

conceito jurídico

ano II | dezembro de 2018 | nº 24



José Matias-Pereira

Economia e política: Em debate as mudanças e reformas do governo Bolsonaro **Pág. 6**



**zakarewicz**
editora



Cooperação, instrumentos negociais e combate à corrupção: uma equação necessária



ENFOQUE

Allan Titonelli Nunes

Coalizão ou cooptação
entre os Poderes?



TENDÊNCIAS

Átila Melo Silva

Arbitragem tributária e
seus desafios



CONTEXTO

Fabrício Rebelo

Legítima defesa: direito
individual em benefício coletivo

ASSINE

conceito jurídico

*À frente dos grandes
temas jurídicos*



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: Equipe ZK

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO



zakarewicz
editora



Feliz 2019

SUMÁRIO

11

PAINEL
ECONÔMICO

Novo contexto de inflação e taxa de juros no Brasil?

Gilberto Borça Jr. e
Fabio Giambiagi

14

DIREITO E
BIOÉTICA

Administração de medicamentos em crianças durante o horário letivo

Fernando Machado Bianchi

17

PROPOSTAS E
PROJETOS

Coworking e segurança da informação. Cuidados necessários no novo formato produtivo

Renato Opice Blum

20

CIEÊNCIA JURÍ-
DICA EM FOCO

Montando uma Coleção de Arte – Aspectos Jurídicos a serem observados

Anna Carolina Soares Bermudes

25

PAINEL DO
LEITOR

As vítimas ocultas de João de Deus

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

28

DESTAQUE

O gênero do holerite no Brasil

César Muñoz Acebes

30

CAPA

Cooperação, instrumentos negociais e combate à corrupção: uma equação necessária

Nicolao Dino

41

CAPA

Corrupção: prevenção e tratamento punitivo à luz do Direito e do Processo Penal

Rogério Greco e
Paulo Cesar de Freitas

69

CAPA

Comentários à Lei Anticorrupção brasileira nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

Graziela Gonçalves Silva Jurado

86

CAPA

Contra a cleptocracia há uma revolução em curso. Vamos mais fundo!

Luiz Flávio Gomes

94

VISÃO
JURÍDICA

Acesso às comunicações do “blackberry messenger”: uma análise sobre a legalidade

Eduardo Luiz Santos Cabette e
Francisco Sannini Neto

97

IN VOGA

Mais Médicos, mais polêmica

Sandra Franco

100

ENFOQUE

Coalizão ou cooptação entre os Poderes?

Allan titonelli Nunes

102

DIREITO
COMPARADO

O que temos a aprender com o Uruguai

Rômulo de Andrade Moreira

106

DIREITO
EMPRESARIAL

Política de tratamento de dados pessoais: empresas precisam elaborar as suas

Márcio Cots e Ricardo Oliveira

109

TENDÊNCIAS

Arbitragem tributária e seus desafios

Átila Melo Silva

112

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

UPG – Horizonte jurídico-político no século XXI

Emerson de Aguiar Souza

120

CONTEXTO

Legítima defesa: direito individual em benefício coletivo

Fabricio Rebelo

122

GESTÃO DE
ESCRITÓRIO

Perspectivas para o mercado jurídico em 2019 e além

José Paulo Graciotti

125

CONJUNTURA

A recuperação “voo de galinha”

Thiago de Moraes Moreira

128

GESTÃO
EMPRESARIAL

Governança Corporativa: mecanismos para conformidade e valorização das empresas

Marina Dissenha

130

PORTAL
JURÍDICO

Introducing myself! As razões de um innocent confesso

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

134

DOCTRINA

Alteração de participações societárias – Isenção concedida pelo Decreto-Lei nº 1.510/76 – Revogação pela Lei nº 7.713

Ives Gandra da Silva Martins e Rogério Vidal Gandra Martins

144

PONTO
DE VISTA

O planejamento tributário 2019 e o compliance fiscal

Morvan Meirelles Costa Junior



POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

ARQUIVO PESSOAL

Economia e política: Em debate as mudanças e reformas do governo Bolsonaro

José Matias-Pereira é professor-pesquisador associado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Universidade de Brasília. Economista e advogado, é doutor em Ciência Política (UCM-Espanha) e pós-doutor em Administração pela FEA/USP. É autor dos livros: 'Finanças Públicas', 'Administração Pública', entre outros.

CONCEITO JURÍDICO – *Para cumprir as suas promessas de campanha para reorganizar a economia presidente eleito Jair Bolsonaro pretende implementar diversas reformas estruturais, com destaque para reforma tributária. Que mudanças estão sendo debatidas na área tributária? Elas são factíveis?*

MATIAS-PEREIRA – Constata-se, tendo com referência os recentes pronunciamentos feitos pelo presidente eleito, Jair Bolsonaro, que o seu governo terá como principais prioridades a adoção de medidas de austeridade fiscal; diminuição do tamanho do Estado, e realização das reformas estruturais. Dentre essas reformas estruturais deve-se destacar a relevância da reforma tributária, visto que a complexidade e multiplicidade de legislações e competências tributárias da União,

estados e municípios e a falta de neutralidade do nosso sistema tributário se apresenta como um forte obstáculo ao crescimento.

Assim, faz-se necessário implementar um sistema de tributos indiretos neutro e simples, com vista a racionalizar o sistema tributário, visando elevar a eficiência econômica. Isso exige a adoção de mudanças para desonerar os investimentos produtivos, acabar com as distorções do comércio exterior que prejudicam a produção nacional; promover a simplificação e a desburocratização, para reduzir de forma significativa os custos de cumprimento das obrigações tributárias; acabar com as distorções que afetam os investimentos, entre outras medidas.

Nesse sentido vejo como oportunas as três principais propostas que estão sendo analisadas pela equipe de transição no campo tributário, com vista a serem implementadas no próximo governo, conforme divulgadas pela imprensa. Essas propostas estão divididas em: substituição de impostos federais por um imposto sobre movimentação financeira, criação de um Imposto sobre Valor Agregado (IVA) e simplificação tributária.

No caso específico da substituição de cinco a onze impostos e contribuições federais por uma alíquota única sobre movimentação financeira, sendo que o número de tributos eliminados iria depender da alíquota, a ideia seria eliminar tributos que incidem sobre o consumo e a produção, como IPI e PIS/Cofins. Na sua essência a proposta não pretende aumentar a carga tributária. Por sua vez, seria mantida a tributação sobre a renda, como o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

É importante lembrar, porém que o enfrentamento do governo Bolsonaro para recompor as contas públicas, que foram profundamente desorganizadas nos governos lulopetistas, vão exigir as reformas estruturais que o Brasil necessita, como é o caso das reformas do sistema tributário e da previdência social. Assim, entendo que as mudanças no sistema tributário são essenciais e urgentes para permitir a elevação da eficiência da economia, o que justificaria a sua implementação a partir de 2019.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais os efeitos da Independência do Banco Central para a economia do país?*

MATIAS-PEREIRA – O debate sobre a independência ou subordinação do Banco Central aos poderes políticos estabelecidos é um tema complexo e instigante, tanto do ponto de vista teórico como técnico. Observa-se que, a independência do Banco Central consta do plano de governo do presidente Bolsonaro, denominado de “O Caminho da Prosperidade”. Destaca-se nessa proposta a previsão de mandatos fixos para os diretores, com metas de inflação e métricas claras de atuação. Registre-se que a função precípua do Banco Central é o controle da inflação no país. Tem a responsabilidade de regular a quantidade de moeda na economia que viabilize a estabilidade de preços, bem como cuidar da estabilidade financeira, regulando e supervisionando as instituições financeiras. No cumprimento do seu papel de autoridade monetária ele tem a prerrogativa de fixar a taxa básica de juros da economia (taxa Selic).

É oportuno lembrar que, na maioria dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), clube que reúne os países mais desenvolvidos do mundo, os bancos centrais são independentes, em particular dos países que adotam metas de inflação. Para o cumprimento de sua função precípua (controle

da inflação), no meu entendimento, é essencial que a autoridade monetária não receba pressões políticas que interfira na adoção da decisão mais adequada ao controle dos preços, e para que isso não ocorra é necessário que a instituição seja independente. Assim, além de evitar possíveis interferências políticas nas decisões de políticas monetárias, a independência do Banco Central contribui para elevar o nível de credibilidade da instituição e do país junto ao mercado interno e externo.

CONCEITO JURÍDICO – *A redução do número de ministérios, proposta por Bolsonaro, é uma medida importante para a melhoria da qualidade da gestão e da redução dos gastos públicos?*

MATIAS-PEREIRA – A fusão de ministérios, proposta por Bolsonaro, em princípio, teria um impacto positivo na sociedade no que se refere a sinalização do governo de que estaria adotando medidas de austeridade para reduzir os gastos públicos. Entendo, porém, que essas mudanças são insuficientes. Para mudar o quadro atual das deficiências na gestão pública no país é necessário a implementação de uma reforma profunda da administração pública.

O governo Bolsonaro vai precisar ficar bastante atento para as mudanças que os cidadãos esperam de seu governo no campo da gestão pública. É evidente o desejo da maioria dos eleitores brasileiros – expressada nas urnas – por mudanças profundas na forma de gestão do Estado, com destaque para as exigências de mais ética na política, combate à corrupção e melhores serviços públicos. Essas expectativas irão exigir transformações significativas nas relações entre o Estado e a sociedade e nas formas tradicionais de administração do bem público. Para esse contingente expressivo da população é inadmissível a continuidade do modelo patrimonialista de gestão que prevaleceu nos últimos anos, que levou ao crescente aumento da máquina governamental, sem critérios técnicos, dos gastos públicos, entre outras. Esses desvios, além de afetar o desempenho da administração pública, provocando desperdícios e facilitando desvios e corrupção.

A reforma do aparato administrativo do Estado, diante do cenário atual da administração pública no Brasil, é uma medida necessária, com vista a torná-lo mais democrático, mais eficiente, eficaz, efetivo e capaz de atender adequadamente os usuários dos serviços públicos. É relevante alertar que a refundação da administração pública é um processo de extrema complexidade, que demanda profundos e detalhados estudos. Ela tem como principal justificativa a imperiosa necessidade do governo de atender por meio da administração as crescentes demandas da sociedade com serviços públicos de qualidade, reduzir gastos, implementar e avaliar políticas públicas, elevar a transparência, além de promover e estimular investimentos em setores estratégicos, criando as condições para a retomada do processo de desenvolvimento sustentável do Brasil.

CONCEITO JURÍDICO – *O presidente eleito disse que pretende usar para a privatização de estatais um modelo semelhante ao aplicado para a Embraer, em que o governo detém direitos sobre a empresa, como poder de veto em determinadas decisões, mesmo depois que ela é vendida, a “golden share”. Esse modelo pode ajudar a viabilizar a venda das estatais?*

MATIAS-PEREIRA – A redução da intervenção do Estado na economia é um fenômeno mundial, que foi concretizado por meio da privatização de empresas estatais. Prevaleceu, no entanto, a preocupação de diversos países em manter o controle

de certas áreas econômicas estratégicas. As *Golden Shares* ou ações de ouro foram utilizadas pelo Reino Unido, na década de 1980, após uma crise de financiamento do Estado que levou aquele país a repassar suas companhias para à iniciativa privada. Foi uma forma de privatizar as empresas, sem perder o controle das mesmas. Diversos países adotaram esse modelo, como por exemplo, a França, Itália, Alemanha, Bélgica, Portugal, Espanha, México e Brasil.

Assim, o Brasil, para garantir a ordem econômica e a segurança nacional, seguindo o desenvolvimento do direito internacional, optou pela utilização de ações de classe especial, as *Golden Shares* ou ações de ouro. Registre-se que o termo *Golden Shares* está presente no direito empresarial brasileiro, no artigo 17, § 7º da Lei das Sociedades Anônimas, tratada como ação de classe especial detida pelo poder público, utilizadas, em especial, quando do desfazimento do controle acionário de empresa com participação estatal, de forma a manter-se o controle desta empresa sem necessariamente haver a titularidade de mais de 50% das ações. Elas garantem a manutenção do poder público em atividades monopolizadas e normalmente se diferenciam das outras pelo poder de veto, além de outras prerrogativas asseguradas ao sóciodesdetentor. A União é detentora de Golden Shares da Vale, da Embraer e do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB).

A privatização ou mesmo a extinção da grande maioria das empresas estatais, no meu entendimento, é uma medida necessária, para reduzir custos e por fim ao uso indevido dessas empresas para atender interesses de partidos políticos e pessoais, que leva a desperdícios e a corrupção, como revelado pela Operação Lava Jato. Mesmo nos casos das empresas que se enquadram em áreas estratégicas, entendo que é factível privatização, desde que seja utilizado o modelo das Golden Shares para garantir o seu controle pelo Estado.

CONCEITO JURÍDICO – *Como a economia e a inflação vão se comportar em 2019? A inflação pode ser um complicador para o governo Bolsonaro?*

MATIAS-PEREIRA – Acredito que o crescimento econômico e a taxa de inflação em 2019, em princípio, deverão ficar dentro das previsões feitas pelo Banco Central e pelo Fundo Monetário Internacional: crescimento do PIB de 2,5% e uma inflação de 4,20%.

O FMI prevê uma expansão de 2,4% no Produto Interno Bruto (PIB) em 2019, e para a inflação estima que será de 4,2% em 2019, em decorrência da alta dos preços dos alimentos. O Boletim Focus do Banco Central estima que a expansão da economia deverá ser de 2,50% em 2019, e que a inflação também subirá para 4,20% no próximo ano. Recorde-se que a meta central em 2019 é de 4,25%, e o intervalo de tolerância do sistema de metas varia de 2,75% a 5,75%.

Em síntese, as projeções do comportamento da inflação indicam que ela não será um problema para o governo Bolsonaro em 2019.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual é a importância da realização da reforma da Previdência para a reorganização das finanças públicas do país?*

MATIAS-PEREIRA – É sabido que o envelhecimento da população, que virá logo após o fim do bônusdemográfico, irá impactar nos gastos previdenciários, que vão aumentar mais do que a arrecadação. Dessa forma, a consolidação fiscal é uma prioridade-chave para o Brasil, com destaque para a necessidade do equacionamento dos déficits da previdência para garantir a sustentabilidade fiscal.

É importante atentar para a dimensão dos déficits previdenciários ocorridos nos últimos anos e as suas projeções para os próximos anos. O déficit de 2017 foi de R\$ 182,45 bilhões no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o equivalente a 2,8% do Produto Interno Bruto. Ele foi superior ao déficit de 2016, de R\$ 149,73 bilhões, ou seja, o aumento do déficit de um ano para o outro foi de 21,8% no regime geral. A despesa cresce em ritmo mais alto que arrecadação, assim, o déficit cresce de forma expressiva em termos reais, bem como em proporção do PIB.

O regime próprio de Previdência Social, dos servidores públicos e militares, teve um déficit em 2017 de R\$ 86,349 bilhões, aumento de 11,9% em relação a 2016, que apresentou um déficit de R\$ 77,151 bilhões. Considerando os dois regimes, o próprio e o geral, a Previdência acumulou um déficit em 2017 de R\$ 268,799 bilhões. A previsão é que as contas da Previdência Social registrem um rombo total de R\$ 308 bilhões em 2019, dos quais R\$ 218 bilhões são do Regime Geral e o restante R\$ 90 bilhões, do Regime Próprio.

Considerando que as estimativas desses déficits para os próximos anos são pouco animadoras, torna-se relevante alertar que, mantida essa evolução o cumprimento da regra do teto de gastos, que limita o crescimento das despesas públicas aos números da inflação, se torna inviável, visto que não é factível se promover cortes dessas grandezas nos gastos não obrigatórios. Assim, entendo que a reforma da Previdência, bem como a reforma tributária, são medidas urgentes e essenciais que o governo Bolsonaro precisará realizar para viabilizar os esforços para equilibrar as contas públicas.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais os efeitos das mudanças que estão sendo propostas para o Mercosul? Elas são necessárias?*

MATIAS-PEREIRA – É preciso reconhecer que o Brasil obteve avanços com o Mercosul na expansão da atividade industrial, em especial a do setor automobilístico. Por sua vez, fica cada vez mais evidente que, além da necessidade de uma maior integração com os países do acordo da Aliança do Pacífico, é preciso promover a sua revisão em algumas áreas sensíveis para reorientá-lo para o mercado global, notadamente no agronegócio, energia e modernização de infraestrutura.

Com o início do governo Bolsonaro, acredito que poderá haver mudanças significativas no Mercosul, pois a tendência é que o Bloco deixe de ser uma prioridade para o novo governo. Essas mudanças, deve-se registrar, já são aguardadas pelos demais países que integram o Mercosul: Argentina, Paraguai e Uruguai (a Venezuela está suspensa), que esperam que não ocorra rompimento ou prejuízos ao bloco econômico. Em que pese as restrições feitas pelo futuro ministro da Fazenda de Bolsonaro ao Mercosul, o presidente eleito ressaltou recentemente que a mudança no Mercosul será para evitar o “viés político” nas negociações.

Outro tema que diz respeito ao Bloco são as negociações para um acordo de associação entre o Mercosul e a União Europeia. Essas negociações com a UE, que já se arrastam há 18 anos, pouco avançaram. As discordâncias a respeito da indústria automobilística e ao acesso aos mercados de produtos como a carne bovina, o açúcar e os produtos lácteos tem se mostrado insuperáveis, o que me permite prever que se trata de um acordo de difícil concretização. ❏

Novo contexto de inflação e taxa de juros no Brasil?

■ POR GILBERTO BORÇA JR. E FABIO GIAMBIAGI

“A chave do sucesso da economia brasileira no próximo governo estará na combinação de reformas e retomada do crescimento com liderança do investimento. Para isso, o comportamento dos juros no futuro será chave. Se a agenda de reformas for retomada, a tendência é que isso se reflita na queda do juro real de longo prazo que tipicamente se observa em países com economias estáveis.”



Durante o período de 2005 a 2018, a meta de inflação do regime brasileiro foi definida em 4,5% ao ano. Nos cinco primeiros anos, o regime funcionou “by the book”, com a inflação oscilando em torno desse nível e o Banco Central (BC) reagindo quando a taxa se afastava desse patamar. A inflação anual média do período foi de 4,7% ao ano. Já entre 2010 e 2014, no contexto do pós-crise internacional, o BC se manteve no intervalo superior de tolerância das metas inflacionárias, que era de 2 pontos percentuais. Dessa forma, a inflação anual média situou-se em 6,1% ao ano. Depois veio o “tarifaço” de 2015 e a troca de comando do Banco Central em meados de 2016, dando início à gestão atual.

Passada essa fase, no momento atual, parece haver condições de que a economia apresente, nos próximos anos, taxas de juros relativamente baixas, sem maiores pressões inflacionárias. Tal fato está condicionado, evidentemente, a que em 2019 não haja sobressaltos significativos no cenário internacional, e que a economia brasileira se beneficie dos efeitos da retomada do ciclo de reformas iniciado em 2016, com destaque para a aprovação de uma reforma previdenciária relevante.

Uma avaliação preliminar permitiria imaginar que a queda notável da inflação em 2017, quando o IPCA variou apenas 2,95%, se deveu ao comportamento da rubrica de alimentação no domicílio, cuja deflação foi 4,9%. Sem negar a relevância desse fenômeno, o objetivo deste artigo é argumentar que as raízes do processo desinflacionário brasileiro podem ser mais profundas. Ressalta-se a importância de cinco pontos:

i) A queda das taxas de inflação tem sido generalizada, atingindo não somente a inflação cheia, mas também a média das sete medidas de núcleos disponibilizadas pelo BC, que, entre 2016 e 2017, desacelerou de 6,2% para 3,2%, e nos últimos 12 meses completados em novembro continuou cedendo, atingindo 2,8%;

ii) A inflação na margem, mesmo após algum repique em função da greve dos caminhoneiros de maio/2018, continua em trajetória benigna. O gráfico mostra a média das sete medidas de núcleo de inflação em bases trimestrais anualizadas e livres de influências sazonais. Nota-se que, até maio de 2018, os valores ficaram abaixo do piso de 3%, atingindo, posteriormente, a meta de 4,5% por conta dos efeitos temporários da paralisação. No entanto, nos últimos meses, seu arrefecimento sinaliza a volta dos núcleos para os níveis inferiores ao piso da meta inflacionária, atingindo também 2,8% em novembro de 2018;

iii) Todas as medidas de hiato do produto (diferença entre o produto efetivo e seu potencial) disponíveis, conquanto divergentes em relação ao seu nível, apontam para uma ampla ociosidade, variando de -3,7% (cálculo do Ipea) até -6,4% (cálculo da Instituição Fiscal Independente) no 2º trimestre de 2018. Para o 3T/2018, estimativa mais recente disponível, feita pelo economista Braulio Borges da LCA Consultores e do Ibre-FGV, aponta para um hiato de -5,93% (Valor de 03/12/2018). Há, portanto, um largo espaço para recuperação da economia, sem que surjam pressões inflacionárias no futuro imediato. Além disso, todos os sinais emitidos pelo mundo real apontam, mesmo de acordo com os mais otimistas, para uma retomada ainda morna para 2019, a qual mesmo que atinja o

ritmo de 2,5% a 3%, não será capaz de eliminar por completo a ociosidade existente na economia;

iv) A adoção do novo regime fiscal no Brasil, a partir de 2016, impõe o congelamento do gasto público, em bases reais, por um período de pelo menos 10 anos. Se efetivamente o teto de gasto for respeitado da maneira como vigora hoje, a razão entre gasto público e o PIB tende a ter uma trajetória declinante, permitindo uma queda duradoura da taxa de juros real de equilíbrio da economia brasileira;

v) Por fim, a nova diretriz do crédito direcionado, que passou a ter uma expansão bem mais comedida, atua no sentido de arrefecer a demanda agregada da economia, reduzindo de maneira estrutural a taxa de juros real de equilíbrio da economia.

O corolário desse conjunto de fatores já começa a ser capturado pelo mercado. Em meados de dezembro de 2017, a mediana do Boletim Focus sinalizava que a Selic começaria a aumentar a partir de dezembro de 2018, desde o nível de 6,75%, e que já em abril de 2019 alcançaria o patamar de 8%. Hoje, passada as incertezas que pairavam na economia em função da disputa eleitoral, as projeções para a Selic indicam um patamar mais baixo (6,50%) e sua manutenção nesse nível por um longo período de tempo, atingindo 8% apenas em janeiro de 2020 (Boletim Focus de 30 de novembro de 2018).

Nosso palpite é que esse movimento tende a se manter. Em breve, é possível que a mediana de mercado comece a apontar para uma Selic estável ao longo de todo ano de 2019. Aliás, já há importantes integrantes de mercado com essa perspectiva.

Em suma, há movimentos tectônicos acontecendo, aos quais convém prestar atenção. A dinâmica da inflação parece ter mudado no Brasil e, nesse novo regime, o juro neutro pode ser mais baixo. Assim, não se deve descartar um cenário no qual manter a política monetária em terreno estimulativo para acelerar a recuperação da atividade possa estar associado a novos cortes na taxa básica de juros.

Se a inflação, expurgada de elementos aleatórios e sazonais, está “taxiando” abaixo do piso da meta inflacionária, e as expectativas de IPCA continuam favoráveis, a questão que se coloca é: que fatores farão com que a inflação de 2019 seja pressionada em relação à de 2018, em um contexto de hiato elevado e inércia jogando a favor? Está difícil enxergá-los.

A chave do sucesso da economia brasileira no próximo governo estará na combinação de reformas e retomada do crescimento com liderança do investimento. Para isso, o comportamento dos juros no futuro será chave. Se a agenda de reformas for retomada, a tendência é que isso se reflita na queda do juro real de longo prazo que tipicamente se observa em países com economias estáveis.

Dessa forma, a economia brasileira pode estar diante de uma nova realidade, na qual há condições de termos um regime de inflação e juros baixos de maneira duradoura. 

ARQUIVO PESSOAL



GILBERTO BORÇA JR. é mestre em Economia pela UFRJ e Gerente de Conjuntura Macroeconômica do BNDES.

ARQUIVO PESSOAL



FÁBIO GIAMBIAGI é economista chefe do BNDES.

Administração de medicamentos em crianças durante o horário letivo

■ POR FERNANDO MACHADO BIANCHI



Muito se tem discutido sobre a eventual obrigação de escolas, professores e agentes públicos de ensino quanto à administração de medicamentos em alunos durante o horário letivo. Num panorama geral,

a questão envolve, de um lado, o direito fundamental à saúde dos alunos e, de outro, o risco e as responsabilidades atrelados à administração dos medicamentos. Por se tratar de valores tão relevantes, a solução deve passar por uma análise minuciosa de todos os elementos envolvidos nessa relação, sobretudo porque não há uma legislação específica sobre o tema.

Em todo caso, é importante destacar a necessidade de se desestimular a automedicação e o uso indiscriminado de drogas em crianças e adolescentes.

Pois bem.

Por um lado, é evidente que os alunos têm direito a receber tratamento medicamentoso durante o horário letivo de acordo com o ordenamento jurídico vigente. É o que se conclui pela interpretação de alguns dispositivos legais, como, por exemplo: O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que garante o direito à saúde à criança e ao adolescente; o artigo 53, VII, do ECA, que trata do direito à educação e prevê a assistência à saúde durante as atividades escolares; a Lei nº 9.394 de 1996, que trata das Diretrizes da Educação Nacional, estabelecendo como uma das finalidades da educação infantil “complementar as ações de família”; a Lei Orgânica do Município de São Paulo, cujo artigo 201, §5º, estabelece que o atendimento de saúde poderá se dar durante o horário escolar se necessário.

“Não obstante a ausência legislativa da obrigação dos agentes públicos na administração de medicamentos à alunos durante o horário letivo, o direito de receber saúde, aí considerado o tratamento medicamentoso, existe e pode ser exigido mediante a aplicação das respectivas medidas judiciais.”

A questão deve atender também princípios constitucionais na Administração Pública relativos a solidariedade (art. 3º. I da CF), que exprime cooperação e igualdade na afirmação dos direitos fundamentais, (direito à saúde) na relação entre o poder público e o particular e entre particulares. Da moralidade (art. 37 da CF), por meio do qual o agente público deve atender aquilo que a sociedade em determinado momento considera eticamente e moralmente aceito. E da eficiência (art. 37 da CF), segundo o qual o agente público deve realizar ato eficiente para obter resultado desejável pela sociedade.

E, não menos importante nas questões que envolvem o tema, temos o artigo 5º do ECA, que prevê que a criança não sofrerá afronta aos seus direitos fundamentais, inclusive por “omissão”.

Contudo, apesar de legalmente previsto, assegurar o direito dos alunos a receberem medicação pode encontrar alguns óbices. Isso porque, à luz do princípio constitucional de legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, os agentes públicos, inclusive os de ensino, só podem fazer o que é expressamente determinado por lei. E, nesse sentido, não existe lei que obrigue escola, professores e outros agentes públicos de ensino a administrarem medicação em alunos, apenas algumas normas municipais que autorizam essa conduta.

De fato, a título exemplificativo, a Portaria nº 1.692/05, da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, autoriza as escolas a administrarem medicamento desde que haja expressa autorização dos pais e respectiva prescrição médica, não obrigando os agentes a fazê-lo – tanto que na hipótese de insuficiência estrutural ou técnica, estabelece que os pais o façam - o que não resolve o problema em razão da impossibilidade desses, diante de suas atividades laborais, onde sucessivas ausências, pode ensejar possíveis demissões.

“Autorizar” não significa, pois, “obrigar”!

Por isso, a administração de medicamentos é uma faculdade do gestor do estabelecimento de ensino que se sinta apto a fazê-lo. Vale ressaltar que grande parte dos gestores, ainda que autorizados e sentindo-se aptos a administrar medicamentos, são reticentes em adotar tais medidas em razão da responsabilidade civil e criminal atreladas a eventual erro culposos que possa ensejar algum tipo de dano ao aluno, assim como pela ausência de treinamento técnico.

Esse receio dos gestores, contudo, não pode se sobrepor ao direito dos alunos, ainda que não haja estrutura técnica e/ou capacitada nas escolas públicas.

Aliás, cabe ressaltar a manifesta omissão legislativa, no tocante a adequação da “autorização” para “obrigação” de administração de medicamentos, o que impõe a edição de legislação que altere o “poder”, em “poder dever”, por parte da administração pública.

De todo modo, é perfeitamente possível o manejo de ação judicial contra o Estado para que seja viabilizado o direito à saúde no ambiente escolar, através da disponibilização, junto a instituição de ensino Pública, de profissional de saúde capacitado para administração de medicamento, ou, ainda, treinamento de agente público da instituição de ensino às respectivas competências.

Portanto, não obstante a ausência legislativa da obrigação dos agentes públicos na administração de medicamentos à alunos durante o horário letivo, o direito de receber saúde, aí considerado o tratamento medicamentoso, existe e pode ser exigido mediante a aplicação das respectivas medidas judiciais.

Importante destacar, ainda, que a mesma conclusão se aplica às escolas particulares, cujo impacto prático é menor em vista do interesse privado de manutenção de alunos, o que tem motivado a instalação de enfermagens e a contratação de profissionais capacitados. 



FERNANDO MACHADO BIANCHI é sócio fundador do Miglioli e Bianchi Advogados e especialista em Direito da Saúde.

***Coworking* e segurança da informação.** **Cuidados necessários no novo formato produtivo**



■ POR RENATO OPICE BLUM

“Embora haja discussões a respeito da natureza do negócio jurídico em questão (*coworking* é prestação de serviços? locação? modalidade de hospedagem?), fato é que o tema despontou no Legislativo, culminando na elaboração do PL 8.300/2017, da Câmara Federal. No âmbito das prefeituras, fiscos locais já se movimentaram para o assunto, com a criação de regras para tratar de seus detalhes tributários.”

Após popularização na Europa e Estados Unidos, é inegável que o processo produtivo através do despojado formato de *coworking* também vem encontrando aderência no Brasil. Com procura especial por startups, profissionais autônomos e novos empreendedores, relatos indicam que o ambiente coletivo favorece a inovação, conexão com o mercado e ganho ímpar em termos de interação diversificada entre profissionais. Logo, não é de se admirar que estes espaços tenham atraído a atenção de grandes corporações, sendo cada vez mais frequentes notícias de migração experimental de departamentos inteiros para tais locais.

Além dos aspectos filosóficos, é evidente que a questão financeira explica boa parte do crescimento de postos de *coworking* por aqui. Ainda sob os efeitos da crise econômica e suas consequências sobre o mercado imobiliário, contratar pacotes de serviços de apoio de escritório com disponibilização de estações de trabalho provou-se opção viável para o profissional manter um endereço comercial adequado e, ao mesmo tempo, reduzir os custos com infraestrutura.

A franca expansão do trabalho à distância, incentivado por regras objetivas reforçadas na recente reforma trabalhista, igualmente pode ser considerada determinante para o crescimento do *coworking* no Brasil.

Embora haja discussões a respeito da natureza do negócio jurídico em questão (*coworking* é prestação de serviços? locação? modalidade de hospedagem?), fato é que o tema despontou no Legislativo, culminando na elaboração do PL 8.300/2017, da Câmara Federal. No âmbito das prefeituras, fiscos locais já se movimentaram para o assunto, com a criação de regras para tratar de seus detalhes tributários.

Sendo o trabalho em *coworking*, portanto, tendência irremediável, resta-nos saber se há riscos neste modelo e quais os cuidados jurídicos a serem observados.

Em primeiro lugar, a própria contratação do acesso ao ambiente e serviços precisa ser clara. Embora a maioria de contratos com esta finalidade seja de adesão, é altamente aconselhável que as partes contratantes descrevam, em minúcias, quais os serviços estão englobados no pacote contratado (recepção, telefonista, cessão de baia, de endereço), bem como a descrição completa das providências de segurança relacionadas à infraestrutura física (câmeras, alarmes, identificação plena dos usuários) e tecnológica (Wi-fi, impressoras, locação de hardwares, etc). As regras gerais do Código Civil podem nortear a elaboração do instrumento contratual. Porém, dependendo do tipo de usuário, pode ficar configurada relação de consumo, com a respectiva aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, se a adoção de medidas para implementar a segurança física do local de trabalho não é tarefa das mais complexas, não se pode dizer o mesmo com relação à segurança da infraestrutura tecnológica disponível. O compartilhamento de Wi-fi, por exemplo, somado à exposição de informações sensíveis dos usuários através das comunicações veiculadas em locais compartilhados, certamente devem ser considerados pontos de máxima preocupação.

Como se sabe, nos atuais tempos em que dados valem ouro, o uso desatento da tecnologia em lugares abertos pode frustrar os melhores projetos. Embora o crime de concorrência desleal pela divulgação de segredos profissionais seja

necessariamente doloso, indenizações por danos causados pelo vazamento negligente de informações empresariais podem ser pleiteadas em juízo. Neste sentido, o Marco Civil da Internet (MCI) e a recente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) são excelentes fontes para direcionar as condutas mínimas de segurança a serem adotadas. Em termos de normas técnicas, citamos as relevantes ABNT NBR 27001 e 27002.

É de se observar inclusive que, embora o MCI estabeleça de forma cabal apenas a obrigação do administrador de sistema autônomo de conexão (provedor de conexão) e dos provedores de aplicações em guardar os registros de acesso, é importante que proprietários de rede Wi-fi, similarmente, detenham meios técnicos para identificar os usuários conectados em determinado dia/hora (sem monitoramento de conteúdo, obviamente). Tal providência visa resguardar o titular da assinatura da Internet contra eventuais problemas jurídicos de responsabilização civil (*culpa in vigilando*) pela prática de ilícitos por terceiros através da sua rede disponibilizada, conforme vem decidindo os tribunais brasileiros.

Ademais, se no relacionamento entre as partes houver coleta/tratamento de dados pessoais, o controlador dos dados deverá atentar-se para a transparência dos procedimentos com o cliente, assim como a obtenção do necessário consentimento, seguindo, para tanto, todas as regras específicas de segurança previstas da LGPD.

Nesta linha, ao lado do contrato, a criação de regulamento exclusivo para tratar do uso das ferramentas de TI oferecidas via coworking pode ser interessante e, como demonstrado acima, até mesmo imprescindível no caso de prestação de certos serviços (conexão, aplicações, coleta de dados, etc).

Em se tratando de empresas com empregados alocados em estações coletivas, a ostensiva e comprovada cientificação dos colaboradores sobre as normas de segurança dos dados movimentados em teletrabalho também é mais do que indicável. Isto engloba saber quais estratégias deverão ser aplicadas (VPN, criptografia, uso de pacote de dados privado para acesso à Internet, proibição de impressão, etc) e como estas devem ser utilizadas.

Aliás, nestes espaços, não só a robustez das ferramentas de proteção tecnológica deve ser estudada, mas ainda, a própria postura dos usuários deve ser trabalhada.

Deste modo, além das questões técnicas, o bom e velho treinamento em segurança (especialmente sobre técnicas de engenharia social) não pode ser dispensado, seja dentro da empresa, nos trabalhos em *home-office* ou *coworking*. Afinal, embora os formatos de prestação de serviços sejam hoje diversificados, de nada adianta guardar o tesouro no cofre se a chave ficar pendurada do lado de fora.

Em conclusão, quando se fala em *coworking*, privacidade e confidencialidade, em seus múltiplos aspectos, devem ser fatores indissociáveis de empenho, tanto por parte do proprietário do local, como de seus usuários. 



ARQUIVO PESSOAL

RENATO OPICE BLUM é Mestre pela Florida Christian University, advogado e economista; Professor coordenador dos cursos de Direito Digital e Proteção de Dados do INSPER; Juiz do Inclusive Innovation Challenge do MIT - Massachusetts Institute of Technology; Presidente da Associação Brasileira de Proteção de Dados - ABPDados; Membro da diretoria da Technology Law Association.

Montando uma Coleção de Arte – Aspectos Jurídicos a Serem Observados

■ POR ANNA CAROLINA SOARES BERMUDES

“A declaração correta e pormenorizada do acervo assegura juridicamente a procedência e justifica futuros ganhos financeiros. Em muitos casos, a criação de estruturas especialmente concebidas para preservar o patrimônio da família no tempo pode ser tão importante quanto a sua organização física.”

O mercado de arte é complexo e possui uma lógica própria. Há muita subjetividade na valoração dos ativos, que estão sujeitos inclusive aos desejos, gostos e experiências dos seus colecionadores. A coleção de arte carrega consigo um aspecto emocional. Além de um bom investimento, colecionadores buscam um grau de satisfação e contentamento que não pode ser facilmente valorado.

O fascínio exercido pelo setor tem atraído novos colecionadores. De acordo com pesquisa conduzida pela ArtTactic¹, o mercado de arte global movimentou em 2003 um valor equivalente a 20 bilhões de dólares. Em 2016, esse número saltou para 56 bilhões de dólares e chegou a 63.7 bilhões de dólares em 2017. Além disso, houve um aumento de 75% no total de vendas de arte no mundo entre 2009 e 2017, apesar da crise financeira de 2008-2009– o que significa que esse mercado muitas vezes resiste a crises.



Há exemplos de investimentos impensáveis se considerarmos outros ativos. Uma tela de Roy Lichtenstein foi vendida no ano de 1995 por 1.4 milhão de dólares e revendida em 2015 por 95.4 milhões de dólares gerando um retorno de 6.800% em 20 anos. Um trabalho de Jean-Michel Basquiat vendido em 2007 por 4.5 milhões de dólares foi comprado em maio de 2016 por 57,3 milhões (1.273% de retorno em 12 anos). Um ano depois, outra obra do mesmo artista foi vendida por 110,5 milhões se tornando a sexta obra de arte mais cara jamais adquirida em um leilão e estabelecendo um recorde para um artista americano.

Além dos desejos e gostos do colecionador para a montagem do seu acervo e a expertise necessária para viabilizar o maior potencial de retorno das obras, aspectos jurídicos também devem ser observados na criação de uma coleção.

AUTENTICIDADE

Historicamente o mercado de arte era conhecido por conduzir negócios sem qualquer documentação ou com apenas uma fatura ou acordo muito informal para registrar uma transação. A profissionalização do setor como um todo vem, felizmente, mudando este cenário.

Apesar de não haver uma regulamentação nacional ou internacional estabelecendo a necessidade ou eventuais requisitos de certificados de autenticidade

na compra e venda de obra de arte, está entre as boas práticas de governança de um acervo a obtenção de garantias de autenticidade da obra. O certificado atestando que a obra é verdadeira e sua autoria deve ser emitido diretamente pelo artista (no caso de artistas vivos) ou buscado pela galeria/casa de leilão que realizar a venda. Informações adicionais, incluindo dimensões, título, técnica e até fotografias da obra dão ainda mais segurança e credibilidade para a obra adquirida.

Um problema frequente enfrentado pelo mercado de arte é como tratar obras legítimas que, por um motivo ou por outro, não foram rotuladas como “autênticas” por comitês de autenticação. Nos últimos anos, alguns processos judiciais significativos questionaram a veracidade de certificados de autenticidade emitidos ou negados. Receosos de eventuais questionamentos judiciais, comitês de autenticação de artistas como Andy Warhol, Basquiat e Lichtenstein não mais autenticam obras desses artistas. Da mesma forma, experts, curadores e autores de catálogos raisonnés também se tornaram, com razão, temerosos dorisco de oferecer uma opinião sobre a autenticidade.

Nesse sentido, foi criada em Haia uma organização sem fins lucrativos chamada Authentication in Art Foundation (“AiA”) composta por um grupo de profissionais proeminentes no mundo da arte (incluindo historiadores, colecionadores, profissionais do setor, instituições financeiras, advogados e outros membros da indústria). O objetivo da AiA é a criação de um fórum que possa catalisar e promover as melhores práticas em autenticação de arte.

Os certificados podem não criar um direito, mas asseguram mais clareza, tranquilidade e credibilidade a artistas, colecionadores, museus, transportadoras, historiadores, galeristas, leiloeiros e todos os integrantes do setor.²

PROCEDÊNCIA

Descobrir o histórico de transferência de titularidade de uma obra pode ser desafiador. Rastrear a origem envolve um trabalho investigativo baseado em fatos, embasado em documentação própria, análise científica, conhecimento qualificado e auditoria especializada. A confirmação da procedência é de extrema importância para verificar se todas as transferências se deram de forma correta e justa.

O fato de existirem dúvidas sobre a procedência de uma obra afeta diversos aspectos do mercado da arte. Países de tradição civil como é o caso do Brasil protegem o terceiro de boa-fé que adquire um bem sem saber da sua origem contaminada. Por outro lado, caso seja demonstrada a apropriação indevida, há argumentos para defender que a obra (bem insubstituível) deverá ser restituída ao seu dono original e o terceiro indenizado por eventuais danos. Nos países de *common law* a situação ainda é mais preocupante para o comprador, já que os direitos do dono original se sobrepõem aos de um eventual terceiro de boa-fé.

O tema da procedência ganhou especial atenção em 1998, quando 44 países se comprometeram em uma conferência realizada em Washington a iniciar um processo de restituição, indenização e reparação das obras de arte saqueadas às vítimas do Holocausto. No ano de 2009, 46 países (incluindo o Brasil), reunidos em Praga República Tcheca, comprometeram-se a continuar o processo de recuperação do espólio dos judeus. Foi aprovada a declaração internacional chamada

“Terezin Declaration” na qual é prevista a devolução dos bens mobiliários e objetos de arte confiscados pelos nazistas.

Um novo tribunal dedicado a resolver disputas relacionadas à arte foi lançado em junho de 2018 em Haia. A Corte de Arbitragem de Arte (“Court of Arbitration for Art” – CAA) foi fundada pelo Netherlands Arbitration Institute em colaboração com a AiA. A CAA conduzirá disputas significativas especializadas em direito da arte e sob regras de arbitragem projetadas para resolver problemas comuns nesse tipo de disputa, como questões de procedência.

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

O Decreto nº 3.000 de 2 de março de 1999 que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda (conforme alterado) estabelece em seu art. 798 que as pessoas físicas deverão apresentar “relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano”, incluindo bens móveis, tais como antiguidades, obras de arte, objetos de uso pessoal e utensílios, cujo valor de aquisição unitário seja igual ou superior a cinco mil reais. Sendo assim, caso uma determinada obra de arte que, na ocasião da aquisição (seja através de compra ou doação) tenha valor inferior a cinco mil, em tese, não haveria necessidade de declaração.

Esse aspecto é especialmente importante ao tratarmos de obras cuja volatilidade de valores pode ser extremamente alta. Não seria impensável que um colecionador tenha adquirido uma bela obra de um artista iniciante, mas muito promissor, por valor inferior a cinco mil reais e que, em dez anos, esta mesma obra tenha uma valorização muito significativa.

De qualquer forma, por uma questão de organização e procedência, é recomendável incluir todas as obras adquiridas na declaração de imposto de renda, ainda que tenham valores baixos. Vale notar que, independentemente de valorização subsequente, os bens devem ser declarados pelo valor que foram adquiridos e tais valores não podem ser atualizados nas declarações de imposto de renda seguintes.

Assim, no caso de uma venda futura, incidirá imposto sobre o ganho de capital entre o valor da aquisição original e sua venda futura. Ressalta-se que é isento do imposto sobre a renda o ganho de capital auferido na alienação de bens e direitos de pequeno valor (incluindo obras de arte), cujo preço unitário de alienação, no mês em que esta se realizar seja igual ou inferior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).³

Há casos em que a coleção justifica a criação de uma estrutura societária e contábil que possa administrar os ativos e viabilizar um planejamento tributário e sucessório mais eficiente.

ASPECTOS SUCESSÓRIOS E A PERPETUAÇÃO DA COLEÇÃO

Uma das principais características de uma coleção é a possibilidade de transcender a existência de seu idealizador deixando um legado para a posteridade.

Os processos sucessórios de grandes colecionadores costumam ser extremamente lentos e custosos, já que envolvem a necessidade de reavaliação dos ativos, inventário da coleção, contratação de peritos e demais providências que por muitas vezes “engessam” a coleção, não permitindo sequer o seu perfeito acondicionamento. O histórico da titularidade também deve ser observado já que doações de obras de artes são muitas vezes feitas informalmente. As doações feitas em vida podem ser trazidas à colação na ocasião de uma sucessão. Ou seja, os herdeiros que concorrerem à sucessão são obrigados, para igualar as suas participações obrigatórias na partilha, a considerar o valor das doações que receberam.

Nesse sentido, planejar em vida o destino das obras junto à família é um caminho importante para evitar tanto o esfacelamento da coleção quanto até de laços familiares. Pode-se optar, por exemplo, por estabelecer regras relativas à doação para museus e galerias ou mesmo a criação de estruturas fiduciárias que possam administrar a coleção após a morte de seu criador. É possível estabelecer como as obras devem ser organizadas e expostas, criar restrições à venda e até regras para a distribuição de resultados.

CONCLUSÃO

Em vista do acima exposto, além de utilizar critérios afetivos e de retorno financeiro, um bom colecionador deve atentar-se para outros aspectos. Por exemplo, a obtenção de certificados de autenticidade e verificação de procedência garantem a credibilidade da coleção.

A declaração correta e pormenorizada do acervo assegura juridicamente a procedência e justifica futuros ganhos financeiros. Em muitos casos, a criação de estruturas especialmente concebidas para preservar o patrimônio da família no tempo pode ser tão importante quanto a sua organização física. 

NOTAS

- 1 Empresa especializada em elaboração de análises sobre mercado de arte.
- 2 Almeida, Gustavo Martins, Certificado de Autenticidade de Obra de Arte <http://genjuridico.com.br/2017/11/13/certificado-autenticidade-obra-de-arte/>
- 3 SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 320, DE 20 DE JUNHO DE 2017 (Publicado(a) no DOU de 30/06/2017, seção 1, página 45)

REFERÊNCIAS

- MAMEDE Gladston; FRANCA FILHO Marcílio; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Org.). *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015
- PROWDA, Judith B. *Visual Arts and the Law – A Handbook for Professionals*. New York, 2013
- FINDLAY, Michael. *The Value of Art: money, power, beauty*. London, 2014
- Cartilha de Direito Autoral* organizada pela Comissão de Direito Autoral, Direitos Imateriais e Entretenimento OAB- RJ
- Associação Brasileira de Arte Contemporânea ABACT – *Breve Manual Jurídico*.



ANNA CAROLINA BERMUDES é graduada em Direito pela PUC-RJ e pós graduada em International Business and Finance pela New York University - NYU. É sócia do escritório Naopim, atuando na área de Direito da Arte.

As vítimas ocultas de João de Deus

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

Várias denúncias de abuso sexual foram oferecidas por mulheres atendidas pelo médium João de Deus na casa que abriga um hospital espiritual no município de Abadiânia (GO). A imprensa, até mesmo no cumprimento de sua missão de informar, ao relatar um fato com roupagem criminal traz, como suporte de seu relato, depoimentos de testemunhas e vítimas, justamente para alicerçar sua credibilidade. E é claro que a notícia, colhida muitas vezes de forma unilateral, provoca na opinião pública certa dúvida, principalmente quando o autor do fato é pessoa que goza de notória publicidade em razão de prestimosa atuação no meio social, como é o caso presente. Somente com a reiteração da divulgação, acrescentando a ela novas provas, é que a notícia ganha corpo e, ao mesmo tempo, alcança aceitação popular, sem mesmo qualquer manifestação judicial a respeito. O alardeamento popular, daí por diante, encarrega-se da divulgação e é bem provável que censure a conduta, antes mesmo de qualquer apreciação judicial.

Mas o clamor público, por si só, não é suficiente para a decretação da prisão preventiva, que vem revestida de um *plus*diferenciador. Pode-se até dizer que ela tem seu fato gerador no resultado de uma construção laboratorial em que a centrífuga do judiciário tem que analisar criteriosamente determinada conduta e sentir sua repercussão social para adotar a decisão mais apropriada. Na realidade, busca-se o critério da segurança jurídica para a prisão preventiva, pois o que se pretende é estabelecer uma medida que seja preenchida pelas razões de conveniência e necessidade. Quer dizer, a prisão não subsiste por ser simplesmente prisão, como no caso da flagrancial, e sim porque vem acompanhada de elementos de convicção fundados em razões sociais que justifiquem



“Em razão do provável número elevado de vítimas, conforme vem sendo noticiado, há necessidade de uma apuração minuciosa, observando a correta adequação da conduta, as inserções dos novos tipos penais, as mudanças ocorridas na condição de procedibilidade e, obviamente, os fatos alcançados pelo decurso do prazo prescricional.”

a segregação provisória, como é o caso, por exemplo, do requisito da garantia da ordem pública.

É certo que nestes tipos de crimes contra a dignidade sexual, o passo primordial reside na oitiva das vítimas para que forneçam suas versões a respeito dos fatos. Levando-se em consideração que as condutas delituosas ocorrem na clandestinidade, isto é, envolve apenas os sujeitos ativo e passivo do delito e em lugares isolados – *solus cum sola in solitudine* –, o que dificulta a obtenção de provas, tanto material quanto testemunhal. Assim sendo, a palavra da vítima, guardando coerência com o quadro probatório coletado, ganha relevância exponencial por ser, na maioria dos casos, a única forma de se provar o delito.

No caso ora referido, apesar da imprensa noticiar genericamente a ocorrência de crimes de abuso sexual, faz-se necessário, durante a fase instrutória policial ou ministerial, identificar os tipos penais relatados pelas vítimas. Os operadores do Direito que militam na área criminal são encarregados de fazer o ajustamento da conduta do infrator a um determinado tipo penal, com a adequação correta da ação humana com a previsão legal. Assim sendo, há necessidade da perfeita coincidência entre tais parâmetros, justamente para prevalecer o princípio da legalidade, cunhado pela lei penal, em seu artigo 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Assim, há narrativa de crime de estupro em sua modalidade básica (art. 213 *caput* do Código Penal), consistente em constranger a vítima a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça. Pode a conduta se deslocar para o estupro de vulnerável, que compreende não só a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, como, também, contra alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, ou por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (artigo 217-A, § 1º, CP). A vulnerabilidade, recentemente, começou a frequentar a legislação brasileira e, num conceito mais apropriado ao Direito, vem a ser aquele estado que, em razão da idade e de algumas circunstâncias permanentes ou temporárias, a pessoa se vê impossibilitada de exercer os seus direitos em igualdades de condições com as demais. Necessita, portanto, um cuidado especial do legislador para que possa se equiparar às demais pessoas e a partir daí, sem qualquer tipo de assistencialismo ou ações paternalistas, possa desenvolver suas capacidades e competências.

Também há relatos de violação sexual mediante fraude consistente em imprimir o agente em sua conduta ardil, engodo, fraude ou qualquer outro meio para ludibriar a vítima, mantendo com ela conjunção carnal ou outro ato libidinoso, privando-a de manifestar a reprovação de sua vontade.

Recentemente, em 24 de setembro de 2018, foi publicada a Lei 13.718, que tipificou a conduta descrita no novo artigo 215-A do Código Penal, consolidando-a no delito de importunação sexual, desta forma descrito: *Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*, cominando, como sanção, a pena privativa de liberdade que varia de um a cinco anos de reclusão. Consequentemente, a *novatio legis* revogou expressamente a Contravenção Penal disposta no artigo 61, com o *nomen juris* de importunação ofensiva ao pudor.

É de se observar, finalmente que, em razão do provável número elevado de vítimas, conforme vem sendo noticiado, há necessidade de uma apuração minuciosa, observando a correta adequação da conduta, as inserções dos novos tipos penais, as mudanças ocorridas na condição de procedibilidade e, obviamente, os fatos alcançados pelo decurso do prazo prescricional. 



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.



ARQUIVO PESSOAL

César Muñoz Acebes

O gênero do holerite no Brasil

Desde 7 de outubro até o final do ano, as mulheres trabalham de graça no Brasil. Essa é uma forma de ilustrar a disparidade salarial entre gêneros nas empresas brasileiras.

Em cerca de nove meses, homens no Brasil ganham o mesmo que suas colegas mulheres recebem em um ano inteiro. Em outras palavras: se as mulheres recebessem mensalmente o mesmo salário que os homens, elas poderiam trabalhar até 6 de outubro e tirar o resto do ano de folga.

Elas não o fazem, é claro. As mulheres continuam patrulhando nossas ruas, projetando nossos edifícios, investindo nosso dinheiro, produzindo nossa comida, cuidando dos idosos e ensinando nossos filhos, e ganhando em média 23% menos do que os homens.

Não é somente injusto e errado. Também é ruim para os negócios e para a economia do país. Os candidatos eleitos para o Congresso e para a Presidência devem agir para tornar a igualdade salarial para os mesmos cargos uma realidade no Brasil.

Algumas das diferenças salariais podem ser atribuídas à sub-representação de mulheres em empregos bem remunerados. Há mais mulheres brasileiras com ensino superior do que homens, mas quando buscam o crescimento na carreira, elas esbarram em um teto de vidro blindado. O ensino superior não as protege contra a discriminação salarial – as mulheres com diplomas universitários recebem 36% menos do que os homens com o mesmo nível educacional.

No centro da disparidade salarial está uma generalizada discriminação de gênero. O Brasil está nas últimas posições – 119 entre 144 países – do ranking sobre igualdade salarial para trabalho similar, segundo uma pesquisa anual do Fórum Econômico Mundial realizada com executivos. O que impulsiona essa desigualdade é uma discriminação muitas vezes tão sutil que torna difícil para as mulheres provarem ou até mesmo reclamarem contra a situação.

“Ana”, de 32 anos, trabalha em um banco no Brasil e compartilhou sua experiência comigo. Ela me pediu para não usar seu nome verdadeiro e para não identificar seu empregador por medo de represálias.

Há dois anos, Ana, uma funcionária com bom desempenho, recebeu a primeira parte de um bônus anual. Seu supervisor prometeu que o restante – “uma

quantidade maior”, segundo ele - seria quitado no final do ano. Esta era a prática padrão. O banco de Ana costuma pagar 40% primeiro e 60% mais tarde. Ana esperava o mesmo tratamento que os seus colegas.

Mas entre os pagamentos, Ana revelou que estava grávida. Isso não afetou seu trabalho, mas a segunda parcela do bônus chegou no mesmo valor que a primeira. Logicamente o banco não disse que o bônus menor do que o esperado era em razão da gravidez, mas ela tinha certeza que esse era o motivo. O banco não lhe ofereceu nenhuma explicação. “O preconceito é velado”, disse ela. “É difícil lutar contra isso”.

No ano seguinte, após retornar da licença-maternidade de seis meses, Ana não recebeu qualquer bônus. Zero. Ela disse ao seu supervisor que deveria ao menos receber o bônus correspondente aos seis meses em que trabalhou, mas não recebeu.

Pagar às mulheres menos do que aos homens pelo mesmo trabalho não apenas expõe as empresas a possíveis ações judiciais, mas também é prejudicial aos negócios.

Jairo Okret, líder da Prática de Tecnologia na América Latina da Korn Ferry, uma empresa internacional de consultoria e recrutamento, contou que as empresas que constroem uma reputação de serem justas e de disporem de um ambiente de trabalho de respeito e valorização das mulheres são melhores na retenção de trabalhadores de alto desempenho, o principal ativo de qualquer negócio.

Ana, por exemplo, considerou deixar o banco. “Fiquei bem chateada”, contou. Ela continuou apenas porque o banco a promoveu, e ela se tornou uma das mais jovens superintendentes - uma prova, argumenta, de que os bônus reduzidos não ocorreram devido a um desempenho ruim. Apesar da promoção, ela nunca recebeu o bônus ora devido.

Bancos com mais mulheres em seus conselhos têm melhor desempenho e estão melhor preparados financeiramente para uma possível crise, mostrou um estudo recente do Fundo Monetário Internacional (FMI) sobre 800 bancos ao redor do mundo.

Os pesquisadores encontraram indícios de que as mulheres que superaram os obstáculos para avançar no setor financeiro são singularmente qualificadas e eficientes, e isso é excelente para as empresas. Porém, mulheres não deveriam ter que provar a habilidade de superar a discriminação para demonstrar seu valor. Os dados do FMI também mostram que a diversidade de opiniões e experiências leva a melhores decisões. Ponto final.

O governo tem um papel a desempenhar na garantia da igualdade salarial entre homens e mulheres. Nos Estados Unidos, a lei de remuneração justa de 2009 (“Lilly Ledbetter Fair PayAct”) implementou uma proteção contra a discriminação salarial e, em 2016, o então presidente Barack Obama criou o Compromisso de Equiparação Salarial (“EqualPayPledge”). Mais de cem das maiores empresas dos Estados Unidos assumiram compromissos para identificar e corrigir desigualdades salariais entre homens e mulheres. Na Europa, vários países promulgaram medidas de transparência que revelam disparidades salariais entre homens e mulheres nas empresas.

Um recente relatório do Banco Mundial afirma que os países estão perdendo bilhões de dólares por conta das diferenças na remuneração entre mulheres e homens. No Brasil, um estudo acadêmico de 3.000 cidades mostra que a disparidade salarial entre homens e mulheres reduz o crescimento econômico.

Os novos membros do Congresso e do Executivo que tomarão posse em janeiro deveriam garantir que as mulheres brasileiras, como Ana, recebam remunerações justas por seu trabalho. Será bom para as mulheres e bom para todo o Brasil. 

Cooperação, instrumentos negociais e combate à corrupção: uma equação necessária

■ POR NICOLAO DINO



“Os extraordinários esforços no combate à corrupção, ora desenvolvidos, não devem produzir a sensação de eterno recomeço. Decerto que corrupção exige tratamento diário, permanente. Isso, todavia, deve envolver não apenas a atuação [efetiva e independente] no campo da responsabilização. Exige-se, igualmente, conexão com variadas agendas de promoção de outros valores sociais, adensando, dessa forma, a atuação preventiva nos espaços público e privado.”

O desvelamento de inúmeros casos de corrupção, nos últimos anos, e os reflexos disso nos setores jurídico, político e econômico da sociedade propiciam múltiplas visões de um mesmo momento histórico. A realidade se constitui essencialmente a partir da imagem capturada pelos protagonistas e observadores da própria história. Dessa forma, vários cenários se apresentam: um que se compõe de atores empenhados em fazer valer os compromissos internacionalmente assumidos no enfrentamento da corrupção sistêmica; outro repletos de personagens ainda inconformados com a ruptura de determinados pactos antirrepublicanos entre os poderes político e econômico; um que é delineado por possibilidades e modelos conducentes ao desenvolvimento sustentável, calcados na correta gestão e na adequada destinação de recursos públicos, bem como na realização de obras e serviços públicos sem sobrepreços; outro que ainda não acredita no estabelecimento de diretrizes para a redução do abismo social ou em sua efetividade abaixo da linha do Equador; um que interpreta e aplica o ordenamento jurídico, buscando dele extrair respostas justas e adequadas para o fenômeno da corrupção sistêmica; outro que, ante dois caminhos interpretativos possíveis, opta por aquele que “bloqueia” a efetividade da norma; um que se empenha em realizar reformas na legislação, de modo a aprimorar o funcionamento da democracia; outro que prefere deixar tudo como está, promovendo o imobilismo social e político.

Como é dito rotineiramente, a história sempre julga, e o faz a partir das opções daqueles que tecem a malha social. A história cobra, nesse processo, pesada “conta” do futuro, impondo, como pena, a não concretização dos sonhos de “dias melhores”, e convertendo, dura e implacavelmente, utopias em distopias. Lembrando o poeta Antonio Machado, os caminhos são definidos no ato de caminhar. São vários os caminhos que se apresentam em direção ao desenvolvimento social e econômico, pautado por padrões de igualdade e justiça. Todos eles, sem dúvida, têm um mesmo entreposto: o compromisso coletivo do combate à corrupção.

Esse é o pano de fundo da presente abordagem, cujo ponto de partida é o pacto firmado por cerca de cento e dez países – entre os quais o Brasil – há quinze anos, consubstanciado na Convenção das Nações Unidas sobre o Combate à Corrupção, conhecida como “Convenção de Mérida”. Nela se verificam, logo nos *consideranda*, importantes premissas que assinalam quão importante é a implementação de medidas de contenção e repressão ao fenômeno da corrupção.

Nas linhas que seguem, com inevitável recorte nesse tema tão vasto quanto complexo, serão analisados alguns aspectos de índole preventiva e persecutória, dando ênfase a instrumentos especiais de investigação e à harmonização do seu manejo, no âmbito do microsistema anticorrupção. Serão, também, sinalizados alguns pontos evidenciadores de necessários ajustes hermenêuticos no sistema normativo, com vistas à otimização das estratégias de enfrentamento da corrupção.

PREVENIR É PRECISO

O combate à corrupção será tão mais efetivo quanto maiores e mais eficientes forem os mecanismos de prevenção. Conforme assinala a Convenção de Mérida, a prevenção constitui poderosa arma para o enfrentamento da corrupção. (art.

5°). Controle, participação social, transparência e *accountability* são palavras-chave, nesse campo. Sob esse prisma, vale destacar importantes iniciativas desenvolvidas pelo Ministério Público Federal, com vistas à verificação da correta destinação de verbas para a educação, detecção das deficiências do sistema de controle interno na área de saúde, acesso amplo e ágil à movimentação de recursos públicos, mecanismos impeditivos de saque de dinheiro público relativo a transferências voluntárias na “boca do caixa”, e tantos outros, que giram em torno de uma mesma certeza: a corrupção cresce e se alastra, quando não encontra barreiras de contenção.

Como um parasita, corrupção gosta de sombra, crescendo e se espalhando onde não há luminosidade. Daí a importância do vetor preventivo da transparência (art. 7º, I, ‘a’). Existe relação direta entre opacidade e corrupção. Sem transparência, os mecanismos de controle atuam de forma deficiente, em razão das dificuldades no acompanhamento do dia a dia da administração, no tocante, por exemplo, à verificação de repasses, às licitações, do fluxo de receitas e despesas e de rastreamentos do fluxo do dinheiro público decorrente de transferências legais e voluntárias. É fundamental, pois, estimular a transparência, de modo a possibilitar maior controle social e, conseqüentemente, menos oportunidades de corrupção.

Vale lembrar, nesse sentido, recente projeto levado a cabo pelo Ministério Público Federal, nos anos de 2015 e 2016, coordenado pela Câmara de Combate à Corrupção. A partir de parametrização desenvolvida pela Controladoria Geral da União, e em conformidade com a Ação 4 da ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à corrupção e à Lavagem de Dinheiro, para o ano de 2015, realizou-se o *Ranking Nacional da Transparência*, avaliando de 5.567 portais de transparência de municípios, portais de 26 estados e do Distrito Federal. Foram expedidas recomendações com vistas à adequação dos entes federados à Lei de Transparência e à suspensão de transferências voluntárias pela União aos municípios não ajustados, bem como foram propostas ações civis públicas nos casos de descumprimento dos parâmetros normativos. O resultado global apontou níveis de transparência muito aquém do desejável, registrando, porém, um aumento da média nacional entre a primeira e a segunda avaliações, de 3,92 para 5,14, em escala de zero a dez.

Para o ano de 2019, importantes medidas de cunho preventivo, foram estabelecidas pela ENCCLA, entre as quais se destacam as ações nº 6 (Prevenir e combater a corrupção e a lavagem de dinheiro por parte de agentes públicos mediante acompanhamento da evolução patrimonial e dos bens em uso, nº 7 (Propor medida(s) para aprimorar controles ou restrições ao uso, no mercado interno, de dinheiro em espécie, nacional ou estrangeiro, para efeito de prevenção a práticas ilícitas), e nº 10 (realizar diagnóstico sobre a qualidade, abrangência e tempestividade das informações prestadas pelas instituições financeiras às autoridades judiciárias, policiais e ministeriais via Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (SIMBA) e sugerir melhorias).

COOPERAR É PRECISO

Uma linha de atuação de índole preventiva não pode prescindir de parcerias e ações de coordenação e interlocução institucional. Bem a propósito, a Convenção

de Mérida assinala, nos *consideranda*, que a “prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes.”

A perseguição eficiente também reclama cooperação. A partir das disposições da Convenção de Mérida, pode-se afirmar que os laços de cooperação devem operar em três níveis: a cooperação internacional, a cooperação entre organismos nacionais, entre si e com o setor privado, e a cooperação dos particulares com o sistema estatal de controle e perseguição.

Embora não seja este o foco presente, não se pode deixar de assinalar que a cooperação no plano internacional, fincada no elemento da solidariedade universal, constitui um dos vetores essenciais para tornar mais eficiente e, portanto, efetivo, o enfrentamento da criminalidade organizada, notadamente a do colarinho branco.

No mercado globalizado, em que o capital é transnacional e desconhece fronteiras territoriais, as causas e os efeitos da corrupção perpassam oceanos e fronteiras secas. Verbas desviadas, propinas relativas a sobrepreços de contratações, vantagens decorrentes de favorecimentos em negócios públicos são lavadas a partir de *offshores* ou enviadas clandestinamente para outros países por intermédio de doleiros que atuam num mercado financeiro subterrâneo. Impõe-se, por isso, efetiva cooperação no plano internacional, nas modalidades ativa e passiva, mediante os diversos instrumentos de cooperação disponíveis – tratados internacionais, acordos bilaterais de assistência recíproca (MLATs) etc.. – a fim de viabilizar investigações, unilaterais ou conjuntas (art. 49, da Convenção de Mérida), instruções processuais, execuções penais e, ainda, medidas de recuperação de ativos (art. 51 da Convenção de Mérida).

No plano interno, é igualmente importante uma atuação compartilhada dos diversos órgãos que integram o sistema estatal de controle e perseguição, em sentido lato, seja no campo da formulação de estratégias, seja no terreno de sua implementação. Aqui também se faz presente a força motriz da Convenção de Mérida, assinalando que cada Estado Parte deve adotar “as medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para estabelecer a cooperação entre, de um lado, seus organismos públicos, assim como seus funcionários públicos, e, do outro, seus organismos encarregados de investigar e processar judicialmente os delitos”, mediante intercâmbio de informações, de ofício ou mediante solicitação de um dos órgãos incumbido de determinada medida investigativa ou persecutória (art. 38).

Para destacar aspectos positivos relativos à desejável dinâmica cooperativa, registre-se, uma vez mais, a experiência brasileira da ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Combate à Lavagem de Dinheiro, criada em 2003. Trata-se de significativo exemplo de esforço na busca de atividades integradas para o planejamento e execução de medidas de otimização do Sistema, na exata linha preconizada no art. 48 da Convenção de Mérida.

A terceira esfera de cooperação estimulada pela Convenção de Mérida diz respeito à cooperação com os órgãos de controle e perseguição. Nesse terreno, a citada Convenção assinala, no art. 37, que: “1. Cada Estado Parte adotará as

medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no art. 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no § 1º do presente artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos §§ 2º e 3º do presente artigo.”

O legislador brasileiro, antenado com os vetores acima mencionados, já incorporou ao nosso ordenamento jurídico-normativo, os institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência, os quais atuam, a um só tempo, como técnicas especiais de investigação e como mecanismos viabilizadores de um novel modelo de justiça penal consensual. A eles são dedicados os próximos tópicos, analisando-se seus possíveis desdobramentos no âmbito do microsistema normativo anticorrupção.

A COLABORAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS GERAIS

Em linhas gerais, a colaboração premiada, disciplinada na Lei nº 12.850, de 2013, consiste na negociação envolvendo agentes do Estado, em especial o acusador público, de um lado, e o infrator, de outro, com vistas à obtenção de elementos úteis à plena elucidação de fatos criminosos e a participação de outros indivíduos. Na colaboração premiada negocia-se *assunção de culpa* mediante compensação, a qual, a seu turno, consiste na mitigação da resposta estatal à conduta infracional objeto de persecução.

As bases negociais da assunção de culpa, de uma forma geral, são identificadas em dois momentos: na fase pré-processual ou na fase processual, repercutindo ora na imputação, ora na atribuição da pena. A respeito do tema, observa Françoise Tulkens: “A justiça negociada encontra sua mais complexa expressão nos procedimentos negociais da assunção de culpa [...] geralmente precedido por uma negociação que é, na essência, uma negociação sobre o que será assumido. Os termos da negociação podem recair sobre a pena (sentença barganhada) ou sobre a imputação (imputação barganhada). No primeiro caso, há uma negociação vertical na qual o acordo formulado com a persecução evita o julgamento. No segundo caso, há uma negociação horizontal que tem lugar totalmente na

fase inicial entre a pessoa imputada e o acusador público, que pode arquivar ou modificar as imputações.”

Aqui e acolá, ainda se ouvem algumas vozes contrárias ao instituto da colaboração premiada. Afirmam tratar-se de um retrato do *déficit* de inteligência na investigação e da falência do poder estatal no controle da criminalidade, de um desvio ético na sua utilização, com a adoção de uma cláusula de benefício calcada em mero pragmatismo, por parte do Estado, e em oportunismo, por parte do autor, ou, ainda, apontando o risco de incoerência do sistema penal, com uma “desorientação” dos indivíduos quanto ao sentido e ao valor das normas, haja vista a realização de uma troca entre Estado e réu baseada apenas na utilidade recíproca.

Essas críticas, contudo, não procedem. As “regras do jogo” não são um fim em si mesmo. Não há dúvida de que o Estado deve cumpri-las, respeitando e promovendo o conjunto de valores vigentes na sociedade, ao mesmo tempo em que erige um conjunto de regras normativas destinadas à sua prevalência. Mas não se pode negligenciar o compromisso com o “resultado do jogo”. Cabe ao Estado, noutras palavras, promover a ordem social, garantir a segurança, tutelar valores, estabilizar relações conflituosas, tudo isso sob o manto de um sistema pautado pelo respeito a direitos individuais. Sendo verdadeiro que a realização da justiça é muito mais que um compromisso retórico, o Estado pode e deve valer-se de instrumentos que, de um lado, não deságuem em abusos ou violação de direitos, mas que, de outro, assegurem a efetividade dos mecanismos de controle e repressão, proporcionando a justa resposta aos ilícitos que afetam a sociedade e preservando a confiabilidade do corpo social.

Não se deve sucumbir à ilusão – ou, mesmo, a uma mal disfarçada e mal intencionada ingenuidade – de que Estado e criminalidade se confrontam sempre em condições de igualdade, no que toca à perseguição de seus objetivos. É claro o Estado de direito detém o monopólio da força, cujo exercício acha-se pautado pela observância de direitos e garantias fundamentais. Já a criminalidade organizada possui estatutos próprios e um código ético peculiar, nos quais bens e valores como vida, dignidade, moral, respeito a direitos individuais possuem significado diverso daquele que vigora nas sociedades em geral. No seio de uma organização criminoso, o compromisso único é com a realização de seus próprios objetivos, pouco ou nada valendo as “regras do jogo” do Estado. No universo do crime, a lógica do jogo é diferenciada, e o silêncio é um importante escudo de proteção.

Além disso, a criminalidade organizada tem acompanhado de perto o desenvolvimento tecnológico-científico. Cada vez mais, sofisticam-se os mecanismos de sonegação, lavagem de dinheiro, práticas de corrupção, evasão de divisas, fraudes em mercados de capitais, entre outras práticas ilícitas. E quanto mais complexa for empreitada criminoso, mais difícil será a obtenção da prova. Por tudo isso, é necessário incentivar o criminoso a contribuir com o Estado, em troca de um benefício proporcional com a colaboração levada a cabo. Não há nisso qualquer violação a direitos ou garantias do investigado/acusado.

Dessa forma, o instituto da colaboração premiada afigura-se plenamente compatível com o sistema penal garantista, com as balizas do Estado de direito, fundando-se na necessidade de assegurar funcionalidade e eficiência ao Estado na sua tarefa de responder à criminalidade, em especial à criminalidade organizada.

ACORDO DE LENIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS

O sistema normativo brasileiro reconhece o acordo de leniência desde o ano de 2000, no âmbito das medidas de repressão a práticas anticoncorrenciais e outras infrações à ordem econômica, afetas ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, com a edição da Lei nº 10.149, de 2000, e, mais adiante, da Lei nº 12.259, de 2011.

Como instrumento de controle e combate da corrupção, o instrumento negocial da leniência surge, entre nós, com a Lei nº 12.846, de 2013. Esse diploma legal estabelece a possibilidade de celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos caracterizadores de corrupção, em sentido lato, atribuindo-lhes benefício de imunidade parcial ou total, na razão proporcional à gravidade do fato e à extensão da cooperação para detecção de infrações, aprofundamento da cadeia da prova e identificação de outros envolvidos na prática infracional, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 16 e parágrafos. A concessão de imunidade na leniência – vale destacar – não desobriga o infrator/colaborador da obrigação de reparar o dano causado. Por essa conformação normativa, tem-se que o acordo de leniência é negócio jurídico bilateral, espontâneo e voluntário, estruturado com base em elementos de consensualidade, boa-fé e confiança legítima.

Sendo, também, um instrumento de transação, as características acima alinhadas bem evidenciam a relação direta entre leniência e colaboração premiada. Ambos os instrumentos se situam no universo da justiça sancionadora negociada, com resultados importantes, no que tange à resposta estatal imediata ao fato ilícito e à ampliação do leque persecutório, com vistas a alcançar outros elos da cadeia infracional, geralmente inacessíveis, se considerados apenas métodos mais tradicionais de investigação.

O MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO E O CARÁTER TRANSVERSAL DOS INSTRUMENTOS NEGOCIAIS

Sob a ótica da Convenção de Mérida (e, também, da Convenção da OCDE sobre combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais – Decreto nº 3.678, de 2000, e da Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA – Decreto nº 4.410, de 2002), é correto afirmar a existência de um microsistema anticorrupção. Desse microsistema também faz parte a Lei nº 8.429, de 1992 (LIA), já que a improbidade administrativa, em muitos aspectos, apresenta-se como espécie do gênero corrupção. Não é à toa, com efeito, que inúmeros comportamentos emoldurados como atos de improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA também recebem tipificação penal, além de estarem previstos como práticas infracionais atribuíveis a pessoas jurídicas, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013 (LAC).

Essa multiplicidade normativa no campo sancionatório gira em torno do mesmo eixo de persecução do fenômeno da corrupção lato sensu, e pode gerar perplexidades e distorções, caso não sejam implementadas algumas medidas corretivas, seja no campo legislativo, seja no campo hermenêutico. É que as peças dessa complexa engrenagem persecutória gozam de autonomia no tocante à responsabilização, a

qual, aliás, é reafirmada no art. 30 da LAC. Essa máquina estatal é composta por diversos órgãos públicos, com atribuições concomitantes em certos aspectos, materializando o dever persecutório de um único ente, o Estado, só que em distintas e autônomas esferas – civil, penal e administrativa. Veja-se, apenas para ilustrar o raciocínio, a conduta de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”, prevista como ato infracional no art. 5º, IV, ‘a’, da Lei nº 12.846, de 2013. Esses mesmos elementos descritivos também estão presentes no tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/93 (“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”) e, ainda, no art. 10, VII, da Lei nº 8.429/92 (LIA) (“frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”).

Nesse cenário, se um agente público praticar uma conduta ajustável nesses tipos está sujeito a responsabilização no âmbito interno da administração, no campo penal e no da improbidade administrativa. E a pessoa física ou jurídica que concorrer para essa prática, ou dela se beneficiar, pode ser responsabilizada na esfera penal, na esfera da improbidade administrativa (art. 3º da LIA) e, ainda, na esfera da Lei nº 12.846, de 2013, sem prejuízo de eventuais sanções decorrentes da atividade de controle externo a cargo das Cortes de Contas, e, também, do CADE, se houver práticas anticoncorrenciais.

Esse emaranhado de medidas de responsabilização pode parecer, à primeira vista, uma superfetação punitiva. Não é isso, contudo. Ao contrário, esse amplo leque sancionatório, para além de um mero resultado da autonomia das diversas instâncias estatais, significa conferir maior carga dissuasória e repressiva ao fenômeno da corrupção. Como bem assinala a NT nº 1/2017 da 5ª CCR/MPF, “[E]sta múltipla incidência punitiva concorre, no caso, de modo legítimo, em diferentes esferas, para tornar a corrupção empresarial um crime de alto risco de baixo benefício.”

Esse cenário multifacetado de medidas de cunho sancionador exige, à luz dos vetores cooperativos preconizados pela Convenção de Mérida (art. 38), troca de informações, compartilhamento de provas, com vistas ao êxito persecutório nas diversas instâncias punitivas.

Sob a perspectiva dos *non-prosecution agreements*, por outro lado, é fundamental garantir a irradiação de seus efeitos nas demais instâncias oficiais voltadas ao combate à corrupção. Esse aspecto, aliás, foi muito bem sinalizado na Nota Técnica nº 1/2017, emitida pela 5ª CCR/MPF (Câmara do Combate à Corrupção do Ministério Público Federal), na qual se enfatizou a relevância daquilo que ali foi denominado de transversalidade das vias negociais no âmbito do microssistema anticorrupção. Corroborando as conclusões daquele estudo, deve-se frisar que esse caráter irradiador, transversal dos acordos milita em prol de sua “funcionalidade jurídica”, da maior eficiência das medidas persecutórias e de ressarcimento do dano, da racionalidade do microssistema, da razoabilidade e da proporcionalidade e da segurança jurídica nas relações entre o Estado e os particulares.

O cultivo da coerência nas medidas negociais é necessário, pois, como corretamente assinalado na multicitada Nota Técnica nº 1/2017, da 5ª CCR/MPF, embora a corrupção, pelas opções normativas feitas pelo Estado, receba distintas angulações

sancionatórias, esse fato se materializa de forma unívoca, sob o prisma da pessoa infratora – física ou jurídica. Dito de outra maneira, 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, verdadeiramente trôpego, um sistema que, à luz dos mesmos pressupostos fáticos, que concede benefícios numa esfera persecutória, mas que promove a punição do mesmo infrator-colaborador na(s) outra(s). Em síntese, a efetividade da cooperação numa via persecutória deve repercutir nas demais. Entendimento em contrário implicaria irremediável quebra dos postulados da proteção da boa-fé e da confiança, debilitando seriamente a segurança jurídica. (Nesse contexto, não cabe fazer coro ao verso de Augusto dos Anjos, segundo o qual “a mão que afaga é a mesma que apedreja”).

Na mesma linha argumentativa, os elementos de prova decorrentes de uma colaboração premiada, com potencial de incriminação do colaborador, não podem ser utilizados em seu prejuízo, noutra esfera de responsabilização (na via da improbidade administrativa, por exemplo). Além de contaminar seriamente o postulado da ampla defesa, eventual admissão dessa possibilidade contrariaria os princípios da boa-fé e da confiança, segundo os quais cabe também ao Estado materializar seus atos em estrita sintonia com padrões de ética e lealdade para com os administrados/jurisicionados, evitando comportamentos contraditórios entre si (*nemo potest venire contra factum proprium*).

A transação como canal de promoção de responsabilidade por improbidade administrativa

O tema é vasto e complexo, não sendo viável o exame de todas as possíveis angulações nos limites propostos para este texto. Analiso, pois, em caráter derradeiro, a possibilidade de realização de transação na via persecutória da improbidade administrativa.

A questão ganha maior significado, se considerada à luz do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92. Se se considerar hígida essa disposição normativa, não é admissível a realização de acordo de leniência na esfera da persecução por improbidade administrativa. Isso significaria uma fissura no microssistema, pela qual poderiam esvaír-se todos os esforços tendentes à garantia de sua coerência e eficiência.

Necessária, portanto, uma releitura sistêmica desses vetores normativos. Para tanto, é importante lembrar que, na atualidade a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa já tem sido fortemente orientada por critérios baseados em proporcionalidade, utilidade e necessidade que têm sido utilizados para mitigar o dogma da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação pública. Situações há, com efeito, em que a severidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não se coaduna com comportamentos de pequeno potencial ofensivo. O descompasso entre certas infrações que não implicam efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados pela LIA, e as sanções previstas nesse diploma legal justifica, em muitos casos, a não propositura de ação de improbidade administrativa, mediante a adoção do parâmetro constitucional da proporcionalidade, sem prejuízo do

estabelecimento de medidas tendentes a garantir o ressarcimento do erário. Nesse sentido, vale conferir a Orientação nº 3/2017 da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, que, ampliando o raio de alcance do antigo Enunciado nº 14, estabelece: “O combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita à homologação da 5ª Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial, verifique-se a ofensa significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial mercedores de providências sancionatórias, no campo penal e/ou da improbidade administrativa”.

A quebra da rigidez persecutória, em sintonia com os princípios da proporcionalidade e da eficiência, conduz inevitavelmente à incorporação do modelo negocial no universo de incidência da LIA. A complexidade do fato configurador de improbidade administrativa, em muitos casos, só pode ser adequadamente averiguada e desnudada a partir da cooperação de sujeitos integrantes da estrutura voltada à prática ilícita. Celeridade, simplicidade e eficiência são vetores igualmente presentes neste importante campo de enfrentamento da corrupção. Dessa forma, havendo colaboração de um infrator, não é adequado que as cominações a ele destinadas sejam iguais àquelas a serem atribuídas a infratores de escalão superior, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Desdobrando o raciocínio, não há como manter-se uma convivência harmônica entre disposições que, de um lado, permitem o uso de acordo de leniência ou de colaboração premiada e, de outro, uma previsão normativa que, em sua literalidade, os proibiria. Isso induz à necessidade de se remover a aparente contradição que ressaí da regra do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92.

Para superar essa incompatibilidade, deve-se empregar aquilo que Bobbio denomina de interpretação corretiva, demonstrando-se que, em essência, a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. A superveniência, após 1992, de parâmetros normativos que dão sustentação à *justiça sancionadora negocial* apontam claramente em direção à superação dessa incompatibilidade. É importante repisar que a *ratio* do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, em sua feição original, era evitar livre e indevida disposição da ação, em prejuízo à tutela do dever de probidade administrativa. Todavia, a busca da cooperação de investigados/infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica abdicar da tutela da probidade, mas sim alcançá-la de modo coerente e mais eficiente. Confere-se, por essa via, maior efetividade ao regramento normativo e aos mecanismos de controle da improbidade, com a possibilidade de estender a atuação repressiva do Estado a escalões e estruturas de poder – político ou econômico – outrora considerados inatingíveis, se não houvesse a cooperação de outros envolvidos. Em outras palavras, o emprego das ferramentas negociais (acordo de leniência/colaboração premiada), na esfera da responsabilização por improbidade administrativa, não implica livre disponibilidade da ação, mas sim o exercício de uma discricionariedade regrada, condicionada pela busca de maior eficiência e efetividade na atuação repressiva do Estado.

É possível concluir, então, que a regra do art. 17, § 1º, da LIA, não constitui obstáculo ao emprego, na seara da persecução por ato de improbidade administrativa, das ferramentas negociais disponíveis no microsistema anticorrupção, exatamente pelo fato de se tratar do mesmo universo regulatório.

Essa esteira de raciocínio pautada por um critério de discricionariedade regrada também conduz à possibilidade de se admitir o emprego de termos de ajustamento de conduta como meio idôneo ao oferecimento de “respostas estatais” para atos de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo, reservando-se a via do processo judicial para as situações dotadas de maior grau de severidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ONG Transparência Internacional analisa cerca de cento e oitenta países e divulga anualmente o *ranking* de percepção de corrupção (IPC). Por ocasião da adesão à Convenção de Mérida, o Brasil ostentava a 45ª posição. Caiu para a 72ª posição, em 2015. Em 2016, o Brasil figurou em 79º lugar. No ranking referente ao ano de 2017, o Brasil ostentou a 96ª posição, sendo o pior resultado no último quinquênio, situando-se atrás de Gana, Argentina, Albânia, China, Lesoto, entre outros países.

Para a Transparência Internacional, esse resultado pode significar um alerta de que os esforços ora empreendidos no enfrentamento da corrupção se encontram em risco, por não haver soluções efetivas para as razões estruturais da corrupção. A seguir essa linha de pensar, estamos combatendo árdua e diuturnamente (como, aliás, deve ser) os efeitos, mas não as causas determinantes do fenômeno corrupção.

Isso constitui, por certo, tema para outra abordagem, e não para linhas conclusivas. Mesmo assim, é válido finalizar, acentuando – e louvando – os resultados expressivos que vêm sendo alcançados pelo Ministério Público, que, em parceria com os demais órgãos de controle e persecução, tem levado ao crivo do Judiciário o exame de formidáveis casos de corrupção endêmica, com raízes espraiadas em diversos setores do Estado.

Os extraordinários esforços no combate à corrupção, ora desenvolvidos, não devem produzir a sensação de eterno recomeço. Decerto que corrupção exige tratamento diário, permanente. Isso, todavia, deve envolver não apenas a atuação [efetiva e independente] no campo da responsabilização. Exige-se, igualmente, conexão com variadas agendas de promoção de outros valores sociais, adensando, dessa forma, a atuação preventiva nos espaços público e privado. Importante, também, estimular mudanças comportamentais, lembrando, sempre, que o fenômeno da corrupção é uma via de mão dupla: corruptos e corruptores equivalem-se em termos de nocividade social. É preciso avançar! A ninguém deve interessar um protagonismo limitado ao de Sísifo, personagem da mitologia grega, condenado a rolar, ao longo da eternidade, uma grande pedra em direção ao topo de uma montanha, vê-la rolar montanha abaixo, para recomeçar tudo, na manhã seguinte, para todo sempre. 🇧🇷



NICOLAO DINO é Subprocurador-Geral da República; Professor da Universidade de Brasília.

Corrupção: prevenção e tratamento punitivo à luz do Direito e do Processo Penal

■ POR ROGÉRIO GRECO E PAULO CESAR DE FREITAS



A corrupção é uma praga insidiosa que tem um amplo espectro de consequências corrosivas para a sociedade. Mina a democracia e o Estado de direito, dá origem a violações dos direitos humanos, distorce os mercados, mina a qualidade de vida e permite o florescimento do crime organizado, do terrorismo e de outras ameaças à segurança humana.

(Kofi A. Annan)¹

O fenômeno da corrupção, em suas mais diversas manifestações, tem sido objeto de investigações pelos mais diversos especialistas e pensadores do direito em todas as partes do mundo. Embora a instituição da corrupção não seja, em absoluto, nova, estando descrita nos textos mais antigos que conhecemos, incluindo a bíblia², o mundo está presenciando, atualmente, um fenômeno a que Moisés Naim chama de erupção anticorrupção. Pode-se falar em uma mudança de atitude global causada por diversos fatores, sendo que o exemplo mais marcante deles talvez seja uma maior demanda por uma imprensa livre e o surgimento de uma verdadeira sociedade da informação, que conta com forte e antes impensado aparelhamento tecnológico capaz de manter a população informada de forma concomitante aos acontecimentos mais impactantes. E aí se incluem com frequência os escândalos de corrupção.

Como preleciona Antonio Núñez García-Sauco³, a corrupção tem origem em um conjunto de fatores de índole econômica, institucional, política, social e histórica. A corrupção e os comportamentos desprovidos de ética malversam os princípios básicos dos regimes democráticos, diminuem os níveis de confiança dos cidadãos nesses regimes e atentam contra o Estado de Direito. Ainda segundo o renomado autor, a corrupção impede o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável e destrói os sistemas legais e judiciais.

Malgrado o fenômeno da corrupção seja algo frequente em todo tipo de país, atingindo desde os países mais desenvolvidos aos menos afortunados, os seus efeitos nos países em desenvolvimento, os chamados países periféricos, como o Brasil, são reconhecidamente muito mais graves. É consenso na ciência jurídica atual que a corrupção é hoje um dos maiores entraves para o desenvolvimento de um país⁴.

Tome-se o caso recente do Brasil em que escândalos de corrupção marcaram a sua história e, nos últimos anos, têm sido responsáveis por sérios problemas econômicos e sociais. O país, que caminhava a passos largos rumo à sua inserção em meio aos países emergentes e desenvolvidos, retrocedeu várias décadas. A produção e a geração de riquezas de um modo geral caíram vertiginosamente, o índice de desemprego atingiu números estratosféricos, a crença nas instituições e nos políticos e governos caiu vertiginosamente. O país passa por um verdadeiro caos e descrédito interno e no plano internacional, tudo em razão da descoberta de que seus principais líderes e governantes estariam envolvidos em uma verdadeira rede de corrupção.

O presente artigo, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, objetiva trazer a lume uma pequena reflexão, primeiro, sobre o manejo do direito penal e do processo penal para a prevenção e a repressão de um fenômeno tão complexo e obscuro como é a corrupção. Em seguida, intenta-se perquirir sobre a necessidade de reformas e de adaptação em um e outro dos ramos jurídicos citados, qual a importância de cada um deles para o controle da corrupção ressaltando, outrossim, os principais meios de investigação e de combate à corrupção nos dias de hoje. Por fim, ainda que *en passant*, em razão dos próprios limites do presente trabalho, chamaremos a atenção para um tema que tem causado grande inquietude na ciência jurídico-criminal na atualidade, qual seja, a criação do tipo penal do *enriquecimento ilícito*.

CONCEITO

O estudo, ainda que superficial, sobre as formas de controle, de combate, da prevenção e da investigação da corrupção pressupõe, necessariamente, que se apresente um conceito de tal fenômeno, pois qualquer tipo de luta contra esta espécie tão complexa de abuso e desmando no exercício de um cargo ou poder público começa com a sua própria definição.

Manuel Villoria Mendieta adverte que “as definições de corrupção são muito numerosas e variadas, mas dificilmente se encontra alguma que possa acolher todas as possíveis modalidades de atuação corrupta.”⁵ Por outro lado, ainda de acordo com o renomado jurista espanhol,

Um dos aspectos da corrupção sobre o que mais se tem avançado é o de sua própria definição. Hoje em dia existe uma enorme quantidade de estudos que, precisamente, se dedicam a analisar o que é corrupção, quais as diferentes classes de corrupção, quais as práticas corruptas mais graves e como se conectam estas definições com outras definições de seu mesmo campo semântico.⁶

O que não significa, no entanto, que exista um acordo universal sobre a definição do fenômeno estudado, mas simplesmente que existe uma ampla base de reflexão sobre o tema e que a escolha do melhor conceito pode se dar com conhecimento de causa.⁷

Francesco Khellberg, sintetizando distintas concepções, jurídica, política, ética, sociológica e econômica, assim define a corrupção pública:

A corrupção pública é a violação de normas legais ou de normas éticas não escritas, mas que contam com o apoio generalizado, relativas a como se deve exercer um cargo, função ou emprego público, para proporcionar serviços ou benefícios a certos grupos ou cidadãos de forma oculta, com a intenção de obter lucro direto ou indireto.⁸

María Victoria Muriel Patino⁹, a seu turno, ao optar por uma definição bastante singela, mas de todo clara e de fácil compreensão, descreve a corrupção como sendo “o abuso de uma posição no âmbito do poder público com a finalidade de obtenção de lucro indevido”. A autora também chama a atenção para o fato de ser o fenômeno da corrupção, por sua própria natureza, difícil de definir e, às vezes, de identificar. Para a jurista, a origem do termo corrupção procederia do verbo latino *rumpere*, implicando assim uma conduta que supõe a ruptura de algo. Este algo, preleciona a catedrática espanhola, pode ser desde certo código moral ou social até determinada norma legal ou administrativa.

Talvez o conceito mais amplo e completo, e decerto por isso um dos mais utilizados pela ciência jurídica atualmente, seja aquele consubstanciado no Código Penal Índio que assim define a corrupção:

É culpável de corrupção aquele que ocupando ou possuindo a expectativa de vir a ocupar um cargo público, recebe, obtém, admite receber ou possui a intenção de obter de outrem, em proveito próprio ou alheio, alguma gratificação como consequência ou recompensa por praticar ou deixar de praticar algum ato de ofício ou por prestar ou abster-se de prestar, no exercício da função pública, favor ou desfavor a alguma pessoa, ou por realizar ou deixar de realizar algum serviço.

Os três documentos internacionais mais importantes e abrangentes sobre o tema, a saber, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), no dia 29 de março de 1996, em Caracas, na Venezuela; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, subscrita em 9 de dezembro de 2003, na cidade mexicana de Mérida e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada na OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, esta última internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 3.678, de 30.11.2000, não cuidam de apresentar uma definição precisa de corrupção.

Andaram bem as partes encarregadas da elaboração de referidas cartas de direitos, porquanto são de todos conhecidos os riscos de se tentar conceituar um fenômeno de tamanha complexidade, multifacetário e polissemântico como a corrupção no âmbito de um instrumento jurídico. Os conceitos desta espécie, a par de sua importância, historicamente devem mesmo ficar a cargo da ciência jurídica e não do legislador. Qualquer tentativa de se apresentar uma definição legal poderia tanto restringir demais o sentido e o alcance do fenômeno como, por outro lado, ampliá-lo ao extremo de se tornar extremamente difícil ou mesmo impossível a adoção de mecanismos de controle.

Como preleciona Mendieta¹⁰, se definirmos a corrupção como o abuso de um cargo público, deixaremos de fora a corrupção no setor privado e aquela que ocorre com frequência no seio de organizações não governamentais; se optarmos por conceituar a corrupção como o abuso de uma função pública com o objetivo de lucro, olvidaremos aqueles fatos em que a contraprestação não é econômica, mas simbólica, como, por exemplo, a de impedir que a mídia afinada com o corruptor divulgue qualquer tipo de informação negativa a seu respeito; acaso tomemos a decisão de restringir a corrupção àquelas práticas em que ocorre a violação de um dever funcional com vistas à obtenção de uma vantagem indevida de caráter pessoal, seremos forçados a admitir como lícita a prática de determinado dirigente partidário que arrecada fundos para o funcionamento ordinário de seu partido político descumprindo as regras legais do financiamento partidário, uma vez que esta pessoa acaba por cumprir com seu dever legal de arrecadar a maior quantidade de recursos para o partido sem, no entanto, enriquecer-se pessoal e ilícitamente com esta prática. Não se pode, noutra senda, correr-se o risco de confundirmos ou não diferenciarmos adequadamente a corrupção política da corrupção em sentido estrito, porque se tratam, na prática, de fenômenos distintos e que devem ser investigados e combatidos com distintos instrumentos, sob pena de ineficácia das medidas de fiscalização e controle.

Mas, embora não tenham se entregado à hercúlea tarefa de conceituar a corrupção, os documentos citados cuidaram de pormenorizar algumas práticas corruptas mais comuns com relação às quais os países signatários deveriam dispensar uma atenção especial tanto em suas legislações como em suas ações de controle.

Nesse sentido, a Convenção Interamericana, estabelece, no artigo VI, que as suas disposições seriam aplicadas aos seguintes atos de corrupção:

1. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para

si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

2. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

3. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerce funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de sua função, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

4. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e

5. a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertado ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

A convenção de Mérida, a seu turno, destaca algumas condutas relativamente às quais recomenda todo um elenco de medidas e de aprimoramento das legislações visando ao seu combate e investigação. Dentre elas a Convenção de Mérida destaca:

1. A lavagem de dinheiro;

2. O suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros;

3. a malversação ou peculato;

4. a apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público;

5. o tráfico de influências;

6. o abuso de funções;

7. o enriquecimento ilícito;

8. o encobrimento e a obstrução da justiça.

Para os fins deste trabalho, adotaremos um conceito mais amplo de corrupção, que engloba tanto a corrupção política, como a corrupção em sentido estrito (administrativa ou burocrática), individual ou corporativa, sistêmica ou dispersa, excluindo-se apenas de seu âmbito a corrupção no setor privado, que não envolve a participação de funcionários públicos.¹¹

Poderíamos sintetizar, assim, o conceito de corrupção, com María Viviana Caruso Fontán¹², como toda violação por parte de um indivíduo (ou de uma coletividade de indivíduos) dotado de poderes de decisão no setor público, das regras que regem a atividade do agente, com o objetivo de alcançar, para si mesmo ou para um terceiro, vantagem indevida de qualquer índole.

A CORRUPÇÃO E O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Ainda antes de se adentrar no tema central do presente artigo, que versa sobre a investigação e o combate à corrupção, torna-se necessária uma breve reflexão sobre o real papel do Direito Penal e do Processo Penal no que diz com a prevenção e a repressão do complexo fenômeno da corrupção.

A corrupção, como é cediço, não é uma novidade do mundo moderno, tampouco fenômeno até então inaudito, fruto do plexo de transformações sociais e econômicas que marcam a pós-modernidade. Conquanto ocupe lugar de destaque nos temas centrais no processo comunicativo de globalização, a corrupção

“A prevenção e o tratamento punitivo da corrupção, portanto, deve estar na ordem do dia, merecendo lugar de destaque entre as prioridades estatais. Todavia, como procuramos demonstrar no limitado espaço deste artigo, sem nenhuma pretensão de esgotar o tormentoso tema, seria utópico crer que o Direito Penal, por si, seria capaz de erradicar a corrupção ou mesmo de reduzi-la a níveis insignificantes ou mesmo suportáveis. Antes mesmo da intervenção penal, marcadamente repressiva, é mister que se realize um trabalho sério de prevenção a cargo dos demais ramos do Direito, em especial do Direito Administrativo sancionador.”

trata-se, na verdade, de um dos flagelos mais antigos da humanidade, registrado em praticamente todas as formas de organização política, em todos os tempos e lugares através da história.¹³

Por esta razão, conforme preleciona Luis H. Contreras Alfaro¹⁴, erradicar a corrupção não parece um objetivo realista. Como enfatiza o citado autor, o que podemos aspirar de forma menos utópica é garantir a proteção da sociedade frente às condutas mais graves através da proteção penal, valendo-se do direito penal como instrumento de controle social.

Constitui, de fato, ponto praticamente pacificado na ciência jurídica, de que especialmente na atualidade, pelas mais variegadas formas porque se manifesta, afetando em muitos sentidos as relações interpessoais, políticas e econômicas de nosso atual modelo de sociedade¹⁵, em matéria de corrupção faz-se necessária a intervenção do Direito Penal. Os demais ramos do direito não se mostraram suficientes para prevenir, tampouco reprimir o plexo de condutas ilícitas, das mais singelas às mais complexas, que afetam a administração pública e os mais elementares direitos fundamentais do cidadão. Proliferam as leis anticorrupção e as leis tipificadoras de atos de improbidade administrativa, normas características de um Direito Administrativo sancionador, que preveem os mais diversos tipos de sanções restritivas de direitos. Todavia, como adverte Carmen Rodríguez Gómez¹⁶, a imoralidade na administração pública, em maior ou menor medida, está estendida e consolidada, é sistemática. Infiltra-se em todos os setores da vida pública, da economia e da política.

Fernando Rodríguez López afirma de forma contundente que *en todo caso debe reconocersela incapacidad de las medidas del Derecho sancionador para frenar por sí solas el fenómeno de la corrupción*.¹⁷ Para o prestigiado autor, do conflito que necessariamente surge no Direito sancionador entre, de um lado a exigência de proporcionalidade das sanções e, de outro, a sua eficácia, resulta a incapacidade desse ramo do ordenamento jurídico de cumprir adequadamente o objetivo de proteção de direitos para o que foi criado.

Não se pode perder de vista, todavia, que muito embora a corrupção, na maioria dos casos, esteja associada ao crime, não é ela sinônimo de crime. Há condutas, como obtempera Carmem Rodríguez Gómez¹⁸, que são e devem mesmo ser punidas apenas como ilícitos civis ou administrativos. Nem sempre, consoante as lições da autora, que se está diante de uma prática de corrupção, o Direito Penal deve ser invocado.

Mesmo que a prática ilícita pressuponha a violação do sistema legal, esta não implica automaticamente que tenha que ser coibida com a utilização do Direito Penal. O caráter fragmentário e de *ultima ratio* do Direito penal faz com que o Estado necessite demonstrar, antes de se valer daquele ramo do direito, a inutilidade ou insuficiência de outros ramos do ordenamento e, por conseguinte, de outros instrumentos não jurídicos de controle social legalmente aceitáveis.¹⁹

Assim, se a primeira premissa a ser estabelecida nesta seara é a de que dificilmente se combate a corrupção em níveis epidêmicos como a que ora se vivencia no Brasil e em praticamente todos os países do mundo sem a interferência da punição criminal, como seu corolário inexorável deve-se deixar claro que o Direito penal, como *ultima ratio*, deve ser utilizado com parcimônia, apenas para as condutas de maior gravidade que comprovadamente não podem ser prevenidas, tampouco reprimidas por outros instrumentos legais e pertencentes a outros setores do ordenamento jurídico.

Amolda-se aqui o alerta feito por Contreras Alfaro²⁰:

[...] quando sucumbimos ao alarmismo e reclamamos com veemência uma luta frontal contra o flagelo da corrupção, corremos o risco de conceber instrumentos penais processuais e materiais de difícil aplicação prática, que provoquem graves problemas de desproporção da resposta penal do Estado frente a condutas que poderiam ser melhor reguladas desde outras parcelas do ordenamento jurídico.

Forçoso seria, portanto, reconhecer que não raro em matéria de corrupção dependeremos do Direito Penal, dada a reconhecida falibilidade dos demais ramos do direito para enfrentar com eficiência o fenômeno. Mas é mister que se admita, por outro lado, que o Direito Penal é incapaz, por si só, de resolver o problema da corrupção. O que não significa que ele não possa, na verdade, que ele não deva, contribuir de forma significativa para isso, conforme preleciona Antonio Del Moral García.²¹

O que devemos ter em mente é que antes de se pretender aplicar uma sanção de natureza penal ao corrupto devemos procurar solucionar as zonas obscuras que favorecem as práticas corruptas e eliminar as zonas tradicionais de impunidade, ou seja, devemos procurar corrigir as deficiências do próprio sistema administrativo e que favorecem as mais variadas classes de abusos de poder e de locupletamento ilícito.²²

Como muito bem observa Carmen Rodríguez Gomez:

É inadmissível que se invoque o Direito Penal a respeito de comportamentos que são fruto do deficiente funcionamento dos controles administrativos, por carências legislativas ou disfunções institucionais. [...] não podemos olvidar a importância do Direito Administrativo e de sua capacidade sancionatória.²³

Sim. Sem nenhuma dúvida, antes de pretender invocar o Direito Penal, a *ultima ratio* do sistema jurídico, é mister que exploremos a capacidade sancionatória e

instrumental preventiva dos demais ramos do ordenamento jurídico, especialmente do Direito Administrativo sancionador. Esta medida parece bastante óbvia se atentarmos para o fato de que o Direito Penal possui baixíssima capacidade preventiva, sendo chamado a atuar normalmente quando o ato de corrupção, com todos os seus nefandos corolários, já se consumou.

E, na esteira do entendimento esposado pelo magistrado espanhol Antonio del Moral Garcia, o manejo do Direito Penal em matéria de corrupção deve ser precedido e acompanhado de medidas preventivas tanto sociais como, singularmente, legais. De acordo com o juiz, muito maiores frutos renderão, nesta seara, algumas ferramentas extrapenais do que o uso e o abuso das sanções criminais, especialmente porque as medidas de caráter penal não raro são empregadas de forma meramente simbólica. Transparência, controles prévios profissionalizados, mecanismos de obrigatoria e efetiva prestação de contas, são, dentre outras, armas que se revelam com uma capacidade preventiva muito superior à demonstrada pelo Direito Penal.²⁴

Todavia, conforme já mencionado, conquanto relegado a um papel subsidiário, ao Direito Penal é reservado importante e fundamental papel na luta contra a corrupção, notadamente a corrupção sistêmica como a que ora se vivencia no Brasil e, especialmente, em sociedades como a nossa em que os demais ramos do ordenamento jurídico se mostraram incapazes de controlar a contento o nefasto e pernicioso fenômeno aqui estudado.

INVESTIGAÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO

Investigar e combater a corrupção está longe de ser uma tarefa fácil, quiçá uma luta que se possa travar valendo-se dos meios tradicionais de enfrentamento dos crimes comuns. A magistrada italiana Ilda Boccassini, responsável por conduzir as investigações contra Berlusconi, afirmou que era quase mais fácil lutar contra a máfia italiana que contra o referido político.

As dificuldades começam pela própria natureza dos crimes de corrupção. Como explica KLITGAARD, citado por JIMENEZ SANCHEZ, a corrupção é um crime friamente premeditado e calculado, não um crime passional. Na verdade, existem no setor público alguns santos que resistem a todas as tentações e funcionários honrados que resistem à maioria delas. Todavia, quando o tamanho do suborno for considerável e a resposta estatal em caso de ser descoberto for branda, muitos funcionários públicos sucumbirão.²⁵

A obscuridade, ademais, é característica marcante das práticas corruptas. Esta opacidade, porém, supera em muito a clandestinidade que marca certos delitos com os quais estamos muito habituados a lidar no dia a dia, como o roubo, o furto, o estupro, a fraude comum, dentre outros. Ela vai muito além porque ordinariamente todo o aparato utilizado na prática do crime e todo o instrumental técnico usado para ocultá-lo está nas mãos e sob o poder direto do corrupto. Não bastasse, aquele indivíduo que normalmente serviria de testemunha fosse o crime comum, no mais das vezes quando não é coautor ou partícipe da corrupção mantém com o corrupto um verdadeiro pacto inquebrável de lealdade e de fidelidade, quer pura e simplesmente em razão dos vínculos de subordinação, quer por diversos outros motivos, como o nepotismo, o clientelismo, o partidarismo, os laços de amizade, de proximidade, admiração e respeito.

Por outro lado, se é enorme o grau de dificuldade para se investigar os crime de *corrupção individual*, ou seja, aquele praticado por uma ou mais pessoas certas e determinadas ou, ainda, a corrupção *dispersa*, que é aquela que atinge apenas alguns núcleos do aparato administrativo, como a aduana, a auditoria fiscal ou a própria polícia ou aquela corrupção que se verifica em uns poucos casos isolados, imagine-se os casos de *corrupção sistêmica* e *corporativa* praticada por diversas pessoas em conjunto, de difícil identificação e no âmbito de verdadeiras organizações criminosas, como ocorre em diversos países ibero-americanos, tendo como exemplo mais típico e recente o Brasil.

Este último tipo de corrupção – que no caso do Brasil já se tornou endêmica e epidêmica – consoante a lição de Manuel Villoria Mendieta se pratica em rede, com diversos e complexos níveis de sofisticação, tornando extremamente difícil a sua descoberta, investigação e repressão.

Estas investigações nos mostram que a corrupção mais transcendente se produz em rede. São redes de atores corruptos e corruptores que criam verdadeiros emaranhados de verdadeiros produtores de atos imorais e criminosos. Estas redes possuem diversas formas e níveis de sofisticação, que dependem de profunda investigação para se chegar apenas a compreender como funcionam em detalhe.²⁶

Prossegue o renomado autor dizendo que a dificuldade maior na investigação da corrupção consiste em descobrir como se realizam as práticas corruptas e o papel que ocupam os distintos atores nas redes de corrupção. Dificuldade que se avoluma, ainda de acordo com as lições de Mendieta²⁷, ante a constatação de que, atualmente, a gestão pública tende normalmente a se realizar em rede e, de forma cada vez mais nítida, são redes de atores que definem problemas públicos e implementam programas de governo. Surge então, mais esta dificuldade: diferenciar as redes corruptas das redes honestas.

Um político corrupto, quanto mais graduado for o seu cargo e maior o seu poder de mando e, ainda, mais complexa a rede de servidores públicos e de agentes do setor privado a ele conectados, menos rastros deixará de seus crimes. E, ademais, as práticas corruptas ganharam muito em sofisticação e nível de complexidade ao longo dos tempos, especialmente após a sedimentação do que se convencionou chamar de globalização.

Os contratos de obras públicas no mais das vezes envolvem empresas e agentes estrangeiros e os corruptos se valem de empresas intermediárias que mantêm suas sedes em verdadeiros paraísos fiscais que tradicionalmente dificultam a identificação de sócios e a análise de contratos. Os recursos obtidos com o pagamento de propinas também são canalizados, amiúde, para contas localizadas no exterior, dificultando sobremaneira a sua identificação, localização e rastreamento.

Também são acentuadas as dificuldades para se demonstrar, cabalmente, por meio de provas diretas, os *links* existentes entre aquele que pagou a propina, aquele que a recebeu e, notadamente, a prática do ato de ofício como contraprestação da vantagem recebida indevidamente, elementar exigida, a guisa de exemplo, por praticamente todos os crimes de corrupção previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Não dispomos, no entanto, de uma fórmula mágica capaz de solucionar o tormentoso problema da investigação dos crimes de corrupção. No condensado espaço deste artigo, no entanto, procuraremos refletir sobre alguns institutos, fórmulas e

formas de atuação das agências estatais que, se bem empregados, podem contribuir para uma maior efetividade dos trabalhos de apuração dos casos concretos e para o desbaratamento das organizações criminosas e das intrincadas redes de corrupção. Igualmente, apresentaremos algumas sugestões de reformas e de aprimoramento das legislações penal e processual penal com vistas ao melhor aparelhamento do Estado para o enfrentamento sério e eficaz do complexo fenômeno.

Antes, porém, é interessante apresentar uma breve síntese das principais áreas em que se costumam concentrar os principais focos de corrupção na Administração Pública, uma vez que este conhecimento prévio é imprescindível não apenas para que o investigador possa saber onde procurar, mas, de igual sorte, para que a agência estatal encarregada da investigação saiba os níveis de conhecimentos técnicos de que seus agentes necessitarão para a realização de uma investigação séria.

Áreas de maior concentração das práticas corruptas

Carmen Rodríguez Gomez²⁸, ao advertir que a corrupção se infiltra em todos os setores da vida pública, destaca as seguintes áreas em que ocorreriam com mais frequência na grande maioria dos países do mundo:

1. Os contratos de obras públicas, de aquisição de bens e de serviços públicos por parte da Administração Pública.
 2. A fiscalização de obras públicas, com ênfase para a quantidade e a qualidade dos materiais e serviços nelas empregados.
 3. Licenciamento de obras públicas a particulares por parte de empresas e autarquias públicas.
 4. Fiscalização tributária, dentre outros.
- Nesse mesmo sentido, José María Gimeno Feliu preleciona:

O mercado dos contratos públicos é onde existem as maiores tentações e o que oferece mais oportunidades para a corrupção nos distintos âmbitos das atividades do setor público. De fato, a organização Transparência Internacional afirma que a corrupção na contratação pública é reconhecida atualmente como o fator principal de desperdício e ineficiência no manejo dos recursos na região.²⁹

Além de ser terreno fértil por diversos outros fatores, que variam desde a complexidade, o grande número de agentes encarregados das decisões e da fiscalização e o considerável número de empresas e agentes privados envolvidos nos mais distintos setores e canteiros de obras e serviços até a deficiência e falta de transparência das leis, regulamentos e instrumentos licitatórios que os regem, os contratos públicos se tornam atrativos para as redes de corrupção principalmente pelo grande volume de recursos que costumam movimentar. Para que se tenha uma vaga ideia, apenas na Europa no ano de 2008, a compra de bens, obras e serviços por parte do setor público atingiu cifras de cerca de 2 bilhões de euros, o equivalente a aproximadamente 17% do PIB (produto interno bruto) europeu. Em 2010, a cifra atingiu quase 20% do PIB da Europa.³⁰

No Brasil, no ano de 2017 foram gastos mais de 30 bilhões de reais apenas com as obras inseridas no chamado PAC (Programa de aceleração do crescimento) e com as obras das moradias populares para a população de baixa renda, programa conhecido como *Minha Casa, Minha Vida*.

A importância de se conhecer os setores em que a corrupção mais avança é imprescindível para que as autoridades possam treinar e recrutar melhor os agentes que irão integrar os grupos de trabalhos e as forças tarefas incumbidas dos trabalhos de investigação criminal.

A formação de grupos e forças especiais

Em razão da complexidade do fenômeno da corrupção como procuramos demonstrar sucintamente acima, não se pode imaginar seja ele investigado pelas vias tradicionais, no âmbito de um inquérito policial, por exemplo, presidido por um Delegado de Polícia com múltiplas funções e sem nenhuma especialização como costuma ocorrer com os crimes comuns. O ideal é que sejam formados grupos de investigadores, com a participação de diversas instituições e compostos por agentes especializados nas mais distintas áreas técnicas, jurídicas e administrativas.

Um bom exemplo disso é a operação Lava-jato que no Brasil foi instituída nos moldes de uma *força-tarefa* encabeçada pelo Ministério Público, mas que conta em seus quadros com agentes de inúmeras outras instituições e com conhecimentos diversificados nas mais distintas áreas. Por parte do Ministério Público integram a Lava-jato membros com *expertise* no combate às organizações criminosas e no desbaratamento de redes complexas destinadas à prática de toda sorte de infrações penais; procuradores da república com conhecimento e experiência no rastreamento e repatriação de capitais enviados ilegalmente para o exterior e em acordos de cooperação internacional. Integram, ainda, o grupo, agentes da polícia federal, da receita federal, contadores, especialistas em tecnologia da informação, profundos conhecedores dos procedimentos burocráticos e do funcionamento da máquina pública, licitações, contratos públicos, dentre outros.

Ganharam corpo, outrossim, mais recentemente no Brasil, os grupos de atuação especial destinados ao combate ao crime organizado, intitulado na grande maioria dos Estados da Federação de GAECO-Grupo de atuação especial no combate ao crime organizado. Diferentemente de uma força tarefa convocada e reunida para a investigação de fatos específicos, os GAECO's são grupos permanentes, constituídos no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais e se destinam ao enfrentamento permanente das organizações criminosas, com especial ênfase no combate à corrupção. Tomando como espelho as bem sucedidas forças-tarefa, os GAECO's são em sua essência compostos por diversas instituições, como a Polícia Civil, a Polícia Militar, a Polícia Rodoviária Federal, a Receita Estadual e Federal etc. e também contam em seus quadros com agentes especializados nas mais diversas áreas, incluindo o setor público administrativo, a tecnologia da informação, a circulação de capitais e inúmeros outros.

Para combater crimes de alta complexidade, com a atuação de criminosos em rede e profundamente organizados, o Estado também precisa se organizar. E a formação das forças tarefa e dos grupos especiais nos moldes acima retratados parece ser um importante caminho a ser trilhado.

Acordos premiados de delação e de colaboração

Conforme mencionamos ao longo deste estudo, a corrupção tem como característica central a opacidade. É muito difícil penetrar em seus meandros.³¹ Esta

realidade faz com que não raro na origem de uma investigação ou um processo por crimes relacionados com a corrupção se encontre uma denúncia de um cúmplice arrependido ou com desejos de vingança por não ter sido atendido em algum de seus requerimentos. Estas delações de arrependidos, constituem importantes colaborações que muitas vezes são imprescindíveis tanto para a deflagração, como para o sucesso das investigações.³²

Conforme acentua GARCIA,

Pode-se lembrar toda uma série de processos famosos que foram desencadeados pelas revelações daqueles que inicialmente se moviam com absoluta normalidade no mundo das condutas ilícitas e que, após um choque de interesses, revelaram uma trama com a qual até aquele momento conviviam e compactuavam sem nenhum escrúpulo.³³

Atentos a esta realidade, muitos países, como o Brasil, fizeram inserir em seus ordenamentos jurídicos institutos como a delação ou colaboração premiada. A delação premiada, consoante a lição de Damásio Evangelista de Jesus, é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório ou em outro ato processual.³⁴ O legislador, para incentivar aquele que também se viu envolvido na prática da conduta criminosa, prevê como prêmio a redução da pena ou até mesmo a extinção da punibilidade do colaborador.

Mas a delação premiada é apenas uma das hipóteses de um instituto mais amplo conhecido como colaboração premiada. Se na delação premiada o coautor ou partícipe colabora entregando, denunciando um terceiro, isso não significa que não possa haver colaboração premiada sem que se impute um fato a outrem, nos moldes de uma *delatio criminis* tradicional. A simples confissão, com significativa colaboração, como a entrega de provas e dos lucros auferidos com a conduta criminosa também pode ser premiada e se constituir em importante colaboração com a investigação.

No Brasil, tanto a delação como a colaboração premiada estão previstas em diversas leis. Todavia, estes institutos foram melhor sistematizados na Lei nº 12.850/2013 – a nova lei de organizações criminosas – mais precisamente nos arts. 4º a 7º sob a rubrica “Da colaboração Premiada”.

Malgrado as inúmeras críticas dirigidas aos referidos institutos pelos mais diversos segmentos da ciência jurídica, a delação e a colaboração premiadas são ferramentas das quais não se pode prescindir no âmbito de uma investigação que se pretende séria e minimamente eficaz contra atos de corrupção. O uso das *offshores*, a ocultação de recursos financeiros nos paraísos fiscais, o grande número de agentes envolvidos na rede de corrupção em que *A* exige de *B* um certo valor a título de propina para realizar determinado ato de ofício, mas a propina lhe chega depois de percorrer longo caminho passando pelas mãos de dezenas de envolvidos, a forma calculada e amplamente planejada com que se realiza o ato de ofício de sorte a lançar uma cortina de fumaça sobre os seus reais beneficiários, tudo isso deixa o investigador na dependência direta de um colaborador, o que torna extremamente valiosa uma delação.

Não se está aqui afirmando que não é preciso ter cautela ao pretender valorar como prova as declarações de um delator ou mesmo que toda e qualquer prova obtida a partir de uma delação ou colaboração premiada terá igual e irrestrito peso. É preciso desconfiar e sopesar as razões que moveram o delator a fim de se evitar a legalização de denúncias caluniosas. Todavia, a exigência de cautela não pode significar o rechaço puro e simples de tais importantes institutos sob o

manto de que seriam, todos, marcados por uma imoralidade que macularia irremediavelmente o instituto.

A história recente mostra a importância e a imprescindibilidade da delação e da colaboração premiadas para o desbaratamento de grandes esquemas de corrupção, como ocorreu na seara das operações Lava-jato, no Brasil, e Mãos Limpas, na Itália.

De toda sorte, no caso brasileiro, devidamente regulamentadas por lei federal, a delação e a colaboração premiadas, a par das severas críticas suportadas, foram referendadas pela Suprema Corte em diversas decisões, no bojo das quais se exigiu apenas a observância de determinados requisitos, todos previstos em lei, para a sua homologação e validação.

Whistleblowing

A legislação *whistleblowing* apresenta instituto muito semelhante à uma delação ou colaboração premiadas, todavia, difere daqueles institutos substancialmente à medida em que pressupõe que o autor da *notitia criminis* ou do malfeito se trate de um cidadão qualquer que não tenha participado do crime, não tenha chegado a integrar de nenhuma forma a organização criminosa denunciada, nem seja o autor dos atos ilícitos objeto de suas declarações.

Segundo Juliana Magalhães Fernandes de Oliveira³⁵, a legislação *whistleblowing* cria um instituto de política criminal para a descoberta de atos ilícitos. A ideia básica é transformar cidadãos em informantes (denunciantes) em favor do Estado. Prossegue a autora esclarecendo que:

O instituto não se confunde com a chamada delação premiada [...]. A delação premiada é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório ou em outro ato processual. [...] Ao contrário, o agente *whistleblower* não está envolvido na organização criminosa. É um terceiro sabedor de informações relevantes, seja por decorrência do exercício direto de seu trabalho, seja por razões eventuais.³⁶

Em linhas gerais, o que uma legislação *whistleblowing* visa é incentivar o cidadão comum, aqui denominado *whistleblower* (“soprador de apito”) a relatar às autoridades competentes a existência de esquemas de corrupção ou de outros tipos de crimes de especial gravidade e de difícil apuração, oferecendo, como contrapartida, uma recompensa, que pode tanto ser uma quantia fixa em dinheiro, como um percentual dos eventuais recursos públicos repatriados a partir das investigações e processos deflagrados com a sua colaboração.

O instituto, pouco conhecido e difundido especialmente no Brasil, vem sendo largamente utilizado, com excelentes resultados, em outros países, como os Estados Unidos da América. Além de poderem as autoridades públicas contar com o apoio do cidadão comum que, não fosse o incentivo calcado na recompensa financeira dificilmente colaboraria voluntariamente com preciosíssimas informações, afastam-se as tão comuns críticas e impugnações que marcam as delações premiadas.

É muito comum, de fato, as acentuadas críticas de que o instituto da delação premiada ofenderia os paradigmas éticos da Constituição Federal de 1988, “apresentando confiabilidade questionável, uma vez que o delator naturalmente tem interesse na condenação do comparsa delatado para ser beneficiado pelas vantagens legais.”³⁷

Por sua vez o agente *whistleblower* não tem interesse na incriminação do comparsa, pois disto não se beneficia, tampouco integra qualquer grupo criminoso. O *whistleblower* é impelido a agir por razões morais, diante da repugnância natural que exsurge pela constatação de um crime (ou ato ilícito, em geral), destacadamente aqueles cometidos em desfavor da Administração Pública.³⁸

Afigura-se premente, portanto, que notadamente países como o Brasil, assolados pela corrupção sistêmica, aproveem legislações *whistleblowing* a fim de que a luta contra a corrupção possa contar com mais esta poderosa ferramenta abrindo novos caminhos para a investigação de resultados.

O Brasil parece ter dado um primeiro passo em direção à institucionalização do *whistleblowing* em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, editou-se a Lei nº 13.608, em 10.01.2018 que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais. No art. 4º, a citada lei prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos.

Consoante preleciona Rhasmye El Rafih³⁹, fato é que muito embora a Lei nº 13.608/18 apenas se refira aos crimes (e ilícitos) administrativos, ela inaugurou um caminho que tende a abranger também crimes de toda ordem: relacionados à defesa do patrimônio público, da probidade administrativa, da organização e do exercício dos direitos políticos, dos direitos humanos, da ordem econômica e tributária, do sistema financeiro, da prestação de serviços públicos, do meio ambiente, da saúde pública, das relações de consumo e da livre concorrência.

Prisão preventiva

Conquanto se revista do status de *extrema ratio*, mormente após a mini reforma do Código de Processo Penal brasileiro de 2011, que modificou a sistemática infra-constitucional das medidas cautelares, a prisão preventiva em muitos casos não só pode, como deve ser aplicada independentemente da submissão prévia do acusado ou investigado a outros modelos de restrição menos invasivas de suas liberdades fundamentais.

Assim, embora deva ser utilizada com parcimônia e responsabilidade, a prisão preventiva é instrumento processual legítimo e que, observados os requisitos e pressupostos legais que a autorizam, não tem a sua decretação vinculada à prévia utilização de outros meios menos gravosos. É medida de exceção, mas que pode ser decretada ou mantida sempre que se fizerem presentes os requisitos dos artigos 311 e seguintes, do Código de Processo Penal.

Como preleciona Eduardo Espínola Filho a prisão preventiva é uma medida de força, em sacrifício da liberdade individual, reclamada pelo interesse social de apurar perfeita e completamente as violações da lei penal e:

“[...] possui a tríplice finalidade de assegurar, à justiça, que se conserve, à sua disposição, acessível, no distrito da culpa, o indicado como responsável por uma infração penal; de evitar as manobras, de que possa lançar mão, para estorvar a produção regular da prova; de garantir a sociedade contra o prosseguimento da atividade delituosa do agente.⁴⁰

Dessa forma, a prisão preventiva não raro pode se apresentar como instrumento legítimo e imprescindível para tanto no âmbito das investigações, como durante o desenrolar dos processos por crimes de corrupção. Em muitos casos apenas a prisão do agente corrupto é que poderá garantir o livre acesso dos investigadores às provas, bem como garantir que elas não sejam destruídas ou inutilizadas. Em outras tantas, a colheita de elementos fundamentais para o desbaratamento de uma intrincada rede de corrupção somente terá êxito, mesmo em se tratando da prova testemunhal, estando o corrupto respondendo às investigações ou ao processo devidamente custodiado.

O que se repudia, não se pode confundir, mesmo em matéria de corrupção, é o abuso da prisão preventiva com vistas a exercer pressão nos custodiados em busca de delações ou colaborações premiadas. Afora isso, a prisão preventiva, desde que adstrita às hipóteses legais de risco para as investigações e para o processo, não pode ser descartada, podendo perfeitamente ser largamente utilizada para que o Estado possa cumprir com eficácia a árdua função de controle da corrupção.

Do necessário aprimoramento da lei material e processual penal

Antonio Del Moral Garcia⁴¹ afirma que embora o Direito Penal não seja capaz de, por si só, acabar com a corrupção, ele pode e deve contribuir para isso. Mas, o renomado autor adverte sobre a necessidade de reformas tanto na legislação penal, como na legislação processual penal para que estas legislações apresentem-se, de fato, como instrumentos eficazes e não meramente simbólicos na luta contra a corrupção.⁴² Para o autor, nada obstante, as causas da ineficiência da Justiça Penal para neutralizar de forma exitosa estes fenômenos não teríamos que buscá-las primariamente na deficiência das leis substantivas (Direito Penal material). Seria, segundo o lecionado, eminentemente processual o território no qual se imporiam mudanças que redundariam em uma maior eficácia da Justiça Criminal.⁴³

Coadunamos com as assertivas do citado autor no sentido de que de pouca valia terá as modificações no Código Penal (embora necessárias e urgentes) se não promovermos, ao mesmo tempo, profundas reformas na legislação processual, retirando os seculares e tradicionais entraves ao bom andamento das investigações e do processo. Um Direito Penal eficaz não é aquele que promete penas elevadas e extremamente graves, mas, e sobretudo, aquele que se compromete com uma punição certa, célere e eficaz.

Sabemos que as medidas mais eficazes de prevenção da corrupção estão a cargo do Direito Administrativo. A Convenção de Mérida, no capítulo II, que trata das medidas preventivas da corrupção, deixa isto bastante claro, ao recomendar a cada Estado signatário a adoção de medidas para dar mais transparência às licitações e aos contratos públicos, aprimorar a gestão dos assuntos e bens públicos, cuidar adequadamente da admissão, demissão e aposentadoria dos servidores públicos e instituir mecanismos de prestação de contas adequados e eficientes.

Mas essas medidas administrativas não retiram do Direito Penal a sua parcela de responsabilidade também sobre a prevenção. Um Direito Penal que se pretende eficaz no controle da corrupção precisa necessariamente contribuir com sanções que desencorajem a prática corrupta. Sempre que o agente público compreender que os lucros obtidos com o crime serão infinitamente menores do que o preço a ser pago ao Estado por meio da reprimenda penal, ele vai pensar duas vezes antes

de agir. Mas não é só. É mister que o corrupto, mais do que conhecer a gravidade da sanção a que pode estar sujeito, precisa ter a certeza de que será condenado e que a condenação não tardará a ocorrer.

Então, a primeira reforma a ser feita na lei substantiva seria a adequação das penas previstas para os mais diversos crimes nos quais ordinariamente incorre o corrupto, tornando-as proporcionais aos delitos cometidos e aos ganhos auferidos ou almejados pelo agente público malfeitor. E aqui não estamos falando apenas de penas de prisão, mas igualmente e especialmente de penas não corporais, como a inserção de pesadas multas, efetivo ressarcimento aos cofres públicos lesados, perda do cargo e da função pública e a inabilitação para a contratação com o Poder Público por consideráveis lapsos temporais.

De ver-se, portanto, que uma reforma no Direito Penal para transformá-lo em um instrumento mais eficaz no controle do complexo fenômeno da corrupção não passa necessariamente pela criação de uma infinidade de tipos penais, sendo suficiente, muito provavelmente, apenas uma minirreforma nos tipos que aí estão e a inclusão de algumas poucas novas infrações penais, dentre elas o crime de enriquecimento ilícito, recomendado pela Convenção de Mérida e do qual teceremos algumas considerações nos tópicos que se seguem. Tudo, claro, acompanhado de uma necessária reforma, esta sim de maior amplitude, no Direito Processual Penal transformando-o em um instrumento capaz de garantir a celeridade e a certeza da incidência penal.

É importante não olvidar, nesta seara, como preleciona Alfaro, que:

[...] o denominador comum da corrupção como categoria jurídico-penal não passa então pela qualidade especial do autor do delito, senão por aquilo que a tipificação penal pretende evitar, que não é outra coisa que o desvio da função pública dos interesses gerais determinados de conformidade com a Constituição e com as leis.⁴⁴

Assim, quando falamos de crimes de corrupção não estamos necessariamente nos referindo aos crimes previstos no capítulo dos crimes contra a Administração Pública. Qualquer reforma minimamente séria deve atentar para toda uma gama de delitos que normalmente são alcançados pelas redes de corruptos, como a lavagem de capitais, no Brasil prevista na Lei 9.613/98, o crime de organização criminosa, previsto em nosso país na Lei 12.850/2013, a obstrução da Justiça, além de diversos outros delitos insertos na legislação muitas das vezes genericamente como fraudes diversas, a falsificação e o uso de documento falso etc.

Como Alfaro muito bem observa,

[...] um esboço de corrupção como categoria jurídico-penal poderia abarcar desde delitos contra a Administração Pública até manifestações de delinquência econômica organizada que utilizem a corrupção como método de infiltração nos poderes públicos, passando por casos de criminalidade governamental e formas de delinquência socioeconômica, como as fraudes em prejuízo do patrimônio estatal ou do patrimônio público comunitário [...].⁴⁵

No condensado limite deste artigo, porém, trataremos breve e pontualmente apenas das principais reformas que sugerimos sejam levadas a efeito com maior urgência tanto no Direito Penal material, como no Direito Processual Penal.

Direito Penal material

Nos limitaremos, em razão dos objetivos deste trabalho e diante da impossibilidade de aprofundamento do tema, a apontar duas medidas que reputamos mais prementes no âmbito das modificações da lei penal substancial: a ampliação dos prazos prescricionais e a tipificação do delito de enriquecimento ilícito.

Da prescrição

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção prevê expressamente, no artigo 29, do Capítulo III, que trata da penalização e da aplicação da Lei que:

Cada Estado Parte estabelecerá, quando proceder, de acordo com sua legislação interna, um prazo de prescrição amplo para iniciar processos por quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção e estabelecerá um prazo maior ou interromperá a prescrição quando o presumido delincente tenha evadido da administração da justiça.

Grande parte dos países signatários, no entanto, incluindo o Brasil, não adotaram nenhuma medida no sentido de cumprir os termos da recomendação feita pelas Nações Unidas e subscrita por eles próprios.

É importante observar, todavia, que no caso do Brasil, por exemplo, o que se verifica também nos ordenamentos jurídicos de outros países, ampliar os prazos prescricionais importa, necessariamente, na majoração das penas. Nas hipóteses de corrupção sistêmica, em que a grande maioria dos parlamentares a quem incumbe a reforma está sendo investigada ou processada por crimes de corrupção, caso brasileiro, majorar penas e incrementar prazos prescricionais constitui verdadeiro tabu, sendo tarefa das mais difíceis e que precisa contar com forte apelo popular.

Outra questão interessante a ser observada, também tomando como exemplo o ordenamento jurídico brasileiro, é que os crimes contra a Administração Pública normalmente contam com penas máximas cominadas de considerável gravidade. Os crimes de peculato e de corrupção passiva, previstos nos arts. 312 e 317, do Código Penal Brasileiro, *v. g.*, têm como pena máxima 12 anos de reclusão, além da multa. O Crime de concussão, a seu turno, conta com pena máxima cominada de 8 anos de reclusão.

A princípio cria-se no imaginário popular a falsa ideia de que o legislador não só cominou penas privativas de liberdade gravíssimas para tais delitos como cuidou de alargar, por conseguinte, os prazos de prescrição, uma vez que da combinação dos artigos citados com os dispositivos legais que regulam os prazos prescricionais no Código Penal brasileiro (artigos 109 e seguintes), a prescrição se verificaria, para a corrupção e o peculato em 16 anos e, para a concussão, em 12 anos.

É cediço, todavia, que há no Brasil atualmente uma verdadeira cultura da pena mínima, restando a pena máxima cominada como um balizamento legal meramente simbólico, quase nunca invocado. O que de fato acaba por regular a prescrição é a pena mínima que, uma vez concretizada na sentença, passa a direcionar não apenas a prescrição da pretensão executória como, ademais, a prescrição da pretensão punitiva (prescrição retroativa, art. 110, do Código Penal) e a prescrição intercorrente, privilegiada, a primeira, pelo longo decurso do processo e,

a segunda, pela grande quantidade de recursos protelatários postos à disposição dos corruptos processados.⁴⁶

Retornado aos exemplos citados dos crimes de peculato, corrupção passiva e concussão, tem-se que malgrado as relativamente altas penas máximas, a tais crimes são cominadas penas mínimas muito baixas. Para os três crimes, com efeito, o legislador brasileiro prevê penas mínimas de apenas 2 anos de reclusão, o que faz com que a prescrição se verifique em diminutos 4 anos.

É preciso, pois, que se exija uma reforma emergencial que corrija as distorções, sob pena de perpetuação do cenário atual em que a impunidade no mais das vezes grassa porque as autoridades encarregadas da investigação e do processo, ainda que consigam descortinar os obscuros esquemas de corrupção, não gozam de tempo suficiente para o manejo e o sucesso das respectivas ações penais. Ou, por outro lado, ainda que exemplarmente condenados, os corruptos dificilmente chegam a cumprir suas penas. Como dito, o que regula os prazos prescricionais quando eles de fato importam é a pena mínima e não a máxima cominada aos diversos delitos.

Outra importante medida recomendada pela convenção da Onu contra a corrupção, mas que até o momento constitui letra morta, é a criação de novos marcos interruptivos da prescrição, a ser verificados tanto durante as investigações, como no decorrer da ação penal e sempre que o investigado ou acusado praticar qualquer tipo de manobra tendente a protelação do feito com vistas à ocorrência da prescrição.

Da tipificação do crime de enriquecimento ilícito

A Convenção de Mérida contra a Corrupção prevê, em seu artigo 20, que os Estados Parte promovam, em seus ordenamentos jurídicos, a inserção de um novo crime, *o crime de enriquecimento ilícito*.

Verbis:

Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Nesse mesmo sentido, a Convenção Interamericana contra a Corrupção recomenda a tipificação do referido delito.

A tipificação de um delito que puna o simples enriquecimento seu causa é de suma e fundamental importância no atual cenário mundial em que a corrupção ultrapassa as fronteiras de países e continentes e se diversifica e se ramifica de tal forma a tornar difícil ou praticamente impossível que no âmbito de um processo criminal se demonstre cabalmente a prática de toda uma cadeia de atos necessárias à condenação dos delinquentes na imensa maioria dos crimes contra a Administração Pública e correlatos. Mesmo quando os investigadores conseguem rastrear o tortuoso caminho dos recursos financeiros pagos a título de propina e identificar os agentes responsáveis em meio a uma verdadeira cadeia de envolvidos, permanece a dificuldade ou a impossibilidade de se comprovar a realização de um determinado

ato de ofício e de que maneira a referida atuação do servidor público teria beneficiado o pagante. Na imensa maioria dos casos é possível demonstrar facilmente o descompasso entre o patrimônio do sujeito, adquirido após a assunção de cargo, emprego ou função pública. Já comprovar o liame entre o acréscimo patrimonial e alguma prática ilícita no mais das vezes é extremamente difícil, senão impossível.

Encontrar, porém, a descrição, uma espécie de tipo-penal modelo para o crime de enriquecimento ilícito que sirva de eficaz instrumento de controle social da corrupção, mas, ao mesmo tempo, preserve os postulados centrais do Estado democrático de direito, seja talvez o verdadeiro desafio.

Tipificar o enriquecimento ilícito nada mais é do que descrever um tipo penal que comine uma sanção para a incapacidade de se demonstrar satisfatoriamente a origem lícita um patrimônio vultoso e incompatível com os ganhos regulares do agente. O grande desafio, no entanto, como acentua Héctor Hernández Basualto⁴⁷, é encontrar a adequada tipificação que seja compatível com as garantias penais e processuais básicas de um Estado de Direito sem incorrer no abuso de tipificações abertas, em tipos legais permeados por conceitos vagos e indeterminados, escudados em normas penais em branco, ora a consubstanciar condutas já previstas em outros tipos incriminadores dando ensejo à verdadeiro conflito aparente de normas e, por conseguinte, a manifesto *bis in eadem* e, em maior ou menor medida, a violações de direitos fundamentais ao pretender aberrações tais como a inversão do ônus probatório com o nítido afastamento tácito do princípio da presunção de inocência.

Outra questão importante a ser levada em consideração é se o mais adequado seria a tipificação ampla do enriquecimento ilícito, como ocorre no Direito Francês ou se apenas deveria o legislador se preocupar com o enriquecimento ilícito em matéria de crimes funcionais, como se dá no Direito dos países ibero-americanos.⁴⁸

De fato, a análise do ordenamento jurídico francês, da qual se encarregou o professor Chileno, releva que a tradição francesa é a da tipificação do enriquecimento ilícito de forma ampla, de sorte a atingir crimes como aqueles praticados por organizações criminosas, o tráfico ilícito de entorpecentes e até mesmo crimes sexuais. A incriminação que tem tido maior notoriedade naquele país, no entanto, é aquela que pune o enriquecimento ilícito do agente que, possuindo simples laços de habitualidade com pessoas dedicadas ao tráfico ou ao uso de drogas, não consegue justificar a origem de seu patrimônio.⁴⁹

Dispõe, com efeito, o artigo 222-39-1, do Código Penal francês, com redação dada Lei nº 96-392, de 13 de maio de 1996:

O fato de não poder justificar os recursos correspondentes ao seu patrimônio, possuindo relações habituais com uma ou mais pessoas dedicadas a alguma das atividades reprimidas pela presente seção [*tráfico ilícito de estupefacientes*] o com várias pessoas dedicadas ao uso de entorpecentes, será apenado com pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e multa de 500.000 francos.

Mais recentemente, atento à onda de terrorismo que assolou aquele país e diversos outros países europeus, o legislador francês entendeu por bem tipificar um novo delito de enriquecimento sem causa, desta feita para atingir qualquer crime grave:

O novo art. 321-6, do Código francês, assim dispõe:

O fato de não poder justificar os recursos correspondentes a seu patrimônio ou de não poder justificar a origem de um bem do qual detém a posse, mantendo relações habituais

com uma ou mais pessoas que se dediquem a prática de crimes ou de delitos punidos com pelo menos 5 (cinco) anos de prisão e que lhes reportem em benefício direto ou indireto [...], será punido com uma pena de 3 (três) anos de prisão e multa de 75.000 euros. Será punido com as mesmas penas o fato de facilitar a justificação de recursos fictícios para pessoas que se dediquem à prática de crimes ou de delitos punidos com pelo menos 5 (cinco) anos de prisão ou que lhes reportem em benefício direto ou indireto.

O professor Héctor Basualto⁵⁰ atenta, por outro lado, para o fato de que diversamente do ordenamento jurídico francês, a tendência ibero-americana é a de tipificar o delito de enriquecimento ilícito circunscrevendo-o aos crimes contra a Administração Pública.

Preleciona, ademais, o citado autor que se antes era tímida a tendência à tipificação do crime de enriquecimento ilícito na América latina, após o advento da Convenção Interamericana contra a Corrupção o cenário mudou, haja vista que esta carta de direitos exerceu forte influência sobre ditos países, criando uma verdadeira tendência à sua tipificação. Na atualidade, são vários os países latino-americanos que contam com uma tipificação penal nesses moldes: Argentina, Peru, Colômbia, Chile, dentre outros.

Infelizmente o Brasil ainda não sucumbiu às recomendações da ONU e da OEA e segue refratário à uma discussão mais séria nesse sentido. O mais próximo que chegamos da inclusão em nosso ordenamento de um tipo penal destinado à punição do enriquecimento ilícito foi o projeto de lei oriundo das “10 Medidas contra a Corrupção”, proposto a partir de uma campanha pública promovida inicialmente pelo Ministério Público Federal, especialmente pelos procuradores integrantes da Força Tarefa. Projeto de lei este que, como é público e notório, foi completamente desfigurado quando chegou ao Congresso Nacional.

O tipo penal proposto estava assim redigido:

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Sem deixarmos de louvar a iniciativa do Ministério Público Federal, acreditamos, no entanto, que um tipo penal do enriquecimento ilícito que não corra o risco de se tornar letra morta, caindo na vala comum de toda uma miríade de crimes meramente simbólicos que permeiam o nosso ordenamento jurídico, precisa ganhar em amplitude e prever sanções mais severas, especialmente aquelas que alcançam a vida pública futura do agente corrupto. O tipo penal inserto no artigo 268-2, do Código Penal argentino parece ser um importante ponto de partida:

Enfoque-se:

Será punido com pena de prisão de 02 (dois) a 06 (seis) anos, multa de 50% a 100% do valor do enriquecimento e inabilitação absoluta e perpétua, aquele que, devidamente requerido, não justificar a procedência de um enriquecimento patrimonial apreciável seu ou de interposta pessoa utilizada para dissimulá-lo, ocorrido posteriormente à assunção de um cargo ou emprego público e até 02 (dois) anos após cessado o seu exercício. Se entenderá que houve enriquecimento não apenas quando o patrimônio se houver incrementado com dinheiro, coisas ou bens, senão também quando se houver cancelado dívidas ou extinguido obrigações que afetavam o agente. A pessoa interposta para dissimular o enriquecimento será punida com a mesma pena que o autor do fato.

Observe-se que o modelo argentino é bem mais amplo e completo do que aquele projetado para a legislação brasileira. Além de praticamente não deixar nenhuma válvula de escape para o corrupto, alcança expressamente o patrimônio de pessoa interposta, os populares “laranjas” e prevê sanções de proibição de inabilitação para o serviço e a contratação com o Poder Público para o resto da vida do corrupto.

Direito Processual penal

Como dito, de pouca valia terão as modificações no âmbito do Direito Penal, por mais profundas, se mantivermos um sistema processual penal arcaico e composto de dispositivos legais vetustos e que se apresenta como o verdadeiro obstáculo à efetividade da Justiça Penal, deficiências que se agravam em matéria de ações e de investigações envolvendo as complexas redes de corrupção de que cuidamos linhas alhures. Mais uma vez a preciosa lição do Magistrado Espanhol Antonio Del Moral García aqui se amolda como uma luva:

A ineficiência da Justiça penal frente aos fenômenos de corrupção é patente. As condenações até que ocorrem. Mas acontecem tarde demais em razão de longos e incômodos processos. As investigações se prolongam: reiteram-se diligências, os autos vão se avolumando. Se acumula documentação cujo exame e sistematização se faz difícil e tormentoso, tomando muito tempo dos investigadores. A cada vez vão surgindo mais condutas e novos imputados.⁵¹

A situação do direito processual brasileiro talvez se apresente ainda mais deficiente e ineficaz do que aquela apresentada pelo citado autor ao se referir ao modelo espanhol. A exemplo do que ocorre com as investigações espanholas retratadas pelo magistrado, no Brasil possibilita-se ao investigado apresentar, como matéria de defesa ou simples esclarecimento, já no limiar das investigações, volumoso acervo documental, artimanha corriqueira dos investigados que, conhecendo as deficiências e limitações técnicas dos investigadores, contribuem para a formação de altos de grande volume cuja tendência é o seu esquecimento nos escaninhos da Polícia e do Ministério Público diante até da dificuldade de manuseio, quiçá de sistematização e escorreita análise.

Mas não é só. Existem no processo penal brasileiro diversos pontos e institutos carentes de reforma ou até mesmo de extinção, porquanto constituem verdadeiros entraves que impedem que um processo por corrupção possua uma duração razoável e atinja o seu objetivo, qual seja, uma sentença condenatória e, mais do

que isso, uma condenação não tardia, que possa ser executada a tempo e modo, permitindo, de fato, ao Direito Penal, cumprir com a sua missão constitucional. Citemos alguns deles:

Notificação prévia do réu para responder a denúncia

Exige-se, no processo penal brasileiro (art. 514), que o funcionário público processado por crimes praticados no exercício da função seja notificado para que apresente defesa antes mesmo do recebimento da denúncia. Como destaca Nestor Távora⁵², a grande peculiaridade do processo e do julgamento dos crimes envolvendo funcionários públicos é a exigência de notificação prévia do denunciando antes do recebimento da denúncia. Em outras palavras, o investigado se defende amplamente durante os longos anos de investigação; recebe nova oportunidade de defesa logo que proposta a ação penal, antes de seu conhecimento e recebimento pelo Poder Judiciário. E, uma vez mais, tem nova e ampla oportunidade de defesa reaberta logo após a instrução e antes de sua defesa propriamente dita no decorrer da instrução e antes da prolação da sentença final.

Esta exigência legal, a par de absurda, tem como resultado prático, na imensa maioria dos casos, a impunidade. Os processos criminais por crimes movidos contra funcionários públicos permanecem anos paralisados apenas aguardando a sua localização para a intimação e apresentação desta evidentemente desnecessária resposta que antecede o recebimento da denúncia. Há, pois, toda uma gama de ações ajuizadas que são extintas antes mesmo de sua aceitação pela Justiça. Sem contar que quando o Estado consegue notificar o suspeito, após a resposta e com a decisão de recebimento da denúncia, a lei exige a citação propriamente dita, sob pena de nulidade do processo. Perde-se, apenas com estes dois atos, vários anos, tempo este que poderia ser utilizado para a real instrução e condenação dos culpados, mas que acaba apenas sendo contabilizado para os fins da prescrição, que fatalmente ocorrerá nestes casos.

O Superior Tribunal de Justiça, atento a esta realidade, tentou restringir o alcance do ultrapassado dispositivo legal, limitando-o apenas àquelas situações em que a denúncia toma como base elementos de convicção que chegaram ao Ministério Público por outras vias, diversas do inquérito policial.

Diz a Súmula 330, do STJ:

“É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514, do Código de Processo Penal, na ação instruída por inquérito policial.”

Mas essa medida, conquanto digna de aplausos, não é suficiente. A uma porque a imensa maioria das ações penais ajuizadas por crimes perpetrados por funcionários públicos atualmente têm como base peças de informação produzidas no âmbito de inquéritos civis públicos ou outros expedientes a cargo do Ministério Público. Cada vez mais afasta-se da polícia judiciária, especialmente da polícia dos Estados, esta incumbência, sobretudo diante da alta complexidade das investigações e do pouco ou nenhum aparelhamento técnico das polícias. Segundo, porque a Súmula, não contendo caráter vinculante, tem sido simplesmente ignorada por juízes e tribunais, ancorados na doutrina que em sua maioria tem se apresentado refratária à posição da Corte Superior.

Prioridade de tramitação

A exemplo dos crimes hediondos e equiparados, também os crimes de corrupção deveriam receber da Justiça Criminal tratamento prioritário. De fato, a recente Lei nº 13.285, de 2016, inseriu no Código de Processo Penal brasileiro o art. 394-A, que prevê que os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação. Ora, quer algo mais hediondo do que a corrupção? O legislador brasileiro perdeu uma excelente oportunidade tanto de incluir a corrupção no rol dos crimes hediondos, como de inseri-la na lista dos processos que tramitarão de forma prioritária. Prazos prescricionais curtos, processos volumosos e com dezenas de acusados e sem o rótulo da tramitação prioritária formam os ingredientes perfeitos para a prescrição e, por conseguinte, a impunidade.

Foro privilegiado

Previsto pela primeira vez na Constituição Republicana de 1891, no seu art. 57, § 2º, que deu competência ao Senado para julgar os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade e, ao STF, para julgar os juízes federais inferiores (art. 57, § 2º) e o Presidente da República e os Ministros de estado nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 59, II), o foro privilegiado sempre existiu no Brasil a partir de então, ora em menor, ora em maior grau, previsto em todas as Constituições subsequentes.

Com a Constituição Federal de 1988, no entanto, o foro por prerrogativa de função, além de não ser extinto – seria este o papel de uma constituição que se pretende a mais democrática de todas – foi consideravelmente ampliado. São milhares de políticos e de autoridades no Brasil desde a sua edição, que passaram, então, a contar com o verdadeiro privilégio de serem julgadas por um tribunal especial. Diz-se verdadeiro privilégio porque o foro por prerrogativa de função, em sua essência, visa à proteção do cargo, ao resguardo do interesse público inerente à função, e não à subtração deste ou daquele agente do juiz ou do tribunal capaz de julgá-lo de forma justa e eficaz, como é o que se tem visto na prática.

Não é razoável, ademais, que o agente público goze do Direito de ser julgado por um tribunal especial mesmo quando o crime por ele praticado ocorreu fora do âmbito de suas funções ou mesmo antes de seu exercício e não guarda nenhuma relação com cargos, empregos ou funções públicas, tratando-se de um crime comum, como é a regra no Brasil.

O plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em recente data – 03/5/2018 – ao julgar questão de ordem no âmbito da Ação Penal 937, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Marcos da Rocha Mendes, reconheceu a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função, senão em sua inteireza pelo menos em seu sentido e alcance, decidindo, por maioria de votos (7x4) restringir o benefício. Segundo a Corte Suprema, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal somente terão direito ao foro especial com relação aos crimes praticados durante o exercício de suas funções e que guardem estreita conexão com o cargo público. Crimes praticados antes do exercício dos mandatos ou mesmo os crimes comuns praticados durante o exercício do múnus público são julgados pela Justiça comum, resguardadas as regras ordinárias de competência.

A decisão do STF constitui inegável avanço, embora ainda não seja a melhor, tampouco a definitiva solução para a questão. Apenas com o fim do foro privilegiado

ou com a sua verdadeira restrição a situações excepcionalíssimas em que de fato o tratamento igualitário colocaria em risco a causa pública, é que se possibilitará a punição mais célere, imparcial e efetiva dos políticos envolvidos em esquemas de corrupção.

CONCLUSÃO

Os crimes contra a Administração Pública abarcam algumas das infrações penais mais nefastas e devastadoras, uma vez que, geralmente, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente causam dano a um número indeterminado de pessoas, a exemplo do que ocorre com o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317, do Código Penal brasileiro.

Na maioria das vezes, a sociedade não tem ideia dos estragos causados quando um funcionário corrupto lesa o erário. Imagine-se, tão somente para efeitos de raciocínio, os danos causados por um superfaturamento de uma obra pública. O dinheiro gasto desnecessariamente na obra impede que outros recursos sejam empregados em setores vitais da sociedade, como ocorre com a saúde, fazendo com que pessoas morram na fila de hospitais por falta de atendimento, haja vista que o Estado não tem recursos suficientes para a contratação de um número adequado de profissionais, ou mesmo que, uma vez atendidas, essas pessoas não possam ser tratadas, já que faltam os necessários medicamentos em suas prateleiras. Sem querer ir muito longe, perdemos a conta de quantas vezes já ouvimos, pela imprensa, que a merenda escolar não estava sendo oferecida na rede pública de ensino por falta de verbas.

Assim, só por amostragem, percebe-se que muitas infrações praticadas contra a Administração Pública são infinitamente mais graves do que até mesmo aquelas elencadas no Título I do Código Penal brasileiro, que trata dos crimes contra a pessoa. Sem querer exagerar, mas fazendo uma radiografia dos efeitos gerados por determinados crimes praticados contra a Administração Pública, podemos afirmar que o homicida pode causar a morte de uma ou mesmo de algumas pessoas, enquanto o autor de determinados crimes contra a Administração Pública, a exemplo do que ocorre com o crime de corrupção, é um verdadeiro exterminador, uma vez que, com seu comportamento, pode produzir a morte de centenas de pessoas, pois não permite ao Estado cumprir com as funções sociais que lhe são constitucionalmente atribuídas.

A prevenção e o tratamento punitivo da corrupção, portanto, deve estar na ordem do dia, merecendo lugar de destaque entre as prioridades estatais. Todavia, como procuramos demonstrar no limitado espaço deste artigo, sem nenhuma pretensão de esgotar o tormentoso tema, seria utópico crer que o Direito Penal, por si, seria capaz de erradicar a corrupção ou mesmo de reduzi-la a níveis insignificantes ou mesmo suportáveis. Antes mesmo da intervenção penal, marcadamente repressiva, é mister que se realize um trabalho sério de prevenção a cargo dos demais ramos do Direito, em especial do Direito Administrativo sancionador.

Nada obstante, falhando o Direito Administrativo sancionador e se fazendo necessária a intervenção do Direito Penal, este só terá a eficácia que dele se espera se contar com mecanismos e institutos capazes de efetivamente fazer frente a fenômeno tão complexo como é a corrupção: penas proporcionais, que desestimulem a prática do ato corrupto, prazos prescricionais razoáveis que possibilitem uma

apuração séria e a aplicação da sanção ainda que entre os dois extremos decorra lapsos temporais mais longos, tipos penais que alcancem as condutas mais graves e que facilitem a produção de prova, como a punição do mero enriquecimento ilícito, dentre outros. E, por fim, um Direito Processual penal livre dos tradicionais entraves burocráticos e que forneça ao Direito substancial um instrumental que lhe garanta o cumprimento de sua missão constitucional e, o mais importante, garanta a certeza da punição.

NOTAS

- 1 *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Nueva York: Naciones Unidas.*
- 2 SKOL, Michael. Apresentação da obra *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis interdisciplinar*. Coord. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 9-10.
- 3 GARCÍA-SAUCO, Antonio Núñez. *La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*. In *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis interdisciplinar*. Coord. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 13-14.
- 4 PATINO, María Victoria Muriel. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*. In *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis interdisciplinar*. Coord. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 27-39.
- 5 MENDIETA, Manuel Villoria. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 26.
- 6 Ídem, p. 12.
- 7 Ídem, p. 12.
- 8 KHELLBERG, Francesco. *Corruption as an analytical problem: some notes on research in public corruption*. Artigo apresentado no *International Political Science Association XVIII World Congress*, Quebec, Agosto 1-5.
- 9 *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*. In *La Corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar: Coordinadores Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 27.
- 10 *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 26.
- 11 A corrupção pode ser classificada como sistêmica, subsistêmica e dispersa a depender do nível em que se encontram suas práticas no interior de determinada sociedade. A primeira denominação é reservada para as situações em que ela domina a totalidade do sistema político, como parece ser o caso do Brasil. A esse fenômeno Ferrajoli denomina de um infraestado no interior de outro Estado que assume a condição de fachada. Corrupção subsistêmica é aquela que domina apenas um setor do Estado, como a polícia ou a os órgãos fiscais da receita, por exemplo. Dispersa, por fim, é a corrupção que se manifesta apenas em casos isolados. (Collao, Luis Rodríguez. *Delimitación del concepto penal de corrupción*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, Chile, 2004, p. 339-359.
- 12 FONTÁN, María Viviana Caruso. *El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado*. *Nueva época*, núm. 9/2009: 145-172.
- 13 ALFARO, Luis H. Contreras. *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca: Ratio legis, 2005.
- 14 ALFARO, Luis H. Contreras. *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca: Ratio legis, 2005.
- 15 Ídem.
- 16 GOMEZ, Carmen Rodríguez. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública*. In *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, *Ratio Legis*. p. 189-212.
- 17 LÓPEZ, Fernando Rodríguez. *Puede el derecho sancionador frenar la corrupción?*. In *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, *Ratio Legis*. p. 189-212.

- 18 GOMEZ, Carmen Rodríguez. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública. In La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, *Ratio Legis*. p. 189-212.
- 19 GOMEZ, Carmen Rodríguez. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública. In La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, *Ratio Legis*. p. 189-212.
- 20 ALFARO, Luis H. Contreras. *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca: Ratio legis, 2005.
- 21 GARCÍA, Antonio Del Moral. *Justicia Penal y Corrupción: Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson, p. 52-81.
- 22 GOMEZ, Carmen Rodríguez. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública. In La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, *Ratio Legis*. p. 189-212.
- 23 Idem, p. 194.
- 24 *Justicia Penal y Corrupción: Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson, p. 51.
- 25 JIMENEZ SANCHEZ, F. *La corrupción urbanística en España. En I Jornadas de delincuencia medioambiental en Canarias*, enero, 2010.
- 26 *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 11.
- 27 *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 11.
- 28 GOMEZ, Carmen Rodríguez. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública. In La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, *Ratio Legis*. p. 192.
- 29 FELIU, José María Gimeno. *La corrupción en la contratación pública. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson, p. 15.
- 30 Idem, p. 13-49.
- 31 GARCÍA, Antonio del Moral. *Justicia Penal y Corrupción: Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson, p. 51.
- 32 Idem.
- 33 Idem, p. 65.
- 34 Estágio atual da delação premiada no Direito Penal Brasileiro. Disponível em <http://jus.com.br/artigos>.
- 35 OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes de. A urgência de uma legislação *whistleblowing* no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (texto para discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 15.8.2018.
- 36 Idem, p. 6.
- 37 OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. A urgência de uma legislação *whistleblowing* no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (texto para discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 15.8.2018.
- 38 Idem, p. 6.
- 39 Algumas consequências da premiação patrimonial do *whistleblowing* no âmbito criminal e em programas de compliance: impactos inaugurais da Lei 13.608/2018. Boletim IBCCRIM ano 26, nº 39, Agosto de 2018, p. 7-8.
- 40 Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. III, Campinas: Bookseller, 2000, p. 435.
- 41 GARCÍA, Antonio del Moral. *Justicia Penal y Corrupción: Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson.
- 42 GARCÍA, Antonio del Moral. *Justicia Penal y Corrupción: Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson, p. 51-81.

- 43 GARCÍA, Antonio del Moral. *Justicia Penal y Corrupción: análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson, p. 51-81.
- 44 ALFARO, Luis H. Contreras. *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca: Ratio legis, 2005.
- 45 ALFARO, Luis H. Contreras. *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca: Ratio legis, 2005.
- 46 Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais aumentam-se de um terço, se o condenado é reincidente. § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.
- 47 BASUALTO, Héctor Hernández. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVII*. Valparaíso, 2º semestre de 2006. P. 183-222.
- 48 BASUALTO, Héctor Hernández. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVII*. Valparaíso, 2º semestre de 2006. P. 183-222.
- 49 Ídem.
- 50 *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVII*. Valparaíso, 2º semestre de 2006. p. 183-222.
- 51 GARCÍA, Antonio del Moral. *Justicia Penal y Corrupción: Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson, p. 51-81.
- 52 Código de Processo Penal Comentado. Salvador: Editora Jus Podium, 2018.

REFERÊNCIAS

- ALFARO, Luis H. Contreras. *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca: Ratio legis, 2005.
- ANNAN, Kofi A. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Nueva York: Naciones Unidas*.
- BARRA GALLARDO, N. *Fenómenos de corrupción em el mundo actual. Relación entre lo privado y lo público*. Santiago de Chile, 2007.
- BASUALTO, Héctor Hernández. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. Valparaíso-Chile: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. p. 183-222.
- BENITO SANCHEZ, C.D. *Blanqueo de capitales y fraude inmobiliaria. In: Sanz Mulas, N. (coord.). El desafío de la criminalidad organizada*. Granada, 2006, p. 95-128.
- BERNAL, Javier Sánchez. *Efectos endémicos de la corrupción sistémica: una barrea al desarrollo. Salamanca: Tribuna e boletín de la FICP, nº 2014-1, abril*.
- CALLEGARI, A. L. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei nº 9.613/1998*. 2. ed. Porto Alegre, 2008.
- CASTRO CUENCA, C. G. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca, 209.
- CEREZO. *Curso de Derecho Penal español, parte general II, Teoría jurídica del delito*. 6. ed. Madrid 1988; III *Teoría jurídica del delito – 2*, Madrid, 2001.
- COELHO, Edihermes Marques; MESQUITA, Gil Ferreira. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Minas Gerais: Editora Ipedi, 2005.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COCCIOLO, Endrius Eliseo. *Las mutaciones del concepto de corrupción. Revista de llengua i dret, núm. 50*, 2008, p. 17-51.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte General*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1992.

- ENGLISH, K. Introdução ao pensamento jurídico. Nota introdutória e trad. Da 3. ed. Alemã por J. Batista Machado, 1966.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Comentado. Salvador: Editora JusPodium, 2018.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *El delito de blanqueo de capitale*. Madrid, 1998.
- FELIU, José María Gimeno. *La corrupción en la contratación pública. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson.
- FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ed. São Paulo: RT, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. Prefacio de Norberto Bobbio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 925p.
- _____. Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FONTÁN, María Viviana Caruso. *El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado*. Nueva época, núm. 9/2009: 145-172.
- GARCÍA, Antonio Del Moral. *Justicia Penal y Corrupción: Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en las contratación pública y privada*. Madrid: 2016, Editorial Dykinson.
- GARCÍA-SAUICO, Antonio Núñez. *La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. In La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis interdisciplinar*. Coords. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- GOMEZ, Carmen Rodríguez. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública. In La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, Ratio Legis. p. 189-212.
- GONZÁLEZ, Vázquez Carlos. Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, nº 6, 2011. p. 361-408.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2018.
- JIMENEZ SANCHEZ, F. *La corrupción urbanística en España. En I Jornadas de delincuencia medioambiental en Canarias*, enero, 2010.
- KHELLBERG, Francesco. *Corruption as an analytical problem: some notes on research in public corruption*. Artigo apresentado no International Political Science Association XVIII World Congress, Quebec, Agosto.
- LÓPEZ, Fernando Rodríguez. *Puede el derecho sancionador frenar la corrupción?. In La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. coords.: Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: 2004, Ratio Legis.
- MENDIETA, Manuel Villoria. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.
- OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. A urgência de uma legislação *whistleblowing* no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (texto para discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 15.8.2018.
- PATINO, María Victoria Muriel. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis interdisciplinar*. Coords. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Madrid, 20012.
- SKOL, Michael. *Apresentação da obra La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis interdisciplinar*. Coord. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004.



ARQUIVO PESSOAL

ROGÉRIO GRECO é Procurador de Justiça em Minas Gerais; Pós-doutorando pela Università Degli Studi di Messina (Itália); Doutor pela Universidad de Burgos (Espanha); Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Formado Pela National Defense University (William J. Perry Center For Hemispheric Defense Studies) em Combate ao Crime Organizado Transnacional e Redes Ilícitas nas Américas; Especialista em Direito Penal (Teoria do Crime) pela Universidad de Salamanca (Espanha); Palestrante em congressos e universidades em todo o país; autor de diversas obras jurídicas; Embaixador de Cristo.



ARQUIVO PESSOAL

PAULO CESAR DE FREITAS é Promotor de Justiça em Minas Gerais; Doutorando em Ciências Penais e Política Criminal pela Universidad de Salamanca, na Espanha; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Especialista em antiterrorismo, combate à corrupção e às organizações criminosas pela Universidad de Salamanca, na Espanha; professor em Cursos de pós-graduação, palestrante e autor de obras jurídicas.



Comentários à Lei Anticorrupção brasileira nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

■ POR GRAZIELA GONÇALVES SILVA JURADO

“A Lei Anticorrupção completou quatro anos de vigência em janeiro deste ano, trazendo para a legislação brasileira grande avanço no sistema de responsabilização da pessoa jurídica. O maior avanço é a busca por uma atuação conjunta entre o setor público e o privado no combate à corrupção e o incentivo à criação e manutenção de programas efetivos de integridade nas organizações.”

Nos últimos anos a corrupção tem sido destaque nos noticiários internacionais e nacionais, com operações policiais e investigações que descortinam os mais ardilosos esquemas de subornos, fraudes em contratações e desvios de dinheiro público.

Este artigo aborda as formas de responsabilização das empresas privadas e pessoas físicas por atos de corrupção e a aplicação da Lei nº 12.846/2013 nas contratações públicas.

A corrupção é uma das maiores ameaças à boa governança e ao desenvolvimento político e econômico dos Estados. Mas é capaz de ir mais longe, quando afeta o desenvolvimento econômico do país, causa danos às empresas que atuam de forma correta e justa.

Segundo entendimento da professora Fernanda Marinela (2015, p. 13):

A corrupção impossibilita que o governo responda adequadamente às necessidades da população e faz com que a maioria da população seja excluída dos processos decisórios, que passam a se voltar ao atendimento dos interesses daqueles que estão dispostos a pagar pelos privilégios. Essa indevida apropriação do Estado causada pela corrupção gera inúmeros efeitos, todos deletérios, como o enriquecimento ilícito das empresas e dos funcionários corruptos, o prejuízo ao erário, a violação da lei e da moralidade administrativa, perda da eficiência administrativa em razão da elevação indevida dos custos desses negócios, supressão ou redução de políticas públicas como decorrência do desvio de recursos, aumento da carga tributária para compensar o intencional desperdício.

O combate às práticas de corrupção era comumente tratado no âmbito interno de cada governo, sem preocupação com os reflexos nas relações internacionais.

Os Estados Unidos, desde 1977, contam com norma jurídica para combate à corrupção, o *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* (Lei contra Práticas de Corrupção Estrangeira), que trata da responsabilização criminal, administrativa e civil das pessoas jurídicas pelo suborno de funcionários públicos, partidos políticos ou políticos estrangeiros.

Ocorre que esse normativo colocou as empresas americanas em desvantagem concorrencial, uma vez que as demais empresas não eram cobradas nos seus países de origem por atos de corrupção, deixando o governo estadunidense diante de duas possibilidades: abandonar a nova política, ou fazer com que os outros países adotassem a mesma política.

Com a globalização e a interdependência econômica entre países, a comunidade internacional passou a dar maior atenção ao exame das consequências e impactos da corrupção nos negócios internacionais.

Surge, então, o Direito Internacional de Combate à Corrupção para compartilhamento da responsabilidade entre países.

Os tratados internacionais como a Convenção da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), concluído em Paris, em 1997, a Convenção da Organização aos Estados Americanos (OEA), firmada em Caracas, em 1996 e a Convenção das Nações Unidas, firmada em Mérida, em 2003, impulsionaram a cobrança por ações no cenário nacional dos países signatários.

O Brasil fora signatário desses tratados, assumindo o compromisso internacional de responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de corrupção de funcionários estrangeiros, conforme o Decreto nº 3.678/2000, que ratificou o OCDE, o Decreto nº 4.410/2002 que ratificou a Convenção Interamericana e o Decreto nº 5.687/2006 que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra corrupção – Convenção de Mérida.

O Grupo de Trabalho da OCDE, em 2007, avaliando o Estado Brasileiro acerca do cumprimento das disposições do Acordo, criticou a falta de legislação eficiente

para responsabilização das pessoas jurídicas. Entretanto, somente em 2010 o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o anteprojeto, que foi aprovado pela Câmara em 2013, com a promulgação da Lei nº 12.846, em 1º de agosto de 2013.

PRINCIPAIS INOVAÇÕES

A lei, denominada Lei Anticorrupção e também conhecida como Lei da Empresa Limpa é, sem dúvida, um marco legislativo para o combate à corrupção no Brasil, voltada para apenar as pessoas jurídicas praticantes de atos lesivos contra a Administração Pública, tanto nacional, como estrangeira.

Antes da promulgação da Lei da Empresa Limpa, os ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas que se relacionam com o poder público eram tratados pelos normativos como a Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos; crimes de licitação); Lei Federal nº 9.613/98 (crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores); Lei Federal nº 12.529/11 (infrações contra a ordem econômica) e Lei Federal nº 9.613/98, alterada pela Lei nº 12.863/12 (dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores).

Na esfera administrativa, somente era possível sancionar a pessoa jurídica por atos de corrupção, mediante a aplicação da Lei nº 8.666/93, desde que diretamente relacionados ao processo licitatório ou à execução contratual.

Nestes termos, os outros atos de corrupção, como por exemplo, o pagamento de propina a um servidor público, fora do contexto de uma licitação ou de um contrato administrativo, não era passíveis de gerar responsabilização administrativa da pessoa jurídica, dependendo de intervenção judicial para sua punição, o que muitas vezes, ocorria com atraso, não atendendo aos anseios sociais.

A maior inovação da Lei nº 12.846/2013 consiste na possibilidade de responsabilização objetiva de pessoa jurídica pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública.

O direito sancionador sempre esteve vinculado ao princípio da culpabilidade, dependendo da demonstração do dolo ou culpa.

A nova lei incorpora diversos mecanismos de combate à corrupção previstos nos principais tratados internacionais e já consagrados nos ordenamentos jurídicos de diversos países, como os Estados Unidos, Inglaterra e Chile.

O objetivo precípua da norma é a mudança de cultura: onde prevalecia a competência do Estado para manter a lisura e integridade da Administração Pública, a lei anticorrupção trouxe maior participação do setor privado na relação com a Administração Pública, atribuindo-lhe também responsabilidade pela moralidade administrativa, fundada no princípio constitucional da função social da empresa.

Evidentemente que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica não tem o condão de atribuir-lhe a causa de toda corrupção que se encontra arraigada no âmbito das contratações públicas. Entretanto, se por um lado a lei pretende dar maior rigidez à penalização das pessoas jurídicas, por outro se dispõe a incentivar a implantação de programas de governança e integridade corporativa, com a possibilidade de atenuação das sanções.

Dentre as novidades mais relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial (LAC), podemos destacar: a) a responsabilização objetiva; b) a responsabilização nas searas administrativa e cível; c) a independência das esferas, não se vinculando à

esfera penal; d) o incentivo à implantação dos programas de governança e integridade e e) a implantação do acordo de leniência (delação premiada na esfera administrativa) com a possibilidade de negociação e redução de sanção ao infrator que cooperar para a identificação dos demais envolvidos e fornecer informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Dentre as sanções previstas na Lei, evidencia-se o foco na elevada multa pecuniária com a finalidade de desestimular a prática de atos lesivos.

O grande desafio proposto é a busca por atuação conjunta entre Estado e setor privado no combate a corrupção, trazendo para o plano dos fatos a intenção da lei de moralização.

Em agosto de 2018 a Lei completou cinco anos, cuja regulamentação, no âmbito federal, ocorreu pelo Decreto nº 8.420/2015.

Já nos Estados, a regulamentação está presente em apenas 15 deles, além do Distrito Federal AL, ES, GO, MA, MT, MS, MG, PE, PR, RN, SC, SP e TO. Em Mato Grosso do Sul, a regulamentação se encontra no Decreto nº 14.890, de 11 de dezembro de 2017.

APLICAÇÃO DA LEI

Antes do advento da Lei, apenas as pessoas físicas poderiam ser responsabilizadas quando do envolvimento de empresas em atos de corrupção contra a Administração Pública.

Com a nova sistemática, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada, independentemente da responsabilização individual de seus dirigentes ou administradores, ou de qualquer outra pessoa natural que tenha concorrido ou participado para a prática do ato de corrupção.

A responsabilização pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, conforme disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.846/2013 recairá sobre as pessoas jurídicas:

Sociedades empresárias;

- Sociedades simples;

- Fundações;

- Associações de entidades ou pessoas;

- Sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente;

- ONGS e OSCIPs

Note-se que poderão ser responsabilizadas as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado.

A responsabilidade se mantém, mesmo na ocorrência de alterações societárias em razão de fusão, cisão, incorporação e associação.

Abrange também as empresas controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, respondendo solidariamente para o pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

A responsabilização objetiva da pessoa jurídica implica na possibilidade de penalização em virtude de infração administrativa, independentemente de demonstração

do elemento subjetivo, como dolo ou culpa, não importando se os dirigentes da empresa tinham ou não conhecimento, se havia autorizado ou demandado a prática dos atos considerados nocivos por seus colaboradores.

Evidente que isso não significa imputação arbitrária de sanções administrativas a uma pessoa jurídica.

Para tanto, a lei exige a demonstração dos elementos: conduta, resultado e nexo causal. Ou seja, que tenha sido praticado um ato lesivo previsto na Lei, em interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica.

O interesse ou benefício de que trata o art. 2º da Lei nº 12.846/2013 não se refere à necessidade de demonstração da ocorrência, de fato, do benefício ou a concretização do interesse, basta que tenha sido praticado o ato lesivo visando alcançá-los.

Nesse sentido, para que não lhe seja imputada a responsabilidade objetiva, a empresa deverá comprovar a inoportunidade do ato lesivo, ou que sua prática não tenha sido em seu proveito ou interesse.

Vale registrar que a responsabilidade objetiva preceituada neste diploma legal não pode ser aplicada nos moldes do Direito Civil, conforme explica Márcio de Aguiar Ribeiro (2017, p. 53-54):

Consoante as disposições do Código Civil, a imputação de responsabilidade objetiva depende da demonstração da ação ou omissão, do dano potencial ou concreto e do nexo de causalidade que deve existir entre a conduta (ação ou omissão) e o dano. Diferentemente, sob a luz do novo diploma legal, o dano não se representa como elemento indispensável à configuração da responsabilização, uma vez que a ocorrência efetiva do dano se apresenta como mero exaurimento da infração administrativa, componente esse a ser avaliado quando da dosimetria da pena, nos termos dos incisos II, III e IV do art. 7º da Lei nº 12.846/13.

RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES, FUNCIONÁRIOS E AGENTES PÚBLICOS

A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual das pessoas naturais, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 12.846/2013.

A pessoa jurídica atua por meio de pessoas físicas, sejam elas:

- a) Pessoas naturais integrantes dos órgãos internos (diretoria, conselhos);
- b) Pessoa natural com vínculo de emprego;
- c) Pessoa natural com mandato de representação (mandatário, corretor, agente).

Os dirigentes, funcionários e demais pessoas naturais envolvidas serão responsabilizadas na medida de sua culpabilidade, ou seja, de forma proporcional à sua conduta, aplicando-se, portanto, a responsabilidade subjetiva.

Responsabilidade subjetiva do agente público implica na obrigatoriedade de demonstração do dolo ou culpa.

Importante destacar que a pessoa jurídica será responsabilizada, independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais. Isso quer dizer, que, mesmo que não seja demonstrada a culpa ou dolo da pessoa natural, porém havendo a conduta, o dano e o nexo causal, a empresa poderá ser responsabilizada e sancionada.

A prática de conduta lesiva é capaz de ensejar a responsabilização da pessoa jurídica, seus representantes e funcionários, além do agente público envolvido e até da autoridade administrativa que teve conhecimento do fato.

Para exemplificar, na hipótese de prática da conduta lesiva descrita no inciso I do art. 5º da Lei 12.846/2013: “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”, mais conhecida como a propina, a responsabilização poderá atingir:

I – A pessoa física que ofereceu a propina, como por exemplo, o empregado da empresa, poderá sofrer os efeitos da Lei de Improbidade Administrativa e ter seus direitos políticos suspensos. Neste caso, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, deve-se comprovar o dolo ou culpa da pessoa, podendo também ser responsabilizado na esfera penal, mediante ação proposta pelo Ministério Público;

II – O agente público que aceitou a propina responderá perante o próprio órgão por ato de improbidade administrativa, por infração funcional, apurada pelo Processo Administrativo Disciplinar – PAD, previsto na Lei nº 8.112/90;

III – A pessoa jurídica responderá de forma objetiva, ou seja, demonstrado o ato do funcionário ou colaborador e o resultado, pagamento da propina, pelas sanções previstas nesta lei;

IV – A autoridade do órgão público que tiver conhecimento das infrações e não adotar providências para apuração dos fatos poderá ser responsabilizada penal, civil e administrativamente.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA

A responsabilização objetiva da pessoa jurídica, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei Anticorrupção, tem sido objeto de críticas e questionamentos acerca de sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

O embate cinge-se à infração do direito fundamental de individualização da pena, que ultrapassa a pessoa do apenado, ferindo assim as disposições constitucionais. Até então, somente às pessoas físicas poderiam ser responsabilizadas por atos ilícitos e, então, segundo esse entendimento, a responsabilização das pessoas jurídicas fere os fundamentos dispostos no art. 5º, inciso XLV (individualização da pena) e art. 5º, inciso LIV (devido processo legal).

A análise da constitucionalidade da norma deve ser pautada pelos princípios constitucionais, mediante interpretação sistemática, ou seja, deve ser compreendida e interpretada como unidade.

O artigo 173, § 5º da Constituição Federal permite a imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas, independentemente da responsabilização de seus dirigentes, vejamos:

Art. 173. (...)

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

É preciso observar também que a responsabilização imposta pela lei anticorrupção encontra esteio nos princípios da probidade administrativa, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além da função social da propriedade.

A função social da empresa é manifestação da função social da propriedade.

A função social da empresa tem origem na Carta Magna, no capítulo das garantias fundamentais, conforme se observa o art. 5º, XXIII, além de apresentar-se como motivo estruturante da ordem econômica, no inciso III do artigo 170:

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:

(...)

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade;

Na legislação infraconstitucional a função social também se encontra presente na Lei nº 6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 116. (...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e *cumprir a sua função social*, e tem os deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (grifo nosso).

O novo sistema de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas institui mudança de paradigma na atuação das empresas, exigindo proatividade para o combate à corrupção.

Já havia, no ordenamento jurídico pátrio, dispositivos acerca do combate à corrupção para penalização do agente público e particulares, como a Lei de Improbidade Administrativa e, no direito penal, os tipos referentes à corrupção passiva e ativa.

Agora, busca-se, no âmbito administrativo e cível combater a corrupção nos dois lados: com a penalização do agente corrompido, geralmente integrante do setor público, e o agente corruptor, integrante do setor privado, para uma atuação conjunta, visando a mudança de comportamento das empresas, dando, assim, início a uma cultura de valorização das empresas que pautam pela integridade corporativa e ética empresarial.

ATOS LESIVOS

Os atos lesivos punidos pela Lei Anticorrupção estão dispostos no seu artigo 5º, integrando um rol exaustivo de infrações:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

As condutas elencadas no art. 5º podem ser classificadas em atos de corrupção em geral e atos de corrupção relacionados com licitações e contratos administrativos.

Nos atos de corrupção em geral, destacam-se as ações dispostas no inciso I, prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada. Trata-se de figura correlata ao tipo penal de corrupção ativa e o exemplo mais comum é o suborno.

A prática de quaisquer dos verbos elencados no dispositivo será suficiente para o enquadramento administrativo, tal como o simples fato de prometer, oferecer ou dar, independente da aceitação do agente público ou da ocorrência da vantagem.

Os atos de corrupção relacionados às licitações e contratos administrativos merecem maior atenção da norma, por ser considerado, o ambiente das contratações públicas, o mais propício e usual à prática de corrupção.

Nesta seara, as principais condutas punidas referem-se aos atos que atentam contra o caráter competitivo do procedimento licitatório.

A frustração ao caráter competitivo configura crime previsto nos arts. 90 e 95 da Lei nº 8.666/93:

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.

(...)

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

A fraude à licitação pode ocorrer de diversas formas, como direcionamento da contratação, restrição da competição, simulação do processo, com objetivo de aumentar o lucro dos envolvidos.

Segundo Franklin:

A fraude é caracterizada pela vontade consciente de causar dano. Resulta do planejamento, da organização e da execução de ato ilícito, reprovado pelas leis, pela moral e pela ética. Está sempre acompanhada do objetivo de obter vantagem ilegítima ou ilegal. É frequentemente praticada por meio de mentira e da simulação” (2016. p. 21).

Para configuração da fraude à licitação não é exigida a ocorrência do resultado. Em analogia ao direito penal, trata-se de ilícito de mera conduta, assim, tomando por exemplo, uma empresa que falsificar documento para participação em licitação, mesmo que não saia vencedora, a simples conduta com o objetivo de auferir vantagem para si, já caracteriza a fraude, possibilitando sua responsabilização.

Corroborando com esse entendimento, colaciono julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório. Artigo 90, da Lei nº 8.666/93. Réu que, na condição de administrador de empresa, apresenta certidão negativa de débitos falsa à comissão de licitação da Prefeitura de Mococa, com o intuito de obter, para referida empresa, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação. Prova hábil. Materialidade comprovada por documentos e prova oral, sendo dispensável perícia para atestar a falsidade da certidão. Documento, ademais, que era hábil a ludibriar os funcionários públicos e não precisava ter sua veracidade verificada. Admissão do réu, no sentido de que confeccionou a certidão falsa e fez com que fosse apresentada no órgão público, em sintonia com os depoimentos coesos, coerentes e seguros das testemunhas. Justificativa para a conduta que não convence e não o exime de responsabilidade. Dolo, consistente em fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, demonstrado. Condenação de rigor. Hipótese, contudo, de tentativa. Crime que restaria consumado caso a empresa fosse habilitada a ter sua proposta analisada pela comissão de licitação. *Iter criminis* percorrido quase que plenamente, a justificar a diminuição das penas no mínimo legal. Pena de multa que deveria ter sido fixada nos termos do disposto no art. 99, da Lei nº 8.666/93. Questão superada. Substituição da pena corporal por restritiva de direitos que atende à finalidade da lei penal. Regime aberto adequado. Apelo parcialmente provido, afastada a matéria prejudicial. (TJ-SP 00014138420138260360 SP 0001413-84.2013.8.26.0360, Relator: Pinheiro Franco, Data de Julgamento: 19/06/2018, 7ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 20/06/2018).

Constitui, de igual modo, ato lesivo, a fraude na contratação direta, nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

As sanções contempladas na Lei Anticorrupção podem ser administrativas e judiciais.

A principal penalidade administrativa é de índole patrimonial, multa que poderá alcançar elevados valores.

Não se pode perder de vista que a sanção administrativa possui caráter punitivo, mas, também, caráter pedagógico, fazendo com que a elevada pena pecuniária afaste reiteradas práticas lesivas por aqueles que temem sofrer maiores riscos econômico-financeiros.

A multa terá seu valor arbitrado no percentual, que pode variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa, do último exercício financeiro anterior ao da instauração do processo administrativo, nunca podendo ser inferior à vantagem eventualmente auferida.

Alternativamente, o valor da multa será arbitrado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), quando não for possível utilizar o critério do valor do faturamento.

A sanção elencada no inciso II, do art. 6º da Lei nº 12.846/2013, a publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, configura penalidade de cunho reputacional, traduzindo-se na exposição da pessoa jurídica como infratora perante à sociedade e o mercado em geral.

Segundo Márcio de Aguiar Ribeiro (2017, p.193):

Apesar de imediatamente relacionada a repercussões de índole extrapatrimonial, não se pode negar a probabilidade de impactos também patrimoniais decorrentes da publicação extraordinária, afinal a boa imagem das empresas perante a sociedade e o mercado em que se encontram inseridas constitui, na atual fase do capitalismo empresarial, aspecto de indubitável valor econômico, principalmente sobre as empresas cujas ações são negociadas em bolsa de valores, podendo-se fazer menção ao recente episódio envolvendo a empresa Siemens, onde a ampla divulgação de escândalo de corrupção interna abalou a reputação da empresa e causou uma forte queda nos valores de suas ações.

Na esfera judicial as penalidades cabíveis são: perdimento de bens, suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de recebimento de incentivos, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, por prazo determinado, que será de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

As sanções podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente.

A Lei Anticorrupção estabeleceu critérios de adequabilidade e proporcionalidade para aplicação das sanções, balizando a atuação administrativa punitiva.

As circunstâncias atenuantes e agravantes caracterizadoras da dosimetria da pena estão dispostas no art. 7º da Lei nº 12.846/2016:

I – a gravidade da infração;

II – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III – a consumação ou não da infração;

IV – o grau de lesão ou perigo de lesão;

V – o efeito negativo produzido pela infração;

VI – a situação econômica do infrator;

VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e

IX – o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Por seu turno, os artigos 17 e 18 do regulamentador Decreto Federal nº 8.420/2015 amparou rol ainda mais específico de circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas na aplicação da pena de multa:

Circunstancias agravantes:

I – A continuidade das infrações no tempo;

II – A tolerância ou ciência das pessoas do corpo gerencial da pessoa jurídica;

III – A interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução da obra contratada;

IV – A situação econômica do infrator;

V – A reincidência; e

VI – O valor dos contratos mantidos ou pretendidos.

Quanto às circunstâncias atenuantes:

I – A consumação da infração;

II – Ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;

III – Grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração da infração independentemente do acordo de leniência;

IV – Comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência da infração; e

V – Comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no decreto.

Observa-se que, dentre as circunstâncias atenuantes, destacam-se a colaboração da pessoa jurídica mediante acordo de leniência e a existência de efetivo programa de integridade.

A apuração de ilícitos administrativos pode implicar em aplicação cumulativa de sanções administrativas previstas nos distintos diplomas legais, como por exemplo da Lei 8.666/93, Lei de Licitações, e Lei 10.520/2002, Lei do Pregão.

O Decreto 8.420/2015 estatuiu expressamente essa possibilidade, conforme se verifica no art.16, estabelecendo que, no caso de atos lesivos apurados envolverem infrações administrativas dispostas na Lei 8.666/93 ou a outras normas de licitações e contratos da Administração Pública e tenha ocorrido apuração conjunta prevista no art. 14, a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou celebrar contratos com a Administração Pública.

Evidente que essas penalidades, apesar de normatizadas, necessitam estar previstas no Edital ou Termo Contratual, com especificação das condutas que ensejam as penalidades, com a finalidade de diminuir a subjetividade na aplicação.

As sanções passíveis de aplicação na esfera administrativa por atos de corrupção relacionados com licitações e contratos são: a) advertência, b) multa, c) suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração, d) declaração de inidoneidade e e) impedimento de licitar e contratar.

Para exemplificar, na hipótese de empresa detentora de contrato administrativo causar danos ao erário ou, no curso do processo licitatório apresentar documento falso, caracterizador de fraude à licitação, poderá ser responsabilizada com as seguintes sanções:

SANÇÃO	FUNDAMENTO	SANCIONADOR	ALCANCE	PRAZO
Suspensão temporária do direito de licitar e contratar	Art. 87, III, da Lei nº 8.666/993	Administração Contratante	Para STJ – Toda Adm. Pública Para TCU – Apenas o órgão sancionador	Não superior a 2 anos
Declaração de Inidoneidade	Art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93	Administração Contratante	Toda Administração Pública	Mínimo de 2 anos
Impedimento de Licitar e Contratar com a Administração Pública	Art. 7º da Lei nº 10.520/2002	Administração Contratante	Ente federativo que pertence o órgão sancionador	Até 5 anos
Multa	Lei nº 8.666/93 e Lei nº 12.846/2013	Administração Contratante		
Publicação da Sentença	Lei 12846/2013	Administração Contratante		

A aplicação da sanção administrativa deve ser pautada pela observância aos princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal, destacando-se a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, além da proporcionalidade.

PROGRAMA DE INTEGRIDADE CORPORATIVA (*COMPLIANCE* ANTICORRUPÇÃO)

Consoante já visto, a Lei Anticorrupção delineou critérios para consideração na dosimetria da penalidade a ser aplicada, dentre os quais se destaca a existência de programas de integridade, também conhecido como *compliance*, conforme inciso VIII do art. 7º da Lei nº 12.846/2013.

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.

A previsão reforça a intenção da lei, que é a busca de atuação conjunta entre o setor público e o setor privado no efetivo combate à corrupção. O incentivo à implantação de programas de integridade nas empresas implica em ações de prevenção contra possíveis atos de corrupção e consequentemente penalização da pessoa jurídica.

O programa de integridade está regulamentado no Capítulo IV do Decreto nº 8.420/2015, com a especificação de parâmetros de avaliação do programa pela autoridade administrativa, no âmbito do Processo Administrativo de Responsabilização.

A terminologia *compliance* significa estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos. Assim, o risco de *compliance* é risco de sanções legais, de perdas financeiras e reputacionais.

Marcella Blok (2017, p. 15) ensina que “o conceito de *compliance* vai além das barreiras legais e regulamentares, incorporando princípios de integridade e conduta ética. (...) Para qualquer instituição, a confiança é um diferencial de mercado” (Blok, 2017).

O *compliance* se tornou importante aliado no fortalecimento do combate à corrupção em nível internacional, oportunizando a necessária participação do setor privado, para agir proativamente na prevenção, identificação, coibição e informação sobre atos de corrupção nas atividades da empresa, incentivando a busca pela honestidade e integridade da instituição.

Os programas de integridade representam fator diferencial para competitividade das empresas. De acordo com Márcio de Aguiar Ribeiro (2017, p.204):

“Na análise da relação custo-benefício da implantação de programas de integridade em organizações empresariais inseridas em ambiente de acentuado controle regulatório, já há estudos que informam que para cada U\$ 1,00 investido são economizados U\$ 5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade”.

Na prática, vemos que a existência de efetivo programa de integridade trará significativos benefícios à empresa no momento da mensuração do *quantum* da penalidade pecuniária que será aplicada no processo administrativo.

O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, excluídos os tributos.

O art. 17 do Decreto nº 8.420/2015 estabelece as circunstâncias agravantes, com os percentuais que serão computados no cálculo da multa. Em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes, reduzindo-se os percentuais, conforme disposto no art. 18 do referido Decreto.

A comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros dispostos no Decreto, possibilitará o maior índice de atenuação da sanção administrativa, com a redução de 1% a 4% da penalidade pecuniária.

Por fim, cabe ressaltar que os programas de integridade não são apenas para grandes empresas e multinacionais. É crescente o movimento de empresas que buscam adotar medidas de integridade, incluindo pequenos negócios.

Os pequenos negócios representam 27% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro e geram mais de 70% das vagas formais de emprego, segundo registros do Sebrae de 2014.

A Controladoria Geral da União, em parceria como Sebrae desenvolveram cartilha para orientação aos pequenos empreendedores quanto à importância da integridade nas relações comerciais.

ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência no plano da Lei nº 12.846/2013 representa um relevante instrumento jurídico de combate à corrupção, por possibilitar a obtenção célere de provas e identificação dos demais envolvidos na infração administrativa.

Tem sustentáculo no princípio norteador da gestão estatal, a moralidade administrativa, prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A moralidade administrativa não coincide integralmente com a moralidade comum, mas se refere a valores que informam o direito positivo, como a lealdade, a boa-fé, a veracidade e a honestidade, e que devem orientar a atuação de todos os agentes públicos.

A moralidade e legalidade são os principais fundamentos constitucionais do acordo de leniência, propiciando ampla apuração de ilícitos administrativos, no qual o particular, pessoa jurídica, diante da possibilidade de atenuação das sanções, propõe revelar fatos, trazer provas e indicar outros envolvidos na infração, possibilitando à Administração a resolução do processo, a cessação e punição de práticas de corrupção.

O acordo será celebrado perante a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. No âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria Geral da União possui competência para celebrar o acordo, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Nos Estados, caberá a Advocacia Pública e órgãos de controle e nos demais poderes e órgãos, a autoridade máxima poderá firmar acordos de leniência.

O acordo será firmado no interesse da administração processante e terá como objetivo a identificação dos demais envolvidos nas infrações administrativas e obtenção de informação e documentos a respeito da infração.

Os requisitos para validade da celebração do acordo são: *a)* que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar o interesse em cooperar; *b)* que cesse o envolvimento na infração até a data da propositura do acordo e *c)* que admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações.

Em contrapartida à relevante colaboração da pessoa jurídica leniente que firmar e cumprir integralmente o acordo, serão declarados em seu favor, nos termos firmados no instrumento negocial, de forma proporcional ao nível de colaboração obtido, um ou mais dos seguintes efeitos: *a)* isenção da pena publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; *b)* isenção da penalidade judicial de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público; *c)* redução do valor final da multa, em até 2/3 (dois terços) e *d)* isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666/93, ou de outras normas de licitações e contratos.

Importante registrar que formalização do acordo não exime a obrigação de reparação do dano.

A rejeição do acordo pela Administração não importa em reconhecimento da prática do ato ilícito. Uma vez firmado o acordo e descumprido, a pessoa jurídica ficará impedida de realizar novo acordo por 3 (três) anos.

REPARAÇÃO DO DANO

Obrigação de reparação integral do dano é medida que se impõe às empresas infratoras. Ora, o dano causado pela corrupção atinge a coletividade, impede a consumação do interesse público nas mais diversas áreas.

Concluído o processo administrativo de responsabilização, confirmada a ocorrência do ato lesivo e sua autoria, abre-se a fase de apuração dos danos havidos.

A Lei prevê a reparação efetiva dos danos causados à Administração Pública lesionada. Para tanto, possibilita ao Ministério Público, à Advocacia Pública e órgão de representação judicial ou equivalente do ente público, requerer, na via judicial a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

A Lei nº 12.846/2013 contempla disposições acerca do rito do Processo Administrativo de Responsabilização, o PAR, que se trata de processo administrativo sancionador.

O processo tem por finalidade a apuração dos fatos, no qual serão assegurados o contraditório e ampla defesa e poderá culminar na aplicação de sanções.

O PAR terá início com a identificação da suspeita de infração pelo agente público, representação ou denúncia, inclusive anônima.

Os fatos serão comunicados à autoridade máxima do órgão, que após juízo de admissibilidade, determinará a instauração de processo administrativo e/ou de sindicância, se for o caso, com a designação da comissão processante e edição de ato de instauração do processo contendo todos os elementos formais.

O acusado será citado para ciência da instauração do processo, com a possibilidade de apresentação de defesa escrita e intimado da realização de todos os atos processuais.

Ao final da instrução, a comissão processante deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da publicação do ato que a instituiu, apresentando relatório final sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica processada, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

PROCEDIMENTO JUDICIAL

Poderá ser ajuizada também ação civil em razão da prática de atos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de suas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, bem como o Ministério Público.

As sanções cabíveis na esfera judicial estão relacionadas, taxativamente, no art. 19 da Lei Anticorrupção e podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderá ajuizar ação com vistas a aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III – dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A medida judicial prevista pode ser proposta, independentemente da instauração de processo de responsabilização no órgão público lesionado e seguirá o rito da ação civil pública, objeto da Lei nº 7.347/85 e, complementarmente, o Código de Processo Civil.

CADASTROS

A Lei Anticorrupção criou, o âmbito do Poder Executivo federal, como ferramenta no combate à corrupção, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que tem por finalidade a reunião e publicidade das sanções aplicadas pelos órgãos e entidades do Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo.

O cadastro conterá informações das pessoas jurídicas penalizadas, contendo o tipo de sanção, datas de aplicação e final da vigência, bem como o efeito limitador ou impeditivo da sanção, se houver.

Serão cadastradas as sanções aplicadas no processo administrativo e no processo judicial, caso tenha sido proposto e, com relação ao momento da efetivação do cadastro, o professor Márcio Pestana (2016, p. 196) explica:

(...) a inserção no sistema só poderá ocorrer após tornar-se concluído o processo administrativo correspondente ou caso ocorra o trânsito em julgado do processo judicial, o evento que primeiro ocorrer. Como o processo administrativo tende a encerrar-se antes do processo judicial, quando este concluir-se deverá o cadastro da pessoa jurídica enriquecer-se com os dados extraídos do processo judicial, evidentemente se a respectiva decisão aplicar sanções à pessoa jurídica correspondente.

Os acordos de leniência também constarão do CNEP e, caso não cumprido, terá o registro do descumprimento.

A exclusão do registro será solicitada após decorrido o prazo estabelecido na sanção ou pelo cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado.

As sanções relativas às licitações e contratos administrativos já eram cadastradas no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União (CGU), sobrevivendo a Lei nº 12.84/2016 apenas para reiterar a necessidade dos órgãos ou entidades dos Poderes de todas as esferas do governo de efetuar o registro manter atualizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Anticorrupção completou quatro anos de vigência em janeiro deste ano, trazendo para a legislação brasileira grande avanço no sistema de responsabilização da pessoa jurídica. O maior avanço é a busca por uma atuação conjunta entre o setor público e o privado no combate à corrupção e o incentivo à criação e manutenção de programas efetivos de integridade nas organizações.

Os resultados obtidos com esta lei são encontrados no âmbito federal, principalmente com o início das deflagrações da Operação Lava Jato, no ano de 2014, e a atuação da Controladoria-Geral da União (atual Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União) em investigações e negociações de acordos de leniência.

Em balanço divulgado pela Agência Brasil, foram instaurados 183 processos no Poder Executivo, resultando em 30 punições de empresas. Os poderes Legislativo e Judiciário ainda precisam de regulamentação para sua aplicação, conforme avaliação do ex-ministro-chefe da Controladoria-Geral da União, na matéria abaixo:

Já nos poderes Legislativo e Judiciário são necessárias regulamentações que possibilitem investigações internas mais efetivas. A avaliação é do ex-ministro-chefe da Contro-

ladoria-Geral da União, Jorge Hage, e do juiz federal Alexandre Vidigal, entrevistados do programa Diálogo Brasil, que vai ao ar na TV Brasil hoje (2) às 22h15, com apresentação do jornalista Estevão Damázio.

Segundo Hage, “a capacidade de detecção da corrupção, que o país tem vivido nos últimos anos, não tem paralelo no passado, em nenhuma época”. De acordo com o ex-ministro da CGU, isso não acontece por acaso, “mas por força da estruturação do ordenamento e dos microsistemas jurídicos focados na corrupção criados no Brasil”, bem como pelas cobranças a partir das convenções internacionais das quais o país é signatário.

Os dois especialistas afirmam, no entanto, que há dificuldades para que estados e municípios sigam o mesmo caminho, bem como os poderes Legislativo e Judiciário. Só 14 estados regulamentaram a lei contra corrupção. “Só 13 ou 14 estados já regulamentaram a lei. Seja por falta de interesse político ou por falta de estrutura. No caso dos municípios, das capitais, nem a metade”, disse Hage. (...) Para Hage, o que falta ao Legislativo e ao Judiciário são “regulamentações que deixem as coisas mais claras”. (PEDUZZI, Pedro, 2018)

A aplicação da Lei Anticorrupção ainda se mostra tímida no poder executivo dos Estados e Municípios, assim como no Legislativo e Judiciário. O desafio agora é sua implementação, sobretudo no que tange às infrações ocorridas em procedimentos licitatórios.

Não se pode dizer que a lei “não pegou”. É natural e necessário um período para adaptação, de amadurecimento das ações de combate à corrupção. 

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei nº 12.846/2013. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.420/2015*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017).
- FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/05/lei-anticorrupcao-artigo-luciano-ferraz.pdf>.
- FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- MARINELA, Fernanda. Lei anticorrupção: Lei nº 12846, de 1º de agosto de 2013/ Fernanda Marinela, Tatiany Ramalho, Fernando Paiva. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PEDUZZI, Pedro. “Falta de interesse e de estrutura dificulta combate à corrupção, diz Hage, Agência Brasil, Brasília. Publicado em 02/04/2018. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- PESTANA, Marcio. Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei nº 12.846/2013. Barueri, SP: Manole, 2016.
- RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SANTOS, Franklin Brasil. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



GRAZIELA GONÇALVES SILVA JURADO é Servidora Pública Federal do TRE/MS desde 2005, tendo atuado na Corregedoria Regional Eleitoral, Coordenadoria de Controle Interno e Auditoria e atualmente Secretária de Administração e Finanças, com contratos administrativos e processos de aplicação penalidades. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2002). Pós-graduada em Direito Processual Civil, com formação para o Magistério Superior pela Universidade Anhangüera – UNIDERP (2010). Pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica (2017-2018).



Contra a cleptocracia há uma revolução em curso. Vamos mais fundo!

■ POR LUIZ FLÁVIO GOMES

“O Brasil está passando por grandes mudanças. Os comprovadamente corruptos que não foram abatidos pela Lava Jato nem defenestrados pelas urnas, por meio do voto faxina da cidadania vigilante, devem prestar contas à Justiça, de acordo com o devido processo legal garantido pelo Estado de Direito. Novos atores, submetidos a esse Estado de Direito, devem cuidar da reconstrução do Brasil, sob novos princípios éticos, jurídicos, políticos e econômicos.”

Cleptocracia, literalmente, significa governo de ladrões (cleptos = ladrões; cracia = governo ou poder).

Nada mais equivocado que supor que esses ladrões façam parte (todos eles) somente do Estado. Isso não é correto. Também há muitos ladrões graúdos fora dele, que historicamente se enriqueceram apropriando-se dos bens, concessões, benefícios, privilégios, favores ou proteção do Estado, que constitui o epicentro do conceito de cleptocracia, entendida como a roubalheira ou o enriquecimento favorecido a partir do acesso ao poder do Estado. Os atores dessa bandalheira geral são, portanto, públicos e privados.

Aliás, a confusão anárquica entre o público e o privado é da essência do Estado brasileiro (e da nossa História). As finanças do Estado sempre foram e continuam sendo a origem (a vaca leiteira) de muitas fortunas nababescas, sendo várias delas construídas à margem da lei e da moralidade. Qualquer tipo de revolução séria no Brasil passa pela tarefa de desatar esse nó.

“Os elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a complacência ou a indolência displicente das instituições e costumes” (Sérgio Buarque de Holanda¹). A escravidão, que tanta riqueza gerou para alguns setores das elites bandidas nos séculos XVI a XIX, disso constitui exemplo insuperável. Quem faz fortuna explorando os músculos de outra pessoa (escravizada) é bandido.

No princípio aqui se tentou implantar a cultura europeia (que já tinha abandonado a escravidão). Esse projeto, desde logo, não deu certo. A formação do Brasil não foi uma réplica de Portugal ou da Espanha. Em muitos sentidos aqui se desenvolveria um tipo de sociedade singular, muito mais frouxa do ponto de vista da lei, da ordem e da moral vigentes no continente europeu.

É essa frouxidão legal, institucional e moral que mora no coração dos regimes cleptocratas, que se caracteriza pela impunidade daqueles que se enriquecem ilicitamente.

Em busca de uma referência explicativa na formação do Brasil, Sérgio Buarque de Holanda² centra no personalismo a marca caracterizadora do povo ibérico (“cada qual se julga filho de si mesmo, de seu esforço próprio, de suas virtudes”). Nossas elites dirigentes, conseqüentemente, seriam personalistas. Isso é correto, mas não é tudo.

Na verdade, todos os vícios que Ortega y Gasset³ enfatiza, aristocraticamente, em relação às massas impregnaram a personalidade e o comportamento das elites dirigentes no Brasil (vulgaridade, ninguém está acima delas, nem a lei, cada um faz o que bem entende, ninguém está subordinado a nada, cada um vive de acordo com seus caprichos, não há hierarquia a ser respeitada, a Justiça não pode ditar seus atos, tudo que foi conquistado é obra do seu esforço e por aí vai).

A tibieza da nossa defeituosa formação bem como de todas as instituições que foram sendo criadas no Brasil, à medida dos anseios e necessidades das elites dirigentes, é inteiramente incompatível com as organizações e associações que impliquem solidariedade e ordenação entre os povos. Não é por acaso que o Brasil é um país moderno atrasado.

Como diz o autor do famoso livro *Raízes do Brasil* (de 1936), “em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida”. É essa força exterior “respeitável e temida” (que Hobbes, no *Leviatã*, pioneiramente entendia ser o Estado-nação) que nunca superou o desenvolvimento da cleptocracia aqui implantada.

Há, no entanto, uma revolução da sociedade civil em curso, leia-se, uma dura oposição a “tudo isso que está aí”. A Lava Jato, desde 2014, aos trancos e barrancos, iniciou o processo formal de ruptura contra as bandalheiras e opressão das elites dirigentes cleptocratas. O eleitorado, em 2018, aprofundou a rebelião, eliminando do Parlamento dezenas de políticos (de vários partidos) envolvidos com a corrupção.

Quem vislumbrou a premente necessidade dessa revolução foi o naturalista norte-americano Herbert Smith (citado em *Raízes do Brasil*), que escreveu, no final do século XIX, o seguinte:

“De uma revolução é talvez o que precisa a América do Sul. Não de uma revolução horizontal, simples remoinho de contendas políticas, que servem para atropelar algumas centenas ou milhares de pessoas menos afortunadas. O mundo está farto de tais movimentos. O ideal seria uma boa e honesta revolução, uma revolução vertical e que trouxesse à tona elementos mais vigorosos, destruindo para sempre os velhos e incapazes”.

Que essa revolução “venha placidamente e tenha como remate a amalgamação, não o expurgo, das camadas superiores (...) que ainda contam com homens [humanos] de bem”.

Essa aspiração de Herbert Smith não constitui um mero devaneio, posto que já se transformou em realidade. Já estamos com uma revolução em curso. Plácida, mas contundente e contínua. Os brasileiros, ainda dizia Smith, “estão hoje expiando os erros dos seus pais, tanto quanto os próprios erros”.

“A sociedade foi malformada nesta terra, desde as suas raízes”.

A vitória [da democracia liberal], afirmou Sérgio Buarque de Holanda⁴, “nunca se consumará enquanto não se liquidem, por sua vez, os fundamentos personalistas [egoístas, mandonistas, cleptocratas, autoritários e até mesmo tirânicos] e, por menos que o pareçam, aristocráticos, onde ainda assenta nossa vida social”.

Nossa luta tem que ter um sentido claro, afirma o mesmo autor, “que é a dissolução lenta, posto que irrevogável, das sobrevivências arcaicas, que o nosso estatuto de país independente até hoje não conseguiu extirpar”.

É preciso revogar a velha ordem colonial e patriarcal, “com todas as consequências morais, sociais e políticas que ela acarretou e continua a acarretar”. Vamos mais fundo nessa nossa revolução!

ESTADO E MERCADO: DOIS PILARES DA CLEPTOCRACIA

Um dos erros crassos da respeitada sociologia e historiografia brasileiras (Sérgio Buarque de Holanda, Raimundo Faoro, DaMatta etc.) consiste em afirmar que a corrupção é um fenômeno exclusivo ou preponderante dos agentes do Estado. A corrupção cleptocrata (sistêmica) é um fenômeno do Estado junto com agentes do mercado. Por detrás de cada ladrão público quase sempre (ou sempre) existe um ladrão privado. Não existe corrompido (público) sem corruptor (normalmente do mercado).

O Brasil, na verdade, sempre foi governado (roubado) por esse tipo de parceria público-privada (PPP). Os monarcas portugueses não tinham como gerenciar diretamente a colônia distante. No princípio dividiram o Brasil em capitânias hereditárias para que houvesse ocupação (exploração) do novo território conquistado. Nisso consistiu nossa primeira PPP. Que já nasceu para explorar e espoliar tudo que se encontrasse no local. Sobre a noção de cleptocracia valem as seguintes premissas:

Premissa número um: só faz parte do conceito de cleptocracia a roubalheira que envolve a estrutura do Estado e do exercício do poder (leia-se: quando a economia se liga ilícitamente com a política). A bandidagem cleptocrata é necessariamente sistêmica (é um fenômeno do sistema de governo bem como da estruturação do Estado).

Premissa número dois: a cleptocracia está vinculada ao exercício do poder promovido pelas elites dirigentes (todos os países são dominados e governados por poucas pessoas; essa é a “lei de ferro das oligarquias”, de Michaels).

Premissa número três: de acordo com a experiência histórica brasileira as elites dirigentes que roubam ou já roubaram a nação pertencem a todos os espectros ideológicos imagináveis (esquerda, centro ou direita). A cleptocracia não é apanágio de um só partido nem de um só movimento político. Tampouco de um único setor do mercado.

Impõe-se distinguir os países onde existe corrupção (Dinamarca, Nova Zelândia, Noruega etc.) dos países cleptocratas, onde a corrupção (sistêmica) constitui a mola propulsora do sistema político e econômico vigente.

No primeiro grupo a corrupção é uma patologia. No segundo ela integra a sua fisiologia. É da essência do ser. Não é qualquer corrupção, por conseguinte, que faz parte da cleptocracia. A corrupção endêmica (difusa, coletiva, espalhada), por exemplo, ratifica a natureza cleptocrata de um país, mas não a caracteriza. O que a caracteriza é a corrupção sistêmica.

Por força da Constituição de 1988 o Brasil, formalmente, é uma “República Federativa Democrática”. Essa é nossa forma de governo. Nos subterrâneos dessa superfície descritiva está a cleptocracia, que é o regime político-econômico que reina efetivamente no nosso País.

Norberto Bobbio⁵ afirmava que “nem mesmo a melhor das Constituições, que apenas mostra a fachada do enorme e complexo edifício do Estado, revela o que se encontra por detrás ou dentro dele, para não falar dos seus subterrâneos”.

A realidade histórica brasileira (de mais de 500 anos) nos orienta que cleptocracia é o (regime de) governo em que as elites dirigentes (econômicas, financeiras, políticas etc.) manipulam todas as regras e as instituições (econômicas, políticas, jurídicas e sociais) para se apropriarem dos bens, concessões ou favorecimentos do Estado.

Também faz parte da nossa cleptocracia a violação, por meio de laços bandidos com agentes do Estado, do princípio liberal da concorrência (via monopólios, oligopólios, carteis, taxaçaõ desordenada de produtos concorrentes, fechamento radical da economia etc.).

Isso se chama capitalismo de compadrio ou de laços. Quando esses laços são estabelecidos de forma ilícita (suborno, extorsão, corrupção, desvios, favorecimentos, monopólios, oligopólios, carteis etc.), eles passam a integrar a cleptocracia brasileira.

O propósito deliberado das elites dirigentes cleptocratas é o de promover o seu enriquecimento exclusivo assim como estabelecer a máxima concentração da riqueza nas mãos de poucos (oligarquias), em detrimento do bem comum e de todos os que não fazem parte do seletto clube das elites bandidas.

A cleptocracia ocorre quando uma nação deixa de ser governada de acordo com os interesses gerais coletivos, legitimados por um sistema econômico equânime e justo, e passa a ser regida por elites (oligarquias) econômicas e financeiras (elites do dinheiro) que tomam (ou interferem direta ou indiretamente) as instituições econômicas, políticas, jurídicas e sociais, em diversos níveis, transformando-as todas em valores econômicos, resultantes das suas posições privilegiadas de comando.

Outra característica marcante das cleptocracias é a impunidade assegurada aos grandes ladrões da nação. A Justiça se torna disruptiva quando quebra essa tradição e passa a promover o império da lei contra todos eles.

Parafrazeando Ernesto Rossi, citado no livro *Cleptocracia*, de G. Sapelli⁶, diríamos:

1. Quando os detentores do poder econômico e financeiro, ou seja, as elites do dinheiro (elites plutocráticas) financiam as caríssimas campanhas eleitorais, por meio de seus departamentos específicos de propinas, transformando-se em árbitros do sucesso ou fracasso eletivo dos políticos;

2. Quando esses poderosos econômicos, financeiros e midiáticos podem pressionar ou extorquir o governo, perturbando ou manobrando, consoante seus interesses, a ordem pública, a credibilidade na política, a confiança nas instituições, a produção legislativa, algumas importantes decisões judiciais, a bolsa de valores (com suas especulações), a estabilidade dos governantes, o clamor popular e os meandros das redes sociais;

3. Quando tudo isso acontece com a conivência ou cumplicidade das instituições fiscalizatórias, como Parlamento, tribunais de contas, mídia, Justiça, associações e corporações da sociedade etc.;

4. Quando dentro das elites dirigentes (elites do dinheiro) destacam-se algumas fortunas (plutocracia) ou pessoas influentes (donos do poder) que conseguem dominar os grandes meios de comunicação de massa que formam e manipulam, de acordo com sua conveniência, a “opinião pública”;

5. Quando nas mãos dos donos do poder (das elites do dinheiro) vemos armas muito perigosas para o bom funcionamento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento saudável do país;

6. Quando esses poderosos, no lugar do capitalismo competitivo, deliberam construir um tipo de relacionamento promíscuo entre a economia e a política, intermediada pela corrupção, pelos privilégios e pelos laços de amizade, criando-se um tipo de capitalismo particular chamado “capitalismo de laços ou de compadrio”, regido por carteis, monopólios e oligopólios;

7. Quando os donos do poder econômico e financeiro (elites do dinheiro) se submetem a uma legalidade particular ou até mesmo a uma extralegalidade, “comprando” leis específicas para atendimento dos seus interesses;

8. Quando as elites do dinheiro se transformam em força política, manipulando todas as instituições da democracia e até mesmo a qualidade dela;

9. Quando buscam, diuturnamente, o máximo de riqueza para seus bolsos, sem nenhum projeto de nação, tornando invisíveis e desprezíveis os cidadãos restantes do país;

10. Quando o propósito é conquistar fortunas indevidas ou politicamente favorecidas com o dinheiro público para satisfação dos seus exclusivos fins particulares;

11. Quando o enriquecimento pode ser alcançado mais por meio da ilicitude impune ou do favorecimento político que pelo esforço do mercado competitivo, desestimulando as leis impessoais assim como a legalidade racional;

12. Quando todos os cálculos econômicos concluem que a corrupção ou os privilégios constituem o caminho de menor resistência para a criação de fortunas e concentração da riqueza do país (para cada R\$ 1 bilhão que a Odebrecht “investiu” em propinas teve o retorno de R\$ 4 bilhões em contratos);

13. Quando as castas dominantes interferem nas leis e no funcionamento da Justiça para alcançarem a impunidade dos seus desmandos, delitos e caprichos, sem sombra de dúvida, estamos diante de uma cleptocracia, leia-se, de um governo de ladrões, onde os endinheirados da plutocracia influenciam o poder político assim como as demais instituições do País, para surrupiarem impunemente o dinheiro público de todos.

EFEITOS NEFASTOS DA CLEPTOCRACIA

Múltiplas são as consequências nefastas das relações cleptocratas: desde logo, há o sequestro da democracia, que se torna puramente formal, de baixa intensidade; afetam também, naturalmente, o crescimento econômico sustentável do país, impedindo a execução de políticas voltadas para o desenvolvimento humano.

A concentração da renda e da riqueza é brutal, assim como indecentes são a desigualdade, a pobreza, a fome e a miséria, além da violência e do morticínio generalizado, que destroem a coesão social.

A TRAGÉDIA NA EDUCAÇÃO

Até 1888 a abominável escravidão era, no Brasil, a maior tragédia anticivilizatória. Quem a apoiava e até ganhava bandidamente muito dinheiro com ela, ainda que vestisse fraque, frequentasse o palácio real e falasse francês, era um jumento de duas patas repleto de imoralidade.

Da República (1889) para cá é a falta de educação de qualidade para todos a maior e inequívoca prova da não emancipação moral das elites (oligarquias) que dominam e governam os destinos da nação. Somos geridos, em regra, por jurás-sicos imorais. São poucas, lamentavelmente, as exceções.

Na avaliação do Pisa de 2016, com 70 países, o Brasil era o 66º em Matemática, 63º em Ciências e 59º em Leitura. Na Pesquisa do World Economic Forum com 137 países nosso ensino fundamental ocupa a posição 127ª e o superior a 125ª. Na Prova Brasil, do ensino médio, os resultados são desastrosos.

No Ranking de 2018 da Varkey Foundation, com 35 países, o Brasil é o último colocado em prestígio do professor. Leia-se: o Brasil conta com o professor mais menosprezado (salários insuficientes, falta de respeito dos alunos, xingamentos, agressões, carreira pouco atrativa, péssimas condições de trabalho, desinteresse pela profissão etc.).

As elites mandantes, que são predominantemente vulgares e excêntricas, acreditavam, nas décadas de 50 e 60, que a educação era efeito do desenvolvimento. Quanta burrice! O contrário é o correto. Não queriam, evidentemente, empregar o dinheiro público apropriado por elas na educação do povo (50,6% com mais de 15 anos eram analfabetos totais).

Nos anos 60 e 70 a prioridade absoluta era o ensino superior. Em quase tudo neste país as elites vulgares ensinam imoralmente que os frutos devem ser colhidos antes da plantação. Sem excelente ensino fundamental não teremos nunca a profusão de bons alunos no patamar superior.

Dos anos 50 até o princípio dos anos 80 o gasto com educação era ridículo (menos de 2% do PIB). De meados dos anos 80 para frente passamos a destinar mais recursos para essa área (hoje chega-se perto de 6% do PIB – ver M. da Nóbrega, *Veja* 19/9/18⁷).

Nos anos 90 o ensino fundamental foi universalizado pelos governos do PSDB. As crianças pobres foram para escolas pobres com ensino muito pobre, professor pobre e sem condições de trabalho, desestimulado e desencantado. Nos anos petistas voltou a prioridade para o ensino superior, com bolsas de estudo e financiamentos.

Resultado: temos poucos analfabetos totais (7%), mas se alastrou como epidemia o analfabetismo funcional (mais da metade da população não sabe ler ou escrever ou não entende o que lê ou não sabe fazer operações matemáticas mínimas). Sem mão de obra qualificada, claro que a produtividade no Brasil é indecente. Porque apostamos tudo no ignorantismo e na mediocridade.

Com 8 anos de escolarização média conseguimos alcançar o Zimbábue. Ufa, alcançamos o pobre Zimbábue! É a menor taxa de escolarização do Mercosul. Gastamos hoje muito com educação (quase 6% do PIB), mais que as nações mais ricas (5,5%), mais que a Argentina (5,3%), mais que a China (4%), mas gastamos pouco com o ensino até os 18 anos de idade.

Tudo se agrava com sérios problemas de gestão e de corrupção nas escolas.

Nossa proposta: ensino de qualidade em período integral para todos, até os 18 anos, em um sistema educacional federalizado (ou seja, ensino pago pela União com ajuda dos Estados e Municípios). Reciclagem e respeito total aos professores, reformulação do programa de ensino, priorizando-se a ética assim como o aproveitamento dos talentos de cada aluno ou aluna.

CLEPTOCRACIA, VOTO FAXINA E LAVA JATO

O sistema político-empresarial brasileiro, claramente cleptocrata, somente agora está sendo implodido pela Lava Jato assim como pelo voto faxina da cidadania vigilante.

Para a preservação da *polis* (do Estado, da sociedade), todos nós, diariamente, temos que contribuir para a implosão do sistema. Temos que ter como objetivo comum a implosão do velho sistema corrupto. Lembre-se de que os corruptos possuem suas crenças e convicções, mas se entendem bem com os partidos de qualquer coloração ideológica.

O sórdido e perverso sistema corrupto deve ser implodido em sua totalidade. Novas lideranças nacionais, estaduais e municipais, honestas e comprometidas seriamente com o combate à corrupção, às desigualdades e às injustiças, vão surgir no horizonte da nossa experiência democrática.

Há poucos anos ninguém seria capaz de dizer que iria aparecer no Brasil um grupo de jovens policiais, promotores, procuradores, juízes e auditores que colocasse em pé a instituição da Lava Jato. Apesar de toda incredulidade, isso ocorreu. Ninguém acreditava que o eleitor fosse capaz de faxinar (em 2018) antigas lideranças políticas envolvidas com a corrupção.

O Brasil está passando por grandes mudanças. Os comprovadamente corruptos que não foram abatidos pela Lava Jato nem defenestrados pelas urnas, por meio do voto faxina da cidadania vigilante, devem prestar contas à Justiça, de acordo com o devido processo legal garantido pelo Estado de Direito.

Novos atores, submetidos a esse Estado de Direito, devem cuidar da reconstrução do Brasil, sob novos princípios éticos, jurídicos, políticos e econômicos.

“A conduta de uma espécie muda quando um número crítico de seus indivíduos aprende a fazer algo novo (...). Quando uma massa crítica de pessoas adota algo novo, uma ideia ou um comportamento novo, eles se convertem em uma norma nova.” (J. Shinoda Bolen⁸)

CONSIDERAÇÕES FINAIS (SEM EMANCIPAÇÃO MORAL, O BRASIL SERÁ SEMPRE MEDÍOCRE)

Nossas elites (oligarquias mandantes e governantes), com pouca exemplaridade para comover e influenciar as pessoas e o mundo, lutaram pela sua liberação da opressão e do despotismo dos governos monárquicos e ditatoriais. Sempre é válida a luta pela liberdade.

Logo após nossa independência (1822) foram se transformando em elites burguesas (o sonho de consumo planetário após a Revolução francesa), mas não perderam o ranço aristocrático, que tem como ancestral comum o senhor feudal (da Idade Média), que conta com vassalos e servos.

O grave déficit desse arrastado processo histórico é que ele não foi acompanhado da imprescindível emancipação moral. A escravidão (de quatro séculos) assim como o ensino de péssima qualidade até os dias de hoje são provas inequívocas dessa aberrante falha ética.

O campo das liberdades em favor das elites (oligarquias) foi se ampliando na medida em que elas foram se impondo (pelo poder econômico e político) como classes dominantes.

Na rabeira dessa cidadania de inspiração oligárquica foram se formando as classes médias autossuficientes. Essas classes (educadas) sabem o que é o mundo moderno e sabem também reclamar por seus direitos e garantias jurídicas e culturais.

As classes cidadãos preocupam-se seriamente com o capital cultural (por meio da educação) porque sabem o valor dele para a construção de um ideal de civilização despojado da opressão e da coação ilegítimas.

A subcidadania não pavimentou a mesma história. Sua luta será grande: primeiro porque a liberdade chegou para ela apenas no plano formal (no papel, na Constituição), não na realidade; segundo porque ela sabe que sem educação de qualidade não há igualdade de oportunidades, que é a premissa do discurso da meritocracia; terceiro porque os exemplos que são transmitidos pelas elites vulgares ou bandidas são deploráveis. Mais: não lhe favorece a teoria da imitação. Sem exemplaridade não existem bons costumes para serem imitados. ❏

NOTAS

- 1 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- 2 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- 3 ORTEGA Y GASSET, Jose. *La rebelión de las masas*. Barcelona: Austral, 2013.
- 4 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- 5 BOBBIO, Norberto. *A ideologia e o poder em crise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- 6 SAPELLI, Giulio. *Cleptocracia: el "mecanismo único" de la corrupción entre economía y política*. Andrés Sikirko (trad.). Buenos Aires: Editorial Losada, 1998.
- 7 NÓBREGA, Mailson da. O fracasso na educação. *Revista Veja*, edição n. 2600, 19 de setembro de 2018.
- 8 BOLEN, Jean Shinoda. *El nuevo movimiento global de las mujeres: construir círculos para transformar el mundo*. Barcelona: Kairós, 2014.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A ideologia e o poder em crise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOLEN, Jean Shinoda. *El nuevo movimiento global de las mujeres: construir círculos para transformar el mundo*. Barcelona: Kairós, 2014.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- NÓBREGA, Mailson da. O fracasso na educação. *Revista Veja*, edição n. 2600, 19 de setembro de 2018.
- ORTEGA Y GASSET, Jose. *La rebelión de las masas*. Barcelona: Austral, 2013.
- SAPELLI, Giulio. *Cleptocracia: el "mecanismo único" de la corrupción entre economía y política*. Andrés Sikirko (trad.). Buenos Aires: Editorial Losada, 1998.



ARQUIVO PESSOAL

LUIZ FLÁVIO GOMES é jurista e deputado federal eleito por SP. Estou no f/luizflaviogomesoficial.

Acesso às comunicações do “blackberry messenger”: uma análise sobre a legalidade

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E FRANCISCO SANNINI NETO



“Todos os dispositivos legais apontados neste texto e no texto de Jezler Júnior e Machado, podem servir de fundamento para a ordem de acesso às comunicações via “Blackberry”, entretanto, não há relação de exclusão e sim de complementaridade, sendo fato que a normativa mais

garantista ao investigado é a Lei nº 9.296/96, a qual não lhe causará nenhum prejuízo, muito ao reverso, lhe proporcionará muito mais garantias do que são capazes o Código de Processo Penal ou o Marco Civil da Internet.”

Sabe-se que a Lei nº 9.296/96, denominada comumente como “Lei de Interceptação Telefônica” se refere à regulamentação da captação das comunicações telefônicas no momento mesmo em que se dão entre interlocutores não cientes dessa intervenção por um terceiro, mediante ordem judicial e nos casos e obedecendo as formalidades legais e constitucionais.

Em artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ivan Jezler Júnior e Vitor Paczek Machado tratam do problema do acesso, mediante ordem judicial, baseada na Lei 9296/96, de conteúdos de comunicações via “Blackberry Messenger”.¹

A hipótese formulada pelos autores supramencionados é a de que a Lei de Interceptação Telefônica não poderia ser utilizada como fundamento para decisão de concessão da ordem de acesso pelos magistrados. Isso, tendo em conta que a interceptação exige o elemento da “instantaneidade”, mencionado, inclusive em decisão do STJ sobre o assunto (STJ, HC 315.220/RS).²

Ocorre que as mensagens pelo “Blackberry” são enviadas entre os interlocutores e armazenadas, de forma que o acesso não se dá propriamente por meio de interceptação no momento exato da conversa, mas por meio de violação do sigilo

da correspondência telemática de mensagens arquivadas nos respectivos dispositivos eletrônicos.

Nas palavras dos autores:

Nesse sentido, a obtenção de conversas privadas trocadas pela tecnologia BBM não será uma captação em ‘tempo real’, instantânea, justamente pela proteção da criptografia utilizada pela tecnologia, o que impede o desvio das mensagens durante o percurso e impõe a disponibilização de pacote de dados contendo um conjunto de mensagens à espera da quebra da criptografia, mediante fornecimento da chave pela subsidiária brasileira.³

Obviamente não seria de se imaginar a existência de um sigilo absoluto para tais comunicações, violando a razoabilidade. Entretanto, Jezler Júnior e Machado, afirmam que a base legal para a quebra do sigilo não seria a Lei nº 9.296/96, mas sim o “art. 7º, inciso III da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e o art. 240, § 1º, alínea “h”, do CPP”.⁴ De acordo com os autores em destaque a utilização da Lei nº 9296/96 promoveria uma “incongruência” entre o fato (narrativa) e a fundamentação normativa. Em suma, não se tratando efetivamente de uma “interceptação”, mas de uma apreensão de dados, a Lei nº 9.296/96 seria inadequada ao caso, o que geraria nulidade formal por “vício na fundamentação”.⁵

Em situação análoga, já se teve oportunidade de questionar a possibilidade ou não de acesso aos “registros telefônicos”. Realmente, também nesse caso não se conta com a instantaneidade, não se tratando de efetiva interceptação, sendo, infelizmente, a Lei 9296/96 lacunosa. Nossa conclusão, porém, foi a de que, considerando a relatividade do sigilo e da grande maioria dos direitos fundamentais (tirante as questões da tortura e da escravidão), seria possível sim utilizar como parâmetro as exigências e procedimentos da Lei de Interceptação.⁶ Já em outra obra conjunta destes autores, houve divergência de Francisco Sannini Neto, para quem o sigilo não é absoluto e a ausência de menção pela Lei 9296/96 sobre os dados e registros, possibilitaria sua obtenção independentemente de reserva de jurisdição, considerando os poderes requisitórios conferidos ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público.⁷

Outra situação similar em que se tem apontado para a reserva de jurisdição diz respeito ao acesso às comunicações via whatsapp. A fundamentação se dá tanto pela equiparação à situação de interceptação de “comunicações telefônicas de qualquer natureza”, a que faz menção o art. 1º, da Lei nº 9.296/96, quanto por força do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) (STJ, HC 51.531 – RO, 6ª Turma).⁸

Assim sendo, entende-se que a utilização dos parâmetros, exigências e procedimentos da Lei 9296/96, ao contrário de configurar nulidade formal da autorização de acesso às comunicações via “Blackberry Messenger”, possibilita uma garantia muito maior para os investigados. Isso porque nem as regras de busca e apreensão do Código de Processo Penal, nem muito menos a Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), apresentam tantas garantias e exigências quanto a Lei de Interceptação Telefônica. Na realidade, não se tratando realmente de interceptação, a mera ordem judicial, independentemente das exigências formais e materiais da Lei 9296/96 já seria suficiente. Portanto, alegar nulidade da autorização judicial que prima por maior cuidado com as garantias individuais por argumento de mera formalidade, não parece razoável.

Não se olvida a preciosa lição de Ihering de que “inimiga da arbitrariedade, a forma é irmã gêmea da liberdade”.⁹ Entretanto, não é possível proteger a todo custo o “trâmite formal de um ‘expediente’, antes de se pensar nos princípios que são objeto de proteção”.¹⁰ Afinal, “as formas são a garantia”¹¹, mas quando o apego à formalidade se sobrepõe à sua finalidade garantidora, certamente há uma visão distorcida a privilegiar a forma em detrimento do conteúdo.

Ao final e ao cabo, é possível dizer que todos os dispositivos legais apontados neste texto e no texto de Jezler Júnior e Machado, podem servir de fundamento para a ordem de acesso às comunicações via “Blackberry”, entretanto, não há relação de exclusão e sim de complementaridade, sendo fato que a normativa mais garantista ao investigado é a Lei nº 9.296/96, a qual não lhe causará nenhum prejuízo, muito ao reverso, lhe proporcionará muito mais garantias do que são capazes o Código de Processo Penal ou o Marco Civil da Internet. 

NOTAS

- 1 JEZLER JÚNIOR, Ivan, MACHADO, Vitor Paczek. É inválida a utilização da Lei 9.296 na captação de mensagens trocadas pelo Blackberry Messenger? Boletim IBCCrim. nº 311, out., 2018, p. 14-15.
- 2 Op. cit., p. 14.
- 3 Op. cit., p. 14.
- 4 Op. cit., p. 14.
- 5 Op. cit., p. 15. Os autores se sustentam na doutrina de Antonio Magalhães Gomes Filho. Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 195 e ss.
- 6 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48-50.
- 7 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 480-487.
- 8 Op. Cit., p. 472-474.
- 9 IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del derecho romano*. Trad. Fernando Vela, Madri: Revista do Ocidente, 1962, p. 284.
- 10 BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25.
- 11 Op. cit., p. 42.

REFERÊNCIAS

- BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001.
- IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del derecho romano*. Trad. Fernando Vela, Madri: Revista do Ocidente, 1962.
- JEZLER JÚNIOR, Ivan, MACHADO, Vitor Paczek. É inválida a utilização da Lei nº 9.296 na captação de mensagens trocadas pelo Blackberry Messenger? Boletim IBCCrim. n. 311, p. 14-15, out., 2018.

ARQUIVO PESSOAL



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

ARQUIVO PESSOAL



FRANCISCO SANNINI NETO é Delegado de Polícia, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Mais Médicos, mais polêmica



■ POR SANDRA FRANCO

“Que o novo Ministro da Saúde seja efetivo na revisão e reorganização do Mais Médicos e demais políticas públicas de atendimento básico da população brasileira.”

As reservas do presidente eleito, Jair Bolsonaro, com relação ao Mais Médicos são de longa data. Em 2013, Bolsonaro, então Deputado Federal, entrou com ação no Supremo Tribunal Federal (STF) solicitando a suspensão do programa. As principais alegações dele à época eram de que a medida provisória não atendia aos requisitos legais que exigem caráter de urgência ou emergência. Bolsonaro também criticava o mérito do programa, em razão da contratação de médicos estrangeiros e da adição de dois anos de atuação no Sistema Único de Saúde no currículo de estudantes de medicina. O então parlamentar apontava “desdobramentos inevitáveis” para a Previdência Social, além de aspectos de “extrema preocupação para a segurança nacional” devido ao aumento de estrangeiros residindo no Brasil.

Algumas dessas preocupações mostraram-se infundadas. Sem dúvida, o início do programa provocou uma grande polêmica com a chegada dos profissionais cubanos. De acordo com o Ministério da Transparência, muitas prefeituras brasileiras aproveitaram as contratações do programa para demitir outros médicos que já trabalhavam nas cidades.

Vale lembrar que no lançamento do programa instituições como CFM e AMB apontavam para esse possível deslinde. Um levantamento constatou que mais da metade dos médicos do programa substituíram outros e não reforçaram o atendimento à população, como se desejava. Algumas correções nos editais de convocação precisaram ser realizadas.

O escopo do projeto é o de melhorar e dar mais efetividade ao atendimento da população. Números divulgados pelo Ministério da Saúde apontam para o alcance desse objetivo, ao menos parcialmente. A organização de equipes de médicos especialistas em Medicina de Família e Comunidade em equipe multidisciplinares formadas por enfermeiros, dentistas e os outros profissionais trouxe um salto de resolutividade na atenção básica. Também a exigência de que o município tivesse ao menos uma UBS para que um médico do programa fosse enviado, de forma que estruturalmente também se pode apontar uma pequena melhora na assistência aos locais antes abandonados à própria sorte, tais como aldeias indígenas, comunidades quilombolas, assentamentos rurais e periferias, que tiveram, alguns pela primeira vez, médicos e outros profissionais de saúde em visitas domiciliares.

Internacionalmente, a publicação *GoodPractices in South-South and Triangular Cooperation for SustainableDevelopment*, primeira de uma série desenvolvida pelo Escritório das Nações Unidas para a Cooperação Sul-Sul e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), apresentou o Programa Mais Médicos como uma das boas práticas relevantes para a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Apesar disso, o Mais Médicos esteve sempre envolto em algum tipo de celeuma, ainda que demonstrasse resultados favoráveis. O novo capítulo teve início no último dia 14 de novembro, quando o governo cubano informou a saída do Mais Médicos do Brasil após declarações “ameaçadoras e depreciativas” do presidente eleito. O programa tem 18.240 profissionais - sendo 8.332 cubanos. De acordo com Cuba, seus médicos atuam em 4.058 municípios, cobrindo 73% das cidades brasileiras.

Sabe-se que o convênio com o governo cubano foi feito entre Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde (Opas). Após Cuba anunciar a saída do programa, Bolsonaro disse via Twitter que condiciona a continuidade do programa “à aplicação de teste de capacidade, salário integral aos profissionais cubanos, hoje maior parte destinados à ditadura, e a liberdade para trazerem suas famílias” e que, “infelizmente, Cuba não aceitou”.

Afirma o governo cubano que: “Não é aceitável que se questione a dignidade, o profissionalismo e o altruísmo dos colaboradores cubanos que, com o apoio de suas famílias, prestam serviços atualmente em 67 países”.

Outra notícia que chamou atenção para o programa foi a divulgação de uma série de irregularidades encontradas após uma recente auditoria da Controladoria-Geral da União (CGU) e falhas no Programa Mais Médicos, mais especificamente na execução dos contratos por parte da Organização Pan-Americana de Saúde (Opas). Entre os principais problemas relatados pelo trabalho está a falta de transparência e de comprovação do uso dos recursos repassados pelo Ministério da Saúde. Análises de contratos que estavam em vigor entre setembro de 2013 e março de 2016 mostram que, dos R\$ 4,1 bilhões repassados para a Opas como adiantamento, R\$ 316 milhões não foram usados no período determinado.

Análises mostraram ainda um descompasso entre os valores de passagens pagos pela Opas e pelo Ministério da Saúde. Uma comparação mostrou que, em trechos semelhantes e nos mesmos períodos, passagens declaradas pela organização para voos nacionais custaram R\$ 34,8 milhões a mais do que voos declarados pelo Ministério da Saúde. A diferença entre passagens internacionais foi ainda maior: R\$ 44,8 milhões a mais. As passagens são compradas para deslocamento de profissionais do Mais Médicos.

Os recursos para a saúde no Brasil já são escassos e vive-se uma crise sem fim no atendimento básico. Deve haver investimentos significativos também na formação dos médicos especialistas para que, a longo prazo, as carências de profissionais sejam supridas e para que esses profissionais se fixem em regiões carentes de toda espécie de atendimento.

Fazem-se necessárias adequações ao programa Mais Médicos. Está sendo realizada a contratação de milhares de novos médicos rapidamente, por conta da debandada dos especialistas cubanos. Realmente, a população não pode sofrer as consequências de problemas políticos e diplomáticos que afetaram, de uma hora para outra, o atendimento em centenas de cidades. Entretanto, todos os problemas identificados devem ser analisados, pois ficaram constatados que existem graves falhas nos mecanismos de fiscalização do programa pelo Ministério da Saúde.

Apesar das resistências que o programa enfrentou e ainda enfrenta, o “avanço” na assistência à população foi, no mínimo, repleto de contradições e limitações. Nem por isso, deixa de ser louvável como política de saúde pública. Que o novo Ministro da Saúde seja efetivo na revisão e reorganização do Mais Médicos e demais políticas públicas de atendimento básico da população brasileira. 



SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, presidente da Comissão de Direito da Saúde e Responsabilidade Médico-Hospitalar da OAB de São José dos Campos (SP), presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, membro do Comitê de Ética da UNESP para pesquisa em seres humanos e Doutoranda em Saúde Pública



Coalizão ou cooptação entre os Poderes?

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES

“Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.”

Winston Churchill

A redemocratização brasileira, após anos de ditadura, conjuntamente com a promulgação da Constituição cidadã de 1988 escancarou alguns problemas da democracia nacional, que Sérgio Abranches convencionou intitular em artigo, “Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro”.

No artigo Sérgio Abranches traça um conjunto de argumentos e fatos históricos demonstrando que o Poder Executivo Federal somente conseguiu estabilidade de suas administrações quando esteve em harmonia com o Congresso Nacional, o que hoje em dia transformamos no que convencionou-se chamar de base parlamentar de apoio.

Sendo certo que essa base parlamentar é construída pela necessidade de formação de uma maioria parlamentar fulcrada em uma ampla coalizão de partidos, e também de ideologias ou falta delas, através da composição do corpo de Ministros e dos cargos de segundo e terceiro escalão. Todavia, a falta de propostas e ideologias claras tem levado a rearranjos no decorrer do processo, de acordo com as conveniências do momento.

Esse escopo fisiologista contrasta seriamente com as lições de Montesquieu sobre a Separação dos Poderes, com o objetivo de evitar uma prevalência de determinado Poder em relação ao outro, através de um sistema de freios e contrapesos, originalmente descrito no livro “Do espírito das leis”. Contudo, o que se tem visto é uma verdadeira cooptação do Legislativo pelo Executivo, cujo exemplo recente, de visibilidade nacional, foi o processo chamado de “mensalão” (onde

a acusação e o julgamento se fundamentaram em um acordo feito, por meio do pagamento de valores públicos a parlamentares e partidos, para se formar uma maioria parlamentar).

Infelizmente essa realidade tem também contaminado as gestões dos Estados e Municípios, cujos os primeiros sinais são: aumento do número dos cargos em comissão para elevar a quantidade de aliados; destinação de Secretarias a membros eleitos do Poder Legislativo com o intuito de utilização da máquina administrativa com fins estritamente eleitoreiros; divisão dos valores do cargo em comissão com mais de uma pessoa ou até mesmo nomeação de um laranja, com o retorno desses valores para satisfazer interesses privados; entre outras práticas.

Essas práticas contrastam com os desígnios legítimos dos cidadãos, que almejam propostas, ideias e ideologias construídas coletivamente, e que deveriam ser aplicadas sem importar com quem esteja no Governo, concretizando a impessoalidade, publicidade e eficiência, exigidas constitucionalmente.

Exemplo do descolamento dos interesses dos cidadãos e das classes políticas pode ser aferido pelas últimas pesquisas de avaliação do grau de confiabilidade das instituições, em que os Partidos Políticos e o Congresso Nacional estão nas duas últimas colocações³. Inevitável concluir que é preciso mudar as práticas políticas. Até porque, o nosso Sistema Eleitoral é confuso, assim como permite a manutenção do poder nos partidos políticos e seus caciques, um dos balizadores para as péssimas avaliações.

Sabemos que a democracia não é perfeita, alerta feito por Winston Churchill “Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.”

Passada as eleições de 2018, onde tivemos a maior renovação do Congresso Nacional desde 1990⁴, bem como ante as promessas do presidente eleito, Jair Bolsonaro, de acabar com o famigerado toma lá dá cá⁵, os cidadãos anseiam pela máxima efetividade da vontade popular, aumento dos mecanismos de participação cidadã e concretização dos preceitos Constitucionais. 

NOTAS

- 1 ABRANCHES, Sérgio H. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988
- 2 MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do Espírito das Leis – in Coleção Os Pensadores - Montesquieu. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- 3 Grau de confiança nas instituições. Datafolha. Junho de 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>> Acesso em: 18/09/2018.
- 4 Congresso tem maior renovação desde 1990. Jornal do Brasil. País - Eleições 2018. 09.10.2018. Disponível em: <https://www.jb.com.br/pais/eleicoes_2018/2018/10/945621-congresso-tem-maior-renovacao-desde-1990.html> Acesso em: 25.11.2018.
- 5 Plano de Bolsonaro contém promessa do fim do “toma lá dá cá”. Portal Terra. 14.09.2018. Disponível em: <https://www.jb.com.br/pais/eleicoes_2018/2018/10/945621-congresso-tem-maior-renovacao-desde-1990.html> Acesso em: 25.11.2018.



ALLAN TITONELLI NUNES é procurador da Fazenda Nacional, especialista em Administração Pública pela FGV e em Direito Tributário pela Unisul, ex-presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).



O que temos a aprender com o Uruguai

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Não adianta mudar a lei se não mudarmos a cultura jurídico-penal. Ela é inquisitiva, porque a nossa colonização é portuguesa, europeia. Os nossos Juízes são inquisidores e o nosso Ministério Público tem uma visão inteiramente distorcida do garantismo penal.”

No mês de julho do ano de 2016 estivemos, eu e outros Professores de Direito Processual Penal do Brasil, em Santiago do Chile. Foi uma grande experiência proporcionada pelo Centro de Estudios de Justicia de la Américas (CEJA), pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e também Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Participamos do “Programa de Herramientas para la Implementación de un Sistema Acusatorio en Brasil.” Grande oportunidade também o foi para aprendermos com os chilenos.

Este ano, mais exatamente entre os dias 15 a 17 de novembro, voltamos a outro País da América Latina, desta vez o Uruguai que, recentemente, inaugurou, desde a vigência de um novo Código de Processo Penal, um modelo processual do tipo adversarial ou acusatório. Desta vez, a iniciativa da visita coube ao Observatório da Mentalidade Inquisitória, desde a liderança do nosso Comandante-em-chefe, o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Foi uma experiência, tal como fora a do Chile, igualmente extraordinária.

Desde logo, assinale-se, que o antigo Código de Processo Penal uruguaio, vigente desde 1980 (Decreto-ley nº 15.032, de 07 de julho de 1980), deitava bases no princípio inquisitivo, predominando, a partir da fase investigatória, a figura do Juiz, que participava ativamente da investigação preliminar e da gestão da prova. Era o verdadeiro Juiz-Inquisidor!

No dia 1º de novembro do ano de 2017 entrava em vigor a Ley nº 19.293, de 19 de dezembro de 2014, alterando substancialmente o processo penal uruguaio, desde a fase da investigação criminal – agora a cargo exclusivamente do Ministério Público – até os julgamentos em primeiro e em segundo graus, privilegiando-se, dentre outros, o princípio da oralidade, cabendo a gestão da prova exclusivamente às partes, como tem que ser sob o princípio dispositivo.

Ficou perfeitamente demonstrado, de maneira teórica e na prática também, como se estrutura um processo penal acusatório/adversarial, a partir de três audiências, todas realizadas sempre sob o princípio da oralidade.

A primeira, chamada “audiencia de formalización”, ocorre após o Ministério Público solicitar ao Juiz a “formalização” da investigação criminal, nos termos do art. 45-g, do Código de Processo Penal uruguaio. Nesta audiência, ouvidas as partes e, eventualmente, a vítima (se a ela compareceu), o Juiz decidirá acerca da legalidade da prisão (se o imputado estiver preso, óbvio), da admissibilidade da investigação pelo Ministério Público, do pedido de eventuais medidas cautelares (inclusive a prisão preventiva, necessariamente, concebida como *ultima ratio*), além de quaisquer outros pedidos (art. 266.6). Observa-se que o Juiz não decide de ofício, inclusive acerca da prisão preventiva (arts. 216 e 230).

A segunda, trata-se da “audiencia de control de acusación”, realizada também na presença das partes e da vítima (se esteve presente àquela primeira audiência). Nesta etapa, a defesa poderá contestar a acusação (apontando-se-lhe defeitos formais), opor exceções, pedir a extinção do procedimento (sobreseimiento) e propor acordos (art. 268.1).

A propósito, este sobreseimiento é pedido pelo Ministério Público em três hipóteses: a) quando, esgotadas todas as possibilidades probatórias, não surgiram provas plenas de que o fato imputado existiu ou que o imputado tenha sido o seu autor; b) quando o fato não constitua crime e c) quando esteja comprovada categoricamente (“de modo indudable”) que o fato foi praticado sob o pálio de uma excludente de ilicitude, de culpabilidade, de punibilidade ou outra causa extintiva do delito ou da pretensão penal, nos termos da lei penal uruguaia. Aliás, segundo o Código de Processo Penal, esta extinção excepcional do processo (que poderíamos chamar de uma verdadeira crise de instância¹) terá os mesmos efeitos de uma sentença absolutória (arts. 45-h, 129, 130 e 132).

Por fim, prevista está a denominada “audiencia de juicio oral”, que se realizará de forma ininterrupta, admitindo-se a sua suspensão apenas por razões de absoluta necessidade e, ainda assim, por um tempo mínimo não excedente de dez dias, salvo casos excepcionais e devidamente fundamentados. Nesta audiência serão realizados os debates orais, desde as primeiras alegações das partes (“alegatos de apertura”), a produção da prova, até as alegações finais (“alegatos finales”), além da sentença, por fim. Após as primeiras alegações (orais) e antes das alegações finais (também orais), as provas serão produzidas na própria audiência, sob os princípios dispositivo, da imediatidade e concentração dos atos processuais, da celeridade e da publicidade. Por último, ditar-se-á a sentença, salvo se a causa for complexa quando, então, a decisão será tomada, também em uma audiência especialmente designada, no prazo improrrogável de quinze dias (arts. 270 e 271).

Observa-se que o Código de Processo Penal do Uruguai prevê um processo abreviado a ser observado exclusivamente para determinados crimes, caso em que poderá ser celebrado um acordo entre o Ministério Público e o imputado

(obrigatoriamente assistido pelo seu defensor, público ou privado), resultando, acaso exitoso, na obrigação do imputado cumprir determinada pena privativa de liberdade ou de liberdade vigiada, ou ambas, uma após a outra (arts. 272 e 273). Importante salientar que esta forma consensual de resolução de conflitos encontra no Uruguai uma aplicação muito ampla, diferentemente do que ocorre em outros países da América do Sul e da América Central.¹ Aqui no Brasil, evidentemente, que a barganha penal precisa ser vista com muitíssimas cautelas, exatamente para evitar que alguém cumpra uma pena sem que haja prova de que tenha sido, efetivamente, o autor do crime. A nossa (desastrosa e desanimadora) experiência com a transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº. 9.099/95, impõe que vejamos experiências estrangeiras tais como esta, com todas as cautelas! Estamos por aqui, afinal de contas, com o nosso Ministério Público e o nosso Poder Judiciário. “É preciso estar atento!”

De toda maneira, neste curto – porém proveitoso - período de convívio com os Magistrados uruguaios, revelou-se, mais uma vez, que não basta apenas a substituição de um código por outro, mas necessária se faz uma verdadeira mudança jurídico-cultural, para que, efetivamente, tenhamos uma reforma substancial do Processo Penal.

A mudança legislativa é apenas um (necessário) começo, mas não um fim em si mesma, pois ela não basta. Sem esta visão, torna-se impossível que Magistrados, membros do Ministério Público e Defensores assumam as novas funções exigidas pela reforma de um código.

Pode-se discordar de um ponto ou de outro, como alguns o fizeram (no caso, por exemplo, da ampla possibilidade de acordos penais), mas a compreensão de todos (eu arrisco afirmar) é que o Brasil está muitíssimo atrasado no que concerne ao processo penal, não somente em razão de um Código de Processo Penal caduco e com ares inquisitivos, mas também por força de uma mentalidade inquisitorial da qual os participantes do processo penal brasileiro não conseguem se libertar.

Assim como ocorrera no Chile há poucos anos (e, de resto, em toda a América Latina e a Central, a começar pela Guatemala), os uruguaios foram muito corajosos: passaram de uma estrutura inquisitorial, como a nossa, e hoje atuam sob as bases de um sistema acusatório. Nada obstante alguma resistência, souberam, com inteligência e estratégia, transpor os naturais obstáculos. Os processos já iniciados sob a velha ordem seguiram assim, observando-se os antigos dispositivos processuais. Já os vindouros, obedeceram ao novo Código de Processo Penal.

Ao final e ao cabo, sucedeu em mim a mesma conclusão a que cheguei quando há dois anos estivemos (eu e meus colegas) no Chile: no Brasil, antes mesmo da reforma (e, fundamentalmente, depois dela) o Magistrado brasileiro precisa se imbuir do seu papel no processo penal adversarial. Aqui (neste sistema), o Juiz é Juiz e ponto. Isso foi dito para nós muito claramente algumas vezes. Se algum Magistrado tem o pendor para acusar, produzir prova, investigar, buscar a tal “verdade real”, que largue a Magistratura e siga a carreira do Ministério Público. Como diz Alberto Binder, “*os juízes que conheço me dizem que os sistemas acusatórios são muito mais divertidos.*”³

Aliás, eles nem entendem como pode ser diferente em um Sistema Acusatório. Não conseguiram sequer compreender algumas perguntas que eram feitas por nós brasileiros, simplesmente porque soavam incompreensíveis.

O Juiz brasileiro precisa passar umas férias no Uruguai. Mas, aproveitar uns dias que sejam e estudar (na teoria e na prática) como funciona a Justiça Criminal e

como se lida quando alguém comete um crime e o Estado tem que o punir, desde o início da persecução penal. Tudo muito natural, “dentro da lei”, sem ódio, com imparcialidade, sabendo o papel do Ministério Público e respeitando a defesa.

O Ministério Público tem a responsabilidade de comandar a investigação criminal (art. 45-a), atender e proteger as vítimas e testemunhas (art. 45-i). O ônus da prova no “Juicio Oral” cabe a ele. Só a ele e à defesa. O Juiz nem quer saber disso. Acusação e defesa ocupam o mesmo espaço, inclusive nas salas das três audiências, em primeiro e no segundo grau. Não há essa coisa de se pôr ao lado do Magistrado. Como? Ele não é parte, tal qual a defesa? Ah, lá também não se usa toga ou beca e todos, nada obstante, respeitam-se. O pronome de tratamento é muito cortês. Não é esnobe, como aqui.

A oralidade é algo especialmente privilegiado. Os debates dão-se imediatamente entre o Ministério Público e a Defesa, sem deslealdades e frente aos Juízes. Tudo é decidido na mesma audiência. Todos estão preparados para resolverem quaisquer questões jurídicas surgidas durante as audiências. O contraditório estabelece-se de maneira muito transparente. O Ministério Público respeita a Defesa e vice-versa. Não há ocultação de provas, tampouco espaço para vaidades. Tudo é muito sereno e respeitoso. Cada um cumpre o seu dever. O acusado é muitíssimo respeitado, aliás.

De toda maneira, não adianta mudar a lei se não mudarmos a cultura jurídico-penal. Ela é inquisitiva, porque a nossa colonização é portuguesa, europeia. Os nossos Juízes são inquisidores e o nosso Ministério Público tem uma visão inteiramente distorcida do garantismo penal.

Para finalizar, devemos atentar para a lição de Alberto Binder: “Estabelecer o sistema acusatório ou adversarial e deixar para atrás o sistema inquisitorial consiste em modificar o modo como a justiça penal participa na gestão dos conflitos.”

Para ele, a adoção plena do sistema acusatório “permite-nos abandonar o modo inquisitorial que, com seu formalismo, sua negligência com as pessoas, seu sigilo e desprezo pela atividade das partes, demonstrou ser tanto um sistema ineficiente quanto arbitrário.”⁴ 

NOTAS

- 1 José Frederico Marques identificava no Processo Penal a chamada “crise de instância” ou, como preferia Carnelutti, “crise do procedimento”, consistente, nas palavras do mestre italiano, em “*um modo de ser anormal do procedimento, pelo qual lhe é paralisado o curso, temporária ou definitivamente.*” Também alguns referiam o fenômeno como “crise processual”, como era o caso de José Alberto dos Reis, citado por Frederico Marques. Haveria três espécies de crises, a saber: a suspensão da instância, a *absolutio abinstantia* e a cessação da instância. (Elementos de Direito Processual Penal, Volume II, Campinas: Bookseller, 1998, página 218).
- 2 Esta afirmação, bastante pertinente, foi feita em post lançado em um grupo de WhatsApp, no dia 19 de novembro de 2018, por Leonel González Postigo, Diretor de Capacitação do Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA).
- 3 BINDER, Alberto, “Estudios sobre el nuevo Proceso Penal – Implementación y puesta en práctica”, Montevideo/Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 21.
- 4 BINDER, Alberto, “Código del Proceso Penal – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2018, p. 30.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

Política de tratamento de dados pessoais: empresas precisam elaborar as suas

■ POR MÁRCIO COTS E RICARDO OLIVEIRA

“Assim como se preocuparam com o regulamento sobre a segurança da informação, que culminou com a criação de PSIs cada vez mais completas e aperfeiçoadas, o mesmo movimento precisa ser realizado em relação ao tratamento de dados pessoais, a fim de que se dê de maneira regular, com a previsibilidade que só uma política bem estruturada pode fornecer.”

Grande parte das empresas já entendeu a importância da Segurança da Informação (SI). Esta compreensão pode ter se iniciado e progredido por diferentes motivos, como, incidentes de vazamento ou perda de informações, *ransomware* (sequestro de dados), diferencial competitivo ou imposição de parceiros comerciais, entre outras razões.



Fato é que, como a informação passou a ter especial relevância na chamada Economia Digital, na qual elementos intangíveis (banco de dados, algoritmos, estatísticas, etc.) tem igual ou maior do que os tangíveis (imóveis, veículos, parque industrial, etc.), as empresas passaram a dar maior atenção à questão da segurança, e uma das principais ferramentas para o aprimoramento da mesma é o que conhecemos como Política de Segurança da Informação (PSI).

O papel da PSI nas organizações é bastante claro: ao estabelecer um conjunto de regras para a manutenção da integridade, confidencialidade e disponibilidade das informações, a PSI cria “previsibilidade” de procedimentos, seja no tratamento cotidiano das informações (como, o que, para quê, etc.) para toda a organização, seja no tratamento de incidentes e atribuição de responsabilidades. Uma PSI bem implementada dissipa qualquer dúvida sobre o que se pode e não se pode fazer, modificando a cultura interna, e isso acaba se tornando um verdadeiro ativo empresarial.

Era necessário utilizar o exemplo da PSI para podermos situar a chamada Política de Tratamento de Dados Pessoais (PTDP), mas vamos por partes. Antes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (Lei nº 13.709/2018), e até mesmo do Marco Civil da Internet – MCI (Lei nº 12.965/2014), o tratamento de dados pessoais era uma verdadeira “terra sem lei”. Tirando alguns setores que possuem regulamentação relativa aos dados pessoais, como bancos, instituições financeiras, telecomunicações, etc., a grande maioria das empresas faziam o que bem entendiam com dados pessoais, fossem eles de clientes, empregados, prestadores de serviços, *prospects*, entre outros. É nesse cenário que a mentalidade dos colaboradores foi formada, atribuindo-se a si mesma um controle sobre os dados pessoais de outrem que a LGPD veio afastar definitivamente. Recorde-se, por exemplo, do empregado que, acessando os dados pessoais armazenados no banco de dados da empresa, utilizou os mesmos para assediar uma cliente. Para ele, aparentemente, não havia nada de errado em acessar tal informação. Contudo, será que ele pensaria a mesma coisa se o acesso fosse aos dados bancários ou estratégicos do seu empregador? Certamente não. Fica patente como os dados pessoais não eram, até então, tidos em alto grau de importância.

Contudo, com a LGPD, o que já era premissa do art. 11 do Código Civil, que impossibilitava a transferência ou renúncia aos direitos da personalidade, agora se tornou claro como água: nenhuma empresa é proprietária de dados pessoais de outrem, por mais que entenda que sim. Dados pessoais sempre serão de “propriedade” de seu titular (pessoa de carne e osso), podendo ser tratados¹ apenas nos casos previstos em lei.

Sendo assim, se nossa jornada parte de uma “terra sem lei” para um cenário regulamentado no qual os infratores serão penalizados, é natural que haja um choque na cultura empresarial relativa ao tratamento de dados pessoais. Se antes se podia fazer o que se queria, agora não é mais assim.

Isso nos leva ao cerne da questão: considerando o que dispõe a LGPD, sua empresa está preparada para tratar adequadamente os dados pessoais que tem à sua disposição? Seus colaboradores sabem o que podem e não podem fazer? Sua área técnica está preparada para proporcionar a segurança necessária para manutenção de tais dados? Seus fornecedores conhecem as regras básicas para tratamento dos dados pessoais que você disponibilizou aos mesmos para cumprimento

de alguma obrigação (logística, fiscal, contábil, recursos humanos, etc.)? O local de estabelecer a “previsibilidade” de procedimentos, como ocorreu no caso da SI, é justamente na Política de Tratamento de Dados Pessoais (PTDP), faça ou não esta última parte de uma PSI já constituída.

A PTDP terá um papel essencial para mudança de procedimentos e de cultura nas empresas, devendo dispor, entre outros temas, responsabilidades dos envolvidos no tratamento, níveis de permissão de acesso, regras de compartilhamento, prazos de conservação, premissas para adoção de decisões automatizadas, tratamento de dados públicos, cláusulas-padrão para utilização na contratação de fornecedores, parceiros, etc., definição das atribuições do encarregado², etc.

Vamos usar o exemplo do art. 16 da LGPD, que dispõe que, os dados pessoais deverão ser eliminados após o término de seu tratamento, caso não haja nenhuma obrigação legal ou regulatória que justifique a manutenção dos mesmos³. Assim, manter dados pessoais após o término do seu tratamento, sem justificativa prevista em lei, é violação da LGPD e sujeita a empresa às sanções administrativas e ações judiciais dos titulares ou terceiros interessados.

Ora, a regra legal existe e é aplicável a partir do início da vigência da LGPD⁴, mas como será dada ciência a toda a empresa dessas novas obrigações? Perceba-se que muitos setores distintos tratam dados pessoais para cumprimento das mais diferentes finalidades, como contratações de fornecedores, ações de marketing, registro e manutenção de empregados, CRM, etc., e utilizar meros informativos ou circulares simples, sem o trabalho de conscientização e “catequização” dos envolvidos, poderá gerar o descumprimento generalizado da regra.

Dessa forma, entendemos que, assim como se preocuparam com o regulamento sobre a segurança da informação, que culminou com a criação de PSIs cada vez mais completas e aperfeiçoadas, o mesmo movimento precisa ser realizado em relação ao tratamento de dados pessoais, a fim de que se dê de maneira regular, com a previsibilidade que só uma política bem estruturada pode fornecer. 

NOTAS

- 1 Segundo a LGPD, tratamento é toda a operação realizada com dados pessoais, incluindo as atividades mais elementares, como armazenamento, coleta, transmissão ou utilização.
- 2 A LGPD criou a figura do encarregado, que é uma pessoa natural, ou seja, de carne e osso, e será um meio de comunicação entre a empresa e terceiros (governo ou titulares).
- 3 Há outras hipóteses que justificam a manutenção, mas nos basta esta para o exemplo.
- 4 LGPD entra em vigor no dia 16/02/2020, prazo extremamente curto, considerando que mudanças estruturais tecnológicas e culturais demandam grande esforço nas empresas.



ARQUIVO PESSOAL

MÁRCIO COTS é Sócio do COTS Advogados, escritório especializado em Cyberlaw e Direito dos Negócios Digitais com sede em São Paulo e, membro do escritório norte-americano CyberLawStudio PLLC, com sede em Nova Iorque. Consultor convidado pelo Senado para debater pontos técnicos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Professor universitário de Direito no meio Digital em MBAs e palestrante internacional. Mestre em Direito pela FADISP, especialista em CyberLaw pela Harvard Law School – EUA, com extensão universitária em Direito da Tecnologia da Informação, pela FGV-EPGE. Membro do Harvard Faculty Club. Consultor jurídico da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABCOMM) e Diretor Jurídico da Associação Brasileira de Internet das Coisas (ABINC).



ARQUIVO PESSOAL

RICARDO OLIVEIRA é Sócio do COTS Advogados, escritório especializado em Cyberlaw e Direito dos Negócios Digitais com sede em São Paulo. Possui Extensão universitária em Direito da Tecnologia da Informação pela FGV-EPGE, MBA em Gestão Estratégicas de Negócios pela faculdade de informática e Administração paulista – FIAP e especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie. Professor convidado do curso de MBA de Big Data da FIA Business School. Autor de diversos artigos sobre o tema Direito no meio Digital e coautor de livro sobre o Marco Civil Regulatório da Internet. Presidente do Grupo de Trabalho Jurídico Associação Brasileira da Internet das coisas (ABINC).

Arbitragem tributária e seus desafios

■ POR ÁTILA MELO SILVA

“A busca por receitas, por parte do estado, é tendência em todo o mundo, basta analisar que nos EUA, na recente reforma tributária, a repatriação de recursos estrangeiros aplicou alíquota de 5%, ao invés dos 35% habituais.”

Vitor Hugo, disse que “nada mais poderoso que uma ideia cujo momento chegou”. Acredita-se que ela se aplica perfeitamente a arbitragem tributária no Brasil.

Em discussão desde 2009, no Congresso Nacional no Projeto de Lei nº 469/2009, a arbitragem tributária ainda enfrenta resistências e algumas dúvidas. Do lado do Fisco, argumenta-se pela dificuldade na implementação do instituto, ligadas ao dogma de que o crédito tributário seria indisponível.

Além disso, setores da Receita Federal, entendem que o foco de atuação deveria ser informatização dos julgamentos, adoção de sistemáticas semelhantes aos recursos repetitivos, previstos no Código de Processo Civil, tudo com foco na redução dos prazos.

Argumentam que a arbitragem tributária, não evitaria o ajuizamento de demandas tributárias, pois a origem das disputas com contribuintes se refere, a temas como cobrança indevida de impostos, juros e multas, ligadas umbilicalmente a alterações e interpretação da legislação tributária, o que inviabilizaria o instituto em si.

A importância de se discutir e dar efetividade a arbitragem tributária, esta diretamente relacionada a ineficiência da cobrança da dívida ativa, que conta atualmente com apenas dois métodos, processo administrativo e judicial, demonstrada em alarmantes números de débitos em aberto, e demandas em andamento.

Com efeito a busca de soluções aos padrões ordinários de cobrança da dívida fiscal, é medida que se impõe. A LDO, registra passivo de dois trilhões de reais em orçamento público, relativos a dívida ativa. No ano de 2017, acumulam-se processos administrativos no CARE, que somam quinhentos bilhões de reais.

Dados da PGFN, demonstram que 70% dos processos em andamento no CARE, discutem débitos tributários abaixo de cinquenta mil reais. Muitos deles, estão abaixo do valor mínimo de inscrição em dívida ativa de mil reais, ou de vinte mil reais para ajuizamento da execução fiscal, conforme limites estabelecidos pela Portaria nº 75 de 2012 do Ministério da Fazenda.

Indicadores, mostram que processos administrativos no CARE, que discutem débitos tributários abaixo de 15 milhões de reais, demoram em média 4 anos para serem relatados.

Além disso, constam registros de aproximadamente um trilhão de reais referente a débitos fiscais sendo discutidos administrativamente, somente na esfera federal.

No âmbito judicial, tramitam no Poder Judiciário aproximadamente quarenta milhões de execuções fiscais (federal, estaduais e municipais). Sendo que deste número ao menos seis milhões, são da União. Pesquisas demonstram ainda que 60% dos processos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, são relativos a matéria tributária.

Uma média absurda de 1.500 (mil e quinhentos) processos por dia útil. Com custo anual do Poder Judiciário de oitenta e cinco bilhões de reais.

A taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos fiscais em tramitação que não baixou durante 2017, permanece alta, com percentual de 95%. Isso quer dizer que foram solucionados apenas 5% de todos os processos tributários em 2017, segundo dados no CNJ.

Em que pese os elogiáveis esforços da PGFN, no sentido de diminuir o passivo tributário e o elevado número de execuções fiscais, com a adoção do RDCC, e outros mecanismos tratados nas Portarias 294/2010, 502/2016 e 33/2018, o fato é que tais medidas não foram capazes de atingir níveis mínimos de satisfação e controle no que tange a cobrança da dívida ativa.

De todo modo, a grandeza dos números indica, má gestão e ineficiência na cobrança e gerenciamento da dívida ativa fiscal, os quais não possuem precedentes.

Este terrível quadro é péssimo para o ambiente de negócios da já combalida economia brasileira, impedindo diretamente novos investimentos, inclusive estrangeiros, já que afeta, quando não impossibilita a distribuição de lucros aos sócios, causando assim sérios impactos na atividade empresarial, que é a responsável pela geração de empregos.

Além disso, gera grande descrédito da administração pública, pois registra valores elevados de créditos tributários, que na realidade não existem, pois os devedores já não existem como pessoas jurídicas e sequer possuem bens para pagar a dívida.

Diante de um quadro tão desolador, a adoção de novos métodos de resolução de conflitos, é uma imposição, especialmente porque, ter um gerenciamento e cobrança racional da dívida pública é demanda da sociedade em geral, que clama por mudança nos mais variados setores da administração pública. Vale destacar que estudos revelam que contratos em geral, que possuem submissão a arbitragem podem gerar até 20% de economia.

Importante, destacar que a arbitragem, não implica em renúncia ao crédito tributário, somente substituiu-se a jurisdição estatal, por um árbitro, de preferência qualificado para resolver questões tributárias. Além disso, o CTN, autoriza a redução do crédito tributário mediante redução de multa e juros, ou transação, desde que regulamentado por a lei. Não é intenção negociar o crédito tributário, sendo prudente ressaltar que transigir é completamente diferente de transacionar.

A proposta de arbitragem no âmbito tributário que ganha força, se limitaria a discussão de questões técnicas, envolvendo tributos e/ou obrigações acessórias, tais como classificação fiscal, preços de transferência, substituição a consulta fiscal e quantificação de crédito para fins de compensação, evitando-se assim a insegurança jurídica do atual regime de PER/DCOMP. A ideia inicial é não se discutir crédito tributário constituído.

Tem forte apoio das entidades civis, a criação de câmaras especializadas em temas tributários, tudo para qualificar o debate e dotar a decisão de mérito de qualidade, para deixar margem para dúvidas e questionamentos.

Todavia, cresce a pressão internacional, para que o Brasil regulamente por meio de lei a arbitragem em matéria tributária, especialmente após a divulgação da ação nº 14 do BEPS, que exige mecanismos efetivos de resolução de disputas, entre os países integrantes do G20, que integram a OCDE.

O pacote BEPS¹ endossado pelos Ministros das Finanças do G20 em outubro de 2015 contém o relatório sobre a Ação 14: Tornar os Mecanismos de Resolução de Disputas mais efetivos (“o Relatório da Ação 14”). Este relatório discute os obstáculos que impedem os países de resolver disputas relacionadas a tratados no âmbito do procedimento de mútuo acordo (MAP) e recomendou medidas para superar tais obstáculos, incluindo um conjunto de padrões mínimos (“o padrão mínimo da Ação 14”) para assegurar que as disputas relacionadas são resolvidas de maneira oportuna, eficaz e eficiente.

Além disso, vinte países se comprometeram a fornecer arbitragem vinculativa obrigatória em seus tratados tributários bilaterais como um meio de garantir que as disputas relacionadas ao tratado sejam resolvidas dentro de um prazo especificado. Isso reflete um avanço notável, já que coletivamente esses países estiveram envolvidos em mais de 90% dos casos de MAPs pendentes no final de 2013 (conforme relatado mais recentemente pela OCDE).

Certamente a arbitragem em matéria tributária, não é a solução definitiva para que possamos mudar os números acima citados, contudo, trata-se de uma importante e valiosa ferramenta a qual deve ser utilizada.

Outras medidas precisam ser tomadas, tais como maior rigor na constituição do crédito tributário, evitando-se a banalização de tão importante ato administrativo, que por vezes não possuem a mínima fundamentação, requisito indispensável para sua validade.

Imprescindível também, que a resolução de conflitos seja feita de forma coerente, sendo que o Fisco deve dar orientação prévia, ao contribuinte para se evitar irregularidades que resultem em autuações. Neste ponto, interessante o exemplo dado pela Lei Paulista nº 1.320 de 2018, sobre a qual tivemos a oportunidade de nos manifestar no artigo “O novo paradigma da fiscalização paulista”.

Este tema deverá ser retomado e amplamente debatido pelo poder público, sociedade cível e academia, pois como já mencionado racionalizar a cobrança da dívida ativa e obter recursos para cobrir gastos estatais com serviços públicos é uma demanda da sociedade em geral e não só daqueles que militam na área tributária. A busca por receitas, por parte do estado, é tendência em todo o mundo, basta analisar que nos EUA, na recente reforma tributária, a repatriação de recursos estrangeiros aplicou alíquota de 5%, ao invés dos 35% habituais. 

NOTA

- 1 Erosão de base e mudança de lucro ou BEPS refere-se a estratégias de planejamento fiscal corporativo usadas por multinacionais projetadas para “deslocar” lucros de jurisdições com impostos mais altos para jurisdições com impostos mais baixos, “corroendo” a “base tributária” das jurisdições com impostos mais altos.



ÁTILA MELO SILVA é advogado especialista em Direito Tributário e sócio do Manna, Melo & Szperman Advogados Associados.

UPG – Horizonte jurídico-político no século XXI

■ POR EMERSON DE AGUIAR SOUZA



“A medida de direito e política internacional que ora se sugere não encontra qualquer óbice no seio da comunidade politicamente organizada, não sendo menos relevante destacar que a supremacia do interesse público global e o princípio da dignidade do cidadão-membro da sociedade globalizada contemporânea, já alçando a qualidade de corolários basilares do Estado Democrático de Direito, igualmente militam em prol da adoção de um critério democrático e com premissa no Direito Internacional Positivado, para fins de legitimação da institucionalização da UPG – Unidade Política Global.”

Do mais singelo acompanhamento dos fatos envolvendo a sistemática sócio-política-jurídica da atual sociedade contemporânea globalizada, afigura-se nítida a imperiosidade de que severas, drásticas e profundas providências de amplitude mundial devam ser diligenciadas, com o escopo precípua de viabilizar um novo horizonte solucionador para uma série de máculas que obstam uma convivência saudável e harmônica entre os povos e os cidadãos.

Num primeiro e determinante plano, não se pode olvidar que este início de século XXI se depara com mazelas seculares tais como endemias, guerras, narcotráfico, corrupção, divergências entre etnias e intolerância religiosa.

Ocorre, entretanto, que, outros enfoques revelam a capacidade humana de buscar e alcançar incalculáveis avanços em áreas basilares, tais como ciência, medicina, economia, tecnologia da informação, gestão de pessoas, contingenciamento e manejo de recursos energéticos, nucleares, ambientais, e isto, sem mencionar êxitos notáveis, vistos isoladamente, em setores vitais como educação, segurança pública e planejamento urbano, dentre outros.

Postas tais premissas, denota-se possível que as primeiras décadas do século XXI apresentem um amplo espaço para a formulação de um novo e inédito ambiente sócio-jurídico-político de cunho altamente progressista e amplitude global.

FUNDAMENTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

Cediço que o trinômio brilhantemente preconizado por Montesquieu, correspondente à repartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária encontrou no âmbito dos modernos Estados Democráticos de Direito sua expressão mais profícua: propiciar que, mediante a delimitação constitucional claramente delineada, a sociedade civil e o Estado possam tratar de todas as questões relevantes destinadas a uma nação politicamente organizada, no espectro de seus limites territoriais.

Comporta destacar a eficácia de determinadas políticas governamentais, em sede de iniciativas de nações politicamente organizadas, mediante a aplicabilidade do regime de separação de poderes, como, à guisa de exemplo, o recente prestígio internacional alcançado pelo Brasil, com a atração de eventos de porte global, como a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Ainda, como desiderato exemplificativo, pode se fazer uma alusão às condutas de países que, há décadas, mantém-se no seletivo grupo de nações sócio-jurídica e politicamente bem-sucedidas em diversos segmentos da atuação estatal, tais como Suíça e Alemanha, na Europa, e Canadá, na América do Norte.

Busca-se, em realidade, com este breve arrazoado, trazer à baila a sugestão de - a partir da visualização da estrutura sócio-política-jurídica atual, em âmbito globalizado, se trate de uma providência a ser encetada pela comunidade internacional das nações, com vistas à efetuar o transporte do modelo tripartite de funções e poderes para o espectro de uma unidade política globalizada.

Na raiz de tal elucubração, dormita a ilação de que, quer seja uma autoridade política única mundial, mediante a institucionalização de um poder executivo mundial, aliado a um legislativo global, somado a um judiciário internacional, com base em premissas como independência e harmonia, calcados na legitimidade a ser auferida pelos Estados organizados, alcançaria uma esfera de alcance

para o equacionamento de mazelas sociais e econômicas jamais contemplada na história da humanidade.

Com o olhar atento para o êxito de iniciativas semi-administrativas internacionais, tais como a constituição e funcionamento válido e regular da OMC – Organização Mundial do Comércio, aliado ao entendimento já consolidado em várias regiões do globo terrestre, a acarretar a deflagração de iniciativas tais como a formação de blocos continentais como a União Européia e o próprio MERCOSUL, chega-se à inolvidável constatação de que “para o enfrentamento de mazelas sócio-econômicas de amplitude planetária, somente a institucionalização de uma autoridade política com tais dimensões emerge como panorama apto à resolução satisfatória dessas máculas, partindo da confissão política da comunidade internacional politicamente organizada de que, cada Estado, de *per si*, não possui o condão de encetar políticas e programas aptos à solução de vícios sócio-culturais e econômicos que extrapolam seus parques limites territoriais, para proliferarem por diversas áreas do globo terrestre.

Valho-me de relevante preleção acerca do tema, segundo os comentários de um dos precursores do denominado “Mundialismo”, o filósofo político Norberto Bobbio (1):

“(...) o movimento que tem como objetivo a construção da unidade política mundial. Nele confluem aspirações cosmopolitas e pacifistas, qualificadas pela indicação dos instrumentos institucionais necessários para garantir suas realizações. Afirma o princípio da unidade do gênero humano acima das divisões nacionais e a necessidade de um seu ordenamento pacífico capaz de garantir a unidade do planeta, e, ao mesmo tempo, a autonomia de todos os Estados.”

Sob esta ótica de enfoque, tem-se por inafastável que a noção de legitimidade internacional está no alicerce da implementação desta nova face da ciência e da fenomenologia jurídica, tudo com vistas ao firmamento das sociedades civis contemporâneas em corolários básicos como justiça, dignidade da pessoa humana e, via de consequência, o estabelecimento de diretrizes bem delimitadas, daquilo que já possa ser sopesado como sendo o conjunto de preceitos e valores norteador do senso padrão de moral comum internacional neste século XXI.

Prosseguindo, convém repisar que o regime sob o qual estabeleceu-se e consolidou-se o Estado Democrático de Direito nos séculos XX e XXI abarca a indispensabilidade de princípios, valores e preceitos os quais, muitas vezes, em realidade, respeitados abalizados posicionamentos em contrário, culminam por transcender a esfera e o patamar do direito positivado, para encontrar-se imiscuído no âmbito da consciência dos indivíduos e dos povos, valores e diretrizes morais tais como justiça, verdade, paz, vida, equidade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, liberdade, limites de atuação.

Feitas tais matizes de considerações, tenho por bem em destacar brilhante preleção sobre o tema, proporcionada pelo Excelentíssimo Juiz da Corte Internacional de Justiça de Haia, Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade (2):

“É nos momentos difíceis de crise como a atual, de consequências mundiais imprevisíveis, que devemos lutar pela preservação dos princípios e valores fundamentais nos quais se alicerça o Estado Democrático de Direito”

Prossegue a brilhante elucidação fornecida pelo apontado e ilustríssimo juri-sinternacionalista (3):

“Permito-me insistir na percepção de que o processo de humanização parece-me o grande legado do Direito Internacional ao século XXI: o ser humano reconquistou sua centralidade também no Ordenamento Jurídico Internacional. Estou convencido de que a fonte material de toda a evolução do Direito é a consciência humana, que é naturalmente metajurídica.”

Extraí-se, nesse passo, do quanto destacado até o momento, que a história sócio-jurídico-política nos tempos modernos esborda, inexoravelmente, para a intelecção de que a Unidade Política Global - UPG se denota como a única opção viável para abarcar a segurança jurídica que a vida em sociedade desafia e reclama por parte dos agentes públicos investidos de prerrogativas estatuídas com o escopo precípua de que tenham suas condutas funcionais direcionadas à supremacia do interesse público.

Noutro diapasão, fica patente e cristalino que, mesmo na imensa órbita do Direito Internacional, o direito assume feição essencialmente teleológica, qual seja, deixa deprender sua nítida finalidade de assegurar a integridade física, mental, emocional e moral do indivíduo, ser humano, que, cada vez mais, passa a necessitar de meios de acesso à serviços executivos, legislativos e judiciários com validade e eficácia capazes de lhe salvaguardarem em suas esferas de legítimos interesses em qualquer região do planeta, sem que haja risco concreto de periclitacão de direito, ensejando uma concentraçã de poder global apto a viabilizar o disciplinamento da situaçã de cada ser humano como cidadão integrante de uma sociedade inexoravelmente globalizada.

Experiências e iniciativas altamente louváveis e bem sucedidas, tais quais a institucionalizaçã e funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da própria Corte Internacional de Justiça de Haia, entretanto, fazem emergir a imperiosidade de que seja efetuada uma reflexã profunda acerca da logística das nações e do vastíssimo grau de esclarecimento a permear mentes de cidadãos envolvidos com o tema ora abordado, qual seja, a construçã do mais moderno sistema de gestã dos interesses públicos jamais viabilizado em nenhuma outra época da civilizaçã humana.

Sinceramente, não vejo óbice ou razão suficiente plausível, a ponto de dispensar-se o brilho e a genialidade de estadistas e operadores do direito espalhados pelos Continentes Americano, Europeu, Asiático e Africano.

Efetivamente, profundas e arraigadas discrepâncias culturais, religiosas, étnicas, e isto, sem falar nos interesses ocultados por políticas unilaterais encetadas, inclusive, sem o aval da ONU – Organização das Nações Unidas, corroboram a oportunidade e conveniência de que sejam promovidas as diligências cabíveis à consolidaçã da autoridade política única global.

O delineamento da noçã da institucionalizaçã de uma autoridade política única internacional (UPG) perpassa, forçosamente, de forma prefacial, pelo conceito de legitimidade. Equivale à ilaçã de que, quanto maior for o grau de legitimidade na institucionalizaçã de um Poder Político e Jurídico Comum Internacional (UPG), maior, na mesma proporçã, afigurar-se-á a eficácia, alcance e efetividade de suas decisões, bem como a qualidade dos serviços prestados a cada cidadão-membro da sociedade globalizada contemporânea.

O universo sócio-jurídico-político atual está a ensejar um rumo irreversível pela medida estrutural ora sob comento.

Para tanto, sem incorrer em menosprezo à já aludida noção de legitimidade, há que se fazer uma menção expressa a conceitos tais como contencioso administrativo e contencioso judicial.

Os mecanismos e organismos internacionais já estabelecidos, tais como a OMC – Organização Mundial do Comércio, FMI – Fundo Monetário Internacional, além de blocos governamentais já consolidados ou em acelerado ritmo de consolidação, tais como a União Européia e o Mercosul, denotam funcionamento essencialmente de caráter contencioso administrativo. Isto sem mencionar a própria ONU – Organização das Nações Unidas, cuja base detém elevado grau de legitimidade, mas não a ponto de que lhe sejam reconhecidos os atributos e prerrogativas de uma autoridade com atos a gozarem dos atributos da coercibilidade e auto executoriedade, da qual se extrai aspecto essencial à imperiosidade da institucionalização do Poder Político-Jurídico Internacional, o qual estaria jungido à conceitos estáveis como a soberania dos veredictos e a irrecorribilidade das decisões proferidas por agentes políticos e jurídicos mundiais, desde que observados os ditames legais para edição do ato administrativo global, in concreto.

O eminentíssimo jurisinternacionalista Francisco Rezek aponta exemplo altamente indicativo de que o hábito de pautar-se pela licitude, em se tratando de temas de direito internacional, encontra-se já alicerçado e intrinsecamente jungido à idéia de submissão à normas e preceitos emanados de entes de caráter essencialmente transnacional.

Vejamos a escorreita preleção do festejado jurisinternacionalista (4):

“Assim, o verdadeiro fundamento da licitude do trânsito de um navio egípcio pelas águas do Amazonas não seria a lei brasileira de franquia, mas um possível princípio geral ou norma costumeira mandando a todo Estado que honre suas promessas, ou proceda de acordo com suas proclamações voltadas para o meio exterior. Dir-se-ia, sob esta ótica, que o Estado que procede na conformidade de certa diretriz obrigatória, editada por organização internacional a que pertence, está na realidade obedecendo ao tratado constitutivo da organização, em cujos termos opera o sistema de produção de diretrizes obrigatórias”

Insta destacar que as bases para a institucionalização de uma autoridade política e jurídica com amplitudes transcontinentais já foram alvo de profundos estudos, não sendo despicienda a transcrição de certo trecho da obra de Alberto Torres (5):

“A República Americana, com toda sua influência durante o século XIX, na América e no mundo, é uma obra de previsão política; a República Francesa, com seus efeitos, é a obra da ação das idéias e da reação das instituições, combatendo-se sem cálculo e sem medida.

As forças que se encontram atualmente em conflito não são idéias, estando estas fracas para dirigir e controlar correntes tão vastas de tendências e de fatos: são apetites, ambições, interesses; e se não for do lado dos governos, é totalmente ilusório esperar ver constituir-se um corpo, ou surgir uma cabeça, capaz de domar e regular os impulsos das correntes impetuosas que conduzem as sociedades à mais aterradora das crises humanas.

Eis a advertência que parece urgente fazer aos homens de Estado...

O que é necessário para assegurar a paz, é criar, ao lado da Corte Internacional, um corpo de caráter político, uma espécie de anficionia mundial, composta de uma elite de

homens políticos, de um talento flexível e de um vasto saber, reunindo, ao mesmo tempo, a finura do diplomata, a largueza e a penetração de vista do homem de Estado, a ciência do sociólogo, do jurista e do economista, encarregado de vigiar os acontecimentos da política internacional, para prevenir-lhes os conflitos, submetendo-os a todos os meios possíveis de solução amigável.

O Congresso Permanente das potências deve ser dotado do poder de executar e de reforçar os julgamentos da Corte Internacional de Justiça e de um certo número de atribuições deliberativas sobre estes assuntos e estes interesses característicos da evolução contemporânea das sociedades que se pode chamar, tendo em vista sua generalidade, sua proeminência sobre os interesses dos estados, e sua extensão para além das fronteiras, de questões supra nacionais”.

Efetando o desenlace de questões pontuais não menos relevantes, vejamos as tratativas acerca do tema, encetadas pelo estudioso do assunto, o insigne Alberto Rocha(6)

“A globalização política é um processo inicial, pois não conseguiu ainda precisar sua forma, ainda que tenha conseguido bastante relevância nestes últimos anos. Esta importância deve-se à presença de crescentes problemas globais (científicos e tecnológicos, comunicacionais, econômicos, sociais, políticos, culturais, ambientais, entre outros), que requerem solução por meio de uma regulação pública e, portanto, contribuem para configurar uma dimensão de assuntos públicos globais. Esta é uma dimensão política global que não tem precedente na história da humanidade, trata-se de um fenômeno original. Além disso, situa-se como uma realidade virtual ou esboço de um cenário. Mas a partir de seus primeiros indícios e manifestações, tem-se conseguido elaborar algumas primeiras aproximações sobre ela (Amin, 1999; Beck, 1998; Castells, 1999; Giddens, 1999; Held, 1997, os mais importantes). Apoiados nestas aproximações, entendemos que a dimensão política da globalidade se estaria configurando a partir dos seguintes elementos: 1) governo global (executivo, legislativo e judiciário), com capacidade para implementar uma governabilidade (direção política e gestão pública) adequada; 2) sociedade civil global, reivindicativa e participativa; 3) democracia global ou cosmopolita participativa; 4) cidadania global; 5) direitos e deveres políticos globais; 6) direito público global; 7) ética global etc.

Bem, se relacionarmos adequadamente todos esses elementos, na realidade, o que estaria configurado, na dimensão política global, é um regime político global, quer dizer, a constituição de uma forma política a partir da relação de um governo global e de uma sociedade civil global, fundamentalmente. Tal regime político global, para ficar instituído, necessita de um encadeamento de contrato social global, acordado pela cidadania global no âmbito da sociedade civil global. Mas necessita também, para funcionar a contento, da legitimidade que proporciona a democracia. Este regime político deveria proporcionar a governabilidade democrática global necessária em nível global.

Qual seriam os alcances e limitações do regime político global? Adiantemos uma resposta geral. A dimensão política global se situa acima dos níveis supra-regional, nacional e local, por isso os abrange e os determina, mas também está limitada por eles. Com efeito, a solução dos problemas globais tem repercussões transnacionais (condiciona a política de todos os demais níveis), mas não pode afetar a especificidade da política destes, quer dizer, não tem capacidade para intervir na resolução dos problemas públicos que se apresentam em cada um dos outros níveis. A isto tem-se denominado princípio de subsidiariedade, pois um nível tem autonomia (capacidade) para resolver seus problemas específicos, sob a

condição de deixar e delegar a solução dos problemas que transbordam ou transcendem o seu nível para outros níveis, o qual comporta uma cessão de soberania de baixo para cima.

O regime político global, por se situar no nível espacial mais elevado do sistema político mundial, se beneficia da delegação de soberania de todos os níveis espaciais inferiores para resolver especificamente problemas globais. Isto leva a pensar que o regime político global repousa sobre as dimensões políticas dos outros níveis espaciais, mais precisamente sobre as formas políticas desses níveis”.

As benesses sociais decorrentes da implementação da autoridade única emergem de forma imediata, alcançando, de logo, aperfeiçoamento da estrutura e funcionamento do sistema destinado à viabilidade em torno de uma persecução penal pública mundial, através da disponibilização de um amplíssimo banco de dados e informações a contar com a mais avassaladora logística de equipamentos de informática, de molde a propiciar um alcance quase que imediato entre um fato que tenha ocorrência no hemisfério sul e a deliberação pela autoridade competente, ainda que no ponto mais extremo do hemisfério norte.

CONCLUSÕES

Muito embora não se pretenda, no âmbito do presente esboço, o esgotamento do assunto, impende não menosprezar que toda uma série de benefícios sociais e econômicos fluiriam, a partir da concentração de poder democrático de direito em torno de uma pessoa jurídica essencialmente destinada a valer-se de suas mais elevadas prerrogativas com o desiderato maior de promover o equacionamento de questões que desafiam a capacidade gestora dos homens de Estado, considerados em sua individualidade de Chefes de Estado, os quais, dada a discrepância cultural, econômica, geográfica, dente outros fatores, culminam por restarem firmemente impedidos de levarem à frente projetos e diretrizes governamentais aptos e idôneos ao solucionamento de tais mazelas, tais como as desigualdades de distribuição de renda, o arbítrio por parte de governos ditatoriais, o tráfico internacional de entorpecentes, a absurda proliferação das práticas de pedofilia, as guerras decorrentes da intolerância e do fanatismo religioso.

Em recente preleção publicada, a insigne estudiosa jurídica-política Maryann Cusimano buscou elementos contemporâneos hábeis a legitimar a institucionalização da UPG (7):

“O mundo tem um problema de governo. Precisamos mais desse controle num momento em que há menos. A globalização criou brechas entre os problemas que enfrentamos e nossa capacidade para enfrentá-los. Os problemas se movem com rapidez, ao contrário de nossas instituições. Os problemas como o colapso do sistema financeiro global e a mudança climática cruzam fronteiras e requerem ação urgente e coordenada entre os países. Mas o governo se detém nas fronteiras de nossas instituições primárias, os estados soberanos.

Novas formas de governo surgiram para preencher as brechas, especialmente no setor privado, às vezes em alianças público-privadas, às vezes sozinhas. A sociedade civil se agrupa em redes multinacionais para mudar as condutas dos governos e das corporações em temas que vão desde o alívio do endividamento até as minas terrestres. Organizações não governamentais e companhias privadas provêm serviços que antes eram competência exclusiva dos estados –desde a construção de estradas até fornecer segurança–. As sociedades civis e as companhias desenvolvem e mantêm negócios pelos quais são res-

ponsáveis diante dos códigos de responsabilidade social corporativa. Um corpo regulador privado governa a Internet, já que é feito por qualquer pessoa.

O setor público também tenta incrementar sua capacidade e colaboração mais além das fronteiras. Criamos novas instituições internacionais (a Organização Mundial de Comércio) e adaptamos as antigas (OTAN e Nações Unidas). Os atores religiosos também formam parte do combinado.

Mas nem todos estes esforços são suficientes. Há pessoas morrendo e os estados não conseguem salvá-las. Os Estados Unidos e os outros países fortes não podem solucionar sozinhos os problemas; suas instituições não estão conectadas para isso. Quase um terço da população do mundo vive nos estados mais débeis do sistema, tal como se descreve em detalhe no relatório do Fund of Peace The Failed State Index. Seus cidadãos são os mais vulneráveis, no entanto estes estados são os menos preparados para enfrentar os desafios da globalização e alguns negam ao seu povo a capacidade de participar do governo ou torná-los responsáveis pelas atividades efetuadas em seu nome. Os piores entre esses estados são predadores e assassinam deliberadamente os cidadãos que deveriam proteger.

A soberania –as idéias de que o governo se confunde com o território e que aqueles fora de suas fronteiras geográficas não têm autoridade para intrometer-se em assuntos internos – é problemática para a maioria dos habitantes do planeta. Mas a maioria dos líderes e estudiosos ignora o problema da soberania na política mundial, centralizando-se na ação dos governos, inclusive no caso dos Estados que têm menor capacidade para solucionar os problemas globais por si mesmos.”

A medida de direito e política internacional que ora se sugere não encontra qualquer óbice no seio da comunidade politicamente organizada, não sendo menos relevante destacar que a supremacia do interesse público global e o princípio da dignidade do cidadão-membro da sociedade globalizada contemporânea, já alçando a qualidade de corolários basilares do Estado Democrático de Direito, igualmente militam em prol da adoção de um critério democrático e com premissa no Direito Internacional Positivado, para fins de legitimação da institucionalização da UPG – Unidade Política Global. 

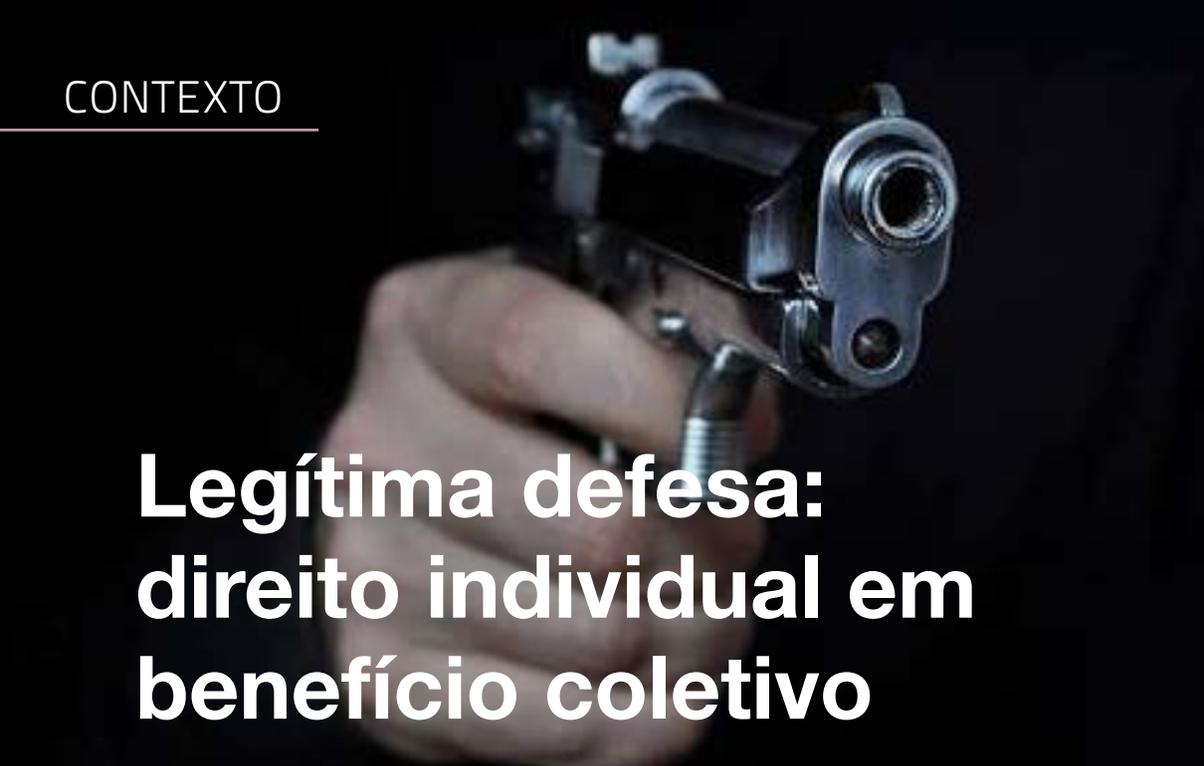
NOTAS

- 1 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2007. 792 p.
- 2 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *In Revista Jurídica Consulex*, Ano XIV, nº 330, “Entrevista”, p. 8.
- 3 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *In Revista Jurídica Consulex*, Ano XIV, nº 330, “Entrevista”, p. 9.
- 4 REZEK, Francisco. *In Direito Internacional Público, Curso Elementar*. Saraiva. 11. ed., 2008, p. 137.
- 5 TORRES, Alberto. *In Le Problème Mondial, (Estudos de Política Internacional)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913.
- 6 ROCHA, Alberto. *Política e Economia, o sistema político mundial do século 21*. Revista PUCVIVA nº 8.
- 7 Cusimano, Maryann, *In Encurtando as Brechas*, Washington, EUA, 19.05.2011, Revista On Line Latinoamericana “Mirada Global.com”.



ARQUIVO PESSOAL

EMERSON AGUIAR DE SOUZA é Diretor Administrativo/Financeiro/Patrimonial e Co/Gestor Processual da Subseção Judiciária da Justiça Federal da 1ª Região em Paulo Afonso (BA), Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/LFG, Mestrando em Resolução e Mediação de Conflitos pela Universidade Ibero-Americana (FUNIBER); Membro Integrante do Comitê de Gestão e Atenção Prioritária ao Grau de Jurisdição do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília/DF, Biênio 2018/2020; Membro Integrante do Comitê Orçamentário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília/DF, Biênio 2018/2020; Educador Judiciário da UNICORP – Universidade Corporativa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Colaborador Jurídico de REVistas Especializadas, Parecerista/Avaliador Ad Hoc da REVista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do STJ – Superior Tribunal de Justiça.



Legítima defesa: direito individual em benefício coletivo

■ POR FABRÍCIO REBELO

Frequentemente lançado ao centro do debate público, sobretudo na insegura realidade brasileira, o direito de acesso às armas de fogo pelo cidadão comum não raro vem sendo abordado quanto ao seu acerto, ou não, como política de segurança pública, isto é, como medida eficaz para diminuir a criminalidade social. O debate, entretanto, quando posto sob essa ótica, culmina por desnaturar substancialmente a conceituação e a destinação efetiva desse que deveria ser um direito fundamental de todo cidadão.

De fato, o deslocamento de perspectiva no debate sobre armas assume duas vertentes distintas: a casual e a intencional. No primeiro caso, deriva de legítimo desconhecimento do interlocutor acerca do tema, ou seja, ele realmente acredita que o acesso às armas de fogo pode ser política de segurança pública e assim busca avaliá-lo. No segundo, porém, o erro dessa concepção é pré-concebido e ela é utilizada com o propósito de desnaturar o debate, com o fito de conduzi-lo a uma conclusão aparentemente esdrúxula, de que cada um deveria se defender por sua própria conta, em face da qual o senso comum poderia ser facilmente utilizado para desconstituí-la. Em ambos os casos, porém, os efeitos dessa distorção são potencialmente gravíssimos.

Independentemente de derivar de desconhecimento ou de má-fé, o fato é que a abordagem do acesso às armas de fogo como política de segurança pública é um erro crasso, que sequer deveria ser considerado em análises sérias.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como um de seus alicerces primordiais a proteção à vida. É assim na Constituição Federal, ao dispor que o direito à vida é inviolável (art. 5º, *caput*); no Código Civil, que põe a salvo os direitos da personalidade desde a concepção (art. 2º); e também no Código Penal, que exclui de ilicitude a ação daquele que faz o necessário para se proteger de uma agressão injusta (art. 25).

Considerada essa estrutura jurídica, não deveria suscitar maiores discussões o fato de ser a autodefesa, essencialmente, um direito individual, ou seja, a prerrogativa que é dada ao indivíduo de manter a sua existência, de fato, inviolável.

Uma verdadeira garantia de liberdade para adotar as condutas indispensáveis a fim de continuar vivo.

Por seu turno, para que consiga eficazmente se preservar, torna-se imprescindível que o cidadão tenha acesso aos meios a tanto necessários, isto é, aos instrumentos dissuasórios capazes de inibir ou eliminar uma agressão à sua vida. E, nesse sentido, na dinâmica contemporânea das relações humanas, nada se põe em patamar superior ao das armas de fogo. São elas que podem colocar em situação de igualdade a vítima e seu algoz – ou, até mesmo, aquela em situação mais favorável que este.

Portanto, o direito de acesso do cidadão às armas de fogo é corolário direto e inafastável de seu constitucional direito à vida, ou seja, a máxima das garantias individuais, assim tomada em concepção que integralmente se harmoniza, especificamente, com todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Não se trata, definitivamente, de política de segurança pública, cuja prestação, também como prevê a Constituição Federal, ainda que seja direito e responsabilidade de todos, é expresso dever do Estado (art. 144). É, sim, a garantia de defesa extrema, que somente se opera, exatamente, após a falha estatal, firmando-se como último recurso do indivíduo.

É fato que, ao se manter eficazmente seguro, o cidadão acaba contribuindo positivamente para a segurança coletiva, na medida que cria no potencial agressor mais um fator de inibição para a sua investida criminosa.

Desde as clássicas lições de Direito Penal, Cesare Beccaria já colocava a ação delitiva como uma ponderação entre risco e benefício (Dos Delitos e das Penas), elegendo como primordial elemento coibidor de uma empreitada ilegal a certeza de que o agente seria por ela punido. E, quando essa punição não é direta, isto é, a oficialmente aplicada pelo Estado, via sistema jurídico-penal - justamente o que ocorre em locais de impunidade reinante e leis laxistas -, o receio de ser confrontado pela vítima assume papel de enorme relevo, muitas vezes compensando, ainda que parcial e indiretamente, as deficiências estatais e reequilibrando a equação entre proveito e risco, aumentando este último.

Isso se reforça, sobejamente, pela observância de que um indivíduo efetivamente apto a exercer sua legítima defesa contra um agressor não tem sua ação inibitória restrita ao aspecto individual, podendo, também, prover a defesa de quem o cerca. É este o conceito de *efeito auréola* de um cidadão armado, estabelecido pelo raio de proteção que ele representa aos que estão à sua volta, algo também expressamente previsto pela legislação penal brasileira, ao garantir o exercício da legítima defesa contra direito próprio *ou de outrem* (Código Penal, art. 25, última parte).

Assim, quando um indivíduo dispõe dos meios necessários a garantir, na prática, a inviolabilidade de sua própria vida, também culmina por assegurar a de seus pares. Entretanto, esse efeito social não é o propósito do acesso legal às armas de fogo, muito menos para substituir, mesmo que em ínfima parcela, o dever assecuratório do Estado. O acesso a tais artefatos segue sendo uma consequência direta da garantia do direito à preservação da vida, em seu âmbito essencialmente individual, ainda que inegáveis sejam seus benefícios coletivos. **C**



FABRICIO REBELO é Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Segurança (Cepedes) e autor do livro *Articulando em Segurança: contrapontos ao desarmamento civil*.

Perspectivas para o mercado jurídico em 2019 e além

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

“Os acomodados devem se forçar a sair da zona de conforto e prestar um serviço mais moderno, ágil e barato (repetindo) utilizando o máximo possível de ferramentas, e para isso, os futurologistas devem ser um pouco mais “pé no chão” e entender que os serviços jurídicos dependem muito da empatia e da velha e boa conversa não prescindindo jamais da figura humana.”

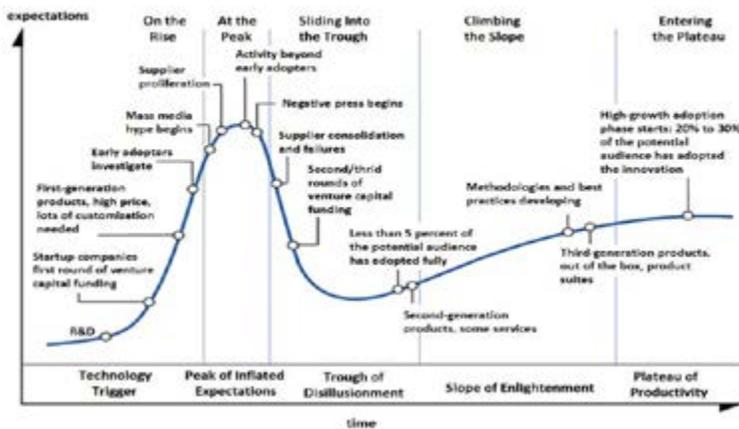


Não me arrisco a fazer previsões, pois se tivesse essa capacidade eu, com certeza as usaria para prever os 6 números na Mega Sena (hahaha). Vou me limitar a analisar os acontecimentos passados tentando imaginar possíveis comportamentos futuros e tendências para passar nesta breve discussão as minhas expectativas sobre o mercado jurídico no Brasil.

Algumas considerações preliminares:

Há cerca de 3 anos, iniciou-se uma onda (hype) a respeito da utilização da Inteligência Artificial e a discussão naquele momento como em toda “hype”, pregava a substituição dos advogados por máquinas e também que a profissão seria extinta em poucos anos. A verdade não é essa!

Como em todos outros processos inovadores, nós costumamos supervalorizar os efeitos a curto prazo e subvalorizar os efeitos a longo prazo associado ao fato de sempre haver uma superexposição do tema no início. O gráfico abaixo mostra bem o chamado “hype cycle”, criado pelo Gartner e a posição (região demarcada) onde nos encontramos no tempo em relação à utilização de AI no Direito.



Passados os primeiros ímpetus, o mercado está verificando alguns pontos: (i) não é tão simples, nem fácil, nem barato desenvolver ferramentas com a utilização de AI; (ii) não serve para tudo e (iii) como todo modelo matemático, não é perfeito, tendo sempre uma margem de acerto. Por esses três motivos, ainda estamos na fase marcada no gráfico e há ainda muito a ser investido, desenvolvido e utilizado no futuro próximo, mas é importantíssimo lembrar que a tecnologia veio para ficar e que a desprezar ou não a adotar, com certeza ficará para trás.

A profissão do advogado vai ter que se adaptar a isso e saber tirar o melhor proveito dessa ferramenta maravilhosa que se chama tecnologia.

Outros pontos importantes a serem considerados na análise são, no meu ponto de vista os principais desafios que estão sendo impostos ao mercado jurídico em geral. O primeiro é a mudança causada pela mudança de comportamento da sociedade e por consequência dos consumidores de serviços jurídicos (atendem que não os chamei de clientes) que esperam do mercado em geral, empresas ágeis, modernas, eficientes e competitivas (baratas em última análise).

O segundo é a tendência inversa àquela experimentada nas décadas citadas, ou seja, atualmente as empresas estão internalizando cada vez mais os serviços jurídicos, deixando para contratar com terceiros apenas serviços mais especializados, aqueles que suas equipes internas não têm capacidade ou qualificação para fazê-los.

O terceiro refere-se ao aumento na competição pelo cliente. Há cerca de 30 anos, existiam praticamente dois escritórios corporativos com nível internacional de serviço e qualidade no Brasil e hoje são mais de 500 (vejam publicação específica da área). Some-se isso o fato de que as grandes empresas de auditoria estão fazendo um esforço agressivo para beliscar esse mercado. Vamos lembrar que o mercado brasileiro não está mais na glória experimentada nas décadas de 90 e 2000 com a abertura para o mundo e ávido por serviços jurídicos de qualidade. Atualmente, todo o cliente anexado a uma carteira representa em quase 100% das vezes a perda do mesmo cliente em outra carteira!

O que eu tenho assistido nos últimos 2 anos é uma certa polarização na interpretação do mercado e das tendências (ou expectativas delas) em relação a como deverão se comportar os consumidores de serviços jurídicos no futuro e como os fornecedores destes serviços deverão se adaptar diante dessas mudanças, principalmente em relação ao uso da tecnologia.

De um lado estão os grandes e médios escritórios tradicionais, com suas carteiras estáveis e numa relativa zona de conforto e de outro os defensores de mudanças radicais na forma da prestação de serviços jurídicos, representados pelas “Legaltechs” e “ADRs” (Alternative Dispute Resolution) que já florescem às dezenas no Brasil.

Sou partidário do conceito de que os extremos não são bons e a busca pelo meio termo ou o consenso é a melhor posição a ser seguida. Os acomodados devem se forçar a sair da zona de conforto e prestar um serviço mais moderno, ágil e barato (repetindo) utilizando o máximo possível de ferramentas, e para isso, os futurologistas devem ser um pouco mais pé no chão e entender que os serviços jurídicos dependem muito da empatia e da velha e boa conversa não prescindindo jamais da figura humana.

Como tenho dito reiteradamente, o que sinto estar acontecendo no mercado jurídico é a figura metafórica de uma onda que está se aproximando e para uma pessoa nesta situação só existem duas posições possíveis, ou seja, ou ela surfa a onda ou ela passa por cima!

Portodos os motivos cotados anteriormente, está havendo uma mudança radical na forma que o mercado enxerga os prestadores de serviços jurídicos (e aqui se encaixam todos os seus elementos: escritórios, departamentos jurídicos, advogados, juízes, etc.).

O futuro começa hoje e não termina, mas para poder acompanhá-lo, os profissionais envolvidos nesse mercado (e em qualquer outro) vão ter que mudar radicalmente, ou seja:

(i) **INVISTA** muito em tecnologia; (ii) **TREINE** bastante para poder tirar o máximo dela; (iii) **ESCUTE** seu cliente e invista naquilo que ele quer e necessita; (iv) **FOQUE** no aumento de eficiência e produtividade; (v) **SURPREENDA** seu cliente/consumidor com **INOVAÇÕES** que melhorem a relação com ele; (vi) **MOTIVE** toda equipe ou empresa para se comportar dessa forma; (vii) **INCENTIVE** a troca de conhecimento e experiências; (viii) **GERENCIE** profissionalmente seu negócio; (ix) **UTILIZE** todas as informações ao seu alcance para melhorar a governança e (x) **MUDE, pois o Mercado mudou!** 🇧🇷



JOSÉ PAULO GRACIOTTI é consultor, autor do livro “Governança Estratégica para escritórios de Advocacia”, já editado em 3 idiomas, sócio da GRACIOTTI Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators.

A recuperação “voo de galinha”

■ POR THIAGO DE MORAES MOREIRA

“É cada vez mais urgente uma agenda de retomada dos investimentos (públicos e privados) em infraestrutura que gere o impulso inicial para uma recuperação mais consistente. Caso contrário, o crescimento continuará altamente vulnerável, a mercê de impulsos esporádico e não recorrentes ou ainda dos desdobramentos de uma guerra comercial entre as maiores economias do mundo.”

A retomada do crescimento da economia brasileira após a brutal recessão de 2015/16 segue em ritmo bastante lento. É surpreendente como mesmo após a maior queda acumulada do PIB em um biênio da história (-7%), superando inclusive a retração logo após a grande depressão de 1929, quando a contração foi -5,4% em 1930/31, o impulso da retomada é extremamente fraco. No biênio 1932/33, o crescimento acumulado foi de 13,2%, enquanto em 2017/18, ficará abaixo de 2,5%.



Não bastasse a lentidão do processo de recuperação, é possível identificar diversas fragilidades nas bases de sustentação desta tímida retomada. Em outras palavras, os elementos que explicaram o medíocre crescimento nos últimos 2 anos não serão capazes de sustentar uma trajetória contínua de expansão do produto, ou seja, estamos novamente assistindo uma recuperação “voo de galinha”.

É interessante notar que os principais elementos macroeconômicos que explicaram a modesta recuperação foram distintos nos últimos 2 anos. Em 2017, o crescimento de 1% no PIB foi impulsionado pelo setor exportador. O volume das exportações brasileiras cresceu 5,2%, enquanto a demanda doméstica ficou praticamente estagnada, com expansão real de 0,2%. Já o crescimento esperado para o PIB em 2018, que deverá ser muito próximo ao do ano passado (aproximadamente 1,3%), é resultante de um mix diferente de fatores macroeconômicos. As exportações não conseguiram manter o mesmo ritmo e sofreram forte desaceleração. Segundo o Monitor do PIB da FGV, as exportações no período acumulado do ano até setembro registraram crescimento de apenas 1,2%. Já os principais itens da demanda doméstica mostram números mais expressivos neste período. O consumo das famílias registrou expansão de 2,4% e os investimentos, de 3,6%.

A instabilidade do desempenho do setor exportador já evidencia uma fragilidade importante. A elevada concentração, tanto da pauta exportadora em algumas commodities quanto dos destinos dos produtos, tornam o desempenho exportador bastante vulnerável. A desaceleração das exportações decorreu principalmente da forte retração das vendas de manufaturados para a Argentina. Em contrapartida, as exportações de commodities para a China aumentou de forma muito significativa, de modo que o gigante asiático deverá ser responsável por absorver quase 30% do total exportado neste ano. Não podemos nos iludir com os números do expressivo saldo comercial de US\$ 50 bilhões esperado para 2018. As bases sob as quais este resultado está sendo alcançado são cada vez mais frágeis. A dependência de produtos primários, cujos preços tendem a apresentar elevada volatilidade, é crescente. Além disso, aumenta nossa exposição à demanda chinesa, economia envolvida em um imbróglio comercial com os EUA, o qual pode afetar de forma significativa seu ritmo de crescimento a médio prazo. Vale ainda destacar que os efeitos de curto prazo da guerra comercial têm sido positivos para a economia brasileira, com deslocamento da demanda chinesa, principalmente por commodities agrícolas e carnes, de origem nos EUA para o Brasil. Não fosse a guerra comercial, a desaceleração do volume exportado pela economia brasileira teria sido ainda brusca. No entanto, tais impactos além de temporários, deverão ser revertidos na medida em que a guerra comercial afete o ritmo de crescimento da economia chinesa, bem como do comércio internacional.

Com relação à demanda doméstica, alguns elementos setoriais também reforçam a tese da fragilidade da retomada. No caso do consumo privado, a expansão verificada em 2018 está essencialmente calcada nas vendas de bens de consumo duráveis. Já a venda dos bens de consumo semi e não duráveis seguem se retraindo. O Indicador de comércio da Serasa aponta que no período acumulado até outubro houve expansão de 12,9% nas vendas de “móveis, eletrodomésticos, eletroeletrônicos e informática” e de 7,4%, de “veículos, motos e peças”. Contudo, as vendas em “supermercados e hipermercados” e de “tecidos, vestuário, calçados e acessórios” registraram retração de -2,5% e -2,6%. Este resultado deixa claro que a expansão do consumo ocorreu em função das melhores condições de crédito, e não de renda. O consumo de massa, associado a bens de menor ciclo de vida e capazes de sustentar

um crescimento mais perene, continua em queda. Estes tipos de bens dependem essencialmente da renda média e da massa salarial. A PNAD mostra que de janeiro a setembro, a renda média sofreu retração, em termos reais, de 11% e a massa salarial, de 10%. Além disso, a taxa de desemprego segue em níveis muito elevados. No início do ano era de 12,2% e encerrou setembro a 11,9%.

No que se refere aos investimentos, o crescimento observado está vinculado a uma dinâmica de reposição de máquinas e equipamentos depreciados. Após 4 anos de quedas consecutivas desde 2014, é natural que parte do estoque de capital tenha se tornado obsoleto. Além disso, os investimentos estão sendo impactados por um fator muito particular. Sem entrar em detalhes, as mudanças no programa de benefícios fiscais do chamado REPETRO têm feito com que a Petrobras passe a incorporar em seu estoque de capital ativos cuja propriedade era de suas subsidiárias estrangeiras. No entanto, trata-se apenas de transferência de propriedade de ativos já existentes. Uma retomada contínua dos investimentos depende dos projetos de expansão de capacidade produtiva. Estes, por sua vez, dependem da redução da elevada capacidade ociosa ainda existente. A última sondagem industrial da FGV aponta para um Nível de Utilização da Capacidade Instalada (NUCI) de 75,3%, muito aquém da média histórica de 81%.

Em suma, tanto no âmbito interno quanto externo, a fragilidade dos fatores explicativos da retomada de crescimento aponta para uma recuperação não apenas lenta, mas de fôlego curto. Sem um crescimento mais consistente da renda média e do emprego dificilmente assistiremos um novo ciclo virtuoso de crescimento nos próximos anos. Somente um crescimento sustentado do consumo reduzirá a ociosidade e, consequentemente, induzirá a expansão em novos projetos de ampliação da capacidade produtiva.

A forma mais efetiva para a retomada da renda e do emprego envolve a reativação do setor de construção civil. De meados de 2013 a meados de 2018 este segmento sofreu retração ininterrupta e acumulada de 36,3% em termos reais. Trata-se de uma atividade intensiva em geração de emprego, com alto poder de encadeamento produtivo e predominância de um perfil de trabalhador com elevada propensão a consumir. A partir do uso da última Matriz Insumo Produto brasileira, referente a 2015, estima-se que a cada R\$ 1 bilhão de incremento nos gastos destinados à construção civil gera-se R\$ 1,81 bilhão na produção total da economia brasileira, acima dos efeitos multiplicadores decorrentes do crescimento da demanda pelas atividades “Comércio” (R\$ 1,53 bi), “Agropecuária” (R\$ 1,71 bi) e “Extrativa Mineral” (R\$ 1,77 bi). Além disso, chama atenção a maior capacidade da “Construção Civil” de gerar massa salarial. Os mesmos R\$ 1 bilhão de demanda adicional gera R\$ 292 milhões de salários no caso da “Construção”, bem superior aos R\$ 197 milhões e R\$234 bilhões da “Agropecuária” e “Extrativa mineral”, respectivamente. Neste sentido, é cada vez mais urgente uma agenda de retomada dos investimentos (públicos e privados) em infraestrutura que gere o impulso inicial para uma recuperação mais consistente.

Caso contrário, o crescimento continuará altamente vulnerável, a mercê de impulsos esporádico e não recorrentes ou ainda dos desdobramentos de uma guerra comercial entre as maiores economias do mundo. 



THIAGO DE MORAES MOREIRA é economista, professor de Macroeconomia do CORECON/RJ e membro do Grupo Reindustrialização.



Governança Corporativa: mecanismos para conformidade e valorização das empresas

■ POR MARINA DISSENHA

Os recentes episódios de corrupção em empresas brasileiras trouxeram atenção à necessidade de implementação de medidas de conformidade e de estruturas mais robustas de governança pelas organizações.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), organização criada nos anos 90 com o propósito de “contribuir para o desempenho sustentável das organizações e influenciar os agentes de nossa sociedade no sentido de maior transparência, justiça e responsabilidade”, governança corporativa é um sistema de gestão que envolve as práticas e os relacionamentos internos, traduzidas em princípios e recomendações objetivas.

Para além de boas práticas, estudos recentes demonstram que a implementação de medidas de governança agrega valor às companhias, especialmente pela redução do custo de obtenção de capital. Empresas cuja administração e cultura são pautadas por transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa (princípios da GC) se tornam mais atrativas a investidores, visto que pressupõe um modelo de administração mais estável e controlado, dentro de objetivos bem definidos e estratégias planejadas (representando, assim, menor risco).

Um dos principais objetivos dessas práticas é minimizar os denominados conflitos de agência: a divergência de interesses entre o proprietário/mandante e o agente designado para representá-lo. No ambiente corporativo, os conflitos de agência mais comuns são os formados entre os detentores do capital (os sócios) e os administradores, além daqueles existentes entre o(s) acionista(s) controlador(es) e o/os acionista(s) minoritário(s).

Nesse sentido, as práticas de governança corporativa constituem um conjunto de mecanismos de incentivos (como a concessão de opções de compra, por exemplo)

e de controle interno cuja principal finalidade é assegurar que o comportamento dos administradores esteja alinhado com o melhor interesse da empresa.

Por esse motivo, em regra, as boas práticas de governança corporativa sugerem a instalação do Conselho de Administração, órgão colegiado típico de sociedades anônimas, ao qual se outorga o poder de eleger e remover diretores, a obrigação de decidir assuntos estratégicos e, de forma geral, controlar a regularidade da administração.

Contudo, ainda que em princípio pareça voltado a estruturas administrativas mais complexas (com foco nas companhias abertas), os princípios e boas práticas de governança corporativa podem ser utilizados e implementados em estruturas empresariais mais simples. Se a prática agrega valor a grandes e complexas companhias, é razoável entender que também traz benefícios a estruturas menos elaboradas.

Nessas empresas, ainda que não se implemente o modelo clássico fundado na existência do Conselho de Administração, é possível alcançar os resultados propostos pela governança corporativa por meio de medidas alternativas pautadas nos seus valores.

A título de exemplo, uma medida que pode ser implementada por qualquer estrutura empresarial é o *four-eyes principle* (princípio dos quatro olhos), também conhecido como *two-person rule* (regra das duas pessoas). Trata-se de regra que exige aprovação por dois indivíduos para a prática de qualquer ação em nome da organização.

Em regra, o *four-eyes principle* é implementado em empresas por meio da exigência da assinatura do Diretor Presidente e do Diretor Financeiro para prática de decisões estratégicas, mas a medida pode ser implementada de maneiras alternativas, exigindo a assinatura de quaisquer outros dois diretores; de um diretor e um procurador com poderes específicos, entre outras possibilidades.

Contudo, para que de fato a prática acrescente um elemento de segurança ao processo de tomada de decisão (e para que não represente somente um engessamento na estrutura administrativa), sua implementação deve observar certas premissas, entre as quais destacamos independência e responsabilidade. Independência para assegurar que nenhum dos representantes sintam-se pressionado a tomar ou validar uma decisão proposta pelo outro. Para tanto, é importante que não exista subordinação entre aqueles que devem representar conjuntamente a empresa. Responsabilidade para assegurar que cada diretor ou representante responda individualmente por suas atribuições específicas e também por todas as decisões das quais participar – bem como as consequências positivas ou negativas de sua opção por não participar de tal decisão.

Em conclusão, a governança corporativa é um sistema de gestão que reflete alterações na cultura empresarial moderna. Seus valores podem ser implementados em qualquer estrutura organizacional e sua efetividade depende da seriedade com que são implementados, além da capacidade, integridade e diligência dos indivíduos envolvidos. **■**



MARINA DISSENHA é advogada do Departamento Corporativo da Andersen Ballão Advocacia.

Introducing myself! As razões de um inocente confesso

■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

“Guardo comigo a mesma ira e o pranto sem lágrimas identificado em minha clientela. Se para os transgressores sou muito, para as vítimas sou pouco; se para os tolos sou tudo, para Deus não sou nada; e se para todos sou culpado, para mim, exclusivamente para mim, sou completamente inocente.”



Não é apenas por uma questão de vaidade que sinto necessidade de me dirigir a milhões de pessoas com o fim de me apresentar. Na realidade trata-se de uma busca desesperada no sentido de estabelecer um ponto de partida para o exercício do genuíno direito ao contraditório e ampla defesa. Sinceramente, e com grande pesar, creio que ainda será necessário repetir esta constrangedora formalidade por muito tempo, até que todos que

se sujeitam à minha autoridade fiquem totalmente curados do mal que gera a perda repentina da memória. Por oportuno, antecipo o meu pedido de desculpas se nesta empreitada, em algum momento, for quebrado o protocolo inerente aos discursos acadêmicos, mas espero que compreendam que não é tarefa das mais fáceis manter a elegância quando somos constantemente esquecidos, e invocados apenas na hora de assumir responsabilidades.

Alguns dizem que tenho idade avançada, mas ainda me sinto tão forte quanto me encontrava nos melhores dias da minha juventude. E apesar de muitos estarem tentando me enterrar vivo há mais de vinte anos, as circunstâncias evidenciam que o meu ardor viril continua inabalável. Afirmo, sem qualquer receio de parecer injusto, que em nenhuma outra ocasião trabalhei de forma tão sistemática, nem poderia imaginar atender a uma clientela tão diversificada.

Nasci em 1940 em meio à ferrenha ditadura do Estado Novo, implantada à imagem e semelhança dos Estados Fascistas que se espalhavam pela Península Ibérica e pelos imponentes alpes da Baviera. Meus pais, pessoas de muitas posses, eram positivistas, e viam em mim a esperança de fazer valer a ordem que, ao menos naquele período, parecia ser necessária ao progresso. Confesso que até alcançar a maioridade, foram poucos os que ousaram me procurar. Por um tempo cheguei a pensar que somente pobres e desajustados tinham interesses em mim, embora na década de 70, com a revolução sexual, muitos cônjuges enciumados, mesmo pertencendo às classes mais abastadas, perderam a cabeça e acabaram tendo que conviver ao meu lado por longos anos. Mesmo assim, apesar das grandes somas de dinheiro que me cercavam, sempre fui visto como uma má companhia. Minha mãe, usando de sua notável experiência de vida, baseada na mais pura cultura latina, já havia me alertado: “- Diga-me com quem andas, e eu dir-te-ei quem és!”. Infelizmente, apesar das advertências, a imagem que firmei perante os outros ficou associada ao submundo das drogas, prostituição e todo tipo de degradação.

Aos quarenta e três anos sofri tanta pressão que precisei reformular uma série de conceitos que até aquele momento me pareciam imutáveis. À medida em que a Guerra Fria ia chegando ao fim, e os presidentes de farda foram se tornando dispensáveis na América, ao mesmo tempo em que os milhares de tijolos que rasgavam Berlim ao meio viravam artigos de *souvenir*, fui levado a rever muitas de minhas teorias. Abandonei antigos ideais e me tornei menos pragmático, bem mais atento às questões voltadas para o homem. Aquilo que passa em sua mente no momento em que realiza determinados comportamentos era o que mais me intrigava. Aliás, que saudades dos Anos 80, época da camisinha, dengue hemorrágica, Plano Bresser, retorno dos exilados, *new wave*...

Atualmente minha sorte vem mudando. Tenho feito bastante sucesso em todas as classes sociais. Deixei de ser exclusivo das favelas cujas ruas não tem nome e passei a frequentar os hotéis cinco estrelas que vendem água mineral por irrisórios três dólares, bem como clubes de golfe, associações hípcas, e até os altos escalões do governo. Agora não sou mais visitado apenas por moleques de rua com os pés descalços, tornei-me amigo inseparável das autoridades policiais, políticos, líderes religiosos, médicos, entre outros ilustres cidadãos letrados. Minha ascensão neste mundo estratificado é de causar inveja a qualquer um.

Apesar de tantos anos de serviço prestado ao povo brasileiro, apenas quando atingi a terceira idade é que começaram a notar a minha existência. Não posso dizer que hoje eu me sinta realizado, pelo contrário. Se em tempos remotos eu trazia o

mal em meu âmago, agora querem lançá-lo com toda a força sobre o meu caráter. É o preço que pago pela forma que me autorizaram a solucionar problemas a que não dei causa. Não há como duvidar de que a imprensa contribuiu bastante na composição desse *requiem* que se anuncia ao som de cuícas, pandeiros e tamborins, mas o certo é que a revolução tecnológica tornou-se a maior responsável pelo linchamento público ao qual fui submetido. Mas tudo bem, não há tempo para drama! Aceito o meu castigo! Se merecido ou não, também nunca me importei. Isso cabe aos juízes, que têm a cruz bem acima da cabeça. E que os tribunais não ousem me contradizer, pois ainda não surgiu quem entendesse mais sobre penas do que eu. Eu as criei!

Como o meu fim que se aproxima, encerra-se também o martírio de ter que ficar me justificando por coisas que eu não fiz. Recentemente paguei um preço altíssimo pelo fato de o Supremo Tribunal Federal não ter declarado inconstitucional o decreto presidencial que concedeu o indulto para um punhado de condenados por corrupção, entre os quais, alguns vilões da Operação Lava Jato. Fiquei me perguntando de que forma eu poderia ter concorrido para tamanho desastre. Não inventei esse miserável instituto! Aliás, nem mesmo o regulamentei! Caso se dessem ao trabalho de consultar a Lei de Execução Penal constatariam que eu não estou faltando com a verdade! A clemência estatal é originária do texto constitucional. Sim, estou me referindo à Lei Maior, aquela também conhecida como Constituição Cidadã, e que recentemente recebeu inúmeras homenagens da imprensa pelos seus trinta anos de vigência. Para quem a conhece sabe que os únicos crimes insuscetíveis de indulto são os hediondos, assim considerados pela Lei 8.072/1990, além de três outros por efeito da equiparação: tráfico, tortura e terrorismo. Já era para eu estar habituado. Lembro que em 2002, quando o Presidente Fernando Henrique Cardoso extinguiu a pena do ator Guilherme de Pádua, condenado pela morte de sua colega de trabalho Daniela Perez, quase fui apedrejado. De todas as formas tentei avisar que, na ocasião, o homicídio qualificado não era destacado pela hediondez, mas o meu esforço foi inteiramente em vão. Meu nome saiu em todos os jornais e minha cabeça ficou a prêmio mais uma vez.

Eu também virei notícia em escala mundial quando um adolescente conhecido como Champinha admitiu ter assassinado brutalmente um casal de adolescentes. Sinceramente, não sei como sobrevivi àquele episódio. Se me vissem na rua, até as senhoras de idade avançada seriam capazes de me fazer arder na fogueira. E não apareceu ninguém para dizer que eu era fruto do meio, subproduto de uma sociedade perversa e doente, que isenta de pena o menor de dezoito, independentemente do mal que tenha causado. Que chamem o legislador constituinte para explicar os critérios utilizados, bem como o ordinário (legislador) para fazer o *mea culpa* sobre as medidas socioeducativas.

Gostaria ainda de aproveitar a crescente onda de delações para falar sob juramento que embora eu tenha ajudado a conceber a progressão de regime, não instituí a regra que permitiu José Dirceu a trabalhar no semiaberto desde os primeiros dias do cumprimento da pena. Isso jamais foi dito por mim! Também não tive nenhuma participação no fato de Suzana Hitchtoffen ter obtido o benefício da saída temporária no Dia das Mães, muito menos na autorização dada ao goleiro Bruno para se dedicar às aulas de futebol infanto juvenil. Por outro lado, admito que eu estava na frente do juiz quando Doca Street foi absolvido, mas em nenhum momento defendi a tese da legítima defesa da honra. E antes que eu me esqueça,

preciso ainda dizer que não tenho nada a ver com a negativa de extradição a Cesare Battisti. Enfim, afirmo que se a minha pena for reduzida em pelo menos um terço, assino agora o termo de colaboração premiada!

Realmente é melhor sair de cena enquanto todos estiverem distraídos. Fico imaginando o que aconteceria comigo se descobrissem que o Congresso Nacional tem o poder de apagar fatos delituosos como se nunca tivessem sido praticados (anistia), estabelecendo como limite somente aquilo que já foi dito a respeito do indulto; que todos os crimes prescrevem, exceto racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; que condenações até quatro anos de pena privativa de liberdade, na maioria dos casos, são substituídas por penas de multa e restritivas de direitos; que o juiz pode atenuar a pena em razão de qualquer circunstância anterior ou posterior ao crime, mesmo que a hipótese não esteja prevista em lei; que uma série criminosa pode ser entendida como delito único para efeito de aplicação de pena; que pessoas condenadas por homicídio doloso podem pegar somente quatro anos de prisão a ser cumprida desde o início em regime aberto; que a lesão corporal gravíssima, na qual o agente fura os dois olhos da vítima, corta sua língua, estoura seus tímpanos, corta seus braços e pernas, se sujeitará no máximo a oito anos de reclusão, enquanto aquele que oferece vantagem a um policial para ser liberado de uma *Blitz*, em razão de estar com o IPVA vencido, poderá pegar até dezesseis anos; que o sujeito casado que contrai novo casamento é severamente punido, sem qualquer respeito ao princípio do *non bis in idem* e não incriminação aos casos de autoflagelação. Quanto a essa última hipótese, peço sinceras desculpas! Não passou de uma tentativa frustrada de tornar o ambiente mais ameno diante de tantas notícias tristes; uma pitada de sarcasmo para “quebrar o gelo”.

Neste momento que já entrei na casa de todos, seja por intermédio da televisão ou da visita inesperada da polícia, sem qualquer discriminação quanto à etnia, religião e condição social, desejo me apresentar de um jeito menos engessado, livre das tradições impostas por esta geração atolada até o pescoço em tanta hipocrisia. E considerando que a minha existência está diretamente relacionada a um espetáculo midiático, a um *show* de horrores em todos os seus aspectos, peço permissão para usar da música *Sympathy for the Devil*, de autoria dos notáveis *Rolling Stones*, que tiveram a coragem de interpretar o Anjo Caído em primeira pessoa: *Pleased to meet you, hope you guess my name!*

Espero que não estejam se vangloriando por terem acertado, porque depois de tantas pistas, até os parlamentares da Comissão Warren, que tiveram a capacidade de atribuir toda a culpa do assassinato do Presidente Kennedy a Lee Oswald, também desvendariam o mistério em torno da minha identidade. Eu sou um simples corpo decrépito composto de trezentos e sessenta e um artigos. Não tenho alma, nem tampouco compaixão ou remorso. Guardo comigo a mesma ira e o pranto sem lágrimas identificado em minha clientela. Se para os transgressores sou muito, para as vítimas sou pouco; se para os tolos sou tudo, para Deus não sou nada; e se para todos sou culpado, para mim, exclusivamente para mim, sou completamente inocente. Tenho dito! Código Penal. 



SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é sócio em AMARAL GURGEL Advogados; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal; autor da Editora Impetus.

Alienação de participações societárias – Isenção concedida pelo Decreto-Lei nº 1.510/76 – Revogação pela Lei nº 7.713 – Manutenção do direito à isenção, atendidos os requisitos da norma isencional, mesmo que a alienação tenha ocorrido sob a égida da lei revogadora – Direito adquirido do contribuinte

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS



“A alienação de participações societárias adquiridas ou subscritas sob a vigência do Decreto-Lei nº 1.510/76 e que atendeu ao prazo quinquenal necessário para a fruição da isenção, não pode ser alcançadas pela tributação de IR, mesmo que tenha ocorrido após a edição da Lei nº 7.713/88, revogadora da norma isencional, haja vista a caracterização de direito adquirido, nos termos do art. 178 do CTN.”

CONSULTA

Formula-nos o Consultante a seguinte Consulta:

“1. Com base no Decreto-Lei 1.510/76, na Lei 7713/88 e demais normas aplicáveis ao caso, na alienação de ação adquirida antes de 1983, o ganho de capital é isento de tributação?

2. Na hipótese de isenção, podemos considerar como entendimento pacífico ou é objeto de questionamento?

3. Havendo um lote de ações, parte adquirida em 1970 e parte em 1990 e 2000, para fins de isenção é necessário escolher as ações objeto da venda ou é possível fazer uma média?”

RESPOSTA

O Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, estabeleceu novo tratamento aos rendimentos decorrentes de alienação de participações societárias, estabelecendo isenção de imposto de renda, quando a alienação ocorre após decorridos cinco anos da data da subscrição ou aquisição das mesmas. É o que se infere da leitura dos arts. 1º e 4º, inc. d do referido diploma:

“Art. 1º O lucro auferido por pessoas físicas na alienação de quaisquer participações societárias está sujeito à incidência do imposto de renda, na cédula “H” da declaração de rendimentos.

(...)

Art. 4º Não incidirá o imposto de que trata o art. 1º:

(...)

d) nas alienações efetivadas após decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição da participação.”

Ocorre que, em 22 de dezembro de 1988, a supracitada isenção foi revogada pela Lei nº 7.713, gerando inúmeras discussões nos âmbitos, doutrinário,

administrativo e judicial, bem como o entendimento por parte do Fisco, à época, de que a isenção em tela não poderia albergar as alienações realizadas por contribuintes que adquiriram ou subscreveram as participações societárias, durante a vigência do Decreto-Lei nº 1.150/76, mesmo que observado o prazo quinquenal. Vale dizer, os contribuintes teriam seus rendimentos tributados pelo imposto de renda quando da alienação dos bens, em face da revogação expressa da isenção pela Lei 7.713/88.

Após inúmeras controvérsias, a matéria foi pacificada pelos tribunais e pela própria Administração, no sentido de que os contribuintes que adquiriram participações societárias e observaram o prazo de 5 cinco anos de sua aquisição ou subscrição para sua alienação, ainda que referida alienação tenha ocorrido após a entrada em vigor da Lei nº 7.713/88, fazem jus à isenção, por restar caracterizado **direito adquirido** que a lei revogadora não pode atingir.

Recentemente a Administração Fazendária emanou Soluções de Consulta reiterando tal posicionamento, conforme se transcreve abaixo:

SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF06 Nº 6059, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2017
DOU de 05/12/2017

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

EMENTA: AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976. ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A hipótese desonerativa prevista na alínea “d” do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, aplica-se às alienações de participações societárias efetuadas após 1º de janeiro de 1989, desde que tais participações já constassem do patrimônio do adquirente em prazo superior a cinco anos, contado da referida data. A isenção é condicionada à aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983 e ao alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, revogado pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 505, DE 17 DE OUTUBRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 4º, alínea “d”, do Decreto-lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976; art. 178 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

EMENTA: AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976. ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A hipótese desonerativa prevista na alínea “d” do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, aplica-se às alienações de participações societárias efetuadas após 1º de janeiro de 1989, desde que tais participações já constassem do patrimônio do adquirente em prazo superior a cinco anos, contado da referida data. A isenção é condicionada à aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983 e ao alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, revogado pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 505, DE 17 DE OUTUBRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976; art. 178 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

MÁRIO HERMES SOARES CAMPOS – Chefe

SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF06 Nº 6060, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2017
DOU de 05/12/2017

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

EMENTA: AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976. ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A hipótese desonerativa prevista na alínea “d” do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, aplica-se às alienações de participações societárias efetuadas após 1º de janeiro de 1989, desde que tais participações já constassem do patrimônio do adquirente em prazo superior a cinco anos, contado da referida data. A isenção é condicionada à aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983 e ao alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, revogado pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 505, DE 17 DE OUTUBRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976; art. 178 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

EMENTA: AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976. ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A hipótese desonerativa prevista na alínea “d” do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, aplica-se às alienações de participações societárias efetuadas após 1º de janeiro de 1989, desde que tais participações já constassem do patrimônio do adquirente em prazo superior a cinco anos, contado da referida data. A isenção é condicionada à aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983 e ao alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, revogado pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 505, DE 17 DE OUTUBRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976; art. 178 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

MÁRIO HERMES SOARES CAMPOS – Chefe

SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF06 Nº 6061, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2017
DOU de 05/12/2017

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

EMENTA: AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976. ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A hipótese desonerativa prevista na alínea “d” do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, aplica-se às alienações de participações societárias efetuadas após 1º de janeiro de 1989, desde que tais participações já constassem do patrimônio do adquirente em prazo superior a cinco anos, contado da referida data. A isenção é condicionada à aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983 e ao alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, revogado pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 505, DE 17 DE OUTUBRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 4º, alínea “d”, do Decreto-lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976; art. 178 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

EMENTA: AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976. ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A hipótese desonerativa prevista na alínea “d” do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, aplica-se às alienações de participações societárias efetuadas após 1º de janeiro de 1989, desde que tais participações já constassem do patrimônio do adquirente em prazo superior a cinco anos, contado da referida data. A isenção é condicionada à aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983 e ao alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, revogado pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 505, DE 17 DE OUTUBRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976; art. 178 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

MÁRIO HERMES SOARES CAMPOS – Chefe

Tal entendimento também restou pacificado no CAREF, como se vê das decisões exaradas nos seguintes processos Administrativos:

“Número do Processo: 19515.720712/2011-38

Nº Acórdão: 9202-007.148

Relator(a): MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Data da Sessão: 29/08/2018

EMENTA:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Exercício: 2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os julgados em confronto.

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DECRETO-LEI Nº 1.510, DE 1976. AÇÕES DETIDAS EM 1983. ISENÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO.

Matéria com dispensa legal de constituição por meio do Parecer SEI nº 74/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, aprovado pelo Ministro da Fazenda, que ensejou a publicação do Ato Declaratório PGFN nº 12, de 25/06/2018. Aplicação do art. 62, § 1º, alínea “c”, do Anexo II, do RICARF.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Número do Processo: 10140.721760/2013-36

Nº Acórdão: 2301-005.377

Relator(a): ALEXANDRE EVARISTO PINTO

Data da Sessão: 03/07/2018

EMENTA:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Exercício: 2010, 2011, 2012, 2013

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DECRETO-LEI Nº 1.510/76. GANHO DE CAPITAL. ISENÇÃO POR PRAZO CERTO E SOB CONDIÇÕES. REQUISITOS.

A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo. A isenção de que trata a alínea “d” do art. 4º do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, foi não foi concedida por prazo certo. A Lei nº 7.713, de 1988, que entrou em vigor em 01/01/1989, revogou a isenção dada pelo decreto-lei. Inexistência de direito adquirido.

VALORES A SEREM RECEBIDOS EM FUNÇÃO DO CUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES DE “ESCROW ACCOUNT”

Somente haverá a incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, decorrente da alienação de bens e direitos, no tocante a rendimentos depositados em escrow account (conta-garantia), quando ocorrer a efetiva disponibilidade econômica ou jurídica destes para o alienante, após realizadas as condições a que estiver subordinado o negócio jurídico, sendo que a tributação de tais valores se dá sob a forma de tributação de ganho de capital na forma do art. 31 da Instrução Normativa SRF n. 84/01.

Número do Processo: 13896.720523/2015-75

Nº Acórdão: 2201-004.689

Relator: MARCELO MILTON DA SILVA RISSO

Data da Sessão: 12/09/2018

EMENTA:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 2010, 2011

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR. Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

GANHO DE CAPITAL. TRANSFERÊNCIA DE BENS E DIREITOS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE AÇÕES EM VALOR MAIOR DO QUE O CONSTANTE DA DECLARAÇÃO DE BENS E DIREITOS. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

As pessoas físicas que transferirem a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos por valor superior àqueles registrados na Declaração de Ajuste Anual, estão sujeitas à incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor atribuído à integralização e o valor constante declaração para os respectivos bens e direitos.

GANHOS DE CAPITAL. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976. ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

A hipótese desonerativa prevista na alínea “d” do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, aplica-se às alienações de participações societárias efetuadas após 1º de janeiro de 1989, desde que tais participações já constassem do patrimônio do adquirente em prazo superior a cinco anos, contado da referida data.

A isenção é condicionada à aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983 e ao alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, revogado pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

GANHO DE CAPITAL. ISENÇÃO DECRETO LEI 1.510. MANUTENÇÃO DA ISENÇÃO APÓS PRIMEIRA ALIENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 111 DO CTN.

Transferência de bens e direitos para integralização de cotas/ações. Forma de alienação. Não mais subsiste o requisito da titularidade para fruição do direito adquirido (reconhecido ao titular anterior) à isenção de Imposto de Renda sobre o lucro auferido com a alienação das ações. É que, nos termos do art. 111, II, do CTN, a lei tributária que outorga isenção deve ser interpretada literalmente, o que impede o reconhecimento da pretensão do contribuinte, ora recorrente.

Número do Processo: 10850.900553/2013-30

Nº Acórdão: 9202-007.101

Relator(a): ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ

Data da Sessão: 25/07/2018

EMENTA:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Exercício: 2007

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DIREITO À ISENÇÃO. AÇÕES E BONIFICAÇÕES ADQUIRIDOS DENTRO DO PRAZO LEGAL.

Faz jus à isenção do Imposto de Renda sobre o ganho de capital na alienação de ações apenas as ações adquiridas até 31/12/1983. As ações e as bonificações posteriores não cumprem o requisito contido na legislação de regência.

O Código Tributário Nacional estabelece que a legislação que outorga isenção deve ser interpretada literalmente, não se admitindo interpretação extensiva, ampliativa ou analógica.

Número do Processo: 10830.723738/2013-52

Nº Acórdão: 9202-007.103

Relator(a): RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI

Data da Sessão: 25/07/2018

EMENTA:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 2010

IRPF. ISENÇÃO. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DECRETO-LEI 1.510/76. ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 12/2018.

“O contribuinte detentor de quotas sociais há cinco anos ou mais antes da entrada em vigor da Lei 7.713/88 possui direito adquirido à isenção do imposto de renda, quando da alienação de sua participação societária.”

Número do Processo: 19515.720432/2012-19

Nº Acórdão: 2202-004.340

Relator(a): DILSON JATAHY FONSECA NETO

Data da Sessão: 03/04/2018

EMENTA:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

NULIDADE DO LANÇAMENTO. ERRO NA CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO.

É nulo o lançamento em que há divergência entre a caracterização da infração e sua descrição, a ponto de não ser possível ao contribuinte compreender o fato gerador da exigência fiscal.

SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO DO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

O Supremo Tribunal Federal já definiu a questão em sede de Repercussão Geral no RE nº 601.314, e consolidou a seguinte tese: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. Nos termos do art. 62 do Anexo II ao RICARF, tal decisão deve ser repetida por esse Conselho.

SUSPENSÃO DO JULGAMENTO. SOBRESTAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS PELO STF. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL.

O novo RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, não mais comporta a antiga previsão regimental de suspender o julgamento no CARF quando o STF determinasse o sobrestamento dos julgamentos de recursos extraordinários da mesma matéria, constante no art. 62-A, § 1º, da Portaria MF nº 256/2009.

IDENTIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DUPLICIDADE DO LANÇAMENTOS DE VALORES. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do lançamento pela simples afirmação de que o mesmo valor foi incluído na base de cálculo referente a omissão de rendimentos por depósitos bancários e em outra infração (como omissão de rendimentos do ganho de capital ou omissão de rendimentos do trabalho sem vínculo empregatício). Trata-se, isso sim, de questão de mérito. Caso fique comprovada a duplicidade de tributação dos mesmos valores, então deve ser revisado o lançamento para excluir o referido valor da base de cálculo da infração de omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada porquanto ficou comprovada a origem e a tributação (foi considerado na base de cálculo de outra infração).

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

A isenção prevista no art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, por ter sido expressamente revogada pelo artigo 58 da Lei nº 7.713, de 1988, não se aplica a fato gerador (alienação) ocorrido a partir de 1º de janeiro de 1989 (vigência da Lei nº 7.713, de 1988), pois inexistente direito adquirido a regime jurídico.

IRPF. DEPÓSITOS BANCÁRIO. COMPROVAÇÃO.

Uma vez aplicada a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, cabe ao Contribuinte comprovar a origem dos recursos. Outrossim, não basta demonstrar quem depositou tais valores, sendo imprescindível demonstrar que os mesmos já foram oferecidos a tributação ou são isentos (caso se tratem de rendimentos) ou que não são rendimentos (como transferências do próprio titular ou mútuos, e.g.). Também devem ser excluídos da base de cálculo os valores que se comprovem decorrentes de rendimentos sujeitos à tributação exclusiva, como o ganho de capital.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA QUE SE CONVERTE EM PRINCIPAL. CABIMENTO.

Uma vez inobservada a obrigação acessória, caso seja cominada multa, esta se torna obrigação principal, nos termos do art. 113, § 3º, do CTN. Por sua vez, o art. 139 do mesmo diploma determina que o crédito tributário decorre da obrigação principal. Considerando ainda o texto das Súmulas CARF nº 4 e 5, bem como os acórdãos que as embasam, é patente a possibilidade de incidir juros sobre multa.

Encontrando-se a matéria assim pacificada, a Procuradoria Geral da Fazenda nacional expediu o Ato Declaratório PGFN nº 12/2018 25.06.2018, a autorizando a dispensa de contestação, apresentação de recurso e desistência dos interpostos, nos termos abaixo:

ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 12, DE 25 DE JUNHO DE 2018
DOU de 27/06/2018, seção 1, página 24)

“Autoriza a dispensa de apresentação de contestação, de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, nas ações judiciais que menciona.”

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do PARECER SEI Nº 74/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 22 de junho de 2018, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

“nas ações judiciais que fixam o entendimento de que há isenção do imposto de renda no ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, não sendo a referida isenção, contudo, aplicável às ações bonificadas adquiridas após 31/12/1983 (incluem-se no conceito de bonificações as participações no capital social oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros).”

JURISPRUDÊNCIA: REsp 1.133.032/PR, AgRg no REsp 1.164.768/RS, AgRg no REsp 1.231.645/RS, REsp 1.659.265/RJ, REsp 1.632.483/SP, AgRg no AgRg no AREsp 732.773/RS, REsp 1.241.131/RJ, EDcl no AgRg no REsp 1.146.142/RS e AgRg no REsp 1.243.855/PR.

FABRÍCIO DA SOLLER”

No tocante à jurisprudência, ressalte-se que são citados 10 julgados do STJ, a reforçar que a matéria encontra pacificação também perante o Poder Judiciário, com ementar semelhante à abaixo transcrita:

“RECURSO ESPECIAL N. 1.148.820-RS (DJe 26/08/2010)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. ISENÇÃO MONEROSA PORPRAZO INDETERMINADO. DECRETO-LEI 1510/76. DIREITO ADQUIRIDO. REVOGAÇÃO. ART 178 DO CTN.

1. É isento do imposto de renda o ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas sob a égide do DL 1.510/76 e negociadas após cinco anos da data da aquisição, ainda que a transação tenha ocorrido já na vigência da Lei 7.713/88.
2. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte e do Conselho de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda.
3. Recurso especial provido.

Peço exposto, respondemos objetivamente às questões formuladas nos seguintes termos:

1. Com base no Decreto-Lei 1.510/76, na Lei 7713/88 e demais normas aplicáveis ao caso, na alienação de ação adquirida antes de 1983, o ganho de capital é isento de tributação?

Sim, a alienação de participações societárias adquiridas ou subscritas sob a vigência do Decreto-Lei nº 1.510/76 e que atendeu ao prazo quinquenal necessário para a fruição da isenção, não pode ser alcançadas pela tributação de IR, mesmo que tenha ocorrido após a edição da Lei nº 7.713/88, revogadora da norma isencional, haja vista a caracterização de direito adquirido, nos termos do art. 178 do CTN.

2. Na hipótese de isenção, podemos considerar como entendimento pacífico ou é objeto de questionamento?

A teor das decisões do CARF, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Ato Declaratório no. 12 emanado da própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional dispensando seus Procuradores de continuarem recorrendo nessa matéria, consideramos que o tema não é mais sujeito a questionamentos.

3. Havendo um lote de ações, parte adquirida em 1970 e parte em 1990 e 2000, para fins de isenção é necessário escolher as ações objeto da venda ou é possível fazer uma média?

No caso de as ações serem identificáveis, à evidência, só gozará da isenção a alienação daquelas que tiverem sido adquiridas em 1970. As demais, cuja aquisição tiver ocorrido após a Lei nº 7.713/88, quando já revogada a isenção, sua alienação não gozará do benefício.

É o nosso Parecer,
S.M.J.

São Paulo, 22 de outubro de 2018.

Ives Gandra da Silva Martins
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins

ARQUIVO PESSOAL



IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional;

ARQUIVO PESSOAL



ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS é Advogado especialista e Professor em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária-CEU/IICS.

O planejamento tributário 2019 e o compliance fiscal

■ MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR

A partir do próximo dia 1º de janeiro, terá início um novo Governo e, com a troca da equipe econômica, existem rumores de uma reforma na área tributária e fiscal do país. E, antes da discussão de novas regras é necessário que as empresas façam o seu planejamento tributário para 2019. Entretanto, com o que as empresas devem ficar atentas ao se planejar e quais são os cuidados que devem ter?

É preciso ter em mente que vai se iniciar, com o próximo ano, um novo governo e a promessa de implementação de reformas na política fiscal brasileira, com especial atenção para novas propostas de reforma previdenciária e de reforma tributária. Aí surge o ponto central do planejamento das empresas: o compliance fiscal.

Especialmente quanto à reforma, o novo governo federal já sinalizou seu intuito de simplificar o regime tributário, extinguir benefícios fiscais setoriais e possivelmente reduzir a carga tributária que onera a economia.

Não há informações detalhadas atualmente de como esses objetivos serão alcançados, nem mesmo a perspectiva de em quanto tempo se dará sua implantação. Temos a certeza ao menos no âmbito federal, por outro lado, que a Secretaria da Receita Federal do Brasil continuará no ano que vem a dar ênfase a um movimento iniciado por ela em 2010. Trata-se do foco na fiscalização eletrônica, bem como a autuação dos contribuintes pelo não cumprimento de obrigações acessórias (ou formalidades).

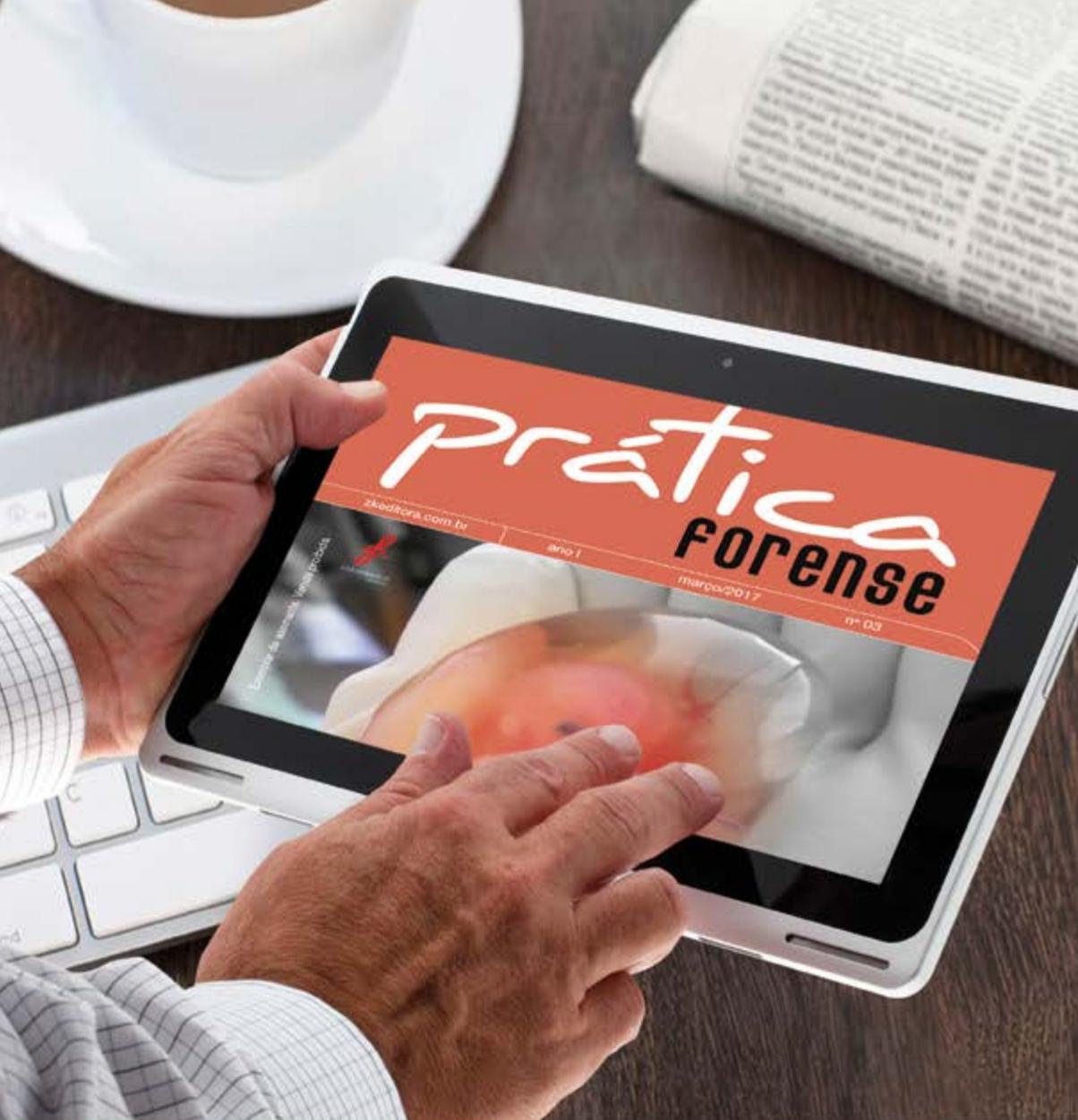
Nesse sentido, chama atenção o fato de que hoje somente pouco mais de 3% das fiscalizações promovidas pela Receita Federal são realizadas presencialmente por seus auditores fiscais. Ainda, somente em 0,51% dos casos os respectivos lançamentos tributários são julgados improcedentes em âmbito administrativo. Em mais de 90% dos casos, discute-se o não cumprimento de obrigações acessórias pelos contribuintes.

A assertividade do ente tributante, decorrente do grande número de informações disponibilizadas mediante um sistema de escrita fiscal e contábil totalmente digitalizado, combinada com a complexidade do nosso regime tributário, deixa pouquíssima margem para uma atuação meramente reativa das empresas. Daí porque, ao se planejar para 2019, as empresas devem investir mais do que nunca na melhoria de seus procedimentos e em conformidade tributária, o chamado compliance fiscal.

Na atual conjuntura de atuação do Fisco, objetivar eficiência e alto retorno de investimento somente será possível mediante uma postura ativa, de prévia identificação de contingências e riscos fiscais. É preciso se preparar bem para o ano que vem por aí e acompanhar de perto as possíveis mudanças que serão discutidas pela nova equipe econômica que comandará o país. 



MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR é especialista em Direito Tributário, LLM em Direito Tributário Internacional e sócio do escritório Meirelles Milaré Advogados.



Na **Prática Forense** você estuda
com os grandes mestres do Direito.

Tel. (61)

3225-6419

www.zkeditora.com/pratica

 zakarewicz
editora