a formalização do acordo de colaboração pressupõe duas obrigações primordiais: a renúncia do direito ao silêncio e o compromisso legal de dizer a verdade. Desta sorte, o direito de não se incriminar está dentro da esfera de direitos do acusado, que, voluntariamente, faz um juízo de valor acerca da renúncia ao direito ao silêncio e chega a livre decisão de colaborar com a Justiça(COSTA, 2017).

Contudo, embora manifeste o interesse em firmar o acordo de colaboração, nada impede que, no meio do caminho, o réu decida voltar atrás na intenção de colaborar com a justiça, dando azo à rescisão do negócio jurídico entabulado. Não por outra razão, em diversos acordos firmados no decorrer de operações significativas dos últimos tempos, verificou-se a presença de cláusulas específicas tratando da possibilidade do aproveitamento das provas após a rescisão da colaboração premiada.

A título de exemplo, merece destaque a emblemática delação firmada por Lúcio Funaro, no âmbito da Operação Sépsis, no qual o Ministério Público Federal (MPF) valeu-se das seguintes cláusulas:

> Cláusula 6ª. Ocorrendo rescisão do Acordo por fato imputável ao COLABORADOR, voltarão a fluir todas as ações penais, suspensas em razão do presente Acordo, e as penas fixadas ao COLABORADOR serão cumpridas nos termos da sentença, de acordo com o art. 33 do Código Penal.
> [...]
> Cláusula 17. **A prova obtida mediante a presente avença de colaboração premiada será utilizada validamente, após a homologação deste,** para a instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações civeis e de improbidade administrativa e inquéritos civis, podendo ser compartilhada também com o Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, a Receita Federal, a Procuradoria da Fazenda Nacional, a PREVIC, os Tribunais de Contas, a Controladoria-Geral da União, a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e a outros órgãos e entes públicos, desde que tais instituições se comprometam a respeitar os termos

> do presente Acordo, para a instrução de procedimentos e ações fiscais, cíveis, administrativas (inclusive disciplinares), de responsabilidade bem como qualquer outro procedimento público de apuração dos fatos, **mesmo que rescindido este Acordo**, salvo se essa rescisão se der por descumprimento desta avença por exclusiva responsabilidade do MPF.
> [...]
> Cláusula 26. **Rescindido o Acordo por responsabilidade exclusiva do COLABORADOR, todos os benefícios pactuados em seu favor no presente Acordo, deixarão de ter efeito, permanecendo hígidas e válidas todas as provas produzidas**, inclusive depoimentos que houver prestado e documentos que houver apresentado, bem como mantidos quaisquer valores pagos a título de multa nos termos deste Acordo. (MPF, 2017, pp. 06, 09 e 12, grifo nosso).

Do mesmo modo, diversos acordos de colaboração premiada firmados no curso da Operação Lava Jato previam que, a qualquer tempo, uma vez rescindido o acordo por fato imputável ao colaborador, todos os benefícios ficariam prejudicados, sem prejuízo da licitude e da admissibilidade das provas produzidas pelo colaborador.

Nos referidos acordos, as causas de rescisão eram elencadas em título específico, dentre os quais constavam o descumprimento dos termos do acordo, a recusa em prestar informações de que tenha conhecimento ou em entregar documento que esteja em seu poder, a prática de qualquer crime doloso após a homologação do acordo, dentre outros (FONSECA, 2017).

A título de exemplo, destaca-se o acordo firmado entre o MPF e os executivos da JBS, Joesley Batista e Wesley Batista, no qual foi solicitada a rescisão após a Procuradoria Geral da República (PGR)tomar conhecimento da ocultação de atos criminosos dos quais os colaboradores participaram ou tiveram conhecimento (STF, 2017). Os colaboradores tinham se comprometido a revelar os crimes que praticaram, bem como informar os demais participantes, em troca do benefício máximo, a saber, o não oferecimento de denúncia pelos crimes por eles confessados. Contudo, os delatores silenciaram sobre fatos relevantes, em especial, o envolvimento de membro do Ministério Público nos ilícitos praticados pelo grupo JBS, o que ensejou a quebra da boa-fé objetiva, principal norteador do instituto da colaboração premiada (STF, 2017).

O acordo de colaboração firmado com os executivos da JBS continha hipóteses expressas de rescisão, os quais foram invocadas pela PGR para fins de revogação em razão do descumprimento. Neste ponto, abre-se breve parêntese para registrar que a revogação integral dos benefícios pactuados deve ser precedida de análise minuciosa acerca do descumprimento das cláusulas do acordo de colaboração.

Conforme ensina Vasconcelos (2017, p. 253), a negativa dos benefícios prometidos ao delator deve ser proporcional ao descumprimento das cláusulas pactuadas:

> para que haja a revogação integral do acordo por descumprimento, excluindo-se a concessão de qualquer prêmio ao imputado, deve-se analisar com cautela a amplitude dessa violação às cláusulas pactuadas, pois a diferenciação entre um cumprimento parcial da obrigação imposta ao colaborador no acordo homologado e o seu descumprimento é ponto de complexidade ímpar.

Ainda conforme o autor acima referenciado, somente no caso de manifesto descumprimento o negócio jurídico deverá ser desfeito, oportunidade em que os benefícios devem ser integralmente revogados. O não cumprimento de parte das obrigações deve ensejar apenas a redução dos benefícios "em conformidade com os critérios de análise da efetividade da colaboração no momento do sentenciamento, especialmente se houver justificativa razoável apresentada pelo imputado" (VASCONCELOS, 2017, p. 255).

No que tange ao posicionamento dos tribunais, o STF já se manifestou pelo aproveitamento de provas em caso de rescisão do acordo de colaboração, no HC 127.483/PR:

> Corroborando essa assertiva, ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13), suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa (BRASIL, 2015).

Não é demais lembrar que a controvérsia reside apenas no âmbito da utilização das provas em face do colaborador, visto que conforme já assentado pelo STF no Inquérito nº 3.983, eventual rescisão não beneficia ou prejudica terceiros, tendo em conta que a eficácia da desconstituição do acordo está restrita às partes que o firmaram.

Ainda sobre o tema, Vasconcelos (2017) chama a atenção para duas hipóteses preponderantes para a definição acerca do aproveitamento das provas decorrentes do desfazimento do acordo de colaboração premiada em face de terceiros. A primeira diz respeito à rescisão em razão de acordo licitamente homologado – tanto pelo descumprimento como pela inefetividade da colaboração –; e a segunda, pela declaração de nulidade de um acordo realizado em desacordo com o regime normativo.

> Se houver rescisão de um pacto licitamente formalizado e homologado, as provas eventualmente obtidas que incriminem corréus serão mantidas no processo e poderão ser valoradas em prejuízo de terceiros. Contudo, se o acordo for anulado, por exemplo, em razão da falta de pressuposto ou requisito de validade, declara-se a sua ilicitude, o que compromete eventuais elementos dele derivados e impõe o desentranhamento do processo e a proibição de valoração, inclusive em relação aos coimputados. (VASCONCELOS, 2017, p. 256).

Ademais, não se pode desconsiderar que, à luz do princípio da comunhão das provas, "uma vez que as provas tenham sido produzidas, passam a integrar o processo e geram efeitos para ambas as partes, independente de quem lhes trouxe à baila" (SANTOS, 2017, p. 107). O doutrinador conclui que, mesmo diante de uma rescisão, as provas produzidas poderão ser utilizadas em face do colaborador e das partes como um todo.

Não se pode ignorar a hipótese de o Ministério Público ser o causador do fato ensejador da rescisão. Nos acordos de colaboração firmados no âmbito da Operação Lava Jato, foram incluídas três possibilidades de revogação do acordo por ato do Ministério Público, quais sejam: a) deixar de pleitear os benefícios legais acordados; b) houver quebra de sigilo do acordo por parte do Ministério Público; c) não forem assegurados ao

colaborador os direitos previstos na Lei de Organização Criminosa. (FONSECA, 2017). Segundo a referida autora, em todas estas hipóteses, o colaborador "poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, assegurada a manutenção dos benefícios já concedidos e as provas já produzidas"(FONSECA, 2017, p. 158).

O STF já se manifestou acerca da expectativa de atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, no tocante ao cumprimento do acordo de colaboração premiada. O voto proferido na Petição 7074/DF, destacou a necessidade de o Estado agir com lealdade para fins de fortalecimento do instituto (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, destaque-se trecho esclarecedor do voto do Ministro Luiz Roberto Barroso na Petição 7074/DF:

> Estou convencido de que a colaboração premiada, uma vez homologada, só não será honrada se o colaborador não cumprir com as obrigações que assumiu. Porque, do contrário, se o Estado, pelo seu órgão de acusação, firma um acordo de colaboração premiada que ele, Estado, valorou ser do seu interesse, obtém as informações para punir réus mais perigosos ou crimes mais graves - e, portanto, se beneficia do colaborador -, e depois não cumpre o que ajustou, é uma deslealdade por parte do Estado e é a desmoralização total do instituto da colaboração premiada. O Estado tem que ser leal. O Estado tem que cumprir a sua palavra, tanto quanto o colaborador. E o Estado só pode invocar as "cláusulas do contrato não cumprido" se o colaborador não entregar aquilo a que se comprometeu. (BRASIL, 2017).

O que se vê na prática é que, diante da regulamentação deficitária dos aspectos procedimentais do instituto da colaboração premiada na Lei 12.850/2013, o Ministério Público tem promovido a inclusão de cláusulas específicas nos acordos de colaboração, as quais estão voltadas à regulamentação das hipóteses de rescisão, bem como dos efeitos em relação aos elementos probatórios dos autos.

A referida medida atende à Orientação Conjunta nº 01, da 2ª e 5ª Câmara de Coordenação de Revisão (CCR) do MPF, que, dentre outras diretrizes, consigna que "o descumprimento do acordo e a causa da sua rescisão deverão ser levados ao juízo, observado o contraditório e preservada a validade de todas as provas produzidas até a rescisão. " (MPF, 2018).

Por certo, a medida visa evitar o esvaziamento do conjunto probatório derivado da colaboração firmada, mormente em casos em que o colaborador, intencionalmente, dá causa ao descumprimento do acordo, com o escopo de impossibilitar a utilização de provas em seu desfavor.

3.1 CRÍTICAS AOS CRITÉRIOS DE RESCISÃO E A TESE DAS CLÁUSULAS LEONINAS

Na contramão do que vem sendo decidido pelos Tribunais, Lopes Júnior e Rosa (2017) defendem a impossibilidade de utilização das provas colhidas em sede de acordo de colaboração premiada rescindido. Os autores sustentam que os acordos de colaboração colocam o delator em posição de insegurança, sob o fundamento de que "o modo como as cláusulas são redigidas, qualquer 'derrapagem' pode ser o argumento 'oportunista' para retirada de sua eficácia" (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2017, p. 2).

Na ótica dos autores, as cláusulas dos acordos de colaboração que preveem o aproveitamento das provas, mesmo após a rescisão do acordo e dos benefícios prometidos, constituem verdadeiras cláusulas leoninas, que colocam o processo penal na condição de “vale tudo”.

Nesse sentido, sustentam o entendimento de que as provas produzidas estão umbilicalmente ligadas à validade de acordo de colaboração premiada, não subsistindo sem esta:

> Mas a questão da (in)validade não é tão simples ou pacífica assim, na medida em que, se tomarmos por base a teoria da invalidade dos atos processuais, é inevitável a aplicação do princípio da contaminação, pois evidente o nexo causal. O que não se pode é distribuir "a la carte" ou por conveniência a validade dos atos processuais. A prova obtida a partir do acordo de delação (mesmo desfeito posteriormente) se situa na linha causal do seu desdobramento, estando umbilicalmente a ele ligada. Existe um vínculo genético, que se alimenta da sua licitude/validade. Portanto, como ensina Fazzalari, a validade do ato posterior está condicionada à validade do ato anterior, não subsistindo sem ela (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2017, p. 2).

Para corroborar o entendimento, os autores fazem alusão à Teoria do Adimplemento Substancial, que foi utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp. 1.581.505. Nesse sentido, sustentam que se o colaborador omitir fatos não substanciais em relação a avença, tal ato não tem o condão de invalidar todos os outros elementos produzidos pela sua cooperação com a justiça, tampouco autorizam a rescisão e revogação dos benefícios:

> É claro que, se a parte faltante for a principal, de fato, não há sentido em se aplicar a teoria do adimplemento substancial, mas se pode também reconhecer que, se os aspectos principais foram corroborados, eventual ineficiência que não atinja o núcleo, somada à boa-fé do negócio, deve implicar cumprimento. Verificado que foi blefe do delator, modifica-se a dinâmica e se pode rescindir. (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2017, p. 2).

Lopes Júnior e Rosa (2017) sustentam que deve ser avaliada a violação da boa-fé frente a dimensão da delação, sob pena de ser chegar ao ponto de rescindir uma delação por questões irrelevantes, que não estão incluídas no núcleo dos termos da delação. Segundo os autores, as rescisões injustificadas dos acordos podem levar o instituto da delação premiada ao descrédito, desencorajando outros delatores a atuar em cooperação com a justiça.

Ademais, os autores acima referenciados sustentam que a inclusão de cláusulas rescisórias impossíveis de serem cumpridas, com previsão de aproveitamento de provas mesmo após rescisão, pode significar deslealdade do Estado:

> Portanto, o tema é complexo e não se pense — de forma tão simples e direta — que se poderá salvar a prova obtida a partir da delação sem afrontar as regras do jogo. Seria mais uma manifestação do nefasto vale-tudo no qual querem transformar o processo penal. Existe um preço a ser pago, na democracia, pela legalidade, e uma imensa responsabilidade por parte dos agentes do Estado. (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2017, p. 2).

Frise-se que, embora haja discussão acerca da boa-fé na inclusão de cláusulas relacionadas ao aproveitamento de provas após a rescisão, os acordos de colaboração premiada da Operação Lava Jato foram devidamente homologados (sem ressalvas) pelo Poder Judiciário, tanto em primeiro grau quanto pelo STF (FONSECA, 2017).

Dessa forma, considerando que diversos aspectos processuais relacionados ao instituto da delação ainda permanecem pendentes de normatização, as decisões reiteradas dos Tribunais revelam-se importantes balizadores para fins de utilização das provas. Estas poderão, oportunamente, ser confrontadas pelas partes e valoradas pelo juízo, à luz do contraditório e da ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da colaboração premiada vem sendo utilizado como importante meio de produção de prova voltada para a apuração de crimes conhecidos como de "colarinho branco", os quais, além de não deixarem rastros, necessitam de meios mais elaborados para a efetiva apuração. O referido instituto, previsto de forma expressa na Lei nº 12.850/2013, tem possibilitado a desarticulação de grupos criminosos, bem como revelou-se como meio efetivo no combate à corrupção.

Por se tratar de negócio jurídico processual, conforme já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, é perfectibilizado pela conjugação das vontades das partes, as quais são responsáveis por definir o conteúdo e as consequências jurídicas do acordo. Não raro, o descumprimento dos termos do acordo por uma das partes enseja a rescisão da colaboração, com reflexos diretos sobre o caderno probatório reunido nos autos.

Como restou verificado, mesmo em caso de rescisão, não há óbice à manutenção dos elementos probatórios coletados a partir das revelações e informações anteriormente prestadas pelo colaborador, quando da continuidade da investigação, seja para utilização em seu desfavor ou mesmo para apuração da conduta praticada pelos demais envolvidos nos ilícitos.

Até porque, não se pode perder de vista que a não utilização das provas oriundas de um acordo rescindido pode impedir que a sociedade receba o efetivo retorno dos fatos penalmente relevantes que se pretende combater com os mecanismos previsto na Lei 12.850/2013.

Dessa forma, o trabalho buscou contribuir para a discussão da temática e favorecer o combate à corrupção por meio da utilização das provas produzidas a partir das declarações do colaborador, ainda que os benefícios pactuados tenham sido revogados em decorrência do descumprimento do acordo de colaboração por parte do delator.

REFERÊNCIAS

ABIKO, Paula Yurie. A retratação e rescisão nos acordos de colaboração. In: *Canal Ciências Criminias*. 5 out. 2018. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/retratacao-rescisao-colaboracao/>. Acesso em: 15 out. 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 27/08/2015. Brasília, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 7074. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 29/06/2017. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314255643&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.581.505. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJ: 28/09/2016. Brasília, 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF>. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em 17 nov. 2019.

_____. Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

_____. *Código penal*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a Justiça*. Curitiba: Juruá, 2017.

ENCCLA, 2014. *Manual Colaboração Premiada*. Brasília, 2014. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf> . Acesso em: 31 out. 2019.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório. Revista Custos Legis - PRRJ/MPF, v. 03, p. 01-22, 2011.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Inquirição de testemunha*: sistema da "cross-examination". Inobservância. Nulidade. [S.I.]: LFG, 2010. Disponível em <http://http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100824184233882&mode=print>. Acesso em: 18 nov. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. Delação não pode ser rescindida unilateralmente por capricho do Estado. In: *Consultor Jurídico*. 6 out. 2017. Disponível em <conjur.com.br/2017-out-06/limite-penal-delacao-nao-anulada-unilateralmente-capricho-estado>. Acesso em: 15 out. 2019

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Acordo de Colaboração Premiada*. 2017. 21 ago. 2017. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2017/10/Termo-de-Acordo-Lu%CC%81cio-Funaro.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. *Orientação Conjunta Nº 1/2018*: Acordos de Colaboração Premiada. 23 mai 2018. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) Premiada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

A VOLUNTARIEDADE DO COLABORADOR NA CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO CURSO DO CUMPRIMENTO DE PRISÃO PROCESSUAL

Leandro Manzano Sorroche[1]
Lucas Ferreira Santos Sousa[2]

RESUMO: No enfrentamento à corrupção e ao crime organizado, observa-se o aumento da utilização da colaboração premiada como meio de obtenção de prova no âmbito da persecução penal, seja em razão da ineficiência dos métodos tradicionais de investigação diante da sofisticação estrutural da criminalidade organizada, seja pelo sucateamento do aparato estatal. Consoante disposto na legislação de regência, um dos requisitos de validade desse negócio jurídico processual é a necessária voluntariedade do agente colaborador. Ocorre que, não raras vezes, o acordo é celebrado por colaborador que se encontra preso cautelarmente, ensejando a necessidade de se analisar a ocorrência de possível vício substancial na manifestação de vontade do agente colaborador, capaz de inquinar de nulidade o acordo celebrado. O presente artigo possui como escopo, portanto, o estudo da voluntariedade do agente colaborador nos acordos de colaboração premiada quando este agente se encontra submetido a uma das prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico pátrio, objetivando identificar se há incompatibilidade entre os institutos.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Prisões Cautelares. Voluntariedade do Agente Colaborador. Coação.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a sociedade brasileira presenciou a ampla divulgação da utilização de um instituto jurídico até então pouco debatido e utilizado como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado, qual seja: a colaboração premiada.

Embora referido instituto possua previsão em leis esparsas, sua inédita regulamentação se deu com a edição da Lei nº 12.850, de 2013, a qual define organização criminosa, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de provas, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, prevendo detalhadamente as funções a serem exercidas pelos atores processuais.

Consoante disposto na legislação de regência, um dos requisitos de validade da colaboração premiada é a necessária voluntariedade do agente colaborador.

Todavia, vários desses acordos são celebrados por colaborador submetido à prisão cautelar, motivo bastante para que se faça uma reflexão acerca da possível ocorrência de vício substancial na manifestação de vontade do colaborador que se encontra em momento de excessiva vulnerabilidade, o que poderia ensejar a nulidade do acordo firmado.

[1] Pós-Graduado em Direito Público, Tributário e Eleitoral. leandromanzano@gmail.com
[2] Graduado em Direito, pela Universidade de Gurupi (UNIRG). lucas.fct@gmail.com

O tema é controvertido, objeto de acalorados debates, tanto que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.372, de 2016, com o objetivo de alterar a Lei nº 12.850, de 2013, para impor, como condição para a homologação judicial da colaboração premiada, a circunstância de o acusado ou indiciado estar respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurado em seu desfavor.

O presente artigo possui como escopo, portanto, a análise do instituto da colaboração premiada na legislação pátria, com enfoque na Lei nº 12.850, de 2013, notadamente quanto à legalidade do acordo celebrado com colaborador submetido à prisão cautelar.

Para tanto, faz-se necessário investigar a natureza jurídica da colaboração premiada, discorrer sobre a voluntariedade, requisito para homologação judicial do acordo, e sobre os requisitos exigidos para a decretação das prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro.

2. DAS PRISÕES CAUTELARES

2.1 DAS PRISÕES CAUTELARES

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assevera que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando, pois, o princípio da presunção da não culpabilidade.

Não obstante isso, entre o lapso temporal do momento da prática de determinada infração penal até o provimento jurisdicional definitivo, podem ocorrer situações que comprometem a efetiva atuação do Estado-Juiz, sendo necessária a imposição de medidas cautelares com a finalidade de garantir o resultado útil da prestação jurisdicional.

Sobreleva de importância a análise de duas espécies de prisão cautelar, quais sejam: prisão preventiva e prisão temporária.

2.1.1 DA PRISÃO PREVENTIVA

Prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, de 1941, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Nesse diapasão, presentes os pressupostos acima mencionados, a prisão cautelar poderá ser decretada em relação às infrações penais previstas no artigo 313 do Código de Processo Peal (CPP)[3].

[3]Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Dessa sorte, à semelhança de todas as medidas cautelares a prisão preventiva deverá estar lastreada na presença de condicionantes simultâneas do *fumus boni iuris*, e do *periculum in mora*, no processo penal, denominadas de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, respectivamente.

Na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal, encontra-se o *fumus comissi delicti,* ao dispor que será decretada a prisão *"quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*", sendo requisito indispensável para a decretação da cautelar.

Renato Brasileiro[4] afirma que,

> No tocante à materialidade, como denota a expressão prova da existência do crime constante do art. 312 do CPP, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva [...]
> No que tange à autoria, entretanto, exige o Código a presença de indicio suficiente de autoria. Como é cediço, a palavra indício possui dois significados. Ora é usada no sentido de prova indireta, tal qual preceitua o art. 239 do CPP, ora é usada no sentido de uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo.

Assim sendo, o magistrado ao se deparar com o caso concreto de pedido da prisão preventiva, conferindo um mínimo de segurança na decretação, deverá analisar, como pressuposto inicial, a prova da materialidade delitiva e indícios de autoria.

Após análise dos pressupostos de comprovação da materialidade e os indícios de autoria, há premente necessidade da presença do fator de risco para sustentar a medida extrema concernente à segregação da liberdade do indivíduo.

A parte inicial do Código de Processo Penal menciona as hipóteses de decretação da prisão preventiva, quais sejam: a) garantia da ordem pública; b) da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; ou para d) assegurar a aplicação da lei penal.

A primeira hipótese de decretação, qual seja: garantia da ordem pública, sempre foi motivo de muitas críticas na doutrina, porque o legislador não traçou limites concretos, deixando uma grande margem de abstração e generalidade.

Eugênio Paceli e Douglas Fischer asseveram que:

> Cláusula criticada desde sempre, a prisão para garantia da ordem pública (e econômica, com redação dada pela Lei nº 8.884/94) não oferece contornos seguros para a aplicação do Direito.

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
[4] Brasileiro. Renato de Lima. Manual de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2015.

> E como toda prisão implica grave restrição aos direitos individuais, o alto grau de abstração da norma merece mesmo ser criticado. Afinal, a que tipo de ordem estaria se referindo o legislador?

Guilherme de Souza Nucci afirma que a garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva.

Não obstante isso, a jurisprudência e a doutrina têm entendimento semelhante ao delinear que o pressuposto da garantia da ordem pública fundamenta a prisão cautelar com a finalidade de impedir que o agente, caso solto, continue a praticar crimes.

Corroborando com o exposto, veja precedente jurisprudencial[5]:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM SENTENÇA. ENCARCERAMENTO FUNDADO NOS ARTS. 282, § 5º, E 312, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AGENTE EM LIBERDADE PROVISÓRIA. SUPERVENIENTE CONHECIMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR DELITO DA MESMA ESPÉCIE. FUNDADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRIÇÃO NECESSÁRIA E ADEQUADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Por se submeter a prisão processual ao postulado da provisionalidade, característica presente em todas as espécies de medidas cautelares realizáveis na persecução criminal, é cediço que o julgador, conforme interpretação autêntica do art. 282, § 5º, in fine, do Código de Processo Penal, poderá revogá-la ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem, exatamente como se deu no caso em testilha. 2. Não há constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente fundamentada, nos moldes dos arts. 312 e 315, ambos do Código de Processo Penal, notadamente para salvaguarda da ordem pública. 3. *Na espécie, não obstante a primariedade técnica do sentenciado, que respondeu à instrução processual em liberdade, sua segregação preventiva restou devidamente justificada, porquanto ulteriormente veio ao conhecimento do Juízo sentenciante a informação de que aquele foi preso, novamente, por outra acusação de tráfico de entorpecentes, contexto fático-jurídico que denota sua inclinação à criminalidade e, por conseguinte, em face do comprovado risco de reiteração delitiva (periculum libertatis), inviabiliza a aspirada liberdade provisória, já que patente a real possibilidade de que, solto, continue a delinquir. 4. Condições pessoais favoráveis do acautelado, como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, não têm o condão de revogar a prisão cautelar decretada, se há nos autos outros elementos suficientes a demonstrar sua necessidade e adequação.* 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (grifo nosso)

[5]STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS nº 90842. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJe: 15/6/2018.

Portanto, será válida a fundamentação lastreada no pressuposto da garantia da ordem pública quando houver comprovado risco de reiteração delitiva.

Já em relação à hipótese da garantia da ordem econômica, esta se assemelha ao da garantia da ordem pública; todavia, com enfoque no risco de cometimento de infrações penais relacionadas a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros[6].

No tocante à garantia da aplicação da lei penal, nessa hipótese de decretação, o que se procura evitar é a fuga do agente no distrito da culpa, inviabilizando, pois, a execução de eventual sanção.

Por derradeiro, em relação à conveniência da instrução criminal, nesse caso, esta visa impedir que o agente destrua provas, ameace testemunhas ou de qualquer outra forma atrapalhe, tutelando a plena produção probatória.

2.1.2 DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária foi criada pela Lei nº 7.960, de 1989, com o intuito de conferir eficácias nas investigações criminais, quando relacionadas com alguns tipos de delitos.

Ademais, outro escopo da instituição da referida cautelar foi pôr fim à então denominada prisão para averiguação.

Renato Brasileiro conceitua a prisão temporária da seguinte forma:

> Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade nas infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados, viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*.

Consoante disposto no artigo 1º da Lei em tela, caberá prisão temporária quando, imprescindível para as investigações do inquérito policial, o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos ao esclarecimento de sua identidade.

Além disso, terá possibilidade jurídica a referida cautelar quando houver fundadas razões, de autoria ou participação do indiciado, nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou

[6]Eugênio Pacelli, Douglas Fischer. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2017.

medicinal, qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando; m) genocídio; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro; e p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

3. COLABORAÇÃO PREMIADA

3.1 EVOLUÇÃO DA COLABORAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conquanto desde as Ordenações Filipinas de 1603 – que vigorou no Brasil até a edição do Código Criminal de 1830 – já houvesse referência à possibilidade de concessão de perdão para criminosos que delatassem seus comparsas[7], sob a égide da Constituição Federal, de 1988, a primeira previsão legislativa expressa do instituto da colaboração premiada foi por meio da Lei nº 8.072, de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos.

O art. 7ª da Lei supramencionada alterou o Código Penal Brasileiro, inserindo o § 4º ao art. 159, para que passasse a constar que nos casos de extorsão mediante sequestro, praticado por quadrilha ou bando, o associado teria sua pena reduzida caso denunciasse a infração penal à autoridade policial, de modo a facilitar a libertação do sequestrado[8].

Posteriormente, esse mesmo dispositivo do Código Penal foi alterado pela Lei nº 9.269, de 1996[9], que ampliou a possibilidade de utilização do instituto, pois passou a permitir que a redução de pena fosse concedida na hipótese de o delito ter sido praticado em concurso de pessoas, ou seja, não mais era necessário que o crime fosse cometido por quadrilha ou bando (à época, exigia-se a participação de ao menos quatro pessoas).

Além disso, a Lei nº 8.072, de 1990, trouxe a previsão de que o participante ou associado que denunciasse à autoridade o bando ou a quadrilha, de modo a possibilitar sua desintegração, teria sua pena reduzida de um a dois terços, nos casos de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo praticados por quadrilha ou bando (atualmente associação criminosa)[10].

O segundo diploma que dispôs sobre a colaboração premiada foi a Lei nº 9.034, de 1995, revogada pela Lei nº 12.850, de 2013, primeiro conjunto normativo a tratar sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Seu artigo 6º previa a possibilidade

[7]Conforme registrado no voto proferido pelo ministro Dias Toffoli no HC 127.483, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/8/2015.
[8]Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo: "Art. 159, § 4º, Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".
[9]O § 4° do art. 159 do Código Penal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 159, § 4°,Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".
[10]Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

de redução da pena ao agente que, espontaneamente, colaborasse com o esclarecimento de infrações penais e sua autoria, praticadas no âmbito de organizações criminosas[11].

Ainda em 1995, com a inserção do § 2º ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 1986, e do parágrafo único ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 1990, ambos pela Lei nº 9.080, de 1995, a utilização do instituto da colaboração premiada passou a ser possível também em relação aos crimes praticados contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Os dispositivos retromencionados possuem redação e finalidades convergentes ao aduzirem que o agente que, pela confissão espontânea, revelar à autoridade a trama delituosa, nas infrações penais praticadas em quadrilha ou coautoria, teria sua pena reduzida de um a dois terços.

Posteriormente, o instituto passou a ser previsto na Lei 9.613/1998 para os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Nos termos do artigo 1º, §5º da referida lei, passou-se a permite a redução de pena de um a dois terços e ainda o seu cumprimento no regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Logo em seguida, a Lei nº 9.807, de 1999, que dispõe acerca das normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, trouxe a possibilidade de concessão da redução de pena e até mesmo de perdão judicial.[12] Para isso, a Lei exige que o indiciado ou acusado, voluntariamente, colabore com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime[13].

---

[11]Art. 6º da Lei nº 9.034/1995: Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

[12]A depender da primariedade do agente, da sua personalidade, da natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

[13]Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção à sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

Cumpre destacar, por oportuno, que, pela primeira vez, a legislação passou a exigir fosse voluntária a colaboração, e não necessariamente espontânea.

Ainda em relação à evolução legislativa, insta consignar que o instituo em comento passou a ser previsto no âmbito dos processos sancionadores conduzidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio do Programa de Leniência, instituído pela Lei nº 10.149, de 2000, que acrescentou o art. 35-B à revogada Lei nº 8.884, de 1994.

De acordo com o dispositivo retromencionado, a celebração do acordo de leniência poderia implicar a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborassem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, e dessa colaboração resultasse a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovassem a infração noticiada ou sob investigação. O Programa de Leniência foi mantido pela Lei nº 12.529, de 2011 (Lei do CADE), no seu art. 86[14].

Em 2006, o instituto da colaboração premiada passou a ser previsto no art. 41 da Lei nº 11.343, de 2006 (Lei de Drogas), que estabelece que o indiciado ou o acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Por fim, a colaboração premiada passou a ser amplamente detalhada pela Lei nº 12.850, de 2013, que trata sobre as organizações criminosas e será objeto de análise no presente artigo, sendo que sob sua égide foram firmados os acordos da operação Lava Jato, maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que se tem notícia na história do Brasil.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.
§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados

[14]Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:
I - a identificação dos demais envolvidos na infração;

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA: INSTRUMENTO DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL E A VOLUNTARIEDADE DO AGENTE COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DO ACORDO

A colaboração premiada, originalmente inserida no contexto do Direito Penal Premial, com o advento da Lei nº 10.149, de 2000, que trouxe a previsão do acordo de leniência[15], e posteriormente, com a edição da Lei nº 12.850, de 2013, na qual o legislador detalhou o procedimento e requisitos a serem observados para a celebração do acordo de colaboração, passou a ser vista como instrumento da Justiça criminal consensual.

Como bem destacam Aires e Fernandes, antes se falava simplesmente na concessão de premiação para o agente que colaborasse com a investigação policial ou processo criminal, sem que fosse necessária a celebração de um acordo prévio[16]. Segundo os autores,

> [...] o foco que antes se dava ao arrependimento processual, e à estipulação de um prêmio para aquele que realizasse a delação premiada, já se apresenta voltado para a expressão de uma verdadeira justiça criminal consensual, em que há um acordo prévio, relativamente negociado, para que se conceda a colaboração premiada. (AIRES, 2019)

No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello, na Decisão proferida no Mandado de Segurança nº 34.831/DF, destacando o estabelecimento desse novo paradigma de Justiça criminal, baseado no consenso dos protagonistas do litígio penal, assevera que

> A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.

Tal mudança de concepção, em que a colaboração premiada não se estabelece com foco tão somente no prêmio, mas também no fruto do consenso dos sujeitos que integram a relação processual penal, implica a conclusão de que o instituto em referência deve ser enquadrado na categoria de negócio jurídico processual, no qual, segundo Mendonça (2017, p. 53), "as partes autorregulamentam a vontade e, assim, logram a obtenção de determinados efeitos jurídicos, permitidos e autorizados pelo ordenamento jurídico".

[15]Embora a colaboração premiada e o acordo de leniência possuam naturezas jurídicas distintas, já que o último é de natureza administrativa, aqui se coloca o acordo de leniência como instrumento da Justiça criminal consensual, pois a Lei 10.149/2000 (ao incluir o art. 35-C na Lei 8.884/1994) e posteriormente a Lei 12.529/2011, em seu art. 87, trouxeram a previsão de que no caso de crimes contra a ordem econômica, a celebração do acordo de leniência, além de impedir o oferecimento da denúncia, também permite a extinção da punibilidade caso seja cumprido.

[16]AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46. Acesso em 21/10/2019.

Ainda de acordo com este autor, o acordo de colaboração premiada "é bilateral, pois gera direitos, faculdades, ônus, obrigações e deveres recíprocos" (MENDONÇA, 2017, p. 54).

Na mesma linha, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim (2016) afirmam que

> [...] a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado.

Esse entendimento foi encampado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483/PR – *leading case* no tema –, nos termos do voto proferido pelo relator ministro Dias Toffoli, para quem a colaboração premiada, além de ser meio de obtenção de prova, é um negócio jurídico processual personalíssimo. Isso porque, por meio dele, se almeja a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, o qual poderá resultar em sanção premial, sendo imprescindível ao acordo que aquiesça o imputado-colaborador de forma voluntária, esteja no pleno gozo de sua capacidade civil e consciente dos efeitos decorrentes de sua realização[17].

Nesse contexto, o artigo 4º, caput e seu § 7º, da Lei nº 12.850, de 2013, exige, como requisitos necessários para a validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos, admitindo-se para este fim que se ouça, em sigilo, o colaborador, na presença de seu defensor.

Bitencourt, discorrendo sobre a voluntariedade como requisito indispensável para validade do acordo de colaboração premiada, assevera que,

> [...] para a validade de qualquer delação ou colaboração premiada, é absolutamente imprescindível que decorra da manifestação de vontade livre e consciente do acusado. Com efeito, a liberdade e voluntariedade fundantes da manifestação de vontade do investigado/acusado são mais que requisitos, são verdadeiros pressupostos de validade da transação penal [...].

Dantas Costa, por seu turno, preleciona que voluntariedade refere-se a uma forma de proteção dada a vontade de o indivíduo realizar determinado ato, bem assim que a ideia de vontade está intrinsecamente ligada à liberdade, de modo que pensar em vontade não livre torna-se uma verdadeira contradição.

Referido autor, após afirmar que a vontade humana é caracterizada pela existência de desejos de primeira ordem e de desejos de segunda ordem[18], sustenta que, para a identificação da existência da vontade, torna-se imprescindível saber se há, no caso concreto, um desejo de segunda ordem, ou seja, um processo de formação da vontade declarada. E complementa:

---

[17]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 127.483-PR. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima. Coator: Relator da Pet 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário. 27 ago. 2015.

[18]Nas palavras do autor: "Os desejos de primeira ordem correspondem à forma mais comum à qual a vontade é referida, ou seja, o desejo de algo (na colaboração premiada, o desejo de se defender colaborando com a justiça). Já os desejos de segunda ordem são mais complexos, pois dizem respeito ao desejo de desejar algo (o desejo de colaborar com a justiça). Tais desejos de segunda ordem são derivados de uma característica exclusiva do ser humano, qual seja, sua capacidade de autodeterminação e avaliação reflexiva sobre aquilo que quer.

> [...] o desejo de colaborar (desejo de primeira ordem) deve nascer da própria autodeterminação do indivíduo (desejo de segunda ordem). Seria algo como aferir se o colaborador "quis declarar sua vontade". O termo soa estranho, mas significa dizer que a mera declaração do agente não é suficiente para determinação de sua voluntariedade, pois corresponde a um desejo de primeira ordem. A voluntariedade existirá se houver, a priori, uma vontade de manifestar o desejo de cooperar – uma construção voluntária deste desejo; esta é a vontade efetiva.

Desse modo, para validade do acordo, não basta a mera declaração de vontade (desejo de primeira ordem). É necessário que o juiz procure identificar a vontade efetiva do colaborador (desejo de segunda ordem), a fim de verificar se o ato de querer colaborar partiu de um processo volitivo de autodeterminação, e não em razão de pressões ou coações, sejam físicas ou psicológicas, que retirem a liberdade de escolha sobre a prática do ato ou mesmo de promessa de contrapartidas ilegais.

Cumpre anotar que a moralidade dos motivos que levam ao ato de colaborar é irrelevante. Não importa se o agente foi movido por arrependimento, medo de enfrentar o processo criminal, vingança, ou outro sentimento. O que interessa saber é se o agente pôde autodeterminar sua conduta no processo de tomada de decisão.

É com vistas a isso – como forma de garantir a voluntariedade do imputado-colaborador – que a Lei nº 12.850, de 2013, permite ao juiz a entrevista sigilosa do colaborador na presença do seu defensor.

Além disso, a Lei nº 12.850, de 2013, estabelece a necessidade de que todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração sejam acompanhados pela defesa técnica (art. 4º, §15); que o termo de acordo da colaboração premiada contenha a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor (art. 6º, III); que o juiz, antes de homologar o acordo, deverá aferir sua regularidade, legalidade e a voluntariedade (art. 4º, § 7º); que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, a fim de que seja preservada sua imparcialidade (art. 4º, § 6º), dentre outros requisitos.

Vale destacar, entretanto, que nada impede que o colaborador seja instigado a celebrar o acordo pelo seu defensor, pelo delegado de polícia, ou pelo Ministério Público, desde que seja mantida uma margem de liberdade para o sujeito agir e desde que a persuasão se faça livre da prática de coações indevidas – física, moral ou psicológica – ou mesmo de promessas juridicamente inatendíveis não previstas no acordo.

Isso ocorre porque, conforme veremos adiante, a Lei nº 12.850, de 2013, elegeu como requisito de validade do acordo de colaboração premiada a voluntariedade do imputado-colaborador, e não a espontaneidade.

A grande dificuldade, contudo, reside em estabelecer o ponto a partir do qual a instigação e a pressão coercitiva inerente à lógica da Justiça criminal negocial passam a macular a construção voluntária da vontade do agente.

Dantas Costa cita que

> David Teixeira de Azevedo foi quem melhor aprofundou o tema, ao sedimentar que o ato voluntário é aquele em que subsiste uma margem de liberdade de escolha ao agente. Coações externas até são capazes de afastar a espontaneidade do ato, porém, somente uma coação que se configure absoluta é capaz de retirar, por completo, esta margem de escolha, por anular a vontade do agente.

Nesse sentido, referido autor conclui que "somente a coação externa absoluta (e não uma mera sugestão) é capaz de retirar a voluntariedade de uma conduta".

Assim, evidencia-se que a voluntariedade pressupõe a manifestação de vontade livre, consciente e informada do imputado-colaborador, não sendo admissível que seu consentimento à celebração do acordo seja fruto de coação externa absoluta capaz de retirar-lhe a capacidade de autodeterminação.

3.3 DIFERENÇA ENTRE ESPONTANEIDADE E A VOLUNTARIEDADE DO ATO

Em análise ao artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2013, observa-se que o legislador escolheu como requisito de validade do acordo de colaboração premiada a voluntariedade do agente. Não há menção à necessidade de que o ato seja espontâneo.

Desse modo, urge trazer à colação as características que diferenciam a voluntariedade da espontaneidade, até para que, adiante, seja aprofundada a discussão acerca da compatibilidade entre os institutos da prisão cautelar e da colaboração premiada.

Dantas Costa discorre sobre a distinção aduzindo que

> [...] é possível concluir que a diferença entre espontaneidade e voluntariedade reside no nascimento da ideia de praticar o ato. Na espontaneidade, a ideia nasce do próprio agente, sendo fruto de uma escolha interna posteriormente exteriorizada, por meio de sua livre manifestação. Já na voluntariedade, a ideia nasce de outro, porém, passa pelo juízo interno do agente antes de ser exteriorizada como manifestação de vontade livre. Assim, no ato espontâneo o agente decide por conta própria, no ato voluntário pode haver interferência de seu defensor técnico, de seus familiares e companheiros ou, até mesmo, dos órgãos investigativos interessados diretamente na colaboração.

Por sua vez, Suxberger e Mello afirmam que

> [...] a voluntariedade, tal como exigida pela lei, não consiste em uma ideia que surge, em primeiro lugar, na mente do acusado ou investigado. O acordo pode ser sugerido pelas autoridades responsáveis pela investigação, desde que não haja coação. Esse é o ponto que tem sido frequentemente confundido nas discussões sobre o tema: a lei não exige espontaneidade.

Dessarte, pode-se concluir que há espontaneidade quando a iniciativa para a prática do ato surge do próprio agente, de forma autônoma, sem interferência externa, ao passo que ato voluntário, como exige a Lei nº 12.850, de 2013, é aquele que parte da livre manifestação de vontade do agente, sendo irrelevante que a ideia de realizar o acordo não tenha se originado do próprio colaborador.

4.COMPATIBILIDADE ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E A PRISÃO DO COLABORADOR

Hodiernamente, a utilização do instituto da colaboração premiada tem sido recorrente, em especial no âmbito da mundialmente famosa Operação Lava Jato, sendo que, não raras vezes, o colaborador, ao firmar o acordo, encontra-se preso cautelarmente.

Diante disso, faz-se necessária uma reflexão acerca da legitimidade do acordo de colaboração premiada celebrado por investigado ou acusado que esteja recolhido ao cárcere, em razão da decretação de alguma prisão cautelar. Isso porque a declaração de vontade do colaborador deve ser fruto de um processo volitivo consciente e livre, sendo certo de que não há como negar que, enquanto preso, o ser humano passa por um dos momentos de maior vulnerabilidade de sua vida.

Esse tema sobreleva de importância, sendo objeto de acalorados debates e severas críticas por diversos operadores do direito.

No 1º Curso Nacional Corrupção e os Desafios do Juiz Criminal, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) em parceria com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), o ministro do Superior Tribunal de Justiça Nefi Cordeiro ponderou que uma das características da colaboração premiada é a voluntariedade, podendo, a seu ver, o Estado propor colaboração, porém sem jamais coagir alguém a colaborar a partir da decretação de prisão. Em suas palavras, "a prisão preventiva fora das hipóteses legais, especialmente quando utilizada como incentivo à colaboração, é tortura"[19].

Nesse mesmo diapasão, Leonardo Sica, ex-presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, para quem a Operação Lava Jato praticou "tortura soft" para obrigar investigados ou acusados presos a colaborarem com as investigações, asseverou que

> [...] essa combinação entre prisão preventiva e delação premiada soa para nós como uma espécie de tortura soft e como um pau de arara virtual, as pessoas não presas preventivamente e só são soltas se confessarem. Isso é muito preocupante e não é necessário, existem outros métodos de investigação e de colheita de prova sem violar os direitos e garantias do cidadão. (LOPES, 2015)

De igual forma, o jurista Márcio Sotelo Felippe, em evento na Universidade de São Paulo (USP), aduziu que a decretação de prisão como meio de se obter colaboração premiada, seria forma de tortura, senão vejamos:

[19]http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Colaboracao-premiada-esta-sendo-transformada-em-plea-bargain-sem-apoio-em-lei--diz-ministro-Nefi-Cordeiro.aspx Acesso em: 16 out. 2019.

> [...] o juiz Sérgio Moro "suspende o Direito ao seu bel-prazer e o país assiste a isso impassivelmente". Para Felippe, trata-se de uma forma de dominar pelo fascismo e, nesse sentido, Moro é um torturador. "Ele investiga sob tortura, põe a pessoa na cadeia até o momento em que ela resolve fazer uma delação. Que outra coisa é isso, senão uma forma de tortura?", indagou. "O confronto não permite tergiversação, temos de ir para o confronto, há uma luta que temos de enfrentar intransigentemente".[20]

Nessa esteira, digna de nota são as manifestações de vários juristas, após a divulgação do teor de parecer do Ministério Público Federal no bojo do *Habeas Corpus* nº 5029050-46.2014.404.0000[21], que tramitou no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual o procurador da República Manoel Pastana opinou pela manutenção da prisão preventiva dos pacientes para influenciá-los a colaborar com as investigações. Confira-se:

> [...] Aury Lopes Jr., doutor em processo penal e professor da matéria na PUC do Rio Grande do Sul. Segundo ele, o episódio é mais um exemplo da "degeneração das prisões cautelares", que vêm sendo usadas "como um meio de constrangimento situacional para obtenção de confissões ou delações premiadas, que posteriormente serão usadas como provas" [...]
> [...] Miguel Reale Junior, professor da USP e penalista renomado, o Ministério Público "erra ao justificar o pedido nessa perspectiva". "A prisão preventiva não pode se justificar como instrumento de pressão para ser feita delação" [...]
> [...] Lenio Streck discorda veementemente. Com essa interpretação, comenta Lenio, "o procurador acrescentou nova hipótese ao artigo 312 do CPP e acabou com a presunção de inocência". "A polícia e o MP não conseguem provas sem delação? Querem inverter o ônus da prova? Caímos na república da responsabilidade objetiva-penal? Bronson era ficção, mas o procurador Pastana é realidade. Eis a questão que assusta".

Diante desse cenário, Suxberger e Mello afirmam que não há como negar que "essas reflexões despertam uma preocupação sobre a compatibilidade entre a colaboração premiada e as garantias constitucionais". Para os autores, em relação às críticas aos acordos de colaboração celebrados por investigados ou acusados presos,

> o argumento central pode ser sintetizado na ideia de que, sem liberdade plena, não existe voluntariedade. A restrição da liberdade física suprime a liberdade de opção. A prisão é um ato de violência, de coação, que obriga o acusado a colaborar e, assim, viola a diretriz estabelecida pelo art. 4º, caput, da Lei 12.850/2013.

[20]LIMA, Helder. Prisão preventiva para obter delação premiada é tortura, defende jurista: lava jato. 07 abr. 2016. *Rede Brasil Atual*. Acesso em: 16 out. 2019
[21]CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar: delação forçada. 27 nov. 2014. *Consultor Jurídico*. Acesso em: 16 out. 2019.

E prosseguem referindo que, à primeira vista, tal argumento parece ser insuperável, pois "qualquer um é capaz de imaginar que, estando preso, faria o que fosse preciso para recuperar a liberdade. A liberdade de locomoção é inerente à essência humana e tem forte influência na liberdade de escolha".

Nesse norte, Soraia da Rosa Mendes questiona:

> O que mais pode ser aterrorizante, intimidador, opressivo para um investigado/a, acusado/a ou condenado/a em um processo penal (de regra midiatizado) do que a possibilidade de ver sua liberdade cerceada por mais um dia, um mês (ou vários dias ou meses), caso não se transforme em um/a delator/a? [22]

Destarte, a questão que se propõe analisar é: Haveria incompatibilidade entre os institutos da colaboração premiada e os da prisão? A prisão configura ato de coação apto a macular a necessária voluntariedade do colaborador? O acordo de colaboração premiada somente poderia ser celebrado por colaborador que esteja em liberdade?

No âmbito do Poder Legislativo, a questão foi enfrentada no bojo do Projeto de Lei nº 4.372, de 2016, de autoria do deputado federal Waldih Damous[23]. Conforme já consignado alhures, uma das proposições insertas no referido projeto é a de impor, como condição para a homologação judicial da colaboração premiada, a circunstância de o acusado ou indiciado estar respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurado em seu desfavor.

O autor do Projeto justifica a proposição como forma de garantir a voluntariedade do instituto da colaboração premiada e de proteger as regras processuais que tratam da prisão cautelar, nos seguintes termos:

> A primeira alteração impõe como condição para a homologação judicial da colaboração premiada a circunstância do acusado ou indiciado estar respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor.
> A medida se justifica para preservar o caráter voluntário do instituto e para evitar que a prisão cautelar seja utilizada como instrumento psicológico de pressão sobre o acusado ou indiciado o que fere a dignidade da pessoa humana, alicerce do estado democrático de direito. Da mesma forma, a alteração protege as regras processuais que tratam da prisão preventiva e evita que prisões processuais sejam decretadas sem fundamentação idônea e para atender objetos outros, alheios ao processo ou inquérito.
> É possível extrair das leis que tratam da matéria em nosso ordenamento jurídico que o instituto sempre esteve atrelado e exigiu como condição para sua validade a voluntariedade. A Lei 9.807/99, que trata da Proteção à Vítima e à Testemunha e foi uma das primeiras a disciplinar seu uso, trabalha com a seguinte descrição: tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação. De igual modo, o art. 4º da Lei das Organizações Criminosas repete o termo utilizado na lei anterior. Assim, a colaboração

[22] MENDES. Soraia da Rosa. O que esperar do/a juiz/a em um acordo de delação premiada? https://emporiododireito.com.br/leitura/o-que-esperar-do-a-juiz-a-em-um-acordo-de-delacao-premiada. Acesso em: 16 de out. 2019.
[23]BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4.372/2016*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao= 2077165. Acesso em: 16 de out. 2019.

> premiada pressupõe para sua validade ausência de coação, impondo uma clara e inafastável liberdade do colaborador para querer contribuir com a justiça. A voluntariedade exigida pela legislação desde 1999 e assimilada pelo legislador de 2013 é incompatível com a situação de quem se encontra com a liberdade restringida. É uma contradição em termos.

O Projeto foi rejeitado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados, nos termos do voto do relator deputado delegado Edson Moreira, para o qual "a voluntariedade – necessária para a validade da colaboração premiada, nos termos do art. 4º da Lei 12.850, de 2013 – diz respeito à liberdade psíquica do colaborador, que não pressupõe a sua liberdade de locomoção", não havendo, portanto, "nenhuma correlação, nenhum liame entre o instituto da delação, que tem natureza penal, e o da prisão, que tem caráter processual".

O parecer do relator destaca, ainda, que impedir a homologação de colaboração premiada de acusados ou indiciados presos viola o princípio constitucional da isonomia, pois, citando trecho do voto proferido pelo ministro Dias Toffoli no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483, "entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento", porque "mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850, de 2013)".

Recentemente o Projeto foi desarquivado, em 4 de abril de 2019, e encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara do Deputados para parecer. Não obstante, os principais argumentos favoráveis e contrários já foram esposados.

Em sede de controle judicial, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir o tema no julgamento do já citado *Habeas Corpus* nº 127.483, de relatoria do ministro Dias Toffoli.

Nesse julgado, a Corte Suprema estabeleceu que "o requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção", ou seja, "a declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física", de sorte que "não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração".

De acordo com o relator ministro Dias Toffoli,

> [...] não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de discrímen) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele ou não solto. Tanto isso é verdade que, mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13).

Dantas Costa compartilha do mesmo entendimento. Para o autor, a prisão cautelar do imputado-colaborador "não configura, por si só, coação absoluta capaz de viciar a voluntariedade de um ato, uma vez que *a priori* permanece observada sua liberdade psíquica e, portanto, capacidade de formação da vontade individual".

Ainda no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483, para além de assentar o entendimento de que a prisão por si só não configura ato de coação apto a macular a necessária voluntariedade do colaborador, não havendo incompatibilidade entre a supressão de liberdade física do colaborador e a celebração do acordo de colaboração, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a colaboração premiada é negócio jurídico personalíssimo, sendo-lhe aplicáveis as lições da doutrina referentes ao negócio jurídico privado, daí porque o exame do acordo de colaboração premiada deve ser feito sucessivamente nos planos da existência, da validade e da eficácia.

Importante mencionar, ademais, que o Supremo Tribunal Federal, confirmando liminar proferida pelo ministro Teori Zavaski no *Habeas Corpus* nº 138.207, novamente reconheceu não haver relação legal entre a colaboração premiada e a prisão cautelar do colaborador, tampouco que eventual descumprimento do acordo seria, em si mesmo, motivo suficiente para a decretação de nova custódia cautelar[24].

À luz dessas considerações, para se verificar a validade do acordo de colaboração premiada do agente que se encontra preso, faz-se necessária uma análise acerca da coação como elemento capaz de viciar a voluntariedade do imputado-colaborador. Em outras palavras, é preciso identificar em que situações a prisão cautelar configuraria espécie de coação absoluta capaz de viciar a manifestação da vontade.

Partindo da premissa de que a colaboração premiada é negócio jurídico e que a ela se aplicam as lições da doutrina referentes ao negócio jurídico privado, conforme referido alhures, possível que se beba da fonte dos institutos do Direito Civil que tratam da coação como causa de nulidade do negócio jurídico.

Nesse jaez, o art. 151 do Código Civil, de 2002, dispõe que "a coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens". Por seu turno, nos termos do art. 171, II, do mesmo *Codex*, seria anulável o negócio jurídico por vício de vontade resultante de coação.

Portanto, ao menos à primeira vista, considerando que a prisão é inegavelmente um ato de intimidação que causa alto grau de vulnerabilidade, seria possível sustentar que a custódia cautelar do imputado-colaborador viciaria a sua vontade e fulminaria de nulidade o acordo celebrado.

Nada obstante, o próprio Código Civil traz a previsão de que "não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito" (art. 153), o que implica dizer que a prisão, desde que legalmente decretada, não configura coação apta a viciar a vontade do colaborador.

[24]RICHTER, André. Ministro do STF diz que quebra de acordo de delação não justifica prisão. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/ministro-do-stf-diz-que-quebra-de-acordo-de-delacaonao-justifica-prisao>. Acesso em: 23 set. 2019.

Nesse sentido, Grandis[25] defende que a prisão cautelar pode até configurar elemento de coação; contudo, quando respeitados os pressupostos legais, é justa e lícita, não sendo admissível considerar algo que está em conformidade com o direito como um defeito capaz de macular o negócio jurídico. Em suas palavras:

> O mal prenunciado, para representar coação e consequentemente viciar a vontade do sujeito, deve ser injusto, ilícito, ilegal. Enfim, deve ser contrário ao direito. Se legal ou jurídico, afasta-se a coação.
> "Não há direito contra direito", já afirmou Orosimbo Nonato em famosa obra sobre a coação como defeito do ato jurídico. Desse modo, é possível deduzir que, por traduzir um ato emitido em conformidade com o direito, ou seja, uma vez decretada por um juiz quando presentes os fundamentos legais, o fato de o agente encontrar-se preso temporária ou preventivamente por si só não invalida o acordo de colaboração premiada.
> Não fosse assim, todos os atos processuais praticados por um acusado preso durante a ação penal, notadamente seu interrogatório, poderiam ser considerados inválidos, o que, evidentemente, viola as regras do Código de Processo Penal brasileiro além do próprio bom senso.

Grandis destaca, ainda, que "desconhece-se qualquer país que vede a realização de acordo de colaboração premiada com investigado ou acusado preso", referindo que a razão que leva o imputado-colaborador a firmar o acordo de colaboração premiada não é a prisão cautelar em si, "mas a convicção de uma condenação criminal pela prática de crimes que ensejam penas altas".

Conforme Suxberger e Mello, "a prisão preventiva não pode ser tratada, de forma genérica, como um ato de coação, se ela foi decretada pela autoridade competente, em observância aos requisitos legais". Referidos autores defendem que não há incompatibilidade entre os institutos das prisões cautelares e os da colaboração premiada. Para eles, se há um problema ético a ser solucionado, ele reside na atuação dos agentes responsáveis pela persecução penal, e não nos institutos em si. E concluem:

> Condena-se a colaboração premiada, sugere-se a sua alteração legislativa, ou a sua extirpação do sistema, sem que se perceba que, na verdade, o problema é externo. É dizer: se problema há, ele não se encontra nos institutos em si. E essa advertência mostrasse relevante porque não será a alteração dos institutos que permitirá solução ao pretenso problema ou abuso no uso da prisão processual.
> Para coibir possíveis ilegalidades no manejo de institutos que afetam a liberdade de locomoção do indivíduo, como a prisão preventiva, existe a via do habeas corpus, que permite a revisão do ato coator em todos os graus de jurisdição.

Com efeito, as prisões cautelares possuem requisitos próprios para sua decretação, visto que necessitam ser provenientes de autoridade judiciária competente, a qual proferirá decisão fundamentada nas hipóteses elencadas pela legislação, sendo que, no eventual tolhimento ilegal da liberdade de locomoção do acusado ou investigado, dispõe-se do *Habeas Corpus*.

[25] Disponível em: <http://jota.uol.com.br/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada>. Acesso em: 23 out. 2019.

Sustentar que a prisão configura coação apta a extirpar a voluntariedade é a mesma coisa de dizer que a prisão foi decretada de forma ilegal. Além disso, se a prisão em si fosse ato de coação absoluta, a outra conclusão não se poderia chegar senão a de que todos os atos praticados pelo réu durante a instrução processual seriam nulos.

Ressalte-se que a prisão cautelar não pode ser decretada com objetivo de obter a colaboração do agente, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do já referido *Habeas Corpus* nº 127.483:

> [...] é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou a confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.

Desse modo, se for firmado acordo de colaboração premiada com imputado-colaborador preso cautelarmente sem que tenham sido observados os requisitos legais, macula-se o pacto também com a ilegalidade.

Assim, não há de se falar em nulidade do acordo de colaboração premiada com fundamento na ocorrência de coação quando a segregação cautelar foi decretada em observância aos requisitos legais, visto que o Estado estaria no exercício regular de um direito.

No ponto, insta consignar que a conclusão de que a coação absoluta somente ocorre quando se procede ao arrepio da lei, também pode ser abstraída a partir de institutos do Direito Penal.

Segundo Suxberger e Mello[26]:

> No Direito Penal, o conceito de coação pode ser extraído dos tipos penais contra a liberdade pessoal, notadamente os crimes de constrangimento ilegal e ameaça, previstos nos arts. 146 e 147 do Código Penal. Novamente, faz-se presente a ideia de que a coação somente ocorre quando se age contra *legem*. O crime de constrangimento ilegal somente se configura se a vítima for constrangida "a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda". Por sua vez, a ameaça sempre deve ter por objeto um "mal injusto".

No âmbito do direito comparado, utilizando como exemplo o *plea bargaining* do direito norte-americano, é possível observar que a voluntariedade também está prevista como requisito de validade do acordo, sendo que lá os tribunais "também têm conferido interpretação restritiva à ideia de coação, ao entender que o requisito da voluntariedade somente é violado quando a acusação age fora da legalidade" apontam Suxberger e Mello.

Na mesma senda, Santos[27], ao analisar a colaboração premiada nos Estados Unidos da América, afirma que

[26]SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40

> Voluntariedade, segundo a Regra Federal nº 11, (b), (2), significa não ser a colaboração fruto de ameaça, violência física ou de promessas juridicamente inatendíveis, devendo o juiz indaga-lo a respeito, pessoalmente, em audiência – *open court*. A norma tem sido interpretada restritivamente pelos Tribunais, admitindo-se, a contrario sensu, coerções psicológicas, como a *overcharging* – acusações excessivamente graves ou abundantes, como estratégia à obtenção de acordo, em geral nos moldes do item (c) (1) (A) da Regra Federal nº 11 (retirada de algumas das imputações) – ou o *package deals* – existindo muitos envolvidos, em vez de negociar individualmente, a promotoria oferece proposta única, global, cujo implemento depende da aquiescência geral.

Portanto, diante dos argumentos apresentados, a conclusão a que se chega é a de que não há incompatibilidade jurídica entre os institutos da colaboração premiada e os das prisões cautelares. A capacidade de autodeterminação do sujeito somente é maculada quando há coação absoluta capaz de viciar a voluntariedade, a qual pressupõe a existência de ilegalidade. Assim sendo, a prisão somente seria incompatível com o requisito da voluntariedade se ela fosse decretada ao arrepio dos requisitos legais.

5. PROPOSTAS PARA MELHOR PROTEÇÃO DA LIBERDADE PSÍQUICA DO IMPUTADO-COLABORADOR PRESO CAUTELARMENTE

Como visto, a Lei nº 12.850, de 2013, trouxe diversos mecanismos que objetivam impedir a prática de arbitrariedades por parte do Estado quando das tratativas para formalização do acordo de colaboração premiada, como a possibilidade de o juiz realizar entrevista sigilosa com o colaborador, a necessária presença de defesa técnica em todos os atos, a gravação das negociações em meio audiovisual, dentre outros.

No tópico anterior, constatou-se não haver incompatibilidade em abstrato entre os institutos da colaboração premiada e os das prisões cautelares, de sorte que a segregação cautelar somente acarretará vício à manifestação de vontade do agente quando decretada de forma ilícita.

Não obstante, embora nenhuma das prisões cautelares possa legalmente ser utilizada como método de convencimento do pretenso imputado-colaborador, e mesmo diante das ferramentas de controle existentes na Lei nº 12.850, de 2013, certo é que muitas vezes os fundamentos apresentados pela prisão servem apenas para camuflar a sua real finalidade, que seria coagir o acusado ou investigado a colaborar, relatou Suxberger e Mello.

Em razão disso, diversas são as propostas para que se possa dar melhor proteção à liberdade psíquica do imputado-colaborador que se encontra segregado cautelarmente.

Para Suxberger e Mello, não haveria necessidade de alteração da lei, seja em relação aos mecanismos de controle das prisões cautelares, seja em relação ao instituto da colaboração premiada. Afirmam que se as

[27]SANTOS, Marcos P. D. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49

disposições legais existentes fossem aplicadas, o risco de coação indevida seria reduzido, de sorte que "a grande questão é garantir que esse controle seja realizado", bem assim que "deve-se confiar nas instâncias de supervisão e submeter a elas todo tipo de conduta aparentemente ilegal".

Dantas Costa, por seu turno, defende que deve haver maior controle judicial sobre o acordo de colaboração premiada a fim de dar mais proteção à voluntariedade, não apenas no momento homologatório, mas também nas fases de negociação e formalização, pois assim seria possível garantir a compatibilidade entre a declaração de vontade emitida na forma do acordo e a vontade efetiva do colaborador.

Referido autor propõe, ainda, que, ao invés da voluntariedade, se exija a espontaneidade da colaboração premiada, pois assim, ao menos em tese, impedir-se-ia que as autoridades pudessem persuadir o acusado ou investigado a firmar o acordo de colaboração premiada. Faz a ressalva, contudo, de que devem ser permitidas as propostas que tenham partido do próprio defensor, com a anuência do acusado ou investigado, sob pena de indevida limitação do direito de defesa apontou Dantas Costa.

Outra proposta de Dantas Costa, fazendo referência às modificações legislativas implementadas no direito italiano, é a de que "sejam vedadas por lei cláusulas que prevejam a liberdade de imediato do indivíduo que tenha aceitado colaborar com a Justiça", destacando que a soltura superveniente no imputado-colaborador pode até ocorrer, não em razão da celebração do acordo, mas em decorrência da perda do requisito objetivo que tenha fundamentado a decretação da segregação cautelar.

Para nós, além das propostas anteriormente citadas, uma das formas de proteger a voluntariedade passaria pelo aperfeiçoamento da conduta ética dos agentes estatais e pela punição daqueles que, direta ou indiretamente, ajam à margem da legalidade com o objetivo de coagir o acusado ou investigado a celebrar acordo de colaboração premiada.

Nessa linha, importante citar que recentemente foi editada a Lei nº 13.869, de 2019, que, embora não esteja isenta de críticas[28], define os crimes de abuso de autoridade e prevê a detenção, de 1 a 4 anos, para aquele que decretar medida de privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Além disso, estabelece a mesma punição para quem, dentro de prazo razoável, deixar de relaxar a prisão manifestamente ilegal; deixar de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; e deixar de deferir liminar ou ordem de *Habeas Corpus*, quando manifestamente cabível.

[28]Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309240,41046-Parecer+do+ministerio+da+Justica+critica+projeto+de+lei+de+abuso+de. Acesso em: 23 out. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada é, sem sombra de dúvidas, uma importante ferramenta no combate ao crime organizado. A Lei nº 12.850, de 2013, foi a que até o momento melhor regulamentou o instituto, prevendo, dentre outros requisitos, para formalização e validade do acordo, a voluntariedade do acusado ou investigado em aceitar colaborar de forma efetiva com a investigação e com o processo criminal.

O objetivo do presente trabalho foi o de fazer uma reflexão acerca da compatibilidade entre os institutos da colaboração premiada e os das prisões cautelares, trazendo à colação os principais argumentos contrários e favoráveis acerca do tema.

Após breve narrativa da evolução histórica da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio, buscou-se demonstrar que se trata de instituto da Justiça criminal consensual, e que sua natureza jurídica é de negócio jurídico processual bilateral, razão pela qual são aplicáveis à colaboração premiada as lições da doutrina referentes ao negócio jurídico privado.

Em seguida, discorreu-se sobre o requisito da voluntariedade, definindo-se que a vontade humana é caracterizada por desejos tanto de primeira como de segunda ordem, de sorte que para a análise da voluntariedade não basta a mera declaração de vontade (desejo de primeira ordem). É necessário que o juiz procure identificar a vontade efetiva do colaborador (desejo de segunda ordem), a fim de verificar se o ato de querer colaborar partiu de um processo volitivo de autodeterminação, e não em razão de pressões ou coações que retirem a liberdade de escolha sobre a prática do ato (coação absoluta).

Ademais, destacou-se que a moralidade dos motivos que levam à prática do ato de colaborar são irrelevantes, bem assim que a Lei nº 12.850, de 2013, não proíbe que o investigado ou acusado seja instigado a celebrar o acordo por terceiros, desde que a instigação se faça livre da prática de coação absoluta ou de promessas juridicamente inatendíveis.

Partindo para o ponto fulcral do trabalho, após apresentar as principais críticas aos acordos de colaboração premiada firmados por acusados ou investigados presos, concluímos que não há incompatibilidade jurídica entre os institutos da colaboração premiada e os das prisões cautelares, pois a declaração de vontade feita a partir de um processo reflexivo do indivíduo, baseada em sua capacidade de autodeterminação, pressupõe a existência de liberdade psíquica, e não necessariamente de liberdade física.

Desse modo, eventual nulidade do acordo ocorreria apenas se a prisão tivesse sido decretada à margem da lei, ou seja, sem o preenchimento dos requisitos legais, pois somente assim se poderia cogitar existência de coação absoluta capaz de aniquilar a vontade do agente.

Por fim, foram apresentadas algumas propostas para melhor proteção da liberdade psíquica do imputado-colaborador preso cautelarmente, pois inegável que muitas vezes as prisões cautelares são utilizadas exclusivamente com o objetivo de coagir o agente a firmar acordo de colaboração premiada.

Dessarte, muitos são os avanços trazidos pelos mecanismos de controle presentes na Lei nº 12.850, de 2013. Nada obstante, embora não exista incompatibilidade em si entre a prisão cautelar e a colaboração premiada, há de se fazer valer a força da lei e buscar sempre melhores meios para tutela da voluntariedade, até mesmo com a punição daqueles que se valem das prisões cautelares de forma ilegal com o objetivo de coagir acusados ou investigados a colaborar com as investigações.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46. Acesso em 21/10/2019.

BITENCOURT. César. Delação premiada é favor legal, mas antiético. 17 de junho de 2017. Conjur. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico. Acesso em: 10 de out. de 2019

BOMFIM, Daniela; DIDIER JR, Fredie. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o Direito Processual Civil. In: Repercussões do Novo CPV - Processo Penal. v. 13. Salvador: Editora JusPodium, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao= 2077165. Acesso em: 16 de out. 2019.

. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n. 4.372, de 2016. Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPCCO-22-08-2016>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

. Justificação do Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016> Acesso em: 16 de out. 2019.

BRASILEIRO. Renato de Lima. Manual de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2015.

CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar: delação forçada. 27 nov. 2014. *Consultor Jurídico*. Acesso em: 16 de out. 2019.

. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na lava jato. 28 nov. 2014. Consultor Jurídico. Acesso em: 16 out. 2019.

COSTA, Leonardo Dantas. Delação Premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curituba: Juruá, 2017.

FISCHER Douglas; PACELLI, Eugênio. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Colaboracao-premiada-esta-sendo-transformada-em-plea-bargain-sem-apoio-em-lei--diz-ministro-Nefi-Cordeiro.aspx Acesso em: 16 de out. 2019.

https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada-05082015>. Acesso em: 16 de out. 2019.

LIMA, Helder. Prisão preventiva para obter delação premiada é tortura, defende jurista: lava jato. 7 abr. 2016. *Rede Brasil Atual*. Acesso em: 16 de out. 2019.

LOPES, Elizabeth. Prisão preventiva com delação premiada é pau de arara virtual, diz Sica. 01 mar. 2015. Estadão Política. Acesso em: 16 de out. 2019.

MENDES. Soraia da Rosa. O que esperar do/a juiz/a em um acordo de delação premiada? https://emporiododireito.com.br/leitura/o-que-esperar-do-a-juiz-a-em-um-acordo-de-delacao-premiada. Acesso em: 16 de out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. RT. 2008.

RICHTER, André. Ministro do STF diz que quebra de acordo de delação não justifica prisão. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/ministro-do-stf-diz-que-quebra-de-acordo-de-delacaonao-justifica-prisao>. Acesso em: 23 set. 2019.

STF. HABEAS CORPUS nº 127483. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe: 9/4/2015.

STJ. Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 90842. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJe: 15/6/2018

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40

A POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tarso Rizo Oliveira Ribeiro[1]
Fabiano Ribeiro[2]

RESUMO: o presente estudo objetiva tratar da possibilidade de transação nos atos de improbidade administrativa nas vias pré-processual e processual, à luz do interesse público, da legislação em vigor e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, qual o instrumento adequado para se realizar a negociação, assim como as penalidades que podem ser objeto de disposição.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Interesse Público. Penalidades. Transação

1. INTRODUÇÃO

A constatação da morosidade na solução de litígios fez com que repensássemos nosso sistema de prestação jurisdicional. A ideia de uma justiça negocial, muito influenciada com institutos do *common law*, especialmente aqueles dos Estados Unidos, ganhou força no ordenamento jurídico nacional, em especial com o advento de diplomas legislativos que preveem institutos desburocratizadores, céleres e eficazes para a solução de conflitos.

O marco inicial no Brasil se deu com a Lei 9.099/95, a denominada Lei dos Juizados Especiais. No âmbito criminal, por exemplo, previu os institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, que garantiram agilidade a uma enormidade de feitos que outrora permaneciam esquecidos nos escaninhos dos mais diversos fóruns país afora.

No âmbito cível, mais especificamente no campo da defesa da probidade administrativa, nunca houve um avanço legislativo preocupado com a rápida solução dos litígios. Para se ter uma ideia, segundo dados do INAC (Instituto Não Aceito Corrupção), os tribunais brasileiros levam mais de seis anos, em média, para julgar ações de improbidade administrativa, conforme pesquisa apresentada no ano de 2017. Essa demora processual fere o interesse público que se busca tutelar, importando, por vezes, em prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.

Portanto, resta-nos claro que medidas voltadas à celeridade na resposta jurisdicional para atos que envolvam improbidade administrativa devem ser adotadas. Assim, como isso pode ser feito? Como desburocratizar esse sistema que historicamente sempre foi engessado?

1 Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Graduado em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. E-mail: tarsoribeiro@mpto.mp.br.
2 uiz de Direito do Estado do Tocantins. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão – CESUC. E-mail: fabianor@tjto.jus.br

Nesse diapasão, questão que sempre atormentou os operadores do direito está diretamente ligada sobre a possibilidade de se transacionar diante da prática de atos de improbidade administrativa. Ora, se até mesmo no Direito Penal, que sempre foi a *ultima ratio* e prevê as mais graves sanções, diversos institutos negociais são permitidos, com muito mais razão haveria a necessidade de se dar mais força no âmbito cível, garantindo-se a composição, desde que, obviamente, observados alguns parâmetros mínimos.

Diversos argumentos eram elencados como empecilho para a negociação em processos dessa natureza, em especial a expressa vedação legal contida no artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92. Outro obstáculo levantado consistia na violação do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, pelo qual se entende que a Administração não possui livre disposição dos bens e interesses públicos, uma vez que atua em nome de terceiros, a coletividade. Por consequência, impõem limitações à alienação de bens, que só podem ocorrer nos termos previstos em lei; à contratação de pessoal efetivo, que deve seguir a regra de concurso público; à escolha de fornecedores para firmar contrato, que depende da realização de licitação, e assim por diante.

A interpretação gramatical do comando do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa conduz a soluções absolutamente incoerentes. Como exemplo, imaginemos a seguinte situação: um agente público pratica um crime de advocacia administrativa positivado no artigo 321, do Código Penal, que tem previsão de pena máxima de 01 (um) ano de detenção, nos casos de interesse ilegítimo. Trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo, podendo o autor do fato ser beneficiado com a transação penal, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95. Entretanto, no mesmo caso, não poderia celebrar um acordo na esfera de improbidade administrativa e com isso se ver livre do processo.

Esse mesmo agente público, se integrar uma organização criminosa e desviar milhões de reais dos cofres públicos, poderá celebrar um acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e negociar sanções penais (tidas como mais graves pelo sistema), porque decorrentes da prática de crimes (em tese, os ilícitos mais reprováveis), mas não poderá negociar a aplicação de sanções na esfera de improbidade administrativa se, culposamente, causar um dano de pequena monta ao erário.

Durante muito tempo, boa parte da doutrina e a esmagadora jurisprudência posicionavam-se pela impossibilidade de se transacionar em atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, vejamos as palavras de Hugo Nigro Mazzili, *in verbis*:

> A lei de improbidade administrativa vedou, expressamente, a transação nas ações de responsabilização civil dos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito" e "com maior razão, não se há de admitir transação nos inquéritos civis relacionados com a matéria. (MAZZILI, 2015. p. 339)

Essa postura ortodoxa do legislador, seguida pela doutrina, calcada na ideia de proteção ao interesse público, geralmente tem implicado sérios prejuízos ao interesse que se busca proteger, dada à morosidade decorrente das dificuldades encontradas na solução das ações de improbidade administrativa, em especial quanto ao ressarcimento ao erário. Dessa forma, se a norma criada para tutela do interesse é ineficiente ou se torna ineficiente, é necessário repensá-la e adotar um novo modelo que seja capaz de alcançar o interesse público,

ou, ao menos, de se aproximar desse objetivo, já que a própria realidade revela que nem sempre é possível restabelecer o *status quo ante*.

Destarte, importa compreender, ainda, que o acordo a ser firmado entre o agente ímprobo e o Ministério Público, por exemplo, não importará em renúncia a bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, seja porque o patrimônio público e a moralidade administrativa são indisponíveis, seja porque os legitimados à tutela de tais bens não são os seus titulares.

Portanto, nada impede que aquele que pratica uFm ato legalmente elencado como improbidade administrativa, espontaneamente, concorde em reparar o prejuízo causado ao erário.

Assim, o presente trabalho visa demonstrar a possibilidade em se firmar acordos diante da prática de atos que gerem enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou violem princípios da administração pública, seus limites, as sanções possíveis de negociação, os instrumentos a serem utilizados pelos legitimados e a necessária homologação judicial para que surtam os jurídicos e legais efeitos.

2. ADVENTO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS QUE DERROGARAM TACITAMENTE A PREVISÃO CONTIDA NO ART. 17, §1º, DA LEI 8.429/92

Como é cediço, o artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92 expressamente afirma que "é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações que trata o *caput*". Uma interpretação literal, sem analisar os demais diplomas legislativos posteriores, poderia nos dar a falsa impressão da total impossibilidade da formalização de acordos em casos envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, entretanto, a situação deve ser analisada com mais vagar.

A Lei 12.846/13 (conhecida como Lei Anticorrupção – LAC) dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Em seu artigo 16, prevê a formalização de acordo de leniência celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, desde que haja a reparação integral do dano, com atos que colaborem efetivamente com a investigação e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Em razão disso, poderíamos pensar: somente pessoas jurídicas poderiam celebrar acordos de leniência, ou as pessoas físicas também poderiam fazê-lo?

Embora o objetivo primordial da lei tenha sido a possibilidade de regulamentar a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos contra a administração pública, tratamento distinto com relação a pessoas físicas não faria o menor sentido, sob pena do enfraquecimento de colaborações premiadas, em especial após o advento da Lei 12.850/13.

Por falar na Lei 12.850/13, que define organizações criminosas, ela disciplinou o instituto das colaborações encimadas, espécie de ato negocial, possibilitando a concessão de perdão judicial ao infrator, a redução de 2/3 (dois terços) de sua pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritivas de direitos, bem como, ao Ministério Público, o não oferecimento da denúncia.

Já a Lei 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, mais especificamente em seu artigo 36, parágrafo 4º, expressamente estipula que, nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do ministro-relator.

Por fim, o próprio Código de Processo Civil de 2002, em seu artigo 190, também estipula que em processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Ainda na seara processual civil, a Lei 13.105/2015 (CPC), aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade por força do artigo 318, parágrafo único, e de entendimento jurisprudencial ainda anterior, estabeleceu em seu artigo 3º, § 3º, que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Portanto, esse conjunto legislativo advindo após a Lei de Improbidade Administrativa tem o condão de revogar tacitamente seu artigo 17, §1º, diante da incompatibilidade dada ao tratamento da matéria pelas normas posteriormente promulgadas.

De acordo com Maria Helena Diniz (2007, p. 70-71), derrogação é espécie do gênero revogação pela qual "a norma derrogada não perderá sua vigência, pois somente os dispositivos atingidos é que não terão mais obrigatoriedade". No caso em testilha, trata-se de derrogação tácita pois há "incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão revogam-se as disposições em contrário"(2007, p. 70).

Lado outro, antes mesmo do advento dos novos diplomas legislativos suso descritos, parte da doutrina já sustentava a inconstitucionalidade do artigo 17, §1º, da LIA. A uma, porque afronta o princípio previsto no artigo 4º, VII, da Magna Carta de 88, que orienta a atuação do Estado brasileiro, na ordem internacional, à solução pacífica dos conflitos. A duas, porque a regra guarda potencial de confronto, em casos específicos, com os princípios constitucionais da eficiência, positivado no artigo 37, *caput,* e da economicidade, inserto no artigo 70, ambos da CF/88, a merecer, no mínimo, interpretação conforme a Constituição.

Também não podemos nos esquecer de um detalhe importantíssimo. Em sua redação original, mais especificamente na cabeça do artigo 12, a Lei de Improbidade Administrativa determinava que "independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações". Assim, num primeiro momento, acreditava-se que as sanções deveriam ser aplicadas cumulativamente, o que gerou uma onda de questionamentos nos tribunais superiores, com intensa instabilidade de posicionamentos.

Visando espancar a divergência, foi sancionada a Lei 12.120/09, que, alinhada ao pensamento dominante do Superior Tribunal de Justiça, alterou a Lei 8.429/92. Assim, a nova redação do artigo 12, passou a prever:

> 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:

A alteração legislativa deixou evidente que as sanções não são cumulativas, e que devem ser determinadas por um juízo de razoabilidade. Essa modificação tornou viável a possibilidade de acordo em matéria de improbidade administrativa, pois não se tem por imperativo legal a aplicação de todas as penalidades previstas para cada situação. Portanto, o legitimado a propor a ação, dentro de um juízo de razoabilidade, poderá, a princípio, escolher as penalidades para cada situação, conforme o enquadramento do ato (artigos 9º, 10 e 11). E não se diga que a alteração legislativa é inconstitucional, pois seu conteúdo atende aos termos do art. 37, §4.º da Magna Carta, segundo o qual "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. "

A prática demonstra que a implementação judicial da LIA segue um silogismo, concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença, que deságua no dispositivo final de condenação: o juízo de improbidade da conduta (premissa maior) e o juízo de dosimetria da sanção (premissa menor).

Logo, utilizando-se critérios de razoabilidade, se for possível antever qual será a sanção a ser aplicada para determinado ato de improbidade administrativa, nada mais prático do que se elaborar, desde logo, um acordo com tal espécie punitiva. Imagine a seguinte situação prática: a improbidade acarretará o ressarcimento (que não é pena) e a aplicação tão somente de uma pena, que será a de multa. Ora, se necessário for o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a fim de que haja o reconhecimento judicial do fato para, somente aí, se aplicar uma multa, haverá uma completa ofensa a eficiência administrativa, com o gasto desnecessário da estrutura do Poder Judiciário, que poderia muito bem focar sua atuação em improbidades bem mais graves.

O que devemos compreender é que, quando se está em jogo a análise do microssistema da tutela coletiva, é necessária a interpretação sistemática da legislação, com a análise global de todos os diplomas legislativos em vigor, sob pena de não termos qualquer consequência prática com o processo judicial.

Em razão disso, preocupado com as consequências do processo, o artigo 20, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB, afirma que:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

As alterações inseridas na LINDB trabalham com importantes princípios sustentadores de seus preceitos: a) o da eficiência, garantindo que iniciativas administrativas inovadoras continuem a ser desenvolvidas, observadas as respectivas consequências práticas; b) o da segurança jurídica, na medida em que o administrador público passa a gozar de uma esfera mais bem definida de responsabilidades e possibilidades de defesa; c) o da consensualidade, que propõe a utilização e a priorização do consenso, como técnica de solução de conflitos e eliminação de controvérsias.

O artigo 26 da LINDB também é expresso ao afirmar que:

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
> § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
> I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
> II – (VETADO);
> III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento

Diante disso, perfilhamos do entendimento de que a autorização legislativa dada pelo artigo 26 da LINDB fulmina a vedação existente no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92, em ordem a viabilizar uma "solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais também no âmbito das ações de improbidade administrativa".

3. CRITÉRIOS A SEREM UTILIZADOS NO MOMENTO DA FORMULAÇÃO DO ACORDO ENVOLVENDO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Por ocasião da formulação do acordo no ato de improbidade administrativa, alguns critérios devem ser observados.

O primeiro deles, e diga-se de passagem o mais importante, é que não há acordo em relação ao ressarcimento aos cofres públicos do dano provocado. O que se poderá acordar são as sanções a serem aplicadas e, como o ressarcimento tecnicamente não é uma sanção, ele está fora da esfera de negociação, devendo-se recompor integralmente o prejuízo causado ao erário.

Nesse viés, o Tribunal da Cidadania decidiu que

> O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a

> devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de, pelo menos, uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. (STJ, 2015)

A doutrina trilha exatamente no mesmo caminho. Nas palavras de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

> Aquele que causar dano a outrem tem o dever de repará-lo, dever que reside na necessidade de recompor o patrimônio do lesado, fazendo com que este, tanto quanto possível, retorne ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato lesivo. Essa concepção, hodiernamente, encontra-se amplamente difundida e erigida à categoria de princípio geral de direito, sendo integralmente aplicada em se tratando de danos causados ao patrimônio público. Note-se, no entanto, que o texto legal não tem o poder de alterar a essência ou a natureza dos institutos; *in casu*, observa-se que a reparação dos danos, em seus aspectos intrínsecos, não representa uma punição para o ímprobo, pois tão somente visa a repor o *status quo* (GARCIA, 2011, p. 644)

Nesse sentido, também é o posicionamento da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro), ao estudar a formulação de sugestões de alterações legislativas para aperfeiçoamento da Lei de Improbidade Administrativa, que entendeu ser necessário, além, do ressarcimento integral do dano, ao menos a aplicação de uma das sanções previstas no artigo 12 da LIA.

Outro ponto que merece destaque se relaciona a atos de improbidade administrativa não tão graves. No âmbito criminal, a aplicação do Princípio da Insignificância é bastante difundido, havendo critérios sedimentados na jurisprudência pátria, em especial do Pretório Excelso, a exemplo da mínima ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social do ato, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada. Também há a definição legal de crimes de menor potencial ofensivo pela Lei dos Juizados Especiais, além da previsão legal de contravenções penais que, diante de suas singelezas, são conhecidas por parte da doutrina como delitos liliputianos.

Então, por qual motivo ainda não houve uma evolução legislativa para a expressa previsão de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo? Não seria melhor para todos os envolvidos uma célere solução do litígio, a exemplo do que ocorre com os delitos punidos com pena privativa de liberdade até 02 (dois) anos?

Ora, a prática tem revelado que a justiça negociada, em casos desse jaez, quando lastreada pelos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das sanções, é a melhor solução para se encerrar a lide com celeridade.

Não é novidade que o Poder Judiciário se encontra abarrotado de processos, tendo os Magistrados que priorizar a análise de liminares e outras situações urgentes, o que naturalmente faz com que as ações civis públicas por atos de improbidade administrativa fiquem anos esquecidas nos escaninhos dos fóruns.

Some-se a isso o fato de que essa ação tem um rito prolongado[3], com previsão de uma resposta preliminar com base no artigo 17, §7°, da LIA, uma necessária dilação probatória que pode ter certa complexidade, além de, em inúmeras vezes, diversos demandados.

Pensando nisso, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por intermédio da sua Resolução 179/2017, autorizou, expressamente, a celebração de compromissos de ajustamento de conduta na esfera de improbidade administrativa. Desse teor o art. 1.º, § 2.º, afirma que "é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado".

Embasados na resolução encimada, diversos Ministérios Públicos estaduais elaboraram material de apoio para auxiliar a atuação finalística de seus órgão de execução perante a tutela do patrimônio público. Citamos, exemplificadamente, a Resolução nº. 09/2018, do Colégio dos Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás, que, objetivando uma atuação proativa, resolutiva e preventiva (menos demandista), prevê em seu artigo 49, *in verbis*:

> Art. 49. O órgão de execução do Ministério Público, no âmbito de suas respectivas atribuições, poderá tomar compromisso de ajustamento de conduta para a aplicação célere e eficaz das sanções estabelecidas na Lei nº. 8.429/92, de forma fundamentada e de acordo com a conduta ou o ato praticado, observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência.

Como não poderia deixar de ser, a resolução do Ministério Público goiano, no §1° do artigo encimado, exige requisitos mínimos como: I – esclarecimento da conduta praticada; II – cessação do envolvimento do compromissário do ato ilícito; III – ressarcimento integral do dano e da perda de todos os valores acrescidos ilicitamente; IV – compromisso de pagamento de multa civil; V – multa cominatória para a hipótese de descumprimento das obrigações pactuadas.

O que se extrai de muito positivo da resolução acima é a obrigatoriedade da estipulação de multa civil, nos limites previstos no artigo 12 da Lei nº. 8.429/92, ou seja, em caso de enriquecimento ilícito é necessária multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial. No caso de prejuízo ao erário, multa de até duas vezes o valor do dano e, em caso de violação de princípios da administração, multa de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

A aplicação da multa civil objetiva evitar o custo-benefício da empreitada do agente, ou seja, dissuadi-lo, pois poderia se sentir motivado a transformar o erário em extensão de suas finanças particulares, ao pensamento de que, em sendo pego em ato de desvio de dinheiro público, bastaria efetuar o ressarcimento com a devida

3 - A práxis forense tem demonstrado que há um enorme tempo gasto para a realização de tais notificações, além de que os mesmos argumentos utilizados na defesa preliminar reproduzidos na contestação. Após o recebimento da inicial, todos os envolvidos deverão ser citados

atualização do débito. Tem, também, o condão de tornar o agente público mais prudente no exercício da gestão pública.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Resolução nº. 03/2017 de seu Conselho Superior, também regulamentou o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa. O objetivo do *parquet* mineiro também foi a superação da tradição demandista, com o efetivo do reconhecimento do microssistema da tutela do patrimônio público.

Diante da ausência de lei federal que regulamente os TAC´s, a resolução do CNMP possibilitou a cada Ministério Público a definição dos critérios para a celebração dos acordos, o que naturalmente gera divergências de procedimentos. Nos exemplos acima, enquanto o *parquet* goiano analisa tão somente o arquivamento do inquérito civil após a celebração do TAC, devendo-se instaurar um procedimento administrativo para a fiscalização das condições, o *parquet* mineiro exige a homologação do termo celebrado, verificando sua regularidade, legalidade e pertinência, podendo-se até mesmo determinar a realização de diligências complementares.

No âmbito do nosso Ministério Público do Estado do Tocantins também houve regulamentação, conforme faz prova a Resolução nº. 005/2018. Artigo 29, §2º, prevê:

> § 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, observadas as hipóteses, os requisitos e o procedimento estabelecidos na Seção II do Capítulo VI da presente Resolução.

Interessante é a expressa previsão de que a celebração do acordo não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato (§3º), bem como a necessidade de se prever multa diária ou outra espécie de cominação para o caso de descumprimento das obrigações nos prazos assumidos, admitindo-se, em casos excepcionais e devidamente fundamentados, a previsão de que esta cominação seja fixada judicialmente, se necessária à execução do compromisso (art. 32).

Uma peculiaridade muito interessante do *parquet* tocantinense e que gera celeridade no imediato cumprimento do acordo é que o compromisso de ajustamento de conduta não é homologado pelo Conselho Superior. O que será homologado é o arquivamento do inquérito civil público, devendo o Promotor de Justiça instaurar procedimento administrativo, conforme artigo 23 e seguintes da resolução, para acompanhar e fiscalizar o efetivo cumprimento das cláusulas avençadas.

Atento as peculiaridades locais, também foram consignados parâmetros mínimos para a elaboração do compromisso de ajustamento da conduta, a exemplo do limite de 20 (vinte) salários-mínimos de prejuízo econômico. Vejamos o que diz o artigo 42, *ipsis litteris*:

> Art. 42. O compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa poderá ser celebrado, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial, com as pessoas, físicas ou jurídicas, investigadas ou processadas pela prática dos atos de improbidade administrativa definidos na Lei 8.429/92, exclusivamente nas seguintes hipóteses:

> I – nos atos de improbidade administrativa que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que, pelas circunstâncias do ato, não tenham causado abalo relevante à moralidade administrativa local, e que não tenham gerado prejuízo econômico maior do que 20 (vinte) salários-mínimos, desde que o investigado não tenha se beneficiado por acordo dessa natureza nos últimos 5 (cinco) anos e se a culpabilidade, a conduta perante a administração, os motivos e circunstâncias do fato autorizem e recomendem o compromisso, visando a aplicação célere e proporcional das sanções previstas na Lei no 8.429/92; ou
>
> II – para servir de meio de obtenção de provas, em qualquer ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, resultando um ou mais dos seguintes resultados:
>
> a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
>
> b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa ou do grupo de coautores do ato;
>
> c) a prevenção de infrações decorrentes das atividades da organização ou grupo;
>
> d) a recuperação total ou parcial, desde que em valor significativo, do produto ou do proveito das infrações praticadas.

Portanto, percebe-se que a resolução do Ministério Público do Estado do Tocantins aprofunda os requisitos necessários para a entabulação do acordo, prevendo, de forma pormenorizada, até mesmo como agir em caso de descumprimento.

Em que pese causar preocupação a possibilidade da não aplicação da medida de suspensão de direitos políticos via acordo firmado em ato de improbidade administrativa, em tese essa possibilidade é possível diante da necessidade de dar coerência ao sistema jurídico. Veja-se que se em uma delação premiada firmada no campo penal, em razão de ato que caracterize infração penal e administrativa (qualificada como ato de improbidade administrativa), o agente pode ser beneficiado com o perdão judicial e ter por afastada eventual suspensão dos direitos políticos, a suspensão prevista na LIA pode não ser aplicada no acordo. Lógico que caberá ao legitimado, por ocasião do acordo, analisar no caso concreto a razoabilidade das medidas a serem escolhidas como adequadas ao fato.

Ainda, para adequada transparência na tutela do interesse público e fiel observância da razoabilidade, deve o legitimado promover a subsunção do fato a um dos dispositivos da LIA (art.9.º, 10 e 11), fazendo com que o acordo venha a orbitar dentro dos limites das sanções previstas para cada situação, medida que obstará que a transação seja utilizada como "instrumento de barganha" e não de defesa do interesse público.

4. INSTRUMENTOS PARA A FORMALIZAÇÃO DO ACORDO

Via de regra, o instrumento a se utilizado para a formalização dos acordos envolvendo atos de improbidade administrativa será o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, previsto em vários diplomas legislativos do microssistema da tutela coletiva, a exemplo da Lei 7.347/85 (Lei a Ação Civil Pública), Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), dentre outros.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, por intermédio da Resolução 179/2017, definiu, em seu artigo 1º, o que é o TAC. Reza o texto:

> Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

O TAC, que não guarda similitude com nenhum outro instituto no direito comparado, é típico instrumento que se destina a efetivação de direitos transindividuais, e se amolda à moderna tendência de gestão democrática e participativa, possibilitando a solução dos conflitos em âmbito administrativo.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

> Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais (CARVALHO FILHO, 2001, p. 4)

Assim, conclui-se que ele é meio idôneo para a resolução rápida e efetiva de conflitos envolvendo os direitos coletivos sem a necessidade de se recorrer à via judicial.

Mas não é o único. A Lei 13.140/15 (Lei da Mediação e Autocomposição) introduziu no ordenamento jurídico, mais especificamente em seu artigo 36, §4º, a possibilidade da composição em ato de improbidade administrativa, o que levou Luciano Godoy a concluir:

> Se a sociedade brasileira pede uma punição aos ímprobos, com o ressarcimento dos danos e aplicação de multa, o instituto do acordo de leniência há que ser usado, encerrando por composição a ação de improbidade administrativa. Base legal há – na Lei Anticorrupção (artigos 16 e 17 da Lei 12.846/2013) e, a partir de 2016, na Lei de Mediação (artigos 1º, 32 e 36, § 4º) (Godoy, 2016)

Assim, agora também temos o termo de autocomposição, antecedente ou incidente, que vem sendo utilizado de forma muito produtiva, em especial pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Um dos *leading case* oriundo do *parquet* paulista, com enorme repercussão social, foi o acordo entabulado com a Empresa Odebrecht e o Município de São Paulo, no âmbito de uma ação de improbidade administrativa que investiga pagamentos feitos a Gilberto Kassab, então chefe do Poder Executivo municipal.

Pelas condições do termo de autocomposição, a Odebrecht assumiu obrigações como reconhecer a responsabilidade e dever de esclarecimento de atos ilícitos, instar as pessoas a ela ligadas a falarem a verdade nos procedimentos investigatórios e judiciais, entregar cópias de documentos e pagar o valor de R$ 21.251.676,00 (vinte e um milhões, duzentos e cinquenta e um mil, seiscentos e setenta e seis reais) ao município de São Paulo (90%), Fundo estadual de Interesses Difusos do Estado de São Paulo (5%) e Fundo estadual de Perícias do Estado de São Paulo (5%). O acordo foi devidamente homologado pelo Poder Judiciário.

5. A PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ACORDO EM ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Por a matéria ainda carecer da devida regulamentação legislativa, constitui tarefa do intérprete elucidar os limites da atuação do magistrado no acordo referente a ato de improbidade administrativa, bem como as condições mínimas a serem fixadas no acordo, parâmetros a serem observados e eventual necessidade de homologação judicial. Tratando-se de tema recente e que implica ruptura com o pensamento clássico da impossibilidade de transação em atos de improbidade administrativa, não temos a pretensão de esgotar a matéria nem de apresentar respostas definitivas. No momento, buscamos trazer um norte a ser seguido pelos atores que participarão dos acordos em atos de improbidade administrativa.

A Lei n.º 12.850/13, que trata dos crimes praticados por organizações criminosas, estabelece que o acordo de colaboração/delação premiada será levado à homologação judicial, a teor de seu art. 4,º, §7.º, cabendo ao Poder Judiciário verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, tal como se dá em homologações judiciais de acordos em geral.

Resta saber se tal exigência também deve ser levada ao campo do acordo em matéria de improbidade administrativa.

Importa lembrar que a exigência de análise judicial não foi prevista para os acordos da Lei n.º 12.850/13, que trata da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Tem-se assim, que a presença de interesse público não se constitui em elemento suficiente a impor a necessidade de homologação judicial de acordo de leniência.

Quanto aos acordos em atos de improbidade administrativa, ainda carece o ordenamento jurídico em vigor de lei específica que estabeleça as condicionantes e eventual formalidade, as quais estão dispostas no Projeto de Lei n.º 10.887/2018, do Deputado Roberto Lucena do PODE-SP, em trâmite no Congresso Nacional, veiculando proposta de alteração da Lei de Improbidade Administrativa. Reza o texto:

> Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a

> reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa.
> § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.
> § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.
> § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.
> § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.
> § 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

Ao que verifica, prevê o projeto de lei, entre outras, através de inclusão do art.17-A na Lei n.º 8.429/92, como requisito de validade do acordo, a imprescindibilidade de homologação judicial.

Como já dito no presente ensaio, perfilhamos da corrente que entende possível o acordo em atos de improbidade administrativa, em razão dos fundamentos já expostos, revelando-se importante descortinar as condicionantes mínimas do acordo, vetores de proporcionalidade, razoabilidade e eficiência da medida, assim como eventual necessidade de homologação judicial.

Por a Leis n.º 8.429/92, 12.850/13, 12.846/13, 13.140/15 comporem um microssistema de combate a atos lesivos à administração pública, seus dispositivos não são, a princípio, excludentes, em que pese os da Lei n.º 12.846/13 buscarem a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em ilícitos praticados contra a administração pública e os da Lei n.º 12.850/13 a responsabilização criminal das pessoas físicas por ilícitos criminais praticados por organizações criminosas.

Desta forma, enquanto não devidamente estabelecidas por lei específica as condicionantes, deve-se recorrer, a princípio, aos demais dispositivos legais que integram esse microssistema, via diálogo de fontes, sem desconsiderar as demais normas do sistema jurídico. Veja-se que a Lei n.º 12.846/13 discorre, em seu art. 7.º, sobre os elementos balizadores das sanções administrativas, e a Lei n.º 12.850/13, em seu art.4.º, sobre os resultados a serem considerados na escolha das penalidades a serem aplicadas.

Portanto, os termos do acordo devem ser analisados à luz das leis que integram o microssistema de combate a atos lesivos à administração pública, sem prejuízo da integração por outras normas do sistema jurídico e da edição de atos normativos internos por parte do Ministério Público Estadual e Federal, que poderão estabelecer outras exigências, desde que não contrárias ao ordenamento jurídico em vigor.

Repise-se uma vez mais que, da análise da legislação aplicável, inclusive das Resoluções dos Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos, citadas anteriormente, a tutela do interesse público exige, no mínimo, o ressarcimento integral do dano.

Como ainda não há exigência legal da homologação judicial do acordo em atos de improbidade administrativa, no momento não há que se tê-la como imprescindível, salvo se o acordo for levado a efeito em ação de improbidade em curso, ou seja, na fase processual.

Acaso o acordo pré-processual envolva matéria com reserva de jurisdição, que no caso compreende, por exemplo, a hipótese de renúncia ao direito de se candidatar a cargo público eletivo, condicionante que equivale à suspensão de direitos políticos, geradora de inelegibilidade, necessária será a manifestação judicial, *ex vi* do artigo 1.º, I, "l", da Lei Complementar 64/90.

Além de caber ao Judiciário analisar as condições da ação e pressupostos processuais, no mérito, cabe-lhe verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, tal como exigido nos acordos da Lei n.º 12.850/13, já que não lhe pode ser permitido invadir a esfera de atuação do Ministério Público quanto à análise da conveniência e oportunidade, sob pena de o controle judicial antecipar eventual matéria de mérito, o que poderia colocar em risco o próprio acordo e afetar a imparcialidade do julgador, que estaria se imiscuindo na análise das provas sem a devida garantia do contraditório e ampla defesa.

Portanto, não cabe ao Juiz discutir as cláusulas do acordo (salvo se ilícitas), nem externar satisfação ou insatisfação com os termos do pactuado.

Quanto ao aspecto da legalidade, o Judiciário, ao se deparar com cláusula de conteúdo ilegal, como a que impõe cassação de direitos políticos (vedada pelo art.15, da Constituição Federal), ou que afaste o direito do ente público lesado de buscar a reparação judicial do dano, em sendo verificado que o valor do dano eventualmente venha a exceder o valor objeto do acordo, deve-se declarar a ilegalidade e conceder às partes prazo para a devida adequação do pactuado, que se encontra integralmente viciado de nulidade (art. 848 do Código Civil em vigor).

No que diz respeito à competência para homologação de acordo pré-processual, a Lei 13.140/2015, a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), estabeleceram aos tribunais a criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC). Pelos termos da Lei de Mediação, tais centros são responsáveis por realizarem sessões de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, assim como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 24).

Portanto, a competência para homologação do acordo pré-processual em matéria de improbidade administrativa, também cabe ao CEJUSC, nos locais em que foram instalados, e não à Vara da Fazenda Pública.

Convém esclarecer que em se tratando de transação, instituto criado, *a priori*, para o direito privado, as regras gerais encontram-se disciplinadas no novo Código Civil, que em seu artigo 840, a tratou como negócio jurídico bilateral/contratual, oneroso, consensual e comutativo.

Conforme já amplamente exposto, adotamos o posicionamento de que a transação é possível em atos de improbidade administrativa, não podendo a homologação de acordo esbarrar no disposto no artigo 17, §1.º da LIA, nem no artigo 841 do Código Civil, segundo a qual "só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação".

No que pertine a este último dispositivo legal, é de se pontuar que enquanto não há processo ou, em havendo, inexiste sentença transitada em julgado, o Ministério Público, ao transigir, abdica apenas do risco processual, e não do interesse público em jogo, pois a existência desse interesse depende de reconhecimento judicial, a ser tomado perante um devido processo legal que assegure a ampla defesa e contraditório, diga-se, normalmente demorado e ineficiente em razão do próprio rito da ação e das dificuldades dos casos concretos.

Dessa forma, o Ministério Público permuta o risco da demanda e o tempo do processo (imprevisível), pela eficiência na reparação do dano que persegue e pelo restabelecimento da regularidade da atuação administrativa. Assim agindo, ao promover a rápida e eficiente reparação do dano, bem como o restabelecimento da regularidade da atuação administrativa, o Ministério Público certamente atenderá ao interesse público, até porque, como já mencionado, uma das condicionantes do acordo é a integral reparação do dano.

Importante observar o que deve ocorrer na hipótese de descumprimento da transação pelo ímprobo. Há duas hipóteses. No caso da transação ser submetida à homologação judicial, deve o legitimado buscar o cumprimento do acordo através do procedimento de cumprimento de sentença, na forma do disposto no art. 513 e seguintes do CPC, procedimento não exigido apenas em relação ao conteúdo auto-executório da sentença, a exemplo da suspensão dos direitos políticos, em que o ato é executado mediante comunicação à Justiça Eleitoral. Em se tratando de transação não homologada judicialmente, por força do disposto no art. 783, IV do CPC, o pactuado possui força de título executivo extrajudicial, devendo seu cumprimento ser perseguido na forma do disposto no art. 771 e seguintes do Código de Processo Civil.

Em se optando pelo prosseguimento da ação, cabe verificar eventual possibilidade de retratação da confissão.

Quanto à retração, é cediço que a Lei n.º 12.850/2013, estabelece no §10 de seu art. 4.º, a possibilidade de retratação do acordo de colaboração premiada. A opção legislativa caminhou em sentido do disposto no art. 200 do Código de Processo Penal, que atribuiu à confissão o caráter de retratabilidade e divisibilidade.

Todavia, em matéria de improbidade administrativa, como a questão é de natureza cível/administrativa, não se admite a possibilidade de retratação do agente, por expressa previsão do artigo 214 do Código Civil, que atribui à confissão o caráter de irrevogabilidade. Assim, de nada aproveita ao ímprobo eventual requerimento de retratação, ou mesmo tentativa de rescisão do acordo, pois o magistrado poderá, sem qualquer restrição, considerar os fatos confessados como provados.

Portanto, ao que decorre das considerações anteriores, atualmente inexiste óbice legal à homologação por parte do Poder Judiciário de acordo em matéria de improbidade administrativa, cabendo ao magistrado homologante averiguar tão somente a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo.

Em razão dos princípios da publicidade, transparência e eficiência, entendemos ser necessário o registro das informações da transação no cadastro de condenados por improbidade, junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morosidade processual advinda com o rito original da Lei de Improbidade Administrativa fez com que respostas legislativas alterassem a malfadada ideia de que não se pode transacionar diante da prática de atos de improbidade administrativa. Como exemplo, citamos a necessidade de se intimar todos os demandados para apresentarem resposta preliminar (artigo 17, §7º, da Lei 8.429/92), sendo que, após o recebimento da inicial, todos devem ser citados para contestarem a ação, o que faz que, em muitas das vezes, constate-se a mera repetição pelo causídico da tese já apresentada.

Lado outro, a interpretação literal do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa também deve ser rechaçada. A uma, porque ela não mais se compatibiliza com a redação do *caput* do mesmo artigo que sofreu alteração pela Lei 12.120/09 e passou a prever que as sanções descritas no artigo 12 serão aplicadas isolada ou cumulativamente. A duas, porque houve derrogação tácita de tal dispositivo pelo advento das Leis 12.846/13 (conhecida como Lei Anticorrupção – LAC), Lei 12.850/13 (que define organizações criminosas), Lei 13.140/15 (que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública), Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), Lei 12.376/10 (que alterou a Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB), em razão do microssistema da tutela coletiva ser interpretado de forma sistemática, com análise global de dos dispositivos legais.

Some-se a tudo isso o fato de que a justiça negociada ser uma grande aliada para a rápida solução dos conflitos, em especial quando se trata de ato de improbidade administrativa, onde o ressarcimento ao erário deve se dar de forma célere, sob pena de completa ineficiência do sistema.

Portanto, transacionar diante da prática de "ato de improbidade de menor potencial ofensivo" é a melhor solução, ainda mais em casos onde a lesão ao bem jurídico tutelado é ínfima. Aguardar o mero desfecho de uma ação judicial, com nítido viés demandista dos órgãos de controle, afronta os princípios da eficiência, celeridade e economicidade, gerando uma maléfica sensação de impunidade.

Por fim, o acordo celebrado entre o agente ímprobo e o Ministério Público, ou outro legitimado conforme artigo 5º, da Lei 7.347/85, mas desde que haja a participação do *parquet*, por intermédio de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Termo de Autocomposição deverá ser preferencialmente homologado pelo Poder Judiciário, para que surtam seus jurídicos e legais efeitos, garantindo-se um título executivo judicial no caso de descumprimento da avença. Por fim, acreditamos ser necessária a previsão da multa civil, que encontrará seus limites no artigo 12 da Lei 8.429/92, garantindo-se, assim, ao menos uma das sanções legais.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública: Comentários por Artigo, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p.4.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 13ª Editora., Saraiva: São Paulo, 2007, p.70-71.

INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO. São Paulo, 2019. Disponível em http://naoaceitocorrupcao.org.br/2017/radiografia/radiografia/destaques. Acesso em 23 out. 2019

MAZZILI, Hugo Nigro; O Inquérito Civil, São Paulo, Editora Saraiva, 2015, 4ª Ed., p. 339.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, 2019. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticiaid_noticia=18943491&id_grupo=11. Acesso em 28 out. 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp 644/731)

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, nº. 68, set 2009. Disponível em http://http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468. Acesso em 28 out. 2019.

GODOY, Luciano. Acordo e Mediação na Ação de Improbidade Administrativa, *in* Revista Eletrônica Jota, www.jota.info, publicado em 3/8/2016. Acesso em 28 out. 2019.

CAPÍTULO 5

DOGMÁTICA PENAL E COMBATE À CORRUPÇÃO

RESPONSABILIDADE PENAL DOS CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL EM CONCURSO COM O CRIME DE PECULATO COMETIDOS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA

Laurent de Faria Rodrigues[1]
Leandro Borges da Nóbrega[2]

RESUMO: O crime de peculato, positivado no art. 312 do Código Penal, quando praticado na área da saúde pública pode gerar resultado nefastos quanto a integridade física, saúde e vida de inúmeros usuários do sistema de saúde popular. O presente estudo se justifica diante da necessidade de responsabilizar os agentes públicos que utilizam de seus cargos para desviar verbas públicas na plenitude do alcance da consequência dos seus atos no novo cenário de combate à corrupção no Brasil. O método descritivo fez-se mais adequado para atingir os objetivos do presente estudo, diante da possibilidade de se chegar a conclusões através análise da legislação, doutrina e julgados. O resultado da pesquisa demonstrou que as verbas direcionadas à Saúde pública são parcas e vinculadas, sendo que o funcionário público que pratica peculato na área da saúde pode ser responsabilizado, em concurso formal, pelos crimes de lesão corporal e homicídio, porém a comprovação do elemento subjetivo do fato típico e o nexo causal mostram-se de difícil demonstração. Por fim, após a análise das exposições teóricas e do caso concreto foi levantado que a não comprovação ou a dúvida quanto ao nexo causal entre a subtração dos valores ou bens públicos e a lesão ou a morte de pacientes, deverá levar à absolvição quanto aos crimes em concurso formal com o peculato, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Peculato. Lesão corporal. Homicídio. Concurso formal.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como ponto central a discussão sobre a possibilidade jurídica de responsabilizar o funcionário público que utiliza seu cargo para desviar valores ou bens vinculados à saúde pública em proveito próprio ou alheio, e com isso, provoca lesão corporal ou homicídios em reflexo da prática de seu peculato.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método descritivo diante de sua possibilidade de realizar estudo das fontes do direito pátrio para chegar a uma conclusão jurídica.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a vinculação das parcas verbas públicas e a possibilidade e embasamento jurídico para se responsabilizar o sujeito ativo do peculato nos crimes quando sua conduta atingir os bens jurídicos: integridade física, saúde e a vida, daqueles que dependem do Sistema de Saúde pátrio.

[1]Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).
[2]Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT)

A demonstração dos desafios para realizar tal responsabilidade penal também é considerada como objetivo do presente estudo.

2. DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Em conformidade com os ensinamentos de Hans Kelsen a respeito da hierarquia das normas, o ordenamento jurídico deve ser organizado como uma figura geométrica em forma de pirâmide, onde a Constituição se situa no topo e é seguida pelas demais leis, em maior volume abaixo de acordo com sua ordem de importância. (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 171)

Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil deve ser entendida como a lei fundamental responsável por organizar a estrutura política e jurídica que rege o Estado brasileiro a qual repousa acima de todas as outras leis, contendo os direitos fundamentais e sociais. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 2)

Dentre os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal no art. 5º, foi positivado a defesa ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 114)

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988)

No topo de todos os direitos fundamentais positivados, o direito à vida deve ser garantido em seu aspecto negativo, não podendo o Estado retirar a vida de maneira arbitrária, e positivo, sendo dever do Estado assegurar uma existência digna a todos. (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 864).

Ainda, em decorrência lógica, o Estado não pode se limitar à defesa da vida extrauterina, devendo proteger também a vida intrauterina desde sua concepção ao proibir a prática do aborto fora dos casos previstos na legislação pertinente. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 115)

Apesar de não estar expresso na Constituição Federal, o Código Civil tutelou que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002, art. 2º), deixando claro o direito constitucional à vida do nascituro.

Nesse diapasão, o direito à vida digna, tutelado pela carta máxima, é umbilicalmente vinculado ao direito à saúde, conforme ensina os autores Paulo e Alexandrino. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 115)

> Portanto, o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integralidade física e psíquica (desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição do aborto etc.); e sentido mais amplo,

> significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 115)

O direito constitucional à saúde se encontra no Título VIII, da Ordem Social, Capítulo II, da Seguridade Social, Seção II, da Saúde, sendo, então, para fins didáticos, um Direito Social. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 234)

Conforme tutela a Constituição, a saúde é direito de todos, devendo o Estado desenvolver todas as políticas sociais e econômicas com finalidade de reduzir o risco de doenças, devendo garantir o acesso universal e igualitário a todos que busquem exercê-lo.(PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 233)

Com objetivo de cumprir sua obrigação de garantir o Direito à Saúde a todos, foi sancionada a Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990 para criar e organizar o Sistema Único de Saúde (SUS). (BRASIL, 1990)

Nesse diapasão, o Sistema Único de Saúde é constituído pelo

> conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (BRASIL, 1990, art. 4º)

Para garantir que o Sistema Único de Saúde pudesse exercer sua função de promover, proteger e recuperar a saúde, além de organizar os serviços correspondentes, foi realizada a Emenda Constitucional nº. 029/2000 com fito de assegurar recursos financeiros mínimos para realizações de ações e serviços voltados à saúde. (BRASIL, 2000)

Dentre outras modificações à Constituição Federal, a Emenda Constitucional nº. 029/2000 foi responsável pela adição do §2º e § 3º, com respectivos incisos, ao art. 198 para garantir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apliquem recursos mínimos para promoção da saúde pública. (BRASIL, 2000)

Por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, o § 3º, do art. 198, da Constituição Federal necessitou de edição de norma infraconstitucional responsável por regular sua aplicação. (BRASIL, 1988)

Desta forma, o legislador brasileiro editou a Lei Complementar nº. 141/2012 indicando os valores mínimos a serem aplicados pelos entes federativos, o critério de rateio dos recursos transferidos para a área da saúde e a forma de controlar a fiscalização de tais verbas. (BRASIL, 2012)

Assim, a Lei Complementar nº. 141/2012 disciplina o mínimo a ser aplicado em ações e serviços de saúde pela União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:

> Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

> § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.
> Art. 6° Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.
> Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.
> Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Portanto, garantidos os recursos mínimos para a promoção da saúde, o Estado estará cumprindo sua função de defesa da saúde pública, garantindo a aplicação do Direito Constitucional à Saúde e à Vida a todos aqueles que necessitem. (BRASIL, 2012)

Dessa forma, qualquer funcionário público que se apodere de tais verbas, em proveito próprio ou alheio, estará cometendo o crime de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal. (NUCCI, 2019, p. 1.096)

3. PECULATO E CONCURSO DE CRIMES

O crime de peculato está inserto no título XI, capítulo I, da parte especial do Código Penal denominado dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública em geral, positivado no art. 312. (NUCCI, 2019, p. 1.095)

Como se pode observar, o crime de peculato somente poderá ser cometido por funcionário público, em sentido estrito ou por equiparação (crime próprio), e se consuma quando o Estado é atingido pelo efetivo prejuízo material causado pela ação delituosa. (NUCCI, 2019, p. 1.095)

Quanto aos elementos objetivos do tipo, este delito poderá ser cometido em sua modalidade apropriação, ocasião que o funcionário público toma como sua propriedade o dinheiro, valor ou outro bem móvel pertencente à administração pública, peculato desvio, onde se altera o destino dos bens públicos, e peculato furto, ocorrendo a subtração ou concorrendo para a subtração do bem móvel que não tem posse em razão do cargo, todos devem ocorrer em benefício próprio ou alheio. (NUCCI, 2019, p. 1.096)

Dessa forma, o Código Penal positiva o crime de peculato:

> Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
> Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

> § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Incontroverso, então, que a subtração de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel destinado à saúde realizado por funcionário público para si ou para outrem configura o crime de peculato. (NUCCI, 2019, p. 1.096)

Mais a mais, deve-se, também, analisar todas as consequências jurídicas resultantes do fato responsáveis por atingir os demais bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. (NUCCI, 2019, p. 477)

Para verificar quais os bens jurídicos atingidos pelo cometimento de um fato típico, o Código Penal adota os critérios de concurso material e formal de crimes, devendo ser aplicado o sistema de acumulação material ou de exasperação da pena, de acordo com o caso concreto. (NUCCI, 2019, p.478)

Conforme previsto no art. 69 do Código Penal, ocorrerá concurso material quando um autor praticar dois ou mais crimes, a partir de uma ou mais condutas, devendo ser aplicado o sistema de acumulação material, onde as penas serão somadas. (NUCCI, 2019, p. 479)

Por outro lado, com apoio no art. 70 do mesmo *codex*, quando o sujeito ativo de um fato, mediante uma ação ou omissão, violar dois ou mais bens jurídicos, ocorrerá concurso formal perfeito de crimes. Neste caso, não será aplicado o sistema de acumulação material e sim o de exasperação da pena, onde será aplicada a sanção penal do crime mais grave, ou apenas uma delas se iguais, porém deverá ser aumentada de um sexto até a metade. (NUCCI, 2019, p. 480)

Por outro lado, caso o autor, através de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes com unidade de desígnio, ou seja, tinha a intenção de atingir cara bem jurídico de maneira individual com apenas uma ação, não será aplicado o sistema de exasperação da pena e sim a acumulação material. (NUCCI, 2019, p. 480)

Assim é exposto no Código Penal:

> Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.
> § 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.
> § 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.
> Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As

> penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.
> Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Assim, ao praticar peculato quanto ao dinheiro, valores ou bens móveis da área da saúde, o sujeito ativo poderá atingir também, através de sua conduta, diversos outros bens jurídicos legalmente protegidos. (NUCCI, 2019, p. 477)

4. LESÃO CORPORAL E HOMICÍDIO

Para promover a tutela do direito constitucional social à saúde na seara do Direito Penal, o legislador pátrio positivou o crime de lesão corporal, dentre outros, e o alocou no art. 129 do Código Penal Brasileiro. (NUCCI, 2019, p. 643)

Nessa seara, o crime de lesão corporal se consuma quando o autor ofende a integridade física ou saúde da vítima, podendo ser realizado de maneira livre e, por se tratar de crime comum, não há necessidade de quaisquer características peculiares do infrator. (NUCCI, 2019, p. 645)

Quando se refere à saúde de outrem no crime em questão, deve ser levada em consideração para a consumação do delito qualquer ofensa à normalidade do funcionamento das funções orgânicas do corpo humano, seja ela externa ou interna. (NUCCI, 2019, p. 644)

Apesar de não poder ser levado em consideração para o cometimento de lesão corporal a ofensa moral, é possível que a vítima sofra um abalo psicológico de tamanho comprometimento que sofra danos anímicos. (NUCCI, 2019, p. 644)

Em conformidade com Nucci (2019, p. 644), em relação aos danos à saúde não se pode focar apenas na questão da pessoa saudável, devendo olhar, também, para a pessoa que já enferma tem seu estado de saúde agravado.

> Para a sua configuração é preciso que a vítima sofra algum dano ao seu corpo, alterando-se interna ou externamente, podendo, ainda, abranger qualquer modificação prejudicial à sua saúde, transfigurando-se determinada função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores. Não é necessária a emanação de sangue ou a existência de qualquer tipo de dor. Tratando-se de saúde, não se deve levar em consideração somente a pessoa saudável, vale dizer, tornar enfermo quem não estava, mas ainda o fato de o agente ter agravado o estado de saúde de quem já se encontrava doente. (NUCCI, 2019, p. 644)

Apesar de se localizar em situação de inferioridade geográfica no Código Penal em relação ao crime de homicídio, positivado no art. 121, o delito de lesão corporal também mostra preocupação na tutela o direito constitucional à vida, além da integridade física e saúde. (NUCCI, 2019, 646)

O § 1º do art. 129 do Código Penal prevê as circunstancias em que a lesão corporal será considerada de natureza grave, cominando pena de um a cinco anos, tendo que provocar incapacidade para ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função ou aceleração de parto. (NUCCI, 2019, p. 646)

Para se consumar o crime de lesão corporal grave com perigo de vida faz-se necessário a comprovação da concreta possibilidade da vítima em perder a vida em decorrência das lesões à integridade física ou saúde sofrida. A demonstração do perigo sofrido pode ser comprovada mediante a realização de laudo médio realizado pelo profissional que cuidou do paciente. (NUCCI, 2019, p. 646)

Também, o § 3º do mesmo dispositivo defende a modalidade preterdolosa do crime de lesão corporal com resultado morte, ocasião que o autor, quando não previa e não assumiu o risco de retirar a vida do sujeito passivo, provoca o falecimento. Pena prevista de quatro a doze anos. (NUCCI, 2019, p. 651)

Além da defesa da vida extrauterina, a modalidade grave da lesão corporal pode ocorrer quando resulte em aceleração do parto como resultado à tutela da vida intrauterina. (NUCCI, 2019, p. 647)

Ocorrerá a aceleração do parto quando a lesão resultar em antecipação do nascimento antes dos prazos ordinários previstos pela medicina. (NUCCI, 2019, p. 647)

O crime será de natureza grave apenas nas situações em que a criança nasça com vida mesmo que venha a falecer logo em seguida. (NUCCI, 2019, p. 647)

Por outro lado, nas situações em que ocorre o aborto, ou seja, que o feto seja retirado sem vida estará consumado o crime de lesão corporal em sua natureza gravíssima, conforme preceitua o § 2º, alínea V, do Código Penal. (NUCCI, 2019, p. 649)

Nesse sentido, preceitua o art. 129 do Código Penal, em relação às naturezas supra.

> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
> Pena - detenção, de três meses a um ano.
> Lesão corporal de natureza grave
> § 1º Se resulta:
> I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
> II - perigo de vida;
> III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
> IV - aceleração de parto:
> Pena - reclusão, de um a cinco anos.
> § 2° Se resulta:
> I - Incapacidade permanente para o trabalho;
> II - enfermidade incuravel;
> III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
> IV - deformidade permanente;
> V - aborto:
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.

> Lesão corporal seguida de morte
> § 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quís o resultado, nem assumiu o risco de produzí-lo:
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

De acordo com o observado no § 3º do art. 129 do Código Penal, as penas de lesão corporal seguida de morte apenas serão aplicadas quando o resultado não foi desejado ou o risco de produzi-lo não foi assumido, caracterizando, assim, o crime preterdoloso, caracterizado pelo dolo no antecedente (lesão corporal) e culpa do conseqüente (morte). (NUCCI, 2019, p. 651)

Por outro lado, na ocasião do agente do delito possuir a intenção de ceifar a vida de alguma pessoa, ou assumir o risco de produzir o resultado morte, ao produzir as lesões corporais, o crime de lesão corporal será absorvido pelo crime de homicídio, respondendo o autor nos termos do art. 121 do Código Penal com todas as suas peculiaridades. (NUCCI, 2019, p. 478)

Em relação sistema de absorção, Nucci (2019, p. 478) ensina que,

> Não adotamos esse sistema expressamente, mas há casos em que a jurisprudência, levando em conta o critério da consunção, no conflito aparente de normas, termina por determinar que o crime mais grave, normalmente o *crime-fim*, absorve o menos grave, o denominado *crime-meio*. Evita-se, com isso, a soma de penas (NUCCI, 2019, pg. 478)

Então, diante de querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, o agente responderá pelo crime de homicídio, o qual, sendo mais grave que o crime de lesão corporal, irá absorver a ofensa à integridade física ou à saúde de vítima. (NUCCI, 2019, p. 478)

5. CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME

Após toda exposição supra, faz-se necessário analisar de maneira técnica a possibilidade do agente que comete o fato típico peculato na área da saúde ser responsabilizado pelas mortes ou lesão corporais decorrentes da falta de verbas e materiais, analisando a existência de nexo causal entre a conduta praticada e o resultado (GRECO, 2018, p. 323).

Para realizar tal mister, deve-se analisar o conceito de crime em si na busca de uma conclusão (GRECO, 2018, p. 197).

Inicialmente, a definição legal do conceito de crime pode ser encontrada na Lei de Introdução ao Código Penal logo no art. 1º do Decreto Lei nº. 3.914, de 9 de dezembro de 1941, onde se percebe uma intenção maior em distinguir crime de contravenção penal em relação à penalidade aplicada sem a preocupação concreta em uma definição científica (BITTENCOURT, 2014, p. 279).

> Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Dec. Lei nº. 3.914/41)

Diante da ausência de definição legal quanto ao conceito de crime, coube à doutrina o estudo da norma penal para chegar a tal conclusão, possuindo destaque os conceitos material, formal e analítico. (GRECO, 2018, p. 198)

O conceito material de crime é preexistente e auxilia o legislador a escolher qual bem jurídico deve ser protegido pela figura típica dentro da legislação penal. Pode ser concebida como a noção social a respeito das condutas que devem e quais não devem ser proibidas por lei, sendo cominada pena em caso de transgressão. (NUCCI, 2019, p. 122)

Por outro lado, o conceito formal de crime deve ser entendido como toda conduta proibida por lei em sentido estrito. É compreendido como a concepção legal de crime, o qual nasce pelos anseios sociais, conforme exposto a respeito no conceito material do crime, levados ao poder judiciário para tipificação da conduta, em respeito ao princípio da legalidade. (NUCCI, 2019, p. 122)

Em relação ao conceito analítico do crime, Nucci (2019, p.123) afirma que não se difere em demasia do conceito formal, ocorrendo apenas a fragmentação deste em elementos que facilitam o entendimento.

Ainda completa que,

> Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeito a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (NUCCI, 2019, p. 123)

Para chegarmos a uma conclusão a respeito da possibilidade de imputar homicídio e lesão corporal àquele que desvia verbas públicas da saúde deve-se concentrar os esforços nos elementos fato típico do conceito analítico do crime. (GRECO, 2018, p. 201)

Com finalidade de analisar a figura criminosa, o fato típico também foi fragmentado e existirá quando o autor praticar uma conduta voltada a um resultado que possui nexo causal entre os dois, devendo o fato ser definido como crime e atingir algum bem jurídico penalmente tutelado - tipicidade. (GRECO, 2018, p. 201)

Dentre as diversas teorias a respeito da definição de conduta, se destaca a causal-naturalista da ação, onde conduta é toda ação capaz de modificar o mundo exterior, teoria finalista, em que o autor realiza comportamento humano voltado a um resultado, e a teoria social, possuindo como conduta toda ação socialmente relevante. (BITENCOURT, 2014, p. 287)

Como as teorias são complementares entre si, percebe-se que a conduta possui o momento interno/volitivo e o externo, ocasião em que o autor realiza a conduta desejada e modifica o mundo exterior. (BITENCOUT, 2014, p. 286)

A exterioridade da conduta nos remete ao princípio da lesividade do Direito Penal, o qual defende que apenas poderão ser proibidas as ações ou omissões que atinjam direitos de terceiros ou os exponham a perigo. (GRECO, 2018, p. 101)

Mais a mais, a interioridade da conduta é caracterizada pela intenção do autor ao realizar a conduta que resultará em consumação de um crime, podendo ser definido como os elementos subjetivos do crime dolo e culpa. (NUCCI, 2019, p. 189)

Em regra, ficou definido no art. 18 do Código Penal Brasileiro que os crimes apenas poderão ser punidos a título de dolo, salvo previsão legal em contrário que determine a possibilidade de punição por crimes cometidos em sua forma culposa. (BRASIL, 1940).

Dessa forma, foi positivado no Código Penal:

> Art. 18 - Diz-se o crime:
> I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;
> II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.
> Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

O crime praticado em sua forma dolosa corre quando o sujeito ativo do crime pratica uma conduta com a intenção efetiva voltada a um resultado, resultando, neste primeiro momento no dolo direto. (NUCCI, 2019, p. 191)

Dolo direto ainda poderá ser dividido em dolo direito de primeiro grau e dolo direto de segundo grau. (NUCCI, 2019, p. 191)

O dolo direito de primeiro grau é a real intenção do agente em atingir um resultado danoso em algum bem jurídico juridicamente tutelado. Ademais, o dolo direto de segundo grau são os efeitos colaterais resultantes da conduta criminosa. (NUCCI, 2019, p. 191)

Então, aquele que, com ânimo de ceifar a vida de seu desafeto que se encontra internado em um hospital público estadual, subtrai substância medicinal necessária e indispensável para seu tratamento, provocando o óbito do paciente, estará praticando o crime de homicídio em dolo direto de primeiro grau. Caso a ausência do remédio venha a ceifar outras vidas além da pretendida, deverá responder por homicídio em dolo direto em segundo grau. (NUCCI, 2019, p. 191)

Por outro lado, em conformidade com os ditames do art. 18 do código penalista, também ocorrerá a modalidade dolosa de um crime quando o agente não se importar em colocar um bem jurídico em risco e assumir de produzir o resultado, sendo nomeado como dolo eventual ou indireto. (NUCCI, 2019, p. 192)

Neste sentido, ensina Nucci (2019, p. 192) onde dolo eventual, ou indireto,

> É a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso a lei utiliza o termo "assumir o risco de produzi-lo". Nesse caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora sinta que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente.

Seguindo o mesmo sentido do exemplo anterior, caso uma pessoa, querendo atingir a apenas a saúde de outrem, nos moldes do crime de lesão corporal previsto no art. 129 do Código Penal, e, assumindo o risco, retira a vida da vítima, o infrator deverá responder por homicídio em sua modalidade dolo eventual. (NUCCI, 2019, p. 192)

Além das modalidades dolosas, caso a figura típica possa expressamente ser punida como conduta culposa. (NUCCI, 2019, p. 195)

Bitencourt (2014, p. 371) nos ensina que o comportamento culposo ocorre em resultado da não observância do dever objetivo de cuidado, onde a conduta praticada pelo agente produz um resultado por ele não querido, porém previsível.

O art. 18, inc. II, do Código Penal, positiva as modalidades de culpa a ação imprudente, negligência ou imperita. (BITENCOURT, 2014, p. 379)

A imprudência é caracterizada quando o agente, ao não observar o dever objetivo de cuidado qual está obrigado, pratica uma ação, uma conduta positiva e causa dano a bem jurídico penalmente protegido. (GRECO, 2018, p. 311)

Retomando o exemplo da análise do dolo eventual, caso o agente, não assumindo o risco resultado morte, subtrai medicamento de alta importância para tratamento do seu desafeto com intuito de atingir apenas sua saúde. Caso o paciente privado do remédio salutar venha a óbito, responderá por homicídio culposo. (GRECO, 2018, p. 311)

Por conseguinte, a negligência anda na contramão da imprudência e será caracterizada por uma conduta negativa, um não fazer, em situação que deveria ter realizado uma ação para manter o dever objetivo de cuidado. (GRECO, 2018, p. 311)

Negligência pode ocorrer quando o agente deixar de comprar algum insumo médico no prazo correto para tratamento de moléstia grave e paciente venha a falecer. A análise do caso concreto poderia concluir por homicídio culposo em razão da negligência do autor. (GRECO, 2018, p. 311)

Por fim, a imperícia pode ser compreendida como a imprudência na área técnica, onde o sujeito passivo não possui a capacitação necessária para desenvolver determinada ação e ao realizá-la causa dano a outrem. (NUCCI, 2019, p. 311)

Nucci explica que a imperícia “consiste na incapacidade, inaptidão, insuficiência ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determinado mister”. (NUCCI, 2019, p. 199)

De grande importância ainda a classificação da culpa em suas espécies culpa consciente ou com representação e culpa inconsciente ou sem representação. (BITECOURT, 2014, p. 382)

O culpa inconsciente ocorrerá quando o agente praticar uma ação sem prever a possibilidade de ocorrência do resultado danoso. Porém, apesar de não conseguir antever a consequência de suas ações em seu âmago, o resultado é previsível e evitável se fossem tomadas os cuidados necessários. (BITENCOURT, 2014, p. 383)

Ademais, a culpa consciente anda na contramão da culpa consciente e estará consumada quando o agente realiza ação e prevê a possibilidade de se atingir o bem jurídico penalmente tutelado, porém acredita que o mesmo não ocorrerá. (BITTENCOURT, 2014, p. 382)

Nesse sentido conclui Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 196), afirmando que

> A primeira modalidade é a culpa por excelência, ou seja, a culpa sem previsão de resultado. O agente não tem previsão (ato de prever) do resultado, mas mera previsibilidade (possibilidade de prever). A segunda é a chamada *culpa com previsão*, ocorrendo quando o agente prevê que sua conduta pode levar a um certo resultado lesivo, embora acredite, firmemente, que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação (vontade) para impedir o resultado.

A importância da culpa consciente se destaca quando comparada com o dolo eventual, inclusive em questão de transito praticados na direção de veículos automotores. (GRECO, 2018, p. 314)

Promover a diferenciação entre culpa consciente, ou com representação, e o dolo eventual encontra grande dificuldade em sua aplicação prática nos ambientes forenses. (BITENCOURT, 2014, p. 314)

Ao mesmo tempo em que ambos possuem semelhanças, tais como a ação voluntária e querida, nexo causal entre a conduta e o resultado e a previsibilidade da consequência danosa, se diferem quanto à assunção do risco de atingir o bem jurídico. (BITENCOURT, 2014, p. 385)

Enquanto no dolo eventual a possibilidade de produção ou não do resultado é indiferente para o autor, na culpa consciente o sujeito ativo acredita veementemente que não haverá consequência a respeito de suas ações, apesar de objetivamente previsíveis caso fosse tomado o cuidado necessário. (BITENCOURT, 2014, p. 385)

Na tentativa de chegar a uma conclusão quanto ao imbróglio jurídico entre a aplicação de dolo eventual e culpa consciente, diante da extrema dificuldade em desmascarar o pensamento do infrator no momento de sua conduta, foram formuladas duas teorias, quais sejam a teoria da probabilidade e a teoria da vontade (BITENCOURT, 2014, p. 385)

A primeira teoria, da probabilidade, conforme sua própria nomenclatura o define, será levado em conta a chance de ocorrência do resultado danoso. Caso o resultado seja muito provável de acontecer, será aplicado

o dolo eventual. Por outro lado, se a consequência for de pouca probabilidade de ocorrência, culpa consciente. (BITENCOURT, 2014, 385)

Com apoio nos ensinamentos de Bitencourt (2014, p. 386),

> Para a segunda, isto é, para a teoria da vontade (teoria adotada pelo nosso Código Penal), é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir, ou seja, o valor positivo da ação é mais forte para o agente do que o valor negativo do resultado, que, por isso, assume o risco de produzi-lo. Haveria *culpa consciente se*, ao contrário, desistisse da ação, estando convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado.

Em conclusão a diferença entre dolo eventual e culpa consciente repousará na aceitação ou não de produzir o resultado danoso. Caso haja dúvida quando à intenção do agente, deve ser aplicada a solução menos prejudicial ao réu, ou seja, a culpa consciente. (BITENCOURT, 2014, p. 386)

Apesar das discussões a respeito das características internas e externas da conduta, o resultado, seja ele jurídico ou naturalístico, somente poderá ser imputado àquele autor que lhe deu causa, em conformidade com o art. 13 do Código Penal. (BRASIL, 1940)

Desta monta, pode-se entender a respeito do nexo causal como o elo responsável por ligar a conduta ao resultado, sendo indispensável para averiguar qual o agente deverá ser responsabilizado penalmente (GRECO, 2018, p. 323)

Não apenas em suas questões práticas, a definição a respeito da relação de causalidade fez nascer diversas teorias doutrinárias com intuito de explicá-la, possuindo destaque as teorias da causalidade adequada, da relevância jurídica e da equivalência dos antecedentes causais ou *conditio sine que non*. (GRECO, 2018, p. 325)

A teoria da causalidade adequada será considerada causa, e então terá nexo causal com a produção do resultado, todos os fatos que forem condições indispensáveis para o efeito danoso. (GRECO, 2018, p. 325)

Por outro lado, a teoria da relevância jurídica dita que serão considerados causas apenas as condições relevantes e passíveis de produção do resultado. (GRECO, 2018, p. 326)

De acordo com esta segunda teoria, todas as ações que produzirem resultados imprevisíveis para o homem imbuído de prudência não poderá ser considerado circunstância do crime, não havendo nexo causal com o resultado. (GRECO, 2018, p. 326)

Ainda, a teoria da equivalência dos antecedentes causais, adotada pelo Código Penal Brasileiro, determina que será considerada causa toda a ação ou omissão sem as quais não teriam ocorrido o resultado. (GRECO, 2018, p. 326)

Nesse sentido, ensino Rogério Greco (2018, p. 326), o qual afirma que

> Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, de Von Buri, adotada pelo nosso Código Penal, considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Isso significa que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência. Verifica-se se o fato antecedente é causa do resultado por meio de uma eliminação hipotética. Se, suprimido mentalmente o fato, vier a ocorrer uma modificação no resultado, é sinal de que aquele é causa deste último.

Greco ainda expõe o processo de eliminação confeccionado pelo professor sueco Thyrén. (GRECO, 2018, p. 328)

De acordo com o método de eliminação criado pelo referido professor, deve ser verificado um fato qual supostamente influenciaria no resultado e este fato deve ser suprimido mentalmente da cadeia fatídica responsável por consumar o crime. (GRECO, 2018, p. 328)

Caso a supressão do fato modificar o resultado, não poderá ser considerado como causa do fato típico. (GRECO, 2018, p. 328)

Apesar de ser adotada pelo nosso código penalista e ser de fácil entendimento, a teoria da equivalência dos antecedentes causais é criticada por sua possibilidade de regressão *ad infinitum* no intuito de verificar quais as causas foram relevantes para produzir o resultado. (BITENCOURT, 2014, p. 318)

Dessa forma, a possibilidade de verificação das causas sem as quais o resultado não existiria pode atingir até mesmo os pais do autor do crime em razão de terem possibilitado seu nascimento. (BITENCOURT, 2014, p. 318)

Na tentativa de evitar a responsabilização de pessoas que não foram efetivamente responsáveis pelo fato jurídico criminoso, deve-se socorrer à análise da tipicidade de cada ação, sendo analisado o elemento subjetivo de cada ação praticada. (BITENCOURT, 2014, p. 318)

Tendo em vista o clássico exemplo do homicida que compra uma arma de maneira legal com intuito de ceifar a vida de seu desafeto, caso esta teoria fosse aplicada, o vendedor da arma, mesmo a realizando em conformidade com a legislação específica, o fabricante do armamento, das munições e da pólvora poderiam todos serem responsabilizados penalmente pela morte da vítima. (BITENCOURT, 2014, p. 318)

Porém, com o advento da teoria finalista da ação, responsável por alocar o dolo e a culpa dentro do fato típico na teoria analítica do crime, deve ser analisado o elemento subjetivo da conduta no ato da venda. (BITENCOURT, 2014, p. 319)

Assim, a comercialização dos referidos materiais em conformidade com a legislação vigente não são capazes de configurar dolo de retirar a vida de uma pessoa ou mesmo culpa, pois ao observar os preceitos legais os comerciantes não estarão sendo imprudentes, negligentes ou imperitos. (BITENCOURT, 2014, p. 320)

Por outro lado, caso a arma seja vendida fora das previsões legais e o suposto comerciante querendo ou assumindo o risco de alcançar o resultado morte com a entrega do bem deverá responder pelo resultado a título de dolo, diante da existência de nexo causal. Caso, sabendo da possibilidade de se alcançar o resultado criminoso, mas não querendo ou resultado e não assumindo o risco de produzi-lo, deve ser condenado a título de culpa. (BITENCOURT, 2014, p. 320)

Para finalizar o conceito analítico do crime, deve-se expor o seu último elemento, qual seja a tipicidade. (GRECO, 2018, p. 259)

Sem demasiadas dilações teóricas haverá tipicidade quando o fato for previsto expressamente como crime (tipicidade formal), positivado em lei penalista após todos os processos legislativos, e quando a conduta possuir força bastante para atingir o bem jurídico ou expô-lo a perigo (tipicidade material). (GRECO, 2018, p. 260)

Após a exposição da teoria analítica do crime, necessário realizar uma verificação técnica sobre a possibilidade de responsabilização pelos crimes de homicídio e lesão corporal em concurso com o crime de peculato cometido na área da saúde.

Dessa forma, vamos considerar a apropriação de dinheiro público pelo prefeito do município X, o qual mínimo a ser aplicado é disciplinado pelo art. 7º da Lei Complementar nº. 141/2000.

Com isso, as subtrações dos parcos recursos à saúde podem resultar em danos à vida, saúde ou integridade física daqueles que dependem do Sistema Único de Saúde brasileiro.

Neste sentido, caso a análise do caso concreto comprove que a subtração dos recursos públicos provocou carência de insumos medicinais e danos à vida, saúde ou integridade física de qualquer se seus usuários o autor do peculato deve ser responsabilizado pelos crimes em concurso formal a título.

Por outro lado, caso a análise das provas ficar constatado que a supressão do fato desvio de recursos da saúde não altera o resultado lesivo aos pacientes, o autor não poderá ser condenado diante da ausência de nexo causal.

Quanto ao elemento subjetivo da conduta, se o desvio dos valores seja realizado com a finalidade de ceifar a vida ou atingir a saúde ou integridade física de uma ou diversas pessoas, o autor não poderá ser condenado por peculato, pois esta figura típica será absorvida pelo crime de homicídio e o julgamento deverá ser remetido ao rito do júri.

Porém, se o criminoso, sabendo da possibilidade de atingir os resultados danosos assume o risco de produzi-los, deverá ser responsabilizado pelo crime de peculato em concurso formal com os crimes decorrentes a título de dolo eventual, também devendo ser remetidos ao Tribunal do Júri.

Caso haja a previsibilidade da consequência ilícita, existirá culpa inconsciente, entretanto se as provas indicarem que sujeito ativo não assumiu o risco de produzi-la, apesar de previsível, a responsabilidade deverá ocorrer na forma de culpa consciente.

6. CASO CONCRETO

Apesar de árduo o debate envolvendo a responsabilização pelos crimes de lesão corporal e homicídio cometidos em concurso formal com o crime de peculato praticado na área da saúde, o ambiente forense já foi chamado a se manifestar quanto a esta lide. (PARANÁ, 2019, p. 1)

No dia 24 de abril de 2017, o juízo do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Mourão, Estado do Paraná, recebeu denúncia proposta pelo Ministério Público em face de J. C. P., J. R. M. e E. M., pela prática de fato supostamente definido como crime de homicídio em conexão com o crime de peculato, nos autos do processo nº. 0002910-09.2017.8.160058. (PARANÁ, 2019, p. 2)

Em conformidade com o relatório realizado pela Juíza, e com o disposto na peça vestibular do processo, na madrugada entre o dia 31 de dezembro de 2012 e 1ª de janeiro de 2013, em horário indefinido, os denunciados J.R.M e E.M, a mando de J.C.P, subtraíram um cilindro de oxigênio e seu registro correspondente da Unidade de Saúde de Campo Mourão, Estado do Paraná. (PARANÁ, 2019, p. 1)

Ainda com apoio na peça inicial, após a retirada do cilindro medicinal a paciente I. B. J. procurou atendimento no posto de saúde local e teve que ser transferida para a cidade vizinha sem a devida suplementação de oxigênio, vindo a óbito em decorrência da deficiência experimentada. (PARANÁ, 2019, p. 1)

Em sua fundamentação, a Julgadora (PARANÁ, 2019, p. 5) expôs que,

> Não obstante a defesa do acusado J. C. P afirme inexistir crime, a materialidade se faz presente nos autos. Houve morte, há constatação nos autos de que a vítima foi transportada de Luiziana a Campo Mourão sem oxigênio, e há a possibilidade de tal fato ter contribuído para a ocorrência de sua morte, conforme atestado nos autos, através do parecer médico (seq. 1.11).

Para embasar sua decisão, a julgadora entendeu pela existência de indícios de autoria suficientes em relação a J. C. P. e J. R. M. e prova da materialidade para atração da competência do Tribunal do Júri. (PARANÁ, 2019, p. 5)

Dentre as provas reunidas no processo, pesa em desfavor dos acusados supra a certidão de óbito juntada aos autos, sob qual embasou a magistrada, afirmando que

> Ora, pelo contrário, consta da certidão de óbito de seq. 1.9 que o motivo da morte da vítima foi a falência múltipla de órgãos, causada por choque cardiogênico, o que indica que a utilização de cilindro de oxigênio era necessária para que a paciente tivesse chance de sobreviver à doença que a acometia. (PARANÁ, 2019, p. 19)

Ainda, a julgadora também afirmou que existem provas testemunhais que apontam para ocorrência da retirada do cilindro de oxigênio do posto de saúde por J. R. M., a mando de J. C. P., prefeito à época, para que fosse utilizado para bombear chope na residência deste nas festividades de final de ano. (PARANÁ, 2019, p. 19)

Neste sentido, R. J. (PARANÁ, 2019, p. 7), filha da vítima, depôs, em destaque, que

> Chegando ao posto de saúde, sua mãe ficou um pouco deitada na cama e a enfermeira R. lhe disse que teria que levar sua mãe para o hospital em Campo Mourão, porém, não tinha oxigênio para acompanha-la no trajeto, a ambulância estava sem o cilindro de oxigênio. Então questionou a ele o porquê, tendo ela – R. – lhe dito que era porque o prefeito mandou buscar para bombear chope na casa dele.

A testemunha A. M. (PARANÁ, 2019, p. 7), motorista da ambulância e responsável pelo transporte da paciente afirmou que,

> No dia dos fatos estava trabalhando como motorista, sendo que P., que era guarda, entregou um cilindro de oxigênio para "G.". Viu apenas "G.", mas P. disse que tinha mais pessoas no carro dele, que não sabe quem eram. Apenas ouviu "G." dizer que o prefeito havia mandado pegar o cilindro de oxigênio para socorrer uma pessoa.

M. R. K. (PARANÁ, 2019, p. 9), enfermeira responsável pelo atendimento e encaminhamento da paciente para a cidade vizinha, expôs que

> No dia dos fatos estava trabalhando e houve a retirada de um equipamento de oxigênio naquela noite, mas não estava no momento da retirada, sabendo apenas que quem retirou foi o acusado J. Por volta da meia-noite tinha saído para auferir a pressão de uma pessoa que tinha passado mal. Anteriormente, na mesma noite, o acusado E. já havia ligado, mas estava ocupada e não conseguiu atende-lo, e ele disse que ligaria novamente. Depois que voltou do atendimento tomou ciência, através do guarda, de que "G." tinha ido ao posto e pegado o oxigênio. De acordo com o guarda, "G." foi buscar o oxigênio a pedido do prefeito, à época, dizendo que ia ser utilizado para fazer um atendimento de um parente do prefeito que estava em sua casa.

Dessa forma, diante todas as provas documentais, incluindo fotografia do referido cilindro de oxigênio próximo a um barril de chope na casa do prefeito à época, e orais produzidas e acostadas aos autos, a Juíza entendeu haver indícios suficientes da retirada do cilindro de oxigênio da Unidade Básica de Saúde de Luiziana por J. R. M. e transporte para a residência do então prefeito J. C. P. para ser acoplado em máquina de bombear chope, havendo conhecimento e autorização do chefe do executivo local, tanto quanto prova da materialidade. (PARANÁ, 2019, p. 19)

Em que pese a afirmação da defesa sobre a inexistência de nexo causal entre a retirada do cilindro e a óbito, a magistrada entendeu que também não houve prova definitiva que a ausência do equipamento não tenha ligação direta com a morte, restando a dúvida, então. (PARANÁ, 2019, p. 19)

Quanto ao elemento subjetivo do fato típico, a magistrada expôs que

> Quando a ausência de vontade ou inocorrência de dolo indireto, sustentada pela defesa, tais questões deverão também ser dirimidas pelo Tribunal do Júri. Como já dito, para a pronúncia é suficiente a prova da materialidade do delito e existência de indícios de autoria, o que resta devidamente demonstrado nos autos, em relação aos acusados J. C. P. e J. M. (PARANÁ, 2019, p. 21)

Com base em toda sua fundamentação, a julgadora decidiu pela impronúncia de E. M., diante da inexistência de provas que apontam seu envolvimento, e pela pronúncia de J. C. P. e J. R. M. pelos crimes de homicídio qualificado por motivo fútil e peculato. (PARANÁ, 2019, p. 23)

De acordo com o extraído da sentença de pronúncia, a conduta de retirada do cilindro de oxigênio (conduta) pode ter provocado (nexo causal) a morte (resultado) da sra. I. B. J., devendo o Conselho de Sentença decidir pela existência do nexo causal e de dolo eventual, tendo em vista que na sentença de pronúncia vige o princípio do *in dubio pro societate* e não o *in dubio pro reo*. (PARANÁ, 2019, p. 22)

Irresignados com a sentença de pronúncia, foram interpostos recursos e o último andamento processual ocorreu no dia 19/09/2019, ocasião em que os autos foram remetidos para a área recursal. (PARANÁ, 2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado ficou exposto que o direito à saúde, à integridade física e à vida são direitos garantidos pela legislação pátria a todos que se encontrem o território brasileiro, independentemente de sua nacionalidade.

Para garantir o usufruto de tais direitos, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990 para fornecer atendimento igualitário e universal àqueles que necessitem da manutenção ou restauração de sua saúde.

Com intuito de garantir recursos mínimos à área de saúde e proporcionar o funcionamento de seus estabelecimentos, foi editada a Lei Complementar nº. 141/2012 com finalidade de vincular recursos mínimos a serem aplicados.

Dessa forma, caso um funcionário público subtraia para si ou para outrem valores ou bens destinados à saúde pública estará praticando peculato, previsto no art. 312 do Código Penal, podendo atingir a normalidade da prestação dos serviços e ofender os bens jurídicos integridade física/saúde ou vida dos seus usuários com sua conduta inicial, consumando os crimes de lesão corporal e homicídio, em concurso formal.

Apesar da aparente simplicidade na fundamentação teórica, a efetivação de tal responsabilidade penal em concurso de crimes mostra-se de difícil aplicação pela dificuldade em se comprovar o nexo causal entre a conduta do peculato e o resultado lesão corporal ou morte.

Em primeiro momento, caso a subtração que gerou o peculato seja realizada com dolo direto de atingir os bens jurídicos conexos, não há que se falar em concurso de crimes, sendo que o dolo direto de lesão ou necandi irá absorver o crime inicial, não podendo haver condenação em concurso formal.

Por outro lado, caso fique comprovado que o sujeito ativo tinha dolo de subtrair o bem ou verba pública vinculada à saúde pública e gerou o dano decorrente, deverá haver responsabilização em conformidade com o elemento subjetivo do fato típico, quais sejam dolo eventual ou culpa.

Quanto à aplicação do dolo eventual, conforme ficou demonstrado o estudo do caso concreto, atrairá a competência do Tribunal do Júri e caberá ao Conselho de Sentença decidir a respeito do elemento subjetivo do tipo e do nexo causal entre a conduta e o resultado, devendo ser julgado juntamente, por conexão, o crime de peculato.

A dúvida quanto à existência de dolo indireto na 1ª fase do rito do Júri não é capaz de geral a impronúncia, tendo em vista que na sentença de pronúncia vige o princípio do *in dubio pro societate*, bastando a existência de indícios de autoria suficientes e prova da materialidade.

Portanto, em todos os outros momentos processuais, caso não fique comprovado o nexo causal entre a subtração e as lesões corporais/mortes ou paire dúvida, a absolvição faz-se necessária em obediência do *in dubio pro reo*.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 954 p.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em: 16/09/2019

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 14/10/2019.

BRASIL. Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 14/10/2019.

BRASIL. Lei complementar nº. 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689,

de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm. Acesso em. 11/09/2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Paraná. Sentença de Pronúncia. Ação Penal de Competência do Juri nº. 0002910-09.2017.8.16.0058. Denunciante: Ministério Público do Estado do Paraná. Denunciados: E. M., J. C. P. e J. R. M. Juíza Mayra dos Santos Zavattaro, 18 de março de 2019. Disponível em https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/processo/consultaPublica.do;jsessionid=4cae6454dd25a82cbd60ec48842d?_tj=8a6c53f8698c7ff76952a94c6099d0b4f7dc925667d013fb9e7278ec43293bdc. Acesso em 05/11/2019.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 20. ed. Niterói: Impetus, 2018. 954 p.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1706 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1271 p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. 1006 p.

A OMISSÃO DOLOSA COMO ELEMENTO SUBJETIVO NA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Manuel de Faria Reis Neto[1]
Regis Orofino da Silva Zago de Oliveira[2]

Resumo: A omissão dolosa na caracterização do ato de improbidade administrativa tem se tornado assunto de grande relevância no meio jurídico. Este artigo visa tratar do elemento subjetivo dos sujeitos ativos dos atos ímprobos, dispostos na Lei nº 8.429/92, como requisito necessário para o enquadramento legal do ato, analisando-se a necessidade de sua demonstração para caracterizar a prática ímproba. Pontua-se, nesse contexto, a relevância das condutas omissivas dolosas à luz da Lei de Improbidade Administrativa, elemento volitivo de difícil demonstração prática e pressuposto necessário para tipificação de diversas condutas ímprobas. A pesquisa também ressalta a necessidade de interdisciplinaridade para conceituação de institutos, a inércia do agente enquanto lhe era exigido agir e sua ignorância deliberada dos fatos, exemplificando-se a conduta do ordenador de despesas.

Palavras-chave: Cegueira deliberada. Elemento subjetivo. Improbidade administrativa. Omissão dolosa. Ordenador de despesas.

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, a "Lei de Improbidade Administrativa" – nº 8.429/92 – tem-se revelado um dos mais importantes instrumentos de combate à corrupção por inibir a má administração, a omissão e a má-fé daqueles que manipulam o patrimônio público. Com efeito, muito se discute sobre a dificuldade de se condenar o praticante do ato tido como ímprobo, pela tormentosa missão de comprovar o elemento subjetivo que muniu o agente na sua prática.

Essa tribulação na persecução sancionatória civil se deve à obrigação de demonstrar que aquele que se enriqueceu em detrimento do patrimônio público, trouxe prejuízo ao erário ou "simplesmente" agiu na contramão do que regem os princípios que norteiam a Administração Pública, agindo com dolo ou culpa.

A árdua tarefa torna-se ainda mais inescrutável nos casos em que a mencionada lei exige que a conduta seja praticada dolosamente. O autor da ação deve perquirir o elemento volitivo do sujeito ativo e tornar explícito que o infrator agiu intencionalmente visando o resultado previsto na norma ou, ao menos, assumiu o risco de concretizá-lo.

Agrava-se mais a situação do persecutor nas hipóteses em que a conduta a ser tipificada é omissiva e munida de dolo, relevando-se, quanto a esta espécie, aquelas ocasiões em que era exigível sua ação.

[1] Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).
[2] Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).

O artigo tem como escopo analisar as condutas ímprobas à luz de sua tipificação subjetiva e responder à seguinte problemática: como imputar a prática de ato ímprobo nas condutas omissivas dolosas?
O tema é atual, porquanto possui reflexos diretos no combate à corrupção, assunto em destaque hodierno e relevante, já que visa a defesa do interesse e patrimônio público, mormente na prática de atos que tragam prejuízo ao erário, enriquecimento em detrimento do patrimônio público ou subvertam os princípios da Administração Pública.

1 BREVE CONCEITUAÇÃO E PREVISÃO LEGAL DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal, no artigo 37, *caput* e § 4º, tutela a probidade administrativa, as sanções decorrentes de sua subversão e os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, *verbis*:

> A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No que diz respeito aos atos de improbidade administrativa, a fim de regulamentar o artigo 37, § 4º da Constituição Federal, adveio a previsão legal dos atos ímprobos em três dispositivos, constantes do Capítulo II, da Lei n° 8429/1992, divididos pelos respectivos resultados e aglutinando-se em três grupos distintos a saber: Aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art.10 e 10-A) e os que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11).
Já quanto à conceituação, a improbidade administrativa se elenca em uma camada de ilícito consistente naqueles mais graves previstos no direito administrativo sancionador, o que se conclui das sanções previstas no artigo 12 da LIA que visam punir os atos ali tipificados, conforme leciona Osório, à luz da Teoria da Tipificação:

> A improbidade é uma categoria de ilícito que traduz a última *ratio* no direito administrativo sancionador brasileiro, já que sua configuração exige a violação de deveres públicos em níveis especialmente altos e intensos, de modo que ao agente ímprobo se lhe deve deixar de reconhecer a honra de servir ao coletivo ou, como mínimo, impondo-lhe sanção que vá além da mera reparação de danos.
> As sanções previstas para os atos de improbidade têm natureza jurídica de sanções administrativas, já que, no direito brasileiro, o conceito de sanção administrativa deve ser visto desde perspectivas formais e materiais, sendo possível que autoridades judiciais imponham sanções de direito administrativo aos ilícitos de improbidade e, assim, o regime jurídico aplicável é do direito administrativo sancionador brasileiro, com todas as suas garantias derivadas do devido processo legal (OSÓRIO, 2012, *online*)

Definição mais simplista, sob o prisma da tipificação, extrai-se das palavras de Flávia Cristina Moura de Andrade que conceitua a improbidade como ato de imoralidade qualificada pela lei que importa enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública, que resultem em aplicação das seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente, multa civil e proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefícios (ANDRADE, 2009).

Por seu turno, classicamente, o conceito de improbidade advindo do latim e nas palavras de De Plácido e Silva equivale à ideia de má qualidade, imoralidade, malícia, ou seja, se correlacionam com a qualidade daquele que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral (DE PLÁCIDO E SILVA, 1984, p. 925).
Sob a ótica constitucional, de acordo com Alexandre de Moraes, os atos tidos como ímprobos são aqueles que possuem natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem lesão ao erário. (MORAES, 2007).

A contrário sensu, a probidade administrativa orbita a atuação do agente público no exercício de suas funções, devendo prevalecer o interesse público, gerando reflexos aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e associando-se ao Estado Democrático de Direito.

José Afonso da Silva sustenta que a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração constitucional especial, pontuando consistir no dever de o agente público servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer, razão pela qual, sua inobservância, por decorrência lógica, caracteriza a improbidade administrativa (SILVA, 2003, pp. 668/669).

Contudo, não se limita, o ato de improbidade, no que tange à administração pública, na má-fé, desonestidade, corrupção e indecência por parte do agente público – ou "àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta", nos termos do art. 3º da LIA – já que, para fins de subsunção à Lei nº 8.429/92, não se baliza o conceito à etimologia dos vocábulos, abarcando-se, também, a noção de despreparo, incompetência, negligência e imprudência do que pratica o ato, já que a este é exigível o cuidado objetivo com a coisa pública, de modo que, pune-se, ainda, aquele que pratica o ato mediante conduta culposa. Nesse aspecto, Fábio Medina Osório:

> A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isto se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações

> regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva. (OSÓRIO, 2010, p. 248).

Não destoa a doutrina de Pazzaglini sobre o tema:

> Improbidade administrativa é mais que mera atuação desconforme com a singela e fria letra da lei. É conduta denotativa de subversão das finalidades administrativas, seja pelo uso nocivo (ilegal e imoral) do Poder Público, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela inobservância dolosa ou culposa das normas legais. Decorre tanto da desonestidade e da deslealdade, quanto da inidoneidade ou da incompetência do agente público no desempenho de suas atividades funcionais. (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 16).

No Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do REsp 1.558.038-PE, de relatoria do E. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, adotou-se um conceito mais restritivo, inelástico, de ato ímprobo ao se assentar:

> [...] o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do direito sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição. Dessa forma, considerando o inelástico conceito de improbidade, vê-se que o referencial da Lei 8.429/1992 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar. Logo, somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos inocorrentes na hipótese.

De acordo com tal conceito, somente haveria ato ímprobo quando este resultasse em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, conceito que não deve prevalecer, à luz da própria LIA, que prevê expressamente a violação aos princípios da Administração Pública, também, como ato de improbidade.

Conceito de maior abrangência e que melhor se amolda à previsão legal, ainda na visão do tribunal de vértice infraconstitucional, se verifica no julgamento do REsp 1.177.910-SE, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, que – ao incluir os atos que atentam contra os princípios da administração pública – extensamente define:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. CARACTERIZAÇÃO DE TORTURA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVAO [...] O legislador estabeleceu premissa que deve orientar o agente público em toda a sua atividade, a saber: 'Art. 4° Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos'. Em reforço, o art. 11, I, da mesma lei, reitera que configura improbidade a violação

a quaisquer princípios da administração, bem como a deslealdade às instituições, notadamente a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento. Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência - por parte de agentes públicos - ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade. Com base nessas premissas, a Segunda Turma já teve oportunidade de decidir que 'A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida' (REsp 1.297.021-PR, DJe 20/11/2013). É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30-AM, Corte Especial, DJe 28/9/2011). A referida mitigação, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo. De qualquer maneira, a detida análise da Lei n. 8.429/1992 demonstra que o legislador, ao dispor sobre o assunto, não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade desonesta para fins de configuração do ato como ímprobo. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor e o bem comum, que é o fim último da Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, um fenômeno pluriofensivo, ou seja, ele pode atingir bens jurídicos diversos. Ocorre que o ato que apenas atingir bem privado e individual jamais terá a qualificação de ímprobo, nos termos do ordenamento em vigor. O mesmo não ocorre, entretanto, com o ato que atingir bem/interesse privado e público ao mesmo tempo. Aqui, sim, haverá potencial ocorrência de ato de improbidade. Por isso, o primordial é verificar se, dentre todos os bens atingidos pela postura do agente, existe algum que seja vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública será vulnerada de forma concomitante. [...] Além do mais, é injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais a tortura, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa. Essas práticas ofendem diretamente a Administração Pública, porque o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a integridade física, psíquica e moral de todos, sob pena de inúmeros reflexos jurídicos, inclusive na ordem internacional. Pondere-se que o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a própria corporação a que pertence de forma imediata. Ademais, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a

> proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa. [...] –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Partindo das premissas normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, aquilata-se a distinção entre as espécies normativas do ato ímprobo, as quais também se distinguem quanto à subsunção relativa ao elemento subjetivo do ato.

Enquanto o dolo é admitido para enquadramento nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, a culpa, somente encontra previsão legal nos artigos 5º e 10 da Lei nº 8.429/92. O primeiro dispositivo legal referido prevê a obrigação de ressarcimento integral do dano ao erário, decorrente de ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro; o segundo, conjugado com o artigo primeiro da norma, prevê que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da 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.

Nesse cenário, para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exigir-se-á sempre a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não se admite a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei nº 8.429/92, que teve ingresso no sistema para banir aqueles atos envoltos em fraudes à coisa pública; admitindo-se, entretanto, a conduta dolosa e culposa para tipificação subjetiva.

2 INTERDISCIPLINARIDADE E DEFINIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO AGENTE

Prevalece historicamente e, atualmente, encontra-se pacificado na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que a natureza de "improbidade administrativa", à luz da Lei nº 8.429/92, é eminentemente civil. Nesse aspecto, José dos Santos Carvalho sustenta que:

> As sanções da Lei de Improbidade são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. Assim, o legislador deveria ter evitado o título 'Das Penas' atribuído ao Capítulo III da lei, o que poderia dar a falsa impressão de tratar-se de penalidades inerentes à prática de crimes. Não obstante, adiante-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável

> conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 919).
>
> No mesmo rumo, salienta Alexandre de Moraes:
>
> [...] a natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta (MORAES, 2007. pp. 346/347).

Ainda no mesmo sentido, Barboza:

> Improbidade administrativa não é crime. Encontra-se hoje pacificada essa questão, embora ela já tenha sido objeto de discussão. A LIA é considerada uma lei de natureza cível em sentido amplo; as condutas e as sanções que ela estabelece não têm natureza penal, não ficando sujeitas, portanto, às normas gerais do Direito Penal. Isso não quer dizer que uma Definição de improbidade administrativa, conduta concreta enquadrável na Lei n. 8.429/1992 não possa ser, ao mesmo tempo, crime sancionável pelo Código Penal ou outra norma de natureza penal. (NOLL BARBOZA, 2013, p. 18).

A propósito, o entendimento do STJ, esposado pelo Ministro Herman Benjamin no bojo do REsp 1508169/PR, julgado em 13/12/2016 (DJe 19/12/2016):

> [...] Quanto ao pedido de redução do prazo prescricional, tendo em vista que o réu tem mais de 80 anos, esclareço que a Ação de Improbidade Administrativa tem natureza civil, e a prescrição da pretensão punitiva é regida pelo artigo 23 da Lei 8.429/1992, que não faz nenhuma menção a redução do prazo prescricional.

O entendimento quanto à natureza cível da Ação de Improbidade foi ratificado no julgamento da ADI 2.727, na qual restou assentado:

> [...] De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

Ocorre que a previsão de dolo e culpa advinda do Código Civil não satisfaz a necessidade de definição do elemento volitivo no âmbito da LIA, já que referida norma trata o elemento subjetivo à luz do negócio jurídico, não relevando enquanto pressuposto necessário para incidência do direito sancionador. Por outro lado, o Direito Penal, elucida o que consiste “dolo e culpa” no direito punitivo, o qual deve ser adotado, sem que se confundam as naturezas penal e cível.

O código material penal destaca, em seu artigo 18, os conceitos de conduta dolosa e culposa, da seguinte forma:

> Crime doloso
> I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;
> Crime culposo
> II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Realizando uma breve digressão, impende salientar que a teoria finalista, adotada pelo Código Penal, a qual teve como precursor Hans Welzel, na década de 1930, prevê o elemento subjetivo (dolo e culpa) como requisito integrante do fato típico e não da culpabilidade, já que integra a própria ação. Assim, em consonância com tal teoria, um crime pode ser objetivamente típico e subjetivamente atípico.

Para essa teoria, dolo é a vontade consciente de praticar a conduta típica (dolo natural), ou a assunção do risco de produzi-la (dolo eventual), enquanto a culpa é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objeto, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejável, mas previsível e que poderia ter sido evitado, comportamento qual se traduz em imprudência, negligência ou da imperícia.

O advento dos conceitos do Direito Penal ocorre pela simetria que este ramo possui com as demais espécies de direito sancionatório. Não se olvida, nesse pano de fundo, que, por vezes se confunda o Direito Sancionador com o Direito Penal, entretanto, o direito criminal, se correlaciona e consiste em uma das subespécies do direito sancionador – gênero punitivo, e unitário atribuído ao Estado – no qual também se insere o Direito Sancionador Cível, subdividido, por sua vez, em Direito Administrativo Sancionador, Direito Sancionador Cível *stricto sensu* e Direito Sancionador Político-Administrativo.

O mesmo teórico ressalta que o Direito Sancionador Penal, tanto o material quanto o processual, é aquele Sancionador por excelência e dele exalariam todas as normas e princípios jurídicos aplicáveis ao ramo sancionador, a exemplo da tipicidade ou da exigência da reserva legal, o primado da presunção de inocência do acusado, a congruência entre os fatos articulados na peça acusatória inaugural e a sentença, o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório, a dosimetria compulsória das penalidades, e o devido processo legal como um todo. (SANTOS, 2007). O entendimento em alusão também é refletido na jurisprudência pátria:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REDUÇÃO DO VALOR DE MULTA POR ATO DE IMPROBIDADE EM APELAÇÃO. [...] Apesar da regra da correlação ou congruência da decisão, prevista nos artigos 128 e 460 do CPC, pela qual o juiz está restrito aos elementos objetivos da demanda, entende-se que, em se tratando de matéria de direito sancionador e revelando-se patente o excesso ou a desproporção da sanção aplicada, pode o Tribunal reduzi-la, ainda que não tenha sido alvo de impugnação recursal. (STJ - REsp 1.293.624-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 5/12/2013).

> Sabe-se que é muito antiga - e remonta aos tempos iniciais das formulações teóricas dos institutos e das práticas judiciais do Direito Sancionador, cuja matriz histórica é o Direito Penal moderno - a sempre aguda contraposição conceitual entre a ilegalidade e a ilicitude ímproba dos atos humanos ou, em outras palavras (pondo-se aquela dicotomia no preciso espaço jurídico das sanções), a distinção (necessária distinção) entre a conduta ilegal e a conduta ímproba imputada ao agente (público ou privado) autor da ação ofensiva então submetida ao crivo judicial, para o efeito de sancionamento (STJ – Resp 1.190.486-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14/05/2019).

Assim, se insere no direito sancionador (Direito Sancionador Cível), à luz do já referido texto constitucional e infraconstitucional (art. 37, § 4°, da CF/88, regulamentado pela Lei n° 8.429/1992), a improbidade administrativa, a qual contém sanções de natureza civil, se inserindo, contudo, na esfera sancionatória. Por decorrência, vislumbra-se plausível que se interprete o direito sancionador à luz de todo o sistema punitivo, porquanto, embora haja independência entre os ramos do direito, não se pode negar sua integração.

3 MODALIDADES DE CONDUTA

Inicialmente, definindo o conceito de conduta, expõe Rogério Greco:

> A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia). (GRECO, 2017, p. 63).

Desse modo, a conduta consiste na ação ou omissão consubstanciada no verbo nuclear do tipo, enquanto a ação constitui conduta positiva - um fazer, em que o agente comete um ilícito comissivo, a omissão caracteriza-se por uma postura negativa. Por sua vez, os delitos omissivos se subdividem em omissivos próprios ou puros e omissivos impróprios, impuros ou comissivos por omissão.

No caso dos omissivos próprios ou puros, o tipo descreve uma omissão, de modo que, para identificá-los, basta a leitura do dispositivo penal. Tal conduta se verifica naqueles fatos em que a descrição corresponde a um "não fazer". Já os omissivos impróprios ou comissivos por omissão, de sua parte, são crimes comissivos, praticados, contudo, por uma inatividade. Assim, a punição decorre do fato de que o agente nada fez e, com isto, permitiu que ocorresse o resultado, enquanto lhe era exigido, por dever jurídico, a ação para evitar tal ocorrência.

No âmbito penal, as hipóteses em que há, nos termos da lei, dever de agir para evitar resultados encontram-se descritas no art. 13, § 2º, do CP, a saber: quem tem por lei obrigação de proteção, cuidado ou vigilância; quem de qualquer modo se obrigou a impedir o resultado; quem com sua conduta anterior criou o risco de ocorrer o resultado.

Dessa maneira, quanto às modalidades, a conduta se bifurca em "comissiva" e "omissiva", delimitando-se o presente artigo àquelas praticadas por omissão.

3.1 CONDUTA OMISSIVA PRÓPRIA E IMPRÓPRIA

Extraída a definição do Direito Penal, a conduta omissiva própria, relevante para o direito sancionador, é aquela que possui previsão de conduta negativa, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica, ou seja, na prática do ato descrito no dispositivo legal, enquanto a conduta omissiva imprópria, comissiva por omissão, se consubstancia naquela em que, para sua configuração, o agente possua um dever de agir para evitar o resultado.

Noutras palavras, na conduta omissiva própria, há somente a omissão de um dever de agir, previsto pela norma, dispensando, via de regra, a investigação sobre a relação de causalidade naturalística, enquanto na conduta omissiva imprópria, o dever de agir é para evitar um resultado concreto, a qual imprescinde de um resultado material e, via de consequência, a presença de nexo causal entre conduta omitida e o resultado, ou seja, o vínculo é jurídico: o agente não causou, entretanto, como não impediu, é equiparado ao causador do resultado (nexo de não impedimento, de não evitação).
Também se diferem as modalidades de omissão, quanto à possibilidade de tentativa: porquanto, nos crimes de omissão própria esta não é cabível, porque se consuma com a própria omissão, enquanto que, se o agente age de acordo com a norma, não pratica o fato típico. Na omissão imprópria admite-se a tentativa, vez que o agente tem um dever específico, respondendo pelo resultado.
Além disso, há diferenciação quanto ao agente, pois, enquanto o "crime" próprio, de mera conduta e independente do resultado, pode ser imputado a qualquer pessoa, o impróprio, de resultado, somente pode ser praticado por pessoa específica (garante) que possuía o dever legal de praticar o ato do qual se omitiu.

3.2 OMISSÃO DOLOSA E CULPOSA

No tocante ao elemento subjetivo na conduta omissiva, o dolo se consubstancia na previsão da causalidade, ou seja, não se pode apartar do fato de que o agente antevê que ao se omitir causará o resultado e, partindo de tal premissa, se omite visando o resultado ou assume o risco da sua produção. Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, no âmbito penal:

> No aspecto cognoscitivo, dentro da estrutura típica omissiva do dolo requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão da causalidade. Quando se trata de uma omissão imprópria, requer ainda que o sujeito conheça a qualidade ou condição que o coloca na posição de garante (pai, enfermeira, guia, etc.), mas não o conhecimento dos deveres que lhe incumbem, como consequência dessa posição. Do mesmo modo, o sujeito deve ter conhecimento de que lhe é possível impedir a produção do resultado, isto é, do 'poder de fato (WELZEL) que tem para interromper a causalidade que desembocará no resultado'. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004, p. 519).

Já no que se relaciona à conduta omissiva culposa, para o direito penal, diz-se que no crime omissivo culposo, também chamado de "crime de olvido" ou "delito de esquecimento", o agente negligencia a atenção que deveria dar à situação, enquanto na posição de garante.

Na culpa negligente, o elemento material específico do tipo revela-se não só na violação do cuidado que lhe é objetivamente imposto, mas, também, no fato de não evitar o resultado, embora conhecível e evitável, definido, da forma seguinte, nas palavras de Figueiredo Dias:

> No que se refere ao tipo de culpa negligente, também ele deve ser definido da mesma forma por que o é nos crimes de acção: como atitude interna do omitente, documentada no facto, de descuido ou leviandade perante o dever-ser jurídico-penal. Ainda aqui, pois, a materialidade do tipo de culpa negligente omissivo acrescentada ao conteúdo do tipo de ilícito respectivo reside na atitude interna descuidada ou leviana revelada pelo omitente que fundamenta o facto e, por essa via, nas qualidades desvaliosas da pessoa que no facto se exprimem. [...] o elemento material específico do tipo de culpa negligente traduz-se em que o omitente, para que seja punível por negligência, tem não apenas de violar o cuidado objectivamente imposto, mas ainda não evitar o resultado apesar de aquele se apresentar como pessoalmente cognoscível e este como pessoalmente evitável: só nesta medida se pode afirmar que ele documentou no facto qualidades pessoais de descuido ou leviandade pelas quais tem de responder. (DIAS, 2007, p. 965).

Impende, ainda nessa conjuntura de diferenciação entre a omissão dolosa e culposa, excursionar brevemente acerca da desigualdade existente entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Na culpa consciente, em que pese o agente prever o resultado, não assume e não aceita sua ocorrência, acredita sinceramente que o resultado não ocorrerá. Dito de outra forma, o resultado é previsto pelo agente, entretanto, este espera que não ocorra ou que poderia evitá-lo, por meio de suas habilidades. Já no dolo eventual, o agente prevê o resultado e, embora não o provoque diretamente, assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, o agente é incrédulo no resultado que prevê, enquanto no dolo eventual, o agente é indiferente à ocorrência do resultado.

Nas palavras doutrinárias de Souza e Japiassú, à luz das teorias cognitivas, dolo eventual e culpa consciente apresentam um traço comum, a previsão do resultado. No dolo eventual, o indivíduo não se importa com a produção; na culpa consciente, o autor da infração não acredita que o resultado pode advir. Ou seja: no dolo eventual, o agente é vil e na culpa consciente, tolo. (JAPIASSÚ; SOUZA, 2018, p. 242).

Os mesmos autores expõem, quanto à diferenciação entre ambos os tipos de conduta:

> [...] o agente atua com culpa consciente quando expressa o seguinte pensamento: se soubesse que o resultado se produziria com certeza, não atuaria. Por outro lado, agiria com dolo eventual, na seguinte hipótese: seja assim ou de outra forma, suceda isso ou aquilo, em qualquer forma atuo. (JAPIASSÚ; SOUZA, 2018, p. 243).

Traçadas as diferenças entre dolo eventual e culpa consciente, faz-se necessário o aprofundamento do estudo sobre as categorias de dolo.

4 DOLO ESPECÍFICO E DOLO GENÉRICO

Diferenciando as duas espécies de dolo, Estefam explica que o dolo genérico trata da vontade de concretizar os elementos do tipo, pressuposto presente em todos os crimes dolosos, enquanto o dolo específico corresponde à intenção especial a que se dirige a conduta do agente e está presente em alguns delitos dolosos. (ESTEFAN, 2018). Quanto ao dolo específico, para Fernando de Almeida Pedroso:

> Surge o dolo específico quando exija o tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade, diversa da vontade acrisolada à conduta. Desta sorte, no dolo específico observa-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica de realizar o comportamento incriminado. Há, portanto, explícita na estruturação típica do delito, uma intenção que se agrega e adiciona a outra, de cunho genérico, necessária para a constituição jurídica do crime. É a vontade que excede à do tipo, ampliando seu conteúdo subjetivo. (PEDROSO, 1997. p. 214).

Por seu turno, o dolo genérico, à luz da doutrina, é a vontade de praticar a ação descrita no tipo penal; vale dizer, quando o agente deseja realizar o fato enunciado na norma penal, ou seja, a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial. O dolo genérico é aquele em que a vontade do agente está dirigida à realização do tipo, sem objetivos excedentes; por sua vez, o dolo específico está dirigido à realização do tipo, mas tem outros objetivos que excedem a definição do ilícito. (NUCCI, 2011).
A distinção, então, se consubstancia no seguinte fato: enquanto o dolo genérico é a vontade de realizar fato descrito no tipo, o dolo específico é a vontade de praticar o fato e produzir um fim especial; enquanto no dolo específico se exige, além da vontade referida ao resultado, um determinado fim previsto pelo agente, o dolo genérico não exige qualquer fim particular.

5 OMISSÃO DOLOSA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Indene de dúvidas que a evolução da legislação na tutela da probidade culminou com a necessidade de se aferir o elemento volitivo do agente em conjunto com sua conduta, porquanto a resposta estatal deve estar atrelada à tipificação objetiva e subjetiva do ato praticado e, nesse aspecto, consoante já exposto, o elemento subjetivo doloso é aceito para o enquadramento nos três artigos legais que prevêem os atos de improbidade: Art. 9º - que causam enriquecimento ilícito; Art. 10 – que gera lesão ao erário e; Art. 11 – que atentam contra os Princípios da Administração Pública.
Nota-se que à luz da jurisprudência, acaudilhada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> [...] para que se configure a conduta de improbidade administrativa é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros (dolo ou culpa), não sendo suficiente, para tanto, a irregularidade ou a ilegalidade do ato. Isso porque, não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente (REsp 827.445/SP, relator para acórdão Min. Teori Zavascki, DJE 08/03/2010).

A propósito, colhe-se trecho do voto prolatado pelo E. Ministro Teori Zavascki, por ocasião do julgamento do REsp nº 827.445-SP:

> Nessa linha de compreensão não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ, acompanhando entendimento maciço da doutrina especializada [...] considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10 [...].
>
> Realmente, o princípio da legalidade impõe que a sanção por ato de improbidade esteja associada ao princípio da tipicidade. Reflexo da aplicação desses princípios é a descrição, na Lei 8.429, de 1992, dos atos de improbidade administrativa e a indicação das respectivas penas. Tais atos estão divididos em três grandes 'tipos', cujos núcleos centrais estão assim enunciados: '[...] 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' (art. 9.º); ensejar, por "qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa [...],' a 'perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei' (art. 10); e violar, por 'qualquer ação ou omissão [...]','os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições' (art. 11).
>
> Apenas para as condutas do art. 10 está prevista a forma culposa, o que significa dizer que, nas demais, o tipo somente se perfectibiliza mediante dolo. A tal conclusão se chega por aplicação do princípio da culpabilidade, associado ao da responsabilidade subjetiva, por força dos quais não se tolera responsabilização objetiva nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas. O silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.
>
> Deve-se considerar, a propósito, que o 6.º do art. 37 da Constituição, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade de outra natureza, subordinada a casos de dolo ou culpa. Sua responsabilidade objetiva, em consequência, demandaria, no mínimo, previsão normativa expressa, que, ademais, dificilmente se compatibilizaria com a orientação sistemática ditada pelo preceito constitucional. Não é por acaso, portanto, que, no âmbito da Lei 8.429/92 (editada com o objetivo de conferir maior efetividade aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inscritos no caput do mesmo dispositivo da Constituição), há referência a 'ação ou omissão, dolosa ou culposa' no art. 5.º, que obriga ao ressarcimento do dano, em caso de lesão ao patrimônio público, e no art. 10, que descreve uma das três espécies de atos de improbidade, qual seja a dos atos que causam prejuízo ao erário. O silêncio da lei com respeito ao elemento subjetivo na descrição dos outros dois tipos de atos de improbidade - os que importam enriquecimento ilícito (art. 9.º) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) - certamente não pode ser interpretado como consagração da responsabilidade objetiva, diante de sua excepcionalidade em nosso sistema. Trata-se de omissão a ser colmatada a luz do sistema e segundo o padrão constitucional, que é o da responsabilidade subjetiva.

Nesse aspecto, dito de passagem, conclui-se, da mera observância do texto da LIA, que o elemento subjetivo culposo, somente é aceito, para fim de enquadramento no artigo 10 da lei, ou seja, somente se admite a subsunção do ato, enquanto culposo, à norma, naquelas espécies descritas que causem prejuízo ao erário, enquanto nos demais (9º e 11), admite-se tão somente o elemento subjetivo doloso, entendimento que se alinha à compreensão do Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente afiança que:

> [...] para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 (STJ - REsp: 1553370 SP 2015/0067876-5, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 13/06/2017).

Sobre o elemento subjetivo dos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, discorre Rogério Pacheco:

> Diz-se que os ilícitos previstos nos artigos 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada à aquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais. (ALVES, 2014, p. 435/436).

No mesmo sentido:

> Por sua vez, No tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta da parte acusada, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. (STJ - AgInt no REsp 1500673 / SC – T1 – Rel. Sérgio Kukina – 08/06/2018)

Outrossim, resta pacífico que para que a conduta se enquadre nos tipos legais, exige-se, ou a conduta dolosa, para enquadramento em ambos os tipos, ou a conduta culposa exclusivamente para subsunção subjetiva ao artigo 10. Também inconteste que o dolo exigido para amoldamento ao artigo 11 pode ser genérico, dispensando-se o dolo específico, ou seja, não se requer que a vontade do agente possua uma intenção específica, admitindo-se tão somente a consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo. A propósito:

> O posicionamento do STJ é a favor de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso na Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos dispostos

> nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 da mesma lei. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa estabelecido no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico (REsp 1819704/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 01/10/2019)

Nesse pano de fundo, o TRF da 4ª. Região editou o enunciado de Súmula nº 94, seguindo a mesma linha de entendimento do STJ, de que "a tipificação do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta", ou seja, não se exige que o agente tenha a intenção de violar os princípios, mas apenas e simplesmente a intenção de praticar o ato em si, mesmo que não possua a ciência ou intenção de que o ato praticado seja ilícito ou ímprobo.

Logo, infere-se que, à luz da imputação sob o prisma da responsabilidade subjetiva do agente, releva-se o elemento subjetivo caracterizador do ato ímprobo. E como exposto, as condutas praticadas pelo agente podem ser dolosas ou culposas, comissivas e omissivas. Destarte, se o agente pratica o ato tipificado na LIA munido de dolo, atrai a incidência das sanções correlatas, previstas nos incisos I, II e II, do artigo 12, da Lei nº 8.429/92, já que tal elemento subjetivo se amolda à previsão dos três artigos da norma de regência.

No âmbito da LIA, conjugando-se os conceitos de conduta omissiva com o elemento doloso, conclui-se que a "omissão dolosa" se caracteriza na inação do agente quando lhe era exigível e possível agir, ou na sua inércia intencional nas hipóteses já previstas com conduta negativa no artigo de lei.

Ressalte-se que para a caracterização de tal conduta como dolosa, requer-se seja previsto o resultado de sua inação e que tenha o agente permanecido inerte visando à consumação do resultado (dolo direto) ou assumindo o risco de que ele ocorra (dolo eventual).

Delimitando-se o objeto às omissões dolosas, o próprio histórico da improbidade como elemento dos crimes de responsabilidade, aponta sua funcionalidade repressiva em relação a atos também omissivos, relevando-se aquelas condutas omissivas dolosas, ainda que "genéricas" e "eventuais".

No que permeia a omissão nos atos ímprobos, pontua José dos Santos Carvalho Filho que:

> Se a lei ou algum outro ato normativo impõe ao administrador o dever de agir, não pode este quedar-se inerte diante da regra de competência. Em outras palavras, se a lei impõe um *facere,* ao administrador é vedado atuar com omissão (*non facere*). A atuação comissiva exigida na lei não pode ser substituída por atuação omissiva. A omissão, nesse caso, estampa flagrante abuso de poder e, portanto, inegável ilegalidade, por contrariar a respectiva norma de competência (CARVALHO FILHO, 1999, p. 216).

Entende-se que, em que pese a dificuldade de demonstrar o elemento subjetivo doloso do agente, notadamente em conduta omissiva, aquele que se omite – deliberadamente, de forma reiterada ou não – no cumprimento de sua função institucional, não pode ter sua conduta caracterizada como culposa, pois possui o dever de agir e sua omissão demonstra sua vontade e consciência em se omitir, assumindo o risco ou visando o resultado danoso à Administração Pública, quer se enriquecendo ilicitamente, causando prejuízo ao erário ou atentando contra os princípios que norteiam a administração pública.

Materializando o dolo, no âmbito da LIA, embora haja dolo direto e eventual como possibilidades distintas e autônomas de imputação da conduta (comissivas ou omissivas), ao Direito Sancionador, a comprovação do estado de consciência do indivíduo, que demonstre que ele ao menos assumiu o risco da ocorrência do resultado, é tarefa árdua; daí por que a "importação", por exemplo, da teoria da Cegueira Deliberada, objetivando-se, inclusive, que o agente não se beneficie da própria torpeza, já que, inadvertidamente, o indivíduo tenta se blindar da imputação de consciência da sua ação/omissão.

6 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A Teoria da Cegueira Deliberada consiste em uma construção doutrinária de origem anglo-saxã que, em síntese, leva à responsabilização do agente que opta por permanecer em ignorância sobre a completude do fato – do qual teria condições de reconhecer ou suspeitar – potencialmente ilícito, provocando seu próprio desconhecimento acerca da conduta delituosa.

Também conhecida como "Teoria das Instruções da Avestruz", "Teoria da Evitação da Consciência" e "Teoria da Ignorância Deliberada", visa responsabilizar o agente que finge não enxergar a ilicitude, renuncia deliberadamente adquirir conhecimento sobre ela, de forma consciente e voluntária. Embora a conceituação da teoria encontre previsão doutrinária, calha expor, de antemão, que há previsão normativa no Brasil, acerca da mesma.

Nesse contexto, impende transcrever o texto constitucional (artigo 5º, § 4º, da CF/88) quanto à submissão do Brasil à jurisdição de tribunal internacional do qual seja signatário:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Sob tal premissa constitucional, o Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002, que promulgou o Estatuto de Roma do tribunal Penal Internacional, aderido, então, pelo Brasil, trouxe previsão, em seu artigo 28, que se amolda à ignorância deliberada:

> Artigo 28
> Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos
> Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:
> a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:
> [...]
> ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.
> b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:
> a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
> [...]
> c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Também, não se despreza a redação do artigo 180, do Código Penal, tipo que cuida do delito de receptação, o qual também prevê incidência de sanção para aquele que possuía condições de saber a ilicitude da coisa (adquirida, transportada, ocultada, conduzida), pela natureza, condição de quem oferece, ou desproporção entre valor e preço:

> Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:
> [...]
> § 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso.

Quanto à conceituação da "teoria da avestruz" na doutrina pátria, podem-se adotar as palavras de Renato Brasileiro que, ao discorrer sobre a cegueira deliberada no âmbito da lavagem de capitais, expõe:

> [...] restará configurado o delito, a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar o seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento, daí porque deve responder pelo crime a título de dolo eventual. Afinal, nos mesmos moldes que a *actio libera in causa*, positivada no artigo 28, II do CPB, ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio (DE LIMA, 2014, p. 301).

O mesmo autor destaca:

> [...] o indivíduo que, suspeitando que pode vir a praticar determinado crime, opta por não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, reflete certo grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão elevado quanto o daquele que age com dolo eventual, daí por que pode responder criminalmente pelo delito se o tipo penal em questão admitir a punição a título de dolo eventual" (DE LIMA, 2015, p. 327).

Sob o mesmo contexto (lavagem de dinheiro), Monteiro leciona que a teoria da cegueira deliberada existe quando o agente finge não enxergar a ilicitude da procedência de bens, direitos e valores com o intuito de auferir vantagens, atraindo a condenação, com lastro no fato de que é necessário se precaver quanto á proveniência do que se está colocando em circulação, enquanto o sujeito permanece deliberadamente cego, a fim de não tomar conhecimento da natureza ou extensão da ilicitude do ato. (MONTEIRO, 2009).
Ainda, nesse aspecto, sobressai a definição da desembargadora Federal, Claudia Cristina Cristofani, no julgamento da Apelação Criminal nº 50107030820144047002 PR:

> Todo o conjunto probatório leva a crer que o réu poderia prever e conscientemente criou o risco de produzir um resultado típico. Eventual ignorância voluntária quanto ao conteúdo da carga transportada não exime o réu da responsabilidade pela prática do delito, eis que anuiu na produção do resultado, o qual podia claramente prever. Nessa seara, pertinente a construção jurisprudencial e doutrinária do direito anglo-saxão referente à teoria da cegueira deliberada (*willfull blindness doctrine*). Segundo tal teoria, o agente finge não enxergar a possibilidade de ilicitude da conduta praticada com o intuito de auferir vantagens. O dolo configurado, nesse caso, é o dolo eventual: o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, e, portanto, prevendo o resultado lesivo de sua conduta, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso, não se importando com o resultado (TRF-4 – ACR Nº 50107030820144047002, Relator: Desembargadora Federal Claudia Cristina Cristofani Revisora, Data de Julgamento: 22/01/2019).

Trazido o tema para o âmbito da improbidade administrativa, o sujeito ativo do ato, à luz da Lei nº 8.429/92 (arts. 2º e 3º), por tratar com coisa pública, assume o dever obrigatório de praticar seus atos pautados na observância dos princípios da administração pública e, evidentemente, não lesionar o erário e tampouco enriquecer-se ilicitamente em detrimento do interesse público, sob pena de responder pelos atos tipificados objetivamente nos artigos 9º a 11, da LIA e suportar as sanções previstas no artigo 12 da mesma norma legal. Mais uma vez clamando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, revela-se a admissão do dolo eventual para caracterização do ato ímprobo, conforme se vê na sequência:

> A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, sendo indispensável o dolo para caracterizá-la. No caso do art. 11 da lei de improbidade administrativa, o elemento subjetivo necessário é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública. Assim, não se exige a presença de intenção específica para caracterizar o ato como ímprobo, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. (STJ - AgRg no AREsp 73.968-SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, 02/10/2012).

Destarte, não é demais afirmar que sob o prisma da ignorância deliberada, permite-se a condenação pela prática de ato ímprobo, ainda que o autor da ação não comprove que o réu detinha conhecimento real/direto acerca do fato, bastando que reste evidenciado que esta falta de conhecimento real do agente decorrera da prática de próprios atos praticados por ele, com o único fim de evitar o descobrimento de que tinha ciência da situação ímproba.

Quanto aos requisitos, a cegueira deliberada pressupõe que o agente não possua conhecimento a respeito do fato e deixe, voluntária e deliberadamente de obter a consciência, impondo óbices ao seu conhecimento. Ainda, como pressuposto para aplicação da teoria em voga, vislumbra-se a disponibilidade da informação que permitiria ao agente ter conhecimento do ato, ou seja, que as informações estejam ao seu alcance, sem maiores barreiras. Releva-se, por fim, a decisão do agente em manter-se na ignorância sobre as informações disponíveis que possui o dever de conhecer, noutras palavras, a intenção de manutenção do estado de ignorância deliberada proteger-se de eventual evidência do delito e possível condenação.

A teoria adotada em casos emblemáticos no Brasil no âmbito penal – como, por exemplo, na Ação Penal nº 470 e no caso do furto ao Banco Central De Fortaleza-CE - na órbita da improbidade, colhe-se do Tribunal de Justiça de São Paulo, a manutenção da condenação do agente, utilizando-se como fundamento a teoria vertente:

> Na verdade, o caracterizado superfaturamento da contratação da prestação do serviço posto em disputa iniciou a partir da realização do Termo de Parceria (fls. 111/112), em valor muito superior ao praticado pela empresa anterior (fls. 133/136), para efetivar o mesmo serviço, porém, sem demonstrar o atingimento das gloriosas metas a que tinha se comprometido.
> […]

> Guardadas as devidas proporções, é evidente, em tempo de exposição pública e notória pelo julgamento televisionado ao vivo da Ação Penal 470 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que de forma corajosa e destemida o Poder Judiciário não se encolheu, frente aos muitos interesses envolvidos, na condenação de criminosos que estavam a praticar infrações penais (corrupção passiva, ativa, lavagem de dinheiro) e, nesta ocasião, uma determinada teoria foi suscitada pelo sempre profundo Ministro Celso de Mello, e que poderá ser agora aventada neste caso concreto, qual seja TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA.
> [...]
> Ainda que esta teoria tenha sua incidência e aplicação na prática de ilícitos penais, mais especificamente em relação ao crime de lavagem de dinheiro, tal como fez o eminente Ministro Celso de Mello em recentíssimo julgamento acima mencionado, já foi ela também reconhecida em relação aos crimes eleitorais, bem como naquele famoso caso do furto ao Banco Central em Fortaleza. Por outro lado, é, em relação ao ilícito administrativo praticado neste caso concreto, perfeitamente adequada a sua incidência, na medida em que os corréus fingiram não perceber o superfaturamento praticado com a nova contratação por intermédio de Termo de Parceria, com objetivo único de lesar o patrimônio público, não havendo agora como se beneficiarem da própria torpeza (TJ-SP - Apelação 0009252-56.2010.8.26.0073. TJ/SP – Relator: Rebouças de Carvalho, 09/04/2014.)

No mesmo sentido, o referido sodalício também admitiu a teoria para tipificação subjetiva do ato como ímprobo:

> Por outro lado, é, em relação ao ilícito administrativo praticado neste caso concreto, perfeitamente adequada a sua incidência, na medida em que o infrator fingiu não perceber os vícios no certamente e no contrato, como na sua execução, com objetivo único de gerar prejuízo aos cofres público, cujo ressarcimento integral do dano haverá de ser apurado em liquidação de sentença, até para que se possa definir com nitidez quais foram os valores efetivamente pagos pelo ente público a empresa vencedora do certame [...] (TJ-SP - Apelação 0009252-56.2010.8.26.0073 . TJ/SP – Relator: Rebouças de Carvalho, 09/04/2014).

Afigura-se então que, preenchidos os requisitos, é possível a adoção da teoria da cegueira deliberada para fins de enquadramento do ato na Lei nº 8.429/92.

A título exemplificativo, a fim de tornar a visão palpável, cite-se a eventual imputação de prática de ato ímprobo ao ordenador de despesas, ressaltando-se que este pode ser ordenador originário (primário) ou derivado (secundário).

Nesse ponto, tem-se como ordenador de despesas "toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos." (Decreto-lei Federal nº 200/67, art. 80, § 1º).

Diferencia-se, entretanto, o ordenador de despesas originário – tido este como a autoridade administrativa detentora de competência para ordenar a realização de despesa determinada por lei, como por exemplo, presidentes do poder legislativo, judiciário e executivo, Ministros e Secretários de Estado, além dos dirigentes de autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas – do derivado – o que possui a competência e atribuição decorrentes da vontade do ordenador de despesa originário, ou seja, aquele que, via delegação, exerce aquelas competências e atribuições do ordenador originário.

O decreto-lei em voga (nº 200/67), reza sobre o instituto da delegação em seus artigos 11 e 12, no que concerne ao objeto em comento:

> Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.
> Art. 12. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.
> Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação.

Delimita-se, entretanto, o presente estudo, à conduta do ordenador originário, à luz do elemento subjetivo doloso em conduta omissiva.

Os atos do ordenador de despesas originário devem ser pautados pela regularidade de uma gestão equilibrada, porquanto, é o responsável pela aplicação orçamentária do ente público ao qual se encontra vinculado, na forma do art. 70, da CF/88, enquanto o artigo 84 do mencionado Decreto Lei 200/67 esclarece que se o ordenador derivado ultrapassar os limites das ordens recebidas ou praticar desvio ou qualquer irregularidade causadora de prejuízo ao erário será diretamente responsabilizado pelo ato praticado, *verbis:*

> Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providência para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.

Assim, questiona-se qual é a responsabilidade do ordenador originário quanto aos atos praticados por seu delegado (ordenador derivado), sem olvidar que o intérprete das normas de gestão pública deve considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas, nos termos da dicção do artigo 22, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LIND:

> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

> § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Importante transcrever, nesse ponto, o já citado artigo 80, do Decreto-lei 200/67, observando-se atentamente seu § 2º:

> Art. 80. Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador da despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.
> § 1° Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.
> *§ 2º O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas. (g.n.)*

Ora, consabido que não há responsabilidade compulsória e automática do ordenador de despesa originário, se ele não praticou ato ímprobo de forma imediata, já que sua responsabilidade é subjetiva. Ocorre que, como exaustivamente exposto, verificando-se a presença do elemento doloso ou culposo, é perfeitamente possível que responda pelos atos delegados, desde que haja a subsunção objetiva e subjetiva da sua conduta à Lei nº 8.429/92. Veja-se, nesse sentido, a visão uníssona do Tribunal de Contas da União:

> Quanto à preliminar arguida, cabe destacar que é pacífico o entendimento desta Corte de Contas no sentido de que a delegação de competência não exclui a responsabilidade da autoridade delegante, conforme se extrai do seguinte trecho da ementa do Acórdão 476/2008-Plenário: [...] 3. A delegação de competência para execução de despesas custeadas com recursos públicos federais não exime de responsabilidade a pessoa delegante, eis que inadmissível a delegação de responsabilidade, devendo responder pelos atos inquinados tanto a pessoa delegante como a pessoa delegada, segundo a responsabilidade de cada uma (TCU – Acórdão nº 1786/2014 – Rel. Augusto Sherman Cavalcanti – Processo nº 000.861/2011-1 – 06/05/2014).

Ocorre que, na atual conjectura da Administração Pública, é injustificável que o gestor aja sem empenho para se informar sobre eventual ilegalidade decorrem dos atos de seus delegados, já que decorre de sua obrigação constitucional adotar medidas para conhecer sobre os riscos capazes de levar à ilicitude da conduta daquele que pratica o ato sob sua delegação, de maneira que a ausência dessa cautela é apta a compor a consciência direta.

Visto sob a ótica ora relevante, exige-se do ordenador de despesas primário, o conhecimento dos atos praticados pelo ordenador secundário, de modo que, possuindo o dever legal e sendo-lhe possível o conhecimento dos fatos, sua deliberada ignorância fática atrai a incidência da LIA, já que caracteriza omissão

dolosa, equivalendo-se à conivência na prática da improbidade verificada, incidindo na espécie a teoria da cegueira deliberada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inexistem dúvidas de que a Lei de Improbidade Administrativa é atualmente uma das principais ferramentas no combate à corrupção. Também não se olvida que cuida de instrumento material à disposição do direito sancionador que visa, além de obter o ressarcimento dos prejuízos ao erário, a condenação do agente em sanções extrapenais consideradas graves.

Noutro vértice, a evolução da Teoria do Crime trouxe ao sistema jurídico a necessidade premente de se aferir o elemento volitivo do agente, além de sua conduta, justificando, assim, a resposta do Estado, por meio do Direito Sancionador, aos casos de condutas praticadas com consciência e vontade.

No decorrer histórico, entretanto, a responsabilização do agente, mormente sob o manto da conduta praticada com dolo direto, não se afigura suficiente, devendo abranger também as condutas em que o indivíduo conscientemente assume um risco de o resultado ocorrer, caracterizando o dolo eventual.

Sobreleva-se, ademais, que a ação não constitui a única forma de praticar ato ímprobo, o que se extrai do próprio texto legal, sendo igualmente importantes aquelas ocasiões em que a conduta omissiva causa enriquecimento ilícito, lesiona o erário ou atenta contra os princípios que regem a Administração Pública e, sob a baliza do ato omissivo, sobressai àquelas dolosas.

Assim, na essência do dolo eventual - em que o agente está ciente da sua conduta e, embora não a dirija para obter o resultado, conscientemente assume o risco de sua ocorrência - e à luz das hipóteses em que o agente possui o dever de agir e deliberadamente queda-se inerte e, em observância à dificuldade de comprovar o estado de consciência e o elemento subjetivo do que pratica o ato ímprobo e, por derradeiro, vislumbrando as teorias que visam proteger o interesse público, mostra-se extremamente importante, para fins de combate à corrupção, a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, nos casos de omissão dolosa.

Releva-se, nesse aspecto, a aplicação da teoria da cegueira deliberada aos atos de improbidade administrativa por se tratar de omissão praticada com dolo eventual, teoria que faz exigir, daquele que possui o dever e a possibilidade de ciência dos fatos, seu conhecimento, sob pena de responder pelo ato ímprobo.

Exemplifica-se a conduta do ordenador de despesas (primário) que delega função ao ordenador derivado (secundário), vez que do primeiro é exigível o conhecimento dos fatos praticados pelo delegado, consistindo, sua intencional ignorância dos fatos, omissão dolosa (dolo eventual), punível pela Lei nº 8.429/92.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flavia Cristina Moura de. Direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Márcia Noll. Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa; Incidência e aplicação da lei n. 8429/1992. Colaboradores: Antonio do Passo Cabral [et al.] Brasília: ESMPU, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Processo administrativo federal: Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: Parte Geral. Coimbra: Revista dos Tribunais. 2007.
_____. Direito penal; parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
ESTEFAM, André. Direito penal: Parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal. volume único. São Paulo: Atlas, 2018.
LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

_____. Legislação criminal especial comentada. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2016.

MONTEIRO, Taiane Alves. Aplicação da teoria da cegueira deliberada no brasil. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral. Acesso em: 13 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
_____. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. Revista de doutrina TRF4. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html. Acesso em: 17 nov. 2019.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, processuais e de responsabilidade fiscal. São Paulo: Atlas, 2002.

PEDROSO, *Fernando* Gentil Gizzi de *Almeida.* Direito penal. 2. ed. São Paulo: Leud, 1997.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Improbidade administrativa: Reflexões sobre a Lei n° 8.429/92. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPÍTULO 6
ESTUDOS DE CASO

OSCIP E IMPROBIDADE: O CASO DO ISES - INSTITUTO SOCIOEDUCACIONAL SOLIDARIEDADE EM PORTO NACIONAL - TO

Leilson Mascarenhas Santos[3]
Maria Cotinha Bezerra Pereira[4]

RESUMO: O presente artigo, em forma de estudo de caso, analisou a contratação da OSCIP denominada Instituto Sócio-Educacional (ISES) pelo município de Porto Nacional-TO, no ano de 2014. O tema abordado chamou a atenção da constatação da elevada quantidade de contratações por parte da instituição citada bem como de outras da mesma natureza, criadas em outros Estados do Brasil, as quais sobrevivem com recursos públicos e, como no caso em estudo, são contratadas de maneira irregular, à base de atos ímprobos. O Ministério Público Estadual, como órgão fiscalizador do patrimônio público, interviu na contratação da ISES em Porto Nacional e propôs Ação Civil Pública após descumprimento de recomendação ministerial anterior. O estudo teve viés qualitativo de cunho empírico, utilizando-se do raciocínio indutivo e de levantamento documental bibliográfico para compreender as irregularidades apontadas pelo *Parquet* em sua ação executória.

Palavras-chave: Terceiro setor; Verbas Públicas; Improbidade, OSCIP, Combate e Prevenção.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas no grande cenário latino-americano, o fenômeno da improbidade administrativa aliado ao da corrupção tornaram-se constantes objetos de estudos científicos acadêmicos, manchetes de jornais impressos e mídia televisiva, além de mais atualmente, também circularem nas chamadas mídias sociais e aplicativos de comunicação em telefones celulares e demais aparatos provenientes do estado de desenvolvimento latente das tecnologias e da informação e da comunicação. O Brasil, como país latino-americano, mesmo com suas peculiaridades históricas de formação sociocultural lusitana, africana e indígena, adaptou em si a fórmula conjugada da improbidade administrativa e da corrupção.

A corrupção e a improbidade administrativa possuem esferas do domínio moral e contextualizadas historicamente. A conduta ímproba nos pequenos atos da vida cotidiana dos indivíduos - seja em comunidade seja na macrossociedade, se não contida por processos educacionais focados desde o locus familiar ao escolar - direciona-se para a improbidade e a corrupção. Esse processo tornou-se um *continnum* que tem

[3] Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp/LFG. Autor do livro "Processo Eletrônico e Acesso à Justiça" pela editora *Lumen Juris*. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Universitário Luterano de Palmas - CEULP/ULBRA. Analista Ministerial – Ciências Jurídicas no Ministério Público do Tocantins, endereço eletrônico: leilson.mascarenhas@gmail.com.
[4] Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Estadual de Jataí-GO. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, PUC-GO. BRASIL. Promotora de Justiça do Estado do Tocantins, mariabezerra@mpto.mp.br.

perdurado até os dias atuais, mesmo com todos inúmeros mecanismos de combate e prevenção, muito especialmente a partir da seara jurídica.

Em muitos casos, o conjunto do ordenamento jurídico traz como sanção e mesmo assim, a relação já estranhamento “naturalizada” e introjetada nos indivíduos faz com que atos e condutas ilícitas continuem em ocorrência. Neste tema, as sociedades atuais e o estado moderno, que são tão amplos em sua composição, interesses, objetivos, costumes, que permitem a manutenção de situações contraditórias ao que está padronizado em seus códigos e constituição.

Ao focalizar nas leis protetivas do patrimônio público e da boa administração pública, percebe-se a insistente não observação por parte dos membros da sociedade na frenética busca pelo poder político e econômico, a qualquer custo. Surge-se, costumeiramente, regras que parecem não ferir a Constituição a as normas infraconstitucionais. Uma verdadeira contradição entre o que se espera e o que pratica.

No Brasil, o Estado do bem estar social, modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, não logra garantir a todos o que reza no seu documento constitutivo. para preencher esta lacuna, surgiram as entidades privadas que auxiliam o Estado nos seus fins. Estas entidades são de várias nomenclaturas, sendo a grosso modo, chamadas de Entidades do Terceiro Setor, que participam em maior intensidade do Estado a partir da década de 1990.

No Estado do Tocantins, as Entidades do Terceiro Setor se fazem presentes, muitas originárias de associações advindas de comunidades eclesiais de base e das pastorais sociais da Igreja Católica e associações formadas por representantes de grupos da sociedade civil. Como em todo espaço nacional, outro fenômeno comum aos países pobres e ditos também como “em desenvolvimento” existem grupos representantes do Terceiro Setor com ilibada reputação e aqueles outros, que se envolvem em ações caracterizadas quando denunciadas e investigadas, representantes de grupos criminosos.

Como uma região ainda considerada fronteira de desenvolvimento social e econômico, ela é um polo de atração por muitas entidades juridicamente registradas como de Terceiro Setor. Essas entidades também são conhecidas por Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que se encontram à disposição para serem contratadas pelas esferas estaduais e municipais, com contrato firmado para a consecução de serviços transferidos do poder público.

A relação entre o Estado e as OSCIPs no Estado do Tocantins, como nas demais unidades federativas brasileiras, não é algo pacífico. Existem situações que se caracterizam pelo uso indevido de verbas públicas, podendo ser definidas como improbidade administrativa e crime de corrupção. Entidades podem receber verbas públicas e sofrer ou ser autora de atos de natureza que ferem os princípios administrativos, causem dano ao erário ou gerem enriquecimento ilícito. Também, podem cometer crime contra a administração pública, quando se envolve em vantagens que influenciam a prática ou omissão de certas condutas administrativas.

O presente artigo versa sobre estudo da relação de OSCIP específica no Estado do Tocantins, o Instituto Sócio-Educacional (ISES), ao se focalizar o uso indevido de verbas públicas no município de Porto Nacional[5]. Para tal empreitada de cunha qualitativa teve-se uma situação empírica, a partir dos fatos observados na Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual contra a entidade. Para complementar essa análise utilizou de levantamento documental normativo e bibliográfico de autores para entendimento dos aspectos legais e dos expedientes utilizados para o uso indevido das verbas por associações/organizações do terceiro setor.

O texto se subdivide em seções, sendo que a primeira versa sobre a corrupção e suas consequências, a caracterização das OSCIPs, a segunda sobre o contrato da parceria entre a ISES e o município de Porto nacional, na última parte apresenta sugestões para a continuidade do combate e prevenção dessa forma de mau uso de verbas públicas.

2 DA CORRUPÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Desde os primórdios que as condutas corruptas/ímprobas por parte do homem assolam a humanidade. Os registros históricos do pensamento filosófico jurídico ocidental registram reflexões e as tentativas de definição para o fenômeno humano. O pensador grego, Aristóteles (384-322 a.C), foi um dos primeiros filósofos a abordar o tema em sua obra “Geração e a Corrupção”:

> No que diz respeito à geração e à corrupção dos entes que se geram e se destroem por natureza, devemos distinguir, em todos eles do mesmo modo, suas causas e definições; ademais, é preciso determinar qual é o aumento e a alteração, e se por acaso se deve considerar que a alteração e a geração têm a mesma natureza ou se, pelo contrário, são diversas, tal como se diferenciam também quanto aos nomes que levam" (ARISTÓTELES, 2001, P. 314a).

Em dicionários da língua portuguesa é comum a corrupção ser definida, etimologicamente, pelo ato de corromper, causar depravação, devassidão, suborno, visando justamente a obtenção de vantagens sobre outras pessoas frisando-se o uso de meios ilegais ou ilícitos. Neste sentido, encontra-se em Ferreira (2014, p.561).

À guisa de exemplificação lúdica, torna-se de bom alvitre enfatizar que o primeiro ato de corrupção, conforme consignado na obra de Emerson Garcia (2004) citando Caio Tácito (1999), foi sabidamente o episódio que

[5] Município localizado na região central do Tocantins, ao sul da Capital Palmas a 52 km, com 156 anos de emancipação política. Em suas origens históricas foi chamada de Porto Real e Porto Imperial, em razão de que o primeiro povoado se deu na época da monarquia portuguesa no Brasil. Formou-se à beira do Rio Tocantins, destacando-se pelo comércio hidrográfico que ligava o município a Belém-PA. Conhecida por ter traços culturais marcantes e por ter sido município de referência na antiga região do Norte Goiano. Atualmente é polo de educação superior e de agronegócio. Disponível em <http://www.portonacional.to.gov.br/index.php/conheca-porto/historia>. acesso em 22 set. 2017.

levou o homem ao martírio fora dos portões do Éden. A serpente que tentou Adão a desfrutar um pedaço da maçã da perdição, em troca de um pseudo vislumbre de deleite, foi a responsável pela gênese do ato corruptor.

Simbolicamente, a perspectiva Bíblica tem o condão primordial de demonstrar que o ato de corrupção tem duas consequências fulcrais. A Primeira diz respeito ao coito, ao desfrute, ainda que efêmero, das benesses da corrupção, a segunda, diz respeito a punição eterna pelo cometimento do ato vilipendiador.

Acerca da dualidade do ato corruptor (deleite e punição), impende salientar que na idade média os símbolos do Direito Canônico[6] Cristão eram uma rosa e uma cruz. A primeira asseverava que ele era capaz de fomentar a beleza do verdadeiro sentimento de presteza da jurisdição, a segunda lembrava que o Direito Canônico Cristão podia provocar danos insanáveis e intempestivos, eis que a punição tem feições drásticas e permanentes (WOLKMER, 2006, p. 177).

A institucionalização da corrupção também se remonta ao período histórico do Império Romano. Naquele momento histórico a corrupção estava diretamente relacionada com os Estados imperiais, nos quais o soberano, para se manter no poder, usava do ardil e sorrateiro argumento divino, para propagar sua casta ao longo dos séculos. Já em 63 a.c, o cônsul romano Marco Túlio Cícero em suas célebres catilinárias, denunciava práticas desonestas entre os romanos, dentre os quais Lúcio Sérgio Catilina que tentou tomar o poder em Roma após as eleições nas quais saíra derrotado. Em contrapartida, nos Estados pós-modernos, o fundamento desse comportamento é o ordenamento jurídico, a lei se torna suporte para a implantação de ideais pífios de individualismo (CÍCERO, 1957).

Hodiernamente, reluz a ideia de um estado democrático preocupado com o fim material através da observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade jurídica, porém a própria aplicação desses princípios estaria prejudicada face o patrimonialismo que vicia inclusive a interpretação razoável da norma.

Ao trazer a reflexão para o Brasil, constata-se infelizmente que o chamado patrimonialismo, fonte de corrupção, se mostra como um traço que definiu a formação da sociedade, cuja mentalidade dominante pressupõe a coisa pública como uma extensão ou mesmo parte do patrimônio dos particulares é um vício histórico e insistente no Brasil, culturalmente, há uma tendência de se apropriar dos bens coletivos como se individuais fossem, o que representa séria falha ética que precisamos corrigir.

A corrupção se configurou uma prática danosa à sociedade planetária e às nações, sejam ricas ou pobres. Ela atinge de forma inclemente a população, causando prejuízos insanáveis a sociedade como um todo, na medida em que o desvio de verbas impede a efetiva assistência a direitos fundamentais como saúde, educação, segurança, habitação, sendo denominada de "flagelo da humanidade" (BITTENCOURT, 2015, p. 23).

[6] Para GILISSEN (2003, p. 133): "O direito canônico é o direito da comunidade religiosa dos cristãos, mais especialmente o direito da Igreja católica. O termo cânon é empregado nos primeiros séculos da Igreja para designar as decisões dos concílios".

Filgueiras (2009, p. 397) expõe que se deve aliar moralidade política com prática social cotidiana, buscando uma visão mais abrangente que traga os significados que este problema pode assumir na esfera pública, conforme os aspectos políticos, sociais, culturais e econômicos[7].

O estudo do tema Combate à Corrupção abrange várias vertentes, devido a sua importância no atual cenário político-administrativo brasileiro, envolvendo tanto o setor público quanto o privado.
O Código Penal Brasileiro traz as figuras típicas da corrupção passiva (art. 317) e da corrupção ativa (art. 333). Nos casos de "o particular oferecer e o funcionário receber" ou "o particular prometer e o funcionário aceitar promessa", há corrupção ativa e corrupção passiva.

O artigo 317 do Código penal tipifica o crime de corrupção passiva:

> "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa."

Já o artigo 333 do Código Penal dispôs em seu texto: "Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa".

Mas a corrupção que equivale à improbidade administrativa é mais ampla, devendo-se tomar por base não apenas a venalidade, mas toda forma de comprometimento dos princípios que norteiam a administração pública. Corrupção, nesse sentido, é deturpação, desvio.

O Brasil ainda tem muito que evoluir no combate à corrupção, as instituições democráticas necessitam de consolidação, não olvidando as ferramentas de controle republicano que devem ser usadas para coibir este e outros maus costumes, mas a corrupção vem da raiz, talvez seja subproduto do próprio sistema de colonização no Brasil e assim, apesar do passar dos séculos, a clientela e o favoritismo sobrevivem e convivem com a evolução das instituições democráticas do terceiro milênio. Talvez, a eliminação da corrupção seja uma quimera, mas seu controle e suas repressões institucionalizadas devem ser possíveis e necessários para a reversão deste quadro.

O Ministério Público tem papel preponderante no combate à corrupção, principalmente em relação à efetiva execução das ferramentas administrativas e judiciais de combate à corrupção, tais como: a instauração de

[7] Sobre a ideia de que a corrupção brasileira se prende a fatos passados, FILGUEIRAS continua: "Assim, a corrupção não poupa nem o mundo popular nem os estamentos superiores da sociedade, definindo uma concepção centrada em uma formação distorcida pelos eventos do passado, sendo o brasileiro um desconhecedor das artes, da ciência e dos interesses, que delimitam a sociabilidade do capitalismo e suas instituições. Como não fomos protagonistas da modernidade, criou-se no Brasil um senso permanente de irresponsabilidade e indolência, que definem os traços de uma cultura dos sentimentos, de uma cordialidade intrínseca, incapaz de incorporar o mundo impessoal e de regras formais (FILGUEIRAS, p. 393).

Inquéritos Civis Públicos, Procedimentos Preparatórios, Procedimentos Administrativos, Termos de Ajustamento de Conduta e Recomendações visando a materialização dos direitos esculpidos na Lei de Ação Civil Pública e precipuamente na Lei de Combate à Improbidade Administrativa.

Tais mecanismos de atuação ministeriais só são possíveis graças ao condão democrático que permeia nosso sistema político, o qual é alicerçado pela Constituição de 1988, apelidada, de "Cidadã" pelo laureado parlamentar Ulisses de Guimarães.

Cidadania esta que deve ser sempre preservada e servir de norte para toda e qualquer atuação no combate à corrupção, a qual está inserida em todos os contextos e cenários da vida gregária.

A disseminação da corrupção a todos os setores da vida pública resultou no engajamento da sociedade civil e organizada, via redes sociais e de forma mais acentuada as entidades integrantes do sistema jurídico, que tem procurado capacitar seus agentes, moldando-os para o combate à corrupção. Estas entidades possuem finalidades diversas - assistência social, cidadania, combate à pobreza, defesa e proteção dos animais e desenvolvimento sustentável. Como em todo país, elas estão presentes no Estado do Tocantins, recebendo e gerindo recursos públicos por meio de convênios diversos.

As entidades desta natureza possuem como uma de suas fontes de recursos, verbas públicas para a execução de projetos de sua finalidade e, atualmente, onde há o repasse de verbas públicas, há o risco de que estas sejam mal utilizadas pelos gestores das entidades.

3 ACERCAMENTO SOBRE AS OSCIPS

O termo - Organizações da Sociedade Civil passou por diversas transformações no Brasil. Na década de 70, as entidades se fortaleceram, motivadas pelo período político no qual o país vivia, o que favorece a criação e atuação de entidades sem fins lucrativos ligadas às instituições religiosas, católicas e protestantes. Esta mudança social foi refletida pela capacidade de ação, generosidade da própria sociedade civil (PAES, 2013, p.96-98).

A par da classificação existente entre as instituições brasileiras, que se dividem entre públicas e privadas, há o Terceiro Setor, que representa entidades privadas que atuam em nome do Estado, em serviços públicos, com ou sem cooperação financeira. Este grupo de instituições pode ser melhor conceituado por Paes:

> o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil, visando ao seu aperfeiçoamento". Acrescenta o autor que "o Terceiro Setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos. (PAES, 2013, p. 87)

Em razão da forma de Estado brasileiro ser o federativo, as competências outorgadas estão vinculadas entre si, com a execução dos serviços públicos, qualquer que seja sua natureza, o que Carvalho Filho chama de Federalismo de Cooperação (2016, p. 370).

As entidades do Terceiro Setor são assim chamadas por não serem públicas e nem privadas, embora possam ter contrato de gestão ou termo de parceria com o poder público, são também conhecidas como entidades de benemerência ou, tecnicamente, entes de cooperação (MARINELA, 2012, p. 174). Como exemplo cita-se: Entidades de Apoio, Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Quanto a fiscalização destas entidades, é importante o que dispõe a lei 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação, que se aplica às entidades públicas, nos três poderes e administração indireta, bem como as entidades privadas que recebam valores públicos.

A norma traz uma série de obrigações relativas à transparência a que devem seguir as entidades que celebrem termo de parceria[8], contrato de gestão convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos. As informações devem ser disponibilizadas e meios absolutamente acessíveis, como a internet, com linguagem simples e organizada, que possa ser entendida a leigos (PAES, 2013, p. 111).
Ao abordar teoricamente o Terceiro Setor é importante destacar as crises estatais, quando se defende a necessidade da participação privada na gestão das obrigações públicas, sobre o que Paes novamente expõe:

> No entanto, mesmo o denominado Estado Providência já se mostra ineficiente para atender a demanda social sempre crescente fazendo com que já haja consenso sobre a necessidade de redução dos encargos do Estado, e a devolução de atividades à iniciativa privada e a ampliação do processo de democracia com a participação dos cidadãos e das pessoas jurídicas sem fins lucrativos na condição de parceiro e efetivos colaboradores com a Administração Pública (PAES, 2013, p. 85).

Estas crises estatais não são delimitadas de forma objetiva, pois dependem de escolhas feitas pelo gestor público. Quando o poder político decide utilizar essas entidades, não se sabe qual a real necessidade da sociedade ou se não é o caso de contratar o Terceiro Setor para fins de burlar os princípios do ordenamento jurídico, consequentemente, gerando prejuízos ao erário.

Destaca-se, ainda, a preocupação da sociedade com as atividades estatais, surgindo a responsabilidade social que é a preocupação de pessoas físicas ou jurídicas de que a melhoria da qualidade de vida de cidadãos e sociedade tem como uma de suas formas a construção da cidadania, embasadas em valores éticos e morais (PAES, 2013, p.91).

[8] O que foi celebrado entre a ISES e o município de Porto Nacional-TO.

Em 2014, a lei 13.019[9], definiu as organizações da sociedade civil como de três tipos: a) entidades privadas sem fins lucrativos que não distribua os lucros ou quaisquer excedentes operacionais entre os membros e que aplique integralmente na consecução do objeto social; b) cooperativas Sociais, previstas na lei 9.867/1999, integradas por pessoas em risco social, com ações de combate a pobreza, geração de trabalho e renda; voltadas para trabalhadores rurais; e c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou projetos de interesse públicos.

A lei também define Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Parceria, sendo as primeiras o instrumento em que se formalizam as parcerias propostas pela administração (colaboração) e propostas pela organização da sociedade civil (fomento). Já Parceria consiste: no conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação (artigo 2º, III).

Em que pese a referida lei ter entrado em vigor após a celebração do termo de parceria entre a Prefeitura de Porto Nacional e a ISES[10], importante frisar que o regime jurídico do termo de parceria tem, dentre suas diretrizes fundamentais: a priorização do controle de resultados, estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade, adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos[11]

3.1 A CONTRATAÇÃO DA ISES NO MUNICÍPIO DE PORTO NACIONAL[12]

A OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público foi criada pela lei 9790/99, conhecida como o "Marco Legal do Terceiro Setor" (PAES, p. 663). Para que a pessoa jurídica de direito privado elencada no artigo 44 do Código Civil seja qualificada desta forma, deve obter uma certificação do Ministério da Justiça.
Além disso, seu estatuto deve conter disposições obrigatórias, conforme consta do artigo 4º da lei do terceiro setor, sendo que determina sejam observados os cinco princípios do artigo 37, *caput* da Constituição Federal, além do princípio da economicidade.

[9] Publicada em 31 de julho de 2014, mas com *vacatio legis* inicial de 90 dias, 360 dias e 540 dias, conforme leis 13.102/2015 e 13.204/2015, respectivamente (artigo 88).
[10] Estes contratos foram celebrados sob a prescrição da lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, já que firmados em maio de 2014.
[11] Art. 6º, incisos II, V e VIII.
[12] Município localizado na região central do Tocantins, ao sul da Capital Palmas a 53 km, com 156 anos de emancipação política. Em suas origens históricas foi chamada de Porto Real e Porto Imperial, em razão de que o primeiro povoada se deu na época da monarquia portuguesa no Brasil. Formou-se à beira do Rio Tocantins, destacando-se pelo comércio hidrográfico que ligava o município a Belém-PA. Conhecida por ter traços culturais marcantes e por ter sido município de referência na antiga região do Norte Goiana. Atualmente é polo de educação superior e de agronegócio. Disponível em: <www.portonacional.to.gov.br/index.php/conhecaporto/historia> Acesso em 10 out. 2017.

Estas entidades, constituídas na forma de fundação ou associação, devem ser fiscalizadas pelo Ministério Público. Primeiro porque é o órgão fiscalizador das fundações e, quanto às associações, quando se qualificam como OSCIP recebem valores públicos, daí a competência também do *Parquet* para o controle delas também.

Por conta disso e visando tornar mais prático o presente estudo, tratar-se-á do caso envolvendo a ISES - Instituto Sócio-Educacional Solidariedade, que foi qualificada como OSCIP - Organização Social de Interesse Público[13], em relação a contratos que pactuou com o município de Porto Nacional-TO, que, por indícios de autoria e materialidade em relação ao mau uso de recursos públicos, provocaram a propositura da Ação Civil Pública pela 5ª Promotoria de Justiça de Porto Nacional-TO, autos 0001316-36.2015.827.2737, com pedido de bloqueio de valores e suspensão de pagamentos com dinheiro público.

Pode-se perceber com perplexidade, a fragilidade operacional e institucional da Instituição ISES, a se preocupar como o dinheiro público poderia ser repassado em pouco tempo, de maneira não muito difícil, a instituições com características tão suspeitas e obscuras.

Analisando os fatos didaticamente, buscou-se responder às seguintes questões: como os fatos ocorreram? Quais detalhes diferenciam os fatos dos ilícitos em geral? Quais as características que se pode verificar na conduta dos fatos? Pode-se tirar algum aprendizado dos fatos para a sociedade?

[13] A qualificação de entidades desta forma tinha requisitos mais simplificados na vigência da lei 9790/1999: "Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei"
Todavia, foi dada nova redação pela lei 13019/2014: "Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei"

Figura 1: Questões e respostas sobre os fatos

Como os fatos ocorreram?	Os fatos apurados inicialmente em Inquérito civil Público, quando se percebeu que a ISES firmou 05(cinco) termos de parceria com a Prefeitura de Porto Nacional, nas áreas de: educação, meio ambiente, gestão pública, assistência social e saúde, com início em 2014, ocasionando a transferência para a entidade verbas públicas no valor de R$ 7.216.160,00 (sete milhões e duzentos e dezesseis mil reais e cento e sessenta centavos). O Ministério Público recomendou à Prefeitura de Porto Nacional que procedesse à anulação dos contratos e a suspensão dos pagamentos, algo que a Prefeitura não cumpriu. Além disso, a ISES já respondia a ação judicial no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe no mesmo ano da celebração do Termo de Parceria em Porto nacional. A instituição declarava sede na capital daquele Estado, mas percebeu-se por diligência do Ministério Público de Sergipe que a sede da entidade não mais funcionava onde declarava. Na mesma diligência, soube-se que a instituição nunca funcionou efetivamente no local. A Prefeitura de Palmas-TO também firmou Termo de Parceria com a ISES no valor superior a 51 milhões de reais, que também foi questionado judicialmente pelo Ministério Público do Tocantins, autos nº 0026408-754.2014. 827.2729.
Quais detalhes diferenciam os fatos dos ilícitos em geral?	O MPE-TO identificou que não consta Lei municipal específica a embasar o Termo de Parceria firmado pela Prefeitura de Porto nacional com a ISES, sendo que esta entidade foi contratada em processo licitatório onde apenas apenas duas instituições concorreram, ela e mais uma, ambas do Estado do Sergipe. A instituição também não informou os valores pagos aos diretores e nem o número de pessoas envolvidas no projeto e seus funções. Foi solicitada uma auditoria na instituição ISES ao Ministério do Trabalho e Emprego, pelo que se constatou uma forma ilícita de terceirização e de burla ao princípio do concurso, cujas irregularidades continuaram a ocorrer, mesmo após a entidade ser auditada. Outro detalhe que chamou a atenção foi o fato de que o estatuto da ISES lista áreas de atuação muito amplas: assistência social, cultura, meio ambiente, saúde, alimentação, desenvolvimento sustentável, promoção do voluntariado e desenvolvimento econômico e social; combate à pobreza; ética, paz, cidadania, direitos humanos, democracia e outros valores. A sede da Instituição em Porto Nacional e o número de funcionários não eram compatíveis com a amplitude do contrato e das áreas de atuação, o que o MPE percebeu não ter a instituição capacidade operacional própria.

	Não só isso, o MTE constatou que o Presidente da ISES era lavrador antes de assumir a presidência da instituição, identificando ainda documentos com assinatura colada digitalmente do representante, o que os auditores classificaram como falsidade ideológica.
Quais as características que se pode verificar na conduta dos fatos?	Verificou-se na análise dos autos da Ação Civil Pública já mencionada que o Ministério Público teve informações dos contratos mediante jornal de maior circulação do Tocantins. Por conta disso, no terceiro mês de vigência do contrato recomendou a suspensão dos pagamentos após a abertura do Inquérito Civil Público[14], conforme o artigo 8º, § 1º da lei 7347/85. Todavia a entidade não cumpriu a recomendação ministerial, pois continuou a executar os contratos até o seu final, além de prorrogá-los com aditivo financeiro. Além disso, imaginando que os referidos Termos de Parceria fossem legítimos e tivessem seguido os trâmites legais, no teor de cada contrato constam metas e indicadores, todavia fica a dúvida se com o período de vigência de onze meses foi possível avaliar estas metas e indicadores. Ademais, a empresa funcionou por dois anos em imóvel alugado no Centro de Porto Nacional-TO, período em que laboraram duas funcionárias locais. Após o encerramento do Termo de Parceria a ISES não manteve sede no município.
Pode-se tirar algum aprendizado dos fatos para a sociedade?	A necessidade da criação de conselhos municipais voltados para a prévia e efetiva fiscalização dos atos realizados pelo poder público municipal. Contratações deste tipo mobilizaram uma quantidade elevada de servidores da esfera administrativa contratada, o que facilitaria a provocação do controle pelos órgãos oficiais. A forma como a ISES foi contrata destoa do objetivo principal das OSCs – compor uma área estatal deficiente, pois ocorreu, de fato, uma terceirização fraudulenta de serviços públicos.

Fonte: Elaborado pelos autores

E afinal, o que poderia ter sido feito para evitar que tais fatos ocorressem?

Ante a utilização de recursos públicos, cujos procedimentos foram divulgados pela imprensa oficial e por meio de jornal de grande circulação, o que pode ter acarretado a ciência informal de pelo menos um membro de algum dos Conselhos Municipais das áreas envolvidas pelas parcerias. Isto se facilita ainda mais, pois parte dos membros destes órgãos de controle social são servidores do município, que é considerado de pequeno porte e há grande proximidade entre agentes públicos e agentes políticos municipais.

[14] § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Assim, mesmo que em determinada lei contenha a obrigatoriedade da ciência inequívoca dos atos do poder público para que se manifeste, a obrigação social que cada cidadão tem em preservar o patrimônio público, em sua maior preocupação o dinheiro público, permite que, ao se saber de qualquer suspeita de irregularidade no uso de verba pública, dê-se o conhecimento aos órgãos de fiscalização instituídos e independentes: Ministério Público e Tribunal de Contas, aqui citados como exemplo.

Constatou-se, ainda, que no pedido na inicial da Ação Civil Pública analisada, foi requerido pelo MPE-TO o bloqueio do valor recebido pela Prefeitura Municipal da conta da ISES, o que foi indeferido pelo juízo de primeira instância, pelo que o *Parquet* agravou por instrumento a decisão, conseguindo o pretendido bloqueio na segunda instância. Todavia, ao tentar executar o bloqueio, não se constatou valores na conta da entidade.
A necessidade de proteger o dinheiro público - erário, não é preocupação nova no direito, visto que a possibilidade de o próprio cidadão acionar o judiciário para proteger o patrimônio público já existia no direito romano por meio da *actio popularis.* Já no direito brasileiro, percebe-se que a preocupação com a probidade administrativa, princípio que fundamenta o zelo e proteção ao patrimônio público vem desde o Decreto-lei nº 3.240, de 1941, quando se determinou o sequestro de bens de autores de crimes contra a fazenda pública, além de outras normas posteriores, conforme levantamento realizado por Di Pietro (2007, p. 727).

Relevante, ainda, a questão do controle dos recursos transferidos a essas entidades, tema que é preocupação na tese de doutoramento de De Souza (2009, p. 15). Nesta linha, a respeito da prestação e avaliação de contas, Carvalho Filho (op. cit, p. 388) salienta ser o ponto mais frágil do controle estatal sobre recursos públicos, transparecendo desinteresse das autoridades públicas na gestão dos valores.

A importância de se estudar, mesmo que empiricamente o tema, se dá na medida em que grande parte das entidades desta natureza no Tocantins sobrevive financeiramente de recursos públicos, em forma de transferências. Só para citar de exemplo, no âmbito federal, em 2009, as transferências do Governo Federal a entidades sem fins lucrativos ultrapassou os três bilhões de reais (DE SOUZA, 2009, p. 163)[15]

3.2 MEDIDAS PREVENTIVAS E REPRESSIVAS

O uso irregular de verbas públicas por meio de Organizações do Terceiro Setor (conhecidas popularmente por ONGs) se dá em grande parte na esfera municipal, onde as unidades centrais de poder e governo estão muito próximos e são mais acessíveis: Prefeito, Secretários, Vereadores, o que facilita este mal causado ao erário. De outro lado, as instituições de controle, nem sempre estão presentes nestes municípios, como por exemplo: Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Receita Federal, Ministério do Trabalho e outros. Assim, em cidades menores a corrupção em suas diversas formas tem mais característica fática que lhe favorece.

[15] Dados retirados da tabela 5.1 - Valor total, em Reais das Transferências feitas pelo governo federal a entidades sem fins lucrativos, elaborada por De Souza (op cit).

Ademais, é comum criar e estruturar, formal e/ou fisicamente, uma entidade do Terceiro Setor e obter recursos públicos. Entretanto, atingindo o objeto inicial, com menores entraves que em municípios maiores, a própria entidade fica a mercê de cuidados, ferindo a obrigação social que a entidade se colocou a cumprir com eficácia. Assim, já foi percebido que comumente políticos se utilizam de ONGs para buscar suas (más) intenções eleitoreiras, de modo que após atingi-las as deixam de lado, vindo a deteriorar as estruturas da entidade, pelo que há a sugestão para que sejam apartidárias e não sejam aceitos dinheiro ou benefícios públicos, sob pena de manchar a credibilidade da entidade (TREVISAN *et al,* 2006, p. 10).

Umas das formas de prevenir e reprimir os atos de corrupção nas OSC passa pelo controle interno das entidades, apresentado como a auto regulação defendido por Padilha (2002, p.63-68), tendo como base o Código de Ética da Associação Brasileira de Captadores de Recursos[16]. Esse código frisa o respeito à legislação, ao sigilo das informações de doadores, esforço para que se tenha apropriado controle e uso de recursos, respeitar os direitos do doador (o principal deles: ter assegurado que as doações serão usadas para os propósitos escolhidos por eles). Padilha (op. cit) aduz, ainda, ser necessária a capacitação dos gestores, pois "o primeiro passo para a eficiente capacitação é a consciência da própria entidade da necessidade de se abrir para novas técnicas e conhecimentos".

Sobre a atuação do Ministério Público no combate à corrupção das entidades do Terceiro Setor, Diniz expõe:

> Outra medida está na adequação das relações estabelecidas entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, as quais também devem ocupar a atenção do Ministério Público. Refere-se, aqui, ao papel assumido por entidades privadas que não somente desempenham atividades estatais, como também, e por isso, são destinatárias de repasses de recursos, de doações de bens e de cessão gratuita de servidores, todos eles de origem pública. Evidente, portanto, a necessidade de submissão dessas entidades privadas a rigorosos mecanismos de controle. (DINIZ, 2017, p. 21).

Na atuação do Ministério Público, é possível a propositura da ação penal, a ação civil pública por dano ao patrimônio e a ação de ressarcimento aos danos coletivos. Interessante a diferença entre a legitimidade ativa para a ação civil pública comum, que é concorrente entre o *Parquet* e outros órgãos (artigo 5º da lei 7347/85) ao contrário da Ação Civil Pública por improbidade administrativa em que os legitimados são o Ministério Público e a Pessoa Jurídica interessada.

Importante destacar, ainda, que em ações cujo objeto seja a corrupção, sejam cíveis ou penais, as provas não são tão fáceis de serem obtidas, visto que movimentações contábeis, repasse de propinas e superfaturamento são ações de difícil percepção. Assim, discute-se o valor das provas indiciárias, sobre o que Santos (2017) leciona:

[16] Disponível em <http://captadores.org.br/codigo-de-etica/>. Acesso em 10 out. 2017.

> Es la prueba indiciaria la que más autoriza al intérprete (y los otros sujetos del discurso judicial) a ejercitar su capacidad argumentativa para que se establezca el necesario vínculo de depedencia entre el hecho principal y el hecho probado. Es con Ella com La que se establece la concordancia entre el hecho aportado al proceso (prueba indiciaria) y el otro hecho que se quiere demonstrar, así como el nexo de dependência que une éstos hechos en el plan concreto. (SANTOS, 2017, p. 130)[17].

A valoração de indícios como meio de prova alcança relevância, sobretudo quando corroboradas com outras provas, desde que observado, logicamente, o princípio do livre convencimento do juiz. Neste sentido, o Ministério Público deve estar atento aos detalhes entranhados nos fatos, visando investigar o que merece atenção e deve ser focalizado e observado, que venha a ser indícios embasadores de alguma conduta irregular em detrimento do patrimônio público.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a corrupção é algo já apontado desde os primórdios da humanidade e que gradativamente é estudado visando o seu combate. No Tocantins, por ser Estado novo, muito se aproveita para obter recursos de forma criminosa ou pelo menos ímproba. Exemplo são as OSCIPs, das quais houve o caso da ISES, entidade já com graves suspeitas no seu Estado de origem, que conseguiu contratar com três municípios do Estado em desconformidade com a legislação, gerando no mínimo ato de improbidade.

No caso de Porto Nacional, o Ministério Público do Estado do Tocantins tentou anular o processo seletivo e impedir a continuidade do contrato, mas a Prefeitura não acatou sua recomendação - fato curioso, pois em meio à atuação ministerial, a ISES já estava sob intervenção judicial. Sabe-se que as OSCs, pela própria natureza de qualificação, dependem de recursos públicos para sobreviverem, isto favorece os desvios de verbas públicas cobertas pela falsa regularidade dos contratos com estes entes.

Assim, é grande a dificuldade em prová-los, pelo que se deve reforçar a utilização de provas indiciárias, pois estas representam meio adequado para se sanar as dúvidas facilmente constatadas desde o início dos contratos, transformando-as em força probante para cessar judicialmente os atos ímprobos envolvendo essas entidades e o poder público.

[17] Tradução: A prova indiciária é a que mais autoriza o intérprete (e os outros sujeitos do discurso judicial) a exercitar sua capacidade argumentativa para que se estabeleça o necessário vínculo de dependência entre o fato principal e o fato provado. É com ela que se estabelece a concordância entre o fato aportado no processo (prova indiciária) e o outro fato que se quer demonstrar, assim como o nexo de dependência que une os fatos no plano concreto.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Da Geração e da Corrupção Seguido de Convite à Filosofia. Tradução Renata Maria Pereira CORDEIRO. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção - lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em 09 out. 2017.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3 º do art. 37 e no § 2 º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 05 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/ L13204.htm#art2>. Acesso em 04 set. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CÍCERO, Marco Tulio. As Catilinarias. In: Orações. Tradução: Pe Antonio Joaquim. 2. ed. São Paulo: Atena, 1957.

DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Controle Estatal das Transferências de Recursos Públicos para o Terceiro Setor. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-82642/publico/Rodrigo_ Pagani_de_Souza.pdf>. Acesso em 29 ago. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007

DINIZ, Cláudio Smirne. Ministério Público e Proteção ao Patrimônio Público. Revista do CNMP - Ministério Público e o Combate à Corrupção: Novas ferramentas de atuação resolutivas, Brasília. n. 06, CNMP, p. 12-31, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2014;

FILGUEIRAS, F. A. A Tolerância à Corrupção no Brasil: Uma Antinomia Entre Normas Morais e Prática Social. Opinião Pública, Campinas, vol. 15, nº 2, Novembro, 2009, p.386-421.

GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma Visão Jurídico-Sociológica, in Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004, p. 203-245. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_203.pdf>, acesso em 03 nov. 2017.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

PADILHA, Andrea Fernandes Nunes. Terceiro Setor: fiscalização e outras formas de controle. Recife: Nossa Livraria, 2002.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. 8 ed. São Paulo: Forense, 2013.

SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar. Prueba Indiciaria – Reina de Las Pruebas en el Combate Contra Corrupción. Revista do CNMP: Ministério Público e o Combate à Corrupção Novas ferramentas de atuações resolutivas, Brasília, n. 06, CNMP, p. 109-135, 2017.

TOCANTINS. Ministério Público do Estado do Tocantins. Conselho Superior do Ministério Público. Resolução nº 003/2008. Institui normas que regulamentam o inquérito civil, o procedimento preparatório, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação, a audiência pública e a precatória no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins. Disponível em: <https://mpto.mp.br/web/conselho-superior/2013/04/08/resolucoes-csmp#page>. Acesso em 06 out. 2017.

TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo n° 218/2, 1999.

TREVISAN, Antoninho Marmo *et al.* O Combate à Corrupção nas Prefeituras do Brasil. 4.ed. Cotia, SP: Ateliê Editorial: 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org). Fundamentos de História do Direito. 3 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DESAFIOS DA TRANSFERÊNCIA DE PROCEDIMENTOS CRIMINAIS NO ENFRENTAMENTO TRANSNACIONAL DA CORRUPÇÃO: CASO EDUARDO CUNHA

Rayka Oliveira Soares Valadares[1]
Pacelli Larisson Gonçalves Costa[2]

RESUMO: O estudo analisa qualitativamente a temática da transferência de procedimentos criminais, como modalidade de cooperação jurídica internacional, especialmente no enfrentamento transnacional aos crimes de corrupção e a outros delitos correlacionados, sob os enfoques teórico e prático. Na dimensão teórica, empreendendo pesquisa básica exploratória e descritiva, por meio de pesquisa bibliográfica de lógica indutiva, o trabalho traz uma visão panorâmica da luta transnacional contra a corrupção e das espécies de cooperação jurídica internacional, com ênfase na modalidade da transferência de procedimentos criminais e na sua importância para a redução dos espaços de impunidade, com o objetivo de identificar entraves para o avanço jurídico dessa delegação internacional de jurisdição, notadamente sob a perspectiva jurídica brasileira. Em seguida, no campo da pesquisa empírica e para subsidiar a conclusão teórica, realiza-se pesquisa básica descritiva e explicativa de lógica dedutiva, instrumentalizada pelo estudo de caso do julgamento judicial do ex-deputado brasileiro Eduardo Cunha, por atos de corrupção, de lavagem de dinheiro e de evasão de divisas, a fim de identificar eventuais dificuldades encontradas no procedimento de delegação jurisdicional da Suíça ao Brasil. No âmbito da transferência de procedimentos criminais, além dos diversos problemas identificados nas interrelações mundiais, a conclusão do estudo de caso aponta que as principais dificuldades encontradas na prática brasileira estão relacionadas à ausência de uma lei específica e analítica sobre cooperação jurídica internacional, à convalidação das provas produzidas no exterior, às circunstâncias de cabimento do princípio da especialidade e aos critérios de configuração do requisito necessário da dupla incriminação.

Palavras-chave: Corrupção. Cooperação Jurídica Internacional. Transferência de Processos Criminais. Dificuldades Contemporâneas.

[1]Graduada em Direito, pela Fundação Universidade do Tocantins. Pós-Graduanda *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção, pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Mestra em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Servidora da Justiça Federal no Tocantins.
[2]Graduado em Direito, pela Universidade do Pará. Pós-Graduando *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção, pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Servidor da Justiça Federal no Tocantins.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo desenvolve temática no âmbito da cooperação jurídica internacional, de modo mais específico sobre uma de suas espécies: a transferência de procedimentos criminais ou *transfer of criminal proceedings,* em língua inglesa, ou ainda *la délégation de la poursuite pénale* ou *transfert de procédures pénales* como é conhecida em alguns estados europeus.

Considerando que a cooperação internacional poderá ocorrer em diferentes áreas jurídicas, como civil, comercial, trabalhista, penal e administrativa, bem como que os instrumentos cooperativos são variados, elegeu-se como recorte de estudo a transferência de procedimentos criminais no combate transnacional à corrupção, a fim de trazer mais objetividade ao reduzido espaço para este trabalho.

O objetivo da pesquisa é identificar, notadamente sob a perspectiva jurídica brasileira, os desafios que a transferência de procedimentos criminais apresenta na contemporaneidade e que restringem as possibilidades de aplicação desse importante instrumento de cooperação jurídica internacional, sobretudo no combate à impunidade de crimes de corrupção e de outras delinquências correlacionadas, como a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas.

O trabalho converge duas dimensões investigativas: uma teórica e outra empírica. Quanto à metodologia da parte teórica, emprega-se inicialmente pesquisa básica exploratória e descritiva, por meio de levantamento bibliográfico de lógica indutiva, para apresentar ideias iniciais sobre o fenômeno da corrupção e a importância do seu enfrentamento global, bem como trazer o conceito, as espécies e os fundamentos legais da cooperação jurídica internacional. Enfatiza-se a modalidade de transferência de processos criminais, especialmente quanto à sua utilidade no combate transnacional à corrupção.

Em seguida, para subsidiar a reflexão teórica, já no campo da pesquisa empírica, realiza-se investigação básica descritiva e explicativa de lógica dedutiva, instrumentalizada pelo estudo de caso do julgamento judicial do ex-deputado brasileiro Eduardo Cunha, por atos de corrupção, de lavagem de dinheiro e de evasão de divisas, a fim de identificar eventuais dificuldades encontradas na delegação jurisdicional da Suíça ao Brasil.

Para contextualizar o tema, necessária se faz uma breve compreensão do fenômeno da corrupção e das razões que impulsionaram a solidariedade entre diversos países em ações de prevenção e de repressão às práticas corruptas que corroem a democracia, o desenvolvimento dos povos e os direitos humanos.

2 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E O SEU COMBATE EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

Utiliza-se o termo corrupção para tudo o que está desviado, errado, inadequado aos costumes de um povo. Etimologicamente, a palavra corrupção vem dos termos latinos *corruptio/onis e cum/rumpo* (romper). Nos séculos I e II, *cum rumpo* ou *corruptionis* significavam ruptura das estruturas, destruição dos fundamentos, quebra total, deterioração e degeneração das estruturas básicas de um corpo vital (MARTINS, 2008).

Essa primeira noção de corrupção, com sentido biológico e naturalista, que define o instante em que o corpo perde a vitalidade em razão de um acontecimento que acelera a morte, tem suas origens nos pensamentos

de filósofos gregos antigos e foi transportada aos contextos político e social, para compreender as cidades e as instituições políticas como corpos naturais suscetíveis de degeneração. Essa imagem biológica de corrupção, adotada também por Aristóteles e posteriormente pelos romanos, significava uma doença que atingia o corpo político e precisava ser extirpada, antes que ocasionasse a ruptura de suas estruturas fundamentais (MARTINS, 2008).

Posteriormente, Santo Agostinho torna-se percussor da associação de corrupção à moralidade, ao defender que a queda do Império Romano, no século IV, foi motivada pela corrupção moral dos romanos, regada a orgias, abortos em massa, homossexualismo, bigamia, adultério, assassinatos, promiscuidades. Esse entendimento prevaleceu durante boa parte da Idade Média, porque colocavam a moralidade religiosa acima da política e exigiam aos governantes condutas cristãs e ideais de santidade. Com o advento do Renascimento Italiano, Maquiavel traz a concepção de que a corrupção é própria do mundo político e totalmente dissociada da moralidade do indivíduo. Essa teoria maquiaveliana, que separa política da moral e aponta como razões da corrupção política as fragilidades das leis e das instituições, bem como a conduta omissiva dos cidadãos no trato das coisas públicas, sobrevive até hoje no pensamento contemporâneo. Para Maquiavel, o controle ou o aniquilamento desse fenômeno é luta política, e não moral, para os grupos que compõem uma cidade ou uma nação (MARTINS, 2008).

No pensamento de Montesquieu (2000, p. 121), a moral se reaproxima da política para afirmar que "a corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção de seus princípios" e explicar que

> O princípio da democracia corrompe-se não somente quando perde o espírito da igualdade, mas também quando se adquire o espírito de igualdade extremo e cada um quer ser igual àqueles que escolhe para comandá-lo.[...] Uma vez que os princípios do governo foram corrompidos, as melhores leis tornam-se más e se voltam contra o Estado; quando os princípios estão são, as más leis têm o efeito das boas; a força do princípio carrega tudo (MOSTESQUIEU, p. 121 e 128).

Portanto, considerando a existência de relatos de corrupção nos primórdios das civilizações antigas e que estudos sobre o tema perpassaram a história da humanidade, desde a Grécia antiga à contemporaneidade, torna-se imperioso concluir que, de modo amplo, a corrupção sempre existiu nas relações humanas, antes mesmo da chegada da esquadra do português Pedro Álvaro Cabral na costa brasileira, em 1500.

Na própria carta de Pero Vaz de Caminha ao rei de Portugal, datada de 1º de maio de 1500, por meio da qual o escrivão da esquadra noticiou as descobertas das novas terras e serviu como a "certidão de batismo" do Brasil, registra-se a descrição das belezas e das riquezas da nova conquista portuguesa, ao tempo em que pede ao rei D. Manuel favores para o genro Jorge de Osório[3] (HABIB, 1994).

[3][...] E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que por me fazer mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d'Ela receberei em muita mercê. Beijos as mãos de Vossa Alteza. Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500. Pero Vaz de Caminha. (HABIB, 1994, p. 3)

A colonização brasileira caracterizou-se por uma cultura extrativista para abastecer os cofres da realeza e da aristocracia portuguesa, como também para enriquecer os aventureiros que dela participavam. Não havia um compromisso ideológico ou moral para constituir uma nação. A cobiça nas riquezas abundantes da nova colônia estimulava a multiplicação dos casos de corrupção nesse período, relacionados principalmente à sonegação de impostos e ao contrabando de mercadorias, em especial de ouro, praticada até mesmo pelos representantes da Igreja. Um dos casos célebres diz respeito à criação da ineficiente Companhia de Comércio do Maranhão, na qual pesos e medidas eram falsificados, os produtos eram de baixa qualidade ou estragados, com preços superfaturados, a produção do governador tinha prioridade na embarcação ao comércio exterior (HABIB, 1994).

Habib (1994) ainda relata talvez o primeiro pedido de cooperação jurídica internacional do Brasil à coroa francesa para que esta adotasse uma medida enérgica, a fim de impedir que os corsários franceses continuassem a saquear os produtos da mais nova colônia. Como restou infrutífera a solicitação real, D. João III de Portugal enviou frotas armadas para defender as costas sul-americanas dos ataques dos contrabandistas europeus.

A cultura extrativista do período colonial, que visava sugar todos os recursos da nação para proveitos particulares, parece permanecer no ideário de muitos agentes públicos e indivíduos brasileiros contemporâneos, mesmo após mais de meio milênio de história. Essa "herança portuguesa" é apontada como causa dos elevados índices de corrupção no Brasil.

Furtado (2015) defende que atribuir à herança portuguesa as mazelas da nossa formação cultural e justificá-la como a principal causa da corrupção brasileira interessa apenas a quem se beneficia das fraudes e dos desvios públicos. Não mais à monarquia ou à aristocracia. Para o autor, as principais causas do atual cenário corrompido residem não na formação moral ou cultural do brasileiro, e sim nas deficiências do sistema jurídico administrativo, desde a vulnerabilidade da legislação vigente às falhas estruturais de diversas entidades administrativas que criam excessos de oportunidades, bem como na certeza da impunidade, que cria incentivos aos atos de corrupção.

O fenômeno da corrupção pode ser analisado sob vários enfoques, como jurídico, religioso, político, filosófico, econômico, desportivos. Dentre os vários critérios para sua definição, este trabalho adotará os critérios legais relacionados ao enfrentamento transnacional da corrupção. Assim, em um sistema normativo jurídico, Hayashi (2015) observa que a lei é que definirá corrupção em determinada realidade cultural e histórica, em razão da diversidade de normas sociais e legais que se modificam no tempo e no espaço. Por isso, o autor esclarece que os tratados internacionais anticorrupção não adotam um conceito unitário do fenômeno em comento, mas indicam as condutas graves que devem ser tipificadas nas legislações internas dos países signatários, como corrupção ativa e passiva, suborno transnacional de funcionários públicos estrangeiros, enriquecimento ilícito, malversação ou peculato de bens públicos.

Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 291) também se afastam de critérios da moralidade para apresentar uma definição de corrupção, sob uma perspectiva de legalidade:

> Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual.

Assim, será a legislação interna de cada país que definirá os contornos das práticas consideradas corruptas por aquele sistema normativo, alinhado aos preceitos estabelecidos em acordos internacionais. Para Hayashi (2015, p. 19), ainda sob o viés normativo, um regime transnacional de combate à corrupção poderá ser entendido na seara do Direito Internacional Público como "o conjunto de atos internacionais multilaterais em matéria de corrupção ratificados e vigentes no Brasil, com suas respectivas medidas transnacionais anticorrupção preventivas e repressivas".

A necessidade de uma agenda mundial de combate à corrupção se estabeleceu a partir da percepção dos malefícios corrosivos que práticas corruptas trazem principalmente às sociedades democráticas, cujas relações se modificaram muito nas últimas décadas em razão dos impactos da tecnologia, especialmente da internet, e da globalização que intensificaram as relações sociais em escala mundial e multiplicaram comunidades transnacionais.

A primeira lei no mundo para combater a corrupção transnacional foi o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) ou Ato Contra Práticas Corruptas no Exterior, criada nos Estados Unidos da América (EUA), em 1977, para criminalizar a conduta de subornar funcionários públicos estrangeiros. Essa iniciativa foi uma resposta aos inúmeros escândalos envolvendo empresas estadunidenses na década de 70, que pagavam subornos em outros países para garantirem o sucesso na competitividade de seus produtos e serviços. Como a prática do suborno era comum nos negócios globais, em seguida ao *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), as empresas norte-americanas experimentaram perdas bilionárias para outros competidores que pagavam propinas, pressionando os Estados Unidos da América (EUA) a convocar os demais países industrializados a estabelecerem a mesma política de combate internacional à corrupção. Na época, poucos países se interessavam em inibir a corrupção, por considerá-la uma questão da política interna de cada soberania e até necessária para viabilizar o comércio estrangeiro em países subdesenvolvidos. Ademais, no contexto da Guerra Fria, a desconfiança sobre as reais intenções dos Estados Unidos da América (EUA), na proposta, inviabilizou o acordo internacional anticorrupção (HAYASHI, 2015).

Após o fim da Guerra fria, os processos de privatização de estatais, a ampliação do comércio internacional, os avanços tecnológicos na comunicação e no processamento de dados e sobretudo a globalização econômica podem ser apontados como fatores que contribuíram para aumentar as oportunidades de práticas corruptas e também para evidenciar os nocivos efeitos sociais, políticos, administrativos e econômicos da corrupção, que justificam a adoção de uma política global de enfrentamento desse fenômeno corrosivo, que passou a ser um dos temas mais importantes nas agendas de organismos internacionais, como Organização dos Estados Americanos (OEA), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização das Nações Unidas (ONU), Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Conselho da Europa (FURTADO, 2015).

Na década de 90, surge um novo paradigma que reconhece a corrupção como um fenômeno mundial que prejudica o desenvolvimento e os investimentos econômicos. O artigo acadêmico de Rose-Ackerman (1978) foi um divisor de águas nessa temática e, sob o título de *Corruption: a study in political economy*, inicia essa vinculação da corrupção como um problema político, econômico e moral que acarreta danos para a democracia e para o desenvolvimento dos países. Duas décadas depois, Palifka e Rose-Ackerman (1999, *online*) definem o fenômeno em comento como "o abuso de um poder confiado para ganho privado" que traz altos custos aos cidadãos e sua interligação com a delinquência organizada transnacional. Como estratégias de enfretamento, enfatizam a criação da organização Transparência Internacional; a centralidade da política anticorrupção na agenda do Banco Mundial; a reforma das instituições políticas e econômicas, com foco na transparência e em rígidos controles internos e externos; e a expansão de políticas internacionais anticorrupção para inibirem o crime organizado e a lavagem de dinheiro.

Nessa perspectiva de que a corrupção atinge negativamente as instituições governamentais, o desenvolvimento, a democracia e os direitos humanos, o Grupo Banco Mundial considera:

> a corrupção um grande desafio para seus objetivos duplos de acabar com a pobreza extrema até 2030 e aumentar a prosperidade compartilhada para os 40% mais pobres das pessoas nos países em desenvolvimento. [...] A corrupção tem um impacto desproporcional sobre os pobres e mais vulneráveis, aumentando os custos e reduzindo o acesso aos serviços, incluindo saúde, educação e justiça. [...] A corrupção erode a confiança no governo e mina o contrato social. Isso é motivo de preocupação em todo o mundo, mas particularmente em contextos de fragilidade e violência, pois a corrupção alimenta e perpetua as desigualdades e o descontentamento que levam à fragilidade, extremismo violento e conflito. A corrupção impede o investimento, com conseqüentes efeitos no crescimento e no emprego. Os países capazes de enfrentar a corrupção usam seus recursos humanos e financeiros com mais eficiência, atraem mais investimentos e crescem mais rapidamente (THE WORLD BANK, 2019, *online*, tradução nossa)[4].

Com o mesmo entendimento, as Nações Unidas sustentam que

> A corrupção é um fenômeno social, político e econômico complexo que afeta todos os países. A corrupção mina as instituições democráticas, retarda o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade governamental. A corrupção ataca a fundação das instituições democráticas distorcendo os processos eleitorais, pervertendo o Estado de Direito e criando atoleiros burocráticos cuja única razão de existir é a solicitação de suborno. O desenvolvimento econômico é atrofiado porque o investimento direto estrangeiro é desencorajado e as pequenas empresas no país geralmente acham

[4]Texto original: The World Bank Group considers corruption a major challenge to its twin goals of ending extreme poverty by 2030 and boosting shared prosperity for the poorest 40 percent of people in developing countries. [...] Corruption has a disproportionate impact on the poor and most vulnerable, increasing costs and reducing access to services, including health, education and justice. [...] Corruption erodes trust in government and undermines the social contract. This is cause for concern across the globe, but particularly in contexts of fragility and violence, as corruption fuels and perpetuates the inequalities and discontent that lead to fragility, violent extremism, and conflict. Corruption impedes investment, with consequent effects on growth and jobs. Countries capable of confronting corruption use their human and financial resources more efficiently, attract more investment, and grow more rapidly.

> impossível superar os "custos iniciais" necessários devido à corrupção (UNODC, 2019c, *online*, tradução nossa)[5].

Sob essa ótica e para auxiliar os países na política mundial anticorrupção, Peter Eigen, antigo responsável pelo Banco Mundial, cria, em 1993, uma importante organização não governamental denominada Transparência Internacional (TI) ou *Transparency International*, sediada em Berlim, na Alemanha. O principal objetivo desta organização é o combate conjunto a esse fenômeno social pelos governos, pelas empresas e pela sociedade civil. Uma de suas ações importantes é mensurar a corrupção em escala transnacional, a partir do estudo de diferentes indicadores em países diversos, do qual resulta a publicação periódica do mais relevante índice internacional da atualidade para medir corrupção pública: o Índice de Percepções da Corrupção ou *Corruption Perceptions Index* (CPI).

Essa movimentação mundial contra a corrupção decorre da percepção de que o fenômeno se constitui em ameaça determinante para o desenvolvimento sustentável das nações, para a estabilidade das sociedades e instituições, para a democracia. Embora se acredite que, em alguma medida, o fenômeno sempre existirá, sua manifestação desenfreada representa uma deterioração dos valores morais de um povo e um consequente perigo à segurança humana e ao estado de direito. Como um câncer mundial, propulsionado pela criminalidade organizada, a corrupção tem se expandido com a globalização e destruído o tecido cultural, jurídico, político e econômico das sociedades, debilitando os órgãos estatais e impondo sofrimento às coletividades, em razão da preponderância dos interesses particulares sobre as necessidades sociais. Tamanha gravidade mobiliza esforços e energias internacionais para combater esse mal onipresente e sistêmico que atinge o desenvolvimento sustentável, os direitos humanos e o funcionamento da democracia, alimentando a exclusão social (PEREIRA, 2017).

Medroni (2017) aponta outros efeitos nefastos da corrupção, pois além de corroer a democracia, causa distorção nos serviços públicos, aplicação desigual das leis, mistura patrimônio público com privado, inflaciona os custos dos negócios privados, destrói a imagem do Governo, acarretando descrença aos cidadãos em relação à imparcialidade e consequente legitimidade das ações estatais. Ademais, a decorrente fragilidade do estado de direito pode construir um Estado não oficial, sob o comando de forças que se oportunizam da fraqueza e da omissão governamental, como ocorre em determinadas regiões do país comandadas pelos senhores do tráfico de drogas.

Diante de tantos riscos, várias iniciativas internacionais foram adotadas nessa política global anticorrupção. Dentre os acordos internacionais ratificados pelo Brasil, cita-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos, de 1996; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a

[5]Texto original: Corruption is a complex social, political and economic phenomenon that affects all countries. Corruption undermines democratic institutions, slows economic development and contributes to governmental instability. Corruption attacks the foundation of democratic institutions by distorting electoral processes, perverting the rule of law and creating bureaucratic quagmires whose only reason for existing is the soliciting of bribes. Economic development is stunted because foreign direct investment is discouraged and small businesses within the country often find it impossible to overcome the "start-up costs" required because of corruption.

Cooperação e Desenvolvimento Econômico, de 1997; a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, conhecida como Convenção de Palermo.

Consciente de que a corrupção prejudica a sociedade de várias maneiras, enfraquece a democracia e o Estado de Direito, reduz a qualidade de vida, retarda o desenvolvimento econômico, desestabiliza a política e ameaça à segurança em geral, as Nações Unidas consideram fundamental combatê-la para construir a paz, proteger os direitos humanos, combater o crime organizado e assegurar o desenvolvimento sustentável.

A Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu, em 2003, o marco global da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), que constitui o "único instrumento anticorrupção universal juridicamente vinculativo"[6] (UNODC, 2019b, *online*, tradução nossa).

Nesse contexto e utilizando as próprias justificativas consignadas no preâmbulo da Convenção de Mérida, a cooperação jurídica internacional constitui importante ferramenta dessa luta:

> Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinqüência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro; Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos; Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela; (UNODC, 2019a, *online*).

3 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: fundamento, conceito, classificação e espécies

O filósofo Jean-Jacques Rousseau já prenunciava uma sociedade de nações em que Estados e indivíduos não podem existir senão em situações de coexistência, respeitados os limites da autonomia individual e da coletividade estatal. Sob esse prisma, os intercâmbios internacionais se desenvolveram em diversas áreas do conhecimento humano, ganhando grande impulso após a Segunda Guerra Mundial, quando as precariedades da destruição forçaram assistências mútuas técnicas e financeiras, notadamente dentro do continente europeu. A integração sócio-política e financeira entre os Estados ganha mais força no final da década de 80 do século XX, com o fenômeno da globalização, que obriga a regulamentação dessas relações para resguardar os interesses institucionais e os dos cidadãos (VERGUEIRO, 2016).

[6]Texto original: The United Nations Convention against Corruption is the only legally binding universal anti-corruption instrument.

Ultrapassa-se a simples visão de interdependência entre as soberanias. A necessidade de regulação jurídica ultra nacionais intensifica a criação de acordos e de organismos internacionais, especialmente com ideias de paz no contexto pós-guerra e com profunda influência na condução dos Estados-Membros. A essa nova realidade de coexistência e de fortalecimento do Direito Internacional, fortemente marcada pela solidariedade, no campo doutrinário, Häberle (2007) chamou de Estado Constitucional Cooperativo aquele que abre mão do monopólio de suas legislações e das interpretações nacionais para convergir para uma doutrina comum de fontes jurídicas internacionais.

Como marco normativo mundial, fundamenta-se a Cooperação Jurídica Internacional na Carta das Nações Unidas, assinada por 50 países, em 26 de junho de 1945, último ano da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de manter a segurança e a paz nacionais (ONU, 2015). Na esfera regional, a Carta da Organização dos Estados Americanos estabelece, em seu artigo 31, o dever de cooperação econômica, social, educacional, cultural, científica e tecnológica entre os Estados da América, para alcançarem o desenvolvimento integral e a consecução dos objetivos nacionais (OEA, 2019).

A expansão progressiva do mercado financeiro, da tecnologia, das relações comerciais e pessoais, no contexto da globalização, propiciou também um incremento considerável da criminalidade transnacional e das impunidades, notadamente nos casos de corrupção. Para enfrentar essa dispersão espacial da criminalidade, os Estados precisaram unir forças, por meio de acordos e de cooperação internacional, jurídica, ou não judiciária, para garantirem mais efetividade à persecução penal, aos instrumentos investigatórios e à redução dos espaços de impunidade.

Os crimes transnacionais, entendidos como "ilícitos com repercussão material e/ou jurídica além das fronteiras de um único Estado" (SOUZA, 2019, p. 31), já existiam desde as piratarias mencionadas nos poemas épicos e nas legislações da Grécia e da Roma antiga. Contudo, a intensificação das relações humanas em escala mundial favoreceu a proliferação da criminalidade transnacional, a partir da segunda metade do século XX, com agentes e provas dispersas em vários territórios. Nesse cenário de intensificação das relações em escala global, a cooperação jurídica internacional tornou-se imprescindível para viabilizar a persecução penal (SOUZA, 2019).

O crime de corrupção, dentre outros, poderá, ou não, ser transnacional para ensejar um pedido de cooperação jurídica internacional, a exemplo do pedido de extradição por corrupção cometida em apenas um Estado. Entretanto, para fins de distinção, a Convenção de Palermo traça as características dos crimes considerados transnacionais:

> a) For cometida em mais de um Estado; b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado. (BRASIL, 2004, *online*)

Na construção de uma justiça penal universal, com jurisdição sobre todo o globo, ampliaram-se os tratados internacionais para normatizar e combater crimes graves de grande repercussão para a humanidade, como o terrorismo, o crime organizado, o tráfico internacional de drogas e de pessoas, a lavagem de dinheiro, dentre outros. Crimes estes que são objetos dos denominados regimes globais de proibição, consubstanciados essencialmente nas Convenções de Viena (1988), de Palermo (2000) e de Mérida (2003), que permitem um enfrentamento mais eficaz da macrocriminalidade, possibilitam uma maior recuperação e repatriação de ativos, e ainda favorecem a cooperação jurídica internacional (ARAS, 2019).

Em conceito amplo, Ramos (2014, p. 164) entende que a cooperação jurídica internacional consiste "no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça".

A soberania dos Estados motiva esse tipo de cooperação, em razão do poder de império um Estado limitar-se aos contornos do seu território, necessitando do auxílio de outro Estado para que suas normas, decisões e solicitações sejam observadas em outro território soberano ou no âmbito de organismos internacionais (RAMOS, 2014).

A Cooperação Jurídica Internacional (CJI), também denominada Cooperação Judicial Internacional ou Auxílio Judicial Internacional ou ainda Cooperação Interjurisdicional, insere-se na zona de transição entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, com maiores características deste último por se tratar de aplicação do direito estrangeiro. A denominação Cooperação Jurídica Internacional é prevalente na doutrina e em textos legislativos. Há quem defenda a autonomia científica da disciplina, por acrescer postulados do Direito Constitucional. Nada obstante, diante do crescente papel dos Tribunais Internacionais em defesa dos direitos humanos, em especial o Tribunal Penal Internacional, fala-se em um Processo Penal Internacional perante as cortes penais internacionais (VERGUEIRO, 2016).

Essas práticas se baseiam principalmente nos seguintes princípios: princípio cooperativo ou da solidariedade internacional, também conhecidos como princípios *pro solicitude ou favor comissionis,* pelo quais todos os países e organismos internacionais devem ser solidários, se não contrariarem a moralidade e as normas internas; princípio da legalidade, orientado notadamente pelos tratados e convenções bilaterais ou multilaterais, que prezam pela tipicidade e pela dupla incriminação; e princípio da reciprocidade, por meio do qual os países prometem reciprocidade futura na ausência de normas internacionais, o que o torna bastante útil para suprir lacunas de legalidade.

Considerando a possibilidade de Cooperação Jurídica Internacional nas esferas civil, criminal, administrativa, policial, aduaneira, pontua-se que o presente trabalho se ocupa de cooperação jurídica internacional em matéria penal, conceituada por Souza (2019, p. 37) como

> O conjunto de medidas adotadas no território de um país com a finalidade de permitir a investigação, o julgamento ou a execução de uma pena, no interesse da jurisdição penal de um Estado estrangeiro ou de uma organização de caráter supranacional.

O referido conceito abrange tanto a cooperação jurídica internacional realizada entre os Estados, num plano de igualdade formal entre as nações soberanas, como a Cooperação Jurídica Internacional entre os Estados-Membros e organismos internacionais, a exemplo do Tribunal Penal Internacional com algum Estado-Membro. Possibilidades estas denominadas respectivamente por Vergueiro (2016) como cooperação jurídica internacional horizontal e vertical.

Quanto a outras classificações, a cooperação internacional poderá ser jurisdicional quando demandar a realização de ato jurisdicional, ou administrativa quando solicitar atos de natureza administrativa ou jurisdicional sem caráter jurisdicional, a exemplo da solicitação de dados cadastrais não sigilosos das partes de um processo. Poderá ser ativa, na perspectiva do Estado que solicita atos cooperativos, ou passiva quando o Estado deve prestar a cooperação. Poderá ser deflagrada por iniciativa do juiz ou da parte que requer providências ou elementos estrangeiros que interessam à sua defesa processual. A cooperação jurídica internacional ainda poderá ser direta quando utilizar mecanismos diretos e imediatos entre as autoridades interessadas, a exemplo do Mandado de Detenção Europeu que circula livremente entre os territórios da União Europeia para captura de pessoas; ou indireta, quando exigir a presença de uma instância intermediária na comunicação entre os Estados, por exemplo quando necessitar de Autoridades Centrais ou da via diplomática para tramitação dos pedidos de auxílio (VERGUEIRO, 2016).

No que tange às vias de comunicação cooperacional, as solicitações ocorrem por via diplomática, via Autoridade Central, via do contato direto, na qual os órgãos interessados se comunicam sem a intermediação do corpo diplomático ou da Autoridade Central e, excepcionalmente, por vias simplificadas, como a via postal ou por qualquer interessado. Além dessas formas de comunicação, há alternativas que buscam desburocratizar e agilizar a cooperação, como pelo uso dos magistrados de ligação (*magistrat de liaison*) e das redes judiciárias de comunicação (*judicial network*) que aproximam as autoridades envolvidas (RAMOS, 2014).

Pela via diplomática, são utilizados os canais diplomáticos e consulares preexistentes que se destinam ao diálogo interestatal permanente. Os pleitos normalmente seguem um longo fluxo entre autoridades solicitantes, corpo diplomático, Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores dos países requerente e requerido, para finalmente chegarem às autoridades competentes para a análise e cumprimento dos pedidos. Também pode ser utilizado o canal consular direto, para legalização de documentos e outros atos notariais. Apesar de econômica, por utilizar uma estrutura já existente, a via diplomática compromete a celeridade e a eficácia da prestação solicitada, tanto que a burocracia na legalização de documentos culminou na Convenção de Haia Relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros, de 1961, que autoriza os signatários a adotarem o rito simplificado da autenticação de documentos públicos por apostila (RAMOS, 2014).

Entretanto, em busca da especialização e de agilidade, a via mais utilizada é a da Autoridade Central, que pode ser uma ou mais em cada Estado, mas obrigatoriamente prevista em tratados internacionais, leis ou decretos. Embora cada Estado seja livre para escolher o órgão que julgar mais conveniente para o encargo, normalmente são indicados o Ministério da Justiça, o órgão máximo do Ministério Público ou ainda órgão do próprio Poder Judiciário. Esse caminho traz as vantagens de dispensar a demorada via diplomática; fortalecer

a especialização do interlocutor de cada Estado, de modo a ampliar a confiança entre os países parceiros (*confidence buildingl*); permite a criação de um banco de dados que identifica falhas ou óbices comuns na tramitação e no deferimento dos pedidos cooperacionais; e favorece uma cultura cooperativa entre as nações (RAMOS, 2014).

No Brasil, há duas autoridades centrais para cooperação jurídica internacional em matéria penal: a Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, para os pedidos entre Brasil e Canadá ou entre Brasil e os países da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP); e o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, para as demais situações.

No que tange aos fundamentos normativos no Brasil, ainda não há uma legislação específica que regule inteiramente essa interação cooperativa do Brasil com os demais Estados, o que torna a legislação brasileira lacunosa sobre a temática, especialmente sobre a assistência jurídica mútua. A Constituição Brasileira, de 1988, tornou a cooperação interetática uma obrigação internacional para o progresso da humanidade e impõe algumas restrições para a extradição. O Código de Processo Penal trata das relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras (arts. 780 a 790); o Código de Processo Civil dispõe sobre rogatórias, auxílio direto e princípios gerais aplicáveis ao processo penal (arts. 26 a 41); a Lei do Tráfico de Pessoas prevê as equipes conjuntas de investigação; a Lei de Migração disciplina a extradição, a transferência da execução de penas e a transferência de pessoas condenadas; dentre outros dispositivos legais esparsos, como as normas infralegais expedidas pelo Ministério da Justiça, pelo Ministério das Relações Exteriores, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Supremo Tribunal Federal (ARAS, 2019).

Quanto aos veículos nos quais transitam os pedidos de cooperação jurídica internacional, Aras (2019) classifica-os em quatro categorias: medidas para cumprimento de atos de comunicação processual; medidas persecutórias que recaem sobre pessoas; medidas para obtenção de provas no exterior; medidas que recaem sobre bens; além de outros meios cooperativos (ARAS, 2019).

As medidas para cumprimento de atos de comunicação processual, como intimações, citações e notificações, ou para obtenção de provas, a exemplo da quebra de sigilo bancário, de inquirições de pessoas, de interceptações telefônicas e de ações controladas, são realizadas no exterior por cartas rogatórias ou por meio de pedidos de auxílio direto ou *Mutual Legal Assistance* (MLA), (ARAS, 2019). A carta rogatória é o meio mais tradicional e formal que as autoridades judiciárias, Ministério Público ou autoridade policial dispõem para solicitar, por via diplomática, atos instrutórios ou probatórios a outras jurisdições estrangeiras e necessariamente vinculados a um processo ou procedimento. No caso brasileiro, após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser o órgão jurisdicional competente para exercer o juízo de delibação sobre as rogatórias, para verificar sua adequação ao ordenamento jurídico interno, aos bons costumes e às regras de soberania, a fim de conceder o *exequatur*, que possibilita o cumprimento dos atos solicitados pelos juízos federais.

O auxílio direto ou *mutual legal assistance* em matéria penal é uma solicitação direta da autoridade estrangeira para um juiz nacional ou para a própria autoridade central, formulada por meio de Autoridades

Centrais para a prática de atos jurídicos, jurisdicionais ou não. Trata-se de um instrumento mais simplificado e célere do que a carta rogatória, por dispensar a via diplomática. Entretanto, Clementino (2016, p. 166) adverte que essa modalidade corre mais risco de incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico, porque "a postulação de interesse do Estado estrangeiro é submetida à jurisdição brasileira, para fins de apreciação de mérito segundo a ordem jurídica brasileira", não se limitando ao juízo de delibação ao qual se submetem as cartas rogatórias.

As medidas persecutórias que recaem sobre pessoas são a extradição, os mandados regionais de captura e entrega, a transferência temporária de pessoas e a transferência de condenados. O pedido de extradição é a solicitação fundada em tratados bilaterais ou multilaterais, leis ou promessa de reciprocidade, que recai sobre a pessoa do investigado, do réu ou do apenado localizado no exterior, para que responda à investigação ou processo criminal (extradição instrutória), e ainda para cumprimento de pena (extradição executória) no Estado requerente. No Brasil, a extradição passiva é decidida pelo Supremo Tribunal Federal, e a extradição ativa pode ser solicitada por qualquer juiz ou tribunal, de ofício ou por provocação do Ministério Público. Em ambas as situações, o trâmite obedece ao percurso diplomático (ARAS, 2019).

Como alternativa simplificada à extradição, criou-se o mandado de detenção europeu ou mandado europeu de captura (*European Arrest Warrant*) de pessoas procuradas que são localizadas no bloco da União Europeia, sem a necessidade de pedido extraditório para entrega da pessoa ao Estado mandante. No âmbito do Mercosul, foi instituído o correspondente Mandado Mercosul de Captura (MMC) com a mesma finalidade. A transferência de condenado tem escopo humanitário, ao permitir que o condenado voluntariamente opte por cumprir a pena privativa de liberdade no seu país de origem, de residência habitual ou de nacionalidade, de modo a favorecer a recuperação do interno e a sua reinserção social. Na transferência temporária de pessoas, a finalidade é probatória e consiste na transferência temporária e voluntária de testemunhas, vítimas, peritos, informantes, investigados ou réus para participar da instrução de processo criminal no Estado requerente. Esta última espécie de cooperação tem sido menos utilizada após as facilidades e a economia apresentadas pelo sistema de videoconferência (ARAS, 2019).

As medidas de cooperação jurídica internacional também podem recair sobre os bens, quando destinadas ao rastreamento, bloqueio cautelar, confisco e repatriação de ativos, com ou sem partilha entre os Estados envolvidos. Há outras medidas cooperativas de natureza processual: a homologação de sentença estrangeira, que constitui procedimento de validação de sentenças proferidas no exterior para que tenha força executiva em território nacional; a transferência da execução penal (*enforcement of foreign judgement*) para outro país, por conveniência estatal, para unificação da pena ou como solução em casos de denegação de pedidos de extradição, mas sempre no interesse do Estado prolator da sentença condenatória e com natureza compulsória, o que a diferencia da voluntária transferência de condenados com fins humanitários; e finalmente a transferência de procedimentos criminais, que será detalhada a seguir.

Entretanto, a relação dos instrumentos de cooperação jurídica internacional não se esgota com as espécies mencionadas. Na constante inter-relação global, surgem novas modalidades, como as equipes conjuntas de investigação ou forças-tarefas, que são equipes constituídas para coordenar a persecução penal transnacional; a cooperação policial transfronteiriça, que permite ações policiais de inteligência, de

perseguição e de vigilância em regiões transfronteiriças; a cooperação direta transfronteiriça, que permite a comunicação direta, sem a necessidade de autoridades diplomáticas ou centrais (ARAS, 2019).

Também há o veículo da informação espontânea que se caracteriza pela disponibilização de informações sobre práticas ilícitas às autoridades do Estado Estrangeiro competente para a persecução penal correlata. Aras (2019) compara essa modalidade a uma *delatio criminis* ou a uma *notitia criminis* transnacional. Outra forma pouco utilizada, em razão do amplo acesso às informações pela internet, é o pedido de informação sobre o direito estrangeiro e nacional. Modalidade que prescinde da intervenção do Poder Judiciário e ocupa suficientemente as Autoridades Centrais para que informem sobre a existência, a interpretação e a vigência de determinadas normas jurídicas.

Tendo em vista que o objeto deste estudo é a transferência de processos criminais, os outros veículos de cooperação jurídica internacional não serão aprofundados neste trabalho, no que pese à utilidade deste sobrevoo inicial sobre o universo da solidariedade jurídica entre as nações para melhor compreensão do tema escolhido, especialmente no contexto da luta contra o fenômeno da corrupção.

3.1 TRANSFERÊNCIA DE PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

A transferência de processos ou de procedimentos criminais (*transfers of proceedings*) "consiste em requerimento para que determinado processo seja remetido a outro Estado, para seu regular desenvolvimento" (RAMOS, 2014, p. 177-178). Segundo a Organização das Nações Unidas (2017), seria um acordo de transferência de responsabilidade para levar seus procedimentos a um país mais adequado para o exercício da competência penal.

Trata-se da hipótese de jurisdição extraterritorial que se traduz na transferência de jurisdição penal a outro Estado, no interesse da Justiça Criminal, por meio da remessa de investigação ou de ação penal para ser processada no Estado requerido (ARAS, 2013). O raciocínio é o mesmo utilizado na doutrina do *fórum non conveniens*, típica dos países de *common law*, que, segundo Ralf (2017), "um juiz poderá declinar do exercício da jurisdição quando o fórum for inadequado [para determinada causa], e um fórum alternativo disponível em outro sistema legal é claramente mais apropriado".[7]

Essa modalidade de cooperação jurídica internacional ainda é pouco difundida no Brasil e não muito utilizada no mundo. Adotada principalmente pelos países de direito romano, a transferência de procedimentos criminais encontra resistência em outros países que possuem uma visão mais tradicional de soberania, pela qual a competência penal está restrita à autoridade soberana do Estado. Contudo, em razão da mundialização e das crescentes taxas globais da criminalidade transnacional, essas concepções tradicionais evoluem progressivamente para a utilização, cada vez mais ampla, desse instituto cooperativo (ONU, 2017), que necessariamente precisa ser apresentado por escrito ao Estado ou aos Estados requeridos.

O objetivo final desse tipo de delegação de jurisdição penal é exatamente a boa administração da justiça, a fim de encontrar a jurisdição igualmente competente e mais adequada, do ponto de vista da política criminal

[7]Texto original: a judge will decline to exercise jurisdiction when the forum is inappropriate, and an available alternative forum in another legal system is clearly better suited than the forum.

transnacional, para garantir melhor produção probatória e mais eficácia na persecução penal; evitar o deplorável *bis in* idem; possibilitar a centralização da apuração de fatos submetidos a múltiplas jurisdições; proteger os direitos das vítimas e dos infratores; favorecer a readaptação ulterior dos delinquentes; e reduzir situações de impunidade. Especialmente quando o investigado ou o acusado localizado no Estado estrangeiro é inextraditável, a exemplo da incidência de norma proibitiva de extraditar nacionais, como previsto no Brasil pelo artigo 5º da Constituição Federal:

> LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; (BRASIL, 1988, *online*)

Um dos fundamentos do instituto relaciona-se com o princípio de direito internacional "extraditar ou julgar" (*aut dedere aut judicare* ou *extraditare vel judciare*), baseado nas premissas de que se não é possível a extradição, transfere-se a ação penal; quando não se obtém a pessoa, remete-se a prova. Além dos casos de extradição frustrada, a transferência de procedimentos criminais se justifica nas situações em que há mais de uma jurisdição competente e, com foco na boa administração da Justiça, remete-se a investigação ou o processo ao Estado que possui melhores condições de tornar a persecução penal mais eficiente (ARAS, 2019).

Essa espécie de Cooperação Jurídica Internacional foi criada pelo Conselho da Europa na Convenção Europeia de Transferência de Processos em Matéria Criminal, de 1972, ainda vigente para os países europeus que não fazem parte da União Europeia, a qual se regula pelos Tratados da União Europeia em matéria de segurança, justiça e liberdade. O instituto também possui previsão na Convenção Europeia de Extradição, de 1957, e na Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 1959.

Inspirada na iniciativa europeia, a Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu o Tratado Modelo sobre Transferência de Procedimentos Criminais, por meio da Resolução nº 45/118, de 1990, que logrou baixa adesão da comunidade internacional, em relação à aceitação da Convenção de Viena, de 1988, da Convenção de Palermo, de 2000, e da Convenção de Mérida, de 2003, que também dispuseram sobre a transferência de procedimentos criminais e foram ratificadas pelo Brasil:

> Artigo 06 [...] 9 Sem prejuízo do exercício de qualquer jurisdição estabelecida em conformidade com seu direito interino, a Parte em cujo território se encontre um suposto delinqüente deverá: a) se não extraditar por um delito estabelecido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 3 pelos motivos mencionados no inciso a) do parágrafo 2 do Artigo 4, poderá apresentar o caso perante suas autoridades competentes para julgá-lo, salvo se houver ajustado outra ação com a Parte requerente; [...] Artigo 8 - As Partes considerarão a possibilidade de remeterem-se processos penais que dizem respeito aos delitos estabelecidos de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 3, quando se estime que essa remissão será no interesse da correta administração da justiça. (BRASIL, 2004 – Convenção de Viena de 1988, *online*)

> Artigo 21 Os Estados Partes considerarão a possibilidade de transferirem mutuamente os processos relativos a uma infração prevista na presente Convenção, nos casos em que

> esta transferência seja considerada necessária no interesse da boa administração da justiça e, em especial, quando estejam envolvidas várias jurisdições, a fim de centralizar a instrução dos processos. (BRASIL, 1991 – Convenção de Palermo, *online*)
>
> Artigo 42 [...] 3. Aos efeitos do Artigo 44 da presente Convenção, cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para estabelecer a jurisdição relativa aos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção quando o presumido criminoso se encontre em seu território e o Estado Parte não o extradite pelo fato de ser um de seus cidadãos.[...] Artigo 47 - Os Estados Partes considerarão a possibilidade de enfraquecer ações penais para o indiciamento por um delito qualificado de acordo com a presente Convenção quando se estime que essa remissão redundará em benefício da devida administração da justiça, em particular nos casos nos quais intervenham várias jurisdições, com vistas a concentrar as atuações do processo (BRASIL, 2006 – Convenção de Mérida, *online*)

Note-se que os dispositivos acima mencionados não impõem a obrigatoriedade, mas a possibilidade da transferência de procedimentos criminais, a fim de ampliar os mecanismos de cooperação eficaz e flexível que permitam a melhor administração da justiça, em especial para evitar impunidades, bem como solucionar conflitos de jurisdição e o problema da existência de múltiplos procedimentos.

Portanto, não se trata da transferência de pessoas ou de provas, mas da renúncia de jurisdição pelo Estado requerente ao Estado ou Estados requeridos, por mais facilidade probatória ou conveniência da persecução criminal em outro país. É uma possibilidade de extraterritorialidade da lei penal, na qual se transfere a responsabilidade pela instrução e pelo julgamento criminal ao Estado requerido, o qual recebe o processo ou o procedimento no estado em que se encontra e dá prosseguimento ao feito segundo suas regras nacionais. Para que seja possível essa delegação de jurisdição ou desaforamento de processo, Aras (2019) adverte sobre a necessidade de existência dos requisitos da dupla incriminação, pela qual os fatos devem configurar crime nos dois países envolvidos, e da competência jurisdicional do Estado receptor sobre as condutas apuradas.

Quando essa delegação jurisdicional ocorrer entre Estados poderá ser nominada de transferência horizontal de procedimentos criminais. Caso o desaforamento ocorra entre organismos internacionais e Estados, haverá transferência vertical de procedimentos criminais. Qualquer uma delas pressupõe a instauração de um procedimento investigativo ou judicial, contra um suspeito conhecido, no Estado ou no organismo requerente, o qual requer a aludida transferência para continuidade das investigações, julgamento ou execução da pena.

Tanto a modalidade ativa como passiva tramitam via autoridade central ou via diplomática. A primeira ocorre por iniciativa do Ministério Público do Estado territorial no qual o crime foi cometido, cujo pedido será apreciado pelo juízo natural, federal ou estadual, de primeiro grau ou tribunal, após ouvir a parte contrária. Na modalidade passiva, o Ministério Público Federal recebe o processo da autoridade central ou das autoridades diplomáticas, podendo ratificar ou adequar a peça acusatória às normas nacionais, na hipótese de ação penal em andamento; oferecer a denúncia com base nas provas já colhidas no estrangeiro; ou impulsionar o aprofundamento das investigações iniciadas. Em qualquer situação, sempre submeterá o procedimento ou a

ação penal ao juízo federal competente, que prestigiará o princípio do aproveitamento dos atos processuais realizados no exterior, desde que respeitados o contraditório, a ampla defesa, os direitos humanos, enfim, as garantias processuais penais mínimas. Na modalidade passiva, o juízo federal brasileiro competente será o da capital do Estado em que o acusado tiver residido por último ou em Brasília, caso nunca tenha residido no Brasil, nos termos do artigo 88 do Código de Processo Penal (ARAS, 2019).

Há várias hipóteses que justificam essa transferência de jurisdição para um processamento mais adequado da causa: quando o suspeito é um residente habitual ou nacional do Estado requerido; o suspeito já esteja cumprindo pena privativa de liberdade no Estado requerido, pela mesma infração ou por outros delitos; quando há conflitos positivos de competência entre dois ou mais Estados para julgar uma mesma infração; diante da necessidade de centralizar múltiplos procedimentos judiciais concernentes aos mesmos fatos criminosos; para garantir a justiça mais próxima das vítimas; quando torna a produção probatória mais eficaz (ONU, 2017).

Ademais, há a hipótese de transferência da responsabilidade pela persecução penal a outro Estado quando este nega a extradição do investigado ou do acusado. O instrumento em comento também poderá ser utilizado quando a pessoa responde pelo mesmo fato em duas ou mais jurisdições e, para assegurar o direito humano à proibição de dupla punição (*ne bis in idem*), um Estado declina de sua jurisdição para o outro que irá assumir o julgamento do caso.

Outras duas hipóteses de incidência da solução processual em estudo referem-se às situações de conexão probatória internacional, quando diversos Estados investigam ou processam a mesma pessoa por fatos diversos, mas a prova produzida em um processo influencia na instrução do outro, o que torna conveniente a centralização das instruções; e de crimes que produzem efeitos em um território, mas as provas se encontram em outro país, de modo que a transferência processual garantirá mais eficiência instrutória.

A princípio, é possível transferir procedimentos relacionados a qualquer crime tipificado nos Estados envolvidos. No entanto, os tratados multilaterais mencionados e os acordos bilaterais impõem determinados requisitos. No plano interno brasileiro, o artigo 7º do Código Penal, que também é aplicável à matéria em estudo, estipula as condições necessárias para a extraterritorialidade da jurisdição brasileira:

> a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável (BRASIL, 1940, *online*).

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (2017) enfatiza que o instituto em estudo deve apresentar fundamentalmente as seguintes condições para que seja processado: ser suscitado sobretudo para os fins da boa administração da justiça; e haver dupla incriminação nos Estados envolvidos, ou seja, o fato constituir crime punível em ambos os territórios, abrangendo a similaridade de excludentes ou de outros fatores objetivos e subjetivos que tornam o ato punível (dupla incriminação concreta). Esclarece que não há

necessidade de idêntica descrição jurídica do crime e das condições incidentes em ambas as legislações, basta que o ato constitutivo da infração seja criminalizado em ambos os Estados para que esteja configurada a dupla incriminação. Também pontua que o Estado requerido poderá estabelecer outras condições adicionais para aceitação do pedido, como a existência de competência para conhecer da infração ou a possibilidade de integral aplicação da legislação nacional ao caso a ser transferido.

Quanto aos motivos da recusa de uma solicitação de delegação de jurisdição, além do previsto no artigo 11 da Convenção Europeia, o artigo 7º do Tratado Modelo da Organização das Nações Unidas sobre transferência de procedimentos criminais, prevê os seguintes óbices ao acolhimento do pleito cooperativo:

> (a)se o suspeito não for nacional ou residente habitual do Estado requerido; (b) se o ato em questão é um crime caracterizado pela lei militar, mas que não represente crime na lei ordinária criminal; (c) se o ato em questão é crime em matéria de impostos, taxas, alfândega ou câmbio; (d) se o crime é considerado pelo Estado requerido como sendo de natureza política (ONUDC, 2016, p. 401, tradução nossa) [8]

O rol não é taxativo, pois o Estado requerido poderá indicar outros motivos previamente estabelecidos, como a ausência de autenticação de documentos, a prescrição do crime, o acusado não ser suscetível de pena privativa de liberdade, o cometimento da infração fora do território do Estado solicitante, contrariedade a obrigações internacionais assumidas pelo Estado requerido, incidência do princípio *ne bis in idem*, e outros relativos à natureza (político, fiscal ou militar) ou à gravidade do crime, a questões de ordem pública, à proteção a direitos fundamentais e aos direitos humanos (ONUDC, 2016).

Para viabilizar o pedido, a solicitação deve reunir todas as informações úteis, devidamente traduzidas para o idioma oficial ou aceito pelo Estado requerido, incluindo as informações relativas aos atos interruptivos da prescrição e à natureza e à extensão das penas aplicáveis. O artigo 3º do mencionado Tratado Modelo da Organização das Nações Unidas orienta quais são os documentos necessários ao pedido de transferência de procedimentos criminais entre Estados:

> a) nome da autoridade requerente; (b) descrição do ato pelo qual a transferência é solicitada, incluindo o momento e o lugar onde a infração foi perpetrada; (c) exposição dos resultados das investigações que confirmam os indícios do crime; (d) disposições legais do Estado requerente sob cujas bases o ato reputado constituir um crime; (e) informações razoavelmente exata sobre a identidade, a nacionalidade e a residência do suspeito (ONUDC, 2016, p. 400, tradução nossa).[9]

[8]Texto original: a) Si le suspect n'est ni ressortissant ni résident ordinaire de l'État requis; b) Si l'acte en question est une infraction au regard de la loi militaire mais non au regard de la loi pénale ordinaire; c) Si l'acte en question est une infraction en matière d'impôts, de droits et redevances, de douane ou de change; d) Si l'infraction en question est considérée par l'État requis comme étant de nature politique.

[9]Texto original: a) Identification de l'instance qui présente la demande; b) Description de l'acte pour lequel le transfert des poursuites est demandé, y compris le moment et le lieu où l'infraction a été perpétrée; c) Exposé des résultats des enquêtes qui confirment le soupçon d'infraction; d) Dispositions de la législation de l'État requérant aux termes desquelles l'acte est réputé constituer une infraction; e) Renseignements raisonnablement exacts sur l'identité, la nationalité et la résidence du suspect.

A Organização das Nações Unidas (2017) também sugere outras informações úteis à avaliação da adequação do pleito: a possibilidade de o suspeito se submeter à pena privativa de liberdade no Estado requerido; local onde se reúnem as provas mais importantes; possibilidade de concentração no Estado requerido de fatos ocorridos em várias jurisdições; possibilidade da oitiva do suspeito pelos Estados envolvidos; vontade e possibilidade de as testemunhas serem ouvidas no Estado requerido; informações sobre a proteção dos interesses das vítimas, notadamente sobre o direito a indenizações; e a probabilidade de melhores condições da execução da condenação e de reintegração da pessoa condenada no Estado solicitado.

Para preservar os direitos dos suspeitos, o Tratado Modelo (ONUDC, 2016) prevê, em seu artigo 8º, a possibilidade de o suspeito, de os parentes próximos ou de os representantes legais serem ouvidos antes da decisão de solicitar a transferência de procedimentos criminais, para que possam expressar seus interesses e opiniões sobre a infração e a transferência em questão, a menos que estejam foragidos ou obstruindo a marcha processual. O Tratado Modelo ainda assegura, em seu artigo 9º, a preservação dos direitos das vítimas, especialmente em relação às restituições, às indenizações e à sucessão de direitos, na hipótese de morte da vítima.

Todos essas nuances devem convergir para o objetivo principal dessa importante modalidade de cooperação jurídica internacional: a boa administração da Justiça. Como bem observa a Organização das Nações Unidas:

> Deve-se ter em mente que é do interesse de uma justiça criminal eficaz garantir, notadamente por meio de instrumentos jurídicos adequados, que os procedimentos penais sejam conduzidos nos Estados-Membros mais bem posicionados, por exemplo no Estado-Membro onde a maior parte da infração foi cometida, onde a maior parte do dano foi sofrido ou em que o suspeito ou o acusado ou as vítimas têm interesses importante. A escolha da jurisdição deve ser feita de forma transparente e objetiva, a fim de garantir a segurança jurídica dos cidadãos, evitar os riscos de violação do princípio *ne bis in idem* e melhorar a cooperação judiciária em matéria penal entre autoridades suscetíveis de exercer uma competência paralela (ONU, 2017, *online,* tradução nossa).[10]

Apresentados os principais aspectos dessa espécie de cooperação jurídica internacional em matéria penal, seguir-se-á com foco no objetivo deste estudo, qual seja, identificar as dificuldades práticas encontradas na transferência de procedimentos criminais entre os Estados e os organismos envolvidos, especialmente no caso Eduardo Cunha.

[10]Texto original: Il convient de garder à l'esprit qu'il est dans l'intérêt d'une justice pénale efficace de garantir, notamment par des instruments juridiques appropriés, que les procédures pénales sont menées dans les États Membres les mieux placés, par exemple dans l'État où la majeure partie de l'infraction a été commise, où la plus grande partie du dommage a été subie ou dans lequel le suspect ou l'accusé ou les victimes ont des intérêts importants. Le choix de la juridiction doit être effectué de manière transparente et objective afin de garantir la sécurité juridique des citoyens, d'éviter les risques de violation du principe ne bis in idem et d'améliorer la coopération judiciaire en matière pénale entre les autorités susceptibles d'exercer une compétence parallèle.

Para ilustrar a pesquisa, será analisado, a seguir, o estudo do caso emblemático de transferência de procedimento criminal da Suíça ao Brasil, realizado em 2015, para apuração de crimes cometidos pelo ex-deputado Eduardo Cunha, a fim de identificar quais os desafios que encontramos na contemporaneidade no manejo dessa importante estratégia de boa administração da justiça, porém ainda pouco utilizada no sistema penal transnacional.

4 DIFICULDADES NA TRANSFERÊNCIA DE PROCEDIMENTOS PENAIS

Durante a Conferência das Nações Unidas contra a criminalidade organizada, ocorrida em Viena, entre os dias 9 e 13 de outubro de 2017, na oitava reunião do grupo de trabalho sobre cooperação internacional, foi apresentado um quadro internacional das considerações práticas, das boas práticas e dos problemas encontrados no domínio da transferência de procedimentos criminais, com o objetivo de promover o compartilhamento e a discussão sobre as boas ações e as dificuldades encontradas no âmbito da cooperação internacional em matéria penal.

O aludido grupo de trabalho da Organização das Nações Unidas (2017) reconheceu que a utilização dessa modalidade cooperativa ainda não é tão disseminada quanto a extradição e a assistência jurídica mútua, e que a Convenção Europeia sobre Transferência de Processos em Matéria Criminal é mais analítica do que o mencionado Tradado Modelo. Aponta alguns problemas decorrentes da prática da modalidade em estudo e sugere caminhos para contornar as dificuldades. Um dos problemas cruciais relatado é saber se a existência de um tratado bilateral ou multilateral é condição essencial para a pretendida cooperação. A Organização das Nações Unidas entendeu que a preexistência de convenção internacional não é imprescindível, embora desejável, o que permite o uso das promessas de reciprocidade entre os Estados envolvidos. No entanto, enfatiza que a legislação do Estado requerido deve ser aplicável ao infrator.

Outra recomendação normativa da Organização das Nações Unidas (2017) diz respeito à importância de legislação interna que contenha disposições relativas à modalidade de cooperação jurídica internacional em comento, sobretudo quanto às regras de operacionalização da solicitação e de competência para processar e julgar os feitos recebidos, bem como acerca da obrigatoriedade de processamento das causas aceitas. Na prática, os países são flexíveis em relação à base jurídica para a transferência de procedimentos criminais. A maioria dos países que participavam da conferência reconheceu não ter legislação nacional sobre a temática nem estar vinculada a qualquer instrumento jurídico internacional que lhes servisse de lastro legal. Alguns países confessaram que aceitavam as transferências de procedimentos por meros acordos informais, reafirmando a prescindibilidade de lei específica para a delegação de jurisdição.

No Brasil, não há uma lei específica sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal. Fato apontado como um ponto falho que traz vários impasses que dificultam as práticas cooperativas entre os Estados. No que pese à prescindibilidade de legislação interna, é incontestável a sua utilidade para padronizar e fortalecer os atos de cooperação, além de tornar o trâmite mais fluido.

Outro assunto relacionado ao instituto em análise que costuma suscitar inquietações na ordem internacional diz respeito aos prazos prescricionais e aos seus efeitos. Na perspectiva do Estado requerente, um pedido de

transferência de procedimentos criminais impede o solicitante de instaurar processos criminais pelas mesmas infrações em questão, salvo para a prática de atos acautelatórios e conservatórios dos elementos de prova. Caso o Estado requerido não aceite o pedido ou a aceitação seja anulada, o direito à persecução penal retorna ao Estado requerente, e o prazo prescricional continua a correr entre as datas da solicitação e a da possível negativa pelo Estado requerido. Para evitar prejuízos à persecução penal estatal, a mencionada Convenção Europeia prevê, em seu artigo 22, que as demandas de transferência procedimental implicarão automaticamente a prorrogação, por mais seis meses, dos prazos prescricionais no Estado requerente (ONU, 2017).

Na perspectiva do Estado requerido, se o demandado já é competente para processar e julgar o caso, em virtude de sua legislação interna, são aplicáveis os seus prazos prescricionais, o que possibilita a rejeição de um pedido em razão da prescrição ocorrida segundo as leis do Estado requerido. Agora, se a competência baseia-se exclusivamente em tratado (jurisdição subsidiária), a Convenção Europeia prevê, em seu artigo 23, a prorrogação por mais seis meses do prazo de prescrição e, no artigo 26, § 2º, que qualquer ato interruptivo prescricional validamente ocorrido no Estado requerente tem os mesmos efeitos no Estado requerido e vice-versa (ONU, 2017).

O citado grupo de trabalho da Organização das Nações Unidas (2017) também pontua a existência de dificuldades relacionadas ao cumprimento de requisitos procedimentais, como regras prescricionais divergentes e inexistência de dupla incriminação; à ideia de privação do julgamento por seu "juiz natural"; e à mitigação do poder soberano do Estado de julgar seus cidadãos. No entanto, a conclusão é no sentido da necessidade de fortalecimento de um sistema cooperativo mais estruturado, formal e previsível para harmonizar e padronizar as práticas existentes, como idealizado pelo Tratado Modelo para as transferências de procedimentos criminais. Além do treinamento das autoridades competentes e a criação de diretrizes jurídicas operacionais pela Organização das Nações Unidas, o grupo de trabalho também sugere ao Estado solicitante estabelecer contatos preliminares com o Estado requerido, por meio de e-mail, telefones ou videoconferências, a fim de proceder aos ajustes necessários que garantam clareza, eficiência procedimental e consequentemente o aumento das chances de sucesso da demanda.

4.1 O EMBLEMÁTICO CASO DO EX-DEPUTADO BRASILEIRO EDUARDO CUNHA

O presente estudo de caso diz respeito a uma das raras transferências de procedimento criminal enviada ao Brasil, especialmente no contexto do combate à corrupção, por crimes de ações transnacionalmente relacionadas ao ocultar e lavar no exterior dinheiro resultante de esquema criminoso iniciado no Brasil. No que pese ao inquérito e às demais ações derivadas estarem protegidos pelo segredo de justiça, provavelmente em virtude da proteção ao sigilo bancário, as decisões publicadas foram suficientes para o estudo ora desenvolvido, uma vez que trazem a síntese dos questionamentos concernentes à delegação de jurisdição ocorrida.

Trata-se do caso paradigmático do acusado ex-deputado Eduardo Cosentino da Cunha, que à época exercia o cargo de deputado federal e conduzia a presidência da Câmara dos Deputados, pela prática dos crimes de corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º, do Código Penal), de lavagem de dinheiro (art. 1º, V, na redação

anterior à Lei nº 12.683, de 2012, e § 4º da Lei nº 9.613, de 1998), de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492, de1986) e de omissão ou declaração falsa em documento eleitoral (art. 350 da Lei nº 4.737, de 1965).

O Brasil e a Suíça tinham investigações simultâneas devido à remessa pelo investigado de ativos decorrentes do recebimento de propinas a contas bancárias suíças vinculadas a *trusts* e a empresas *offshores*. Na Suíça, as investigações eram conduzidas pelo Ministério Público suíço; no Brasil, pela Procuradoria-Geral da República, dentro da operação Lava Jato, especialmente relacionadas aos desvios de dinheiro da Petrobrás. Na hipótese, as práticas criminosas se iniciaram no Brasil e finalizaram na Suíça.

Em razão da impossibilidade constitucional de extradição do ex-deputado Eduardo Cunha, por ser brasileiro nato, e para evitar espaços de impunidade ou o risco de dupla punição (*ne bis in idem*), a Suíça solicitou a transferência de sua jurisdição para o Brasil julgar o caso, por meio de um conjunto de ações coordenadas e baseadas numa legislação suíça, de 1980, sobre delegação da persecução penal, bem como no artigo 47 da Convenção de Mérida, com o intuito de concentrar os elementos de prova no fórum considerado o mais adequado à boa administração da justiça: a justiça brasileira, o local da residência fixa do investigado inextraditável.

Na sequência, a Procuradoria-Geral da República ofereceu denúncia contra o acusado no Supremo Tribunal Federal, no bojo do Inquérito nº 4.146/DF, em virtude da prerrogativa de foro conferida ao parlamentar na época, nos seguintes termos essenciais:

> EDUARDO CUNHA, na Suíça e no Brasil, mais especificamente no Rio de Janeiro e em Brasília, no ano de 2010, em data incerta, até maio e junho de 2011, solicitou e recebeu, para si e para outrem, direta e indiretamente, no exercício de sua função como parlamentar e em razão dela, vantagem indevida, no valor de CHF 1.311.700,00 (um milhão, trezentos e onze mil e setecentos francos suíços) – correspondente a R$ 5.286.151,00 reais - recebidos a partir da conta Z203217, no Banco BSI, da offshore
> ACONA INTERNATIONAL INVESTMENTS LTDA (ACONA), valores estes recebidos indevidamente pela atuação do denunciado EDUARDO CUNHA na aquisição, pela PETROBRAS, de um campo de petróleo em Benin, país da região ocidental da Africa, da companhia Compagnie Beninoise des Hydrocarbures Sarl […]. Ademais, EDUARDO CUNHA, na Suíça, mas a partir do Brasil, entre 31 de maio de 2011 até 11 de abril de 2014, de maneira reiterada, ocultou e dissimulou a natureza, origem, localização, disposição, movimentação e propriedade dos valores recebidos a título de propina (CHF 1.311.700,00), provenientes do crime contra a Administração […]. Segundo se apurou, IDALECIO DE OLIVEIRA era o proprietário de um bloco petrolífero em Benin, na África. Visando vendê-lo para a PETROBRAS, contratou, ainda em 2007, os serviços do lobista JOÃO AUGUSTO REZENDE HENRIQUES, ex-funcionário da PETROBRAS, visando, assim, 'facilitar' e 'abrir as portas' desta empresa estatal. Em verdade, JOÃO AUGUSTO REZENDE HENRIQUES era o responsável por cobrar e receber a propina referente aos negócios da Diretoria Internacional da PETROBRAS - propina essa necessária para a realização dos negócios nesta Diretoria - e repassar aos políticos do PMDB responsáveis pela indicação e

> manutenção de JORGE ZELADA no cargo de Diretor Internacional, dentre eles o denunciado EDUARDO CUNHA (BRASIL, 2016a, *online*).

A transferência deu ensejo a questionamentos no Supremo Tribunal Federal e posteriormente na Seção Judiciária do Paraná, para onde foi enviada a ação penal e demais procedimentos relacionados, em virtude da perda do foro privilegiado decorrente da cassação do mandato de Eduardo Cunha pela Câmara dos Deputados, por meio da Resolução nº 18, de 12 de setembro de 2016, em razão de conduta incompatível com o decoro parlamentar.

Na esfera de sua competência penal originária, o Supremo Tribunal Federal resolveu os questionamentos levantados no campo da cooperação jurídica internacional, realizada entre o Brasil e a Suíça, e decidiu pelo recebimento parcial da denúncia, nos seguintes termos:

> Ementa: [...] 2. A tradução para o vernáculo de documentos em idioma estrangeiro só deverá ser realizada se tal providência se tornar absolutamente "necessária", nos termos do que dispõe o art. 236 do Código de Processo Penal. 3. A transferência de procedimento criminal, embora sem legislação específica produzida internamente, tem abrigo em convenções internacionais sobre cooperação jurídica, cujas normas, quando ratificadas, assumem status de lei federal. Exsurgindo do contexto investigado, mediante o material compartilhado pelo Estado estrangeiro, a suposta prática de várias condutas ilícitas, nada impede a utilização daquelas provas nas investigações produzidas no Brasil, principalmente quando a autoridade estrangeira não impôs qualquer limitação ao alcance das informações e os meios de prova compartilhados, como poderia tê-lo feito, se fosse o caso. É irrelevante, desse modo, qualquer questionamento sobre a dupla tipicidade ou o princípio da especialidade, próprios do instituto da extradição. [...] 6. Afigura-se suficiente ao recebimento da denúncia a existência de fartos indícios documentais que demonstram que o acusado teria ocultado e dissimulado a origem de valores supostamente ilícitos, mediante a utilização de meios para dificultar a identificação do destinatário final, por meio de depósitos em contas vinculadas a "trusts". 7. A existência de elementos indiciários que indicam a plena disponibilidade econômica sobre os ativos mantidos no exterior, ainda que em nome de trusts ou empresas offshores, torna imperativa a admissão da peça acusatória pela prática do crime de evasão de divisas. [...] 9. Denúncia parcialmente recebida, com exclusão somente da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 2016b, *online*).

Por ocasião do julgamento da apelação criminal no caso em análise, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu sobre os seguintes pontos relacionados à modalidade de cooperação jurídica internacional em estudo:

> [...] 2. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. Nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos presentes autos, "*a transferência de procedimento criminal, embora sem legislação específica produzida internamente, tem abrigo em convenções internacionais sobre cooperação jurídica, cujas normas, quando ratificadas, assumem status de lei federal. Além das Convenções citadas no precedente ('Convenção das Nações*

> *Unidas contra o Crime Organizado Transnacional' - Convenção de Palermo, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015, de 12.03.04, e 'Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção' - Convenção de Mérida, de 31.10.03, promulgada pelo Decreto 5.687, de 31.01.06), há, relativamente à República Federativa do Brasil e à Confederação Suíça, o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal, aprovado pelo Decreto 6.974, de 7.10.2009, como também a previsão do art. 4U do Tratado de Extradição entre Suíça e Brasil, de 23.7.1932, internalizado pelo Decreto 23.997, de 13.3.1934*."
> 3. A quebra de sigilo bancário determinada diretamente por autoridades Suíças, inclusive sem qualquer pedido brasileiro para tanto, rege-se pelas normas helvéticas. Não cabe pretender conferir efeitos extraterritoriais à legislação brasileira para questionar a validade de atos jurídicos praticados naquele país com base em sua própria legislação. Cada Estado soberano tem suas peculiaridades para a autorização da quebra de sigilo e não se verifica, no caso, qualquer violação a direitos humanos fundamentais e universais na produção dessa prova.
> 4. As previsões de tratados internacionais contemplam várias formas de colaboração, dentre as quais inexiste uma vedação *a priori* à utilização da integralidade do material probatório espontaneamente compartilhado por autoridades estrangeiras quando o próprio Estado remetente não limita a remessa integral de processos como forma de colaboração ou mesmo a forma de sua utilização pela autoridade brasileira. Hipótese em que inaplicáveis regras específicas de extradição a respeito da dupla incriminação (ESTADO DO PARANÁ, 2017, *online*).

O recurso especial interposto dessa apelação criminal não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. Aguarda-se a apreciação do recurso extraordinário interposto. Quanto ao foco deste trabalho, tanto no recebimento da denúncia como no julgamento da apelação criminal do caso Eduardo Cunha, as dificuldades apresentadas dizem respeito à necessidade de tradução dos documentos estrangeiros, à ausência de legislação brasileira específica sobre a transferência de procedimentos criminais, ao uso integral de provas compartilhadas e produzidas sob a égide de outra legislação, bem como à ausência de dupla incriminação.

Antes de iniciar o cotejo entre as posições adotadas pelos nossos tribunais e as orientações da Organização das Nações Unidas e das convenções internacionais aplicáveis aos problemas levantados, pontua-se que as Convenções de Viena (1988), de Palermo (2000) e de Mérida (2003) apenas preveem a possibilidade da transferência de procedimentos criminais, não detalhando as inúmeras dificuldades encontradas na prática. Portanto, embora o Brasil seja signatário de todos esses tratados multilaterais mencionados, será no Tratado Modelo e nas deliberações do grupo de trabalho da Organização das Nações Unidas, anteriormente citados, e na Convenção Europeia sobre a temática que encontrará orientações sobre uma variedade de questões. Esta última convenção, embora inaplicável diretamente ao Brasil, serve como reforço argumentativo das soluções adotadas nas práticas europeias.

A tradução de todos os documentos para o idioma oficial ou aceito no Estado requerido constitui-se em uma das medidas necessárias indicadas pelo artigo 3º, § 2º, do Tratado Modelo sobre Transferência de Procedimentos Criminais da Organização das Nações Unidas (ONUDC, 2016). No entanto, se a finalidade é permitir a comunicação entre as soberanias envolvidas, e o Estado solicitado dispensa a tradução, não

parece razoável impor uma condição que o beneficiário julga dispensável, nos termos do artigo 236 do nosso Código de Processo Penal e como bem ponderado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016b).

Quanto à exigência de lei específica nacional para possibilitar a transferência de procedimentos criminais, conforme exposto anteriormente como um dos principais pontos de discussão nos debates internacionais, o grupo de trabalho da Organização das Nações Unidas sobre o tema e a prática internacional consideram desejável a existência de lei nacional específica, mas não requisito essencial. Aliás, muitos dos Estados praticantes confessaram que nem sequer possuem vínculos por instrumentos internacionais regentes, quer tratados bilaterais ou multilaterais, sobre a espécie em comento, delegam a jurisdição por meros acordos informais, "desde que exista uma prática, uma medida ou um acordo que preveja a possibilidade de transferência de procedimentos penais" (ONU, 2017, *online*, tradução nossa)[11]. A tendência é que, com a ampliação do uso do instituto e da internacionalização do direito, haja mais leis nacionais específicas nos Estados aderentes à prática da delegação de jurisdição.

Malgrado a desnecessidade de lei específica, os citados acórdãos reforçam que, além de o Brasil ser signatário das Convenções de Viena (1988), de Palermo (2000) e de Mérida (2003), todas recepcionadas no Brasil com o status de lei federal, ainda existem tratados bilaterais entre o Brasil e a Suíça em matéria de cooperação jurídica penal internacional, para complementar as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal brasileiros. Também nesse ponto os acórdãos analisados estão alinhados ao entendimento da comunidade internacional.

Outro impasse apresentado no caso em estudo diz respeito à utilização integral das provas compartilhadas e produzidas sob a normatização da legislação suíça. Na ausência de disposição legal sobre a validade das provas compartilhadas em cooperação jurídica internacional, imperam os princípios da boa-fé e da confiança mútua entre os Estados, de modo que uma prova produzida sob a égide constitucional do Estado remetente goza de presunção de legitimidade no Estado para o qual a prova foi remetida, a não ser que viole frontalmente os direitos humanos, que servem como referência jurídica universal.

Incide também o princípio do aproveitamento dos atos processuais praticados na ordem jurídica estrangeira, que são aproveitados na jurisdição de destino no estado processual em que se encontrar, desde que produzidos em observância ao contraditório e à ampla defesa. Diante da possibilidade de divergências normativas entre os países cooperantes, o devido processo legal é aferido pela harmonia das normas processuais do Estado originário com garantias internacionais mínimas de direitos humanos, dispostas em especial no Pacto Internacional de Direitos Civis, de 1966, no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, e na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (ARAS, 2019).

De outro modo, essas provas trazidas do exterior podem ser comparadas àquelas produzidas na fase policial ou administrativa investigatória, que não necessariamente se submetem ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Nem por isso são ilegítimas se podem ser apreciadas sob o auspício da ampla defesa e do

[11]Texto original: [...] tant qu'il existe une pratique, une mesure ou un arrangement qui ménage la possibilité de transférer les procédures pénales.

contraditório da ação penal correspondente. Na prática brasileira, o Ministério Público Federal, ao dar impulso a um procedimento criminal recebido de outro país, apresenta nova denúncia ou pode ratificar a denúncia já apresentada no Estado remetente e doravante zelar pela adequação do processo ao ordenamento jurídico nacional.

No caso Eduardo Cunha, acertadamente os acórdãos analisados autorizaram a utilização integral das provas por ser descabida a exigência de extraterritorialidade da lei brasileira à produção de elementos probatórios na Suíça. Se os atos foram validamente praticados no Estado requerente, a exemplo da quebra de sigilo bancário, e não infringiram direitos humanos basilares, não há razão para a automática mitigação dos seus efeitos quando impera o princípio da confiança recíproca no direito internacional. Ainda mais pelo fato de que esses elementos de prova serão totalmente submetidos ao crivo inicial do Estado requerido e depois das partes.

Na situação em análise, a jurisprudência bem pontuou que a Suíça poderia ter restringido o uso da prova compartilhada e não o fez. Por exemplo, poderia ter autorizado a prova apenas para os fins probatórios do crime de corrupção e de lavagem de dinheiro, mas não para o delito de evasão de divisas, já que esse último tipo de crime brasileiro não é tipificado no ordenamento suíço, pois não haveria dupla incriminação. O interessante é que se o Brasil tivesse solicitado as provas à Suíça, configurando pedido de cooperação ativa, a requerida ficaria obrigada a impor a cláusula da especialidade, e as provas não poderiam ser utilizadas para o crime de evasão de divisas.

Contudo, os acórdãos mencionados divergem da orientação da Organização das Nações Unidas (1990 e 2017) no sentido de que o requisito da dupla incriminação incide não apenas nos pedidos de extradição, mas também nas solicitações de transferência de procedimentos criminais. No entanto, no caso Eduardo Cunha havia dois crimes que atendiam ao critério de dupla incriminação: corrupção e lavagem de dinheiro. Suficientes para a remessa do procedimento iniciado na Suíça. A questão crucial está relacionada à extensão dessas provas a outros delitos não coincidentes, mas que por ser cooperação passiva, na perspectiva do Brasil, o remetente optou por não restringir a prova.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transferência de procedimentos criminais, apesar de pouco utilizada no âmbito da cooperação internacional, revela-se de suma importância para evitar espaços de impunidade; garantir mais eficácia à persecução penal; permitir uma melhor administração da justiça; evitar dupla punição; resolver conflitos de competência; solucionar a punição de inextraditáveis; e fortalecer os laços de solidariedade entre as nações, principalmente nos crimes contra a corrupção e outros correlatos, no atual cenário de expansão crescente da criminalidade e da necessidade de combate transnacional às organizações criminosas.

Nas práticas internacionais, os problemas mais recorrentes dizem respeito à inexistência de base jurídica previamente estabelecida pelos Estados cooperantes, apesar da maioria dos Estados se valerem de promessas de reciprocidades ou de meros acordos informais; ao conflito de disposições jurídicas e dos prazos prescricionais dos Estados envolvidos, prevalecendo as normas do Estado requerido; à ausência de

legislação interna sobre transferência de procedimentos criminais, o que impede uma melhor regulamentação e operacionalização da matéria; a recusa de solicitações por falta de atendimento aos requisitos necessários, nem sempre claros e precisos, por isso a forte recomendação para que as Nações Unidas estabeleçam normas gerais de procedibilidade e facilitem o contato entre as soberanias interessadas.

Outros pontos também foram identificados como problemáticos nas práticas de delegação de jurisdição penal: a inexistência de dupla incriminação, embora não se exija a idêntica descrição jurídica do fato criminoso em ambos os ordenamentos jurídicos em cotejo, sendo o suficiente que o fato seja incriminado nos países envolvidos; a ideia de privação do julgamento pelo "juiz natural" e de afronta à soberania estatal na transferência da responsabilidade pelo julgamento penal dos fatos ocorridos em seu território, pensamentos que vêm sendo superadas pelo avanço das concepções de soberania e de cidadania global na contemporaneidade.

Diante do estudo apresentado, além das mencionadas dificuldades gerais que o instituto apresentada no cenário internacional, desenvolvidas no transcorrer do trabalho, infere-se do estudo de caso que as principais dificuldades encontradas no âmbito da transferência de procedimentos criminais, na prática brasileira, estão relacionadas à ausência de uma lei específica e analítica sobre cooperação jurídica internacional, à convalidação das provas produzidas no exterior, às circunstâncias de cabimento do princípio da especialidade e aos critérios de configuração do requisito necessário da dupla incriminação.

A fim de superar os problemas apontadas, especialmente no âmbito da realidade brasileira, torna-se muito útil a formulação de uma legislação específica sobre transferência de procedimentos criminais, que permita um maior detalhamento das condições procedimentais; da valoração das provas compartilhadas, em consonância com o respeito aos direitos humanos e fundamentais; da aplicação do princípio da especialidade; e das condições mínimas para a configuração do requisito inafastável da dupla incriminação, em alinhamentos com os parâmetros fixados pela Organização das Nações Unidas.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Direito probatório e cooperação jurídica internacional. In: A prova no enfrentamento da macrocriminalidade. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 423-469.

ARAS, Vladimir. Jurisdição extraterritorial e competência criminal federal. Blog do Vlad, 2013. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2013/11/05/jurisdicao-extraterritorial-e-competencia-criminal-federal/. Acesso em: 2 out. 2019.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. vol. 1. 11. ed. Trad. Carmen C. Varriale et tal. Brasília, DF; Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 jun. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 fev. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4146/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavaski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 setembro 2016a. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESCLA%2E+E+4146%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/pj4qwuy. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4146/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavaski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 junho 2016b. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11786520 Acesso em: 2 out. 2019.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Cooperação jurídica internacional penal-tributária e transnacionalidade. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5051606-23.2016.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 novembro 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9065204&termosPesquisados=IDUwNTE2MDYyMzIwMTY0MDQ3MDAwIA==. Acesso em: 2 out. 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABIB, Sérgio. Brasil: quinhentos anos de corrupção - Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

HAYASHI, Felipe Eduadro Hideo. Corrupção: combate transnacional, compliace e investigação criminal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

ONU. Assembleia das Nações Unidas. Resolução 45/118. Tratado modelo de transferência de procedimentos criminais. 1990. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Considérations pratiques, bonnes pratiques et problèmes rencontrés dans le domaine du transfert de procédures pénales, forme distincte de coopération internationale en matière pénale. Viena, 2017. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2017/V1705659_F.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. ONU News. Carta da ONU faz 70 anos e Ban pede “maior cooperação entre nações. Brasil, 2015. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2015/06/1516631-carta-da-onu-faz-70-anos-e-ban-pede-maior-cooperacao-entre-nacoes. Acesso em: 29 set. 2019.

PALIFKA, Bonni J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption and government: causes, consequences and reform. 2.ed. Cambridge, EUA: Cambridge University Press, 2016.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RALF, MICHAELS. Foundations Jurisdiction. In: BASEDOW, Jürgen et tal. Encyclopedia of Private Internacional Law. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 1.043-1.051.

RAMOS, André de Carvalho. Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo direito internacional privado. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs.). Cooperação Jurídica Internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 163-180.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption: a study in political economy. New York, EUA: Academic Press, 1978.

SOUZA, Isaac Barcelos Pereira de. Equipes conjuntas de investigação na cooperação jurídica internacional em matéria penal. Salvador: JusPodivm, 2019.

THE WORLD BANK. Combating Corruption. Understanding poverty. Washington, EUA. Disponível em: https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption. Acesso em: 29 set. 2019.

UNODC. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Brasília, Brasil. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 29 set. 2019a.

UNODC. OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE E LE CRIME. Recueil des règles et normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale. New York, 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/F_Ebook.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

UNODC. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. United Nations Convention against Corruption. Viena, Áustria. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html. Acesso em: 29 set. 2019b.

UNODC. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. UNODC's Action against corruption and economic crime. Viena, Áustria. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/index.html?ref=menuside. Acesso em: 29 set. 2019c.

VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro. Cooperação jurídica internacional vertical: civil e criminal. São Paulo: Quartier Latin, 2016.