

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



TESIS DOCTORAL

**AS RAIZES DA CORRUPÇÃO: ESTUDOS DE
CAOS E LIÇÕES PARA NO FUTURO**

Autor: ROCHA FURTADO, LUCAS
Universidad: SALAMANCA
Departamento: DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL
Fecha de Lectura: 22/10/2012
Dirección: NEVADO-BATALLA MORENO, PEDRO
TOMÁS (Director)

Tribunal:

- DOMINGUEZ BERRUETA DE JUAN, MIGUEL (presidente)
- CHAMORRO ZARZA, JOSE ANTONIO (secretario)
- FRAGOSO MARTINEZ, FRANCISCO JAVIER (vocal)
- TEXEIRA QUIROS, JOAQUIN (vocal)
- SANCHEZ GOYANES, ENRIQUE (vocal)

PREFÁCIO

A história do Brasil se iniciou em abril de 1500 quando a esquadra composta de treze navios, sob o comando do português Pedro Álvaro Cabral, aportou na costa brasileira. O destino eram as Índias orientais. Por engano ou acaso do destino, não se sabe, a esquadra de Portugal veio ter, no entanto, à praia de Porto Seguro, na Bahia de Todos os Santos.

Coube a Pero Vaz de Caminha, escrivão da esquadra, informar ao Rei de Portugal a descoberta das novas terras. Em sua carta, descreve a beleza e a riqueza da nova possessão e, ao final, pede ao Rei D. Manuel favores para o genro –Jorge de Osório¹.

Com a descoberta do Brasil por Portugal, estabelecia-se a relação de dependência entre a colônia e o conquistador, relação que iria durar mais de trezentos anos, em que a função do Brasil seria fornecer fundos para a monarquia, para a aristocracia e para os projetos expansionistas portugueses.

Nos primeiros anos que se seguiram ao descobrimento, a fraude mais comum na jovem colônia estava relacionada ao contrabando de mercadorias. O contrabando do ouro, que era praticado inclusive pelos clérigos², ocorria em grande escala.

Ao longo dos três séculos em que se manteve a relação de dependência do Brasil, multiplicaram-se os casos de corrupção, que não mais se resumiam ao contrabando, “tal era a avidez com que as pessoas aqui chegavam para enriquecer, atraídas pela fama de abundância da nova colônia”³.

Bom exemplo de desmando ocorrido nesse período foi descrito por Wilson Martins e está relacionado à criação da Companhia do Comércio do Maranhão⁴:

¹ HABIB, Sérgio. Brasil: Quinhentos anos de corrupção – Enforque sócio-histórico-jurídico-penal. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1994.

² O contrabando do ouro por parte da Igreja criou no Brasil a expressão “santo do pau oco”. A expressão, ainda em uso nos dias atuais, é utilizada para fazer referência a pessoas que se apresentam como distintas do que realmente são. Ela surgiu em razão de ter sido comum, durante o período colonial, a fabricação de estátuas de santos ocios, vazios. O propósito desses santos seria esconder o ouro a ser contrabandeado, cujo comércio era severamente taxado pela Coroa de Portugal.

³ HABIB, Sérgio. Obra citada. P. 3.

⁴ MARTINS, Wilson. A História da Inteligência Brasileira. Ed. Cultrix, 2ª edição.

“A companhia andou longe de funcionar corretamente: os pesos e medidas de que usavam eram falsificados; as fazendas e comestíveis expostos à venda, da pior qualidade, e até corruptos; e tudo em quantidade insuficiente para abastecimento do mercado, e por preços superiores aos taxados. O próprio governador estava metido na ladroeira: o cravo que produzia, bem como o de Pascoal Jansen era depositado em palácio e embarcado com prioridade, para não falar nas negociatas laterais que ambos faziam. Quando a situação se tornou economicamente intolerável, irrompeu o ato de desespero, que foi a revolta.”

O certo é que para a povoação da nova colônia, que era imensa, Portugal –que contava com população inferior a um milhão e meio de habitantes– deportava todo tipo de gente, conforme relata José Maria dos Santos⁵: “degredados, incorrigíveis, falidos de qualquer sorte”. Ainda segundo o autor, “não havia dignidades preestabelecidas nem valores de princípio. Na bagagem de perdidos e desgarrados dos primeiros que chegaram da Europa, não podiam ter lugar, tais objetos de convenção. Cada um valia por si mesmo, segundo a sua maior ou menor capacidade em vencer a terra bruta e dela utilmente apropriar-se.”

O novo país foi construído, vê-se, sem qualquer compromisso moral ou ideológico de formar uma nação. Ao contrário, vinham aportar no Brasil somente aventureiros cujo único interesse era tirar proveito das riquezas⁶ locais e retornar a Portugal, fugindo, o mais rapidamente possível, das doenças, intempéries, ataques de índios canibais –que na época da descoberta ultrapassavam a casa dos milhões e que, nos dias atuais, não chegam aos milhares em todo o território brasileiro⁷– e de toda sorte de dificuldades que assolavam a jovem colônia.

Acerca da forma como se deu a colonização brasileira e a formação cultural do povo brasileiro, são freqüentes comparações⁸ com a colonização dos Estados Unidos da América “em que os puritanos do Mayflower, acoçados pela perseguição religiosa, vieram, em grupos

⁵ SANTOS, José Maria dos. A política geral do Brasil. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1989, p. 132.

⁶ Nesse sentido, vale mencionar a expressão de D. João VI, rei de Portugal no período de ???, citada por Vicente Barreto e Antônio Paim (in *Evolução do Pensamento Político Brasileiro*. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1989) segundo quem o Brasil “era vaca leiteira de Portugal”.

⁷ Vide: <https://www.funai.gov.br/>

⁸ Conforme relato de Vianna Moog. *Bandeirantes e Pioneiros*, 17ª edição. Ed. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro: 1989. P. 88.

familiares, estabelecer-se com animus de ficar nas plagas do Novo-Mundo, para ler a bíblia, ajudarem-se uns aos outros, trabalhar e construir uma nação que lhes faltava”.

A maneira como se deu a colonização brasileira –sucintamente descrita nas linhas anteriores– é normalmente apontada como a causa determinante de todas as dificuldades enfrentadas para o desenvolvimento econômico e social e a denominada “herança portuguesa” é mencionada como a razão para os elevados índices de corrupção vigentes no Brasil.

A literatura brasileira igualmente reflete essa concepção acerca da formação da identidade do brasileiro.

Sérgio Buarque de Holanda⁹, certamente um dos maiores historiadores brasileiros, em sua obra clássica *Raízes do Brasil*, publicado em 1936, analisa a formação cultural do povo brasileiro. Segundo o autor, a identidade brasileira ainda estaria em processo de formação e essa falta de definição decorreria, conforme se depreende do treco abaixo¹⁰, do processo de colonização portuguesa:

“A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato mais marcante e mais rico em conseqüências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.”

Segundo Sergio Buarque¹¹,

⁹ BUARQUE DE HOLANDA, Sergio. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1982.

¹⁰ Idem, p. 3.

¹¹ Idem, p. 50.

“o quadro familiar torna-se tão poderoso e exigente que sua sombra persegue os indivíduos fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia desta organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas nas nossas atividades”.

Na busca pela definição do traço comum, do que seria a principal característica do brasileiro, o autor constrói o perfil do “homem cordial”. Essa cordialidade brasileira se manifestaria pela tendência a estabelecer suas relações com base na afetividade e, principalmente, na dificuldade de objetivar ou racionalizar suas relações, criando a figura do “jeitinho brasileiro” como meio de transgredir regras. Pequenas violações ou transgressões não apenas não seriam repudiadas pela sociedade, mas, ao contrário, constituiriam motivo de orgulho. O homem cordial, segundo o autor, é aquele que age com o coração, com paixão e sentimento.

Ainda segundo Sérgio Buarque, os traços marcadamente patriarcal e patrimonialista da formação da sociedade brasileira não permitiriam aos indivíduos distinguir entre os domínios público e privado e conduziram à formação do funcionário público patrimonial para quem

“A própria gestão pública apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e que a interesses objetivos, como o verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem as especialização das funções e o esforço para se assegurarem as garantias dos cidadãos”

O sociólogo brasileiro Gilberto Freire, autor de outra importante obra da literatura brasileira publicada em 1936, *Casa Grande & Senzala*¹², defendeu a teoria da democracia racial no Brasil. A concepção do autor sobre a sociedade brasileira se funda em três aspectos: o

¹² FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. Rio de Janeiro: Schimidt, 1936

patriarcado, a miscigenação de etnias e culturas e o trópico. O autor romantizou o passado colonial brasileiro e registrou a convivência, segundo ele, harmoniosa entre senhores e escravos que se dava por meio da ampla mistura étnica. Segundo Freire, o caldeirão racial brasileiro seria o responsável pela eliminação de tensões e preconceitos.

Outra obra de referência em que se discute a formação cultural e histórica brasileira a partir das influências da colonização foi escrita por Caio Prado Júnior –Formação do Brasil contemporâneo– publicada em 1933. Afirma o autor¹³:

“Numa palavra e para sintetizar o panorama da sociedade colonial: incoerência e instabilidade no povoamento, pobreza e miséria na economia. Dissolução nos costumes; inépcia e corrupção nos dirigentes leigos e eclesiásticos”

Uma das teses centrais da obra de Caio Prado defende que o caldo étnico formado por pretos boçais e índios apáticos, engrossado por brancos degenerados e decadentes, na desdenhosa expressão do autor, constituiria o substrato da sociedade brasileira. Essas características identificadas pelo autor não o conduzem, todavia, a uma visão pessimista do futuro: responder-se-ia que esse somatório não constitui nada que a educação, a cultura e a saúde, bem cuidadas, não possam resolver¹⁴.

Ainda no campo literário, no romance, outra obra que refletiria a imagem que o brasileiro faz de si mesmo pode ser atribuída a Mario de Andrade: Macunaíma - herói sem nenhum caráter. Em sua famosa obra, o autor concluiu que “o brasileiro não tem caráter” porque não tem uma civilização própria. Macunaíma era índio, negro e branco. Macunaíma simplesmente não tinha identidade, por isso mudava de caráter, conforme a situação¹⁵.

¹³ Formação do Brasil contemporâneo. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1961. p. 336.

¹⁴ Idem, p. 228.

¹⁵ Transcrevemos, a seguir, passagem da obra Macunaíma, de Mario de Andrade (1988, pp. 95-6) que bem reflete a personalidade do (anti)herói brasileiro:

“Pra quê essa gentama no meu quarto, agora!... Faz mal pra saúde, gente!

Todos perguntaram pra ele: - O que foi mesmo que você caçou, herói?

- Dois viados mateiros.

Defenderemos, neste trabalho, que essa visão acerca do brasileiro –que em nosso sentir é equivocada– não é determinante para a ocorrência de elevados níveis de corrupção no Brasil atual.

A presente tese não é trabalho de cunho histórico ou sociológico. Não se buscará, desse modo, por meio de pesquisas ou argumentos históricos ou sociológicos refutar a imagem do denominado “homem cordial” como fator determinante para a prática de atos corruptos no Brasil.

As raízes da corrupção brasileira –conforme será demonstrado ao longo da tese– não mais se encontram em nosso passado colonial, ou em características da personalidade do brasileiro. Não se pode atribuir mais à herança de Portugal culpa por não ter o Brasil conseguido, até os dias atuais, superar as dificuldades relacionadas ao combate à corrupção. Discordaremos, portanto, da visão dominante de que os elevados índices de corrupção praticados no Brasil, que de acordo com a Transparência Internacional ocupa da septuagésima colocação no ranking dos países mais corruptos, com índice de 3,3 de percepção de corrupção¹⁶, estão vinculados ao passado ou à identidade do brasileiro e que não podem, portanto, ser superados¹⁷.

Então, os criados, as cunhãs, estudantes, empregados-públicos, todos esses vizinhos rincipiaram rindo dele. Macunaíma sempre aparando o bocal da flautinha. A patroa cruzando os braços ralhou assim:

- Mas, meus cuidados, pra que você fala que foram dois viados e em vez foram dois ratos chamuscados! Macunaíma parou assim os olhos nela e secundou:

- Eu menti.

Todos os vizinhos ficaram com cara de André e cada um foi saindo na maciota. E André era um vizinho que andava sempre encalistrado. Maanape e Jiguê se olharam e, com inveja da inteligência do mano. Maanape inda falou pra ele:

- Mas pra que você mentiu, herói!

- Não foi por querer não... quis contar o que tinha sucedido e quando reparei estava mentindo...”

¹⁶ Fonte: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2006

¹⁷ Ao lado do Brasil, com o mesmo Índice de Percepção de Corrupção elaborado pela Transparência Internacional (3,3), estão China e Índia. Quando se exame outro índice elaborado pela Transparência Internacional, o Índice de Pagadores de Propina –BPI, em inglês–, verifica-se que os empresários brasileiros ao realizarem negócios no exterior se comportam de modo menos corrupto que seus colegas chineses e indianos. O Brasil, na lista de países pagadores de propina, que compreende os 30 (trinta) países, ocupa a 23ª posição com o índice de 5,65; China e Índia ocupam a 29ª e 30ª posição com os índices de BPI de 4,94 e 4,62, respectivamente –fonte: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi/bpi_2006. A partir desses dados, poder-se-ia fazer a seguinte indagação: o que leva o brasileiro a ser, de acordo com os critérios utilizados pela Transparência Internacional, tão corrupto quanto chineses e indianos em seus respectivos países e, em contraposição, a ter comportamento menos corrupto que os mesmos chineses e indianos nas relações mantidas com o exterior? A resposta não reside no fato de o brasileiro ser mais ou menos corrupto que indianos e chineses. A razão para a prática de atos corruptos, conforme procurar-se-á demonstrar neste trabalho de tese, reside na existência de oportunidades para a prática desses atos de

A formação cultural brasileira herdada de Portugal pode ser apontada como a causa dominante e efetiva de diversas mazelas sociais –dentre elas a corrupção– verificadas no Brasil ao longo dos séculos XVIII e XIX.

Tendo o Brasil se tornado independente de Portugal em 1822, portanto há quase dois séculos, insistir em atribuir à formação cultural decorrente do período colonial a causa para os elevados índices de corrupção ainda hoje verificados constitui fuga da realidade e tentativa de esconder os verdadeiros motivos e reais beneficiários dos tão comuns desvios e fraudes praticados ao longo do século XX, e que se perpetuam neste início de século XXI.

Atribuir, ainda nos dias atuais, à herança portuguesa a culpa pelas deficiências em nossa formação cultural e considerá-la a principal causa da corrupção brasileira interessa apenas àqueles que se beneficiam das fraudes e dos desvios dos fundos públicos –dentre os quais certamente não mais se incluem a monarquia ou a aristocracia portuguesas.

Defenderemos, neste trabalho, a tese de que a principal causa para os elevados níveis de corrupção identificados no Brasil –corrupção que constitui, ao mesmo tempo, causa e efeito das inúmeras fragilidades econômicas, sociais e políticas nacionais– reside, em primeiro lugar, em nosso sistema jurídico administrativo e que, portanto, a superação dessas deficiências dependeria tão-somente de vontade política para identificar as vulnerabilidades na legislação brasileira, especialmente no campo do Direito Administrativo, e de corrigir as falhas nas estruturas dos diversos órgãos e entidades da organização administrativa brasileira.

O segundo aspecto que contribui para a manutenção dos elevados níveis de corrupção no Brasil reside, certamente, conforme igualmente será demonstrado ao longo desse trabalho, na certeza da impunidade dos que praticam atos fraudulentos, dado que são raros os casos de punição daqueles que se locupletaram com fundos públicos.

O excesso de oportunidades para desviar recursos públicos e a certeza da impunidade, e não a formação moral ou cultural do povo brasileiro, constituem as reais causas para a manutenção da corrupção em elevados patamares.

corrupção e na impunidade. Ou seja, o comportamento corrupto do brasileiro, do chinês, indiano ou suíço, em seu país ou no exterior, está diretamente relacionado à existência de oportunidades ou vulnerabilidades à corrupção e é inversamente proporcional à certeza da impunidade. Essa tese é confirmada pelo exame dos casos concretos a ser realizado no Capítulo IV.

Para empreender a tarefa a que nos propomos e confirmar os argumentos da tese, dividiremos o presente trabalho em diferentes partes.

Na primeira parte (Capítulo I), que cuida de temas conceituais acerca da corrupção, serão examinadas questões genéricas acerca do tema. Buscaremos, nesse Capítulo I, apontar as dificuldades para a apresentação de um conceito de corrupção. Examinaremos ainda as causas da corrupção apontadas pela doutrina internacional, os seus efeitos sob a economia, a desigualdade social e em face da atividade administrativa do Estado, bem como das propostas apresentadas para combatê-la. Ênfase especial será dada neste Capítulo aos efeitos da corrupção sobre a atividade administrativa do Estado, bem como à importância que o tema assumiu nos últimos anos no âmbito de importantes organizações multilaterais, de que são exemplo as Nações Unidas, o Banco Mundial e a Organização para Desenvolvimento Econômico e Social – OCDE.

O Capítulo II se destina ao estudo das estruturas administrativas de controle da atividade administrativa brasileira. O principal foco, neste ponto da tese, será o estudo dos mecanismos de controle utilizados pelos principais órgãos de controle da Administração Pública previstos pela Constituição Federal brasileira de 1988: o Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo da execução orçamentária vinculado ao Poder Legislativo, e o Poder Judiciário. Serão ainda examinados os instrumentos e os principais órgãos utilizados pelo próprio Poder Executivo federal para combater a corrupção.

O Capítulo III se dedica ao exame da legislação brasileira e dos mecanismos nela previstos para a prevenção e o combate à corrupção. Para melhor compreensão desse aspecto do trabalho, a apresentação do modelo legislativo brasileiro será feita a partir do seu cotejo com algumas convenções internacionais sobre corrupção, sendo dedicada atenção especial à Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção assinada na cidade de Mérida (México), em 2003. Serão igualmente examinados aspectos da legislação brasileira penal e administrativa e sua adequação a outros convênios, dentre eles o firmado no âmbito da Organização para o Desenvolvimento Econômico e Social – OCDE sobre pagamento de suborno a funcionários estrangeiros.

O Capítulo IV se propõe a examinar importantes casos ou escândalos de corrupção ocorridos no Brasil ao longo dos últimos quinze anos e que envolvem a atuação da

Administração Pública no Brasil. Esse esforço se destina a testar a efetividade dos mecanismos de controle (apresentados no Capítulo II), e de apresentar que, não obstante a legislação brasileira, conforme será verificado no estudo empreendido no Capítulo III, seja aparentemente adequada e atenda aos parâmetros fixados em convenções internacionais sobre corrupção, são inúmeras as falhas no sistema jurídico e nas estruturas administrativas do Estado brasileiro que propiciam, ou, de certo modo, até incentivam, a ocorrência de fraudes e de desvios com recursos públicos na medida em que criam ambiente propício à corrupção. Ao longo do Capítulo IV será igualmente confirmada, pelo exame dos casos selecionados, a impunidade dos que se envolveram em escândalos de repercussão de âmbito nacional.

O foco da tese será o exame dos grandes escândalos de corrupção ocorridos no Brasil nos últimos quinze anos. O propósito específico deste trabalho consiste na identificação:

1. das causas ou pontos vulneráveis existentes na legislação, nas estruturas administrativas e nos órgãos de controle que propiciaram a ocorrência das fraudes e desvios;
2. das medidas administrativas e judiciais eventualmente adotadas pelas autoridades públicas para corrigir as falhas no sistema, punir os responsáveis e recuperar os fundos públicos desviados; e
3. da efetividade da adoção das medidas indicadas no item anterior.

Buscar-se-á, por meio do exame de escândalos noticiados nos mais importantes meios de comunicação do Brasil, fazer o acompanhamento –passo a passo– da divulgação de cada uma das medidas adotadas para concluir-se, ao final, que a punição dos culpados e o adequado funcionamento das estruturas administrativas constituem a única forma de se combater efetivamente a corrupção pública.

O foco do presente estudo se restringe à corrupção no âmbito da Administração Pública federal brasileira. Importantes aspectos do estudo da corrupção, de que seriam exemplos a corrupção judicial, policial ou política, em que se examinariam, não são objeto de estudo. Também não serão objeto de exame medidas locais, adotadas no âmbito dos Estados-federados ou dos Municípios brasileiros.

Os parágrafos acima descrevem, em apertada síntese, a proposta de tese, em Direito Administrativo, para o Programa de Doutorado sobre Aspectos Jurídicos e Econômicos da Corrupção da Universidade de Salamanca.

CAPÍTULO I

A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS RELACIONADOS AO ESTUDO DO TEMA

I. A importância do estudo da corrupção

Até o início da década de 1980, as pesquisas científicas acerca da corrupção eram desenvolvidas basicamente nas áreas da sociologia, do direito criminal, da história e da ciência política. O fundamento básico até então apontado para intensificar o combate à corrupção era o fato de que ela seria criticável do ponto de vista da ética: devia-se combater a corrupção tão-somente porque ela não se adequava aos princípios ou padrões éticos.

As pesquisas até então desenvolvidas no âmbito econômico acerca da corrupção a consideravam um problema exclusivo do setor público, cujos efeitos seriam indiferentes para a economia e, em algumas situações, até benéficos, na medida em que empresas poderiam obter tratamento favorecido em determinados processos administrativos, fato que poderia resultar em ganhos ou benefícios econômicos individuais.

A partir da década de 1980, novas pesquisas científicas acerca da corrupção revelaram os reais efeitos econômicos que dela decorrem, no sentido de que a performance das economias dos países e das próprias empresas são fortemente influenciadas pelos impactos negativos gerados pela corrupção.

A constatação de que a fraude e o desvio de recursos públicos devem ser combatidos não apenas porque são reprováveis do ponto de vista ético, mas também em razão dos maléficos efeitos econômicos que produzem, conferiu ao tema importância que jamais lhe havia sido dada e criou, no cenário internacional, o ambiente propício para que se procurasse combater a corrupção tendo em vista interesses reais e efetivos, relacionados à obtenção de vantagens econômicas para os países e para o setor empresarial. Enfim, o combate à corrupção sofreu impulso fundamental quando a discussão acerca da necessidade de combatê-la abandona o

campo da ética, da sociologia e do direito e ganha o terreno da economia e das finanças internacionais.

Especialmente a partir da década de 1990, verificou-se verdadeira explosão de trabalhos científicos sobre a corrupção realizados sob o enfoque das ciências econômicas. Nesse sentido, merecem destaque as pesquisas realizadas no âmbito do Banco Mundial - BIRD e do Fundo Monetário Internacional - FMI.

Um dos principais fatores para o aumento do interesse dos economistas sobre o tema está diretamente relacionado aos processos de globalização e de integração internacional e regional, sendo o mais importante exemplo desse último caso os esforços levados a efeito em razão da integração da Europa.

Não obstante as inúmeras e pertinentes críticas apresentadas ao processo de globalização, a liberalização econômica dela decorrente, especialmente no plano do comércio internacional, gerou forte pressão para que os países dessem maior transparência a suas economias. Este quadro criou incentivos para a implantação de reformas em suas estruturas econômicas e administrativas de modo a torná-los mais aptos a participarem dos processos de integração que se desenvolviam no plano internacional. Ou seja, fortemente influenciados pelos processos de integração ocorridos especialmente na Europa, importantes economias de países emergentes como Brasil, Argentina, México e Chile, para mencionar somente alguns exemplos de países latino-americanos, tiveram de passar por reformas em suas legislações e em suas formas de organização judiciária e administrativa de modo a torná-los mais aptos a participar dos novos movimentos de circulação de capitais, tecnologias e informação. Nesse contexto, o desenvolvimento de mecanismos de combate à corrupção passou a ser um dos principais aspectos considerados para a implementação dessas reformas.

Em grande parte dos países latino-americanos, a necessidade de reformas estruturais verificadas no final da década de 1980 e início da década de 1990 não pode ser atribuída apenas à necessidade de adaptação de suas economias aos novos movimentos internacionais, mas igualmente aos processos de democratização. Durante a década de 1990, a América Latina foi varrida por verdadeira onda democratizante -ainda que em alguns casos as debilidades das

jovens democracias ainda sejam evidentes e os fantasmas do autoritarismo e do populismo sejam motivos de fortes e constantes inquietações.

No plano internacional, o aumento da preocupação de organizações internacionais - especialmente dos organismos financeiros internacionais (Internacional Financial Institutions - IFI)- foi fortemente influenciado pelas crises financeiras ocorridas no México, na Rússia e na Ásia durante a década de 1990. A constatação de que os efeitos dessas crises não afetavam apenas as economias de cada um dos países, mas de que as finanças globais eram fortemente influenciadas levou referidas IFI a estimularem políticas de transparência e de accountability em seus países membros. As políticas de prevenção e de combate à fraude e à corrupção em projetos financiados pelo BIRD podem ser mencionadas como exemplo desse novo fenômeno.

A proliferação de iniciativas internacionais sobre a corrupção pode ser igualmente apontado como resultado do processo de conscientização da importância que o tema assume na agenda internacional. Eis alguns exemplos:

- 1988 - É aprovada a Convenção de Viena da Nações Unidas (ONU) sobre tráfico de drogas ;

- 1989 - Ocorre a implantação do GAFI - Grupo de Ação Financeira;

- 1990 - É aprovado o Convênio de Estrasburgo (Conselho da Europa) sobre confisco e lavagem de capital;

- 1991 - No âmbito da União Européia é editada a Diretiva 91/308/CEE, que estabelece os sujeitos obrigados a indicar a origem dos recursos financeiros;

- 1995 - É implantado o Grupo Egmont - unidade de inteligência financeira;

- 1996 - É aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Convenção Interamericana contra a Corrupção;

- 1997 - É aprovada a Convenção sobre Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais no âmbito da Organização para Desenvolvimento e Cooperação Econômica - OCDE;

- 1997 - É aprovado o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Europeias e dos Estados Participantes da União Europeia, aprovado pelo Conselho da União Europeia;

- 1998 - É criado por uma resolução do Comitê de Ministros do Conselho da Europa o Grupo de Estados contra a Corrupção - GRECO;

- 1999 - É aprovado o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu;

- 1999 - É aprovado o Convênio de Direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu;

- 2000 - É aprovada a Convenção de Palermo (ONU) sobre Delinquência Organizada Transnacional;

- 2003 - É aprovada a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana;

- 2003 - É aprovada a Convenção de Mérida (ONU) sobre corrupção.

No âmbito não governamental, o trabalho desenvolvido pela Transparência Internacional desde 1993 é digno de destaque. Os seus esforços para construir mecanismos anticorrupção e para desenvolver práticas para a solução de conflitos têm tido forte influência em inúmeros países, sendo objeto de especial interesse para os mercados financeiros internacionais, e, portanto, de grande ansiedade para os governantes dos diversos países avaliados a divulgação anual do Índice de Percepção de Corrupção.

O contexto até o momento apresentado busca apresentar a importância assumida pelos movimentos internacionais no processo de combate à corrupção, no sentido de que os esforços conduzidos internamente pelos diversos países fazem parte de um grande processo mundial em que os organismos internacionais desempenham papel fundamental.

II. O que é a corrupção e as razões para combatê-la

Tratar da corrupção e buscar apontar os seus efeitos sobre a economia, sobre a política ou sobre qualquer outro aspecto social de determinado País não constitui tarefa fácil. Quando se examinam analiticamente as mais diversas hipóteses por meio das quais a corrupção se manifesta, é normalmente fácil identificar os beneficiários da corrupção, sejam eles funcionários públicos que cobram e recebem subornos, sejam as empresas ou indivíduos que obtêm favores, licenças, concessões, benefícios tributários, pagamentos indevidos ou contratos públicos. Ao se examinar o polo passivo dos atos enquadráveis no âmbito da corrupção, a tarefa torna-se bem mais difícil. Daí porque se fala que a corrupção é um crime sem vítima.

A rigor, a expressão acima não é correta. Não obstante nem sempre seja possível identificar as pessoas ou organizações diretamente afetadas pelas mais variadas formas de corrupção, o exame dos efeitos sobre a economia e sobre outros aspectos sociais permite concluir que a vítima da corrupção é toda a sociedade.

Quando determinado processo de contratação pública é conduzido de modo ilegal por meio do estabelecimento, pelo órgão público contratante, de exigências desnecessárias constantes do edital de licitação, cujo único e exclusivo propósito é favorecer determinada empresa, poder-se-ia imaginar que a vítima seriam as demais empresas daquele segmento, ou ainda a empresa que, se não tivesse ocorrido o favorecimento, obteria a adjudicação do contrato. Ao se examinar mais detalhadamente esse aspecto, constata-se que o objeto do favorecimento é a contratação por preços muito acima daqueles praticados no mercado e se verifica que a primeira vítima da corrupção é o Estado contratante, o que, em última instância, importa em transferir o ônus pela contratação superfaturada a toda a coletividade.

1.A impossibilidade de conceituar a corrupção

Definir ou conceituar a corrupção, à semelhança da grande maioria dos fenômenos sociais, não constitui tarefa fácil. Parece-nos mais adequado buscar a sua descrição por meio de

situações analíticas, a partir da noção de que ela está sempre relacionada à idéia de abuso de poder, de desvio das finalidades públicas, de uso de potestades públicas para fins privados.

Historicamente, a idéia de corrupção sempre esteve associada a dois aspectos: 1. à participação do Estado e à atuação criminosa dos agentes públicos; e 2. à sua associação com o Direito Penal, no sentido de que somente as condutas descritas por meio de tipos penais normalmente associados aos crimes contra a administração pública poderiam ser reputadas corruptas.

A impossibilidade de definição das formas instrumentais de que se revestem os atos corruptos, as dificuldades de delimitação do âmbito de atuação da corrupção, se seria exclusivamente pública ou se existiria a corrupção privada, a circunstância de que se trata de fenômeno que ultrapassa a dimensão jurídica para alcançar os âmbitos da sociologia, da política e das relações transnacionais, dentre outros aspectos, impedem a elaboração de um conceito acabado de corrupção.

Historicamente, o termo corrupção tem sido utilizado para designar distintas situações.

Não obstante sejam inúmeras as tentativas de definição propostas, é possível identificar na doutrina a existência de três diferentes aspectos que se destacam na formulação dessas definições:

- O primeiro aspecto dá importância ao descumprimento dos deveres dos servidores públicos e, portanto, à idéia de desvio da função pública;
- O segundo critério, de caráter eminentemente economicista, dá ênfase à relação entre oferta e demanda e à utilização de meios anormais para a intermediação dos processos econômicos;
- O terceiro critério define a corrupção em razão do interesse público.

O seu cotejo com o instituto do desvio de poder expõe as dificuldades existentes em torno da formulação de uma definição acabada de corrupção.

O desvio de poder pode ser apresentado como a violação ou infração provocada pelo exercício de potestades públicas com finalidade distinta daquela prevista no ordenamento jurídico. O aspecto central do desvio de poder reside no fato de que as autoridades administrativas se afastam dos objetivos fixados pelo Direito, o que poderia levar à conclusão de que corrupção e desvio de poder seriam fenômenos idênticos.

No entanto, não é exatamente assim que se verifica. No desvio de poder, é possível que o ato ocorra com o exclusivo propósito de causar prejuízo a determinada pessoa, de que seria exemplo o ato de perseguição política ou administrativa (a remoção de um servidor público, por exemplo). Ou seja, no desvio de poder, é possível que o agente que abusa de sua posição não busque nenhuma vantagem ou benefício em razão da posição que ocupa, requisito necessário ao enquadramento de atos como corruptos. Ao contrário, há determinados atos (conforme observa ALEJANDRO NIETO)¹⁸, que podem ser considerados corruptos e que não se enquadram na noção de desvio de poder, de seriam exemplos os pagamentos de suborno para apressar a tramitação de processos.

O pagamento de presentes (regalos) ou de recompensas de pouco valor econômico, sem relação direta com a execução de tarefa ou a prática de atos determinados, mas com o propósito de aproximar ou de fortalecer a relação com pessoas que assumem posição de comando, não têm sido consideradas em muitos países como atos de corrupção. Veja-se, nesse caso, a liberalidade com essa questão é tratada nas relações entre os lobbies e os congressistas norte-americanos (MALEM SEÑA)¹⁹. De acordo com o autor, a prática de oferecer pequenos presentes ou vantagens, cujo propósito normalmente está associado ao estabelecimento de boas relações sociais, não pode ser confundida com o pagamento de subornos. Neste último caso, defende Malem Seña, o donatário se compromete a praticar ato que favoreça o autor do pagamento. A idéia de suborno, ainda segundo o autor, requer uma contrapartida, que não estaria presente no oferecimento de pequenos regalos.

Não existe consenso na doutrina ou nas legislações acerca do enquadramento da prática de oferecer regalos como ato de corrupção. A questão varia em função da concepção mais ou menos rigorosa utilizada em cada país, sendo normalmente enquadrada na denominada zona

¹⁸ Corrupción en la España Democrática. Barcelona. Ed. Ariel, 1997. Pág. 79.

¹⁹ La Corrupción: Aspectos Éticos, Económicos, Políticos y Jurídicos. Barcelona. Ed. Gedisa. 2002. Pág. 27.

cinzenta do Direito. Tem sido comum a edição de Códigos Deontológicos em que se trata da questão. No caso brasileiro, o Código de Ética dos servidores públicos federais fixa limite para o pagamento de regalos, sendo considerados lícitos os que não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (aproximadamente 50 dólares norte-americanos). Fora desse limite, o ato de oferecer benefícios será havido, teoricamente, como ilícito e passível de enquadramento em processo penal e administrativo.

A questão do oferecimento de regalos -e as divergências legislativas e doutrinárias quanto à sua aceitação como prática lícita ou corrupta- indica as dificuldades existentes para a construção de uma definição conclusiva acerca do tema.

A sua relação com a lavagem de ativos pode ser igualmente apresentada para demonstrar as dificuldades na elaboração de uma definição acabada e definitiva de corrupção. Ademais, permite concluir que é possível enfrentar o tema não obstante não se disponha dessa definição acabada.

Tratam-se -a corrupção e a lavagem de ativos- de fenômenos distintos, porém interligados. A lavagem de ativos originários do tráfico ilegal de entorpecentes, por exemplo, não constitui em si um ato de corrupção, não obstante seja considerado ilícito penal. A utilização dos mecanismos desenvolvidos para combater a lavagem de ativos constitui, todavia, importante instrumento para a prevenção da corrupção. Se um funcionário público sabe que enfrentará sérias dificuldades para utilizar os recursos que venha a obter a título de suborno, ou que os mecanismos de controle financeiro poderão identificar a movimentação suspeita de recursos oriundos do pagamento de suborno e instaurar procedimentos administrativos ou judiciais, é provável que desista de receber esse pagamento ilegal. Vê-se, nesse simples exemplo, a importância que os sistemas de combate à lavagem de ativos representa para o combate à corrupção.

Além desses aspectos controvertidos, outros se associam para dificultar a formulação da definição de corrupção, como a idéia de que ela pode somente estar presente em atos que envolvam a participação do Estado ou de que deve estar necessariamente associada ao Direito Penal, conforme será examinado em seguida.

2. A corrupção privada

O primeiro aspecto criticado na visão tradicional acerca da corrupção diz respeito à concepção segundo a qual é necessária a participação do Estado para a qualificação de atos como corruptos. De acordo com essa perspectiva, somente o abuso ou o desvio no exercício das potestades públicas relacionadas à atividade econômica ou política dos poderes públicos e a sua utilização em benefício de interesses privados poderia suscitar o tema da corrupção. A partir dessa perspectiva, a caracterização de determinado comportamento como corrupto pressupõe o conflito entre os interesses públicos e os interesses privados e a utilização ilícita ou o desvio (tangente)²⁰ por parte dos agentes públicos de suas funções públicas para o favorecimento dos interesses privados.

Nos dias atuais, torna-se cada vez mais comum se falar em corrupção privada. Veja-se a esse respeito o tratamento que a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção (Convenção de Mérida) confere a esse novo e importante aspecto da corrupção.

No âmbito da Convenção de Mérida, merecem destaque os artigos 21 (suborno no setor privado) e 22 (malversação ou peculato de bens no setor privado), que explicitamente tratam de aspectos diretamente relacionados à prática de atos de corrupção sem que se faça necessária a participação de qualquer agente público.

A necessidade de ampliar a concepção acerca da corrupção e de fazê-la compreender situações em que os poderes públicos não estejam necessariamente envolvidos pode ser atribuída, em primeiro lugar, a um fenômeno objeto de estudo no âmbito do Direito Administrativo: a impossibilidade, em alguns casos, de separação da esfera pública da esfera privada.

Até muito pouco tempo, percebia-se de forma bastante nítida a separação entre o público e o privado. Aos Estados eram conferidos, até muito recentemente, em caráter de exclusividade, a defesa e o exercício dos interesses públicos ou coletivos. Os processos de reforma das estruturas

²⁰ O termo italiano utilizado para indicar o desvio da função pública já se tornou conhecido em todo o mundo e reforça a idéia de que a corrupção está relacionada à superposição dos interesses privados sobre os interesses públicos (CARBAJO CASCÓN, pág. 128).

administrativas dos Estados empreendidos na Europa a partir da década de 1980 -que se tornaram conhecidos pela expressão choque de eficiência- e que se espalharam por diversos outros países buscou transferir ao setor privado o desempenho de tarefas até então desenvolvidas pelos poderes públicos.

O repasse de fundos públicos para Organizações Não-Governamentais, a delegação de serviços públicos a empresas privadas concessionárias de serviços públicos, os processos de privatização, a utilização com cada vez maior intensidade de instrumentos jurídicos típicos do Direito Privado pela Administração Pública resultaram por criar um cenário em que a definição do que é público em oposição ao privado deixou de ser tão nítida.

Nesse sentido, extraio das lições de Günther Teubner as premissas para se analisar o direito a partir de novos enfoques superadores da velha dicotomia público/privado:

“Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as idéias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito.”

E, adiante, prossegue Teubner, agora tratando especificamente dos regimes de transferência de serviços públicos para entidades do âmbito privado:

“A própria onda de privatizações revela-se sob um aspecto completamente diferente, quando se abre mão da simples dicotomia público/privado em favor de uma policontextualidade mais sofisticada da sociedade, quando se reconhece que a autonomia privada única do indivíduo livre transforma-se nas diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas. Nesse sentido, privatização não se trata mais, como normalmente se entende, de redefinir a fronteira entre o agir público e o privado, mas de alterar a autonomia de esferas sociais parciais por meio da substituição de seus mecanismos de acoplamento estrutural com outros sistemas sociais. Não se trata mais simplesmente de um processo em que atividades

genuinamente políticas, antes dirigidas aos interesses públicos, transformam-se em transações de mercado economicamente voltadas ao lucro. Antes, o que se altera pela privatização de atividades sociais autônomas – pesquisa, educação ou saúde, por exemplo –, que apresentam seus próprios princípios de racionalidade e normatividade, é o seu regime institucional. Em lugar de uma relação bipolar entre economia e política, deve-se apresentar a privatização como uma relação triangular entre esses dois setores e o de atividades sociais. Torna-se, assim, diretamente compreensível que a privatização leva, de fato, a uma impressionante liberação de todas as energias até então bloqueadas pelo antigo regime público. Paralelamente, no entanto, novos bloqueios desencadeados pelo novo regime tornam-se visíveis. Um antigo mismatch, um antigo desequilíbrio entre atividade e regime, é substituído por um novo mismatch.”

Nesse processo, tornou-se comum a transferência da defesa dos interesses coletivos a entidades privadas que, em muitas situações, litigam contra o próprio Estado pela defesa de direitos relacionados à proteção do meio ambiente, dos direitos humanos, dos direitos do consumidor etc. Ora, se em razão desse novo cenário não é mais possível definir com exatidão as fronteiras entre as esferas públicas e privadas, como é possível limitar a corrupção a uma única dessas esferas?

De outra parte, percebeu-se que as fraudes contáveis ocorridas em grandes corporações, o uso de informações privilegiadas em negócios envolvendo o mercado de capitais e os desvios verificados no sistema bancário e de captação de poupança (ahorro) podem gerar efeitos negativos sobre a economia de um país ou, em alguns casos, até mesmo sobre as finanças globais, e afetar de forma direta o interesse de toda a coletividade. É importante observar que nessas hipóteses, não há qualquer participação efetiva ou direta de agentes públicos a fim de que referidas condutas sejam consideradas abusivas ou ilegais.

O que efetivamente ocorreu foi a redefinição dos centros de poder ou de decisão na sociedade -que em razão dessas rupturas não mais se diz moderna, mas pós-moderna. A conclusão inequívoca a que se chega é no sentido de que não mais se pode relacionar a corrupção apenas às situações em que ocorra o desvio do interesse público em benefício de interesses privados. Torna-se igualmente necessário falar em desvio de interesses privados no setor privado causadores de prejuízo aos interesses da coletividade.

Se uma das razões pelas quais se combate a corrupção é para evitar que desvios ou abusos por parte dos agentes que exercem posição de poder resultem em prejuízo para os interesses coletivos, e se esses mesmos interesses podem ser prejudicados em razão de defraudações ocorridas no âmbito privado, a conclusão a que se deve chegar é no sentido de que os instrumentos e os métodos utilizados para o combate a corrupção no setor público devem ser igualmente utilizados para o enfrentamento da questão no âmbito privado.

Não se deve concluir, todavia, que a solução seja o intervencionismo estatal. Eventualmente, devem ser utilizados instrumentos públicos ou estatais para combater a corrupção privada. Eis a razão pela qual a Convenção de Mérida propõe a criminalização do suborno no setor privado (art. 21) e a malversação ou peculato de bens no setor privado (art. 22). A resposta mais efetiva para a corrupção privada deve ser buscada, todavia, no próprio setor privado. Este aspecto reclama a atenção dos estudiosos do Direito Privado para a questão.

As possibilidades de atuação dos mecanismos de autoregulação devem ser levados ao extremo. Se essas medidas não bastarem, e certamente não bastarão, devem ser utilizados efetivos instrumentos estatais de atuação para conter a corrupção privada. Conforme observa CARBAJO CASCÓN (pág. 131),

“no se trata de retornar a la época de la intervención pública ni tampoco de desprivatizar. Se trata de encontrar el punto adecuado de equilibrio entre, por un lado, la necesaria eliminación de trabas a la iniciativa privada y la libre y leal competencia en cualesquiera sectores del mercado, y por otro lado, la creación de medidas eficaces de control que velen por el buen funcionamiento del mercado en términos de competencia fomentando la transparencia y la información en la gestión de la empresa, en la actividad económica de producción y distribución y en la inversión en el sistema financiero; todo ello acompañado de los pertinentes y estrictos mecanismos de responsabilidad y sanción para el caso -no poco frecuente- de incumplimiento.”

Do ponto de vista estrito da dogmática jurídica, poder-se-ia atribuir pouca importância à qualificação de determinadas condutas como corruptas. Em outras palavras, a partir dessa

perspectiva, se determinadas condutas privadas são definidas pela legislação como crime, ainda que não se enquadrem como atos de corrupção, elas devem ser objeto de perseguição penal.

Poder-se-ia afirmar, portanto, que se trataria de discussão banal a tentativa de incluir como corruptas condutas estranhas ao Estado e que não requerem a participação de agentes públicos.

A questão, todavia, não se resume a aspectos penais ou processuais penais. Admitida a qualificação de condutas privadas como inseridas no âmbito da corrupção, a matéria ganha dimensão bem mais elevada. Passa a ser objeto de maior preocupação por parte dos agentes especializados e passa a receber do Estado e da comunidade internacional atenção muito mais elevada na medida em que são criadas estruturas administrativas e judiciais especializadas em sua prevenção e repressão.

A discussão acerca do enquadramento de atos privados no âmbito da corrupção não é questão pacífica entre os estudiosos do tema. Pode-se, todavia, perceber que a tendência mundial aponta nessa direção, especialmente após a aprovação da Convenção de Mérida.

A definição deste marco teórico não se mostra, no entanto, relevante para o desenvolvimento da presente tese em razão de que somente serão objeto de análise os casos de desvios ou fraudes relacionados ao desempenho da atividade administrativa do Estado brasileiro. Desse modo, ainda que nos pareça mais adequada a proposta de ampliação do conceito de corrupção, de modo a compreender aspectos relacionados à denominada corrupção privada, essa discussão se torna desnecessária tendo em vista os propósitos desta tese.

3.O Direito Penal, o Direito Administrativo e o Direito Privado como instrumentos de combate à corrupção

A segunda premissa relacionada à qualificação dos atos de corrupção vincula o seu enquadramento com um tipo penal, especialmente no que toca aos crimes contra a Administração Pública.

Não resta dúvida de que o Direito Penal constitui um dos mais importantes instrumentos de que os Estados de Direito devem-se servir para combater a corrupção (que, segundo Cêneca,

não é um vício dos tempos, mas dos homens). É necessário considerar, todavia, que em nenhuma outra área do Direito os princípios da legalidade e da anterioridade se fazem sentir de forma tão evidente quanto na seara criminal. Somente por meio de tipos penais que descrevam as condutas reputadas criminosas (*nulla paena sine lex*) pode o Direito Penal ser utilizado como instrumento repressivo à ocorrência de tais práticas ou comportamentos.

Uma das principais características da criminalidade organizada corresponde exatamente à busca das falhas nas legislações para poderem agir com maior liberdade. A cada dia são desenvolvidos novos mecanismos para fraudar, desviar, subornar ou praticar todo tipo de malversação. Essa fecunda capacidade dos que buscam proveitos na corrupção, que demonstram imensa criatividade, muitas vezes impede a utilização do Direito Penal como instrumento efetivo de combate à corrupção.

Sempre haverá descompasso entre a criação de novas condutas fraudulentas e a capacidade do Estado de, por meio de legislação específica, criminalizar referidas condutas. Surge então a necessidade de se desenvolverem novas práticas para o combate e para a prevenção da corrupção, que não se esgotem no Direito Penal, que devem ser mais ágeis, no sentido de que o Estado possa, respeitando os princípios básicos de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, dar respostas efetivas e rápidas à corrupção.

São os instrumentos fornecidos pelo Direito Privado que permitem aos corruptos a prática dos atos que não podem ser alcançados pelos mecanismos tradicionais do Direito Público, especialmente pelo Direito Penal. As operações de lavagem de ativos podem ser mencionadas como exemplo desse fenômeno, na medida em que seus operadores buscam as falhas na legislação publicista para agir.

Esta constatação demonstra a necessidade de maior aproximação do Direito Público com o Direito Privado, na medida em que é neste último que são buscadas as formas jurídicas necessárias ao processo de encobrimento e, posteriormente, de busca de integração dos referidos recursos nas atividades empresariais.

A questão básica consiste em saber como o ordenamento jurídico pode impedir que as formas jurídico-privadas sejam desviadas de suas finalidades para o encobrimento dos atos

corruptos. A resposta a essa questão não pode ser buscada de forma isolada no Direito Público ou no Direito Privado. Somente a interação dos dois ramos do Direito pode permitir a elaboração de respostas suficientemente eficazes para combater este fenômeno que conta como uma de suas principais características a capacidade de desenvolver novas formas de atuação.

A responsabilização civil dos que praticam atos lesivos a terceiros e a invalidação dos negócios realizados com fraude ou simulação são apenas algumas respostas que o Direito Privado pode ser capaz de apresentar para contribuir com o arsenal de instrumentos jurídicos hábeis para combater a corrupção.

O Convênio do Conselho da Europa, de 1999, de Direito Civil sobre corrupção constitui importante marco no desenvolvimento de instrumentos privatistas no âmbito desse processo. De acordo com o Convênio, cada Estado deve prever em seu ordenamento jurídico instrumentos efetivos para proteger as pessoas que tenham sofrido dano como consequência da corrupção por meio de ações cujo objetivo seja o de obter a plena compensação dos danos sofridos. O Convênio obriga igualmente os Estados a estabelecerem mecanismos que permitam aos particulares a propositura de ações de responsabilidade civil contra o Estado em razão de atos de corrupção praticados pelos servidores públicos.

Não se pode, ademais, desconhecer a relação recíproca entre o Direito Privado e o Direito Administrativo no momento em que são definidas as potestades dos órgãos públicos encarregados de fiscalizar importantes segmentos do setor privado, de que são exemplos o setor financeiro e o setor de seguros, além da correta instrumentalização das denominadas Agências Reguladoras. Essa discussão é da mais alta relevância para a definição adequada dos instrumentos de atuação de modo a prevenir a ocorrência da fraude e dos desvios.

Conforme já observamos, o Direito Penal constitui instrumento inafastável para o combate à corrupção. A sua forma de atuação em relação aos fenômenos sociais tipificados como delitos se caracteriza, todavia, pelo seu caráter eminentemente repressivo (salvo de utilizada a visão freqüentemente defendida no âmbito do Direito Penal de que a previsão em lei de sanções constitui, em si, forma de prevenir a ocorrência do ilícito).

A melhor abordagem a ser utilizada para combater a corrupção, a mais efetiva, deve estar relacionada à prevenção da ocorrência dos ilícitos, e não à sua repressão.

O primeiro passo a ser utilizado em processos de combate à corrupção –tema da presente Tese de doutorado– deve consistir na identificação das vulnerabilidades existentes nas estruturas dos órgãos públicos e na correspondente legislação administrativa.

Relativamente à corrupção pública, toca ao Direito Administrativo o papel de definir: 1. os processos administrativos, de que é exemplo o procedimento licitatório, 2. a execução das despesas públicas, 3. os mecanismos que viabilizam os repasses de recursos públicos a entidades privadas (ONGs), 4. a discricionariedade administrativa, 5. a fiscalização dos contratos públicos, 6. a remuneração e a qualificação dos servidores públicos, 7. a concessão de licenças ou de alvarás relacionados ao exercício da polícia administrativa, 8. as concessões de serviço público, dentre outros aspectos.

Se esses exemplos de situações reguladas pelo Direito Administrativo podem ser identificados como vulneráveis e, portanto, fontes de corrupção, cumpre aos estudiosos desse ramo do Direito apontar as modificações necessárias na legislação de modo a impedir que ocorra a fraude ou o desvio dos recursos públicos.

Nesse sentido, as modificações inseridas na legislação brasileira acerca dos procedimentos licitatórios podem ser apresentadas como exemplo de situação em que o Direito Administrativo pode ser utilizado para combater a corrupção. A modalidade de licitação mais comum apontada pela Lei n.º 8.666/93 –que cuida dos procedimentos licitatórios para todas as esferas de Administração Pública brasileira– é a concorrência. Esta modalidade de licitação, indicada para os grandes contratos, se caracteriza por conferir ampla discricionariedade, por ser constituída de inúmeras etapas e por levar, em algumas hipóteses, meses para ser concluída. O resultado da reunião desses fatores é evidente: fraudes, favorecimentos, pagamento de subornos, utilização de informações privilegiadas etc. Identificadas as licitações como fonte de corrupção, ao menos no âmbito da Administração Pública federal brasileira, tem-se buscado melhorar a sua sistemática de funcionamento. Dentre outras medidas, foi aprovada a Lei n.º 10.520/2002, que criou nova modalidade de licitação denominada pregão. O procedimento do pregão, que admite inclusive a sua utilização na modalidade eletrônica, em que as propostas dos licitantes são apresentadas pela

Internet, importou em significativa redução dos prazos para escolha da empresa vencedora, bem como em redução da discricionariedade dos servidores encarregados de conduzir o processo. O resultado da utilização das licitações eletrônicas, na modalidade do pregão, pela Administração Pública federal brasileira foi a redução, em média de 25% a 30%, dos preços das contratações públicas, conforme divulgações do Ministério do Planejamento do Governo Federal brasileiro²¹.

Os avanços ocorridos nos últimos anos em relação às licitações públicas, tanto no que diz respeito à melhoria da legislação, quanto em relação ao treinamento dos servidores públicos encarregados de conduzir esses procedimentos, resultaram em fato curioso: Tornou-se mais freqüente a ocorrência de fraudes na execução dos contratos. Ou seja, não sendo possível (ou ao menos tendo-se tornado mais difícil) fraudar a licitação, as empresas passaram a fraudar a execução dos contratos em razão das deficiências de pessoal da Administração Pública para fiscalizar e atestar a correta execução dessas avenças. A migração da corrupção, nesse caso, é nítida. Ela demonstra como os corruptos buscam as falhas nas estruturas administrativas e na legislação utilizada pela Administração Pública para fraudar e obter benefícios indevidos.

Cabe, portanto, identificar essas falhas e buscar medidas que afastem ou, ao menos, mitiguem a ocorrência de fraudes. Se essas medidas são adequadamente implementadas, tornam-se desnecessários os procedimentos judiciais por meio dos quais se busca punir criminalmente os responsáveis pelas fraudes e recuperar os fundos públicos desviados.

A melhoria da legislação administrativa, a valorização e a aprovação de códigos de condutas para os servidores públicos, a existência de órgãos independentes responsáveis pela fiscalização da atividade administrativa do Estado, a transparência na condução dos procedimentos administrativos e execução da despesa pública, o incentivo à participação da sociedade civil no controle do gasto público são medidas extremamente eficazes de combate à corrupção, e todas elas se inserem no âmbito do Direito administrativo.

A importância conferida ao Direito administrativo como instrumento hábil para o combate à corrupção tem sido reconhecida pela comunidade internacional.

²¹ Fonte: <http://www.planejamento.gov.br/>

Os principais acordos internacionais, dentre os quais se destaca a Convenção de Mérida sobre Corrupção, apresentam propostas que importam em redefinições na legislação e nas estruturas administrativas dos diversos países. Ademais, todos os programas de cooperação e assistência técnica disponibilizados pelos organismos internacionais aos países menos desenvolvidos compreendem medidas de reforma administrativa e de valorização do pessoal administrativo, conforme será examinado no capítulo relativo à atuação de cada um desses organismos.

A maior participação dos órgãos administrativos, e, portanto, a maior utilização do Direito Administrativo como instrumento punitivo e repressivo da corrupção constitui medida necessária a fim de que se busque conferir ao Estado maior celeridade para combater as novas práticas reputadas corruptas.

O enriquecimento sem causa dos funcionários públicos pode ser apontado como exemplo da capacidade do Direito Administrativo de atuar como instrumento de combate não apenas preventivo, mas igualmente repressivo contra atos corruptos. Ainda que o enriquecimento sem causa não esteja descrito como tipo penal, o Direito Administrativo pode enquadrá-la como infração administrativa e puni-lo independentemente da instauração de processos criminais.

Não deve nem pode o Direito Penal ser afastado do arsenal de instrumentos jurídicos para combater as condutas reputadas corruptas. Em outras palavras, qualquer política de combate à corrupção deve necessariamente utilizar dos instrumentos repressivos oferecidos pelo Direito Penal e deve zelar pela sua efetividade.

Por meio da descrição, em lei, de determinados comportamentos como crime, a sociedade busca proteger os seus bens jurídicos mais valiosos. Efetivamente, os bens ou valores jurídicos ofendidos quando são praticados atos corruptos devem merecer a necessária repulsa da sociedade por meio da sua criminalização, o que deve importar em sua necessária definição dessas condutas por meio de tipos penais.

Defendemos, todavia, que o Direito Penal (por meio do princípio da *ratio ultima*) seja um dos diversos instrumentos de que os Estados de Direito devem-se servir para combater a corrupção, e não o único meio ou instrumento jurídico hábil à execução dessa tarefa. Resulta

necessário conferir maior importância ao Direito Privado (mercantil, em especial) e ao Direito Administrativo como instrumentos hábeis ao combate à corrupção, sem, contudo, jamais negligenciar a importância do Direito Penal.

4. Características da corrupção

As explicações até o momento apresentadas levam à conclusão de que qualquer tentativa de conceituar a corrupção, em razão da sua capacidade de afetar os mais diversos segmentos da sociedade (corrupção eleitoral, corrupção pública e privada, corrupção na execução de gastos públicos, corrupção na arrecadação de tributos, corrupção transnacional etc.) e de assumir as mais variadas formas jurídicas, tornar-se-ia excessivamente ampla, o que resultaria na inclusão de ilícitos estranhos ao tema, ou resultaria excessivamente estreita e importaria na exclusão de manifestações ou comportamentos importantes para o enfrentamento da questão.

Esse resultado pode ser observado ao se examinar a Convenção de Mérida sobre corrupção. Não obstante o texto da Convenção contenha 71 (setenta e um) artigos e inúmeras definições, não se considerou necessário apresentar uma definição de corrupção.

As dificuldades de se conceituar a corrupção não importam em concluir pela impossibilidade de que as manifestações desse fenômeno e, sobretudo, dos seus efeitos não possam ser identificadas e reprimidas. A leitura de alguns trechos do preâmbulo da Convenção de Mérida possibilita compreender esse aspecto da discussão do tema:

Os Estados Participantes da presente convenção,

Preocupados pela gravidade dos problemas e as ameaças, que estabelecem a corrupção, para a estabilidade e segurança das sociedades, ao socavar as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o império da lei;

Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro;

Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos;

Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela;

Convencidos, também, de que se requer um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção;

Convencidos, ainda, de que a disponibilidade de assistência técnica pode desempenhar um papel importante para que os Estados estejam em melhores condições de poder prevenir e combater eficazmente a corrupção, entre outras coisas, fortalecendo suas capacidades e criando instituições;

Convencidos de que o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o império da lei (...).

Parece-nos igualmente ilustrativa a manifestação de Peter Eigen, Presidente da Transparência Internacional, em mensagem redigida em abril de 1998:

Corruption wastes resources by distorting government policy against the interests of the majority and away from its proper goals. It turns the energies and efforts of public officials and citizens towards easy money instead of productive activities. It hampers the growth of competitiveness, frustrates efforts to alleviate poverty and generates apathy and cynicism. The harms caused by corruption, which are numerous as shapes corruption can take, have destroyed well-intentioned development projects in the South and undermined political and economic transitions in the East.

Importa considerar, todavia, que se nos propomos a realizar pesquisa sistemática, em nível de tese de doutorado, acerca das causas da corrupção no Brasil e, se não é possível apresentar uma definição acerca do objeto do trabalho -a corrupção-, devemos ao menos buscar apresentar uma noção do objeto desta investigação, o que pode ser feito pelo exame das características do fenômeno objeto do trabalho.

A identificação da corrupção, ou do que seja um ato corrupto, requer a presença das seguintes características:

- Um ato de corrupção importa em abuso de posição. A corrupção, ativa ou passiva, importa em transgressão de regras de conduta acerca do exercício de uma função ou cargo. Este aspecto não importa em reduzir o âmbito da corrupção ao setor público. Se um diretor de uma empresa fornece informação sigilosa a terceiro em troca do pagamento de suborno, é perfeitamente possível enquadrar o ato como corrupto, não obstante sua atuação não envolva a participação de agentes públicos.

- A caracterização de um ato como corrupto requer a violação de um dever previsto em um sistema normativo que sirva de referência. Seja qual for a sua área de atuação (política, econômica, pública, privada etc.), é necessário que o ato a ser reputado corrupto seja contraposto ao comportamento que se espera do agente e que importe em violação das normas aplicáveis à conduta desse agente. Isto não requer o enquadramento do ato em um tipo penal específico, mas que o ato importe em violação do padrão de conduta previsto em norma, ainda que se trate de Códigos Deontológicos de estatura infra-legal, e que as sanções nele correspondentes sejam igualmente de natureza moral ou ética (de que seria exemplo uma mera advertência).

- Os atos de corrupção estão sempre vinculados à expectativa de obtenção de um benefício 'extrapositional' (GARZÓN VALDÉS, pág. 46)²². Não é necessário que a vantagem tenha natureza pecuniária ou econômica. Ela pode consistir em um benefício de natureza política, sexual, profissional etc. De fato, pode ser considerado corrupto o ato praticado na simples expectativa de recebimento de vantagem futura, ainda que essa expectativa não se confirme. É igualmente reputado corrupto o ato ocorrido em situação inversa à anterior, em que ocorra o efetivo recebimento do pagamento de suborno para a prática de determinado ato que não venha a ser praticado.

- Pode ainda ser apresentada como característica dos atos de corrupção o sigilo. Todos os agentes envolvidos no processo têm interesse em que seus negócios permaneçam na penumbra, na escuridão. Eis porque todos os receituários de combate à corrupção defendem como medida efetiva de prevenção à ocorrência de atos corruptos a transparência. Ou seja, quanto mais opacos o regime jurídico, quanto maior a possibilidade de que não se divulgue o ato fraudulento, maior a possibilidade dele ser praticado.

²² Acerca del Concepto de Corrupción, en F. Laporta y S. Álvarez (comp.), La Corrupción Política. Madrid. Alianza Ed. 1997.

Essas características permitem identificar a ocorrência da corrupção em diferentes âmbitos da atividade social. É importante reconhecer a múltipla capacidade de manifestação da corrupção, que pode afetar os mais variados segmentos (financiamento político, o comércio e as relações internacionais, todos os níveis da atividade administrativa, a atividade judicial, além, é evidente da corrupção privada).

Em face a essas circunstâncias, as propostas para o combate à corrupção não podem ser apresentadas por meio de fórmulas acabadas ou simplistas. Para cada uma das suas hipóteses de manifestação é necessário desenvolver mecanismos específicos de controle, prevenção e repressão.

5. Propostas para combater a corrupção

No âmbito da atividade administrativa do Estado –foco da presente tese–, por exemplo, as soluções para combater a corrupção nas atividades de arrecadação tributária não necessariamente se prestam para impedir a ocorrência de fraudes nas atividades em importem na realização de gastos públicos. No âmbito dos gastos públicos, as soluções para evitar fraudes nas licitações e nos contratos não necessariamente serão aplicáveis aos programas sociais do Governo ou de fomento de atividades econômicas. Os mecanismos voltados para a prevenção da corrupção dos servidores públicos não são efetivos para combater as fraudes e abusos dos que exercem os cargos políticos mais elevados nas estruturas administrativas dos poderes executivo ou legislativo. As dificuldades relacionadas aos processos de financiamento de campanhas políticas e a atividade dos juízes requerem tratamento diferenciado na elaboração de políticas combate e prevenção à corrupção.

Essas considerações evidenciam a necessidade de serem realizados estudos que considerem a corrupção como fenômeno capaz de alcançar e desvirtuar praticamente todas as atividades de relevância econômica ou política de todas as sociedades, independentemente do nível econômico ou social em que se encontrem.

A implementação de políticas de combate à corrupção não constitui tarefa fácil. Ela requer a alocação de grandes quantias e a reunião de grande esforço. Algumas questões devem ser apresentadas e respondidas a fim de justificar a adoção dessas políticas de combate à corrupção.

A primeira delas consiste em saber se vale a pena combatê-la. Esta pergunta pode ser formulada de outra maneira: existem medidas que permitam a efetiva redução dos níveis de corrupção sem que isso ocorra em prejuízo da sociedade? Outras questões são igualmente relevantes para que se cogite de avançar no processo de combate à corrupção. São elas: que vantagens os países desenvolvidos obtêm caso os índices de corrupção sejam reduzidos nos países menos desenvolvidos? Que medidas podem ser utilizadas para reduzir a corrupção em sociedades em que ela alcança todos os níveis ou estratos sociais, em que, de tão disseminadas, essas práticas passam a ser aceitas? É possível combater a corrupção quando ela ultrapassa a fronteira de um país -fenômeno a que nos referiremos como corrupção transnacional?

A formulação dessas questões costuma por em xeque a adoção de políticas anticorrupção. É necessário, a fim de superar as dificuldades apresentadas, ou como medida que permita justificar a implementação dessas políticas anticorrupção, examinar os efeitos dela decorrentes. Somente o reconhecimento dos efeitos negativos decorrentes da corrupção, e a aceitação pelos agentes locais e pela comunidade internacional de que a redução de sua incidência trará benefícios tanto para as populações locais quanto para a comunidade internacional permitem antever a implementação dessas políticas.

No plano internacional, é mais simples reconhecer a preocupação de instituições como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos ou o Conselho da Europa. A simples relação estabelecida entre corrupção e direitos humanos, por exemplo, já justifica a intervenção dessas organizações internacionais. Todavia, como justificar que organizações voltadas para proteção do sistema financeiro internacional, ou cujo foco de atuação é a defesa da liberdade de comercialização de bens e de serviços, de que são exemplos o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio, deveriam preocupar-se com a existência de corrupção em países menos desenvolvidos de pouca ou de nenhuma expressão no cenário internacional?

O estudo dos efeitos da corrupção permite concluir, conforme será examinado em seguida, porque nos últimos anos a corrupção tem sido combatida de forma tão efetiva, tanto no plano interno, como política permanente adotada pela grande maioria do países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, como no plano multilateral.

III. Efeitos da corrupção

Da mesma forma como a corrupção pode manifestar-se por diferentes maneiras ou formas (pagamento de subornos, financiamento ilegal de campanhas políticas, tráfico de influência, utilização de informações privilegiadas, obtenção de favores etc.), ela produz efeitos de diversas ordens, e, em razão da globalização, esses efeitos não mais se restringem às fronteiras do país onde tenha ocorrido. A globalização da corrupção constitui importante aspecto do tema e lhe confere nova dimensão, na medida em que as políticas e estratégias de combate à corrupção devem necessariamente considerar que as causas e os efeitos desse fenômeno não se limitam às fronteiras de determinado país, mas que requerem a organização dos esforços dos agentes privados, dos Estados e das organizações internacionais dentro de uma perspectiva supranacional.

O estudo dos efeitos gerados pela corrupção representa um dos mais importantes aspectos do tema. O reconhecimento e a conscientização dos seus efeitos constitui a primeira etapa para que os Estados, o setor privado e a comunidade internacional passem a adotar medidas efetivas de combate à corrupção.

1. Efeitos benéficos da corrupção?

Até o início da década de 1990, eram amplamente difundidos estudos acerca das vantagens da corrupção, especialmente em países menos desenvolvidos ou de economia dirigida. Conforme observa FABIÁN CAPARRÓS²³, a escola funcionalista norte-americana defendia a

²³ "La Corrupción de los Servidores Públicos Extranjeros e Interlancionales (anotaciones para um Derecho Penal globalizado)", en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. (coord.): La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar. Ratio Legis. Salamanca. 2004. Pág. 229.

utilização do suborno como 'lubrificante' necessário ao desenvolvimento de certos negócios, sendo responsável pela celeridade na tramitação de certos processos, ou mesmo como fonte de incremento da remuneração dos funcionários públicos.

De acordo com essa perspectiva, a corrupção era considerada uma forma de tributação normal, como uma etapa natural do processo de contratação com a Administração Pública local, daí porque o pagamento de suborno em países menos desenvolvidos não era apenas tolerado, mas de certa forma até incentivado na medida em que era admitida a sua dedutibilidade tributária por boa parte das legislações dos países desenvolvidos.

O exame dos supostos efeitos positivos vis à vis dos efeitos negativos decorrentes da corrupção põe por terra todos os estudos que enxergaram na corrupção um processo natural ou contra o qual não valia a pena lutar.

Se é possível identificar benefícios de curto prazo advindos da corrupção, especialmente do pagamento de subornos -ao menos quando se examina a questão da perspectiva dos beneficiários desses pagamentos ilegais-, quando o exame é feito do ponto de vista da sociedade como um todo e a médio ou longo prazos, a questão muda totalmente de perspectiva, conforme será examinado em seguida.

2. Efeitos políticos

A corrupção política pode ser examinada sob duas diferentes perspectivas. Ela pode ser examinada, em primeiro lugar, sob a ótica dos partidos políticos ou em relação à atuação dos políticos eleitos e de sua atuação no exercício dos seus mandatos.

Em relação ao primeiro aspecto, a questão mais grave está relacionada ao financiamento das campanhas eleitorais.

A cada eleição, torna-se cada vez mais evidente o crescimento dos custos das campanhas e, em consequência, a necessidade de arrecadar fundos para fazer frente a esses custos crescentes. Evidentemente que foge ao escopo do presente trabalhar examinar as vantagens ou desvantagens da adoção de sistemas de financiamento público, privado ou mista para as

campanhas eleitorais. Examinaremos tão-somente os efeitos negativos que a necessidade de buscar fundos para financiar referidas campanhas provocam no sistema democrático.

Nas democracias, os políticos são escolhidos para representar aqueles que os elegeram. No caso dos que exercem funções no Poder Executivo, eles devem representar a vontade da maioria da população (sem, contudo, desrespeitar os direitos das minorias conforme definido pelos respectivos textos constitucionais e em estrita observância aos direitos fundamentais). Em qualquer caso, a idéia básica relacionada à democracia é a de que se estabelece uma relação de representação política, no sentido de que o mandatário é eleito para defender os interesses daqueles que os elegeram.

No momento em que os partidos políticos partem para a busca desenfreada por recursos que possam ser utilizados em suas campanhas, entram em cena as possibilidades de utilização de métodos ilícitos de financiamento e surge a corrupção política. Esta forma particular de corrupção corrói os fundamentos da teoria da representação que está na base do ideal democrático. Nesse sentido, uma vez eleito, o parlamentar ou governante passa a utilizar o poder que lhe é conferido de modo contrário aos interesses daqueles que os elegeram e se portam de modo a atender às expectativas daqueles que financiaram suas campanhas. O exercício do mandato político deixa de ser a representação dos eleitores para se transformar na representação dos financiadores de campanha. Ou seja, os interesses a serem defendidos deixam de ser os da população e o resultado é o distanciamento entre o cidadão e os seus representantes e, portanto, põe-se em dúvida a legitimidade do processo político. O resultado é o absoluto desinteresse de parte significativa da população nos processos eleitorais, desinteresse facilmente demonstrado pelos elevados índices de abstenção em campanhas realizadas nos últimos anos na grande maioria dos regimes democráticos. Quanto maior o desinteresse da população, mais espaço se abre para a que os políticos eleitos utilizem seus mandatos para a defesa de interesses pessoais e, portanto, o sistema se abre para a satisfação dos interesses dos financiadores de campanha.

A corrupção política cria, desse modo, um círculo vicioso, no sentido de que quanto maior o desinteresse da população nos processos eleitorais, mais espaço se abre para os financiadores ilegais das campanhas políticas; e quanto maior a participação dos financiadores ilegais nas campanhas políticas, menor o interesse da população em acompanhá-las.

El panorama puede ser, pues, muy desalentador. Si la corrupción genera cada vez más corrupción en una suerte de ciclo vicioso y si cuanto mayor sea ésta más general es el desentendimiento del ciudadano de los asuntos públicos (incluidas las denuncias de corrupción), el riesgo para un sistema democrático es evidente. (BUSTOS GISBERT)²⁴.

Na busca por recursos, os partidos acabam por criar organizações paralelas cuja função consiste na arrecadação de fundos para as campanhas. Paralelamente a essas organizações, surgem intermediários e arrecadadores que, com o tempo, acabam por se profissionalizar. A arrecadação de recursos passa a se destinar não apenas aos processos eleitorais, mas à sustentação desses novos profissionais da política, os quais assumem dentro dos partidos imenso poder de mando.

Ao assumir o poder político, os partidos procedem à distribuição dos cargos de direção da administração pública, inclusive aqueles lotados nas empresas estatais, e que são responsáveis pela gestão de vultosos contratos. Estes contratos passam a ser considerados pelos profissionais da arrecadação de fundos partidários importantes fontes de recursos. Assim, a origem dos recursos destinados aos partidos políticos deixa de ser exclusivamente o dinheiro de caixa das empresas privadas (dinheiro não contabilizado), e passa a igualmente originar-se dos contratos públicos, os quais, evidentemente, terão seus valores elevados de modo a fazer frente a esse novo custo: o pagamento de pedágios aos partidos majoritários e responsáveis pela indicação do agente público responsável pela gestão daqueles contratos.

O resultado desse processo é o absoluto descrédito da população com a democracia. Se o sistema democrático não é capaz de fornecer instrumentos para coibir esse ciclo vicioso, o sistema política chega a tal nível de saturação e de falta de legitimidade que resultado são os golpes de Estado e o fim da democracia. Surgem as ditaduras com suas propostas para combater a corrupção -não obstante a história tenha sempre demonstrado a incapacidade dos regimes totalitários de reduzir a corrupção, sendo capazes tão-somente de impedir que os casos de

²⁴ "La Recuperación de la Responsabilidad Política en la Lucha contra la Corrupción de los Gobernantes: Una Tarea Pendiente", en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. (coord.): La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar. Ratio Legis. Salamanca. 2004. Pág. 72.

corrupção sejam divulgados e punidos. Esta, aliás, tem sido a história da grande maioria dos países da América Latina.

Ademais, a contaminação da política compromete a cúpula dos órgãos governamentais. A tendência dessa contaminação é que ela alcance toda a estrutura do Estado, comprometendo o exercício de todos os poderes públicos, incluído o Poder Judiciário.

O diagnóstico da situação não é dos mais animadores, e igual desânimo cerca os prognósticos para o combate à corrupção política. Somente a democracia é capaz de fornecer elementos para o efetivo combate a corrupção. A transparência e a certeza da punição, remédios indicados para combater qualquer manifestação da corrupção, são sempre efetivos. Para o profilaxia da corrupção política, outras propostas são igualmente apresentadas: fortalecimento dos mecanismos de controle parlamentar, fortalecimento e transparência dos mecanismos de prestação de contas dos partidos políticos, modernização das legislações sobre financiamento das campanhas a fim de buscar formas a redução dos seus custos, fortalecimento do conceito de responsabilidade política (BUSTOS GISBERT)²⁵, dentre outras.

Em razão da estreita relação com o sistema democrático, o combate à corrupção política assume papel de relevância absoluta na agenda anticorrupção. Razões de ordem de política internacional têm resultado em que as medidas adotadas pelos organismos internacionais para combater essa manifestação da corrupção sejam extremamente tímidas, ou mesmo inexistentes.

Podemos tomar como exemplo a Convenção de Mérida contra a corrupção, de 2003. Este constitui certamente o mais importante texto jurídico de âmbito multilateral sobre a questão e é o resultado do mais expressivo esforço da comunidade internacional para o combate à corrupção. Não obstante a Convenção trate de diferentes aspectos do tema (corrupção na administração pública, corrupção no poder judiciário, cooperação internacional, adoção de mecanismos de prevenção à corrupção, corrupção privada etc.), não apresenta uma única proposta ou determinação para o combate à corrupção política.

O não enfrentamento direto deste aspecto da corrupção põe em risco a efetividade de todas as demais medidas constantes da Convenção. Ora, de que adianta combater a corrupção

²⁵ Obra citada, pág. 84.

praticada pelos servidores dos escalões mais baixos das estruturas administrativas dos Estados se não são combatidas as vulnerabilidades existentes nos mecanismos de acesso aos cargos mais elevados do Estado?

Se os órgãos superiores do Estado atuam de forma legítima, é fácil admitir que a implementação de políticas anticorrupção sejam efetivamente implementadas nos escalões mais baixos. Se esses órgãos de cúpula, aqueles responsáveis pela condução política do Estado, estão contaminados, de nenhuma serventia ou valor terão as políticas de combate à corrupção nas níveis mais baixos.

A corrupção política contamina todo o Estado e, portanto, toda a sociedade. Esta conclusão, infelizmente, ainda não sensibilizou a comunidade internacional. Não se trata de impor a democracia pelo uso da força. As experiências recentes nesse sentido têm-se demonstrado um grande malogro. Trata-se, ao contrário, de incentivar a adoção de mecanismos que tornem a democracia e os sistemas políticos de representação mais legítimos e mais efetivos.

Ainda que o estudo da corrupção política não esteja inserido no objeto desta tese de doutorado, um dos casos a ser examinado no Capítulo IV, denominado escândalo do mensalão, tangencia a questão da corrupção política e nos permitirá verificar e confirmar alguns dos efeitos aqui apresentados.

3.Efeitos econômicos e sociais

Ao se tratar dos efeitos econômicos e sociais da corrupção, o primeiro aspecto a ser considerado diz respeito à relação a ser estabelecida entre a pobreza das nações e a corrupção. Algumas indagações devem ser suscitadas acerca dessa relação. A primeira dessas indagações aborda o seguinte aspecto: na discussão acerca da relação entre corrupção e pobreza, é possível identificar qual é causa e qual é consequência? Outras questões são igualmente relevantes, tais como: seria a corrupção a razão pela qual alguns países não conseguem se desenvolver? É possível quebrar o ciclo vicioso apresentado sob a forma de espiral, no sentido de que a corrupção sempre gera mais corrupção? Constitui a corrupção um impedimento insuperável ao crescimento e ao desenvolvimento econômico e social das nações? Caso a resposta a esta última

pergunta seja afirmativa, estariam os países pobres condenados a permanecer indefinidamente em um estado de paralisia em que a corrupção gera pobreza e a pobreza alimenta a corrupção?

Não é despreciando o fato de que se formos examinar quaisquer índices de desenvolvimento humano –podemos utilizar o índice GINI como parâmetro– em comparação com a lista elaborada pela Transparência Internacional²⁶ em que se apresenta o Índice de Percepção da Corrupção, o aspecto que mais chama a atenção é a relação direta que se estabelece entre os países mais corruptos e aqueles que apresentam nível de desenvolvimento humano mais baixo.

Não constitui tarefa fácil indicar se a pobreza é causa ou consequência da corrupção. Talvez as duas coisas. Não se deve com isso concluir que as pessoas mais instruídas sejam menos corruptas que as menos instruídas. Deve-se apenas entender que se a população não possui nível de escolaridade adequada, ou razoável em termos de alfabetização funcional e formal, torna-se mais fácil a tarefa daqueles que buscam oportunidades para a prática de atos corruptos. Se a população não tem condições de acompanhar a aplicação de recursos destinados a programas sociais, por exemplo, ou se não sabe como denunciar irregularidades ou suspeitadas de fraudes ou desvios, os sistemas de fiscalização da atividade administrativa deixam de contar com um dos mais importantes mecanismos, o controle social.

Seja em razão da simples observação da realidade, seja em razão de estudos desenvolvidos no âmbito da macroeconomia, são evidentes os reflexos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico de um país e, em consequência, sobre a qualidade de vida da população. Redução do consumo, necessidade de aumento dos gastos públicos, que torna improdutivos importantes recursos públicos, redução dos níveis de investimento, aumento da desigualdade social – decorrente do aumento da concentração de renda –, e transferência para o exterior por meio de mecanismos de lavagem de ativos de parcela significativa dos recursos destinados a importantes projetos sociais e econômicos, execução de projetos megalomânicos e de muito pouco interesse para o desenvolvimento da população e ineficiência generalizada decorrente do aumento dos custos de produção são apenas alguns dos efeitos da corrupção sobre a economia. Não resulta difícil, pois, concluir que a corrupção gera pobreza, ainda que esta última possa igualmente ser apontada como uma das causas da corrupção.

²⁶ O Índice de Percepção de Corrupção elaborado pela Organização Transparência Internacional pode ser acessado por meio do endereço eletrônico <<http://www.transparency.org>>.

A desigualdade na distribuição da renda, um dos efeitos mais evidentes da corrupção, não deve ser considerada negativa apenas em razão dos seus reflexos sobre o desenvolvimento econômico do país. Ela é em si um dos maiores problemas a serem superados pelas sociedades modernas, e a corrupção constitui uma das principais causas para a manutenção da concentração da renda. Isso ocorre em razão de serem as populações carentes as que mais necessitam da ajuda do Estado. Os programas destinados à redução do analfabetismo e da mortalidade infantil ou à extinção do trabalho infantil são apenas alguns dos inúmeros programas sociais vulneráveis à corrupção. Na medida em que ocorrem desvios na execução de mencionados programas, a economia e os níveis de qualidade de vida de toda a sociedade são afetados. São, todavia, as camadas mais pobres da população, aquelas que mais necessitam da proteção do Estado, as que sofrem diretamente as conseqüências da corrupção na idealização e na execução de mencionados programas sociais²⁷.

A corrupção não afeta apenas a economia ou o desenvolvimento dos países individualmente considerados. Se assim o fosse, poder-se-ia, talvez com alguma razão, admitir como correta a tese de que o combate à corrupção constituiria questão afeta a cada país, de que não se trataria de tema de interesse da comunidade internacional.

A corrupção afeta, todavia, o comércio internacional e cria sérios problemas de quebra de competitividade entre as empresas transnacionais, fato que torna inafastável a intervenção de organismos internacionais com forte atuação no âmbito comercial (Organização Mundial do Comércio – OMC) e financeiro (Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional).

Em relação aos efeitos da corrupção no âmbito do comércio internacional, diversos fatos ocorridos no final do século XX contribuíram para que ele alcançasse nível de desenvolvimento nunca antes verificado. Independentemente da sua origem ou área de atuação, todas as grandes empresas têm efetivo interesse em saber, ou mesmo em interferir, na condução das atividades econômicas no plano internacional –as quais, em muitas situações, não se contentam em se utilizar de meios lícitos para promover essas intervenções. Não raro, muitas dessas grandes empresas estão mais interessadas na condução das políticas de abertura econômica ocorridas no exterior do que em relação ao que se verifica nos territórios do seu país sede. A redução das

²⁷ Nesse ponto, pode-se estabelecer uma relação direta não apenas dos efeitos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico do país, mas da realização dos direitos humanos.

barreiras à livre comercialização de bens e serviços transformou a conquista dos mercados internacionais em um imperativo.

São de variada ordem as razões que têm favorecido o incremento dos intercâmbios mercantis no âmbito internacional. A melhoria dos meios de transporte, a rapidez e segurança com que se realizam operações financeiras, o desenvolvimento dos meios de comunicação, a integração de novos mercados ao cenário internacional (sendo suficiente destacar, em relação a este último aspecto, a participação dos países do Leste Europeu e da China) são fruto do processo de globalização.

O incremento das atividades mercantis e financeiras no âmbito internacional tem resultado em benefícios para muitos –e não é objetivo deste trabalho examinar as vantagens ou desvantagens da globalização, mas tão-somente considerá-la um fato que, ao menos no momento histórico atual, não demonstra qualquer perspectiva de que esteja a sofrer qualquer revés. É fato, todavia, que esse fenômeno global tem sido acompanhado de novas práticas de corrupção surgidas a partir das novas perspectivas de negócios.

No plano internacional, a corrupção sempre foi utilizada como instrumento para a obtenção de negócios. Por meio do pagamento de subornos, as empresas obtêm informações privilegiadas e tratamento favorecido em relação à concorrência para a celebração de contratos com a Administração Pública. Esse aspecto da corrupção, que poderia ser considerado benéfico para a empresa que obtém o contrato público, passou a ser questionado no momento em que as legislações dos diversos países passaram a considerar ilegal e passível de punição o pagamento de subornos a servidores públicos de países estrangeiros. A vedação ao pagamento de subornos e sua punição em seus respectivos países de origem, fenômeno que se iniciou no ano de 1977 nos Estados Unidos, passou a criar o que se poderia chamar de concorrência desleal, na medida em que algumas empresas continuaram a poder se valer do pagamento de subornos como forma para a obtenção de negócios, ao passo que as empresas norte-americanas, se o fizessem, correriam o risco de sofrer punição. Este aspecto do combate à corrupção em negócios internacionais será objeto de exame mais detalhado em item específico.

Do ponto de vista da obtenção de vantagens econômicas, a corrupção incentiva a realização de projetos faraônicos (FABIÁN CAPARRÓS)²⁸, afeta as condições de competitividade no cenário internacional, provoca a redução dos investimentos internacionais, provoca o aumento dos custos das transações internacionais, dentre outros variados efeitos.

Em resumo, o exame dos efeitos econômicos e sociais da corrupção deixa evidente que o seu combate não deve ser considerado de interesse apenas de cada país. Demonstra-se, ademais, que o combate à corrupção não deve ser promovido apenas porque ela é eticamente reprovável, ou porque a sua tolerância favorece a violação dos direitos humanos –na medida em que serviços sociais básicos são negados à população mais carente–, mas porque ela afeta o desenvolvimento dos países e, principalmente em razão da globalização econômica verificada nos últimos anos, compromete o comércio e as finanças internacionais.

A conscientização da comunidade internacional acerca dos efeitos da corrupção sobre a economia e as finanças internacionais talvez explique o engajamento dos mais importantes organismos internacionais no combate a este fenômeno, tais como as Nações Unidas, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Interamericano de Desenvolvimento Econômico, dentre outros.

4.Efeitos administrativos

O enfoque a ser dado ao presente tópico prioriza as conseqüências de se manter uma Administração Pública corrupta.

Conforme será examinado em seguida, a Administração Pública não será aqui considerada como um fim em si, mas como um instrumento para a satisfação das necessidades da coletividade. Sob esta ótica instrumental do Estado serão examinados os efeitos administrativos da corrupção.

As conseqüências de se ter uma Administração Pública corrupta são variados. Conforme já observamos no subitem 1 infra, até muito recentemente houve quem defendesse os efeitos

²⁸ Obra citada, pág. 230.

benéficos da corrupção, no sentido de que ela teria um papel modernizador e dinamizador para a burocracia do Estado²⁹. Além da agilização no trâmite de processos, houve quem sustentasse que por meio da corrupção seria possível defender a existência de certa estabilidade jurídica, no sentido de que os interessados na prestação dos serviços estatais teriam a segurança de que em razão do pagamento de subornos (ou de pagos de engrase, em que os servidores cobrariam para a prática de atos lícitos), ou ainda que a corrupção poderia criar possibilidades de ascensão social a determinadas camadas da população.

Não há dúvida de que a demora no processo de tomada de decisão constitui uma das maiores causas da corrupção administrativa. A solução para esse problema não deve ser apontada no pagamento de subornos (ou de qualquer outro termo eufemístico a ser utilizado para indicar o recebimento de dinheiro ilegal pelos servidores públicos). O pagamento de engrase cria arbitrariedade por parte dos agentes públicos, importa em quebra de isonomia –na medida em que somente os que pagam conseguem ter acesso às prestações estatais que deveriam ser fornecidas de forma indistinta a toda a coletividade–, além de criar a sensação generalizada de que vale a pena praticar atos delitivos em razão da impunibilidade existente. Este cenário acaba por comprometer toda a estrutura da Administração Pública, e não apenas alguns setores.

As políticas fiscais e monetárias restam comprometidas na medida em que os contratos administrativos tornam-se mais caros e a arrecadação tributária se reduz –o que aumenta a cobrança em relação àqueles que não têm como fugir do fisco. Ora, se os gastos públicos e a arrecadação tributária constituem os principais instrumentos da política fiscal de um país, a corrupção acaba por torná-los instrumentos pouco eficazes e obriga os governos a se utilizar com mais frequência de políticas monetárias, em que o principal instrumento acaba sendo a elevação das taxas de juros do mercado, o que importa em aumento do endividamento público e estagnação econômica do país.

Um dos maiores desafios na elaboração de propostas para combater a corrupção diz respeito ao tratamento a ser conferido aos programas sociais, em que a execução descentralizada que lhes caracteriza cria inúmeras dificuldades à implantação de mecanismos de controle. No

²⁹ Para uma análise mais detalhada sobre essas teses, que se tornaram conhecidas como revisionistas, deve ser consultado o trabalho publicado por Gabriel Bem-Dor, <Corruption, Institutionalization and Political Development: the Revisionist Thesis Revisited>, *Comparative Political Studies*, vol. 7, n.º 1, abril de 1974.

caso das populações mais carentes dos países menos desenvolvidos, a efetiva execução de programas na área da educação, da saúde, do saneamento básico, da redução dos níveis da mortalidade infantil, para citar apenas alguns exemplos, constituem a única oportunidade para a superação da miséria. Na medida em que esses programas constituem alvos prioritários dos corruptos em razão das dificuldades de fiscalização, resulta evidente que as camadas mais pobres da população acabam sendo as mais afetadas, o que contribui sobremaneira para o aumento das desigualdades sociais.

A corrupção administrativa cria o sentimento de aversão e de frustração entre os servidores honestos que são obrigados a contrariar colegas e chefes, ou a se retirar do serviço público. Do ponto de vista da população, quando a corrupção assume níveis insuportáveis, o sentimento passa a ser o de que desencantamento e desilusão. Ao invés de considerar o Estado como instrumento para a satisfação das necessidades da população, o cidadão passa a vê-lo como o inimigo a ser combatido, o que leva ao inexorável enfraquecimento da democracia³⁰.

Quando a corrupção está sedimentada, ela impede a implantação das políticas de modernização das estruturas do Estado. Na medida em que os que detêm os cargos públicos utilizam-se das vulnerabilidades da Administração Pública para obter ganhos adicionais em seus rendimentos, eles passam a trabalhar sistematicamente contra toda e qualquer tentativa de agilizar a estrutura do Estado.

Não cabe, portanto, falar em benefícios advindos da corrupção administrativa. Dela, somente efeitos negativos podem ser esperados.

A importância de combatê-la, todavia, tem sido objeto de atenção especial por parte da comunidade internacional, sendo comum o desenvolvimento de políticas de inúmeros

³⁰ "Há nações em que o habitante se considera uma espécie de colono indiferente ao destino do lugar que habita. As maiores mudanças acontecem em seu país sem seu concurso (...) Ele acha que todas as coisas não lhe dizem respeito e pertencem a um estranho poderoso chamado governo. Ele se submete, é verdade, ao bel-prazer de um funcionário, mas se compraz em afrontar a lei como um inimigo vencido." Essas palavras acerca da postura do Estado em face dos seus cidadãos, foram ditas por Alexis de Tocqueville por ocasião da formação do Estado francês pós-revolução francesa. Poderiam muito bem refletir a situação de muitos países em que a corrupção constitui um dos principais fatores para o desencanto da população com o Estado.

organismos internacionais com vista à implantação de reformas ou de modelos administrativos que permitam o combate mais efetivo à fraude e à ineficiência.

A importância do estudo da corrupção no âmbito da Administração Pública não nos permite examinar apenas os seus efeitos. No item seguinte serão abordados outros importantes aspectos dessa discussão, como o exame das causas da corrupção administrativa, os tipos de corrupção mais comuns no âmbito administrativo e as medidas tendentes à sua correção.

IV. Administração Pública e Corrupção

A corrupção tem sido tradicionalmente apresentada como fenômeno intrinsecamente ligado à atividade do Estado. Parcela significativa da doutrina, ainda nos dias atuais, reputa a corrupção como um desvirtuamento dos poderes públicos, identificando-a como a utilização dos recursos (não necessariamente financeiros) públicos com o propósito de satisfazer interesses privados. Assim sendo, corrupção e Estado seriam conceitos inexoravelmente relacionados, no sentido de que um somente poderia surgir em razão do outro.

Não obstante haja acordos internacionais (Convenção de Mérida) em que se faz referência expressa à corrupção privada, não se pode negar que a corrupção é um fenômeno cujas origens se encontram no desenvolvimento das atividades estatais e que ela compreende todas as suas funções legislativa, administrativa e judicial.

Examinaremos, neste item, as principais repercussões da corrupção em relação à atividade administrativa (ou executiva) do Estado.

1. Administração Pública e Estado de Direito

A concepção de Estado de Direito desenvolvida ao longo do século XX assenta seus fundamentos no princípio da legalidade, no controle judicial da atividade administrativa e na necessidade de realização dos direitos humanos.

A partir dessa visão instrumental do Estado, ele deixa de ser um fim em si e passa a ser meio para a realização das tarefas que lhes são conferidas pelos textos constitucionais. Para a consecução desses fins, são construídas as estruturas administrativas necessárias ao desempenho das atividades públicas.

Não obstante a definição das funções do Estado, especialmente no que toca à sua atividade administrativa, esteja sujeita a variáveis em razão da concepção política e ideológica adotada, não se pode negar que as estruturas dos Estados modernos assumem proporções nunca antes verificados. O volume de recursos geridos nos orçamentos públicos, a variedade de funções (que não mais se reduzem às tradicionais atividades de prestação de serviços, de polícia administrativa e de fomento), a necessidade de intervenção do Estado para a satisfação das novas e crescentes demandas da população surgidas em razão dos avanços tecnológicos podem ser apresentadas como algumas das razões para o crescimento das estruturas estatais. Para dar conta de tão importantes tarefas, o Estado cresceu muito –em alguns casos, se pode afirmar que cresceu demasiadamente e desnecessariamente.

O manuseio das vultosas somas administradas pelos Estados³¹, que atua a partir de parâmetros nem sempre adequados –dentre os quais podemos destacar a falta de transparência da atividade administrativa, os procedimentos excessivamente longos, mecanismos de contratação de empresas e de seleção de pessoal inadequados, a incapacidade da população de exercer o sempre necessário controle social, a inexistência de órgãos de controle independentes e tecnicamente capacitados, a preocupação excessiva com a observância dos formalismos e a pouca ou nenhuma preocupação com a eficiência etc.–, cria inúmeras e variadas oportunidades para o surgimento da corrupção.

Uma das repostas apresentadas ao longo da década de 1990 para combater a corrupção e a ineficiência do Estado foram as reformas denominadas gerenciais, que buscaram no Direito privado a solução para os inúmeros problemas da Administração Pública. Não obstante a avaliação atual seja no sentido de que não é possível obter a completa e total privatização do

³¹ Levantamentos realizados pela OCDE demonstram o crescimento dos gastos públicos em relação ao PIB dos diversos países que a integram. Não se trata de fenômeno isolado ou que se possa apresentar como característico dos países subdesenvolvidos.

Estado, é forçoso reconhecer que o denominado choque de eficiência trouxe benefícios para importantes áreas de atuação da Administração Pública³².

Não nos cabe, no âmbito deste trabalho de tese, tecer maiores considerações acerca das vantagens ou desvantagens das reformas administrativas empreendidas em diversos países da Europa e da América Latina ao longo da última década do século passado. Trata-se, ao contrário, de reconhecer a importância de aparelhar adequadamente o Estado para a correta execução da função administrativa, corrigindo suas vulnerabilidades e definindo mecanismos de controle e punição das práticas ilícitas e ineficientes.

Não constitui igualmente propósito dessa tese apresentar o exame detalhado de todas as formas a serem adotadas para combater a corrupção no âmbito da Administração Pública. Buscaremos apresentar algumas considerações acerca dos tipos de corrupção que afligem a Administração Pública, das causas que propiciam a existência desse fenômeno e das medidas possíveis de serem editadas para a sua correção.

2. Tipos de corrupção no âmbito da Administração Pública

As situações que podem caracterizar-se como atos de corrupção no âmbito da Administração Pública são amplas e variadas. O aspecto que mais chama atenção é o desvio da função pública, no sentido de que a conduta do infrator afeta o bom funcionamento da Administração Pública.

A imensa possibilidade de tipificação das condutas corruptas mantém relação com o âmbito de atuação do Estado. Isso possibilita a criação de situações as mais variadas possíveis.

³² Pedro T. Nevado-Batalla Moreno <Cumplimiento de la Legalidad en la Nueva Cultura de Gestión Pública: Propuesta y Realidades en la Lucha contra la Corrupción en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. (coord.): La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar. Ratio Legis. Salamanca. 2004> defende a aplicação da legalidade e de seus postulados relacionados à imparcialidade, ao dever de honestidade imposto aos servidores públicos e sobretudo aos parâmetros fixados em lei para a qualidade do serviço público como mecanismos para o combate à corrupção e à ineficiência da Administração Pública. Não resta dúvida de que se referidos padrões de conduta fixados em lei fossem observados pelos servidores públicos não se poderia falar em corrupção pública. A dificuldade consiste exatamente em dar efetividade à lei. Se a simples previsão em diplomas legais de padrões ideais de comportamento fosse suficiente, certamente a grande maioria dos problemas que afligem a humanidade já teriam sido há muito resolvidos. A busca pela observância da lei não é tarefa fácil e não pode ser buscada pelos juristas de modo apartado das demais ciências ou disciplinas sociais.

Sem qualquer pretensão de esgotar as condutas passíveis de enquadramento, podem ser reputadas corruptas as situações em que: 1. o agente público cobra do administrado para conceder uma autorização que sabe indevida ; 2. o agente público cobra do administrado pela expedição de mencionada autorização mesmo quando sabe que ela é devida; 3. o policial cobra para não aplicar uma multa de trânsito; 4. alto servidor se vale das prerrogativas do seu cargo para obter vantagens pessoais ou para terceiros, ou para traficar influência; 5. o servidor responsável pela aplicação de fundos públicos se apropria desses recursos; 6. funcionário, em razão do seu cargo, entra em acordo com terceiro para defraudar um ente público.

Há situações em que a atuação corrupta do servidor público beneficia o administrado, que obtém vantagem indevida (situação 1). Em outras hipóteses, a atuação do servidor é prejudicial aos interesses do administrado (situação 2), que se vê obrigado a pagar subornos para obter vantagens que lhes são conferidas pelo ordenamento jurídico mas as quais somente terá acesso se pagar valores ilícitos³³.

Há situações em que a corrupção administrativa torna-se sistêmica, no sentido de que ela se torna institucionalizada. Nessas hipóteses, desenvolve-se código de conduta informal em que se aceita como normal o comportamento corrupto ao ponto de que os que se insurgem contra ele se vêem obrigados a sofrer represálias, intimidações ou são obrigados a manter silêncio. Nesses sistemas, cria-se a cultura segundo a qual todos devem obter vantagens ilícitas, e que são tolos os que, podendo, não se locupletam às custas da Administração Pública.

Além desses aspectos, deve ser considerado que a estrutura administrativa do Estado, que é organizada de forma hierarquizada, propicia diferentes oportunidades para a prática de atos ilícitos em razão do nível de hierarquia em que o servidor atua.

Há situações em que a corrupção se desenvolve 'de cima para baixo'³⁴. Nessas hipóteses, são os servidores que compõem a cúpula da Administração Pública que decidem, planejam e

³³ Para descrever essas situações, Andrei Shleifer e Robert Vishny < in Corruption. The Quarterly Journal of Economics, Vol CVIII, n.º 3, agosto de 1993, pág. 599>, apud Malem Seña, Jorge F., La Corrupción: Aspectos Éticos, Económicos y Jurídicos. Gedisa Editorial. 2002. Barcelona. Pág. 53, mencionam a idéia de corrupção 'com roubo' e de corrupção 'sem roubo'. Na primeira hipótese, o servidor oculta do Estado a venda do bem ou serviço público e não transfere aos cofres públicos o valor arrecadado, não obstante cobre do administrado o valor fixado pelo Estado; no segundo caso, o servidor não se apropria dos valores a serem repassados ao poder público, mas cobra um adicional do administrado.

³⁴ Rose-Ackerman, Susan. Corruption and Government. Cambridge University Press. 1999. Cambridge.

executam os atos de corrupção, o que cria um sistema em que o pagamento de subornos é centralizado e monopolista. Nesse modelo, são os servidores mais graduados que definem quanto será cobrado e como será repartido o valor pago.

No modelo 'de baixo para cima', o planejamento e a execução dos atos corruptos são desenvolvidos pelos servidores dos escalões mais baixos da Administração Pública, que, em seguida, dividem o produto com aqueles que lhes são superiores na hierarquia.

Não pretendemos, conforme afirmamos, esgotar as hipóteses ou os modelos em que a corrupção pode desenvolver-se. É necessário, todavia, buscar identificar a situação concreta a ser enfrentada em razão de que para cada modelo corrupto deve ser aplicada uma política anticorrupção diferenciada. Não é possível, por exemplo, combater a corrupção nos modelos em que o administrado dela se beneficia sem que ocorra o fortalecimento das estruturas de controle estatais independentes ou valorizando tão-somente a possibilidade de denúncias da população. Ao contrário, se o administrado paga suborno para obter algo que teria direito, pode-se cogitar de combater a corrupção por meio de sistema que incentive a apresentação de denúncias, por exemplo.

3. Causas da corrupção na atividade administrativa

A correta identificação dos tipos de corrupção mais comuns na atividade administrativa do Estado é tão importante quanto o exame das suas causas. O adequado enfrentamento desses dois aspectos permite a construção de medidas mais efetivas para combater a corrupção administrativa.

Da mesma forma como os tipos e modelos da corrupção são variados, igualmente o são as suas causas. Deficiências estruturais, carência de pessoal qualificado, remuneração inadequada dos servidores públicos, mecanismos de recrutamento de pessoal que não observam critérios objetivos, legislação administrativa e penal falha, inexistência de mecanismos adequados de controle administrativo e judicial, deficiências que impedem a aplicação de sanções aos servidores que praticam atos ilícitos, falta de transparência, contratações diretas sem licitação são apenas algumas das inúmeras causas da corrupção da corrupção administrativa.

Identificadas as causas, a adoção das medidas tendentes a combater e a reduzir a corrupção passa a ser uma questão de vontade política. Nos sistemas políticos em que a corrupção assume o poder, são remotas as perspectivas de evolução ou de superação do modelo a partir de movimentos internos, em que a educação e a conscientização da população são elementos essenciais. Para essas situações, a única possibilidade de que a curto ou médio prazo ocorra alguma redução nos níveis de corrupção depende da interferência da comunidade internacional.

No Capítulo IV da presente tese, faremos o enquadramento das situações reais examinadas com os tipos de corrupção administrativa apontadas. Buscaremos por meio desse exame de casos igualmente apontar as causas ou razões que propiciaram a ocorrência da fraude, bem como será feito o exame das eventuais medidas judiciais e administrativas adotadas para punir o culpados, reaver os recursos desviados e corrigir as falhas que propiciaram a ocorrência da fraude.

No próximo Capítulo será dado início ao estudo da corrupção no Brasil pelo exame dos órgãos responsáveis pela fiscalização da Administração Pública brasileira.

CAPÍTULO - II

REGIME JURÍDICO, CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ÓRGÃOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Abordagem geral sobre o Brasil

O Brasil possui 8,5 milhões de quilômetros quadrados de território; é o quinto país mais populoso do mundo, com cerca de 180 milhões de habitantes (2004).

Três quintos da produção industrial da economia sul-americana é produzida pelo Brasil. No comércio exterior, o Brasil atua em mais uma centena de países, sendo que 74% dos bens exportados são manufaturas ou semimanufaturas. Em 2006, o Brasil alcançou a cifra recorde de US\$ 228,9 bilhões nas transações comerciais com o exterior, resultado de exportações de US\$ 137,5 bilhões e importações de US\$ 91,4 bilhões³⁵.

De acordo com as avaliações realizadas pela transparência internacional, o Brasil ocupa 70ª posição no índice de percepção da corrupção, com a avaliação de 3.3³⁶.

BUSCAR MAIS DADOS SOBRE O BRASIL

Organização política do Estado brasileiro: aspectos gerais

De acordo com a Constituição Federal (art. 1º), a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”.

O Brasil adota o regime presidencialista de governo e a Constituição Federal brasileira consagra, igualmente, em seu art. 2º, a teoria da tripartição de Poderes, dividindo as funções do Estado entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

As competências legislativas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal são estabelecidas constitucionalmente. Os Estados-membros e os Municípios se auto-organizam, por meio das respectivas Constituições Estaduais, pelas Leis Orgânicas Municipais e pela edição de suas próprias leis, respeitados os

³⁵ Fonte: <http://www.ibge.gov.br/>

³⁶ Fonte: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2006

princípios e competências estabelecidas na Constituição da República. O Distrito Federal se auto-organiza por meio de sua Lei Orgânica.

Controle como fundamento do Estado democrático de direito e mecanismo de combate à corrupção

O exame mais detido das atividades desenvolvidas pelo Estado – e o Brasil não constitui exceção a esse fenômeno mundial –, indica o incrível fortalecimento das funções administrativas estatais. A evolução das tarefas executivas do Estado, decorrente das novas e crescentes demandas da sociedade, resultou, de modo paralelo, na necessidade de serem desenvolvidas novas e diferentes formas para o controle dessas atividades.

A necessidade de controlar as atividades administrativas desenvolvidas pelo Estado é percebida de modo evidente pela comunidade como instrumento imprescindível para o combate e a prevenção da corrupção. No âmbito da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, dentro do Capítulo II que cuida das medidas preventivas, o artigo 6º é dedicado à necessidade de os países aderentes manterem órgão ou órgãos independentes para controlar suas respectivas Administrações Públicas. Prevê referido artigo da Convenção, in verbis:

“Artigo 6.º

Órgão ou órgãos de prevenção da corrupção

1. Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, assegurar que haja um ou mais órgãos, se necessário, incumbidos de prevenir a corrupção através:

- a) Da aplicação das políticas referidas no artigo 5.º da presente Convenção e, quando adequado, da supervisão e coordenação dessa aplicação;
- b) Do aumento e da divulgação dos conhecimentos sobre a prevenção da corrupção.

2. Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, conceder ao órgão ou órgãos referidos no n.º 1 do presente artigo a necessária independência a fim de que possam exercer as suas funções de forma eficaz e livre de quaisquer pressões ilícitas. Devendo ser-lhes facultados os recursos materiais e o pessoal especializado necessários, bem como a formação que o respectivo pessoal possa necessitar para o exercício das suas funções.

3. Cada Estado Parte deverá comunicar ao Secretário-Geral das Nações Unidas o nome e endereço da autoridade ou autoridades que podem prestar auxílio a outros Estados Partes quanto ao desenvolvimento e à aplicação de medidas específicas para prevenir a corrupção.”

Em face desse contexto, constitui importante aspecto deste estudo realizado como trabalho de tese de doutorado o exame dos mecanismos de controle da Administração Pública adotados no Brasil.

Controle político (ou parlamentar direto), controle judicial, controle administrativo, controle de mérito, de legalidade, de resultados etc., enfim, diversos modelos e sistemas têm sido utilizados pelas democracias modernas para o acompanhamento e fiscalização da atividade administrativa do Estado brasileiro.

Diante desse contexto, o estudo do controle da Administração Pública ganha relevo e passa a ser considerado um dos principais aspectos do Direito administrativo. Bernard Schwartz, citado por García de Enterría, expressa adequadamente a importância do estudo do tema por meio da seguinte indagação: verdadeiramente, de que trata o Direito administrativo senão do controle administrativo?³⁷

A rigor, a necessidade de controle é inerente ao próprio processo de administrar. Essa concepção acerca do controle resulta do fato de que a fiscalização e a revisão de quaisquer atividades –desenvolvidas pelo Estado ou pelas entidades privadas– não são tarefas estranhas à de administrar. A administração deve ser entendida como um processo desenvolvido em diferentes etapas que compreendem, além do planejamento e da execução, o controle e a avaliação.

A necessidade de que toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado esteja sujeita a diferentes níveis ou mecanismos de controle se faz presente desde que se concebeu o Estado de Direito. Nos estudos de Montesquieu sobre a separação (ou distribuição) dos poderes ou funções do Estado, a importância e a necessidade de controle resultam evidentes. De fato, é perfeitamente correto afirmar que a essência da teoria da separação dos Poderes se sustenta na idéia de que nenhum Poder do Estado deve assumir atribuições que não possam ser, de algum modo, controladas por outro Poder.

No Brasil, essa regra é expressamente indicada no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que ao dispor sobre a atuação dos diferentes Poderes da União afirma que eles serão independentes e harmônicos entre si.

Dentre os diferentes mecanismos de controle previstos em nosso texto constitucional, o controle judicial ganha importância especial.

³⁷ B. Schwartz, *Administrative Law*, 3ª ed. , Boston, 1991, apud García de Enterría, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Ed. Civitas. Madrid,

A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), ao dispor em seu capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais, afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos, elevando o controle ou tutela judicial à categoria de princípio básico do Estado moderno. A preocupação do constituinte com a necessidade de que toda atividade administrativa esteja sujeita a controle judicial foi tamanha que admitiu o controle prévio dos atos da Administração, haja vista não apenas a lesão, mas a própria ameaça a direito estar sujeita à tutela judicial.

No Brasil, o controle judicial previsto na Constituição Federal deve ser exercido de modo pleno. Nele devem ser inseridos todos os aspectos relacionados à conformidade de toda e qualquer atuação, comissiva ou omissiva, da Administração Pública. Além da observância da legalidade, em seu sentido estrito, o controle judicial da atuação administrativa, conforme será examinado, tem avançado a passos largos em relação à observância dos demais princípios constitucionais expressos e implícitos vinculadores da atividade administrativa. Publicidade, moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência etc. não podem ser considerados meros programas a serem observados conforme juízo discricionário do administrador público. Devem ter caráter vinculante para o administrador público, e sua inobservância, além da nulidade do ato, deve importar em penação daquele que lhe deu causa.

Outro aspecto do tema merecedor de destaque na Constituição Federal de 1988 é o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União – TCU sobre os gastos públicos.

A possibilidade de que todos os atos praticados pelo Estado brasileiro possam ser controlados, seja por meio de mecanismos internos, de responsabilidade da própria unidade administrativa executora do ato, seja por meio de órgãos ou de instrumentos externos, além de ser inerente ao próprio poder de administrar, constitui pressuposto do princípio democrático. É descabido, portanto, sobretudo aos administradores públicos, considerarem ameaça ou invasão ao seu âmbito de atuação a possibilidade de seus atos serem questionados na esfera administrativa ou fora dela sob a ótica da sua conformação ao Direito. É dever de todos os que administram recursos públicos sujeitarem-se aos mecanismos de fiscalização previstos na Constituição Federal brasileira. O exercício de potestades públicas sem o correspondente controle somente é possível em regimes ditatoriais e é incompatível com o princípio do Estado democrático de direito.

A sujeição de todos os atos praticados ou de todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública a controle constitui garantia básica dos cidadãos, além de ser consequência direta e necessária da adoção da teoria da separação dos poderes. Além dessas duas vertentes, o controle da atividade administrativa deve ser igualmente considerado instrumento para a melhoria dos serviços prestados pelo Estado. A sujeição de todos os agentes públicos a diferentes mecanismos de controle contribui para a melhoria das tarefas por eles desenvolvidas.

Assegurar proteção aos cidadãos, permitir o equilíbrio entre os Poderes do Estado e contribuir para a melhoria dos serviços estatais constituem as mais importantes razões pelas quais o controle da atividade administrativa do Estado assume tamanha importância para o Direito administrativo.

Nesse contexto, cumpre-nos, dentro do propósito deste trabalho de pesquisa acerca das causas da corrupção no Brasil, examinar os mais importantes aspectos do controle da atividade administrativa admitidos pela Constituição Federal. Serão examinados neste Capítulo, portanto:

1. o controle exercido pelo Poder Legislativo, igualmente denominado controle parlamentar direto;
2. o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União;
3. o controle exercido pelo Poder Judiciário; e
4. os mais importantes órgãos de controle que integram a estrutura do Poder Executivo federal.

Iniciaremos esse estudo pelo exame do controle exercido pelo Parlamento.

Controle parlamentar direto

Em razão do que dispõe a Constituição Federal, o controle exercido pelo Poder Legislativo brasileiro sobre a atividade administrativa do Estado se divide em duas categorias básicas: o controle político e o controle financeiro.

Examinaremos, em seguida, os principais aspectos relacionados a cada uma dessas modalidades de controle.

1. Controle político

A divisão da atividade de fiscalização exercida pelo Congresso Nacional em duas categorias resulta em conferir ao denominado controle político sentido mais amplo do que o que a expressão indica.

Algumas das atividades inseridas no âmbito do controle político do Congresso efetivamente justificam a adoção dessa terminologia. Quando o Senado Federal aprova ou rejeita a escolha de chefe de missão diplomática (CF, art. 52, IV), ou quando o Congresso Nacional aprova iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares (CF, art. 49, XIV), por exemplo, trata-se de decisões de cunho exclusivamente político. Será em razão da vontade política dos Parlamentares que poderá ser aprovada ou rejeitada a proposta levada à deliberação.

Outras atribuições de controle pelo Poder Legislativo, igualmente mencionadas como de natureza política, de que seria exemplo o poder do Congresso Nacional de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites e delegação legislativa (CF, art. 49, V), além de se sujeitarem à vontade política dos parlamentares, como a rigor são todas as decisões adotadas pelas Casas Legislativas, possuem elementos jurídicos. Estes elementos tornariam algumas das decisões de controle adotadas pelo Legislativo passíveis de contestação por meio de ação judicial.

Se o Senado rejeita a escolha de chefe de missão diplomática, por exemplo, seria descabido questionar esta decisão por meio de ação judicial haja vista tratar-se de decisão de cunho exclusivamente político, em que os elementos jurídicos não desempenham qualquer função e que, portanto, não importam em violação de qualquer direito subjetivo a ser levado à apreciação judicial. Se, todavia, o Congresso, por razões exclusivamente políticas, susta ato normativo do Poder Executivo sob o argumento de que teria exorbitado do poder regulamentar, seria cabível a propositura de ação por meio da qual se demonstraria o contrário, ou seja, de que se trata de ato legítimo, e que resultaria na invalidação da decisão do Congresso.

Isto leva à conclusão de que, ao menos em relação a algumas das hipóteses de controle político que serão a seguir indicadas, elementos jurídicos devem ser levados em consideração.

Nos termos da Constituição Federal, são hipóteses em que se evidencia o controle político do Congresso Nacional:

- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I);

- autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar (art. 49, II);

- autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias (art. 49, III);

- aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas (art. 49, IV);

- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (ART. 49, V);

- julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX);

- fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X);

- apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (art. 49, XII);

- escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União (art. 49, XIII);

- aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares (art. 49, XIV);

- autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art. 49, XVI);

- aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (art. 49, XVII).

Além das competências do art. 49 da Constituição Federal acima mencionadas, são também mecanismos de controle político do Congresso Nacional:

- a convocação, por qualquer das Casas do Congresso ou das suas Comissões, de Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada (art. 50, caput);

- a solicitação de pedidos de informações, encaminhadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no item anterior, importando igualmente em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas;

- e a instauração, nos termos do art. 58, § 3º, da Constituição Federal, de comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, que serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores³⁸.

³⁸ Sobre a utilização das CPIs como instrumento de que dispõem as minorias dos Parlamentos para investigar a atuação do Governo, são relevantes, para maior esclarecimento acerca da atuação dessas comissões no sistema de controle definido pela Constituição brasileira, os ensinamentos constantes do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do MS n.º 24.831-DF (noticiado no Informativo STF n.º 393) ementado nos termos seguintes:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - RERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - *TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS* - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS.

- O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal.

Além das atribuições conferidas ao Congresso Nacional, a Constituição Federal outorga alguns instrumentos de controle político privativamente ao Senado Federal. Dentre eles destacamos:

- aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de Magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição; de Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; de Governador de Território; de Presidente e diretores do banco central; do Procurador-Geral da República; e de titulares de outros cargos que a lei determinar (art. 52, III);
- aprovar previamente, por voto secreto, após argüição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV);
- autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (art. 52, V);
- fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, VI);

- O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar.

- A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito.

- Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais.

O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER.

- A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. (...)

- dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (art. 52, VII);

- dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, VIII);

- estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, IX);

- aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (art. 52, XI);

Cumpre-nos observar que nem todas as atribuições do Senado Federal previstas no art. 52 da Constituição Federal são mecanismos de controle. Quando o Senado aprova seu regimento interno (art. 52, XII), por exemplo, não exerce qualquer atividade de controle da atividade administrativa do Estado.

2. Controle financeiro

A competência do Congresso Nacional para o exercício do controle financeiro da Administração Pública está previsto no art. 70 da Constituição Federal. Dispõe mencionado artigo que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O titular do controle externo da atividade financeiro do Estado é o Congresso Nacional. Este ponto é incontroverso. Além da referência expressa nesse sentido feita pelo art. 70 do texto constitucional, o art. 49, X, igualmente lhe outorga a competência genérica para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

A dúvida surge, todavia, quando se examina o disposto no art. 71 da Constituição. No caput deste artigo, é afirmado, uma vez mais, que o controle externo fica a cargo do Congresso Nacional. É dito, todavia, que este controle será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete (...). São, em seguida, indicados nos incisos do art. 71 os mecanismos por meio dos quais o controle externo será exercido (julgamento de contas, registro de aposentadorias, pensões e admissões, realização de auditorias etc.).

A redação do texto é inequívoca ao afirmar que os mecanismos necessários ao exercício do controle externo são de exclusiva competência do Tribunal de Contas da União - TCU, e não do Congresso Nacional. Ou seja, o Congresso Nacional não possui competência para realizar auditorias, para registrar ou negar registro a

aposentadorias, para julgar contas dos gestores públicos (exceto do Presidente da República) ou para realizar qualquer das atividades mencionadas no art. 71. No caso de auditorias, por exemplo, a competência conferida pela Constituição Federal ao Congresso, a qualquer de suas Casas ou às suas Comissões é para solicitar ao TCU a instauração deste processo de fiscalização.

Desse modo, não obstante seja conferida ao Congresso a titularidade do exercício do controle externo, os instrumentos necessários ao seu exercício são conferidos ao TCU.

Poder-se-ia, nesse ponto, indagar da existência de subordinação do TCU em relação ao Congresso haja vista o texto constitucional dispor que o controle externo, a cargo do Congresso, deve ser exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O termo auxílio tem sido objeto de inúmeras controvérsias e incompreensões. Desde já afirmamos que não há qualquer subordinação por parte do TCU em relação ao Congresso. Não há qualquer decisão do TCU sujeita a revisão ou a controle pelo Congresso. Das decisões do TCU, não cabe qualquer recurso dirigido ao Congresso Nacional. Esta questão foi enfrentada pelo STF no julgamento de pedido de cautelar formulado na ADI-3715 (publicado no Informativo STF n.º 428). No caso, foi questionada a constitucionalidade de emenda à Constituição do Estado do Tocantins que assegurava à Assembléia Legislativa a prerrogativa de desconstituir, por meio de recursos, com efeito suspensivo, as decisões do Tribunal de Contas Estadual. O artigo publicado no mencionado Informativo do STF teve a seguinte redação:

O Tribunal deferiu pedido de medida cautelar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON para suspender, com eficácia ex tunc, a vigência da expressão *“licitação em curso, dispensa ou inexigibilidade”*, contida no inciso XXVIII do art. 19 e no § 1º do art. 33; da expressão *“exceções os casos previstos no § 1º deste artigo”*, constante do inciso IX do art. 33, e do inteiro teor do § 5º do art. 33, todos da Constituição do Estado do Tocantins, com a redação dada pela Emenda Constitucional 16/2006. Os preceitos atribuem, à Assembléia Legislativa, a competência para sustar as licitações em curso, e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como criam recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembléia Legislativa, das decisões do Tribunal de Contas do Estado acerca do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Entendeu-se que os preceitos impugnados, a princípio, não observam o modelo instituído pela Constituição Federal, de observância compulsória pelos Estados-membros (CF, art. 75), que limita a competência do Congresso Nacional a sustar apenas os contratos (CF, art. 71, § 1º), e não prevê controle, pelo Poder Legislativo, das decisões, proferidas pelo Tribunal de Contas, quando do julgamento das referidas contas (CF, art. 71, II). ADI 3715 MC/TO, rel. Min. Gilmar Mendes, 24.5.2006.

Com esta decisão do STF, afasta-se em definitivo a controvérsia acerca da subordinação do TCU ao Congresso Nacional.

Ao dispor que o controle externo será realizado com o auxílio do TCU, a Constituição Federal não indica a existência de subordinação, mas de que este é caminho para o exercício do controle externo. Ou seja, somente por intermédio do TCU pode o Congresso Nacional exercer as atribuições indicadas na Constituição Federal (art. 71) relacionadas ao exercício do controle financeiro da atividade administrativa do Estado.

Controle externo é atividade eminentemente jurídica, e não política. Esta é a razão pela qual os mecanismos para o exercício do controle financeiro são conferidos ao TCU, órgão dotado de autonomia administrativa, financeira e funcional, e não ao Congresso Nacional.

A titularidade do controle financeiro é conferida ao Congresso por razões históricas: dado que a aprovação do orçamento é atribuição do Poder Legislativo, que representa (ou deveria representar) o povo, a ele igualmente cabe a titularidade do controle da execução orçamentária.

Nos termos da Constituição Federal brasileira, todavia, a legitimidade para o exercício dos mecanismos desse controle cabe ao TCU. Para tentar harmonizar esta aparente incongruência, o texto constitucional comete outro equívoco: insere o TCU no Poder Legislativo. Essa tentativa feita pelo art. 71 da Constituição Federal é contraditada pelo próprio texto constitucional, que em seu art. 44 expressamente dispõe que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A vinculação entre o TCU e o Poder Legislativo se estabelece tão-somente em razão de ser conferida ao Congresso Nacional competência para indicar seis dos nove membros do TCU (CF, art. 49, XIII)³⁹.

A relação entre o TCU e o Congresso Nacional pode ser comparada à existente entre o Ministério Público e o Poder Executivo. A rigor, dado que os dirigentes do Ministério Público se sujeitam a mandato cuja indicação é feita pelos Chefes do Executivo, e os Ministros do TCU ocupam cargos vitalícios, poder-se-ia inclusive afirmar que a autonomia do TCU é ainda mais ampla do que a reconhecida ao Ministério Público.

No exercício do controle externo, as atribuições do Congresso Nacional e do TCU se encontram, ou cruzam, em três situações. Em nenhuma delas, todavia, o TCU pode ser compelido a decidir conforme a vontade do Congresso, ou ter suas decisões revistas por este último.

As situações em que a Constituição Federal requer a atuação conjunta do TCU e do Congresso Nacional são as seguintes:

³⁹ Em termos formais, ou organizacionais, melhor teria andado o texto constitucional se tivesse expressamente conferido ao TCU e ao Ministério Público estatuto de órgãos independentes, o que tornaria dispensável toda a discussão acerca do seu enquadramento na organização do Estado brasileiro. No caso específico do TCU, o fato de ter sido disciplinado dentro da Seção IX do Capítulo que cuida do Poder Legislativo, resulta em que a grande maioria da doutrina pátria considere o TCU órgão do Poder Legislativo.

- Julgamento das contas do Presidente da República – Nos termos do art. 71, I, compete ao TCU a aprovação de parecer prévio às contas do Presidente da República, sendo conferida ao Congresso Nacional (art. 49, IX) a atribuição pelo seu julgamento⁴⁰.

- Realização de auditorias e inspeções – Nos termos do art. 71, IV, da Constituição Federal, compete ao TCU a realização de auditorias e de inspeções. A decisão acerca da realização desses procedimentos de fiscalização cabe ao próprio TCU e ao Congresso Nacional.

- Sustação de contratos celebrados pela Administração Pública - A sustação de contratos firmados pela Administração Pública, nos termos do art. 71, §§ 1º e 2º, do texto constitucional, requer atuação conjunta do TCU e do Congresso Nacional.

Em relação a este último aspecto, a sustação de atos e contratos, algumas considerações se fazem necessárias, inclusive em relação à definição dos limites da atuação do Congresso Nacional e do TCU.

A primeira observação diz respeito ao fato de que esse poder é inicialmente reconhecido ao TCU (CF, art. 71, IX) como mecanismo de controle de legalidade. A redação do dispositivo constitucional é expressa nesse sentido (compete ao TCU para assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade – grifamos). O Congresso, ou o TCU, não podem, portanto, assinar prazo ou sustar ato ou contrato em razão de conveniência administrativa ou política. Somente se for verificada ilegalidade (desvios, superfaturamentos, favorecimentos, fraude em licitações etc.) poderá ser adotada a providência relacionada à mencionada sustação.

No âmbito do TCU, a sustação do ato ou do contrato pode ser feita por meio de medida cautelar⁴¹, ou em julgamento definitivo, que importarão na expedição de determinação dirigida à entidade ou órgão para que estes promovam a sustação do ato ou do contrato. Por sustação se deve entender, no caso de medida cautelar, a suspensão da execução; se se tratar de decisão definitiva, a sustação importará no dever de anulação do ato ou contrato⁴². Dado que o poder do TCU para determinar mencionada sustação está relacionado à legalidade do ato ou contrato, não seria possível entendê-lo em qualquer outro sentido (de revogação, de rescisão etc.)

⁴⁰ De acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 2000), o parecer do TCU e o julgamento a ser realizado pelo Congresso deve compreender não apenas as contas do Presidente da República, mas de todos os Poderes. Desse modo, no exercício dessa atribuição, são também apreciadas as contas dos Chefes das duas Casas do Congresso Nacional, dos Presidentes dos Tribunais Judiciários e do Procurador-Geral da República.

⁴¹ A competência do TCU para a adoção de medidas cautelares não se encontra prevista na Constituição Federal ou em qualquer outra lei, mas tão-somente em resoluções do próprio Tribunal. No julgamento do MS 24510/DF (Informativo STF n.º 330), o eg. STF reconheceu que a competência do TCU para anular contratos importaria em reconhecimento implícito da adoção de medidas cautelares.

⁴² No julgamento do MS 23.550-DF (Informativo STF n.º 223), o STF firmou entendimento de que o TCU, no exercício da competência que lhe é outorgada pelo art. 71, IX, pode determinar que os órgãos e entidades da Administração Pública anulem contratos. Estabeleceu, todavia, o STF que o exercício dessa potestade pressupõe que o TCU assegure àqueles afetados por sua determinação o exercício do contraditório.

A Constituição Federal, portanto, não reconhece ao TCU a competência para anular diretamente ato ou contrato. O texto constitucional (art. 71, IX) reconhece ao Tribunal a prerrogativa para fixar prazo para que o órgão ou a entidade anulem os atos ou contratos impugnados pelo Tribunal. Caso o destinatário da determinação a cumpra, faz-se ainda necessário distinguir se esta tinha por objeto a anulação de ato ou de contrato. Na primeira hipótese, se se tratar de ato, o TCU poderá promover a anulação (CF, art. 71, X). Se, ao contrário, se tratar de contrato, caso o destinatário da determinação do TCU não providencie sua anulação, o TCU deverá comunicar o fato ao Congresso Nacional que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (CF, art. 71, § 1º).

A redação desse dispositivo da Constituição Federal (art. 71, § 1º) é extremamente confusa. Na parte inicial é dito que o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional; na parte final do mesmo dispositivo, e de forma contraditória, é dito que o Congresso Nacional solicitará ao Poder Executivo⁴³ as medidas cabíveis. A dúvida consiste em saber se a competência do Congresso é para sustar diretamente o contrato ou tão-somente para solicitar ao Poder Executivo que adote as providências com vista à sustação.

A interpretação desse dispositivo – assim como de qualquer outra norma - deve ser feita de forma racional e sistemática.

Percebe-se, em primeiro lugar, de forma bastante nítida a preocupação do texto constitucional com a preservação dos contratos. Ou seja, o TCU possui competência para determinar que o órgão ou entidade anulem ato ou contrato, e se não for atendido em relação ao primeiro, ou seja, se o ato não for sustado, é reconhecida ao próprio TCU a legitimidade para a sua sustação (CF, art. 71, X).

Em se tratando de contrato, se a determinação do TCU não for cumprida, o Congresso Nacional, titular do controle externo (CF, art. 70), é chamado a intervir para que adote a mesma providência que o TCU adotaria se se tratasse de ato, ou seja, a sustação imediata do contrato. Não nos parece razoável admitir outra interpretação. Ocorre que, não obstante a Constituição Federal outorgue ao Congresso Nacional a competência para sustar (anular) contratos, não lhe confere instrumentos para dar efetividade à sua decisão. Não possui o Congresso, por exemplo, o poder de aplicar multa ou de fixar sanção caso o contrato não seja anulado. Daí a necessidade de serem solicitadas medidas cabíveis ao Poder Executivo, medidas relacionadas à simples efetividade do ato de sustação já adotado pelo Congresso.

⁴³ A expressão Poder Executivo, para fins de interpretação do art. 71 da Constituição Federal, deve ser como sinônimo de Administração Pública. Ou seja, se a situação descrita pelo art. 71, IX, e §§ 1º e 2º, ocorrer em contrato firmado pela Administração de órgão integrante do Poder Judiciário, a solução deve ser idêntica à que se verificaria se se tratasse de órgão do Poder Executivo. Cuida o dispositivo do controle e da fiscalização da Administração Pública, e não apenas do Poder Executivo.

A interpretação acima é confirmada pela redação do § 2º do art. 71, que dispõe que se o Congresso Nacional ou se o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas (...), o Tribunal decidirá a respeito. Dado que o órgão ou a entidade não cumpriram a determinação que o TCU originariamente lhes dirigiu, que o fato foi comunicado ao Congresso Nacional e que nenhuma providência foi efetivada, o poder de adotar medidas com vista a dar cumprimento à lei é restituído ao TCU. Assim, uma vez mais o TCU é chamado a intervir para dar efetividade à sua determinação, independentemente de o Congresso Nacional ter-se manifestado, ou, caso o tenha feito, a medida por ele sugerida não tenha sido cumprida pelo Poder Executivo⁴⁴.

Controle exercido pelo Tribunal de Contas da União – TCU

Modelos de controle externo

Diversos modelos de controle externo têm sido utilizados pelos diferentes países ao longo dos anos, sendo praticamente impossível identificar dois países que sigam modelos idênticos. Em alguns casos, a incumbência de exercer o controle externo dos gastos públicos é atribuída a órgão colegiado (normalmente a um Tribunal de Contas), e em outros a um órgão singular (controladoria-geral). No caso dos Tribunais de Contas, alguns exercem função tipicamente jurisdicional, não sendo suas decisões suscetíveis de revisão pelas instâncias judiciais ordinárias; em outros sistemas, no qual o Brasil se insere, as decisões dos Tribunais de Contas se sujeitam a revisão judicial. Há sistemas em que as atribuições dos órgãos responsáveis pelo controle externo se resumem à fiscalização da atividade administrativa, sendo sua principal função a elaboração de informes dirigidos ao Parlamento, ao Ministério Público ou aos próprios órgãos fiscalizados para a adoção das medidas cabíveis (suspensão da liberação de recursos, propositura de ações criminais, instauração de procedimentos disciplinares etc.). Noutros sistemas, além do poder de fiscalizar, dispõem os órgãos do controle externo de atribuições de revisão, sendo-lhes assegurada a competência para a correção das irregularidades detectadas e, eventualmente, a aplicação de sanções. O único padrão identificado nos diversos modelos é a existência de órgão técnico vinculado ao Parlamento.

Benjamin Zymler⁴⁵, citando Eduardo Lobo Botelho⁴⁶, indica a existência de cinco diferentes modelos de controle externo: o anglo-saxão, o latino, o germânico, o escandinavo e o latino-americano.

⁴⁴ A possibilidade de sustação de contratos pelo Congresso Nacional e a forma de proceder do TCU nesta eventualidade têm sido questão de muito pouca aplicação. Na prática, sempre que o TCU determina a sustação de ato ou de contrato, os inúmeros destinatários têm adotado três posturas: (1) cumprir a determinação do TCU, (2) interpor recurso contra a decisão perante o próprio TCU ou (3) interpor contra mandado de segurança junto ao STF contra a determinação do TCU. Não há registro de hipótese em que o destinatário tenha simplesmente descumprido a determinação emanada do Tribunal de Contas da União. Esse cenário tem tornado desnecessário ao TCU remeter ao Congresso Nacional pedido de sustação de contratos firmados pela Administração Pública.

⁴⁵ Direito Administrativo e Controle. Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2005.

⁴⁶ Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1992.

O Brasil segue, como era de se esperar, o modelo difundido na América Latina em que se atribui a um Tribunal de Contas vinculado ao Poder Legislativo o exercício do controle externo dos gastos públicos. A existência da Controladoria-Geral da União – CGU não deve suscitar dúvidas acerca do enquadramento do modelo pátrio. De fato, a adoção de órgão singular (a Controladoria-Geral) é típica do modelo anglo-saxão, sendo adotado nos Estados Unidos e no Reino Unido. No caso brasileiro, a Controladoria-Geral da União - CGU, além de atribuições de natureza tipicamente disciplinar, relacionadas à correição dos servidores públicos, exerce função de controle interno dos gastos públicos. Descabida, portanto, qualquer tentativa de aproximar o modelo brasileiro de controle externo do modelo anglo-saxão haja vista a CGU exercer função de controle interno dos gastos públicos.

O modelo de controle externo brasileiro apresenta algumas particularidades.

A primeira delas consiste no fato de os Tribunais de Contas serem considerados órgãos integrantes do Poder Legislativo. Não obstante, seguem normas pertinentes ao processo administrativo e suas decisões, em alguns casos, importam em julgamento de contas dos gestores públicos e dos demais responsáveis pelos gastos públicos. Apesar da competência constitucional para julgar contas, não se tem reconhecido às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas autoridade da coisa julgada, o que as torna suscetíveis de controle pela via judicial.

Essas aparentes contradições na forma de proceder dos Tribunais de Contas brasileiros têm sido fonte de infundáveis divergências e críticas ao sistema, algumas delas pertinentes.

Importa considerar, todavia, que o modelo de controle externo adotado no Brasil confere atribuições ao TCU não identificadas em qualquer outro modelo. Além do poder de fiscalizar e de produzir relatórios encaminhados aos órgãos do Ministério Público, do Poder Executivo e ao Legislativo, o Tribunal pode suspender atos ou contratos e punir gestores. De acordo com o modelo constitucional adotado no Brasil, diferentemente dos órgãos congêneres de outros países, que somente normalmente dispõem tão-somente de prerrogativas de fiscalização, são reconhecidas ao TCU, além dessa prerrogativa de fiscalizar, atribuições de natureza corretiva⁴⁷ e sancionadora.

As atribuições de natureza corretiva e sancionadora, que poderiam ser consideradas incrível avanço do modelo brasileiro de controle externo, em razão da natureza administrativa das decisões, acabam por constituir

⁴⁷ O poder do TCU para determinar a revisão de atos ou de contratos pode ser confirmado pelo exame do Relatório de Atividade divulgado por aquele Tribunal de Contas referente a medidas cautelares adotadas tão-somente no primeiro trimestre do ano de 2007 (fonte:

Fonte: http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/RELATORIOS_INSTITUCIONAIS/RELATORIOS), cujo trecho transcrevemos:

“Em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Plenário ou o relator podem, de ofício ou mediante provocação, expedir medida cautelar, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada. A expedição dessas medidas pode não ter necessariamente impacto econômico imediato, mas visa ao resguardo tempestivo da legalidade e da moralidade na aplicação dos recursos públicos federais. No trimestre, foram adotadas 17 cautelares junto a órgãos ou entidades, as quais envolviam a aplicação de recursos públicos federais superiores a R\$5 bilhões, conforme se verifica no quadro adiante.” Para o mesmo período, referido Relatório de atividades aponta condenações do TCU referentes a multas aplicadas e a débitos verificados da ordem de mais de R\$89 milhões.

elemento limitador do controle. Explico: para que o TCU, bem como qualquer Tribunal de Contas estadual ou municipal, possa deterinar a revisão de atos ou contratos ou ainda para que possa aplicar sanções aos gestores públicos, torna-se necessário assegurar a referidos gestores ou aos particulares, pessoas físicas ou empresas, o devido processo legal. Isto importa na necessidade de ser assegurado contraditório, ampla defesa e de serem criados mecanismos recursais, que acabam por fazer com que os processos que tramitam nos Tribunais de Contas brasileiros, que poderiam ser concluídos em curto prazo, levem anos para ser concluídos. Caso a atribuição de mencionados órgãos objetivasse somente a elaboração de relatórios, que poderiam ser utilizados pelos órgãos da Administração Pública para a instauração de processos disciplinares e pelo Ministério Público para a propositura de ações civis e penais, não haveria porque assegurar aos gestores e terceiros afetados pelas decisões dos Tribunais de Contas direito ao contraditório, à ampla defesa ou ao duplo grau de instâncias.

Em resumo, a tentativa da Constituição Federal de conferir aos Tribunais de Contas brasileiros potestades para rever atos e para punir gestores tornou a atuação desses órgãos lenta e pouco efetiva, sobretudo em razão de que seus atos ainda se sujeitam ao controle judicial. Eis o enorme contrasenso com que nos deparamos no Direito brasileiro: não obstante os Tribunais de Contas tenham que observar o devido processo legal para proferir suas decisões, cabendo dessas decisões inclusive recurso perante o próprio Tribunal de Contas, a necessidade de que todos os atos possam se sujeitar ao controle judicial, conforme previsto na Constituição Federal, permite que toda a matéria discutida e decidida pelo Tribunal de Contas possa ser revista em novo e, uma vez mais infidável, processo judicial.

Uma das fragilidades do sistema de controle brasileiro exercido pelos Tribunais de Contas consiste, portanto, no fato de que suas decisões têm natureza administrativa, o que importa em reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional. Assim, uma auditoria realizada pelo TCU em que tenha sido constatado superfaturamento em obra pública, e que, após longo procedimento, que em alguns casos leva anos para ser concluído, em que se assegurou ampla defesa, contraditório, recorribilidade da decisão, pode ser simplesmente anulada por meio de decisão judicial.

Aspecto a ser considerado em possíveis futuras revisões do modelo constitucional de controle externo deveria considerar a possibilidade de inserir o TCU no Poder Judiciário –à semelhança do que se verifica no modelo português–, o que certamente conferiria às decisões do Tribunal maior efetividade, além de reduzir o nível de interferência política decorrente da proximidade entre os Tribunais de Contas e as Casas Legislativas.

Composição dos Tribunais de Contas

A Composição do TCU se encontra definida no art. 73 da Constituição Federal. Na definição do modelo, a idéia básica do texto constitucional foi buscar uma composição mista, da qual farão parte Ministros indicados por critérios políticos, o que é feito em caráter majoritário, e outros de origem técnica.

Integram o TCU nove ministros, dos quais seis são indicados pelo Congresso Nacional e três pelo Presidente da República. Dos seis Ministros indicados pelo Congresso, a escolha de três deles cabe à Câmara dos Deputados e dos outros três ao Senado Federal. Em relação aos Ministros indicados pelo Presidente da República, um é de livre escolha, o segundo é escolhido dentre os Auditores do Tribunal e o terceiro dentro da carreira do Ministério Público especial que atua junto ao TCU.

Nos termos do § 1º do art. 73 da Constituição Federal, os Ministros do TCU serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes **requisitos**:

- mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
- idoneidade moral e reputação ilibada;
- notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
- mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

Do ponto de vista orgânico, o fato de o TCU não integrar o Poder Judiciário leva à conclusão de que os Ministros do TCU não são magistrados. Em termos práticos, todavia, a equiparação feita pela Constituição Federal (art. 73, § 3º) entre os Ministros do TCU e os Ministros do Superior Tribunal de Justiça (os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40), assim como em razão da natureza da atividade que desenvolvem, que compreende o julgamento de contas dos gestores públicos, resulta em que os Ministros do TCU sejam considerados magistrados, sendo a eles aplicável a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35, de 1979). Ou seja, ainda que não sejam magistrados, posto que o TCU não faz parte do Judiciário, seus Ministros se sujeitam ao mesmo regime jurídico aplicável aos magistrados, o que torna totalmente desnecessária e sem sentido a discussão em torno do tema.

Integram o TCU, além dos Ministros, os Auditores⁴⁸, cujo número foi fixado pela Lei n.º 8.443, de 1992, em apenas três.

As normas básicas acerca dos Auditores estão definidas pela Constituição Federal que, nos termos do art. 73, § 4º, dispõe que o auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

⁴⁸ Não os Auditores do TCU serem confundidos com os Analistas de Controle Externo do TCU. Os primeiros têm como uma de suas principais atribuições substituir os Ministros em suas ausências. Os Analistas de Controle Externo compõem a carreira técnica de servidores do Tribunal e são responsáveis pela realização dos trabalhos de fiscalização e instrução de todos os processos no Tribunal.

Uma das principais atribuições dos Auditores do TCU é, portanto, a substituição dos Ministros, razão pela qual são normalmente chamados de Ministros-Substitutos.

Quando estão em substituição dos Ministros, exercem as mesmas atribuições daqueles e votam nas sessões deliberativas do Tribunal. Quando não estão convocados para substituir Ministro, os auditores relatam processos nas sessões deliberativas e apresentam suas declarações de voto. Estas declarações, todavia, não são consideradas na contagem dos votos. Ou seja, quando o auditor não estiver convocado, a sua declaração de voto nos processos da sua relatoria não entra na contagem dos votos proferidos. Se convocado, o Auditor vota não apenas nos processos sob sua relatoria, como nos processos levados à deliberação pelos Ministros.

A existência dos Auditores dos Tribunais de Contas se revela medida extremamente salutar haja vista sua seleção ser feita por meio de concurso público. O sistema de provimento do cargo de Auditor cria situação peculiar em nosso sistema constitucional. Trata-se do único cargo provido por concurso público em que seus ocupantes se tornam vitalícios com a posse.

Além dos Ministros e dos Auditores, integram o TCU os representantes do Ministério Público especial.

A Constituição Federal cuida do Ministério Público que atua junto ao TCU no art. 130, que dispõe, in verbis:

Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

A forma lacônica com que a Constituição Federal se referiu ao tema resultou em inúmeras controvérsias acerca da correta formatação deste Ministério Público. Afinal, os Procuradores que irão atuar junto ao TCU são do Ministério Público Federal, designados pelo Procurador-Geral da República, ou constituem carreira específica, integrante a estrutura administrativa do Tribunal?

A Lei Orgânica do TCU, Lei n.º 8.443, de 1992, adotou a segunda solução. Em termos orgânicos, o Ministério Público Especial de Contas integra a estrutura administrativa do TCU. Os Procuradores do Ministério Público junto ao TCU se sujeitam, todavia, ao regime jurídico aplicável aos membros do Ministério Público comum⁴⁹. Aplicam-se aos Procuradores do TCU, por expressa disposição legal (Lei n.º 8.443/92, art. 80, caput), os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e, seguramente o mais importante de todos, o da

⁴⁹ A Lei Orgânica do TCU, em seu art. 84 dispõe que aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, as disposições da lei orgânica do Ministério Público da União, pertinentes a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo inicial da carreira.

independência funcional. Desse modo, ainda que submetidos à estrutura administrativa do TCU, os membros do MP/TCU não se sujeitam, em sua atividade funcional, hierarquicamente a qualquer autoridade, seja ele Ministro, Presidente do TCU ou mesmo ao Procurador-Geral do TCU.

O MP/TCU é organizado em carreira. Dispõe o caput o art. 80 da Lei n.º 8.443/92 que ele (...) compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em direito. O ingresso na carreira é feito por concurso público para o cargo de Procurador e, por meio de promoção, os Procuradores podem ser promovidos ao cargo de Subprocurador-Geral. Dentre os membros da carreira, o Presidente da República nomeia o Procurador-Geral.

A solução adotada pela mencionada Lei n.º 8.443/92 foi contestada pela Procuradoria da República por meio da ADI n.º 789/DF (DJU de 19-12-1994). Por unanimidade, o pleno do STF considerou mencionada lei constitucional⁵⁰.

O modelo do Ministério Público junto ao TCU, definido pela Constituição Federal e disciplinado pela Lei n.º 8.443/92, é de adoção obrigatória pelos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios⁵¹. Em afronta à Constituição

⁵⁰ O acórdão da mencionada ADI 789-DF foi ementado nos seguintes termos:
ADIN - LEI N. 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA A CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE A ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, IN FINE) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE REGRAMENTO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR - INTELIGENCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO - AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE. - O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, par. 2., I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. - O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na "intimidade estrutural" dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos. - Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar e reclamada, no que concerne ao Parquet, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, par. 5.). - A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo organico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum.

⁵¹ Nesse sentido, vide ADI-789 (RTJ-176/540), ADI-832-MC (RTJ-150/715), ADI-846-MC (RTJ-150/719).

Federal, ainda restam situações em que essa atuação é feita por procuradores do Estado, por representantes do Ministério Público estadual ou em que simplesmente não há representação alguma.

Além dos Ministros, Auditores e representantes do Ministério Público, igualmente integram o TCU o corpo técnico de servidores.

O TCU conta com aproximadamente dois mil servidores concursados atuando em sua atividade fim em todo o território nacional⁵². A eles cumpre a instrução de todos os processos que tramitam pelo Tribunal. Gozam de independência para a realização de todos os trabalhos de investigação sob a responsabilidade do Tribunal.

No TCU, como regra, os processos são instruídos pelos Analistas de Controle Externo, recebem parecer do Ministério Público e são encaminhados aos Ministros relatores para a elaboração dos votos a serem proferidos nas sessões deliberativas.

A Constituição Federal (art. 73, caput) incorre em evidente equívoco quando afirma que o TCU é integrado por nove Ministros. O TCU é integrado por Ministros, Auditores, Representantes do Ministério Público e Analistas de Controle Externo. Somente por meio da atuação conjunta dessas diferentes categorias o TCU se habilita ao exercício das suas atribuições constitucionais. São as auditorias e demais fiscalizações realizadas e assinadas pelos Analistas de Controle Externo que, após receberem parecer do Ministério Público, são submetidas à apreciação do Plenário do Tribunal. Sem esse trabalho que antecede à intervenção dos Ministros, o TCU simplesmente não existiria.

Natureza do controle exercido pelo TCU

A Constituição Federal (art. 70) determina que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das demais entidades da Administração Pública federal indireta será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

É dito, ademais, que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária compreende três aspectos:

- legalidade,
- legitimidade, e
- economicidade.

⁵² A Lei n.º 8.443/92 somente admite em seu quadro de pessoal vinte e seis servidores em comissão. Trata-se do órgão com menor número de servidores comissionados da Administração Pública federal. Esta fato certamente contribui para a qualidade dos trabalhos produzidos.

Maria Sylvania di Pietro (p. 614) defende a tese de que o exame da legitimidade e da economicidade compreende aspectos relacionados ao mérito da atividade administrativa. Em relação à legitimidade, a ilustre autora afirma que a Constituição Federal o tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito. Idêntico raciocínio é desenvolvido pela Professora di Pietro em relação à economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação **custo-benefício**. (negrito no original)

Discordamos, permissa vênua, da opinião da ilustre autora.

O mérito envolve o exame da conveniência e da oportunidade das soluções adotadas pelo gestor público. O resultado do controle de mérito é a revogação dos atos praticados ou, no caso de contratos, a sua rescisão (Lei n.º 8.666/93, art. 78, XII). Não se cogita, no âmbito do controle de mérito, de punir ou sancionar o gestor em razão da adoção de solução que, no futuro, se mostre inconveniente. Cogita-se, no caso, tão-somente de revogar os atos ou, eventualmente, de rescindir os contratos. No controle de legitimidade, que compreende o controle de legalidade, verifica-se a adequação do ato ao ordenamento jurídico. No exercício desse controle, verificada a desconformidade entre o ato e a ordem jurídica, o resultado deve ser a anulação do ato e a punição daquele que lhe deu causa.

O controle de legitimidade exercido pelo TCU não compreende a avaliação do mérito da atividade administrativa. Ao mencionar as duas expressões – controle de legalidade e controle de legitimidade – o texto constitucional busca tão-somente deixar evidente que a fiscalização a ser empreendida pelos órgãos de controle interno e externo não se resume ao mero exame formal da adequação dos atos e atividades administrativas do Estado à lei. Esse controle (de legitimidade) deve alcançar todos os demais preceitos e princípios constitucionais (moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, continuidade do serviço etc.).

Em resumo, é correto afirmar que, nos termos da Constituição Federal, o controle de legalidade compreende a verificação do cumprimento da lei; o controle de legitimidade, a plena observância do ordenamento jurídico.

O poder conferido ao TCU para controlar não apenas o cumprimento da lei (legalidade), mas a observância da Constituição (legitimidade) resulta, inclusive, na prerrogativa reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal aos Tribunais de Contas para o exame de constitucionalidade das leis e dos atos sujeitos à sua fiscalização, potestade declarada pelo STF por meio da Súmula n.º 347:

O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

No momento em que se reconhece aos órgãos de controle externo o dever de verificar não apenas a legalidade, mas a plena conformidade do ato ou da atividade administrativa ao ordenamento jurídico, implicitamente é conferida ao Tribunal de Contas a competência para impugnar ato que, não obstante se conforme à lei, viole a Constituição Federal. Este poder denomina-se controle de constitucionalidade e está inserido no âmbito do controle de legitimidade dos Tribunais de Contas expressamente mencionado pelo texto constitucional.

No que toca ao exame da natureza do controle, a maior dúvida reside na definição do alcance da expressão controle de economicidade: trata-se, afinal, de controle de mérito?

Na busca do alcance da expressão controle de economicidade, deve-se proceder ao exame sistemático do texto constitucional, exame que nos remete ao disposto no art. 74. Este, ao tratar do sistema de controle interno, menciona a verificação do cumprimento de metas (art. 74, I) e a avaliação dos resultados quanto à eficácia e a eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (...) (art. 74, II).

Em razão do que dispõe a Constituição Federal, é possível concluir que o controle de economicidade compreende o exame de três diferentes aspectos:

- o cumprimento de metas (ou efetividade);
- a eficácia; e
- a eficiência.

Esses três aspectos foram disciplinados pelo Manual de Auditorias de Natureza Operacional do TCU. De acordo com o manual, a efetividade corresponde à relação entre os resultados (impactos observados) e os objetivos (impactos previstos ou esperados); a eficácia indica as metas alcançadas, independentemente de qualquer relação com custos ou com os impactos esperados; e a eficiência apresenta a relação entre os resultados ou produtos gerados por determinada atividade ou programa e os custos necessários à execução do programa ou da atividade.

O controle de legalidade e o controle de legitimidade, conforme examinado, não interferem no mérito da atividade administrativa. Dizem respeito à conformidade dos atos à lei e aos demais princípios e preceitos jurídicos.

O controle da economicidade, ao contrário, alcança aspectos relacionados ao mérito - o que ocorre de forma bastante mitigada - e à adequação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico. Explicamos melhor.

Na execução do gasto público, cumpre ao administrador indicar as soluções mais convenientes ao desenvolvimento das suas tarefas. Tomemos um exemplo: o combate à mortalidade infantil. Existem programas de Governo e dotações orçamentárias vinculadas ao combate e à redução da mortalidade infantil. Poder-se-ia, em tese, supor a existência de dezenas ou centenas de soluções possíveis para o enfrentamento dessa questão. Diante dessa imensa variedade de opções, o Governo adota solução específica. Para dar cumprimento a esta solução, são

praticados inúmeros atos e são desenvolvidas diversas atividades, as quais se sujeitarão ao controle de legalidade, de legitimidade e de economicidade.

No âmbito do controle de legalidade e de legitimidade, são examinados aspectos relacionados ao cumprimento da lei e da Constituição. Verificada a desconformidade, conforme mencionado, os atos devem ser anulados e os gestores punidos.

No controle da economicidade, serão examinados aspectos relacionados (1) à efetividade, em que se examina em que medida as metas definidas foram alcançadas, (2) à eficiência, que busca ponderar os custos do programa em face dos benefícios, e (3) à eficácia dos programas, cujo foco corresponde à análise dos resultados efetivamente obtidos.

Desse modo, não há dúvida acerca dos aspectos analisados no controle da economicidade. A questão – até o momento não respondida – busca identificar as conseqüências desse controle. O controle de legalidade e de legitimidade pode resultar na anulação dos atos e na punição dos gestores. E o controle de economicidade, quais seus propósitos? Quais conseqüências podem advir para o gestor caso sua atuação seja considerada ineficaz, ineficiente ou pouco efetiva?

O instrumento de que o TCU tradicionalmente tem-se valido para exercer o controle de economicidade da atividade administrativa do Estado são as auditorias de natureza operacional.

O enfoque nos resultados não se restringe, todavia, às auditorias de natureza operacional. Por meio da Instrução Normativa n.º 47, de 2004, o TCU determinou aos órgãos de controle interno que avaliem o resultado das metas na prestações e tomadas de contas anuais do diversos gestores públicos.

Por meio dos processos de prestação e de tomadas de contas e das auditorias de natureza operacional, torna-se possível o exame da economicidade da gestão pública. Nas situações em que os resultados dessa gestão se mostrarem, a partir de parâmetros objetivos, passíveis de crítica e após o exercício do contraditório, absurdamente contrários à eficiência, à eficácia ou à efetividade, o gestor deve ser responsabilizado e, caso se trate de processo de contas, estas devem ser julgadas irregulares.

No caso específico das auditorias operacionais, caso não se constatem resultados absurdos da gestão pública, o TCU pode emitir recomendações⁵³ cujo propósito é a melhoria da qualidade dos serviços e atividades do Estado e cuja adoção é deixada a juízo discricionário do gestor.

⁵³ De acordo com a Lei Orgânica (Lei n.º 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU, as recomendações expedidas pelo Tribunal não se confundem com as determinações. Estas, expedidas nas hipóteses de ilegalidade ou de ilegitimidade, são de adoção obrigatória e seu não cumprimento sujeita o gestor a punição. As recomendações, expedidas pelo TCU caso este considere que outras soluções poderiam ser mais vantajosas para a gestão pública, são de adoção facultativa pelo gestor.

Se os resultados da gestão pública, examinados sob a ótica da razoabilidade, forem absurdos, não há que se falar em mero juízo de conveniência administrativa ou em discricionariedade administrativa, e o TCU, no caso, não deve restringir sua atuação à expedição de meras recomendações. O administrador se sujeita ao dever de eficiência imposto pelo art. 37 da Constituição Federal e caso ocorra violação grosseira desse dever, os atos praticados devem ser anulados, e quem o praticou, caso não apresente razões plausíveis que justifiquem a gestão calamitosa, deve ser punido.

Não resta dúvida de que a fraude, a malversação, o desvio ou a prática de atos ilegais e ilegítimos merecem a reprovação da sociedade e a severa punição por parte dos órgãos de controle. Idêntica reprovação não tem sido verificada, até o momento, especialmente nos meios jurídicos, nas situações em que o gestor não é eficiente ou efetivo. Do ponto de vista prático, todavia, se a creche não foi construída, se o hospital não foi reformado ou se seus equipamentos não funcionam, se a estrada está esburacada, se a campanha de vacinação infantil não alcançou seus objetivos porque o gestor desviou os recursos públicos ou porque adotou soluções absurdamente ineficientes ou ineficazes, o resultado é o mesmo. A população sofre as mesmas conseqüências em qualquer das duas situações, quer ocorra fraude, quer se verifique ineficiência.

O controle de economicidade realizado pelo TCU envolve, portanto, aspectos de legitimidade e, em menor medida, de mérito.

Especialmente nos processos de auditoria de natureza operacional, verifica-se exame de mérito no controle da economicidade na medida em que se permite ao TCU a apresentação de recomendações ao gestor público. Ainda que as soluções apresentadas pela gestão pública sejam razoáveis, a faculdade conferida ao TCU para emitir recomendações visando à melhoria dos serviços públicos importa em inequívoco exame do mérito. Este exame, ou controle, é exercido, todavia, de forma mitigada.

O controle compreende, conforme examinado no início deste Capítulo, o poder de fiscalização e de revisão dos atos. O controle de legalidade e de legitimidade exercido pelo TCU é pleno porque, além da fiscalização, o Tribunal dispõe de instrumentos para determinar a revisão dos atos ou atividades ilegítimos. No caso acima, de serem expedidas recomendações, o controle exercido pelo TCU é limitado porque compreende tão-somente a potestade de fiscalizar, mas não de rever a atuação do gestor.

Em resumo, é possível afirmar que o controle realizado pelo TCU é de legalidade, de legitimidade e de economicidade. O controle de economicidade, por meio do qual são examinados aspectos relacionados à eficiência, efetividade e eficácia da gestão pública, compreende aspectos de legitimidade e de mérito. Este último, o controle de mérito, é exercido pelo TCU de forma bastante mitigada, alcançando tão-somente a fiscalização da gestão e não o poder de revisão de atos ou de atividades.

Atribuições constitucionais e legais do TCU

A Constituição Federal, em seu art. 71, de modo detalhado, indica os instrumentos por meio dos quais o controle externo será exercido e confere, de forma expressa, o desempenho desses instrumentos de controle ao TCU. Além das atribuições indicadas no texto constitucional, outras têm sido conferidas ao TCU por meio de legislação extravagante.

As principais atribuições do TCU podem ser sintetizadas nas categorias a seguir indicadas.

4.1. Opinitiva ou consultiva:

1. na elaboração do parecer prévio às contas anuais do Presidente da República (CF, art. 71, I);

2. em resposta a consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno (Lei Orgânica do TCU, art. 1º, XVII).

4.2. Fiscalizadora:

1. realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II (CF, art. 71, IV);

2. fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo (CF, art. 71, V);

3. fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município (CF, art. 71, VI);

4. acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no regimento interno (Lei Orgânica do TCU, art. 1º, IV);

5. efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos (Lei Orgânica do TCU, art. 1º, VI)

6. decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 53 a 55 desta lei (Lei Orgânica do TCU, art. 1º, XVI);

7. decidir sobre as representações formuladas em matéria de licitação e contratos administrativos no (Lei n.º 8.666/93, art. 113, § 1º);

8. fiscalizar os processos de privatização e de concessões de serviços público federais (Lei n.º 9.491/97)

9. acompanhar a evolução patrimonial dos agentes públicos mencionados pela Lei n.º 8.730/93, por meio do recebimento das declarações de imposto de renda de pessoas físicas;

10. fiscalizar o cumprimento das aplicações das receitas de impostos na manutenção de desenvolvimento dos Estados e Municípios (CF, art. 212 e Lei n.º 9.424/96);

11. fiscalizar o cumprimento da normas de responsabilidade fiscal previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000);

12. regulamentar e fiscalizar a divisão dos recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE incidente sobre as operações com petróleo e derivados (Lei n.º 10.866/2004)

4.3. De julgamento de contas:

1. julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (CF, art. 71, II).

4.4. De registro:

1. apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e

pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (CF, art. 71, III).

4.5. Sancionadora:

1. aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (CF, art. 71, VIII);

2. aplicar ao responsável julgado em débito, multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário (Lei Orgânica do TCU, art. 57);

3. aplicar multa de até R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por contas julgadas irregulares de que não resulte débito, pela prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; e nas demais hipóteses indicadas no art. 58 da Lei Orgânica do TCU;

4. declarar a inabilitação, por período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, sempre que o TCU, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida (Lei Orgânica do TCU, art. 60).

5. declarar, na ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (Lei Orgânica do TCU, art. 46).

4.6. Corretiva:

1. assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (CF, art. 71, IX);

2. sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (CF, art. 71, X);

3. no caso de contrato, caso o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não adotem as providências indicadas no art. 71, § 1º, da Constituição Federal, o Tribunal poderá adotar medidas tendentes à correção das irregularidades detectadas, podendo, inclusive, proceder à anulação da avença.

5. Natureza das sanções aplicadas pelo TCU e poder disciplinar

O TCU, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, dispõe de instrumentos para a aplicação de sanções aos responsáveis pela prática de atos ilegais (omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos – conforme define o art. 16, III, da Lei n.º 8.443/92).

Constatada a ocorrência de infração, o TCU pode aplicar qualquer das sanções indicadas no item anterior (multa, declaração de inidoneidade para licitar, inabilitação para exercício de cargo em comissão), bem como condenar o gestor em débito. A esse respeito, a Constituição Federal, em seu art. 71, § 3º, dispõe que as decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Das decisões do TCU podem resultar, portanto, sanções de natureza civil e administrativa.

Alguma dúvida pode surgir caso o ato praticado por gestor, além de se enquadrar em alguma das hipóteses de atuação do TCU, também se caracterize como infração funcional, nos termos da Lei n.º 8.112/90. Nesta hipótese, cumpre estabelecer a distinção entre a responsabilidade administrativo-disciplinar do servidor e a responsabilidade a ser apurada pelo TCU, que não possui natureza disciplinar.

Para melhor compreensão do tema, podemos supor que servidor público tenha praticado a infração descrita no art. 132, X, da Lei n.º 8.112/90 (lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional). Diante desse fato, devem ser instaurados dois processos. O primeiro processo, de natureza disciplinar (processo administrativo disciplinar), é regido pela Lei n.º 8.112/90, que em seu art. 143 dispõe que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. Por meio do processo administrativo disciplinar instaurado pela autoridade competente, será apurado o cometimento da infração funcional e aplicada a correspondente sanção disciplinar (Lei n.º 8.112/90, art. 127) – que no exemplo em apreciação corresponderá à pena de demissão.

O segundo processo a ser instaurado é a tomada de contas especial em razão do que dispõe a Lei n.º 8.443/92, art. 8º:

Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. (grifamos)

O primeiro processo, de natureza disciplinar, cujo propósito é a aplicação das sanções disciplinares, será instaurado pela autoridade competente – conforme definirem os regulamentos internos do órgão ou entidade - e julgado pelas autoridades indicadas no art. 142 da Lei n.º 8.112/90.

O segundo processo, a tomada de contas especial - TCE, será instaurado para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano com vista ao ressarcimento dos valores desviados, podendo ainda ser aplicadas as sanções previstas na Lei n.º 8.443/92 (multa, inabilitação para cargo em comissão etc.). A instauração da TCE deve ser feita pela mesma autoridade competente para a instauração do processo disciplinar. Conforme será examinado no próximo item deste Capítulo, a instauração e a instrução da TCE cabem ao órgão ou entidade onde ocorreu o desvio. O julgamento dos processos de contas deve ser feito, todavia, pelo TCU ou pelo Tribunal de Contas Estadual ou Municipal competente.

O processo disciplinar não se presta, conforme visto, para recuperar recursos públicos desviados. Não é possível que de um processo disciplinar resulte determinação para desconto em folha do dano causado ao erário. Para a recuperação do dano causado ao erário pela conduta do servidor, o instrumento adequado é a tomada de contas especial. Conforme já mencionado, a decisão do Tribunal que aplique débito ou multa constitui título executivo a ser encaminhado ao órgão jurídico da entidade com vista a propositura da respectiva execução, podendo o TCU, a seu critério, como alternativa à execução judicial, determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente (Lei n.º 8.443/92, art. 28, I)⁵⁴.

6. Espécies de processo no TCU

As regras básicas acerca da tramitação dos processos no TCU estão definidas na Lei Orgânica (Lei n.º 8.443/92) e no Regimento Interno do Tribunal.

Não obstante o enorme rol de atribuições conferidas pela Constituição Federal e pela legislação extravagante ao Tribunal, é possível identificar três categorias básicas de processo:

- (1) julgamentos de contas;
- (2) fiscalizações; e
- (3) registro de concessões (de aposentadoria, pensões e reformas).

⁵⁴ Conforme mencionado no Capítulo V, o STF não admite o desconto em folha de danos causados por servidores quando a determinação para o desconto parte da própria Administração Pública (MS-24.182/DF), salvo se houver o consentimento do servidor. Quando a Administração promove o desconto em folha em razão de determinação emanada do TCU, decorrente de julgamento de contas, o STF (MS 24544/DF) admite a legitimidade do desconto, ainda que não haja consentimento do servidor.

Examinaremos, em seguida, os principais aspectos de cada um desses processos.

6.1. Processos de contas

As normas básicas acerca do dever de prestar contas se encontram previstas na Constituição Federal, art. 70, parágrafo único, que dispõe que prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumiu obrigações de natureza pecuniária.

- Modalidades de contas

A primeira divisão que se faz das contas resulta na criação de duas diferentes modalidades:

- **contas anuais (ou ordinárias)**; e

- **contas especiais**.

As **contas anuais** se subdividem em duas outras categorias:

- **contas de governo** - cuja sistemática de prestação é definida pelos arts. 49, IX, e 71, I, da Constituição Federal; e

- **contas de gestão**, definidas pelo art. 71, II, do texto constitucional.

Em relação à primeira categoria de contas anuais, as **contas de governo**, conforme define a Constituição Federal, o TCU (art. 71, I) possui competência para elaborar parecer prévio, cabendo ao Congresso Nacional a atribuição de proceder ao seu julgamento (art. 49, V).

Nos termos da Constituição Federal, as contas de governo compreenderiam tão-somente as do Presidente da República. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 2000) determina, no entanto, que na apreciação dessas contas sejam igualmente examinadas, de forma individualizada, as contas dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais superiores, do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Chefe do Ministério Público da União.

Como o próprio nome indica, o exame das contas de governo não envolve aspectos específicos da gestão. Não se examina, por exemplo, se determinado ato ou contrato é lícito, ou se licitação ou concurso público foram conduzidos conforme determina a legislação. Estes aspectos devem ser examinados nas contas de gestão.

O exame das contas de governo compreende aspectos gerais relacionados à execução dos orçamentos públicos federais, especialmente no que concerne aos aspectos definidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. É realizada a análise das receitas e das despesas previstas no Plano Plurianual, e nos Orçamentos Fiscal, da Seguridade social e de Investimento das Estatais. Se estivéssemos no campo da economia, seria correto afirmar que o exame das contas de governo verifica aspectos macroeconômicos; ao passo que as contas de gestão devem expressar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos administrativos que compreendem a gestão do administrador. Nas contas de governo é examinada a atuação da autoridade máxima de cada um dos Poderes da República (Presidente da República, Presidente do STF, do STJ, do Procurador-Geral da República etc.); nas contas de gestão, verificam-se os atos dos ordenadores das despesas das diversas unidades administrativas. Se tomarmos como exemplo o Supremo Tribunal Federal, verificar-se-á que o Presidente do STF presta contas de governo, a serem examinadas pelo TCU por meio de parecer prévio e que serão julgadas pelo Congresso. O Diretor-Geral do STF, ao contrário, presta contas de gestão, cujo julgamento cabe diretamente ao TCU.

A segunda categoria de processo de prestação de contas está relacionada à **contas ordinárias (ou anuais) de gestão**, que devem compreender todos os recursos orçamentários e extra-orçamentários. Estas contas se encontram disciplinadas no art. 7º da Lei n.º 8.443/92, que dispõe nos seguintes termos:

As contas dos administradores e responsáveis a que se refere o artigo anterior serão anualmente submetidas a julgamento do Tribunal, sob forma de tomada ou prestação de contas, organizadas de acordo com normas estabelecidas em instrução normativa.

Além das regras básicas previstas na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, para regular os processos de tomada e de prestação de contas anuais⁵⁵, o Tribunal editou a Instrução Normativa n.º 47, de 2004.

Nos termos dessa IN, o exame das contas anuais compreende o exame de dois aspectos básicos: a conformidade e o desempenho da gestão. Esses aspectos são definidos pela mencionada IN nos seguintes termos:

- **exame da conformidade:** análise da legalidade, legitimidade e economicidade da gestão em relação a padrões normativos e operacionais, expressos nas normas e regulamentos aplicáveis, e da capacidade dos controles internos de identificar e corrigir falhas e irregularidades;

- **exame do desempenho:** análise da eficácia, eficiência e efetividade da gestão em relação a padrões administrativos e gerenciais, expressos em metas e resultados negociados com a administração superior ou definidos nas leis orçamentárias, e da capacidade dos controles internos de minimizar riscos e evitar falhas e irregularidades.

⁵⁵ A expressão tomada de contas anuais diz respeito às contas prestadas pelos gestores dos órgãos da Administração Pública direta; a expressão prestação de contas anuais se refere às contas prestadas pelos gestores das entidades da Administração Pública indireta.

A fim de possibilitar o exame dos dois aspectos, o art. 14 da referida IN requer que os processos de contas anuais sejam encaminhados ao Tribunal acompanhados das seguintes peças:

- rol de responsáveis;
- relatório de gestão, emitido pelos responsáveis;
- demonstrativos contábeis, exigidos pela legislação aplicável e necessários à gestão orçamentária, financeira e patrimonial;
- declaração expressa da respectiva unidade de pessoal de que os responsáveis a que se refere o inciso I estão em dia com a exigência de apresentação da declaração de bens e rendas de que trata a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993;
- relatórios e pareceres de órgãos e entidades que devam se pronunciar sobre as contas ou sobre a gestão da unidade jurisdicionada, consoante previsto em lei ou em seus atos constitutivos;
- relatório de auditoria de gestão, emitido pelo órgão de controle interno competente;
- certificado de auditoria, emitido pelo órgão de controle interno competente;
- parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno competente; e
- pronunciamento expresso do Ministro de Estado supervisor da unidade jurisdicionada ou da autoridade de nível hierárquico equivalente sobre as contas e o parecer do dirigente do órgão de controle interno competente, atestando haver tomado conhecimento das conclusões nele contidas.

Além das contas anuais, a Lei n.º 8.443/92 dispõe sobre as contas especiais. No art. 8º da mencionada Lei Orgânica do TCU, é disciplinada a sistemática dos processos de tomada de contas especial - TCE, in verbis:

Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

No âmbito do TCU, os processos de TCE se encontram disciplinados pela IN n.º 13, de 1996.

Os processos de TCE devem observar a seguinte sistemática. Diante das situações indicadas em lei, deve ser providenciada a sua instauração pela autoridade competente, no âmbito do próprio órgão ou entidade, sob pena de

responsabilidade solidária. Caso mencionada autoridade competente não instaure a TCE, o TCU dispõe de duas opções: (1) pode ele próprio instaurar o processo de TCE ou (2) determinar que o responsável pelo órgão ou entidade pública o faça. Em qualquer caso, quer a TCE seja instaurada pelo TCU, quer tenha sido instaurada no órgão ou entidade responsável pela gestão dos recursos, de ofício ou por determinação do TCU, o julgamento das contas será sempre feito pelo Tribunal.

Em resumo, pode-se afirmar que a Constituição Federal impõe a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária o dever de prestar contas ao TCU. Caso esse responsável não preste suas contas, deve ser instaurado o processo de tomada de contas especial - TCE com vista ao exame da regularidade da aplicação dos recursos.

No curso de qualquer processo de contas, ordinárias ou especiais, se for verificada a ocorrência de irregularidade (Lei n.º 8.443/92, art. 12), o TCU, por meio de decisão preliminar, deverá:

- definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;
- se houver débito, ordenar a citação do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida,
- se não houver débito, determinar a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar razões de justificativa.

Se a defesa apresentada em resposta à citação ou à audiência for rejeitada, o responsável será cientificado para, em novo e improrrogável prazo estabelecido no regimento interno do TCU, recolher a importância devida. Caso não atenda à citação ou à audiência, o responsável será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.

- Julgamento das contas

Encerrada a fase de apreciação da defesa apresentada, a Lei n.º 8.443/92 admite três modalidades de julgamento de contas:

- **regulares**, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;
- **regulares com ressalva**, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário; ou

- irregulares.

Serão julgadas irregulares as contas quando for comprovada a ocorrência de qualquer das seguintes ocorrências:

- omissão no dever de prestar contas;
- prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.
- reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

Quando julgar as contas regulares, o Tribunal dará quitação plena ao responsável. Se as contas forem julgadas regulares com ressalva, o Tribunal dará quitação ao responsável e lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida, atualizada monetariamente, e acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/92. O instrumento da decisão é considerado título executivo (CF, art. 71, § 3º) para fundamentar a respectiva ação de execução. Caso não haja débito, mas tenha sido comprovada qualquer das ocorrências que justifiquem o julgamento das contas irregulares, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, da Lei n.º 8.443/92.

Caso a irregularidade das contas tenha por fundamento dano ao erário, desfalque ou desvio de recursos públicos, o Tribunal fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

Os acórdãos do TCU que julguem as contas irregulares serão encaminhados ao Ministério Público da União e às procuradorias das entidades onde se tenha verificado o desvio ou desfalque, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis. No caso do Ministério Público, além das ações criminais, os acórdãos do TCU podem legitimar a propositura de ações de improbidade administrativa ou de quaisquer outras ações civis. Às advocacias ou procuradorias das entidades cabe a execução judicial do acórdão com vista ao ressarcimento do erário e à cobrança das multas aplicadas.

Se caso fortuito ou força maior, comprovadamente alheios à vontade do responsável, tornarem materialmente impossível o julgamento de mérito das contas, estas serão consideradas ilíquidas, e o Tribunal ordenará seu trancamento e o conseqüente arquivamento do processo.

- Natureza das decisões proferidas pelo TCU no julgamento de contas

Conforme examinado no Capítulo II, costuma-se distinguir administração de jurisdição sob o argumento de que a primeira corresponde à execução do Direito e a segunda à aplicação do Direito, distinção que nos parece - máxima venia - totalmente equivocada.

As diferenças entre a decisão administrativa e a judicial decorrem do tratamento conferido pelo Direito Positivo, e não da natureza ou do conteúdo da decisão. Exame mais detalhado, e desprovido de preconceitos, quanto ao exercício das atividades administrativas e judiciais nos leva à conclusão de que jurisdição e administração não são atividades de natureza tão distintas quanto se costuma apresentar.

Tradicionalmente, dizia-se que o administrador atua no limites da lei para realizar interesse público, ao passo que o papel precípua do juiz seria o de aplicar o Direito ao caso concreto. Não há necessidade de exame muito aprofundado para se perceber que essas afirmações não se sustentam. Acaso ao juiz é dado - em seu processo de aplicação do Direito - agir fora deste, além dos limites da norma jurídica em exame? Ou, ao contrário, no processo conduzido pelo juiz de aplicação do Direito pode ele ferir o interesse público? Em relação ao administrador, ao contrário, há como defender que ele adota soluções para casos concretos sem aplicar o Direito? Tanto o juiz quanto o administrador público atuam nos limites do Direito e com vista à realização do interesse público.

A grande distinção entre o ato praticado no exercício da atividade jurisdicional e aquela decorrente do exercício da atividade administrativa diz respeito à sujeição destas últimas ao princípio da hierarquia. O administrador pode ser obrigado a decidir de certa forma simplesmente em razão da sua subordinação administrativa, o que não se verifica com os órgãos judiciários. Daí a importância de que todos os atos da Administração possam ser controlados pelo Poder Judiciário. Por meio desse controle se assegura que a palavra final acerca da legalidade de certa conduta administrativa seja proferida por autoridade isenta, independente.

Outra particularidade das decisões produzidas pelo Poder Judiciário – requisito necessário a que o ato tenha natureza judicial – é o fato de serem observadas normas de Direito processual civil, penal ou trabalhista.

No caso do TCU, suas decisões muito mais se aproximam dos atos judiciais do que dos tradicionais atos administrativos, sendo asseguradas aos seus Ministros as garantias e prerrogativas dos magistrados (CF, art. 73, § 3º). Ademais, ao proferir suas decisões, o TCU o faz no âmbito da sua jurisdição administrativa (O Tribunal de

Contas da União ... tem sede no Distrito Federal, quadro próprio e jurisdição em todo o território nacional - CF, art. 73, caput).

A esse respeito, Cretella Júnior⁵⁶ afirma que *o emprego do verbo 'julgar' e dos substantivos 'julgamento' e 'jurisdição', em dispositivos constitucionais, induziu, primeiro, os membros dos Tribunais de Contas – ministros e conselheiros – ao erro, imaginando que os vocábulos tinham sido empregados com o mesmo sentido que têm na nomenclatura técnica do direito processual. Fala ainda o autor que os constituintes cometem erro e que o cientista do direito (...) vai buscar, nos cultores dos vários ramos do direito, a acepção correta dos vocábulos.*

Antes de qualquer consideração acerca da opinião do autor, cumpre-nos examinar alguns conceitos de jurisdição.

Cândido Dinamarco⁵⁷ afirma que jurisdição é atividade pública e exclusiva com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação de pessoas ou grupos em conflito mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Galeno Lacerda, citado por Athos Gusmão Carneiro⁵⁸, define o instituto como a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito concreto. Se formos buscar conceito comum ou vulgar de jurisdição, podemos utilizar a fórmula apresentada no Dicionário Aurélio⁵⁹: Poder atribuído a uma autoridade para fazer cumprir determinada categoria de leis e punir quem as infrinja em determinada área.

Em todos os conceitos de jurisdição é possível identificar alguns elementos comuns. O primeiro reside no fato de que se trata de atividade estatal; o segundo, de que se trata de atividade por meio da qual se aplica o direito ao caso concreto. O conceito apresentado por Galeno Lacerda acrescenta, além desses dois elementos, outra característica à jurisdição, a coisa julgada.

Se examinarmos os dois primeiros elementos (de que se trata de atividade estatal com vista à aplicação do direito a situações concretas), não resta dúvida de que o conceito de jurisdição alcança a atividade desenvolvida pelo TCU. O único elemento do conceito que não se mostra aplicável à atividade desenvolvida pelo TCU diz respeito à imutabilidade das suas decisões. Este elemento, relacionado à coisa julgada, é, no entanto, acidental e somente parte da doutrina o adota.

Vê-se, portanto, que o conceito de jurisdição não se mostra tão estranho à atividade dos Tribunais de Contas quanto poderia supor quem, de forma desavisada, lesse as palavras de Cretella Junior acerca do tema.

⁵⁶ Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. RDA. N. 166, out./dez. 1986, p. 9 apud Benjamin Zymler, p. 429.

⁵⁷ Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. I, São Paulo: Malheiros, 4ª ed. 2001, p. 115.

⁵⁸ In Jurisdição e Competência, 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995

⁵⁹ In Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª Edição Revista e Ampliada, Ed. Nova Fronteira

As palavras do referido autor refletem a visão que imperava entre os ‘cientistas’ do direito processual – e que ainda impera em alguns círculos jurídicos – que negavam, a partir de premissas totalmente equivocadas, a existência do processo administrativo. Esta visão, mais do que qualquer outra coisa, reflete o desconhecimento acerca do moderno Direito administrativo e das distinções entre o exercício das atividades judicial e administrativa. De acordo com essa visão equivocada do Direito administrativo, a atividade administrativa se desenvolvia por meio de atos administrativos isolados e desordenados. Atualmente, a atividade administrativa é exercida como decorrência de decisões produzidas em processos administrativos, sujeitos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. O ato administrativo continua a ser meio básico para o Estado exercer sua função executiva. Esta função se torna mais democrática, mais transparente e legítima quando o ato administrativo passa ser considerado o resultado do processo administrativo e não fenômeno isolado.

O TCU exerce jurisdição administrativa e, no desempenho dessa tarefa, julga as contas dos gestores públicos.

Não se reconhece às decisões do TCU - é evidente - natureza judicial em razão de dois aspectos básicos: 1. Não integram os Tribunais de Contas o Poder Judiciário; e 2. As decisões proferidas pelos Tribunais de Contas se regem por normas de Direito Administrativo e Constitucional, não pelo Direito processual.

A possibilidade de o TCU agir de ofício - na instauração e na condução de processos - constitui particularidade estranha ao processo judicial, e impede qualquer tentativa de enquadramento das decisões dos Tribunais de Contas como decisões judiciais. Razões decorrentes do ordenamento jurídico vigente, e não do voluntarismo jurídico de alguns, impedem que se confira autoridade de coisa julgada judicial às decisões do TCU. Esta circunstância não impede que se reconheça (1) que o TCU exerce jurisdição, (2) que o TCU julga contas e (3) que as decisões do TCU se pautam pelo processo administrativo.

As similitudes entre as decisões do TCU - especialmente quando julga contas - e as proferidas pelo Poder Judiciário, levaram Benjamin Zymler (p. 268), ilustre Ministro do TCU, a se referir a esta atividade do TCU como função parajudicial do Tribunal.

Deve-se reconhecer, ademais, que a estatura constitucional das decisões proferidas pelas Cortes de Contas - cuja natureza executiva decorre de dispositivo constitucional expreso (CF, art. 71, § 3º) - impossibilita a equiparação destas decisões, especialmente daquelas que julgam contas, a meros atos administrativos.

Ainda que sujeitas ao controle judicial, as decisões dos Tribunais de Contas justificam a adoção de controle judicial menos invasivo, devendo o Poder Judiciário promover a sua anulação somente em casos de aplicação absurda do Direito ou por falhas formais do processo, de que seria exemplo a não observância do contraditório ou da ampla defesa. Admitir que matérias de fato ou de direito examinadas por Tribunais de Contas possam ser completamente reexaminadas, em todos os seus aspectos, pelo Poder Judiciário, além de importar em absoluta quebra de racionalidade do sistema - afinal qual a utilidade desses Tribunais se tudo o eles decidissem pudesse ser

revisto pelo Poder Judiciário? -, transferiria para o Judiciário a competência para julgar contas, competência exclusiva dos Tribunais de Contas.

A constatação de que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, não obstante sua natureza administrativa⁶⁰, encontra-se em patamar jurídico mais elevado que os demais atos administrativos foi feita pelo STF no julgamento do MS 24.544/DF⁶¹. Nesta ocasião, o STF reconheceu executoriedade⁶² à decisão do TCU, em razão das particularidades presentes no processo conduzido no âmbito do Tribunal 'de colorido quase jurisdicional' - na expressão de Sepúlveda Pertence (MS-23550/DF) -, executoriedade não reconhecida à Administração Pública.

Se a Constituição institui órgão de controle externo a quem incumbe a função de fiscalizar a Administração Pública, atribuindo-lhe, inclusive, poderes sancionatórios, é evidente que as decisões deste órgão não estão no mesmo nível dos atos administrativos ordinários. O TCU deve ter a palavra final sobre a Administração Pública, com a ressalva de que esta pode levar a questão ao Poder Judiciário. Este deve, todavia, no exame da legalidade das decisões do TCU verificar a ocorrência de ilegalidades na condução do processo conduzido no Tribunal ou de decisões absurdamente contrárias ao direito⁶³.

Nestas hipóteses, a decisão judicial deve tão-somente anular aquela proferida pelo Tribunal de Contas, devendo o processo ser restituído a este último para a prática de novo ato.

6.2. Processos de fiscalização

O estudo das fiscalizações realizadas pelo TCU indica três aspectos básicos a serem examinados.

O primeiro aspecto corresponde ao objeto da fiscalização. Nesse ponto, busca-se verificar os atos ou atividades sujeitos ao controle do TCU. Em segundo lugar devem ser examinados os instrumentos de que se pode

⁶⁰ A natureza administrativa da atuação do TCU não lhe faculta a possibilidade de descumprir decisão proferida em instância judicial e amparada pelo manto da coisa julgada. No Julgamento do MS n.º 23.758/DF (Informativo STF n.º 302), o eg. STF firmou o entendimento de que se a decisão judicial baseara-se em premissas errôneas, deve ser ela desconstituída por meio de ação rescisória, e não mediante deliberação do TCU (conforme artigo publicado no citado Informativo STF n.º 302).

⁶¹ No julgamento deste Mandado de Segurança, o STF considerou legítima determinação feita pelo TCU a fim de que a Câmara dos Deputados promovesse desconto em contracheque de servidor, mesmo contra a vontade deste, prerrogativa que o STF negou aos órgãos da Administração Pública.

⁶² A executoriedade, no caso, tratava de saber se poderia ser promovido o desconto em folha de débito apontado pelo TCU e atribuído ao servidor público.

⁶³ Acerca da possibilidade de revisão judicial das decisões das Cortes de Contas, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (p. 527) afirma que embora existam controvérsias sobre os limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas, inequivocamente cabe mandado de segurança quando o julgamento não garante contraditório ou desobedece ao princípio do devido processo legal.

valer o Tribunal para exercer sua atividade fiscalizatória. Finalmente, cumpre-nos realizar o exame do procedimento utilizado na tramitação dos processos no TCU.

- Objeto da fiscalização

O primeiro aspecto, relacionado ao objeto da fiscalização, chama a atenção para o largo espectro de atribuições do TCU. Além das matérias definidas pela Constituição Federal, inúmeras outras têm sido acrescentadas por meio da Lei Orgânica do TCU ou de legislação extravagante.

Considerando o que dispõe a Constituição Federal, a Lei Orgânica do TCU e legislação extravagante, é possível apresentar a seguinte lista de atividades sujeitas à fiscalização do TCU:

- todo e qualquer ato, contrato ou atividade que importem na geração de receita ou na realização de despesa de recursos públicos federais;

- todo e qualquer ato, contrato ou atividade desenvolvidos pela União – incluídas as unidades administrativas dos Poderes Legislativo e Judiciário –, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais, bem como aqueles praticados por qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, guarde, arrecade, gereencie ou administre bens, dinheiro ou valores públicos federais ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária;

- a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, autarquias, fundações instituídas e mantidas pelo poder público e demais órgãos e entidades da Administração Pública federal mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal, a Município e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada;

- a entrega das parcelas devidas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios à conta dos recursos dos fundos de participação dos Estados e Municípios a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal⁶⁴;

- a aplicação dos recursos dos fundos constitucionais do Norte, Nordeste e Centro-Oeste administrados por instituições federais;

⁶⁴ Em relação aos repasses dos mencionados fundos, o TCU fiscaliza tão-somente o seu repasse aos Estados e aos Municípios. A aplicação ou o uso que os Estados e Municípios dão a mencionados recursos são objeto de fiscalização pelos respectivos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais. Assim, recursos dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM) são fiscalizados pelo TCU apenas até o momento em que são repassados ou transferidos aos seus destinatários (Estado ou Município).

- a aplicação dos recursos transferidos ao Distrito Federal com base no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal – que prevê que compete à União organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal;

- o cálculo, a entrega e a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União por determinação legal a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, consoante dispuser a legislação específica;

- a aplicação de recursos transferidos sob as modalidades de subvenção, auxílio e contribuição, fiscalização que compreenderá as fases de concessão, utilização e prestação de contas;

- a arrecadação da receita a cargo dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta dos Poderes da União, bem como dos fundos e demais instituições sob jurisdição do Tribunal, a qual será efetuada em todas as etapas da receita e processar-se-á mediante levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos ou monitoramentos, incluindo a análise de demonstrativos próprios, com a identificação dos respectivos responsáveis;

- a renúncia de receitas da União, a qual será feita, preferentemente, mediante auditorias, inspeções ou acompanhamentos nos órgãos supervisores, bancos operadores e fundos que tenham atribuição administrativa de conceder, gerenciar ou utilizar os recursos decorrentes das aludidas renúncias, sem prejuízo do julgamento das tomadas e prestações de contas apresentadas pelos referidos órgãos, entidades e fundos;

- o cumprimento, por parte dos órgãos e entidades da União, das normas da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal;

- os processos de desestatização realizados pela Administração Pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, incluindo instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, previstas no art. 175 da Constituição Federal e nas normas legais pertinentes (Lei n.º 9.491/97);

- as declarações de bens e rendas apresentadas pelas autoridades e servidores públicos (Lei n.º 8.730/93);

- a aplicação dos recursos repassados ao Comitê Olímpico Brasileiro e ao Comitê Paraolímpico Brasileiro por força da legislação vigente;

- o cumprimento das aplicações das receitas de impostos na manutenção de desenvolvimento dos Estados e Municípios (CF, art. 212 e Lei n.º 9.424/96);

- a divisão dos recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE incidente sobre as operações com petróleo e derivados (Lei n.º 10.866/2004).

A Constituição Federal determina, em seu art. 71, V, que o TCU deverá fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo. A Itaipu Binacional é exemplo de empresa supracional da qual o Brasil é sócio. Ocorre que a

fiscalização dessas entidades deve ser feita nos termos do tratado constitutivo. Provavelmente por dolo, o tratado constitutivo da mencionada empresa binacional não prevê uma única linha sobre como o TCU irá exercer sua fiscalização. Esta omissão dolosa resultou em que, até a presente data, não existe qualquer mecanismo de fiscalização sobre mencionada empresa binacional.

Ainda em relação ao objeto da fiscalização, é importante consignar que ele não alcança apenas atos e contratos. Ele vai além e compreende o planejamento e a execução dos programas de Governo. Desde que haja execução orçamentária, qualquer programa de governo pode ser objeto de procedimento fiscalizatório por parte do TCU, tanto em relação à sua conformidade, quanto em relação ao seu desempenho.

Nesse tocante, aspecto que deveria ser objeto de maior rigor por parte do Tribunal diz respeito ao contingenciamento de recursos orçamentários que comprometem significativamente importantes projetos definidos como prioritários pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias. Se o mau uso, o desvio e a malversação são objeto de crítica, igualmente deve sê-lo o fato de a União ter liberado, por exemplo, no exercício de 2005, menos de 1% (um por cento) dos recursos previstos no orçamento para a área de segurança pública, ou de que as Agências reguladoras não podem desenvolver tarefas básicas em razão das limitações orçamentárias que lhes são impostas.

Por meio de auditorias de desempenho, o TCU deve ser capaz de indicar as conseqüências decorrentes desses contingenciamentos e, se for o caso, determinar a adoção de medidas corretivas e punitivas, caso seja demonstrado que o resultado desses contingenciamentos seja desastroso para o País.

No caso da aplicação dos recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE incidente sobre as operações com petróleo e derivados (Lei n.º 10.866/2004), em que a arrecadação tem o propósito específico de permitir a recuperação das estradas, o TCU deveria agir com muito mais rigor e considerar desvio de finalidade a sua utilização para compor os denominados superávits orçamentários. Ora, se os recursos são vinculados, eles têm que ser usados na finalidade que justifica sua cobrança. Se assim não ocorrer, o Tribunal deveria vedar novas arrecadações enquanto houver recursos já arrecadados e não utilizados.

- Instrumentos de fiscalização

Em relação aos instrumentos de que o TCU pode-se valer para a realização da sua tarefa de fiscalização, a Constituição Federal faz referência, no art. 71, IV, à realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II. Além das auditorias e inspeções, a Constituição Federal (art. 74, § 2º) alude ainda às denúncias (qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União) como instrumento de fiscalização.

A esses três instrumentos, a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU acrescentam outros.

É possível apresentar os seguintes instrumentos de que se pode valer o TCU para a realização da sua tarefa de fiscalização:

- auditorias;
- inspeções;
- denúncias;
- representações;
- levantamentos;
- acompanhamentos; e
- monitoramentos.

- Auditorias

Inicialmente, em relação a este instrumento de fiscalização do TCU, importa consignar a existência de certa imprecisão terminológica. Em algumas hipóteses, o termo auditoria é utilizado em sentido amplo, fazendo referência a qualquer processo instaurado pelo TCU. Nesse sentido, denúncia encaminhada ao TCU importaria na realização de auditoria. Em outras situações, o termo é utilizado em sentido bem mais restrito, indicando modalidade específica de processo de fiscalização.

Parece-nos que a Constituição Federal e a Lei Orgânica do TCU utilizam o termo em sentido restrito, indicando o processo específico, e que constitui o mais completo instrumento de fiscalização do Tribunal, em que se buscam as causas da ilegalidade ou da deficiência de desempenho e são apontadas as possíveis soluções para a correção dos problemas identificados.

O objetivo dos processos de auditorias não é apurar ilegalidade em ato ou contrato específicos. Para verificar se determinado ato ou contrato é ilegal, o TCU pode realizar simples inspeção, e se forem identificados indícios de ilegalidade, a própria equipe técnica do TCU pode encaminhar representação ao Tribunal.

As auditorias se prestam para verificar, por exemplo, se setores responsáveis pela realização das licitações, pelo acompanhamento dos contratos, pela contratação de pessoal, pela administração de patrimônio, por exemplo, atuam de forma adequada, tanto do ponto de vista da legalidade quanto do desempenho. É possível, por exemplo, a

instauração de auditoria para verificar a sistemática de terceirização de mão-de-obra em determinada unidade administrativa. A auditoria é o processo de mais amplo escopo no TCU, daí resulta a importância do tema.

As auditorias, como observado, podem ser de conformidade, que examinam a adequação da gestão ao ordenamento jurídico, ou operacionais⁶⁵. Estas, as auditorias operacionais, dividem-se em duas subcategorias: (1) auditorias de desempenho operacional, cujo foco é a eficiência e a eficácia de determinado programa de Governo, e (2) as avaliações de programas, cujo propósito é verificar a efetividade das atividades ou programas governamentais⁶⁶.

Nos termos do Regimento Interno do TCU (art. 239), auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para (1) examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; (2) avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; e (3) subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro.

A realização de auditoria depende da iniciativa do próprio TCU ou da solicitação de qualquer das Casas do Congresso Nacional ou de suas comissões técnicas ou de inquérito.

Desse modo, caso alguém tenha conhecimento de ilegalidade no serviço público e queira provocar a fiscalização do TCU, deve encaminhar ao Tribunal denúncia ou representação, e não pedido para a realização de auditoria. Nenhum impedimento há, todavia, caso o TCU receba de pessoa não legitimada pedido para realizar auditoria, que ela seja instaurada de ofício pelo Tribunal.

- Inspeções

A inspeção – segundo instrumento de fiscalização –, nos termos do art. 240 do Regimento Interno do TCU, é utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou

⁶⁵ A título de exemplo, podemos apresentar algumas auditorias de natureza operacional realizadas pelo TCU: 1. qualidade das rodovias públicas federais, 2. alfabetização solidária de jovens e adultos, 3. profissionalização do preso, 4. ações de atendimento à pessoa idosa, 5. ações de detecção e correção de problemas visuais, 6. ações de prevenção e monitoramento da mortalidade materna, 7. cadastro único dos programas do Governo federal, 8. programa Amazônia sustentável, 9. programa atenção à pessoa portadora de deficiência física, 10. programa erradicação do trabalho infantil, 11. programa de saúde da família, 12. desenvolvimento do turismo no Nordeste, 13. energia das pequenas comunidades, 14. programa morar melhor, 15. programa nacional biblioteca da escola, 16. programa nacional de controle da malária, 17. programa novo mundo rural, 18. programa de reinsersão do adolescente em conflito com a lei, 19. saneamento básico, projeto agente jovem, 20. programa bolsa-família, 21. programa fome zero. Maiores informações sobre cada uma dessas auditorias podem ser encontradas no endereço eletrônico <http://www.tcu.gov.br>.

⁶⁶ Conforme já examinado, a efetividade indica em que medida as metas definidas para determinado programa foram alcançadas; eficiência estabelece a relação entre os custos do programa em face dos seus benefícios, e a eficácia indica os resultados efetivamente obtidos em determinado programa de governo.

representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição.

- Denúncias

A Constituição Federal, em seu art. 74, § 2º, cuida das denúncias formuladas ao TCU. O dispositivo constitucional é repetido pelo art. 53 da Lei Orgânica do TCU que dispõe nos seguintes termos:

Art. 53. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

De acordo com a Lei Orgânica do TCU (art. 55, caput), no resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria, ocasião em que, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia. (grifamos)

Antes de adentrarmos ao mérito da discussão, importa consignar que a denúncia constitui importante instrumento constitucional voltado ao controle social da Administração Pública. Por meio de denúncias, fatos ilegais que jamais seriam identificados pelos meios convencionais de investigação podem ser apurados e os responsáveis punidos. Na grande maioria dos casos, as denúncias são encaminhadas ao TCU por servidores públicos que, em razão de atuarem dentro dos órgãos e entidades públicas, têm acesso a informações ‘privilegiadas’ acerca do cometimento de ilícitos. Não resta dúvida que o fator que mais inibe o encaminhamento de denúncias é a perspectiva de o servidor sofrer represálias caso seu nome seja divulgado. Esta preocupação resta evidente quando a Lei Orgânica do Tribunal assegura ao denunciante o sigilo quanto à autoria.

De outra parte, é igualmente indiscutível que a denúncia – especialmente em razão do sigilo quanto à sua autoria – pode ser utilizada para ofender a honra de pessoas. Esta preocupação é preservada pela legislação no momento em que é conferida à tramitação da denúncia natureza sigilosa. Ou seja, se alguém deseja denunciar fato mentiroso ao TCU com o propósito de promover a sua divulgação junto aos órgãos da imprensa, este propósito será frustrado em razão da tramitação sigilosa do processo.

Foi recebido com espanto o pedido formulado por denunciado condenado pelo TCU para que o Tribunal indicasse o nome do denunciante. Em face da recusa do TCU, foi interposto o Mandado de Segurança n.º 24405/DF junto ao STF que, para espanto ainda maior, foi deferido. A decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal foi noticiada no Informativo STF n.º 332:

Tendo em conta que a CF/88 assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, e a inviolabilidade à honra e à imagem das pessoas, possibilitando a indenização por dano moral ou material daí decorrente (art. 5º, V

e X), o Tribunal, por maioria, deferiu mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - que mantivera o sigilo quanto à autoria de denúncia oferecida perante àquela Corte contra administrador público - e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão "manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia", constante do § 1º do art. 55 da Lei Orgânica daquele órgão, bem como do contido no disposto no Regimento Interno do TCU, no ponto em que estabelece a permanência do sigilo relativamente à autoria da denúncia. Considerou-se, na espécie, que, o sigilo por parte do Poder Público impediria o denunciado de adotar as providências asseguradas pela Constituição na defesa de sua imagem, inclusive a de buscar a tutela judicial, salientando-se, ainda, o fato de que apenas em hipóteses excepcionais é vedado o direito das pessoas ao recebimento de informações perante os órgãos públicos (art. 5º, XXXIII) Vencido o Min. Carlos Britto, que indeferia a ordem - Lei 8.443/92, art. 55: "No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria. § 1º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia". MS 24405/DF, rel. Min. Carlos Velloso, 3.12.2003.

Em nome do direito de o denunciado poder pedir indenização contra o denunciante e de equivocada aplicação do princípio da publicidade, o eg. STF – talvez em uma de suas mais infelizes decisões – enfraqueceu um dos poucos instrumentos de controle social existentes em nosso sistema jurídico.

É equivocado argüir – máxima vênia – o princípio da publicidade para dar divulgação ao nome do denunciante. Esse princípio constitucional vincula a atuação da Administração Pública, e não o ato praticado pelo particular por meio do qual provoca o Estado com vista à apuração de atos ilícitos.

A possibilidade de qualquer indivíduo propor ação de indenização contra quem lhe cause dano moral ou patrimonial constitui bem jurídico a ser protegido. Deveria ter sido considerado, todavia, que a realização desse direito poderia importar em enfraquecimento de outro bem, relacionado à correta aplicação dos recursos públicos e ao dever do Estado de incentivar a participação da sociedade no processo de fiscalização da atividade pública. No caso, ao possibilitar ao denunciado o direito de conhecer o nome do denunciante, o STF permitiu a realização do bem jurídico voltado para a satisfação do interesse individual, opção que importou em aniquilar o outro bem jurídico, relacionado ao interesse de toda a sociedade de fortalecer os mecanismos de controle social dos recursos públicos.

No âmbito do TCU, não obstante a decisão do STF em referido mandado de segurança, a questão não foi dada como resolvida, e em nenhum outro caso o Tribunal tem informado ou divulgado o nome dos denunciante. Ao contrário, foi criada, no âmbito do Tribunal, Ouvidoria para receber denúncias de ilícitos, quer os interessados em denunciar desejem ou não se identificar.

Nesse ponto, surge outra indagação: pode o TCU dar prosseguimento a denúncia anônima? Poderia a Ouvidoria do TCU protocolar denúncia apócrifa?

Antes mesmo da criação da mencionada Ouvidoria, este tema - relacionado à possibilidade de denúncia anônima ser recebida pelo TCU - foi levado ao exame do STF.

Por meio do Mandado de Segurança n.º 24369/DF, foi questionado o fato de o TCU ter instaurado procedimento com o objetivo de apurar a prática de indícios de irregularidades graves realizando inspeção para averiguação dos fatos citados (conforme informações prestadas pelo TCU ao STF).

O Relator do feito no STF, uma vez mais o ilustre Min. Celso de Mello, em seu voto quanto ao pedido de liminar formulado no MS, manifestou-se nos seguintes termos:

O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, "a posteriori", tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal. Essa cláusula de vedação - que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento - surgiu, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12), que objetivava, ao não permitir o anonimato, inibir os abusos cometidos no exercício concreto da liberdade de manifestação do pensamento, viabilizando, desse modo, a adoção de medidas de responsabilização daqueles que, no contexto da publicação de livros, jornais ou panfletos, viessem a ofender o patrimônio moral das pessoas agravadas pelos excessos praticados, consoante assinalado por eminentes intérpretes daquele Estatuto Fundamental (JOÃO BARBALHO, "Constituição Federal Brasileira - Comentários", p. 423, 2ª ed., 1924, F. Briguet; CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira", p. 713, item n. 440, 1918, Jacinto Ribeiro dos Santos Editor). (...) Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Não é por outra razão que o magistério da doutrina admite, não obstante a existência de delação anônima, que a Administração Pública possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas, consoante assinala JORGE ULISSES JACOBYFERNANDES, eminente Professor e Conselheiro do E. Tribunal de Contas do Distrito Federal ("Tomada de Contas Especial", p. 51, item n. 4.1.1.1.2, 2ª ed., 1998, Brasília Jurídica): "Ocorrendo de a Administração vislumbrar razoável possibilidade da existência efetiva dos fatos denunciados anonimamente, deverá promover diligências e, a partir dos indícios coligidos nesse trabalho, *instaurar a TCE*". (conforme noticiado no Informativo STF n.º 286).

Neste último caso (MS-24369/DF), diante da ponderação dos valores jurídicos envolvidos, o STF deu prevalência àqueles relacionados à necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes.

No julgado anterior (MS-24405/DF), em que deveriam ter sido cotejados o direito do denunciado de conhecer o nome do denunciante e o dever de investigação das mencionadas condutas funcionais desviantes, que, conforme observa o ilustre Min. Celso de Mello, relator do MS-24369/DF, torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público, não se procedeu a essa ponderação e o resultado, máxima vênia, não nos pareceu adequado.

- Representações

O Regimento Interno do TCU faz referência às representações por meio das quais as autoridades ali referidas (Ministério Público, órgãos do controle interno, senadores, deputados federais, estaduais e distritais, juizes, servidores públicos e outras autoridades mencionadas) solicitam ao Tribunal a apuração de fato ou de ato ilegal. Desse modo, se cidadão deseja encaminhar ao Tribunal notícia de ilegalidade, deverá formalizar o encaminhamento por meio de denúncia; se o pedido para apuração do mesmo fato é feito por qualquer das autoridades indicadas no Regimento Interno do TCU, o instrumento a ser utilizado é a representação.

Além da representação a que se refere o Regimento Interno, a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93), em seu art. 113, § 1º, determina que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

São admitidas, portanto, duas modalidades distintas de representação. A primeira é prevista no Regimento Interno do TCU, cuja legitimidade é conferida às autoridades mencionadas e cujo propósito é a apuração de qualquer fato ou ato ilegal ou ilegítimo. A segunda modalidade de representação é mencionada na Lei de Licitações. Esta pode ser encaminhada ao Tribunal por qualquer pessoa, mas somente pode ter por objeto ato ou fato relacionado à realização de licitações ou à execução de contratos ou convênios celebrados pela Administração Pública.

Diversamente das denúncias, que têm tramitação sigilosa, as representações, em qualquer das duas modalidades, têm tramitação ostensiva.

- Levantamentos

O levantamento constitui outro instrumento de fiscalização de que se pode valer o TCU. Nos termos do art. 238 do Regimento Interno do TCU, levantamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para (1) conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas,

projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; (2) identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e (3) avaliar a viabilidade da realização de outras fiscalizações mais aprofundadas.

- Acompanhamentos

O acompanhamento, nos termos do art. 241 do Regimento Interno do TCU, é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para (1) examinar, ao longo de período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e (2) avaliar, ao longo de período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

- Monitoramentos

O monitoramento, conforme define o art. 243 do Regimento Interno do TCU, é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos. Conforme examinado anteriormente, quando o TCU verifica a ocorrência de ilegalidade, ele poderá expedir determinações aos responsáveis nas diversas unidades jurisdicionadas com vista à correção do ato ilegal. A fim de verificar se suas determinações são cumpridas, o TCU poderá instaurar processo de monitoramento.

- Tramitação dos processos

O terceiro aspecto relativo à fiscalização exercida pelo TCU diz respeito à condução ou tramitação dos processos no Tribunal.

As auditorias, acompanhamentos e monitoramentos, que requerem a alocação de significativo esforço por parte do Tribunal, obedecerão a plano de fiscalização elaborado pela Presidência do TCU e aprovado pelo Plenário. Os levantamentos e inspeções, que são processos mais simples, e demandam, portanto, menos esforço por parte do Tribunal, serão realizados independentemente de programação. Em relação às denúncias e representações, o Tribunal tem o dever de dar-lhes tramitação tão logo sejam protocoladas, independentemente de qualquer programação.

Para desempenhar funções de fiscalização, a Lei Orgânica do Tribunal assegura as seguintes prerrogativas aos servidores do TCU:

- livre ingresso em órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal;
- acesso a todos os processos, documentos e informações necessários à realização de seu trabalho, inclusive a sistemas eletrônicos de processamento de dados, que não poderão ser sonegados, sob qualquer pretexto;
- competência para requerer, por escrito, aos responsáveis pelos órgãos e entidades, os documentos e informações desejados, fixando prazo razoável para atendimento.

No caso de obstrução ao livre exercício de auditorias e inspeções, ou de sonegação de processo, documento ou informação, o Tribunal ou o Ministro relator do processo no TCU assinará prazo improrrogável de até quinze dias para sua apresentação, fazendo-se a comunicação do fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis. Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará multa ao responsável, podendo ainda decretar o seu afastamento temporário se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o ressarcimento da multa acaso aplicada.

Se no curso de qualquer processo de fiscalização restar configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial⁶⁷.

6.3. processos sujeitos a registro

A Constituição Federal, em seu art. 71, IV, dispõe que compete ao TCU apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

A apreciação desses processos pelo TCU observa a seguinte sistemática:

⁶⁷ Somente não será instaurada a TCE se o Tribunal determinar o arquivamento do processo a título de racionalização administrativa e economia processual. Será adotada esta providência caso constate que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, nos termos de ato normativo editado pelo Tribunal. Nesta hipótese, não haverá o cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação.

1. O ato de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão é praticado pela autoridade administrativa responsável;

2. A autoridade responsável submete o ato, acompanhado de todos os dados e informações, ao respectivo órgão de controle interno, que deverá emitir parecer sobre sua legalidade e torná-lo disponível à apreciação do TCU;

3. Encaminhado os dados ao TCU, será determinado ou recusado o registro do ato, conforme ele seja considerado legal ou ilegal.

No caso de ato de admissão, se o TCU o considerar ilegal, o órgão de origem deverá fazer cessar todo e qualquer pagamento, ficando a autoridade responsável pela adoção dessas medidas sujeito à multa e ao ressarcimento das quantias pagas caso deixe de adotar as medidas cabíveis. Ademais, se houver indício de procedimento culposo ou doloso na admissão de pessoal, o Tribunal determinará a instauração ou conversão do processo em tomada de contas especial, para apurar responsabilidades e promover o ressarcimento das despesas irregularmente efetuadas.

Caso se trate de ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão considerado ilegal pelo TCU, o órgão de origem deverá igualmente cessar o pagamento dos proventos ou benefícios, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa.

7. Recursos contra as decisões do TCU

A Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU prevêem o cabimento de diversos recursos contra as decisões proferidas pelo Tribunal. Nos termos do art. 277 do Regimento Interno, são cabíveis os seguintes recursos:

- recurso de reconsideração - de decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas;
- pedido de reexame - de decisão de mérito proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de atos e contratos;
- embargos de declaração - quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal;
- recurso de revisão - de decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas quando se verificar erro no cálculo nas contas, falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido ou superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida;
- agravo - de despacho decisório do Presidente do Tribunal, de presidente de câmara ou do relator, desfavorável à parte, e da medida cautelar adotada pelo Tribunal.

À exceção do recurso de revisão, que mais se assemelha à ação rescisória, a interposição de qualquer recurso no âmbito do TCU suspende os efeitos da decisão recorrida.

Em relação aos prazos para a interposição dos recursos, é possível apresentar o seguinte quadro:

- recurso de reconsideração e pedido de reexame - quinze dias;
- embargos de declaração - dez dias;
- recurso de revisão - cinco anos;
- agravo - cinco dias.

Em qualquer caso, os prazos acima são contados da data em que o interessado tenha sido notificado ou comunicado da decisão a ser impugnada, ou da publicação do edital no Diário Oficial da União, quando a parte não for localizada.

A Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU determinam ainda o não cabimento de recurso de decisão que converte processo em tomada de contas especial, ou determina a sua instauração. Esta regra foi, todavia, impugnada perante o STF, que ao julgar o MS-22.562-DF, entendeu que caracterizaria cerceamento de defesa o não-cabimento de recurso contra mencionada decisão⁶⁸.

8. Tribunais de Contas Estaduais e Municipais

O objeto desta tese de doutorado não compreende, conforme indicado na apresentação, o estudo das medidas adotadas nos âmbito dos Estados-federados e dos Municípios brasileiros. Em razão de estarmos empreendendo análise do sistema de controle de contas, faz-se necessário tecer, todavia, algumas considerações acerca da atuação dos Tribunais de Contas estaduais e municipais brasileiros.

⁶⁸ A decisão no julgamento do mencionado MS-22.562-DF foi noticiada no Informativo STF n.º 85, in verbis: O Tribunal, considerando que a rejeição da defesa constitui julgamento de mérito, não se tratando apenas de uma decisão preliminar de natureza semelhante aos despachos de mero expediente, deferiu mandado de segurança para - reformando acórdão que aplicara o art. 23, § 1º, da Resolução TCU n.º 36/95 ("não cabe recurso da decisão que rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo responsável") - assegurar ao impetrante a apreciação do recurso de reconsideração por ele interposto, previsto no art. 32 da Lei 8.443/92 ("De decisão proferida em processo de tomada ou prestação de contas cabem recursos de: I - reconsideração; II - embargos de declaração; III - revisão.")

A Constituição Federal, em seu art. 75, dispõe que as normas constitucionais pertinentes ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Dispõe ainda o texto constitucional que as Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Algumas dúvidas têm sido suscitadas acerca da composição e do funcionamento dos Tribunais de Contas Estaduais - TCE.

A necessidade de ser mantida simetria com o TCU resulta, inicialmente, em que os TCEs devam ser compostos por sete conselheiros, dos quais três são indicados pelo Governador (um de livre escolha, um dentre os auditores e outro dentre os representantes do Ministério Público que atuem junto ao Tribunal) e quatro indicados pelas respectivas Assembléias Legislativas.

Conforme disponha a Constituição Estadual, haverá um único Tribunal de Contas Estadual com competência para fiscalizar as contas do Estado e dos Municípios, ou poderão ser criados dois Tribunais de Contas, um para cuidar das contas estaduais e outro para exercer o mesmo papel em relação às contas dos Municípios.

É vedada, todavia, a criação, pelo Município, de Tribunal de Contas Municipal (CF, art. 31, § 4º). Convém, portanto, esclarecer a distinção entre Tribunal de Contas de Município (ou Municipal) e Tribunal de Contas dos Municípios. No primeiro caso, em que se verifica a vedação, o Município criaria Tribunal de Contas para fiscalizar a gestão municipal; no segundo caso, hipótese autorizada pela Constituição Federal, o Estado cria Tribunal de Contas para fiscalizar a gestão de todos os Municípios⁶⁹ daquele Estado.

A fiscalização das contas dos Municípios pode ser feita, portanto, pelo Tribunal de Contas estadual ou por eventual Tribunal de Contas dos Municípios, criados e mantidos, em qualquer caso, pelos Estados.

⁶⁹ Nas disposições transitórias da Constituição Federal, foi admitida a manutenção dos dois únicos Tribunais de Contas vinculados a dois Municípios específicos, o de São Paulo e o do Rio de Janeiro.

As atribuições dos TCEs e TCMs muito se aproximam daquelas definidas pela Constituição Federal para o TCU, ressalvado especificamente o julgamento das contas de governo dos Prefeitos cuja sistemática se diferencia daquela prevista pela Constituição Federal para o julgamento das contas do Presidente da República.

Conforme examinado anteriormente, o TCU possui competência (CF, art. 71, I) para elaborar parecer prévio às contas do Presidente da República, cabendo ao Congresso Nacional a atribuição de promover seu julgamento (CF, art. 49, IX). Em relação ao julgamento das contas de governo dos Governadores, os TCEs seguem a mesma sistemática das contas do Presidente da República observada pelo TCU.

No caso das contas de governo prestadas anualmente pelos Prefeitos, todavia, o parecer prévio aprovado pelo Tribunal de Contas Estadual ou dos Municípios, conforme o caso, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (CF, art. 31, § 2º). Ou seja, os pareceres prévios emitidos pelo TCU e pelos TCEs, em relação às contas do Presidente da República e dos Governadores, somente têm efetividade se forem aprovados (julgados) pelo Congresso Nacional ou pelas Assembléias Legislativas, respectivamente. No caso das contas anuais de governo prestadas pelos Prefeitos, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas se torna efetivo independentemente de ser confirmado pela Câmara de Vereadores. Esta, ao contrário, somente pode desconstituir o parecer aprovado pelo Tribunal de Contas por decisão de dois terços dos seus membros.

Relativamente ao julgamento a ser realizado pela Câmara de Vereadores, o voto proferido pelo Min. Celso de Mello por ocasião do julgamento do RE-235593 (Informativo STF n.º 342) firmou a tese de que deve a Câmara de Vereadores assegurar ao Prefeito direito ao contraditório. Transcrevemos parte do voto proferido pelo ilustre relator:

Cumprе salientar, ainda, que a Colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 261.885/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, que versava matéria idêntica à que ora se examina, decidiu nos mesmos termos ora expostos no presente ato decisório: "PREFEITO MUNICIPAL. CONTAS REJEITADAS PELA CÂMARA DE VEREADORES. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DIREITO DE DEFESA (INC. LV DO ART. 5º DA CF). Sendo o julgamento das contas do recorrente, como ex-Chefe do Executivo Municipal, realizado pela

Câmara de Vereadores mediante parecer prévio do Tribunal de Contas, que poderá deixar de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Casa Legislativa (arts. 31, § 1º, e 71 c/c o 75 da CF), é fora de dúvida que, no presente caso, em que o parecer foi pela rejeição das contas, não poderia ele, em face da norma constitucional sob referência, ter sido aprovado, sem que se houvesse propiciado ao interessado a oportunidade de opor-se ao referido pronunciamento técnico, de maneira ampla, perante o órgão legislativo, com vista à sua almejada reversão. Recurso conhecido e provido." (grifei) A análise da presente causa evidencia que se negou, à parte ora recorrente, o exercício do direito de defesa, não obstante se cuidasse de procedimento de índole político-administrativa, em cujo âmbito foi proferida uma decisão impregnada de nítido caráter restritivo, apta a afetar a situação jurídica titularizada pelo então Prefeito Municipal. O fato irrecusável é que a supressão da garantia do contraditório e o conseqüente desrespeito à cláusula constitucional pertinente ao direito de defesa, quando ocorrentes (tal como sucedeu na espécie), culminam por fazer instaurar uma típica situação de ilicitude constitucional, apta a invalidar a deliberação estatal (a resolução da Câmara Municipal, no caso) que venha a ser proferida em desconformidade com tais parâmetros. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º - A), observados, para tanto, os limites materiais indicados na petição recursal (fls. 457), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 409/416). Publique-se. Brasília, 31 de março de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

Feitas essas considerações acerca do controle exercido pelos Tribunais de Contas, passamos, em seguida ao estudo do controle judicial da atividade administrativa do Estado.

VI. Controle judicial

1. Sistemas de controle

A composição de disputas entre particulares e a definição da norma jurídica aplicável ao caso concreto constituem as principais atribuições conferidas ao Poder Judiciário. Além desta, outra relevante atividade conferida aos órgãos judiciais do Estado diz respeito ao controle a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pelo próprio Estado.

Ao lado da proteção à propriedade privada e do princípio da legalidade, o controle judicial das atividades estatais constitui aspecto fundamental para a definição do Estado democrático de direito. O controle judicial da Administração Pública constitui, nesse ponto, decorrência natural do princípio da legalidade. Afinal, de nada serviria fixar a regra segundo a qual a Administração Pública se encontra plenamente vinculada à lei se fossem criados mecanismos que assegurassem a observância dessa regra.

Diversos sistemas têm sido concebidos para assegurar a observância, pela Administração Pública, do princípio da legalidade.

O primeiro deles, denominado de sistema do contencioso administrativo, ou sistema francês, prevê a criação de órgão dentro da própria estrutura da Administração Pública cuja função é assegurar: (1) a observância da lei pelas diversas unidades administrativas e (2) a solução dos conflitos entre estas e os particulares. De acordo com esse sistema, as questões resolvidas pelos órgãos administrativos encarregados do controle da Administração Pública não poderiam ser levados à apreciação perante o Poder Judiciário. A principal característica deste sistema corresponde ao fato de que os ordenamentos jurídicos que o adotam conferem a determinadas decisões administrativas a natureza de coisa julgada oponível ao próprio Poder Judiciário.

Nesse ponto, merece crítica a tese de que o Direito administrativo brasileiro teria buscado no Direito francês sua fonte de inspiração. Ora, se a principal característica do Direito administrativo francês corresponde à adoção do sistema do contencioso administrativo, e dado que o Brasil adota solução diversa, como é possível afirmar que o Brasil segue o modelo francês se sua principal característica não é acolhida em nosso modelo administrativo?

O Brasil, em matéria de controle da Administração Pública, adota o sistema da jurisdição única.

A adoção desse sistema decorre da regra constante na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O modelo constitucional vigente resgata o princípio democrático na medida em que assegura que todas as pendências que envolvam a Administração Pública e os particulares se sujeitem à apreciação de órgãos dotados de plena autonomia e independência. As garantias previstas na Constituição Federal (art. 95, caput) em favor dos magistrados não são conferidas tendo em vista a existência de prerrogativas ou privilégios, mas com o propósito de assegurar aos cidadãos a certeza de que seus conflitos com o Estado serão decididos por agentes públicos independentes.

A Constituição da República brasileira concedeu importantes garantias ao Poder Judiciário nacional, como meio de garantir-lhe autonomia e independência para o imparcial exercício de sua jurisdição, inclusive em relação

ao controle a ser exercido sobre a atividade administrativa do Estado. Nesse ponto, vale mencionar que a Constituição Federal prevê dentre os direitos e garantias fundamentais o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional (CF, art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”).

De modo a exercer suas atribuições, ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira, de modo que as propostas orçamentárias dos tribunais são elaboradas dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes em lei de diretrizes orçamentárias. Com idêntico objetivo, ou seja, para que os magistrados possam desempenhar suas funções com imparcialidade e independência, a Constituição Federal lhes assegura as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio. A prerrogativa da vitaliciedade garante que após dois anos de exercício, o juiz só possa perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado; a inamovibilidade assegura que somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, salvo por motivo de interesse público e pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça; e a irredutibilidade de subsídio busca evitar que magistrados possam ser manipulados pelos Poderes Executivo ou Legislativo por meio de ameaças de redução de suas remunerações.

Não obstante não integre o Poder Judiciário, mas esteja formalmente vinculado ao Poder Executivo, cumprem-se tecer algumas considerações acerca da atuação do Ministério Público como importante órgão de combate à corrupção no sistema judicial brasileiro.

2. Ministério Público

O Ministério Público, de acordo com a Constituição Federal, é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado” e possui autonomia funcional, administrativa e financeira consagrada na Constituição da República. É responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tendo como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A Constituição determina ao Ministério Público o importante papel de defensor da sociedade, como órgão responsável por zelar pela moralidade e probidade administrativa na Administração Pública, atribuindo-lhe, em seu art. 129, as seguintes funções:

1. promover, privativamente, a ação penal pública;
2. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
3. expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los; e

4. exercer o controle externo da atividade policial.

A autonomia funcional e administrativa do Ministério Público é assegurada pelo § 2º do art. 127 da Constituição da República, bem como pela Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. A autonomia funcional, administrativa e financeira do Ministério Público indica que esse órgão pode, por exemplo, praticar atos próprios de gestão, encaminhar sua lei de proposta orçamentária ao Congresso Nacional, propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos em sua estrutura e ainda a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros, elaborar seus regimentos internos e, o mais importante, manter-se imune à interferência de outros órgãos na sua atuação.

O Ministério Público, nos termos da Constituição Federal, compreende o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. O primeiro se subdivide em: a) Ministério Público Federal (MPF); b) Ministério Público do Trabalho (MPT); c) o Ministério Militar (MPM); e d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

Os membros do Ministério Público possuem independência funcional que lhes garante a liberdade nos pronunciamentos e no exercício de suas funções; não se encontram, no exercício de suas atribuições, subordinados sequer a seus superiores hierárquicos, devendo obediência apenas à ordem jurídica. A hierarquia existente no Ministério Público tem caráter meramente administrativo.

O ingresso na carreira do Ministério Público, no cargo de promotor, é por meio de concurso público de provas e títulos e não por indicação, ou seja, o ingresso ocorre necessariamente por exame de mérito.

Para garantir a independência necessária a sua atuação, aos membros do Ministério Público são assegurados as seguintes prerrogativas: vitaliciedade, irredutibilidade de subsídio e inamovibilidade.

Ao tomar conhecimento de alguma denúncia, o promotor pode iniciar investigação própria e, se for caso, determinar à autoridade policial a instauração de inquérito policial. Importante salientar que o promotor é totalmente independente, agindo conforme sua convicção e convencimento, não se sujeitando a qualquer tipo de subordinação hierárquica.

O promotor de justiça, no Brasil, é o "dominus litis", ou seja, é ele quem promove, privativamente e nos termos da lei, a ação penal pública. É ele quem avalia as provas e verifica a possibilidade de se promover a ação penal pública. Após iniciada a ação penal, ele não pode mais desistir da ação, ressalvadas as hipóteses de crimes de baixa lesividade, em se admite a transação penal. Isso se deve ao princípio da indisponibilidade da Ação Penal.

No curso do processo, o promotor de justiça é totalmente independente para requerer a produção de provas que entender necessárias. Caberá ao juiz verificar a pertinência ou não da produção da prova. Sendo a prova negada, o promotor pode recorrer da decisão.

Ao final da instrução, ele, levando em conta o seu livre convencimento, deve requerer a condenação, se entender que o réu é culpado, ou a absolvição, se entender que o réu é inocente.

Os mecanismos de que o Ministério Público pode-se valer para provocar o controle judicial da atividade administrativa brasileira estão previstos na Constituição Federal e em leis esparsas.

Maiores considerações acerca dos tipos e do processo penal vigente no Brasil serão apresentadas no próximo Capítulo, ocasião em que será feito o seu cotejo com as Convenções Internacionais vigente no Brasil acerca da corrupção.

3. Limites ao controle judicial

Diversamente do que dispunha o texto constitucional de 1967, aprovada durante do governo militar brasileiro, que previa temas que não poderiam ser levados à apreciação judicial, a vigente Constituição Federal prevê a possibilidade de todas as matérias poderem ser levadas à apreciação judicial.

O texto constitucional deixa expresso que é vedado à lei criar situações em que o controle judicial não possa ser exercido. Há hipóteses, todavia, em que, a partir do que dispõe o próprio texto constitucional, é possível admitir que o controle judicial seja exercido de forma mitigada em relação à atuação de certos órgãos.

É o que se verifica, por exemplo, com a definição das questões **interna corporis** das Casas Legislativas. Nesse ponto, não se pode deixar de verificar a ocorrência de significativo avanço na jurisprudência do eg. STF acerca dos limites ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o processo legislativo. De posições extremamente preocupadas com o respeito à liberdade das Casas Legislativas, o STF tem avançado no sentido de requerer, em qualquer caso, a plena observância à Constituição Federal, e não se tem admitido que o pretexto de que determinada decisão produzida em Casa Legislativa seja de natureza interna corporis poderia impedir a verificação, pelo Poder Judiciário, da plena observância da Constituição Federal e das normas regimentais aplicáveis⁷⁰. Desse

⁷⁰ No julgamento do MS-24849 (noticiado no Informativo STF n.º 393), por exemplo, o STF concedeu liminar para determinar ao Presidente do Congresso Nacional que indicasse os membros de Comissão Parlamentar de Inquérito. Impensável, dez anos atrás, a adoção desta decisão em razão do sempre apresentado argumento de que se trataria de questão interna corporis. Em praticamente todas as recentes oportunidades em que o argumento de que a decisão adotada pela Casa Legislativa se basearia em decisão interna corporis, o STF tem repellido a argumentação. Nesse sentido, vide ADI-3146 (Informativo STF n.º 426), ADI-2461 (Informativo STF n.º 387), RE-413327 (Informativo

modo, questões de conveniência política das Casas Legislativas – da mesma forma que o mérito administrativo – não se sujeitam à apreciação judicial, salvo se contrariarem a Constituição Federal ou importarem, de algum modo, em violação de direito subjetivo público de parlamentar ou de terceiro⁷¹.

Outra questão que, no passado, era apresentada como insuscetível de sindicância pelo Poder judiciário dizia respeito aos denominados **atos políticos** (ou de governo).

Determinados atos praticados pelo Presidente da República, como o veto ou a apresentação de projeto de lei ou a edição de medida provisória, são normalmente apresentados como exemplos de atos de governo em função do elevado nível de interferência política em sua formação e de serem regulados diretamente por normas constitucionais.

No Brasil, em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial, a existência desta categoria de ato, além de ser desprovida de fundamentação teórica, torna-se totalmente desprovida de sentido prático.

Vê-se, portanto, que todo e qualquer ato praticado pelo Estado deve-se sujeitar ao controle judicial.

O controle a ser realizado pelo Poder Judiciário é controle de legalidade, ou de legitimidade. Isto importa em que o exame a ser empreendido pelo Poder Judiciário deve-se ater à verificação da conformidade do ato com o ordenamento jurídico. Todos os atos, vinculados ou discricionários, sujeitam-se ao controle de legalidade judicial. A própria discricionariedade se sujeita, em função da aplicação do princípio da razoabilidade, ao controle de legalidade judicial. O mérito do ato administrativo, isto, o juízo de conveniência e de oportunidade de que se vale o administrador para construir a melhor solução para os casos concretos em situações em que a lei tenha conferido discricionariedade, é imune ao controle judicial. Estas afirmações devem ser examinadas, todavia, com muito cuidado.

4. Etapas para o controle judicial da discricionariedade

STF n.º 370) e MS-24832 (Informativo STF n.º 340). Neste último julgado, o STF argumenta que a alegação de que se trataria de ato interna corporis não poderia importar em restrição ao exercício de direitos individuais.

⁷¹ Nesse sentido vide MS 24.645-MC-DF (Informativo STF n.º 320): A "ratio" subjacente a esse entendimento jurisprudencial apóia-se na relevantíssima circunstância de que, embora extraordinária, essa intervenção jurisdicional, ainda que instaurada no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por precípua finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente - de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de preavalecimento da supremacia da Constituição, excluídos, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos "interna corporis", que se revelam essencialmente insindicaíveis (RTJ 102/27 - RTJ 112/598 - RTJ 112/1023 - RTJ 169/181-182). Em igual sentido, vide MS-24458/DF (Informativo STF n.º 298): É por essa razão que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal jamais tolerou que a invocação da natureza interna corporis do ato emanado das Casas legislativas pudesse constituir um ilegítimo manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários do Poder Legislativo.

A simples argüição de discricionarietà administrativa, ou de que o mérito do ato não está sujeito a controle judicial, conforme já examinado, não justifica o afastamento da aprecia o do ato pelo Poder Judici rio⁷².

A tutela judicial a ser empreendida em face da discricionarietà administrativa   tarefa que requer cuidado e que se deve realizar em diferentes etapas.

A primeira etapa desse processo consiste no exame da própria legisla o que tenha fundamentado a prática do ato a fim de verificar se ela efetivamente confere liberdade ao administrador para a ado o de mais de uma soluço possível. A segunda etapa corresponde   avalia o da situa o ou circunstância de fato ou de direito que, segundo o administrador, tenha justificado a prática do ato – etapa que corresponde ao exame dos motivos do ato. Em terceiro lugar, ou como terceira etapa do processo de controle judicial da discricionarietà administrativa, deve-se proceder   avalia o de pondera o ou de razoabilidade da soluço adotada em face da lei, e dos motivos invocados para a prática do ato. Em quarto lugar, cabe ao Poder Judiciário examinar se as regras procedimentais aplicáveis ao caso foram atendidas, especialmente aquelas relacionadas   observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Desse modo, não obstante o mérito do ato administrativo não se sujeite ao controle judicial, todos estes aspectos podem ser examinados pelo Poder Judiciário, e, verificada ilegalidade, o ato deve ser anulado.

Um dos mais modernos fen menos verificados no Direito administrativo está relacionado   proceduraliza o das manifesta es de vontade da Administra o Pública. Os atos administrativos não são mais considerados atos isolados, mas decorrentes de uma manifesta o que se formou ao longo de determinado processo administrativo. Esta constata o desloca a importância ou o foco do ato para o processo no sentido de que o controle do ato deve necessariamente envolver o exame do processo do qual ele resultou. Desse modo, os atos discricionários decorrem de processos administrativos e se sujeitam a controle, e por meio do controle desses processos de forma o da manifesta o de vontade da Administra o Pública se torna mais simples o controle da legitimidade do ato discricionário.

Vícios processuais, falhas ou falta de motiva o, eventuais desvios de finalidade são facilmente percebíveis nos atos discricionários quando se examina o processo administrativo de forma o da vontade administrativa.

⁷² Em se tratando de anula o de ato discricionário, o Poder Judiciário se restringe   invalidar o ato. O processo deve ser em seguida restituído   autoridade administrativa competente para a prática do novo ato. Nesse sentido, vide STJ **MS 8845/DF**; TERCEIRA SE O; DJU de 06.02.2006

Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VÍCIOS FORMAIS. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA NÃO OPERADA. APLICA O DA PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE VERIFICADA NA ESPÉCIE. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

1. Preliminares afastadas. Decadência não operada. 2. A puni o administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando   espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades da espécie. 3. Segurança concedida em parte para o fim específico de anular-se a Portaria n. 944, de 27 de agosto de 2002, que demitiu o impetrante do cargo de Agente Administrativo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sem prejuízo de eventual apenamento menos gravoso, pelas infra es disciplinares detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar instaurado. (grifamos)

5. Instrumentos de controle judicial

O ordenamento jurídico pátrio disponibiliza diversos instrumentos por meio dos quais pode ser questionada a legitimidade dos atos e atividades desenvolvidos pela Administração Pública. Alguns desses instrumentos estão previstos no próprio texto da Constituição Federal (mandado de segurança, habeas corpus, habeas data e ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade).

Além desses meios específicos de controle judicial da Administração Pública, inúmeros outros podem ser utilizados para provocar a tutela judicial, de que seria exemplo a ação anulatória. Examinaremos, em seguida, cada um dos instrumentos específicos de controle judicial da Administração Pública.

5.1. Mandado de segurança

O mandado de segurança é mencionado em dois dispositivos da Constituição Federal. No art. 5º, LXIX, é tratado do mandado de segurança individual - ou simplesmente mandado de segurança -, e no inciso seguinte, art. 5º, LXX, do mandado de segurança coletivo. Cuidaremos, inicialmente, do mandado de segurança individual, que se encontra regulado pela Lei n.º 1.533, de 1951.

Esta ação constitucional, nos termos do art. 5º, LXIX, será concedida para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O bem jurídico a ser tutelado por meio do mandado de segurança é o direito líquido e certo, não protegido por habeas corpus ou habeas data.

Inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais se formaram em razão da falta de definição legal ou constitucional do que efetivamente seria o direito líquido e certo. Primeiramente, poder-se-ia cogitar de que é líquido e certo aquele direito em relação ao qual não haveria qualquer controvérsia ou dúvida - tese repelida pela Súmula n.º 625 do STF que expressamente admite o cabimento da ação ainda que haja controvérsia acerca da matéria de direito. Outra definição indicaria ser líquido e certo aquele direito que não depende de provas materiais. Esta teoria evoluiu para a concepção, atualmente dominante, de que é líquido e certo o direito que independe de dilação probatória. Ou seja, se o autor tiver condições de, por ocasião da propositura da ação, apresentar todas as provas necessárias à configuração dos fatos e ao seu enquadramento jurídico, entender-se-á presente o direito líquido e certo, ainda que a questão jurídica seja controvertida.

A legitimidade ativa para a propositura do mandado de segurança é conferida a qualquer pessoa física ou jurídica que sofra violação de direito subjetivo próprio (enquadrado no conceito de direito líquido e certo). De se

observar que a jurisprudência do STF (RDA 15/46) admite a possibilidade de alguns órgãos poderem propor mandado de segurança para a defesa de suas prerrogativas ou atribuições. Essa legitimidade ativa somente é reconhecida aos denominados órgãos que integram a cúpula do Estado (órgãos independentes) e àqueles que estão imediatamente subordinados aos independentes (órgãos autônomos)⁷³.

A legitimidade passiva no mandado de segurança é conferida pela Constituição Federal a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A redação utilizada pela Constituição Federal para descrever o sujeito passivo adota o critério do exercício de potestade pública. No caso das pessoas de direito público, é fácil identificar a possibilidade de impetração da ação, e o cabimento da ação decorre da própria natureza da pessoa que pratica o ato. No caso das pessoas de Direito privado, o cabimento do mandamus está condicionado ao exercício de prerrogativa pública. Nesse sentido, a jurisprudência tem reconhecido, por exemplo, o cabimento do mandado de segurança contra atos praticados por empresa concessionária de serviço público (CC 54854/SP; PRIMEIRA SEÇÃO; DJU de 13.03.2006)⁷⁴, por instituição financeira (REsp n.º 156015/MG; 4ª TURMA; DJU de 8.2.1999), ou contra entidade privada de ensino (CC n.º 30297/DF, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 28.05.2001)⁷⁵. Vê-se que no caso das pessoas de Direito privado, desde que exerçam, por delegação do poder público, autoridade pública, é admitido o mandado de segurança.

Ainda acerca do sujeito passivo, importa consignar que sob a expressão 'autoridade coatora' podem ser enquadrados agentes, órgãos ou entidades públicas. Desse modo, é cabível, por exemplo, mandado de segurança

⁷³ Para maiores considerações acerca dos órgãos independentes e autônomos, remetemos o leitor ao Capítulo IV.

⁷⁴ No julgamento deste conflito de competência, o STJ não apenas admitiu o cabimento do mandado de segurança como igualmente enfrentou a questão da competência para o julgamento da ação conforme indica trecho da ementa a seguir transcrito:

A competência para julgar mandado de segurança deve levar em consideração a natureza ou condição da pessoa que pratica o ato e não a natureza do ato em si. Assim, o argumento de que a competência para julgar o feito seria da Justiça Estadual porque o ato praticado pelo dirigente da concessionária teria natureza administrativa não pode prevalecer. No caso de mandado de segurança, a competência está estabelecida no retrocitado artigo 109, VIII da Constituição Federal. Efetivamente, é competência da Justiça Federal processar e julgar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de empresa concessionária de serviços públicos de energia elétrica, quando pratica o ato no exercício de função federal delegada. No caso de empresa concessionária dos serviços públicos de energia elétrica, o poder concedente é a União, conforme decorre do art. 21, XII, 'b', da Constituição.

⁷⁵ Este julgado do STJ foi ementado nos seguintes termos:

Processual Civil. Conflito Negativo de Competência. Ensino Superior. Universidade Privada. Indeferimento de Matrícula. Art. 109, I e VIII, C.F.

I – Quando o ato corresponde a típica atividade administrativa interna corporis, originariamente ditada nos Estatutos e Regimento do estabelecimento de ensino superior do Poder Público Estadual ou de organização não governamental, a competência pode ser reconhecida em favor da Justiça do Estado.

II – A tratar de ato, pela sua natureza, longa manus do Poder delegante, decorrente da regência de disciplinamento para o ensino superior nacional, decidido pelo conselho Federal de Educação, nos limites da delegação, o controle judicial compete à Justiça Federal.

III – No caso, consabido que a competência para processar e julgar o Mandado de Segurança decorre da autoridade coatora que pratica o ato (*rationae personae*).

IV – Precedentes da jurisprudência.

V – Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal suscitado.

contra ato do Advogado-Geral da União (agente), do Tribunal de Contas da União (órgão) ou contra ato da União (entidade). É necessário, portanto, em cada caso, que seja identificada a autoridade coatora com o propósito de se verificar, inclusive a existência de foro especial.

É possível, portanto, apontar os seguintes requisitos necessários ao cabimento do mandado de segurança:

- tratar-se de ato de autoridade pública (ou de particular no exercício de atribuições públicas);
- o ato violar direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data;
- o ato importar em ilegalidade ou abuso de poder;
- o ato importar em lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo.

A Constituição Federal prevê regras especiais de competência quando o ato a ser impugnado por meio do mandado de segurança é praticado por determinadas autoridades. Desse modo, a competência para processar e julgar o mandado de segurança cabe:

- ao Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ato praticado pelo Presidente da República, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, pelo Tribunal de Contas da União, pelo Procurador-Geral da República e pelo próprio Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, 'd');
- ao Superior Tribunal de Justiça, quando se tratar de ato praticado por Ministro de Estado, pelos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou pelo próprio Tribunal (CF, art. 105, I, 'b');
- ao Tribunal Regional Federal, quando se tratar de ato do próprio Tribunal ou de juiz federal (CF, art. 108, I, 'c');
- a juiz federal, quando se tratar de ato praticado por autoridade federal ou no exercício de competência delegada pelo poder público federal (CF, art. 109, VIII);
- à Justiça do Trabalho⁷⁶, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição (CF, art. 114, IV); e

⁷⁶ Até recentemente, no âmbito da Justiça do Trabalho, eram admitidos mandados de segurança perante o próprio Tribunal Regional do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho contra decisões administrativas produzidas pelo próprio Tribunal. Na prática, essa possibilidade criou a perspectiva desses Tribunais fugirem à fiscalização do TCU. Bastava que o Presidente do respectivo Tribunal negasse pedido administrativo que eram protocolados mandados de segurança perante o próprio Tribunal, que deferia os pedidos de liminares e autorizava o pagamento de vantagens ilegais. Houve casos em que, no mesmo dia, era indeferido pelo Presidente do Tribunal o pedido formulado pela via administrativa, no mesmo dia era impetrado o MS, no mesmo era deferida a liminar e, finalmente, ainda no mesmo dia era efetuado o pagamento dos valores reclamados pelos magistrados. A modificação sofrida pela Constituição

- à Justiça Eleitoral, conforme dispõe o art. 121, caput e § 4º, V.

O mandado de segurança admite duas modalidades básicas: o mandado de segurança repressivo, caso já tenha ocorrido violação de direito líquido e certo, e o mandado de segurança preventivo para as situações em que direito líquido e certo esteja na iminência de ser violado.

O prazo decadencial para a interposição do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias contados da data em que o interessado tomou ciência do ato impugnado, conforme dispõe o art. 18 da Lei n.º 1.533/51. No caso de se tratar de ato omissivo, não há como identificar o termo inicial, de modo que, enquanto persistir a omissão do poder público que viole direito líquido e certo o mandado de segurança é cabível⁷⁷.

O mandado de segurança coletivo se encontra disciplinado na Constituição Federal, art. 5º, LXX, que prevê a possibilidade de ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Não tendo sido indicados requisitos específicos para o mandado de segurança coletivo, deve-se entender que lhes são aplicáveis, como regra, os mesmos requisitos exigidos para a propositura do mandado de segurança individual.

O mais importante aspecto relacionado ao cabimento do mandado de segurança coletivo diz respeito a saber quais são os direitos passíveis de proteção por meio da ação – especialmente quando se tratar de mandado de

Federal, que doravante somente reconhece competência da Justiça do Trabalho para julgar mandados de segurança que envolvam matéria sujeita à sua jurisdição, exclui do âmbito destes Tribunais o julgamento de mencionadas ações, que passam a ser da competência da Justiça Federal.

⁷⁷ Nesse sentido vide RMS-24119/DF, noticiado no Informativo STF n.º 268:

(...)19. No mais, o writ dirige-se contra pretensão ato omissivo do impetrado, que teria deixado de admitir os impetrantes. Há que se enfrentar a questão afeta à decadência, já que decretada pelo acórdão recorrido. 20. É certo que, tratando-se de ato omissivo, não há como, na maior parte dos casos, identificar o termo inicial da omissão para fins de fluência do prazo decadencial. Isso ocorre porque em geral não existe prazo normativo para a prática do ato, circunstância que implica a renovação contínua da inércia. 21. Há, no entanto, outras situações em que a lei ou o ato regulamentar fixam prazo para o administrador atuar e que, não o fazendo, estará, conforme o caso, tacitamente deferindo ou negando a pretensão dos destinatários do ato administrativo não materializado. Nessas hipóteses, esse prazo fatal importa no fim da inércia, pois desde então não pode ser considerado omissivo o administrador que não mais detém autorização legal para o ato. A propósito, oportuna a lição de Hely Lopes Meirelles, verbis : "Quando a norma limita-se a fixar prazo para prática do ato, sem indicar as consequências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio. (...) No Direito público" o silêncio "pode valer como aceitação ou rejeição do pedido" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 17ª ed., p. 99). 22. Para Sérgio Ferraz, cuidando-se de ato omissivo "não flui o prazo, a não ser que a lei ou o regulamento fixem momento fatal para a prática, hipótese em que, após sua incidência in albis, começa a correr o lapso da ecludente caducária". ("Mandado de Segurança - individual e coletivo - aspectos polêmicos", Malheiros, 3ª ed. P. 132). (...).

segurança coletivo proposto pelas entidades representativas indicadas na aliena 'b' do supracitado art. 5º, LXX –, se seriam direitos individuais da categoria ou direitos coletivos.

A dúvida tende a ser resolvida em favor da tese de que o mandado de segurança coletivo deve ser proposto para a defesa dos direitos individuais dos associados. Essa constatação decorre da elaboração das Súmulas n.º 629 e 630 do STF. A primeira delas, a Súmula 629, dispõe que a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes. A segunda, de n.º 630, afirma que a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interessa apenas a uma parte da respectiva categoria.

Ao enunciar essas Súmulas, o STF deixa inequívoca a sua compreensão de que os direitos a serem defendidos são de interesse dos associados, e não interesses genéricos ou difusos.

Fixada essa regra, as demais normas pertinentes ao mandado de segurança individual se aplicam automaticamente ao mandado de segurança coletivo.

5.2. Habeas corpus

As origens do habeas corpus remontam à Carta Magna inglesa, de 1215.

Entre nós, a ação foi originariamente prevista no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, e, desde 1891, tem estatura constitucional.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXVIII, conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Dispõe ainda o texto constitucional (art. 5º, LXXVII) acerca da sua gratuidade.

Dada a natureza penal desta medida judicial, não obstante seja apresentada como instrumento de controle judicial da atuação do Poder Público, deixamos de tecer maiores considerações haja vista não se inserir como instrumento que de controle ou prevenção da corrupção no Brasil.

5.3. Habeas data

O habeas data se trata de ação criada pela Constituição Federal de 1988 cujo objeto consiste em permitir ao interessado o **acesso a informações** de seu particular interesse

constantes de registros de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem para a **retificação de dados** ali constantes.

Nos termos da Constituição Federal (art. 5º, LXXII), conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A ação está regulamentada pela Lei n.º 9.507, de 1997. Nela é definido o processo a ser observado na tramitação do habeas data, bem como é acrescentada nova situação em que a ação é cabível: para permitir a **anotação de esclarecimentos ou justificativas** no registro de dados (art. 7º da Lei 9.507/97).

O bem jurídico tutelado pelo habeas data – o **direito à informação** – é igualmente amparado pelo art. 5º, XXXIII do texto constitucional, que dispõe que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A simples leitura dos dois incisos do art. 5º (XXXIII e LXXII) da Constituição Federal leva à conclusão de que, não obstante estejam voltados à proteção do direito de obter informações, o alcance da regra contida no art. 5º, inciso XXXIII, é mais amplo do que o mencionado no inciso LXXII do mesmo artigo, que cuida do habeas data. Este último somente trata de informações relativas à pessoa do impetrante, ao passo que a regra contida no inciso XXXIII do art. 5º trata de informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Ademais, tão-somente em relação às informações de interesse coletivo ou geral poderá ser conservado o sigilo da informação, desde que este seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Caso o interessado solicite ao órgão ou entidade pública o acesso a informação do seu interesse particular, a Constituição Federal não prevê qualquer hipótese ou argumento que autorize o ente público a recusar a solicitação. Se houver a negativa, o interessado estará legitimado a propor o habeas data. Se, ao contrário, o interessado solicitar o acesso a informações de interesse coletivo ou geral, havendo recusa do poder público no seu fornecimento, deve o interessado buscar outro instrumento jurídico (mandado de segurança, ação ordinária etc.). Neste último caso, se a recusa do poder público em fornecer a informação tiver por fundamento a segurança da sociedade ou do Estado, o argumento será submetido ao crivo judicial que poderá determinar o acesso à informação.

5.4. Mandado de injunção

O mandado de injunção se encontra disciplinado no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Dispõe a regra constitucional que será concedido o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nos termos da Constituição Federal, são fixados dois **requisitos** para a concessão do mandado de injunção:

- a falta de norma regulamentadora; e
- a impossibilidade de exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A falta de técnica na redação do texto constitucional é evidente e tem resultado em infundáveis controvérsias sobre o tema.

De acordo com o texto constitucional, o direito do interessado a ser tutelado por meio do mandado de injunção deve existir e decorrer da Constituição Federal, não sendo possível o exercício desse direito em razão da inexistência de regulamentação. Esta, a regulamentação necessária ao exercício do direito, nos termos da Constituição, constituiria o ponto central da discussão no mandado de injunção.

5.5. Ação popular

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXIII, dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ação, que constitui um dos mais importantes mecanismos que permite aos cidadãos o controle direto sobre a atividade administrativa do Estado, se encontra regulamentada pela Lei n.º 4.717, de 1965.

Os bens jurídicos tutelados pela ação popular são:

- o patrimônio público;
- a moralidade administrativa; e

- o meio ambiente.

Não obstante o texto constitucional estabeleça distinção entre patrimônio público e patrimônio histórico e cultural, a primeira expressão - patrimônio público - é suficientemente ampla para compreender não apenas o patrimônio histórico e cultural como igualmente qualquer outro bem de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, conforme dispõe o art. 1º, § 1º, da mencionada Lei da Ação Popular.

A legitimidade ativa para a ação é reconhecida pela Constituição Federal a qualquer cidadão⁷⁸, independentemente da existência da violação de direito subjetivo próprio.

Poderão figurar no polo passivo da ação:

- as pessoas públicas ou privadas e as entidades mencionadas⁷⁹ pelo art. 1º da Lei n.º 4.717/1965;
- as autoridades, os funcionários ou os administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão; e
- os beneficiários diretos do ato impugnado.

O objeto do pedido na ação, conforme expressamente indicado no texto constitucional, é a anulação do ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Além da anulação do ato, o art. 11 da Lei 4.717/1965 menciona a possibilidade de os responsáveis pela prática do ato e os beneficiários serem condenados em perdas e danos.

Outra questão relevante acerca do tema diz respeito à eficácia erga omnes da sentença que julga a ação popular. Nos termos do art. 18 da Lei n.º 4.717/1965, a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

As razões para a adoção desta solução pela lei são evidentes. Em razão de o autor da ação não defender interesse próprio, mas o patrimônio público, a moralidade e o meio ambiente, a decisão proferida não interessa apenas ao autor, mas a toda a sociedade. Desse modo, se a ação for julgada procedente ou improcedente a eficácia erga omnes da decisão permite que qualquer pessoa, ainda que não tenha sido parte, possa dela se utilizar. Se,

⁷⁸ Nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei n.º 4.717/1965, a qualidade de cidadão deve ser demonstrada na inicial por meio da juntada de cópia do título eleitoral.

⁷⁹ O art. 1º da Lei n.º 4.717/1965 faz referência ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

todavia, a ação for julgada improcedente e tiver por fundamento falta de provas, a decisão não fará coisa julgada e o pedido poderá ser reiterado pelo mesmo autor ou por terceiro.

Caso o Ministério Público deseje questionar a legitimidade de ato que cidadão impugnar por meio da ação popular, deverá fazê-lo por meio de instrumento jurídico apropriado, de que seria exemplo a ação civil pública.

Não obstante o Ministério Público não tenha legitimidade para propor a ação popular, ele deve ser sempre intimado para acompanhar a ação. Atua, portanto, como fiscal da lei, podendo manifestar-se pelo deferimento ou indeferimento do pedido formulado.

Nos termos da Lei n.º 4.717/65, o Ministério Público:

- acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores (art. 6º, § 4º);

- providenciará para que as requisições de documentos ou informações solicitadas pelo autor ou por ele próprio sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz (art. 7º, § 1º);

- poderá promover o prosseguimento da ação se o autor dela desistir ou der motivo à absolvição da instância - faculdade igualmente conferida a qualquer cidadão (art. 9º);

- promoverá a execução da sentença⁸⁰ se, decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, o autor ou terceiro não tiver promovido a respectiva execução (art. 16);

- poderá recorrer das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação - faculdade igualmente conferida a qualquer cidadão (art. 19).

A Lei n.º 4.717/65, em seu art. 21, estabelece que a prescrição da ação popular ocorre em cinco anos. Cotejada essa regra com o texto constitucional, chega-se à conclusão de que o prazo de cinco anos previsto na lei somente se aplica à ação se o seu objetivo for a anulação do ato administrativo. Se a ação tiver o propósito de obter ressarcimento de danos sofridos pelo erário, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, ela poderá ser proposta a qualquer tempo.

A ação popular segue procedimento ordinário (Lei n.º 4.717/65, art. 7º).

⁸⁰ Nos termos da Constituição Federal, art. 129, IX, é vedado ao Ministério Público representar judicialmente as entidades públicas. Nesses termos, a regra contida na Lei n.º 4.717/65, interpretada em cotejo com a vedação constitucional, resulta na impossibilidade de o Ministério Público promover a execução da sentença com vista ao ressarcimento dos danos sofridos pela entidade pública. Esta tarefa é conferida às procuradorias e órgãos de advocacia pública das respectivas entidades. Cumprido ao Ministério Público promover a execução da sentença, conforme menciona o art. 16 da Lei da ação popular no sentido de que deve acompanhar e adotar providências vista a torná-la efetiva, e não de promover sua execução judicial.

5.6. Ação civil pública

Diversamente do que se verifica com as ações até o momento examinadas (mandado de segurança, habeas data, habeas corpus e mandado de injunção), que são disciplinadas pelo texto constitucional dentro dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal faz referência à ação civil pública quando trata das atribuições do Ministério Público. O art. 129, III, do texto constitucional afirma que é uma das funções institucionais do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O objetivo básico da ação civil pública é promover a defesa dos interesses difusos e coletivos. Nos termos do art. 1º da Lei n.º 7.347/1985, regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

VI - por infração da ordem econômica.

A ação civil poderá ter por objeto, nos termos do art. 3º da Lei n.º 7.347/85, a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Além do Ministério Público, têm legitimidade para propor ação civil pública a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação constituída há pelo menos um ano que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Se o Ministério Público não for parte – hipótese em que a ação foi proposta por qualquer dos outros legitimados –, ele atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (Lei n.º 7.347/85, art.5º, § 1º), e em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (Lei n.º 7.347/85, art.5º, § 3º).

Em relação ao sujeito passivo, dispõe a lei que a ação civil pública poderá ser proposta contra qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que viole qualquer dos direitos difusos mencionados.

Outras regras relativas à ação popular estudadas no item anterior deverão ser observadas na tramitação da ação civil pública, inclusive em relação à possibilidade de a sentença civil produzir efeitos erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (Lei n.º 7.347/85, art. 16).

5.7. Ação de improbidade

A ação de improbidade é mencionada pela Constituição Federal que, em seu art. 37, § 4º, dispõe, in verbis:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A ação de improbidade administrativa se encontra disciplinada pela Lei n.º 8.429, de 1992.

O primeiro aspecto a ser enfrentado no estudo desta ação diz respeito à definição da sua natureza jurídica.

A grande dificuldade para a definição da natureza jurídica da ação resulta da diversidade das sanções passíveis de aplicação em razão de condenação pela prática de ato de improbidade. A Constituição Federal menciona suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário. A estas sanções, o art. 12 da Lei de Improbidade acrescenta outras: pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Diante desse quadro, qual a natureza jurídica de ação que pode resultar na aplicação de tão variadas sanções?

A primeira conclusão a que se chega, em razão de expressa disposição constitucional, é a de que não se trata de ação penal (os atos de improbidade administrativa importarão ..., sem prejuízo da ação penal cabível - grifamos).

Não se trata igualmente de processo administrativo. Estes são conduzidos perante autoridades administrativas e se submetem às regras do Direito administrativo. A ação de improbidade administrativa é conduzida perante juiz e observa o Direito processual civil.

Chega-se, então, à conclusão de que se trata de ação civil, conclusão reforçada pela determinação feita pelo art. 17, § 3º, da Lei n.º 8.429/92, que determina a aplicação à ação de improbidade administrativa das regras pertinentes à ação civil pública.

A ação de improbidade administrativa constitui, conforme bem observa Maria Sylvia di Pietro (p. 765) à tentativa de harmonização de dois importantes princípios da Administração Pública - legalidade e moralidade -, em que se busca, por meio de hipóteses descritas em lei (legalidade), tipificar condutas contrárias à moralidade administrativa.

Haja vista se tratarem de ilícitos civis, é possível utilizar tipologia mais aberta que a admitida pelo Direito penal. Basta, nesse ponto, examinar o disposto no art. 11 da lei, que descreve como ato de improbidade aquele que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...).

A legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade (art. 17 da Lei de Improbidade) é conferida ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada⁸¹.

A legitimidade passiva na ação é reconhecida aos agentes públicos e àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

Nesse ponto, revela-se de grande importância o conceito de agente público apresentado pela lei (art. 2º):
Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Quando se examina a legitimidade passiva na ação de improbidade administrativa, a discussão se torna tormentosa quando envolve agente com foro privilegiado.

Haja vista a ação de improbidade ter natureza civil, não se lhe poderia simplesmente estender o foro privilegiado criminal. Com o propósito de resolver a questão, a Lei n.º 10.628, de 2002, alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal de modo a assegurar às autoridades processadas em ações de improbidade a mesma prerrogativa que teriam se fossem demandadas criminalmente. Vale dizer, se determinada autoridade, nos termos da Constituição

⁸¹ As pessoas jurídicas interessadas estão descritas no art. 1º da lei. São elas as entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (art. 1º caput), bem como a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (art. 1º, parágrafo único).

Federal, responde criminalmente perante o STJ, perante este foro deveria ser igualmente proposta a ação de improbidade administrativa.

Ao argumento de que lei não poderia estender o foro especial a outras hipóteses além daquelas expressamente mencionadas no texto constitucional, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e a Associação dos Magistrados Brasileiros propuseram as ADI n.º 2.797/DF e 2.860/DF que resultaram na declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do Código de Processo Penal inseridos pela Lei n.º 10.628/2002. Em resumo, não se pode mais falar - salvo eventual mudança no texto constitucional - de foro privilegiado para ação de improbidade administrativa.

A não aplicação das regras do foro privilegiado à ação decorrente da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos acima referidos suscita outra questão: Poderia juiz de 1º grau determinar a perda de cargo do Presidente da República ou de alguma outra autoridade pública sujeita a foro penal privilegiado?

A questão não é banal e requer interpretação da Lei de Improbidade em conformidade com a Constituição Federal.

O texto constitucional prevê, por exemplo, que o Presidente da República (art. 52), os Deputados Federais e os Senadores (art. 55) poderão perder seus cargos de acordo com critérios e procedimentos especiais definidos na própria Constituição Federal. Definidos esses critérios, não seria correto o raciocínio que levasse à conclusão de que a ação de improbidade proposta contra referidas autoridades poderia igualmente resultar na perda desses cargos. Ora, se a Constituição Federal define mecanismos especiais para a perda dos mencionados cargos, lei não pode definir solução diversa ou por meio de mecanismos distintos daqueles indicados no texto constitucional.

Isto não importa em afastar a aplicação da Lei de Improbidade a mencionadas autoridades ou em tornar-lhes imunes às regras nela previstas. Deve-se concluir tão-somente que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a mencionadas autoridades não pode resultar na aplicação da pena de perda do cargo⁸².

A lei divide os atos de improbidade administrativa em três diferentes categorias:

- ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito (art. 9º);
- ato de improbidade que causa prejuízo ao erário (art. 10); e
- ato de improbidade que viola princípio da Administração Pública (art. 11).

⁸² Idêntica conclusão é adotada pela ilustre Professora Maria Sylvia di Pietro (p. 781). Afirma a autora que isso não significa que a tais autoridades não se aplique a lei de improbidade administrativa. Ela aplica-se de forma limitada, porque não pode resultar em aplicação de pena de perda de cargo.

A maioria das condutas descritas na lei como atos de improbidade têm natureza dolosa. Há hipóteses, todavia, em que o ato de improbidade admite a forma culposa. Podemos apresentar como exemplo desta última categoria a hipótese indicada no art. 10, X (agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público).

As sanções decorrentes da prática do ato de improbidade irão variar em função da categoria do ato praticado. Desse modo, nos termos definidos pelo art. 12 da lei, independentemente da possível aplicação de outras sanções de natureza penal, civil e administrativa, o responsável pelo ato de improbidade se sujeita às seguintes cominações:

- na hipótese de ter sido praticado ato de que importe enriquecimento ilícito (art. 9º): perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (art. 12, I);

- na hipótese de ter sido praticado ato de improbidade que cause prejuízo ao erário (art. 10): ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (art. 12, II); e

- na hipótese de ter sido praticado ato de improbidade que viole princípio da Administração Pública (art. 11): ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (art. 12, III).

Ainda sobre a aplicação das sanções, a lei, em seu art. 12, parágrafo único, estabelece que na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Fixa-se, desse modo, a necessidade de ser observado o critério de dosimetria na aplicação das sanções mencionadas. É possível, por exemplo, que o juiz julgue procedente a ação de improbidade que cause dano ao erário, determine a ressarcimento ao erário, mas não a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos.

No que toca à aplicação das sanções, cabe observar que a lei expressamente veda transação, acordo ou conciliação (art. 17, § 1º) e determina que as penas de perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20).

A lei prevê - arts. 14 a 16 - regras a serem observadas na tramitação administrativa preliminar à propositura da ação de improbidade, além de dispor expressamente acerca da possibilidade de ser adotada, por meio de medida cautelar, o seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

A ação principal segue o rito ordinário e o Ministério Público, quando não atuar como parte, intervirá no processo necessariamente como fiscal da lei (art. 17).

Acerca da prescrição, dispõe o art. 23 da lei que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

5.8. Outras ações

Além das ações mencionadas nos itens anteriores, diversas outras igualmente se prestam para provocar o controle judicial da atividade administrativa do Estado. Por exemplo, se for editado ato de caráter normativo por unidade administrativa federal ou estadual que viole a Constituição Federal, o ato pode ter sua validade questionada perante o Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, inúmeras resoluções editadas por Tribunais Regionais do Trabalho que concediam aos magistrados e servidores vantagens ou benefícios foram questionadas e declaradas inconstitucionais pelo eg. STF, o que demonstra a importância da medida para garantir o controle da atividade administrativa do Estado.

Ações ordinárias, de natureza declaratória ou condenatória, igualmente se prestam para provocar o controle judicial da Administração Pública.

É importante observar, finalmente, que não obstante o controle judicial constitua fundamento básico do Estado democrático de direito, ele não pode ser utilizado de modo a substituir ou a inviabilizar a atuação do Estado. A concessão de inúmeras liminares, muitas vezes cassadas posteriormente pelas instâncias superiores, têm causado sérios transtornos ao normal desenvolvimento da atividade pública e imensos prejuízos financeiros ao País.

O ponto de equilíbrio entre o efetivo controle judicial – que, em nosso entender, deve examinar inclusive aspectos relacionados à economicidade da atuação administrativa – e o normal e correto funcionamento da atividade administrativa pública deve ser buscado em benefício da própria sociedade. Decisões corporativas, tão comuns em matéria de controle judicial da Administração Pública, apenas danos causam à democracia brasileira.

6. Efetividade e dados acerca da atuação do Poder Judiciário no combate à corrupção

No estudo sobre a magistratura no Brasil, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em fevereiro de 2006⁸³, vê-se a preocupação manifestada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal acerca da ausência de dados sobre a atuação do Poder Judiciária e sobre a administração da Justiça no Brasil –como a despesa com a Justiça por habitante, despesa em relação ao PIB, número de casos por magistrado em cada justiça em cada instância, taxa de recorribilidade, taxa de reforma, número de pessoas atendidas etc, o que é positivo. Mas não há dados sobre os tipos de processo, seu conteúdo ou sua solução.

É possível afirmar que as ações criminais ou de improbidade são lentas, que são ilimitados os recursos previstos na legislação, ou que é praticamente impossível manter uma condenação criminal em razão do cabimento de sistemáticos e sucessivos recursos pelo exame de casos concretos, e não em razão de serem divulgados dados estatísticos acerca da atuação judiciária. Este, aliás, foi um dos motivos que nos levou a realizar a pesquisa apresentada no Capítulo IV desta tese a partir de informações coletadas pela imprensa, e não por meio de acesso a informações fornecidas diretamente pelo Poder Judiciário. Quando se buscam dados acerca da atuação do Poder Judiciário, como saber se o sistema de combate à corrupção funciona sem que haja informações sobre os processos judiciais de corrupção?

Quantos procedimentos administrativos foram abertos, e sobre qual base de denúncias? E quantos procedimentos administrativos findaram por gerar processos judiciais? Foram propostas ações civis ou ações criminais a partir dos dados obtidos nos processos administrativos? Proposta a ação, houve sentença? Condenatória? Houve recuperação de recursos públicos? Essas perguntas precisam ser respondidas para que a sociedade possa saber se os recursos investidos em controle e combate à corrupção geram resultados.

Pesquisa realizada na Fundação Getúlio Vargas por Luciana Gross Cunha e outros⁸⁴ sobre o Judiciário, por exemplo, a respeito da produção e utilização de informações nesse poder, entre 2003 e 2004, concluiu que: (a) a maioria das informações disponíveis é subutilizada ou mesmo desperdiçada; (b) com exceção da Justiça Trabalhista e da Justiça Federal, não existe no Brasil um sistema integrado de informações judiciais; (c) dentro dos tribunais de

⁸³ “A Justiça em números – Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário”, Conselho Nacional de Justiça, (<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/JusticaEmNumeros2004.pdf>).

⁸⁴ “Pesquisa: Sistema Judicial Brasileiro”, Relatório – junho de 2004, Luciana Gross Cunha, Alexandre Santos Cunha, Flávia Scabin, Mariana Macário e Marcelo Issa. (<http://www.edesp.edu.br/files/artigos/relatorio%20bird%20corrigido.pdf>)

Justiça raramente existe comunicação de dados entre a primeira e a segunda instâncias, nem entre o tribunal e o Ministério Público e as procuradorias do estado e do município; (d) não existe uniformidade na escolha dos critérios utilizados para classificar os dados, o que dificulta tanto as análises comparativas, quanto a formulação de índices de desempenho; (e) apesar de a maioria dos tribunais possuir sistemas informatizados de acompanhamento processual, esses sistemas não produzem dados, informações ou estatísticas, apenas servem para permitir o acompanhamento do andamento do processo.

A percepção generalizada acerca da atuação do Poder Judiciário, no Brasil, é a de sua falta de efetividade. Lentidão, cabimento de recursos em excesso, volume excessivo de processos são lugares comuns quando se examina a efetividade da atividade jurisdicional. Cria-se a sensação de que o Poder Judiciário mais atrapalha do que ajuda no combate à corrupção, fato que pode ser atribuído –por mais contraditório que possa parecer– ao princípio na inafastabilidade da apreciação judiciária. Ou seja, a possibilidade de os atos da Administração Pública poderem ser levados à apreciação do Poder Judiciário, apresentado historicamente como um dos fundamentos do Estado de Direito, acaba por tornar importantes mecanismos administrativos de controle do Estado inoperantes. Ou seja, medidas adotadas administrativamente pelos órgãos de controle acabam por se tornar inefetivas na medida em que podem ser levadas à apreciação judicial e terem que ser apreciadas em processos judiciais que jamais têm fim.

Importante aspecto relativo ao Poder Judiciário brasileiro diz respeito à instituição, em razão da aprovação da Emenda n.º 45/2004 à Constituição Federal, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Uma das dificuldades para o controle da atividade judiciária brasileira está relacionada à adoção do sistema federativo no país. Em função do princípio federativo, nada podia ser feito pelos órgãos judiciários federais, ou pelos Tribunais superiores, em relação aos Tribunais de Justiça, que integram as estruturas do Poder Judiciário dos Estados-federados.

Com a aprovação da referida Emenda Constitucional n.º 45/2004, buscou-se criar órgão integrante do Poder Judiciário nacional com atribuições de controle da atuação administrativa e financeira de todos os órgãos do Poder Judiciário federal ou dos Estados.

Possui o CNJ atribuições igualmente voltadas para aferir o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Ou seja, não obstante se trate de órgão administrativo integrante da própria magistratura, ele não está vinculado a qualquer instância federal ou estadual, dispondo de competência para exercer controle administrativo e disciplinar de todos os juízes brasileiros.

O CNJ é composto por quinze conselheiros indicados a partir de critérios definidos pela Constituição Federal dentre magistrados, em sua maioria. Participam ainda do CNJ representantes do Ministério Público e da sociedade civil, indicados, estes últimos, pelo Congresso Nacional.

As principais atribuições do CNJ estão previstas art. 103-B da Constituição, e regulamentadas em seu próprio regimento interno. São elas:

- zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações;
- definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário;
- receber reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados;
- julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas;
- elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, além da instituição do CNJ, trouxe alguns mecanismos processuais que objetivam dar maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça, de é exemplo a criação do sistema de súmulas vinculantes.

A preocupação maior que resultou na instituição do CNJ –certamente a mais importante medida de combate à corrupção no âmbito do Poder Judiciário brasileiro adotada nos últimos anos– foi a de buscar ou de garantir maior celeridade processual e efetividade das decisões judiciais. Deve-se esperar que, em conjunto com os tribunais judiciários de todo o País, este órgão de controle seja capaz de diagnosticar os problemas relacionados à morosidade e à corrupção na atuação judicial, e que possa adotar medidas efetivas para a correção dos problemas identificados.

Bom exemplo de atuação do CNJ pode ser verificado por ocasião da edição da Resolução CNJ n.º 7, de 2005, por meio da qual foi vedada a nomeação de parentes de magistrados para cargos em comissão no âmbito do Poder Judiciário.

A atuação do CNJ –como importante instrumento de combate à corrupção judiciária– certamente mereceria maior atenção do que a que lhe é dispensada. Não se insere a atuação do CNJ, todavia, no objeto desta tese de doutorado, cujo enfoque está relacionado ao combate à corrupção no âmbito da Administração Pública brasileira.

Ainda acerca da efetividade da atuação do Poder Judiciário brasileiro, vale mencionar a instituição de varas federais criminais especializadas em crimes de lavagem de dinheiro. Possuem esses juizados atribuições para atuar (1) no processo e julgamento da ação penal e dos processos incidentes, como seqüestro e arresto, (2) na autorização para medidas de investigação especial, como quebra de sigilo bancário e fiscal, interceptação telefônica e outros, (3) no controle do trâmite do inquérito policial e (4) na fiscalização e acompanhamento da execução das penas.

Acerca da atuação do Poder Judiciário no combate à lavagem de dinheiro, vale mencionar trabalho de auditoria realizado pelo Tribunal de Contas da União (processo TC-012.129/2006-6), cujo trecho é a seguir transcrito:

“Em linhas gerais, por meio de levantamento de informações que contou com a colaboração das varas federais criminais especializadas em lavagem de dinheiro no Pará, Paraná, em Pernambuco, no Espírito Santo, no Mato Grosso do Sul, no Ceará, no Maranhão, em São Paulo, na Bahia e no Distrito Federal, ficaram evidenciadas as seguintes dificuldades para o pleno funcionamento de varas federais criminais especializadas no processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro: (1) falta de especialização de turmas nos Tribunais Regionais Federais, exclusivamente, em processos criminais (salvo TRF4, que tem duas turmas); (2) distribuição de processos em desconformidade com orientação do CJF no TRF da 5ª Região às

varas especializadas em lavagem de dinheiro; (3) especialização não-exclusiva em crimes de lavagem de dinheiro e financeiros das varas especializadas; (4) insuficiência de recursos humanos para varas federais criminais especializadas; (5) dificuldade do Poder Judiciário em apresentar planejamento de longo prazo da atividade jurisdicional; (6) dificuldade em avaliar o andamento processual, por meio de estatísticas, por falta de sistema institucional com arquitetura apropriada; (7) sistema informático da Justiça com deficiência quanto à comunicação com outros sistemas; (8) disponibilização incipiente de cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento no tema de lavagem de dinheiro a juízes e principalmente a servidores nas áreas afetas à atividade da vara federal criminal e, em especial, nas áreas de direito financeiro e bancário, bem como dos setores econômicos em que atuam as empresas definidas no art. 9º da Lei n. 9.613/1998; (9) infra-estrutura e equipamentos (especialmente de informática) insuficientes para atender às necessidades da Vara Federal Criminal no desempenho de suas atribuições [PE]; e (10) dificuldade operacional na administração de bens, direitos e valores decorrentes de seqüestro e de arresto, em especial em lavagem de dinheiro.

As dificuldades diagnosticadas pelo TCU na atuação do Poder Judiciário no combate à lavagem de ativos pode ser estendida ao combate à corrupção. A rigor, a inexistência de planejamento adequado quanto a atuação do Poder Judiciário leva às seguintes conseqüências:

- demora dos julgamentos dos recursos criminais, morosidade do processo, falta de efetividade e prescrição;
- demora dos julgamentos das ações criminais, morosidade do processo, falta de efetividade, demora dos tramites dos inquéritos e da investigação criminal e prescrição criminal;
- descontinuidade nos processos de trabalho, desmotivação dos servidores que permanecem na vara, desvio de função dos servidores e sobrecarga de trabalho;
- ineficiência, impunidade, congestionamento da máquina administrativo-jurisdicional, prejuízo ao foco nos processos de crimes mais graves;
- impedimento a uma avaliação panorâmica da atuação do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, dificuldade para o planejamento a longo prazo;
- dificuldade de uma avaliação panorâmica da atuação, pois a ausência de transparência na atuação do Poder Judiciário no combate à corrupção pode desestimular os demais operadores do sistema; e

- perda, desvalorização, dano ou depreciação acelerada de bens, direitos ou valores, perda de eficiência da administração judiciária e possíveis ações judiciais de ressarcimento desses bens depreciados.

Para aperfeiçoamento da atuação do Poder Judiciário é indicada a adoção das seguintes medidas:

- diminuir o tempo da instrução penal, realizando, por exemplo, uma audiência para colheita de todas as provas;
- conferir às sentenças de primeiro grau uma eficácia mais concreta, independente de, excepcionalmente, permitir a concessão de efeito suspensivo a recursos criminais;
- permitir alienação antecipada de bens seqüestrados e arrestados, móveis ou imóveis, em processo criminal;
- viabilizar que o Departamento de Polícia Federal e o Ministério Público Federal dêem maior foco a casos de crimes mais graves;
- eliminar ou restringir o benefício do foro privilegiado.

VII. Órgãos do Poder Executivo de controle da Administração Pública e de combate à corrupção

Dentro da estrutura administrativa do Poder Executivo brasileiro, podem ser indicados como principais órgãos incumbidos de combater a corrupção:

- Departamento da Polícia Federal;
- Controladoria-Geral da União – CGU; e
- Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

Importante medida adotada no âmbito do Poder Executivo diz respeito à instituição da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, criada em 2003, que pode ser definida como a primeira tentativa de articulação dos órgãos do Governo Federal para o estabelecimento de uma política nacional de combate aos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro. Na ENCCLA, representantes dos mais importantes órgãos de

controle da Administração Pública federal buscam indentificar os problemas existentes e definir os principais objetivos para a construção de um sistema de combate aos ilícitos relacionados à corrupção. Três importantes metas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro foram estabelecidas pela ENCCLA:

- 1) a elaboração de anteprojeto de lei para aperfeiçoar a troca de informações sigilosas entre órgãos e entidades públicos de controle, prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos;
- 2) o desenvolvimento de programa de altos estudos sobre corrupção e lavagem de dinheiro para o Poder Judiciário; e
- 3) elaboração de anteprojeto de lei ampliando os prazos prescricionais penais, criando novos marcos interruptivos.

Vê-se que, não obstante se trate de importante medida de integração dos órgãos de controle, sua atuação ainda é incipiente e não logrou o ENCCLA, ao menos até o momento atual, promover a efetivação dos seus objetivos, especialmente no que diz respeito à atuação conjunto e harmonioza dos órgãos que não integram a estrutura do Poder Executivo.

Examinaremos, em seguida, os principais órgãos de controle da Administração Pública federal que integram a estrutura do Poder Executivo federal.

1. Departamento de Polícia Federal - DPF

No Brasil, em razão da adoção do sistema federativo, a Constituição Federal prevê a existência da Polícia Federal, órgão ligado ao Ministério da Justiça e encarregado de investigar o suborno transnacional sempre que este ocorrer em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, ou quando a infração tenha repercussão interestadual ou internacional e exigir repressão uniforme. O Departamento de Polícia Federal – DPF do Ministério da Justiça possui atribuições para prevenção e repressão de crimes, podendo, no exercício desse mister, proceder às necessárias investigações.

Acerca das atribuições da Polícia Federal, os §§ 1º e 4º do artigo 144 da Constituição Federal dispõem:

“Art. 144.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.”

Nos termos do § 1º do art. 144 da Constituição da República e do § 7º do art. 27 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, o DPF possui competência para investigar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas; outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; contrabando e o descaminho de bens e valores etc.

Não obstante disponha de atribuições para investigar crimes contra a Administração Pública federal, o que evidentemente importa em conferir à Polícia Federal competência para investigar atos diretamente relacionados ao desvio e à fraude com recursos públicos federais, ou seja, não obstante seja inequívoca a vocação da Polícia Federal para investigar atos de corrupção no âmbito federal, somente a partir do ano de 2003 a Polícia Federal brasileira passou a realizar operações para investigar crimes contra a Administração Pública utilizando-se, para tanto, de importante recursos ou instrumentos, especialmente a escuta telefônica e o acesso a informações protegida pelo sigilo bancário – investigações que pressupõem a necessária autorizaçãojudicial.

O Departamento de Polícia Federal - DPF, criado mediante a Lei n. 4.483, de 16/11/1964, é organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, com autonomia administrativa e financeira, diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Justiça.

As atribuições afetas à Polícia Federal compreendem investigações relacionadas ao crime de lavagem de dinheiro, que ficam sob o encargo da Divisão de Repressão a Crimes Financeiros – DFIN, subordinada à Diretoria de Combate ao Crime Organizado – DCOR, competindo-lhe prioritariamente planejar, orientar, coordenar, avaliar e promover as atividades policiais de recuperação de ativos financeiros nacionais, objetos de desvio ilícito para o exterior, e aquelas de investigação, prevenção e persecução a crimes de grande potencial ofensivo praticados em desfavor do Sistema Financeiro Nacional, dos crimes de ocultação de bens, direitos e valores e outros correlatos, praticados por organizações criminosas, que também tenham repercussão interestadual ou internacional. Cabe-lhe também promover o intercâmbio de informações com suas unidades correspondentes descentralizadas, tendo em vista a melhoria dos procedimentos operacionais, e com os demais integrantes do GGI-LD.

O DPF conta em sua estrutura com a Diretoria-Geral, em Brasília, e suas subunidades, 27 superintendências regionais nos estados e ainda 3 adidos policiais federais e 3 auxiliares junto a representações diplomáticas na América do Sul.

Como polícia judiciária, são desenvolvidas ações de inteligência, investigações criminais reativas (por solicitação do Ministério Público, Justiça Federal ou notícia-crime recebida) ou proativas, todas consubstanciadas em inquéritos policiais. Visam usualmente reprimir ação delitiva continuada de organizações criminosas, dotadas de elevado grau de sigilo, para evitar destruição de provas, e empregam as técnicas tradicionais de investigação e outras previstas em leis especiais. O objetivo das investigações é comprovar a ocorrência das infrações penais, identificar os autores, desarticular os grupos criminosos e recuperar os proventos dos crimes.

A DFIN tem como escopo realizar planejamentos voltados à detecção de atividades suspeitas de lavagem de dinheiro por meio de atividades de inteligência policial, usando as mais diversas fontes de informações, tais como a coleta e análise de dados de investimentos mobiliários, evidências de sinais de riqueza sem aparente fonte de renda, acompanhamento de padrão de vida nos noticiários, monitoramento de viagens de pessoas para países conhecidos como “paraísos fiscais”, além de buscar e receber informações produzidas em outras investigações policiais.

As notícias-crime são controladas de duas formas: (1) se recebidas do Ministério Público Federal, Justiça Federal ou outras entidades públicas ou delações anônimas (ou não), são registradas no Sistema Nacional de Acompanhamento de Processos (SIAPRO) e destinados à Corregedoria-Geral para análise preliminar e posterior remessa à delegacia especializada; caso instaurado o inquérito, é feito o registro no Sistema Nacional de Procedimentos – SINPRO; (2) se recebidas do setor de inteligência ou do COAF ou outros órgãos de inteligência, é feita uma análise prévia quanto à oportunidade e conveniência de investigação preliminar; caso a preliminar se confirme, o registro é feito na própria DELEFIN; se instaurado o inquérito, o registro é feito no SINPRO.

Por meio do Sistema Nacional de Procedimentos – SINPRO, sistema informatizado, o DPF promove o controle de todas as informações dos procedimentos cartorários, incluindo estatísticas de instaurações, indiciamentos, relatórios dos seus inquéritos policiais. Entretanto, não têm instrumento de acompanhamento e

controle do inquérito policial depois de relatado, sendo que, eventualmente a Justiça comunica ao DPF caso o inquérito tenha sido arquivado.

No âmbito da DFIN, foram instaurados no ano de 2004 o total de 1.035 (um mil e trinta e cinco) inquéritos de crimes contra o Sistema Financeiro e Lavagem de Dinheiro, sendo relatados 477 (quatrocentos e setenta e sete). No mesmo período, foram instaurados 3.081 (três mil e oitenta e um) inquéritos em todo o DPF relacionados aos crimes citados. Já no ano de 2005, no âmbito da DFIN foram instaurados 1.051 (um mil e cinquenta e um) Ipls, sendo relatados 379 (trezentos e setenta e nove) inquéritos. No ano de 2006 o número de inquéritos instaurados subiu para 4.611 (quatro mil seiscentos e onze), acompanhando esta tendência foram 1.952 (um mil novecentos e cinquenta e dois) relatados⁸⁵.

O DPF não tem acesso a sistema informatizado de controle do Poder Judiciário ou do Ministério Público Federal, não recebe, portanto, de forma sistemática, informações das citadas instituições.

Nada obstante a existência de controles independentes das informações em algumas unidades do DPF nos Estados, constata-se não haver sistema institucional nacional de registro e captura desses dados para tratamento parametrizado dessas informações: arquivamentos; inquéritos que resultaram em denúncias oferecidas; controle das notícias-crime encaminhadas a outros órgãos; situação atual das informações processadas pelo DPF; quantitativo de investigações; situação dos inquéritos iniciados; inquéritos relatados com indicação do montante e da localização dos ativos auferidos na atividade investigada, classificados por unidade da federação e tipo de crime; bens, direitos e valores (ocultados ou dissimulados) que tenham sido rastreados pelo DPF; dentre os bens, direitos e valores que foram rastreados, aqueles que foram localizados; solicitações de bloqueio e seqüestro de ativos; indiciamentos por lavagem de dinheiro.

Por conseguinte, seria imprescindível que o DPF implementasse sistema institucional de banco de dados que permitisse apurar os referidos dados na Unidade Central como também nas superintendências regionais, para fins de dispor de indicadores de desempenho necessários à avaliação e ao aperfeiçoamento de suas atividades.

O DPF conta com mais de 8 mil servidores (delegados, agentes, peritos, escrivães e papiloscopistas).

A inovadora atuação da Polícia Federal no combate à corrupção constitui, sem qualquer dúvida, a mais importante medida adotada nesta seara no Brasil nos últimos anos.

Conforme indicado neste Capítulo, os principais órgãos de controle da atividade administrativa do Estado brasileiro são, no plano federal, o Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União. Cuidam esses órgãos de fiscalizar os processos e os papéis relacionados ao gasto público. Nem sempre é possível identificar, todavia, a existência de fraude ou o cometimento de crime tão-somente por meio do exame das informações constantes dos processos, os quais, quase sempre, são instruídos pelas próprias pessoas que cometem os ilícitos.

⁸⁵ Fonte: processo TCU n.º TC-013.625/2004-2.

Recente investigação conduzida pela Polícia Federal –denominada operação Navalha⁸⁶– que desvendou o envolvimento da Construtora Gautama no pagamento de suborno para a obtenção de contratos públicos e para fraudar licitações, suborno que beneficiou servidores públicos, parlamentares e altos funcionários do Governo federal, já havia sido objeto de inúmeras decisões por parte do Tribunal de Contas da União que, em inúmeros processos havia identificado, por exemplo, falhas na fiscalização dos contratos, pagamento por etapas de contratos não executados e superfaturamento nos preços praticados pela empresa. Somente os instrumentos utilizados pela Polícia Federal foi possível comprovar que por trás desses contratos e das falhas previamente observadas pelo TCU havia imensa rede organizada de corrupção. A atuação do TCU na investigação de processos relacionados à referida empresa pode ser demonstrada pelas informações lançadas pelo próprio Tribunal de Contas em seu relatório de atividade⁸⁷

“O Tribunal de Contas da União já julgou sessenta processos envolvendo a Construtora Gautama e proferiu 93 decisões em que fez determinações corretivas aos órgãos contratantes ou responsabilizou os envolvidos em contratos irregulares. A título de exemplo, vale destacar que na construção de quatro barragens no Município de Poço Verde/SE, o TCU suspendeu a execução da obra, determinou anulação de licitação e converteu o processo em tomada de contas especial. Em Alagoas, as obras da Macro drenagem de Tabuleiro Martins tiveram a execução orçamentária vedada pelo Tribunal em 2005 por indícios de irregularidades. Em 2004, o TCU condicionou o aporte de recursos e a continuidade das obras de implantação do Projeto de Irrigação do Rio Preto/DF à adoção de medidas corretivas. A partir daquela decisão, a obra ficou proibida de receber recursos federais. A relação dos processos em tramitação no TCU envolvendo a Construtora Gautama está disponível no anexo “Deliberações em Processos Envolvendo a Construtora Gautama”, com identificação das principais decisões já adotadas no âmbito do processo. Informações complementares podem ser obtidas no Portal do TCU.”

Vê-se que não obstante a atuação do TCU em relação aos contratos da empresa Gautama, jamais este órgão de controle foi capaz, em razão do seu limitado poder de investigação que não compreende o acesso a informações protegidas pelo sigilo, de comprovar a existência da imensa rede de corrupção.

Para melhor compreensão da importância da atuação da Polícia Federal no combate a crimes relacionados à corrupção, elencamos algumas operações especiais conduzidas nos últimos anos⁸⁸:

⁸⁶ No Capítulo IV examinaremos diversos casos de corrupção. Dentre eles será dado destaque especial às operações conduzidas pela Polícia Federal e será feito o resumo do objeto dessas operações.

⁸⁷ Fonte: http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/RELATORIOS_INSTITUCIONAIS/RELATORIOS

⁸⁸ Fonte: Jornal O Globo. Edição de 20.5.2007, p. A4.

- 2003 – OPERAÇÃO ANACONDA – Teve o objetivo de investigar organização criminosa que intermediava venda de sentenças judiciais e atuava no Estado de São Paulo. Resultou na decretação da prisão preventiva de oito pessoas (dois delegados da própria Polícia Federal, um juiz federal e sua mulher, e quatro empresários) acusados de formação de quadrilha, prevaricação, tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, facilitação de contrabando, lavagem de dinheiro e concussão;
- 2004 – OPERAÇÃO VAMPIRO – Investigou grupo que agia há pelo menos treze anos no Ministério da Saúde fraudando licitações para a compra de produtos hemoderivados. Foram decretadas prisões de dezessete pessoas e um suspeito, que não teve a prisão decretada mas veio a ser indiciado no processo, foi o então Ministro da Saúde. Estima-se que o desvio ocorrido em todo o período em que o grupo atuou tenha causado prejuízo de US\$ 2 bilhões (dois bilhões de dólares norte-americanos);
- 2004 - OPERAÇÃO FAROL DA COLINA – Teve o objetivo de combater crimes financeiros, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. Ocorreu em oito Estados-membros e envolveu 800 (oitocentos) policiais federais. Foram expedidos 215 mandados de busca a apreensão e foram decretadas 123 prisões temporárias;
- 2004 – OPERAÇÃO MATUSALÉM – Teve o objetivo de desbaratar quadrilha formada por servidores do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, envolvidos em fraudes no repasse de recursos federais a Municípios do Estado do Amazonas. Foram decretadas 13 prisões;
- 2005 – OPERAÇÃO CURUPIRA - Investigou quadrilha composta por empresários e servidores públicos que fraudavam documentos para a extração e a comercialização de madeira na Amazônia. Segundo a Polícia Federal, a atuação do grupo teria transportado volume ilegal de madeira avaliado em mais de US\$ 200 milhões (duzentos milhões de dólares norte-americanos)⁸⁹;
- 2006 – OPERAÇÃO SANGUESSUGA – Comprovou a prática de crimes contra a ordem tributária e fraudes em licitações na área da saúde, principalmente na compra de ambulâncias. Em razão dessa operação, foram cumpridos 53 (cinquenta e três) mandados de busca a apreensão e decretadas 48 (quarenta e oito) prisões temporárias em diversos Estados brasileiros. Neste operação identificou-se a participação de mais de 100 (cem) parlamentares (deputados federais e senadores) que favoreciam o esquema por meio da inclusão, no orçamento da União, de emendas para beneficiar o grupo;
- 2007 – OPERAÇÃO HURRICANE – Em razão desta operação foram decretadas diversas prisões de juízes, policiais e de pessoas envolvidas com a exploração ilegal de jogos de azar (caça-níqueis), com a venda de decisões judiciais e com o tráfico de influência. É considerada pela Polícia Federal a maior operação contra a corrupção ocorrida no Brasil por envolver altas autoridades. Dentre os presos temporariamente se encontrava irmão de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, uma das mais latas

⁸⁹ Esta operação será objeto de estudo detalhado no Capítulo IV.

cortes do Poder Judiciário, que teria negociado decisões do irmão em favor dos empresários. Não foi decretada a prisão do Ministro. Ele foi, no entanto, afastado das suas funções, situação em que se encontra até os dias atuais, ainda que continue a receber seus vencimentos.

- 2007 – OPERAÇÃO NAVALHA – Investigou quadrilha que fraudava licitações e contratos de obras públicas. Foram decretados 48 (quarenta e oito) mandados de prisão temporária e 84 (oitenta e quatro) mandados de busca e apreensão.

A realização de operações especiais pela Polícia Federal tem sido objeto de elogios e de críticas. Critica-se sobretudo a forma como as prisões tem sido decretadas. Advogados chegam a falar que referidas operações não passam de shows de pirotecnia. O Jornal a Folha de São Paulo (edição de 3.11.2004), divulgou diversas declarações de advogados contrários à forma de atuação do DPF. Acerca da operação Farol da Colina, o advogado Luiz Fernando Pacheco afirmou que “mobilizou-se a Polícia Federal em diversos Estados, centenas de pessoas foram presas e, ao final, quase ninguém está na cadeia”. O advogado Arnaldo Malheiros, em declarações feitas ao mesmo jornal, criticou “a vocação cinematográfica das mega-operações” e afirmou que “uma pessoa presa e algemada em rede nacional poderá ser solta em dois dias, mas sua vida acabou. Não está na lei que ao ser presa, a pessoa terá como pena a divulgação de sua prisão. Isso é um castigo inexistente na lei”. O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil igualmente manifestou preocupação com a divulgação das operações realizadas pela Polícia Federal⁹⁰.

Fato é que, não obstante as críticas, por meio do envolvimento da Polícia Federal no combate à corrupção tornou-se possível, pela primeira vez no Brasil, investigar determinado nível de criminalidade organizada que os meios tradicionais de controle da Administração Pública não eram capazes de identificar.

Não obstante o envolvimento da Polícia Federal no combate à corrupção mereça elogios, as prisões até o momento decretadas são meramente temporárias, com propósito exclusivo de obtenção de provas. Conforme será identificado no Capítulo IV desta tese, ao menos até o momento, não houve qualquer condenação judicial definitiva. Ou seja, a Polícia Federal elabora

⁹⁰ Jornal Hoje em Dia, 6.12.2004.

o inquérito policial, que é a peça investigativa que reúne as provas de autoria e materialidade relacionadas com a infração penal, e encaminha o inquérito ao juiz competente que o envia ao órgão do Ministério Público para a promoção da ação penal pública. O Ministério Público propõe a ação penal. Os processos criminais, todavia, não têm fim. O excesso de recursos ou de falhas na legislação processual penal brasileira permite que advogados de defesa procrastinem ao máximo a tramitação dos processos, que nunca têm fim. O resultado dessa conjugação de fatores no Brasil, até o momento, tem sido um só: impunidade.

No capítulo IV, por meio do exame de casos, serão confirmadas todas as afirmações aqui apresentadas, inclusive as informações acerca da inexistência de condenações definitivas decorrentes das operações realizadas pela Polícia Federal.

2. Controladoria-Geral da União

A Controladoria-Geral da União (CGU) foi criada pela Medida Provisória n. 2.143-31, de 2/4/2001, convertida na Lei nº 10.683, em 28/5/2003. Atribuiu ao seu titular a denominação de Ministro de Estado do Controle e da Transparência, indicado politicamente, portanto, e constitui-se no órgão do Poder Executivo Federal responsável por assistir direta e imediatamente ao Presidente da República quanto aos assuntos que, no âmbito do Governo, sejam relativos à defesa do patrimônio público e à implementação da transparência da gestão pública. Para tanto, busca cumprir seus objetivos e metas atuando em atividades voltadas ao controle interno daquele Poder, auditoria nos órgãos públicos vinculados, correição, ouvidoria e prevenção e combate à corrupção.

A Controladoria-Geral da União, nos termos da lei, encaminhará à Advocacia-Geral da União – AGU os casos que configurem improbidade administrativa e todos quantos recomendem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao Erário e outras providências a cargo da AGU, bem como provocará, sempre que necessária, a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e, quando houver indícios de responsabilidade penal, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público.

A CGU tem aproximadamente 2.500 servidores efetivos e unidades em todas as capitais do Brasil. Desde 2004 tem havido concursos públicos para ingresso de novos servidores e recomposição do quadro de pessoal. A lotação definida pela Lei de criação da Carreira de Finanças e Controle, que é de 5.000 servidores, ainda está longe de ser atingida. A maior parte dessa força de trabalho age indiretamente contra a corrupção e a lavagem de dinheiro.

Como boas práticas observadas no órgão, vale mencionar a cooperação com o Departamento de Polícia Federal e com o Ministério Público Federal.

O exemplo mais recente é a “Operação Navalha”, com a qual a CGU colaborou por meio da identificação das fontes de convênios federais destinados à realização das obras suspeitas de irregularidades, da identificação dos convênios e respectivas liberações de recursos e da identificação dos agentes públicos federais envolvidos nas supostas irregularidades.

Além da “Operação Navalha”, o órgão contribuiu, conforme indicam informações constantes de seu sítio na Internet (<http://www.cgu.gov.br>) com as seguintes ações: OPERAÇÃO MATUSALÉM - fraudes no ressarcimento de débitos fiscais do INSS com prefeituras do Estado do Amazonas, cobrança de honorários para a concessão de benefícios previdenciários envolvendo servidores do INSS, inclusive auditores-fiscais da previdência social; OPERAÇÃO OURO - irregularidades na concessão/manutenção de benefícios previdenciários envolvendo sindicatos rurais, servidores do INSS e terceiros beneficiários, especialmente pela equipe que operava a Unidade PREVMÓVEL da Gerência de Juazeiro/BA; OPERAÇÃO RÊMORA - apurar indícios do cometimento de crimes contra a Previdência Social pelas empresas Clean Service, Tática Serviços Especializados de Segurança, Alpha Administradora de Saúde Ltda., Alpha Serviços Especializados de Segurança, Athiva Administração e Consultoria Ltda., Amazon Construções e Serviços Ltda., Brasil Service Conservação e Serviços Ltda. e Service Brasil Serviços Gerais Ltda.; OPERAÇÃO SENTENÇA - concessão indevida de benefícios previdenciários no Maranhão/São Luís; RELAÇÃO DE OBRAS COM INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES GRAVES - TCU - obras incluídas na Relação de Obras com Indícios de Irregularidades Graves, encaminhada anualmente pelo TCU ao Congresso Nacional em atendimento ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO; OPERAÇÃO CORREIOS - irregularidades em licitações e contratos da ECT; CHESF - CONTRATOS DE PATROCÍNIO - possíveis irregularidades em contratos de patrocínio da

Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF; OPERAÇÃO CARBONO - irregularidades na emissão da Certificação do Processo de Kimberley – atesta a legalidade de diamantes, pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM; OPERAÇÃO MÃO DE OBRA - irregularidades em procedimentos de licitação para prestação de serviços de vigilância e conservação; OPERAÇÃO TIBAGI - exploração ilegal de minérios no leito do rio Tibagi; OPERAÇÃO ANOS DOURADOS - concessão irregular de benefícios previdenciários no Rio de Janeiro/RJ, GO, RS e PR; OPERAÇÃO CABO - concessão irregular de benefícios previdenciários envolvendo servidores da Previdência Social e terceiros; OPERAÇÃO CAMPO FÉRTIL - concessão irregular de benefícios previdenciários; OPERAÇÃO VAMPIRO - manipulação de compras de medicamentos para o Ministério da Saúde; OPERAÇÃO SANGUESSUGA - esquema de fraude em licitações para compra de ambulâncias em municípios pobres do interior do país; OPERAÇÃO XEQUE-MATE - esquema de fraudes na concessão de exploração de máquinas caça-níqueis.

A CGU também ocupa assento no COAF e tem participação na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. Esta forma de integração nos trabalhos promove oportunidade de apresentar proposições de alterações legislativas de modo a tornar mais efetivo o combate à corrupção, viabilizar a integração entre as bases de dados dos entes participantes da ENCCLA, disponibilizar aos órgãos parceiros informações e expertise que fortaleçam as suas ações na PCLD, participar de operações ostensivas e não ostensivas em conjunto com outros órgãos públicos, como também, e sobretudo, fortalecer a missão institucional de cada órgão envolvido nas operações.

No âmbito do Poder Executivo pode ainda ser mencionado o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, como unidade que integra a estrutura da CGU, criado por meio do Decreto nº 4.991, de 18 de fevereiro de 2004.

Suas funções compreendem: 1. identificar ameaças, 2. definir políticas eficazes e eficientes, 3. bem como desenvolver a cultura de combate à lavagem de dinheiro.

O DRCI é o órgão competente para articular, integrar e propor ações do governo nos aspectos relacionados com o combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado transnacional, à recuperação de ativos e à cooperação jurídica internacional; negociar acordos e coordenar a

execução da cooperação jurídica internacional; coordenar a atuação do Estado brasileiro em foros internacionais sobre prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional, recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional; instruir, opinar e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive cartas rogatórias etc.

O DRCI é responsável pelos acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, figurando como autoridade central no intercâmbio de informações e de pedidos judiciais por parte do Brasil. O DRCI também tem como objetivo a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita e de produtos de atividades criminosas, tais como as oriundas do tráfico de entorpecentes, do tráfico ilícito de armas, da corrupção e do desvio de verbas públicas etc.

3. Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF

3.1. Lavagem de ativos apresentação do tema

A reação da comunidade internacional à criminalidade organizada transnacional tem-se manifestado de forma evidente em diversas áreas. Destaque especial pode ser conferido ao desenvolvimento de mecanismos relacionados à lavagem (branqueamento) de capitais.

O interesse da comunidade internacional de combater a lavagem de ativos não se restringe aos países menos desenvolvidos, certamente os mais susceptíveis aos efeitos da criminalidade organizada, mas igualmente alcança os países desenvolvidos. No caso dos Estados Unidos, fuentes del Congreso noerteamericano estiman que el 50% del movimiento de fondos correspondientes a las exportaciones transita ya a través de territorios off shore, lo que supone al Estado una reducción de los ingresos fiscales de 2,6 biliones de dólares anuales (CASTRESANA FERNÁNDEZ)⁹¹.

⁹¹ <Corrupción, Globalización y Delincuencia Organizada> en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. (coord.): La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar. Ratio Legis. Salamanca. 2004.

Nesse contexto, antes de se examinar a atuação do órgão de inteligência financeira brasileiro, é importante chamar atenção para os esforços internacionais para coibir a movimentação ilegal de ativos em operações transnacionais.

O combate à lavagem de ativos não constitui medida específica de combate à corrupção. O aumento dos esforços internacionais contra a lavagem de ativos é medida da mais alta relevância na luta contra toda e qualquer prática delictiva organizada, o que acaba por constituir instrumento de combate à corrupção. Os esforços para controlar as movimentações financeiras transnacionais mantém, nesse sentido, pertinência com a luta contra qualquer prática delitual que envolva a movimentação de ativos, de que são exemplos, além da corrupção, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o financiamento ao terrorismo etc.

A lavagem de ativos pode ser entendida como o processo por meio do qual se busca dar aparência de legalidade a recursos de origem ilegais. Em razão do que disponha a legislação local, os atos relacionados à lavagem de ativos podem estar relacionados a determinados tipos penais, tráfico de drogas, de armas, de pessoas, corrupção etc., ou terem simplesmente origem ilícita, independentemente do enquadramento em determinado tipo penal.

Existam inúmeras possibilidades para as operações que buscam dar aparência de legalidade a esses recursos ilegais, e não constitui o objeto do presente trabalho o exame específico das criativas soluções apresentadas pelos consultores jurídicos ou pelos bem remunerados contadores para dar ares de legalidade a ativos, e não apenas a dinheiro, de origem ilegal. O meio mais eficaz consiste simplesmente em efetuar depósitos em contas secretas em instituições bancárias mantidas em paraísos fiscais em que, protegidos pelo sigilo e em razão da falta de colaboração daquele Estado com a comunidade internacional, torna-se praticamente impossível recuperar esses ativos e retorná-los à sua origem.

As articulações no plano internacional acerca de operações relacionadas com a criminalidade organizada iniciaram-se em razão do tráfico ilícito de estupefacientes (Convênio único de Genebra de 1961, reformado em 1972).

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Drogas e Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas, firmada no ano de 1988, em Viena, bem como a Convenção do

Conselho da Europa, de 1990, sobre Lavagem, Busca e Confisco do Produto de Crime, podem ser considerados os mais importantes precedentes internacionais sobre a matéria. Não obstante ainda vinculado ao tráfico de drogas, a Convenção de Viena recomendou que os diversos países signatários estabelecessem em suas legislações o tipo penal correspondente à lavagem de dinheiro procedente do tráfico ilícito de drogas. No âmbito da União Européia, foi expedida a Diretiva 91/308, de 1991, que obriga os Estados Membros a impor às instituições financeiras sistemas de prevenção à lavagem de dinheiro.

Mais recentemente, o Convênio das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional aprovado em Palermo em 2000, e vigente desde 2003, pode ser considerado o texto jurídico mais importante sobre o tema. Este acordo resume a experiência adquirida por diversos países na luta contra a delinquência organizada e dá um passo fundamental ao tratar questão não apenas sob o enfoque do combate ao tráfico internacional de drogas. O primeiro aspecto a ser destacado no Convênio, e nesse ponto ele é estratégico, é a importância conferida à cooperação entre os diversos países. Ademais, ele indica a necessidade de serem fixados parâmetros a serem seguidos pelas diversas legislações em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal de modo a evitar maiores conflitos entre essas legislações, aspecto que sempre favorece a criação de oportunidades a para a lavagem de ativos. Nesse ponto o principal objetivo da Convenção de Palermo consiste na necessidade de harmonização entre as legislações penais, especialmente no que concerne à tipificação do delito de participação em grupos delictivos organizados. A fixação desse novo tipo penal padrão objetiva facilitar a perseguição penal nos diversos Estados onde ocorra, de modo a facilitar a cooperação internacional. O simples fato de alguém pertencer a uma organização cujo propósito seja a prática de atos ilícitos seria suficiente, caso a Convenção seja dotada pelas legislações penais locais, para incriminar seus autores. A adoção desse tipo penal permitiria alcançar os mentores ou organizadores de referidos grupos, aqueles que normalmente não se expõem, que não são os autores imediatos de atos criminosos, mas que deveriam ser fortemente incriminados em razão de sua participação intelectual ser decisiva para o sucesso do empreendimento delitual.

Além da adoção de importantes medidas na área da investigação, da cooperação judicial e policial, da simplificação dos processos de extradição, aspecto de fundamental relevância

decorrente da Convenção de Palermo apresentado como necessário ao combate à criminalidade organizada transnacional foi a adoção de medidas efetivas de combate à lavagem de capitais.

No âmbito da OCDE, a elaboração de listas negras dos paraísos fiscais tem obtido resultados expressivos no combate aos Estados cujas legislações acerca da abertura de contas secretas ou de empresas fantasmas se caracterizam pela absoluta falta de transparência e pela falta cooperação internacional. Atualmente, segundo fonte da própria OCDE, somente sete países integram referida lista negra. São eles: Andorra, Ilhes Marshall, Libéria, Liechtenstein, Mônaco, Nauru e Vanuatu. O sucesso dessa política pode ser observada quando se compara a lista atual com a que foi inicialmente editada no ano de 2000, que continha 35 diferentes países (RODRÍGUEZ GARCÍA)⁹².

Além da OCDE, merece destaque especial no âmbito internacional a criação, no ano de 1989 da Financial Action Task Force (ROSE-ACKERMAN)⁹³ formada por representantes da própria OCDE que desenvolveu 40 medidas a serem utilizadas no combate à lavagem de dinheiro em operações transnacionais.

Não obstante os imensos esforços internacionais -que resultaram na aprovação de dezenas de leis nacionais sobre o combate à lavagem de ativos-, o problema da lavagem de ativos torna-se cada vez mais sério.

3.2. A lavagem de ativos no Brasil - COAF

No Brasil, a aprovação no ano de 1998 da Lei n.º 9.603 pode ser considerada um importante avanço no tratamento da questão. A luta contra a lavagem de ativos não se resume, todavia, à aprovação de bem elaborados textos legislativos. O combate à lavagem de ativos, regra aplicável, aliás, ao combate de toda criminalidade organizada, encontra maior dificuldade no momento em que se busca dar efetividade a esses textos normativos.

A adequada aplicação desses textos normativos pressupõe a estruturação de órgãos de inteligência financeira adequadamente capacitados para identificar as operações suspeitas e

⁹² Obra citada, pág. 243.

⁹³ Obra citada, pág. 191.

celeridade por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário relativamente à propositura e tramitação das ações propostas.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF foi criado pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícitas relacionada à lavagem de dinheiro.

O COAF é a unidade de inteligência financeira brasileira, com nível de Secretaria de Estado. Os princípios que regem a sua organização e estrutura estão expressos em seus estatutos, promulgado pelo Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998, e na Portaria nº 330, de 18 de dezembro de 1998, que aprova seu regimento interno e lhe regula o funcionamento.

O COAF é composto por conselheiros, representantes do Banco Central do Brasil - Bacen, Comissão de Valores Mobiliários - CVM, Superintendência de Seguros Privados - Susep, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, Controladoria-Geral da União - CGU, Ministério das Relações Exteriores - MRE, Ministério da Previdência Social (Secretaria de Previdência Complementar - SPC), Ministério da Justiça (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI) e Departamento de Polícia Federal - DPF (Decreto n. 2.799/1998, art. 2º).

Os representantes de tais órgãos e entidades públicas devem ser servidores públicos federais efetivos, com reputação ilibada e reconhecida competência.

O Presidente do Conselho deve ser nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Fazenda, e o Secretário-Executivo, nomeado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

A jurisdição do COAF, para regulamentar e penalizar, abrange as pessoas mencionadas no art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, competindo-lhe, nesses casos, a definição das pessoas abrangidas, a expedição das instruções referidas no art. 10 e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12, todos da referida Lei.

No âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado (Lei n. 9.883/1999, art. 1º, § 2º). Desse modo, é adequada à Lei a classificação do COAF como unidade de inteligência financeira, pois, segundo o art. 14 c/c o art. 15 da Lei n. 9.613/1998, é o órgão criado para receber, examinar, identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas e as comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando conclui pela existência de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

No que toca à cooperação internacional, o COAF integra, como Unidade de Inteligência Financeira do Brasil, o fórum internacional voltado ao intercâmbio de informação de inteligência financeira (Grupo de Egmont)⁹⁴. O COAF recebe também colaboração de outros organismos internacionais (GAFI⁹⁵, CICAD, entre outros), com os quais pode intercambiar boas práticas e informações.

Em relação aos instrumentos de atuação, o COAF se deparava com obstáculos ao cumprimento de sua missão postos pelas restrições de acesso a dados bancário e fiscal, além de outras barreiras físicas, legais e tecnológicas de acesso à informação necessária ao conhecimento do perfil econômico-financeiro da pessoa envolvida em comunicação de operação suspeita. Com o advento da Lei n. 10.701, em 2003, parte desses obstáculos foram reduzidos. Essa Lei o autorizou a requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. Restam, todavia, ainda restrições para cruzamento de dados das operações suspeitas com informações fiscais, com prejuízo à avaliação do perfil econômico-financeiro das pessoas analisadas. Premente é a necessidade de acesso a banco de dados com informações de patrimônio e renda no sentido de melhor qualificar as informações de natureza econômico-financeira das pessoas objeto de análise pelo COAF. Essa

⁹⁴ Tal grupo agrega, atualmente, 101 unidades de inteligência financeira de diversos países - UIFs, tendo por finalidade propiciar meios e criar padrões para o desenvolvimento de suas atividades em âmbito mundial, sobretudo facilitando trabalho sincronizado e intercâmbio de experiências no que concerne às possibilidades de troca de informações, investigações e controle da lavagem de dinheiro.

⁹⁵ O Brasil foi avaliado em 2004, sob os aspectos legislativos e institucionais do País voltados ao combate à lavagem de dinheiro. Nova avaliação está prevista para acontecer em 2008.

dificuldade de cruzamento de dados prejudica a formação de juízo a respeito da operação suspeita comunicada quanto à capacidade econômico-financeira das pessoas envolvidas, impactando na possibilidade de o COAF detectar tempestivamente a prática de crime de lavagem de dinheiro e de outros ilícitos igualmente gravosos ao interesse público, como, por exemplo, o crime de corrupção. Deve-se ainda recordar que várias operações no mercado financeiro são realizadas on line, e cada minuto que se protela uma busca de informações é suficiente para o criminoso pulverizar recursos de forma a inviabilizar sua recuperação.

Por isso, destaca-se a importância do efetivo e autônomo funcionamento do COAF como mecanismo de inteligência a permitir que o Poder Público, pelo controle da atividade financeira, enxergue, por trás de sistemas de proteção, os ilícitos, por exemplo, praticados contra a Administração Pública.

Para sua operacionalização, o COAF conta com o apoio da Secretaria-Executiva. Seu quadro de pessoal soma 36 vagas de livre nomeação e exoneração, incluídas a de Presidente e as de 5 terceirizados⁹⁶.

O modelo de admissão e pessoal adotado expõe a unidade de inteligência financeira brasileira ao risco de descontinuar projetos e de não contar com pessoas com competência ou conhecimento técnico em razão de possível comprometimento político. A inexistência de quadro próprio de servidores pode gerar prejuízo ao funcionamento desse órgão em função da rotatividade de servidores especializados e experientes, da mudança de servidores em função de mudanças políticas de governo, em detrimento da continuidade de projetos e à boa e regular aplicação de recursos públicos, razões por que seria recomendável a adoção de providências no sentido de aprovar lei que conferisse ao COAF quadro próprio de pessoal, sem prejuízo da atual colaboração de servidores públicos efetivos originários de outros órgãos e entidades públicas

⁹⁶ Os dados referidos foram extraídos de auditoria operacional realizada pelo TCU no sistema de lavagem de ativos no Brasil (processo TC-012.129/2006-6). Na introdução do trabalho de auditoria, ainda não voltado pelo plenário do TCU, foram feitas as seguintes observações:

“A presente auditoria de natureza operacional é originária de Representação, formulada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, objeto do processo n. TC 020.664/2003-2, que tinha por finalidade descrever e avaliar a atuação da União no combate à “lavagem” de dinheiro e apontar medidas que pudessem contribuir para o aprimoramento da atuação estatal nessa área. Em face das conclusões a que chegaram os trabalhos então desenvolvidos naquele TC, foi prolatado o Acórdão n. 1.213 – TCU – Plenário, de 17/8/2005, determinando a realização de auditoria operacional que avaliasse a estrutura e ações da União no combate à “lavagem” de dinheiro no país.”

que agregam ao controle da atividade financeira as experiências adquiridas na regulação ou fiscalização das pessoas mencionadas no art. 9º da Lei n. 9.613/1998.

As falhas nas estruturas administrativas de apoio do COAF certamente constituem um dos mais sérios empecilhos à sua melhor e mais efetiva atuação.

Em relação aos sistemas operacionais, o COAF dispõe de importante mecanismo informatizado de cooperação e de troca de informações que pode viabilizar ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores, denominado Sistema de Informações do COAF - Siscoaf (Lei n. 9.613/1998, art. 14, § 2º). Se houvesse disponibilização de toda forma de informação cadastral, financeira, fiscal e dos mercados, o Siscoaf permitiria a partir de informações constantes de comunicação da operação suspeita, realizar, automaticamente, cruzamento de dados entre os bancos de dados, com vistas à produção de conhecimento útil à PCLD e de outros ilícitos, a ser formalizado em relatório de inteligência financeira. Permitiria, ainda, procedimento especial de leitura segura das informações de inteligência produzidas pelo COAF, definindo níveis e restrições de acesso e dispensando a circulação de informação em papel, a fim de evitar extravio e leitura não autorizadas no órgão de destino (Sistema Eletrônico de Intercâmbio de Informações do COAF).

Vê-se, portanto, que não é a ausência de leis ou de mecanismos tecnológicos que impedem o Brasil de dispor de excelente órgão para monitorar movimentações suspeitas de recursos.

Problemas relacionados à carência de pessoal qualificado e à falta de cooperação entre os órgãos voltados para o combate à corrupção –que em alguns casos não permitem acesso aos seus bancos de dados por parte de outros órgãos públicos– certamente constituem o real motivo para que não se tenha, no Brasil, o combate mais efetivo à lavagem de ativos e à corrupção.

Supor que o COAF, que atualmente conta com apenas 38 funcionários, irá examinar todas operações suspeitas e informar o Ministério Público e o Banco Central para a adoção de providências administrativas e criminais contra os envolvidos é desconhecer a realidade dos fatos.

A questão da efetividade do órgão de inteligência financeira no Brasil reflete muito bem a realidade do País, e demonstra que não é a simples aprovação de leis, mas efetiva

implementação de medidas práticas, que requerem além de leis, a criação de estruturas administrativas adequadas que irá permitir o efetivo combate à corrupção

CAPÍTULO III

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS INICIATIVAS DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO

I. Principais iniciativas internacionais contra a corrupção

A partir da década de 1990, verificou-se uma conjugação de fatores que permitiram a organização de esforços e a adoção de várias iniciativas em escala mundial e regional para reduzir os efeitos da corrupção, de outras formas de criminalidade organizada e da lavagem de ativos no âmbito dos mais importantes organismos internacionais.

É possível identificar diferentes estratégias para enfrentar a questão. No âmbito do Conselho da Europa pode ser mencionada, inicialmente, no ano de 1994, a criação o Grupo Multidisciplinar sobre a Corrupção. A partir de trabalhos realizados por este Grupo, foram aprovadas duas Convenções, uma em matéria Penal (que dentre outras medidas define corrupção e criminaliza diversas de suas manifestações) e outra sobre a corrupção e o Direito Civil (que estabelece regras voltadas para o ressarcimento dos danos ou prejuízos sofridos pelas vítimas dos atos corruptos). Ainda no âmbito do Conselho da Europa merece destaque a criação do Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO), cuja principal função consiste em acompanhar a implementação dos convênios sobre corrupção aprovados⁹⁷.

Em relação à atuação da União Européia, pode-se afirmar que talvez constitua a mais pródiga no desenvolvimento de mecanismos para lutar contra a corrupção e na celebração de acordos e convênios sobre o tema. Podem ser mencionadas, a título meramente ilustrativo, as seguintes medidas adotadas pela União Européia:

- Resolução de 6/12/1994 do Conselho da União Européia sobre pagamento de subornos a funcionários públicos;

- Convênio de 26/5/1997, relativo à prática de atos de corrupção que envolvam funcionários das Comunidades Européias e Estados Membros da União Européia, e que amplia o conceito de corrupção; e

- Decisão da Comissão de 28/4/1999, por meio da qual é criada a Oficina Européia de Luta contra a Fraude.

Em relação aos esforços empreendidos pela União Européia, chama atenção o fato de que não é dada atenção apenas à aprovação de textos jurídicos, mas igualmente ao acompanhamento da implementação e efetiva adoção dessas medidas pelos países membros. Neste ponto, as iniciativas da União Européia merecem destaque especial.

A OCDE, por exemplo, tem concentrado seus esforços na repressão ao pagamento de subornos em operações transnacionais.

⁹⁷ Conforme referência apresentadas por RODRÍGUEZ GARCÍA (Ob. Cit. P. 258).

A Convenção aprovada no âmbito da OCDE vai além da aplicação do princípio da territorialidade penal e se utiliza de instrumentos até então estranhos à atuação de organismos multilaterais. São estabelecidos mecanismos para verificar o efetivo cumprimento das medidas previstas na Convenção e foi criado o Grupo de Trabalho sobre Suborno, composto por especialistas indicados pelos países membros.

O Banco Mundial concentrou seus esforços anticorrupção na tentativa de reduzir a ocorrência de fraudes nas contratações realizadas pelos governos em programas executados com recursos liberados pelo Banco. As principais formas que o Banco tem encontrado para combater a corrupção são: oferecimento de ajuda técnica aos países para reduzir o nível de corrupção; consideração de que os esforços realizados pelos países para combater a corrupção são decisivos para a liberação de financiamentos; colaboração com os esforços internacionais na luta contra a corrupção; luta para impedir a ocorrência de fraudes em projetos financiados pelo Banco.

No âmbito do Fundo Monetário Internacional, que tem atuado em conjunto com o Banco Mundial em inúmeros programas de combate à corrupção, os esforços têm-se concentrado no fortalecimento do conceito de governança em seus países membros. O fortalecimento da necessidade de governança tem interferido na execução das três principais áreas de atuação do Fundo (acompanhamento das políticas econômicas dos países membros, apoio financeiro para programas de ajustamento administrativo e assistência técnica para fortalecimento das atividades de gerenciamento das atividades econômicas e financeiras dos países membros).

Em relação aos esforços regionais no combate à corrupção, além daqueles realizados no âmbito da Europa, merece destaque o trabalho realizado pela Organização dos Estados Americanos - OEA, e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID. No ano de 1996, foi assinado no âmbito da OEA, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, que representou o primeiro esforço de âmbito regional de combate à corrupção e influenciou fortemente a postura do BID em relação ao tema. Importante salientar, ainda, que, semelhante ao procedimento estabelecido no âmbito da OCDE, a Convenção da OEA prevê o 'Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra à Corrupção'. A Convenção da OEA sobre corrupção tratou de questões específicas, como a necessidade de cooperação entre seus países membros no esforço de combater esse fenômeno transnacional. Os aspectos mais relevantes da Convenção compreendem: a definição de suborno; a criminalização

do pagamento de suborno a funcionário público (suborno ativo); o fornecimento de orientação para a aplicação de sanções; a fixação de regras para assistência judicial e legal; a fixação de parâmetros para os sistemas de contabilidade e auditoria; a disponibilização do monitoramento da implementação das medidas previstas na Convenção e; a proibição da dedução tributária do pagamento de suborno.

No âmbito das Nações Unidas, a Assembléia Geral, fortemente influenciada pelas iniciativas ocorridas na Europa, aprovou no ano de 1996 uma resolução que conclamava os países a adotarem medidas efetivas de combate a qualquer forma de corrupção, e, no ano de 2000, foi aprovada em Palermo a Convenção contra a Delinquência Organizada Transnacional. Esse cenário, em que diversas organizações internacionais, com diferentes âmbitos de atuação, passaram a atuar no combate à corrupção acabou por resultar na aprovação, na cidade de Mérida, México, da primeira Convenção de âmbito mundial sobre a corrupção. Esta Convenção pode ser considerada o mais importante marco no âmbito internacional no combate à corrupção.

Em face do alcance e da importância da Convenção de Mérida, examinaremos detalhadamente os seus principais aspectos no item III abaixo oportunidade em que examinaremos a efetividade da adoção das medidas previstas no texto da Convenção ao ordenamento jurídico e à realidade brasileira.

II. Participação brasileira em acordos internacionais sobre corrupção

1. **A sistemática para a aprovação e vigência dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro**

No Brasil, cabe ao Poder Executivo iniciar o processo de formação dos tratados e demais acordos internacionais por meio dos atos de negociações, conclusão e assinatura. Para a incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessário que esses textos jurídicos sejam apreciados pelo Legislativo, a fim de que se obtenha, por meio de decreto legislativo, a aprovação dos acordos internacionais.

Uma vez aprovados os tratados pelo Parlamento, eles retornam ao Poder Executivo, para que o Presidente da República conclua sua ratificação e promova sua promulgação, mediante decreto presidencial.

À ratificação, segue-se o depósito do instrumento do acordo por uma entidade, seja um Estado ou organismo internacional, que assume sua custódia e o notifica aos demais pactuantes.

2. Acordos firmados pelo Brasil sobre corrupção e modificações na legislação brasileira

Neste subitem, examinaremos tão-somente a participação brasileira nos acordos internacionais que tratam do combate à corrupção e apresentaremos as modificações legislativas que se fizeram necessárias para adaptar o Direito brasileiro aos padrões internacionais. Outros aspectos relacionados à efetividade desses acordos e à falhas existentes no sistema jurídico e administrativo brasileiro serão examinados no próximo subitem.

Em relação aos acordos internacionais relacionados ao combate à corrupção, o Brasil assinou e ratificou as seguintes convenções:

1) Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (firmada pelo Brasil em 1997 e promulgada em 2000).

2) Convenção Interamericana (da OEA) contra a Corrupção (firmada pelo Brasil em 1997 e promulgada em 2002);

3) Convenção da ONU contra a Corrupção – Convenção de Mérida (firmada pelo Brasil em 2003 e promulgada em 2005); e

4) Convenção da ONU sobre Delinquência Organizada Transnacional – Convenção de Palermo (firmada pelo Brasil em 2000 e promulgada em 2002).

Em razão da adesão do Brasil à Convenção da OCDE, o Código Penal brasileiro teve de sofrer pequenas modificações. Por meio da Lei n.º 10.467, de 11.6.2002, foi acrescentado o Capítulo II-A, que dispõe sobre ‘Os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira’, tipificando a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional, a ocultação ou dissimulação de produtos de crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira e, definindo, para efeitos penais, ‘funcionário público estrangeiro’⁹⁸.

⁹⁸ Em razão da adesão do Brasil à Convenção da OCDE mencionada, o Código Penal brasileiro foi modificado e passou a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:
‘Corrupção ativa em transação comercial internacional
Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Ademais, é importante registrar que o Brasil já se submeteu à primeira fase da avaliação pelo Grupo de Trabalho sobre a Corrupção da OCDE e, em termos de adequação da legislação vigente, não apresenta qualquer dificuldade para atender aos parâmetros internacionais.

A adesão do Brasil à Convenção Interamericana contra a Corrupção não resultou na necessidade de se promover modificações significativas na legislação brasileira. Alguns poucos aspectos, conforme estudo elaborado pela Transparência Brasil e encaminhado à OEA em março de 2006 restariam pendentes de pequenas adaptações⁹⁹. Conforme o estudo, a Convenção da OEA requer:

- A “adoção de sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações” (art. III da Convenção). No Brasil, o sistema de exame da declaração de bens é disciplinado pela Lei n.º 8.730/1993, que confere ao Tribunal de Contas da União a atribuição para o exame das declarações. Na prática, o próprio Tribunal tem reconhecido a absoluta inutilidade do recebimento dessas declarações, o que leva à conclusão de que o sistema adotado no Brasil necessita ser modificado para atender às exigências da Convenção.

- Em relação ao dever de dar transparência exigido pela Convenção, o relatório da Transparência Brasil critica o fato de que ‘o acesso amplo ao SIAFI – sistema informatizado de acompanhamento dos gastos públicos federais - tem sido objeto de longas disputas entre o Poder Legislativo federal e o Poder Executivo. Atualmente, é bastante limitado o nível de acesso e, além disso, os dados disponíveis são demonstrados de forma pouco inteligível para os não iniciados em técnicas contábeis e orçamentárias públicas’.

- Ademais, a Convenção requer a implantação de “sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade”. A Transparência

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Tráfico de influência em transação comercial internacional (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Funcionário público estrangeiro (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

⁹⁹ <www.transparencia.org.br/docs/Estudo.pdf>

Brasil, em seu relatório, não obstante reconheça que alguns órgãos como o Tribunal de Contas da União, disponham de legislação que resguarde o sigilo do denunciante, critica a legislação brasileira sobre servidores públicos, que “inibe que ‘funcionários públicos (...) informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento’ pois exige a completa identificação por parte de quem denuncia ato de corrupção, bem como a apresentação dos elementos de prova que embasem a denúncia sob pena de a mesma não ter prosseguimento. Como consequência, aquele que não tem elementos seguros de prova, embora tenha conhecimento do fato, acaba não fazendo a denúncia a fim de evitar represálias futuras, ou responder por crime de denunciação caluniosa, ou até mesmo responder por uma ação de indenização por danos morais”.

Em suas conclusões, percebe-se que as maiores críticas apresentadas pelo relatório da Transparência Brasil acerca da observância da Convenção da OEA pelo Brasil dizem respeito à implementação do texto, da sua efetiva aplicação, e não de falhas na legislação. Essa mesma crítica, conforme examinaremos no próximo item, pode ser feita em relação à adoção da Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção.

As maiores dificuldades enfrentadas pelo Brasil para o combate mais efetivo à corrupção não se encontram no Direito, ou na legislação vigente. Se o exame da legislação –especialmente a legislação penal– sobre corrupção fosse o único critério para indicar o nível de comprometimento de determinado país para combater a corrupção, o Brasil seria certamente considerado um dos países menos corruptos do mundo. A situação brasileira, nesse ponto, é merecedora de atenção porque demonstra que a utilização dos instrumentos do Direito Penal, de forma isolada, não constitui instrumento efetivo para o combate à fraude e aos desvios relacionados à corrupção.

O enquadramento do Brasil na posição de número 70 na lista de Percepção da Corrupção elaborada pela Transparência Internacional indica que o País se encontra em nível intermediário de corrupção – ao lado de países como Jamaica, Gana e Panamá. As razões para que os níveis de corrupção sejam mantidos em patamares elevados somente se justificam quando examinamos as falhas nas estruturas dos órgãos administrativos, judiciais e de fiscalização, trabalho a ser empreendido nesta tese.

Procederemos ao exame da efetiva situação brasileira no combate à corrupção em cotejo com os principais aspectos relacionados na Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, firmada em Mérida, em 2003, da qual o Brasil é um dos signatários originários. Deixamos de tecer comentários acerca da Convenção de Palermo sobre Delinquência Organizada Transnacional, firmada em 2000, em razão de terem sido incorporadas à Convenção de Mérida as medidas previstas no texto firmado em Palermo.

III. Medidas adotadas pelo Brasil para combater a corrupção e a Convenção de Mérida

1. Metodologia do trabalho

O objetivo deste item é examinar a situação do Brasil no combate à corrupção em cotejo com as principais medidas de adoção obrigatória e facultativa apresentadas aos países signatários pela Convenção de Mérida.

Não objetivamos examinar detalhadamente o conteúdo da Convenção ou apresentar críticas à postura ocasionalmente utilizada pelos países signatários, que certamente poderia ter sido mais enfática na indicação de medidas de adoção obrigatória, e não de meras recomendações em temas de fundamental importância, como o financiamento de campanhas eleitorais ou em matéria de prevenção à lavagem de dinheiro.

A metodologia a ser utilizada consiste em verificar o que tem sido efetivamente feito pelo Brasil em relação aos principais aspectos abordados pelo texto da Convenção do ponto de vista de política legislativa e de aplicação dessa legislação.

2. Medidas preventivas

Um dos aspectos mais relevantes da Convenção certamente corresponde ao tratamento conferido à prevenção da corrupção. São apresentadas inúmeras medidas de caráter administrativo e judicial com o propósito de corrigir as vulnerabilidades que permitem a prática de atos corruptos. Examinaremos, em seguida, as mais importantes medidas de caráter preventivo apresentadas pela Convenção e apresentaremos a situação brasileira em relação a cada uma dessas propostas.

2.1. Avaliação periódica das políticas e práticas de combate à corrupção

Convenção:

É incentivada a adoção, em caráter permanente, de políticas e práticas de prevenção da corrupção (art. 5º), as quais devem compreender a avaliação periódica dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção e a colaboração dos Estados entre si e com as organizações internacionais e regionais.

Dispõe mencionado art. 5º da Convenção, que cuida das “políticas e práticas de prevenção da corrupção”, que

“1. Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, desenvolver e aplicar ou manter políticas de prevenção e de combate à corrupção eficazes e coordenadas, que promovam a participação da sociedade e reflectam os princípios do Estado de Direito, da boa gestão dos assuntos e bens públicos, da integridade, da transparência e da responsabilidade.

2. Cada Estado Parte deverá esforçar-se no sentido de estabelecer e promover práticas eficazes destinadas a prevenir a corrupção.

3. Cada Estado Parte deverá esforçar-se no sentido de avaliar regularmente os instrumentos jurídicos e medidas administrativas pertinentes com o fim de verificar se são adequados para prevenir e combater a corrupção.

4. Os Estados Partes deverão, se necessário e em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, colaborar entre si e com as organizações regionais e internacionais pertinentes para promover e desenvolver as medidas referidas no presente artigo. Tal colaboração poderá abranger a participação em programas e projectos internacionais que visem prevenir a corrupção.”

Realidade brasileira:

Não existe no Brasil qualquer política de avaliação periódica das medidas adotadas para combater a corrupção –seja em relação àquelas decorrentes da adesão do Brasil às convenções internacionais, seja em relação às medidas implementadas por iniciativa própria. As únicas avaliações até o momento realizadas sobre os esforços brasileiros para combater a corrupção correspondem à sujeição do Brasil à primeira fase da avaliação pelo Grupo de Trabalho sobre a Corrupção da OCDE, e os trabalhos realizados pela Transparência Internacional com vista à elaboração do Índice de Percepção de Corrupção.

2.2. Órgãos de prevenção à corrupção

Convenção:

Dentro do Capítulo relativo à prevenção, a Convenção de Mérida determina a adoção de medidas no sentido de garantir a existência de um ou mais órgãos encarregados de prevenir a corrupção aos quais será outorgada a independência necessária para que possam desempenhar suas funções de maneira eficaz e sem nenhuma influência indevida. Devem os Estados proporcionar a esses órgãos os recursos materiais e o pessoal especializado que sejam necessários, assim como a capacitação que tal pessoal possa requerer para o desempenho de suas funções.

Acerca da instituição de órgão, ou de órgãos, voltados à prevenção da corrupção, o art. 6º da Convenção dispõe que

“1. Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, assegurar que haja um ou mais órgãos, se necessário, incumbidos de prevenir a corrupção através:

a) Da aplicação das políticas referidas no artigo 5.º da presente Convenção e, quando adequado, da supervisão e coordenação dessa aplicação;

b) Do aumento e da divulgação dos conhecimentos sobre a prevenção da corrupção.

2. Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, conceder ao órgão ou órgãos referidos no n.º 1 do presente artigo a necessária independência a fim de que possam exercer as suas funções de forma eficaz e livre de quaisquer pressões ilícitas. Devendo ser-lhes facultados os recursos materiais e o pessoal especializado necessários, bem como a formação que o respectivo pessoal possa necessitar para o exercício das suas funções.

3. Cada Estado Parte deverá comunicar ao Secretário-Geral das Nações Unidas o nome e endereço da autoridade ou autoridades que podem prestar auxílio a outros Estados Partes quanto ao desenvolvimento e à aplicação de medidas específicas para prevenir a corrupção.”

Realidade brasileira:

Certamente nenhum país do mundo conta com uma estrutura de órgãos com competência para atuar no combate à corrupção tão sofisticada quanto o Brasil, conforme examinado no Capítulo II. Destaque especial merecem o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

O Ministério Público, que na grande maioria dos países atua exclusivamente na propositura de ações criminais, no Brasil recebeu da Constituição Federal atribuições para a propositura de ações civis e para interferir nos procedimentos administrativos, o que permite nos permite considerá-lo órgão de prevenção à corrupção. O Ministério Público dispõe de independência funcional, assegurada pela seleção de seus membros exclusivamente por meio de concursos públicos, e independência financeira e orçamentária, expressamente reconhecidas pelo texto constitucional. Possui competência para interferir nos processos administrativos e para propor ações civis em matéria de corrupção com o propósito de anular os atos ilegais, aplicar sanções de natureza civil e para obter eventual ressarcimento dos danos causados ao erário. Merece destaque a possibilidade de ser proposta pelo Ministério Público a ação civil pública, regulada pela Lei n.º 7.347, de 1985, que além de poder ser utilizada para a proteção do patrimônio público serve para a proteção do meio ambiente, dos consumidores, dos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico. Além da ação civil pública, a possibilidade de ser proposta ação de improbidade (Lei n.º 8.429, de 1992) contra os agentes públicos e os particulares que se tenham beneficiado de atos lesivos ao erário ou que tenham importado em enriquecimento sem causa representa importante instrumento para a defesa do poder público, independentemente da propositura de eventual ação criminal.

Os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, no sistema normativo brasileiro, são órgãos independentes, vinculados ao Poder Legislativo em cada esfera de Governo. Sua principal atribuição é auxiliar o Parlamento no exercício do controle externo dos gastos públicos. Além de disporem de competência para fiscalizar toda a atividade administrativa e a atuação de particulares responsáveis pela administração de recursos públicos, os Tribunais de Contas dispõem de atribuições para suspender cautelarmente ou para anular atos ou contratos que repute ilegais; para aplicar sanções de natureza civil e administrativa aos responsáveis pela prática de atos ilegais e que tenham causado prejuízo ao erário; para, no caso de ser comprovada a prática de ato que tenha causado prejuízo ao erário, proferir decisão à qual a Constituição Federal atribui natureza de título executivo e que permite a cobrança judicial do

débito apurado contra os agentes públicos e entidades privadas responsáveis pelo prejuízo. Ademais, podem receber denúncias em que se reporte a ocorrência de danos aos cofres públicos e realizar, por iniciativa própria ou por solicitação do Parlamento, auditorias de conformidade ou operacionais. No caso das auditorias de conformidade, a ênfase é dada à observância da legalidade e dos demais princípios norteadores da atuação da Administração Pública. Nas auditorias de natureza operacional, ao contrário, são examinados aspectos relacionados à efetividade, à eficiência e à eficácia dos programas de Governo. No Brasil, o controle do resultado da atividade do Estado e a observância do princípio da eficiência são confiados à atuação dos Tribunais de Contas.

Além de serem órgãos de estatura constitucional – o Tribunal de Contas da União (TCU) é regulado pelos artigos 70 e 71 e o Ministério Público pelos artigos 127 a 130, todos da Constituição Federal –, e de gozarem de independência financeira e funcional, os corpos técnicos dos Tribunais de Contas e do Ministério Público são considerados os mais qualificados e bem remunerados no serviço público civil brasileiro.

Além desses dois órgãos, atua no plano federal a Controladoria-Geral da União, órgão que integra a estrutura do Poder Executivo e que dispõe de atribuição para fiscalizar as atividades desenvolvidas pela Administração Pública federal.

Uma das dificuldades enfrentadas pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público reside na necessidade de, em algumas situações, serem instaurados processos judiciais. A lentidão e a ineficiência do Poder Judiciário brasileiro afetam significativamente a adoção de medidas repressivas contra a corrupção. No caso dos Tribunais de Contas, as decisões que imputem débito ou que apliquem multa têm natureza de título cuja execução deve ser feita pela via judicial. De acordo com dados obtidos pelos acompanhamentos realizados pelo Ministério Público que atua junto ao TCU – disponíveis no sítio <www.tcu.gov.br> - menos de 1% (um por cento) das condenações do Tribunal resultam em efetiva recuperação dos valores desviados. Isso se deve, dentre outros fatores, à demora entre a ocorrência do desvio e a execução das decisões do Tribunal e, em especial, à ineficiência do Poder Judiciário. Ou seja, do ponto de vista estritamente financeiro, não resta qualquer dúvida de que desviar recursos públicos representa atividade em que o risco de devolução é praticamente nulo.

A situação gerada pela inexpressiva recuperação dos ativos públicos desviados gera tamanha perplexidade que o TCU se obrigou a adotar medidas de caráter preventivo. Assim, ao invés de serem realizadas auditorias em obras públicas ou em contratos já executados, procura-se fiscalizar o gasto público no momento de sua ocorrência. A realização de auditorias em contratos em fase de execução, ou mesmo na fase de licitação, tem resultado em significativa economia para o país¹⁰⁰.

Não se pode, desse modo, atribuir os elevados níveis de corrupção verificados na atividade administrativa brasileira à falta de órgãos de fiscalização. No Brasil, esses órgãos existem e recebem do sistema jurídico atribuições adequadas para atuarem. A sua atuação é, todavia, profundamente comprometida pela inexpressiva cooperação entre eles. É comum serem identificadas situações em um dos órgãos sonega informação dos outros por motivos que poderíamos denominar de ‘ciúmes institucionais’. A defesa egoísta e a atuação isolada dos órgãos de fiscalização pode ser certamente ser considerado um dos principais fatores para que não se obtenha resultados mais expressivos no combate à corrupção. Ora, se a comunidade internacional tem como certo que a cooperação internacional entre os Estados constitui elemento indispensável na luta contra a corrupção transnacional, mais razão existe para que os órgãos internos de controle colaborem entre si. Nesse ponto, a situação brasileira deixa muito a desejar.

Para obter maior eficiência, deveria haver maior cooperação entre Ministério Público, Banco Central do Brasil, Controladoria-Geral da União, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (órgão de inteligência financeiro) e Tribunal de Contas da União, uma vez que, em tese, todos esses órgãos trabalham com o mesmo propósito: combater práticas corruptas.

Outro aspecto de difícil solução em relação à atuação dos órgãos de fiscalização diz respeito ao fato de que, sendo uma federação de Estados, se verifica imensa desigualdade entre as medidas adotadas no plano federal e as implementadas no âmbito dos Estados e Municípios brasileiros. A situação destes últimos em relação à situação da Administração Pública federal é muito mais vulnerável em todos os aspectos possíveis: qualificação do pessoal, estrutura dos órgãos de prevenção à corrupção etc. No plano federal, por exemplo, é considerada

¹⁰⁰ Em decorrência de uma auditoria realizada na rodovia BR-101 Nordeste, conforme dados disponibilizados no sítio do TCU na Internet, o contrato de R\$ 1,6 bilhões foi reduzido para aproximadamente R\$ 1,3 bilhões. Em decorrência deste único processo, houve uma economia para os cofres públicos de aproximadamente R\$ 300 milhões (o que equivale a aproximadamente 300 milhões de euros).

razoavelmente adequada a estrutura do sistema de controle interno do Poder Executivo e, no órgão de arrecadação tributária (a Receita Federal), reconhecido pela eficiência, são raros os casos de fraude. Nos Estados e Municípios, quando existem órgãos de controle interno, estes são totalmente desaparelhados e os órgãos de arrecadação tributária são considerados imensas fontes de corrupção. A independência dos Estados e dos Municípios assegurada pela Constituição Federal impede que os órgãos federais possam interferir nestas esferas.

Em resumo, os órgãos federais de fiscalização da atividade administrativa possuem estrutura de pessoal e atribuições adequadas. A divisão desses órgãos em diversas estruturas autônomas e a sua distribuição nos três níveis que compõem o sistema federativo nacional comprometem a efetividade do sistema de controle preventivo da corrupção. Nesse ponto, as principais medidas a serem adotadas deveriam primar pela necessária aproximação e cooperação entre esses órgãos.

2.3. Legislação do pessoal civil

Convenção:

Em relação ao setor público (art. 7º da Convenção), é determinada a adoção de sistemas de convocação, contratação, retenção, promoção e jubilação de empregados públicos, que atuarão baseados em princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão. O art. 8º determina a adoção de providências com vista à elaboração de Código de Conduta para os servidores públicos.

Realidade brasileira:

A Constituição Federal (art. 37, I, II e III) determina que todos os cargos, empregos e funções da Administração Pública, ressalvados os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, serão preenchidos após prévia aprovação em concurso (seleção) público. Verificam-se alguns abusos em relação à contratação de servidores públicos por meio dos mencionados cargos em comissão e, sobretudo, por meio de processos de terceirização das atividades administrativas. Ao serem contratadas empresas privadas para a prestação de serviços

à Administração Pública, os dirigentes dos órgãos públicos se utilizam de suas prerrogativa para promover a indicação das pessoas que irão ser contratadas por meio de referidas empresas terceirizadas. Não obstante este fato constitua irregularidade e deva ser evitada, não pode ser considerado em si um ato de corrupção.

As leis acerca do regime jurídico do pessoal civil são, em termos gerais, adequadas e atendem às exigências fixadas na Convenção.

Sobre o regime jurídico dos servidores públicos, merecem ainda referência especial:

- A Lei n.º 8.112, de 1990, que estabelece as normas relativas aos servidores públicos civis federais, e que atende a todas as exigências previstas na Convenção acerca de acesso, promoção, jubramento (aposentadoria), processo disciplinar, direitos, vedações etc.

- o Código de Ética do Servidor Público Civil Federal (Decreto n.º 1.171/1994), que define os valores que devem ser buscados pelos servidores públicos e estabelece vedações e proibições;

- o Código de Conduta da Alta Administração, aprovado por ato do Presidente da República no ano 2000, cujo principal propósito é estabelecer regras básicas para evitar o conflito de interesses públicos e privados e fixar limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público.

Destaque especial deve ser dado, todavia, ao fato de que as mais importantes regras acerca do regime jurídico dos funcionários públicos brasileiros se encontram previstas no próprio texto da Constituição Federal de 1988. Forma de acesso aos cargos públicos, garantias, mecanismos de aposentadoria (jubramento), dentre outras, estão previstas no texto constitucional de modo que, tanto a legislação federal, quanto as leis estaduais e municipais, devem se adequar à Constituição Federal.

Acerca do pessoal administrativo civil brasileiro, o problema maior, uma vez mais, não é de natureza legislativa. Ou seja, não faltam leis ou normativos para regular a atuação dos servidores civis. O problema está relacionado à má qualidade do pessoal e da má distribuição desse pessoal dentro das estruturas administrativas. Ou seja, falta pessoal qualificado e falta pessoal para atuar em áreas sensíveis à corrupção, de que seria exemplo o acompanhamento da

execução dos contratos administrativos. Ressalvadas algumas carreiras específicas, de que são exemplos os servidores encarregados da arrecadação tributária ou do Banco Central, a remuneração do pessoal administrativo é bastante reduzida e não é capaz de atrair pessoal qualificado. Outro problema na estrutura dos cargos da Administração Pública civil está relacionado ao excesso de cargos em comissão, em que a indicação está relacionada a critérios políticos e não se vincula a qualquer seleção objetiva.

2.4. Acesso aos cargos eletivos

Convenção:

A Convenção recomenda aos Estados a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas a fim de estabelecer critérios para a candidatura e eleição a cargos públicos e para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.

Realidade brasileira:

A grande dificuldade para se combater a corrupção política reside nos processos de financiamento das campanhas aos cargos públicos eletivos.

No caso brasileiro, a legislação eleitoral que cuida dos processos de prestação de contas de campanhas encontra-se totalmente desatualizado. A rigor, a falta de transparência dos processos eleitorais, especialmente no que diz respeito ao financiamento das campanhas, resultou na maior crise política do Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. As denúncias mais graves apuradas pela Comissão Parlamentar de Inquérito criada pelo Congresso Nacional foram, além do tráfico de influência e da prática de crimes eleitorais, a corrupção protagonizada por vários dirigentes de empresas públicas indicados pelos partidos do Governo que teriam utilizado suas prerrogativas para obter das empresas contratadas doações para as campanhas políticas. Esse fenômeno teria ocorrido de forma amplamente disseminada em relação aos contratos de publicidade firmados por referidas empresas públicas e por diversos órgãos do Governo federal.

Existem no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei em tramitação que objetivam limitar os gastos de campanhas e definir fórmulas mais adequadas para as prestações de contas dos partidos políticos, utilizando-se, inclusive, dos recursos da Internet. A aprovação dessas medidas permitirá a redução de uma das mais sérias manifestações da corrupção: a corrupção política.

2.5. Contratação pública

Convenção:

Importante medida de caráter preventivo diz respeito às providências a serem adotadas em relação à contratação pública e à gestão da fazenda pública (art. 9º). Em relação à contratação, a Convenção define critérios baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos para a adoção de decisões. Define a Convenção uma série de critérios a serem observados relativamente aos procedimentos de contratação pública, tais como: a difusão pública de informação relativa aos procedimentos de licitação; a formulação prévia das condições de participação, incluídos critérios de seleção e adjudicação e regras de licitação, assim como sua publicação; a aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos; mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos conforme o presente parágrafo.

O art. 9.1. da Convenção estabelece normas acerca da contratação pública no seguintes termos:

“1. Cada Estado Parte deverá adotar, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, as diligências necessárias para introduzir sistemas adequados de contratação assentes na transparência, na concorrência e em critérios objectivos para a tomada de decisões que sejam eficazes, nomeadamente, na prevenção da corrupção. Tais sistemas, que na sua aplicação poderão ter em conta limiares adequados, deverão prever nomeadamente:

- a) A divulgação pública de informação sobre os processos de adjudicação e os contratos, incluindo informação sobre os convites para concorrer e informação relevante e pertinente sobre a adjudicação de contratos, dando aos potenciais proponentes tempo suficiente para preparar e apresentar as suas propostas;
- b) A definição prévia das condições de participação, incluindo os critérios de selecção e adjudicação, bem como as regras relativas ao concurso e respectiva publicação;
- c) A utilização de critérios objectivos e predefinidos para a tomada das decisões em matéria de contratação pública, a fim de facilitar a verificação posterior da aplicação correcta das regras ou dos procedimentos;
- d) Um sistema eficaz de auditoria interna, incluindo um sistema eficaz de recurso, que assegure o acesso às vias legais de recurso em caso de incumprimento das regras ou dos procedimentos estabelecidos em conformidade com o presente número;
- e) Quando adequado, medidas para regulamentar as questões relativas ao pessoal responsável pela contratação, tais como a declaração de interesses no caso de determinados contratos públicos, os procedimentos de selecção e requisitos em matéria de formação. “

Realidade brasileira:

Existe no Brasil uma lei geral que regula as licitações e as contratações públicas nos três níveis de Governo (federal, estadual e municipal), a Lei n.º 8.666/93. A Lei de Licitações brasileira atende a todas as exigências formuladas pela Convenção de Mérida (de publicidade, julgamento objetivo, imparcialidade, de competitividade, de motivação das decisões proferidas no procedimento licitatório, de recorribilidade das decisões etc.). Não obstante, as contratações públicas constituem uma das maiores fonte de fraude e desvio de dinheiro público. Esta constatação talvez indique que as propostas apresentadas pela Convenção, não obstante sejam adequadas, são muito tímidas e estão longe de ser suficientes para coibir a existência de fraudes nas contratações públicas.

Alguns aspectos da legislação brasileira sobre licitação podem ser criticados, tais como os prazos dos procedimentos, que são muito longos e admitem elevado número de fases e de

recursos; ao fato de ser conferida grande discricionariedade aos agentes que compõem as comissões de licitação; ou de ser conferida valorização excessiva ao formalismo dos procedimentos em detrimento de critérios de avaliação pelo resultado da contratação.

Para corrigir essas dificuldades, foi aprovada a Lei n.º 10.520, de 2002, que instituiu nova modalidade de licitação denominada pregão. Com a aprovação desta nova modalidade, buscou-se corrigir falhas apontadas na Lei Geral de Licitações (Lei n.º 8.666/1993) por meio da redução dos prazos, pela redução do número de recursos cabíveis, e pela possibilidade de serem apresentadas pelos participantes propostas por escrito e lances verbais durante a sessão de julgamento.

O Decreto n.º 5.450/2005 regulamentou a figura do pregão eletrônico. A licitação eletrônica, que funciona a partir de um sistema de credenciamento prévio dos interessados, permite que a partir de qualquer ponto do território nacional sejam apresentadas propostas. A ampliação da competição, ao impedir o conluio entre os empresários, resulta na obtenção de resultados significativos na redução de preços que, em média –de acordo com dados fornecidos pelo Ministério do Planejamento-, são 25% inferiores aos obtidos nas licitações comuns.

Limitação aplicável ao pregão diz respeito ao fato de que ele somente é admitido para a contratação de bens e serviços definidos em lei como comuns. As obras, tradicionalmente apontadas como fonte de fraude, ficam fora do pregão, e somente podem ser contratadas por meio das modalidades previstas na Lei Geral de Licitação.

É fato que modificações na legislação podem corrigir diversas deficiências nas contratações públicas e resultar na redução da ocorrência de corrupção. As fraudes mais frequentes, todavia, não se verificam em razão das deficiências na legislação relativa às contratações públicas. As maiores falhas nos sistemas de contratação estão relacionadas à falta de efetividade dessa legislação, e as maiores vulnerabilidades não se encontram nos sistemas externos de fiscalização, mas nos próprios órgãos ou entidades que celebram os contratos. Exemplo: a Legislação brasileira somente admite a imposição nos editais de convocação de licitação de especificações técnicas relativas ao bem (art. 14) ou relacionadas à qualificação técnica da empresa (art. 30) absolutamente necessárias ao atendimento das necessidades da Administração Pública. Uma das falhas mais frequentes nas licitações ocorre exatamente na

fixação de especificações técnicas desnecessárias e que resultam em favorecimento a determinadas empresas em detrimento da competição e dos interesses públicos. Esse problema é especialmente grave nas contratações de bens e serviços de informática e em grandes obras públicas. No caso dos bens e serviços de informática, as dificuldades relacionadas à descrição do objeto da contratação acabam por resultar na inexigibilidade do procedimento licitatório em razão da constatação de somente uma empresa teria condições de fornecer soluções para, por exemplos, atender a demandas em plataforma Unysses, IBM, Windows etc.

Se tivéssemos de apresentar a lista das irregularidades mais comuns nas licitações, indicariamos as seguintes:

- Estabelecimento de especificações técnicas desnecessárias e limitadoras da competição;
- Conluio entre os licitantes;
- Contratações emergenciais (sem licitação) em que a situação emergencial não existe ou resultou da falta de planejamento dos administradores públicos;
- Sobrepreço na apresentação das propostas dos licitantes;
- Contrações sem licitação em hipóteses em que, nos termos da lei, deveria ser realizada a licitação.

Além dessas falhas, que estão diretamente relacionadas à licitação, outras existem e que igualmente causam imensos prejuízos aos cofres públicos vinculadas diretamente à execução do contrato. Aqui, a maior dificuldade reside na falta de estrutura do Estado para fiscalizar a correta execução contratual. Em outras palavras, o poder público contrata, paga, mas não tem condições materiais de verificar se o que foi contratado, -tanto em relação aos aspectos quantitativos quanto em relação aos aspectos qualitativos-, foi efetivamente executado. É o caso comum de ser utilizado material de qualidade inferior ao da contratação e de as estruturas de acompanhamento contratual não terem condições de constatar a fraude ou, ainda mais grave, de haver conluio entre os funcionários encarregados de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos e as empresas contratadas. Não raro são identificadas situações em que o servidor público encarregado de fiscalizar a execução do contrato, em razão de conluio, atesta a execução

de etapas dos contratos que não foram executadas e os mecanismos internos de controle não são capazes de verificar a ocorrência da fraude.

Nesse sentido, além da ocorrência das falhas anteriormente apontadas relacionadas à fase da licitação, podemos apontar como mais comuns na fase correspondente à execução dos contratos públicos as seguintes falhas:

- Execução inadequada, defeituosa ou fraudulenta do contrato;
- Conluio entre a empresa contratada e os servidores responsáveis pela fiscalização e acompanhamento da execução do contrato;
- Modificações contratuais desnecessárias e que ultrapassam os limites fixados em lei (a Lei n.º 8.666/93 estabelece que os contratos não poderão sofrer modificações que importem em aumento de mais de 25% do valor inicialmente contratado);
- Manipulações nas planilhas de custos das empresas contratadas – que durante a execução do contrato sofrem modificações que resultam em imensos lucros para as empresas contratadas;
- Modificações nos valores contratuais em decorrência da suposta ocorrência de fatos imprevisíveis e que resultam na aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos.

Em resumo, em matéria de contratação pública -que seguramente representa uma das maiores fontes de fraude com o dinheiro público- as maiores dificuldades ou falhas não se encontram na legislação, ainda que em alguns aspectos se façam necessárias correções.

A grande dificuldade reside na implementação da legislação vigente. Além de fraudes e conluios na fase da licitação, a falta de estrutura do Estado brasileiro para fiscalizar adequadamente a execução dos contratos tem permitido a ocorrência de pagamentos por contratos não executados ou inadequadamente executados.

As principais medidas a ser adotadas, em matéria de contratação pública, certamente compreendem melhorias das estruturas administrativas voltadas para a:

- Elaboração dos editais;

- Condução dos procedimentos licitatórios; e
- Fiscalização da execução dos contratos.

A qualificação e a adequada remuneração dos servidores encarregados dessas etapas da contratação pública aliada ao fortalecimento dos sistemas internos de controle certamente importariam em significativa redução dos níveis de corrupção e de fraude.

No ordenamento jurídico brasileiro, além dos contratos, existem os convênios e os termos de parceria. Por meio desses instrumentos são firmados acordos com entidades privadas sem fins lucrativos (Organizações Não-Governamentais - ONGs) para a execução de projetos de interesse comum ao poder público e à entidade privada. Este aspecto é relevante porque ao longo do ano de 2005, somente no âmbito federal, foram repassados a entidades sem fins lucrativos recursos da ordem de R\$ 2 bilhões (aproximadamente 700 milhões de euros). A maior crítica, em relação a este item, reside na falta de critérios objetivos para a escolha da entidade privada com a qual será firmado o convênio ou o termo de parceria e que, em razão desse instrumento, receberá enormes quantias de recursos públicos. Isso se deve ao fato de que, para a escolha da ONG, não são aplicáveis os critérios de licitação previstos na mencionada Lei n.º 8.666/93, e a indicação da entidade beneficiária dos recursos repousa em critérios absolutamente discricionários.

Outro aspecto vulnerável em relação aos acordos firmados com as ONGs diz respeito à prestação de contas dos recursos públicos repassados, que é feita diretamente ao órgão responsável pela escolha da entidade. Ou seja, a falta de critério objetivo e imparcial para a escolha da ONG e a falta de segregação das funções públicas (em relação à escolha da entidade e à prestação de contas) representam graves vulnerabilidades no sistema de contratação pública brasileiro.

Maiores considerações acerca da atuação das ONGs no Brasil, bem como as críticas às normas jurídicas aplicáveis serão apresentadas ao final deste Capítulo (Item V).

2.6. Processos de prestação de contas e de execução do pressuposto (orçamento) nacional

Convenção:

Além dos mecanismos relacionados à contratação, a Convenção confere importância aos mecanismos de prestação de contas. Nesse sentido, são sugeridas medidas que compreendem:

- Procedimentos para a aprovação do pressuposto nacional;
- A apresentação oportuna de informação sobre gastos e ingressos;
- Um sistema de normas de contabilidade e auditoria, assim como a supervisão correspondente;
- Sistemas eficazes e eficientes de gestão de riscos e controle interno; e
- Quando proceda, a adoção de medidas corretivas em caso de não cumprimento dos requisitos estabelecidos no presente parágrafo.

Esse tema é tratado no art. 9, itens 2 e 3, da Convenção, que dispõem:

“2. Cada Estado Parte deverá adotar, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, medidas adequadas para promover a transparência e a obrigação de prestar contas na gestão das finanças públicas. Tais medidas deverão incluir, nomeadamente:

- a) Procedimentos para a adoção do orçamento nacional;
- b) Informação atempada sobre as receitas e as despesas;
- c) Um sistema de normas de contabilidade e de auditoria, bem como da correspondente supervisão;
- d) Sistemas eficazes e eficientes de gestão de riscos e de controlo interno; e
- e) Quando adequado, medidas correctivas em caso de incumprimento dos requisitos definidos no presente número.

3. Cada Estado Parte deverá adotar, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas no âmbito civil e administrativo que considere necessárias para preservar a integridade dos livros contabilísticos, dos registos, das demonstrações financeiras

ou de outros documentos relativos à despesa e receita públicas, e prevenir a falsificação desses documentos.

Realidade brasileira:

As normas brasileiras relativas aos processos de prestação de contas e à execução do orçamento nacional atendem a todas as exigências e sugestões apresentadas pela Convenção.

Em termos de efetividade das informações sobre os gastos públicos, os padrões utilizados pela Administração Pública federal brasileira para a execução do pressuposto (Orçamento) é extremamente sofisticado e todas as despesas realizadas pela União, autarquias e fundações públicas federais se encontram disponíveis em um sistema informatizado denominado SIAFI – Sistema Integrado de Acompanhamento Financeiro, cujo acesso pode ser feito pela Internet. Em relação a este sistema, merece crítica o fato de não ser acessível ao público em geral. Somente determinados agentes públicos têm código de acesso ao sistema.

Em relação aos Estados e Municípios brasileiros, todavia, existem falhas graves na execução orçamentária e financeira relacionadas, especialmente, à falta de acesso às informações relacionadas à liquidação de despesas públicas.

Se tivéssemos, todavia, de apontar as maiores vulnerabilidades no sistema jurídico brasileiro, o sistema de elaboração e execução dos orçamentos (pressupostos) seria certamente mencionado. Apenas para ter-se idéia da necessidade de modificar o sistema orçamentário, pode-se mencionar que no Brasil, se determinada empresa vence licitação de obra pública cuja execução está prevista para ser realizada em cinco anos, por exemplo, a empresa deverá atuar junto ao Congresso Nacional, em primeiro lugar, para garantir que o orçamento público do órgão ou entidade responsável pela contratação, em todos e em cada ano da execução do contrato, contemple recursos para aquela obra. Cientes dos elevados interesses daquela empresa em que haja previsão orçamentária para poder manter o contrato em andamento, certamente os agentes públicos envolvidos no processo de elaboração do orçamento saberão fazer valer a máxima de que vale a pena “criar dificuldades para poderem vender facilidades”. Ou seja, se não houver o necessário acerto entre a empresa contratada e os agentes públicos responsáveis pela elaboração do orçamento, o contrato vencido pela empresa terá sua execução suspensa por falta de recursos orçamentários. As dificuldades enfrentadas pela referida empresa não param, todavia, por aí. Ainda que os recursos tenham sido previstos no orçamento, dado que se trata de orçamento autorizativo, é necessário que os órgãos centrais ligados aos Ministérios da Fazenda e do Planejamento liberem os recursos para a obra, o que se faz por meio de processos

totalmente discricionários. Esse cenário leva as empresas vencedoras das licitações para os grandes contratos, que não raramente ultrapassam a cifra de bilhões de reais, a ter que “manter boas relações” com os parlamentares – responsáveis pela elaboração do orçamento– e com os funcionários dos altos escalões do Poder Executivo –que decidem pela liberação dos recursos orçados. Em razão de se tratarem de decisões, como observado, totalmente discricionárias –referimo-nos aqui tanto à decisão de incluir os recursos no orçamento quanto a de liberar o recurso orçado– improvável supor que a inclusão dos recursos no orçamento e que sua liberação não se façam em troca de pagamento de altíssimas propinas, ou, em linguagem parlamentar, do compromisso da empresa de financiar a campanha de determinados grupos políticos.

3. Medidas relativas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público

Convenção:

As medidas relativas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público são tratadas no art. 11, sendo dada ênfase especial à necessidade de ser reconhecida independência para a atuação dos seus membros.

Dispõe referido art. 11 da Convenção que

“1. Tendo presente a independência do poder judicial e o seu papel crucial no combate à corrupção, cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico e sem prejuízo da independência do poder judicial, adoptar medidas para reforçar a integridade dos seus membros e evitar que os mesmos tenham oportunidade de praticar actos de corrupção. Tais medidas poderão abranger regras relativas à conduta dos membros do poder judicial.

2. Poderão ser introduzidas e aplicadas ao Ministério Público, nos Estados Partes em que ele não está integrado no poder judicial mas em que goza de uma independência semelhante à deste, medidas que visam o mesmo objectivo que as adoptadas nos termos do n.º 1 do presente artigo.”

Realidade brasileira:

Em relação ao Ministério Público, pode-se afirmar que o Brasil está aparelhado com um sistema adequado, e que, certamente, se encontra bem mais aparelhado que a grande maioria dos países desenvolvidos.

Em relação ao Poder Judiciário, a maior falha diz respeito à legislação processual. A multiplicação dos recursos torna os processos intermináveis. No âmbito penal, a legislação processual e as deficiências administrativas fazem com que os crimes relacionados à corrupção raramente resultem em condenações.

Eventuais tentativas de reformar o sistema processual sempre esbarram em questões corporativas relacionadas ao interesses dos juízes, que sempre temem perder atribuições, e dos advogados, que nem sempre vêm com bons olhos as propostas para simplificação dos sistemas processuais. Em razão do grande poder de mobilização político desses grupos, o sistema judiciário brasileiro pode ser considerado extremamente deficitário, o que tem resultado na baixa confiança da população nesta instituição e na sensação generalizada de impunidade.

Para maiores considerações acerca do Poder Judiciário e do Ministério Público no Brasil, remetemos ao Capítulo II.

4. Participação da sociedade no controle dos gastos públicos

Convenção:

A participação da sociedade no combate à corrupção é tratada no art. 13. Seu objetivo é fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as Organizações Não-Governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito da existência, das causas e da gravidade da corrupção, assim como da ameaça que esta representa para a democracia. Para incentivar a participação da sociedade, são sugeridas medidas para:

a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões;

- b) Garantir o acesso eficaz do público à informação;
- c) Realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários;
- d) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção.

Realidade brasileira:

A Constituição Federal, em seu art. 37, define os princípios básicos aplicáveis à Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta. São eles: legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência.

A observância do princípio da publicidade e o dever de motivar os atos administrativos (previsto este último na Lei n.º 9.784, de 1999) permitem concluir que, não obstante ocorram dificuldades ocasionais de falta de transparência, esta não representa uma grande dificuldade para o combate à corrupção no Brasil.

Do ponto de vista prático, a maior dificuldade reside na incapacidade da sociedade civil de se organizar e de utilizar adequadamente as informações disponibilizadas. Com mais de 5.000 (cinco mil) Municípios, um dos grandes desafios apresentados aos órgãos de fiscalização brasileiros diz respeito ao acompanhamento das despesas executadas por esses entes locais, tanto no que diz respeito à aplicação de recursos próprios, quer se trate de recursos a eles repassados pela União ou pelos Estados.

O Governo federal brasileiro repassa aos Municípios, por ano, para a execução de inúmeros programas sociais (nas áreas da saúde, educação, saneamento básico, segurança pública etc.) recursos que representam mais de R\$10 bilhões (aproximadamente 3,3 bilhões de euros). Se em seu conjunto os valores são muito expressivos, quando distribuídos às pequenas municipalidades, que representam a maioria dos Municípios, os valores assumem proporção relativamente pequena.

Em muitos casos, se houvesse a intenção de promover a efetiva fiscalização ou controle por meio exclusivamente das estruturas públicas, haveria o risco de serem gastos mais recursos com

a fiscalização do que o próprio programa de governo. Para o acompanhamento desses gastos relacionados à execução dos programas sociais, o sistema mais adequado seria o controle social, realizado diretamente pela população ou pelas entidades organizadas da sociedade civil.

Eis talvez o maior desafio enfrentado no Brasil: O que pode ser feito para aumentar o controle social sobre os gastos públicos.

As soluções para aumentar a participação da população no controle das atividades desenvolvidas pelo Estado não se apresentam em curto prazo. Elas requerem a maior conscientização da população acerca da importância de fiscalizar o Estado, não como interesse de terceiros, mas como interesse direto da própria coletividade. Os meios jurídicos para permitir o acesso da população à execução das despesas públicas existem, assim como também existem mecanismos para a população formalizar denúncias sobre a ocorrência de desvios, fraudes ou qualquer outro tipo de malversação do dinheiro público. É possível que o maior acesso da população à educação resulte na tomada de consciência acerca da necessidade de se conferir à corrupção importância maior do que o tema tem merecido no Brasil.

5. Lavagem de ativos

Convenção:

Em relação à prevenção da lavagem de dinheiro, o art. 14 da Convenção determina a adoção de várias providências. Infelizmente, as mais importantes, aquelas que teriam maior eficácia, estão previstas apenas como medidas de adoção facultativa ('Os Estados Participantes considerarão a possibilidade...').

Como meras sugestões à adoção de medidas de caráter preventivo, a Convenção indica a possibilidade de cada Estado estabelecer um departamento de inteligência financeira que sirva de centro nacional de recompilação, análise e difusão de informação sobre possíveis atividades de lavagem de dinheiro. A Convenção recomenda ainda aos Estados a adoção de medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis pertinentes, sujeitos a salvaguardas que garantam a devida utilização da informação e sem

restringir de modo algum a circulação de capitais lícitos. Essas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantidades elevadas de efetivos e de títulos negociáveis pertinentes.

Realidade brasileira:

No Brasil, a aprovação no ano de 1998 da Lei n.º 9.613 pode ser considerado importante avanço no tratamento da questão. Descreve a lei brasileira (art. 1º) como lavagem de dinheiro o ato de:

“Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira.”

A Lei n.º 9.613, de 1999, atende, em boa parte, aos propósitos da Convenção. Ela define como crime ocultar ou dissimular a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime contra a Administração Pública.

Essa Lei impõe às pessoas jurídicas que exerçam certas atividades (tais como compra e venda de moeda estrangeira, compra e venda de imóveis, dentre outras) o dever de identificar seus clientes e de manter registro das operações realizadas acima de certos limites, além de terem de prestar informações ao Conselho de Acompanhamento de Atividades Financeiras – COAF, órgão de inteligência financeira.

A luta contra a lavagem de ativos não se resume, todavia, à aprovação de bem elaborados textos legislativos. O combate à lavagem de ativos encontra maior dificuldade no momento em que se busca dar efetividade a esses textos, regra aplicável, aliás, ao combate de toda criminalidade organizada.

A adequada aplicação do Direito pressupõe a estruturação de órgãos de inteligência financeira adequadamente capacitados para identificar as operações suspeitas e celeridade por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário relativamente à propositura e à tramitação das ações judiciais.

Foi instituído, ainda no ano de 1998, o COAF - Conselho de Acompanhamento de Ativos Financeiros, que atualmente conta com apenas 31 funcionários encarregados de examinar as operações suspeitas e de informar ao Ministério Público e ao Banco Central a ocorrência dessas operações para a adoção das providências administrativas e criminais cabíveis.

Nesse sentido, não obstante a grande maioria dos países tenha colaborado com os esforços internacionais para combater o crime organizado e a lavagem de ativos, a questão ainda enfrenta sérias dificuldades quando se examina a efetividade das medidas adotadas. Não é a simples aprovação de leis ou a boa vontade dos diversos países que devem ser objeto de atenção por parte dos organismos internacionais envolvidos no combate à lavagem de ativos, mas a efetiva implementação de medidas práticas, que requerem além de leis, a criação de estruturas administrativas e o treinamento dos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário. No Brasil, nesse ponto, a efetividade das medidas contra a lavagem de ativos ainda é incipiente.

Para maiores considerações acerca da atuação do COAF, remetemos ao Capítulo II, em que cuidamos detidamente desse tema.

6. Penalização e aplicação da lei

Convenção:

O Capítulo III da Convenção estabelece tipos penais e normas relativas à aplicação de sentenças.

Em relação aos tipos, a Convenção determina a criminalização de algumas condutas e sugere a tipificação de outras. Em seu conjunto, estão previstos os seguintes tipos: 1. Suborno de funcionários públicos nacionais (art. 15), 2. Suborno de funcionários públicos estrangeiros e de

funcionários de organizações internacionais públicas (art. 16), 3. Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público (art. 17), 4. Tráfico de influências (art. 18), 5. Abuso de funções (art. 19), 6. Enriquecimento ilícito (art. 20), 7. Suborno no setor privado (art. 21), 8. Malversação ou peculato de bens no setor privado (art. 22), 9. Lavagem de produto de delito (art. 23), 10. Encobrimento (art. 24), 11. Obstrução da justiça (art. 25).

São previstas ainda medidas com vista à responsabilização penal, civil e administrativa das pessoas jurídicas (art. 26), à participação ou tentativa (art. 27), conhecimento, intenção e propósito como elementos de um delito (art. 28), à prescrição (art. 29), processo, sentença e sanções (art. 30), ao embargo preventivo, incautação e confisco (art. 31), à proteção a testemunhas, peritos e vítimas (art. 32) e à proteção aos denunciantes (art. 33).

Realidade brasileira:

A legislação penal brasileira atende a todas as exigências previstas na Convenção de Mérida. Apresentamos, em seguida, os principais tipos previstos na legislação brasileira.

O Código Penal tipifica os crimes de peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão (quando o funcionário exige vantagem indevida para praticar ato inerente à função, seja o ato lícito ou não - Art. 316 do CP), excesso de exação, corrupção passiva (quando ‘o funcionário solicita ou recebe vantagem indevida para praticar ato inerente à função, seja o ato lícito ou não’ -- Art. 317 do Código Penal -CP) e corrupção ativa (‘oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício’ - Art. 333 do CP), facilitação de contrabando ou descaminho, prevaricação, condescendência criminosa.

A Lei de Crimes de Responsabilidade Fiscal (Lei 10.028/2000) criou novos tipos penais contra as finanças públicas, como a contratação de operação de crédito, inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar, assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura, ordenação de despesa não autorizada, prestação de garantia graciosa, não cancelamento de restos a pagar, aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura, oferta pública ou colocação de títulos no mercado.

A Lei n.º 10.467/2002 acrescentou ao Código Penal o Art. 337-B, e definiu o crime de ‘corrupção ativa em transação comercial internacional’, nos seguintes termos:

‘Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.’

Além da previsão de crimes, cumpre salientar que a legislação brasileira contemplou a sanção, na esfera civil, dos atos de improbidade administrativa, por meio de uma ação que pode resultar na aplicação das seguintes medidas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por um prazo de até 10 anos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente

O enriquecimento ilícito no exercício de uma função pública, no Brasil, não constitui em si um tipo penal. A sua punição como crime somente é possível se puder ser enquadrado na figura típica do crime de corrupção passiva ou de concussão. Não existe um tipo penal denominado ‘enriquecimento ilícito’. Todavia, a Lei da Improbidade Administrativa caracteriza o enriquecimento ilícito como um ato de improbidade administrativa. De acordo com essa Lei, se o agente público, no exercício da função, ostentar aumento de patrimônio cuja origem lícita ele não consiga comprovar, presume-se ser decorrente do uso indevido do cargo público, mediante o recebimento de propina, ou por outros procedimentos ilícitos. Eis a redação que define uma das modalidades de enriquecimento ilícito:

‘Adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução patrimônio ou à renda do agente público’. (Lei nº 8.429/92, Art. 9º, inciso VII).

O uso indevido de informação privilegiada está regulado na legislação brasileira da seguinte forma:

- crime para quem atua no mercado de capitais: ‘utilizar informação relevante ainda não divulgada no mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de

propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários' - Art. 27-D da Lei nº 6.385, de 7.12.1976, acrescentado pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001);

- ato de improbidade administrativa, definido nos seguintes termos: 'revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço' (Art. 11, VII, da Lei de Improbidade Administrativa).

O tráfico de influência está definido como crime no Código Penal brasileiro e também proibido por outras normas, como se demonstra a seguir:

- crime de tráfico de influência: 'solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função' (Art. 332, do CP, na redação da Lei 9.197/95);

- crime de tráfico de influência em transação internacional: 'Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional' (Art. 337-C do CP, introduzido pela lei nº 10.467/2002);

- crime de advocacia administrativa: 'patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário' (Art. 321, do CP);

- crime definido na Lei de Licitações: 'patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário' (Lei n. 8.666/93, Art. 91);

- ato de improbidade administrativa: 'perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza' (Lei 8.429/92, Art. 9º, IX).

O Código Penal define como crime o emprego irregular de verbas públicas, ou seja, 'dar às verbas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei' (CP, Art 315). Por outro lado, se o

desvio for em benefício próprio ou de terceiro, com a conseqüente apropriação do bem ou renda, configura-se o crime de apropriação indébita, tipificado no Art. 312 do Código Penal:

‘Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor, ou qualquer outro bem móvel público ou particular, que tem a posse em razão do cargo, ou desvia-lo em benefício próprio ou de terceiro’. (CP, Art. 312)

Vale ressaltar que se a apropriação ou desvio for de um bem imóvel, não haverá crime. Haverá, no entanto, ato de improbidade administrativa, definido nos arts. 9º, inciso XII e 10, incisos I e II, da Lei nº 8.429/1992.

De maneira geral, não há necessidade de serem modificadas leis brasileiras para dar cumprimento à Convenção. De fato, há normas gerais, aplicáveis à totalidade dos agentes públicos de todos os entes federados e de todos os poderes, que prevêm as regras de conduta necessárias ao correto desempenho das funções públicas.

O problema brasileiro, à semelhança do que ocorre na grande maioria dos países, reside na falta de efetividade da legislação penal. Uma das principais razões para essa baixa efetividade reside na necessidade de intervenção do Poder Judiciário. O seminário ‘A Justiça em Números’, realizado pelo Supremo Tribunal Federal em 2005 com base em estudos do Banco Mundial de 2003, é bastante eloqüente neste sentido e indica as dificuldades existentes no sistema judicial brasileiro, em que a regra é a falta de celeridade. A lentidão da justiça brasileira, em muitas situações, importa na prescrição dos crimes. Para maiores dados sobre o congestionamento da Justiça brasileira, vale a pena consultar os dados disponíveis sobre essa pesquisa¹⁰¹.

7. Cooperação internacional e Recuperação de ativos

Convenção:

Em relação à cooperação internacional, a Convenção prevê a possibilidade de ser prestada assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas

¹⁰¹ (www.stf.gov.br/seminario/pdf/banco_mundial.pdf)

relacionadas com a corrupção. São definidas regras relativas à extradição, ao traslado de pessoas condenadas a cumprir uma pena e à assistência judicial recíproca.

Sobre da recuperação de ativos, o Capítulo V da Convenção estabelece regras relativas à prevenção e detecção de transferências de produto de delito, à recuperação direta de bens, à recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco, dentre outros aspectos.

Realidade brasileira:

O Brasil não é considerado atrativo para os processos de encobrimento de bens de origem ilícita. Ao contrário, o Brasil sofre de problemas relacionados à evasão de divisas e necessita da cooperação dos demais países para a recuperação desses ativos. De qualquer modo, o Art. 14 da Lei nº 9.613/98, que trata dos crimes de ‘lavagem’ de dinheiro, atribuiu ao COAF, órgão de inteligência financeira, dentre outras atividades, as de ‘coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no tocante à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.’

8. Considerações finais acerca da observância da Convenção de Mérida pelo Brasil

Esses são alguns dos principais aspectos tratados na Convenção de Mérida sobre Corrupção. Vê-se que o texto busca alcançar diversas áreas vulneráveis à corrupção e sugere diversas medidas com vista à prevenção e à repressão da corrupção. Trata-se, efetivamente, do mais importante instrumento jurídico sobre o tema já aprovado no âmbito internacional. É de se lamentar, todavia, a inexistência de mecanismos que definam formas de avaliação das legislações dos diversos países membros no sentido de verificar se estão adequadas ao texto da Convenção e, sobretudo, a não previsão de sistemas que atestem a efetividade dessas medidas.

A Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção é de grande importância para o combate à corrupção. A não adoção de uma sistemática de avaliação quanto à sua implementação deve ser considerada um desafio aos diversos países e à própria Organização das Nações Unidas, no

sentido de que o trabalho está longe de ser considerado concluído e de que ainda restam importantes medidas a serem adotadas.

IV. Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a legislação brasileira

1. Aspectos gerais sobre a Convenção da OCDE

Em 1997, a OCDE chamou a atenção do mundo ao firmar a Convenção sobre Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, primeiro instrumento de âmbito mundial voltado para combater a corrupção transnacional. O texto entrou em vigência em 1999.

Além dos países membros da OCDE, Argentina, Brasil, Bulgária, Estônia e Eslovênia firmaram a Convenção, totalizando 36 países.

Em comparação com outros instrumentos multilaterais, a Convenção da OCDE se diferencia na medida em que objetiva alcançar o lado dos corruptores, daqueles que pagam o suborno. Em razão da aprovação da Convenção, todos os países membros aprovaram legislações que tratam o pagamento de suborno a funcionários públicos de países estrangeiros um crime punível em seu país de origem.

Os aspectos mais relevantes da Convenção compreendem:

- a definição de suborno;
- a criminalização do pagamento de suborno a funcionário público (suborno ativo);
- o fornecimento de orientação para a aplicação de sanções;
- a fixação de regras para assistência judicial e legal;
- a fixação de parâmetros para os sistemas de contabilidade e auditoria;

- a disponibilização do monitoramento da implementação das medidas previstas na Convenção;

- a proibição da tributária do pagamento de suborno;

A Convenção vai além da aplicação do princípio da territorialidade penal e se utiliza de instrumentos até então estranhos à atuação de organismos multilaterais. São estabelecidos mecanismos para verificar o efetivo cumprimento das medidas previstas na Convenção e foi criado o Grupo de Trabalho sobre Suborno, composto por especialistas indicados pelos países membros. Este certamente constitui um dos mais importantes aspectos relativos à atuação da OCDE no combate à corrupção e que a diferencia das demais convenções internacionais sobre o tema: a avaliação dos países signatários com o propósito de aferir a efetividade quanto à adoção dos mecanismos previstos do texto da Convenção.

O Grupo de Trabalho sobre Suborno se reúne cinco vezes por ano na sede da Organização, em Paris, para monitorar as atividades desenvolvidas pelos países em observação. O processo de monitoramento compreende duas diferentes etapas. Na primeira, é verificada a adequação da legislação do país em relação ao que dispõe a Convenção. Na segunda etapa, são realizadas reuniões locais com membros do governo, do empresariado, dos sindicatos e da sociedade civil com o objetivo de verificar o efetivo cumprimento das normas relativas ao pagamento de suborno.

Encerradas as duas fases da avaliação, o Grupo de Trabalho elabora relatório em que são indicados os achados da investigação e as recomendações a serem adotadas.

As recomendações têm tido forte impacto sobre os países examinados e, de acordo com informações fornecidas pela OCDE em seu sítio eletrônico (www.oecd.org/bribery), diversas legislações já foram alteradas de modo a dar cumprimento às sugestões apresentadas pelo Grupo.

Não obstante o objetivo da Convenção da OCDE sobre Subornos seja bem mais limitado que o da Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, assim como o número de países signatários seja igualmente menor, a sistemática da Convenção da OCDE apresenta inúmeras vantagens práticas. Em primeiro lugar, as regras previstas na Convenção são de adoção

obrigatória pelos países signatários, diferentemente da Convenção da ONU, em que importantes questões são de adoção facultativa pelos Estados Membros. Ademais, o processo de monitoramento da implementação das medidas previstas no texto da Convenção pelos signatários confere efetividade inequívoca à Convenção da OCDE, sistemática esta que não está prevista no âmbito da Convenção das Nações Unidas. Ou seja, ainda que mais limitada, a Convenção da OCDE foi promulgada para ser efetivamente cumprida, ao passo que a Convenção das Nações Unidas pode correr o risco de não passar de mera carta de boas intenções -não obstante sejam dignos e louváveis os esforços que levaram à sua aprovação.

A leitura dos consideranda que compõem o texto da Convenção da OCDE indica, de forma clara, os objetivos do texto:

“As Partes,

Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade;

Considerando que todos os países compartilham a responsabilidade de combater a corrupção nas Transações Comerciais Internacionais;

Levando em conta a Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, adotada pelo Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), em 23 de maio de 1997, C(97)123/FINAL, que, inter alia, reivindicou medidas efetivas para deter, prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros ligados a Transações Comerciais Internacionais, particularmente a imediata criminalização de tais atos de corrupção, de forma efetiva e coordenada, em conformidade com elementos gerais acordados naquela Recomendação e com os princípios jurisdicionais e jurídicos básicos de cada país;

Acolhendo outros desenvolvimentos recentes que promovem o entendimento e a cooperação internacionais no combate à corrupção de funcionários públicos, incluindo ações das Nações Unidas, do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional, da Organização Mundial de Comércio, da Organização dos Estados Americanos, do Conselho da Europa e da União Européia;

Acolhendo os esforços de companhias, organizações empresariais e sindicatos, bem como outras organizações não-governamentais, no combate à corrupção;

Reconhecendo o papel dos Governos na prevenção do pedido de propinas de indivíduos e empresas, em Transações Comerciais Internacionais;

Reconhecendo que a obtenção de progresso nessa área requer não apenas esforços em âmbito nacional, mas também na cooperação, monitoramento e acompanhamento multilaterais;

Reconhecendo que a obtenção de equivalência entre as medidas a serem tomadas pelas Partes é o objeto e o propósito essenciais da presente Convenção, o que exige a sua ratificação sem derogações que afetem essa equivalência;

Acordaram o que se segue (...).”

O principal item da Convenção da OCDE está relacionado à tipificação da conduta, indicada no art. 1 do texto, de “oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais”, a qual é denominada pela própria Convenção como crime de "corrupção de funcionário público estrangeiro".

Conforme já mencionado neste Capítulo (ver nota de rodapé número 2 infra), para adequar o Direito brasileiro aos tipos descritos na Convenção da OCDE, foi aprovada a Lei n.º 10.467, de 2002 que descreve os tipos de corrupção ativa em transação comercial internacional (Art. 337-B) e de tráfico de influência em transação comercial internacional (Art. 337-C), além de definir funcionário público estrangeiro (Art. 337-D) para fins de indicação do sujeito do crime.

O tipo penal previsto no art. 337-B do Código Penal, suborno de funcionário público estrangeiro propriamente dito, guarda semelhança com o crime anteriormente previsto no art. 333 do mesmo Código, definido como crime de corrupção ativa.

A hipótese descrita no art. 337-C do Código Penal, igualmente relacionado a funcionário público estrangeiro, guarda correspondência com o do art. 332 do mesmo Código Penal, que trata do tráfico de influência. A única distinção entre as duas hipóteses reside no fato de que referido art. 337-C cuida tão-somente de “funcionário público estrangeiro”, fazendo incidir a conduta igualmente em relação a “transação comercial internacional”.

Ainda acerca da atuação da OCDE, a elaboração de listas negras dos paraísos fiscais é merecedora de menção em razão dos resultados expressivos no combate aos denominados paraísos fiscais, Estados cujas

legislações acerca da abertura de contas secretas ou de empresas fantasmas se caracterizam pela absoluta falta de transparência e pela falta cooperação internacional. Atualmente, segundo fonte da própria OCDE, somente sete países integram referida lista negra. São eles: Andorra, Ilhas Marshall, Libéria, Liechtenstein, Mônaco, Nauru e Vanuatu. O sucesso dessa política pode ser observada quando se compara a lista atual com a que foi inicialmente editada no ano de 2000, que continha 35 diferentes países (RODRÍGUEZ GARCÍA)¹⁰².

Examinaremos, em seguida, a implementação de diferentes aspectos da Convenção da OCDE pelo Brasil.

2. Responsabilidade de pessoa jurídica e sanções - (arts. 2 e 3 da Convenção)

2.1. Responsabilidade penal de pessoa jurídica

A Convenção da OCDE em exame, em seu art. 2, cuida da necessidade de serem responsabilizadas pessoas jurídicas em razão da prática de atos relacionados à corrupção; em seu art. 3, a Convenção trata das sanções a serem aplicadas a pessoas físicas e jurídicas. Dispõe o texto da Convenção in verbis:

“Artigo 2

Responsabilidade de Pessoas Jurídicas

Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

Artigo 3

Sanções

1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição.

¹⁰² Obra citada, pág. 243.

2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.
3. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias a garantir que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis.
4. Cada Parte deverá considerar a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais à pessoa sobre a qual recaiam sanções por corrupção de funcionário público estrangeiro.”

A responsabilização penal da pessoa jurídica não é, ressalta hipótese expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, admitida no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o sistema penal brasileiro, a responsabilidade de pessoas jurídicas se afigura incompatível com a regra da culpabilidade, condição da sanção penal.

O artigo 225 da Constituição Federal, em seu § 3º, afasta a regra acima indicada e expressamente admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica tão-somente em matéria ambiental:

“Art. 225

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Ou seja, embora o Brasil não preveja em seu ordenamento jurídico especificamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, exceto por crime ambiental, as empresas sujeitam-se a diversos tipos de responsabilidades, nos termos do artigo 173, § 5º, da Constituição Federal, em matéria tributária, administrativa, econômica, societária, em

relações de consumo, entre outras, que atingem o patrimônio da empresa ou até mesmo impõem a suspensão parcial ou total de suas atividades.

2.2. Sanções administrativas e responsabilidade civil

No que toca à responsabilização civil e administrativa, há inúmeras hipóteses em que se admite essa penalização. A legislação brasileira que trata das licitações e contratos administrativos prevê expressamente a aplicação de sanções administrativas a empresas. Dispõe referida legislação (Lei n.º 8.666/93) nos seguintes termos:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do

interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

A Lei Orgânica do TCU (Lei n.º 8.443/92) igualmente prevê a possibilidade de serem aplicadas sanções administrativas a pessoas jurídicas. Dentre elas pode-se igualmente mencionar a pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Dispõe a Lei Orgânica do TCU:

“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”

As sanções previstas na Lei de Licitações bem como na Lei Orgânica do TCU acima indicadas podem ser aplicadas às pessoas jurídicas por meio de processos administrativos, independentemente da instauração do processo judicial. É possível, todavia, em face do princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária que a sanções aplicadas administrativamente sejam impugnadas pelas próprias empresas punidas por meio de ação judicial.

Acerca da responsabilização civil de pessoas jurídicas, trata-se de questão banal, não obstante a maior dificuldade resida na possibilidade de serem efetivamente recuperados recursos públicos desviados. Ou seja, não obstante as pessoas jurídicas possam ser sistematicamente condenadas a ressarcir danos causados, inclusive decorrentes de atos relacionados a desvios ou fraudes, não há efetividade na recuperação desses ativos seja em razão da lentidão do Poder Judiciário, seja em razão das dificuldades para a localização de bens pertencentes a referidas pessoas jurídicas.

2.3. Sanções decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa

Em relação às sanções previstas no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser igualmente dada menção especial àquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, disciplinada pelo Lei n.º 8.429, de 1992, que regula a ação de improbidade administrativa (vide Capítulo II). Trata-se de ação civil, em que a aplicação das penas é feita, portanto, por autoridade judiciária. Os ilícitos tipificados como atos de improbidade administrativa podem ser enquadrados em três diferentes categorias: 1. atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); 2. atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); e 3. atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Para cada um deles é prevista pena diferente, conforme o art. 12 da referida Lei:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

Na fixação das penas previstas, o juiz deve levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Acerca da ação de improbidade, em razão de se tratar de instrumento de controle judicial da Administração Pública, remetemos ao Capítulo II.

3. Demais regras previstas na Convenção da OCDE

Outros aspectos previstos na Convenção da OCDE acerca da prática de atos ilícitos por funcionários públicos estrangeiros relacionadas a jurisdição (art. 4), à execução da pena (art. 5), ao regime de prescrição (art. 6), à lavagem de ativos (art. 7), À contabilidade (art. 8), à assistência jurídica recíproca (art. 9), à extradição (art. 10) etc. não impuseram ao Brasil a necessidade de alteração de qualquer regra jurídica nacional.

Em relação à lavagem de ativos, por exemplo, as sanções definidas na Lei nº. 10.467, de 2002, determinam a aplicação da pena de reclusão de três a dez anos e multa para quem comete crime de lavagem de dinheiro, conforme a lei –pena que pode ser aumentada de um a dois terços se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa ou reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Além disso, o juiz pode ordenar, de ofício ou por requerimento do Ministério Público ou das Autoridades Policiais, o bloqueio ou apreensão dos bens, direitos e valores dos réus, ou registrados em seu nome, se houver evidência de que constituem objeto ou de que procedem dos crimes definidos na Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro.

No caso de condenação, os ativos são declarados em salvaguarda da União, exceto os direitos da vítima e da parte de boa fé. Isso também constitui efeito da condenação a suspensão do direito de ocupar cargos de qualquer natureza no serviço público, tais como a de Diretor, Membro de Conselhos Diretores ou Administrador de qualquer entidade legal referidas no artigo 9 da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, por um período igual ao dobro do termo de prisão estipulado pela sentença judicial.

Vale ressaltar que, considerando o fato de que há concorrência material entre o crime antecedente e o crime de lavagem de dinheiro, a penalidade aplicada a cada um dos crimes deve ser somada. Portanto, no caso de haver condenação tanto para o crime antecedente, como para o crime de lavagem de dinheiro, a sentença estabelecida na

Lei 9.613/1998 para o último deve ser aplicada cumulativamente à sentença definida no Código Penal para o primeiro.

O caput do art. 1º da Lei nº 9.613/1998 tipifica o ato de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, como crime de lavagem de ativos.

O § 1º do mesmo artigo define que incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos no artigo: os converte em ativos lícitos; os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Ademais, o §2º do artigo 1º determina que incorre na mesma pena quem: utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo, bem como quem participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

A Lei brasileira de Lavagem de Dinheiro utiliza como ilícitos antecedentes vários crimes expressamente mencionados, adotando a modalidade intermediária de incriminação de infrações antecedentes à lavagem de dinheiro.

O art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro, prevê como ilícito antecedente para efeito de lavagem de dinheiro, entre outros, o crime “contra a Administração Pública” (inciso V) e o crime “praticado por particular contra a administração pública estrangeira” (inciso VIII). Portanto, entre os crimes antecedentes previstos na legislação brasileira está o pagamento de suborno a funcionários públicos nacionais (art. 333 do Código Penal) e também a funcionários públicos estrangeiros.

Desse modo, o tratamento de um caso e de outro é exatamente idêntico, não havendo distinções quanto aos efeitos penais. Quer seja suborno de funcionário nacional, quer seja de funcionário estrangeiro em transação comercial internacional, a lei brasileira considerará igualmente os recursos daí advindos para efeito da prática de lavagem de dinheiro, mediante ocultação ou dissimulação da natureza, da origem, da localização ou da propriedade dos valores. Desse modo, eventuais diferenças de tratamento se dariam apenas no campo prático em relação às dificuldades na investigação para provar a existência do delito e a demonstração da autoria, já que não há diferença de tratamento legal.

A única diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros definida pela Lei nº. 9613/1998 está no § 4º do Artigo 1º, verbis: “A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do caput deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa”. Considerando que o crime de corrupção doméstica está descrito no inciso V e o de corrupção transnacional está definido no inciso VIII, o acréscimo de sentença aplica-se somente ao primeiro.

A explicação para diferença de tratamento mencionada reside no fato de que os crimes descritos nos incisos de I a VI são mais freqüentes no Brasil, fato que criou a necessidade de uma legislação mais severa com relação à repressão quando cometida em padrão recorrente ou por uma organização criminosa.

Conforme foi mencionado acima, a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro define sanções administrativas a serem aplicadas contra as pessoas jurídicas listadas no Artigo 9º e seus gerentes (art. 12) no caso de não cumprir com as obrigações ali estabelecidas. As sanções podem ser, conforme incisos I a IV do artigo 12º:

“I - advertência;

II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.”

É relevante mencionar, ainda, que dentre as obrigações estabelecidas na Lei para as pessoas jurídicas, conforme definido no Artigo 9º, estão:

- a) Identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes. Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários;
- b) Manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções expedidas por estas autoridades;
- c) Atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, que se processarão em segredo de justiça;
- d) Dispensar especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos na Lei 9.613/1998, devendo reportar-se às autoridades competentes no prazo de vinte e quatro horas.

Também é relevante apontar que a aplicação das sanções administrativas descritas acima não exclui a possibilidade de imputar responsabilidade criminal às pessoas físicas que, com os mesmos atos, cometeram os crimes definidos na legislação brasileira.

Na legislação brasileira, as regras que obrigam as instituições financeiras a reportar operações suspeitas estão definidas em duas diretrizes: comunicação de operações pouco usuais (lista de situações ou operações incomuns que não correspondem ao perfil dos consumidores, como, por exemplo, o servidor público que tem vencimento fixo, mas opera grandes quantias de depósitos ou saques, ou saques de grandes quantidades em dinheiro) e comunicação de operações em dinheiro (estas são mais objetivas, pois a lei define que qualquer depósito ou saque realizado por uma pessoa física ou jurídica igual ou maior a R\$100 mil devem ser comunicados). Isso ilustra o fato de que as instituições financeiras não atuam na garantia de que há crimes por trás das operações, mas sim pela raridade da natureza da operação, considerando o perfil do consumidor, ou quando a operação excede R\$100 mil. Desta forma, fica claro que, na prática, há infindáveis casos de comunicações de operações pouco usuais ou em dinheiro realizado por instituições financeiras ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF que, por sua vez, as tem analisado e transmitido as informações necessárias ao Ministério Público ou ao Departamento de Polícia Federal, que conduzem as investigações e chegam a conclusões de que as operações podem ter origem criminal (corrupção, suborno, drogas etc.).

Acerca da execução da pena e exercício da jurisdição, no Brasil, adota-se a teoria da ubiquidade para se definir o local do crime, considerando-se como tal tanto o local em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, quanto o local onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Quando a infração penal ocorrer no exterior (tanto a ação, quanto o resultado), a aplicação da lei brasileira dependerá do atendimento a requisitos específicos previstos no Código Penal brasileiro, situação denominada extraterritorialidade condicionada. Esses requisitos são a entrada do agente no território nacional, a previsão do fato como crime no país em que foi praticado, estar entre os crimes passíveis de extradição pela lei brasileira, e não ter o agente sido absolvido, cumprido pena ou tido a punibilidade extinta no país onde ocorreu o fato. Estas regras estão previstos no art. 7º, inciso II, e § 2º, do Código Penal brasileiro. Essas condições previstas em lei devem coexistir, ou seja, a lei brasileira só é aplicável quando incidem todas essas condições ao mesmo tempo. Desse modo, quanto à entrada do agente no território nacional, seu ingresso pode ser voluntário ou não; a presença, temporária ou prolongada. No que concerne à necessidade de o fato ser punível também no país em que foi praticado, é preciso que a conduta esteja descrita como crime na legislação do país em que foi realizada, embora não haja necessidade de estar denominada com o mesmo nome juris. A exigência de a lei brasileira autorizar a extradição é considerada condição objetiva de

punibilidade. Outro requisito é não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena. Se o agente foi absolvido ou cumpriu a pena no estrangeiro, ocorre uma causa de extinção da punibilidade. Se a sanção foi cumprida parcialmente, novo processo pode ser instaurado no Brasil. Por último, exige-se não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. Cuida-se, nesses casos, de causas de extinção da punibilidade.

Em relação à fiscalização do exercício da profissão de contabilista, assim entendendo-se os profissionais habilitados como contadores, auditores e guarda-livros, é exercida pelo Conselho Federal de Contabilidade – CFC e pelos Conselhos Regionais de Contabilidade – CRC's.

O Código Civil Brasileiro, art. 1.179 e seguintes, disciplina os requisitos de escrituração contábil para empresas de modo em geral, o empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Acerca da assistência legal mútua, o Decreto nº 4.991, de 18 de Fevereiro de 2004, criou o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, no quadro do Ministério da Justiça, e tem como uma de suas principais competências a definição e desenvolvimento de políticas de combate à lavagem de dinheiro, mirando particularmente a recuperação de ativos de origem ilícita, remetidos ao exterior. Vale mencionar, ainda, que o DRCI é a autoridade central brasileira para assistência legal mútua em questões penais e civis.

Muitos dos casos que procedem do DRCI se referem a casos de lavagem de dinheiro, em que o crime antecedente é o de corrupção. Na maioria das vezes, eles se referem a pedidos de assistência legal mútua requeridos por autoridades judiciais nacionais que estejam relacionados a investigações ou processos criminais, no intuito de procurar evidência em outros países por meio de, por exemplo, quebra de sigilo bancário das contas mantidas por indivíduos sob investigação em bancos no exterior.

Os requerimentos de assistência relacionados à lavagem de dinheiro e corrupção são majoritariamente fundamentados em tratados bilaterais ou pelo princípio da reciprocidade, por meio do qual o Brasil se compromete a dar o mesmo tratamento ao Estado requerente em casos similares. Os requerimentos também estão fundamentados em tratados multilaterais e, no caso específico da lavagem de dinheiro cujo crime antecedente é a corrupção, os tratados multilaterais mais comuns são a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado e a Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Não há casos, todavia, de pedidos de assistência fundamentados na Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Atualmente, o Brasil é parte de uma série de tratados, tanto em assuntos criminais como civis, o que permite aos órgãos nacionais executar os requerimentos para assistências de outros Estados nesses arranjos, além, é claro, da possibilidade da assistência ser garantida pelo já mencionado princípio da reciprocidade. Particularmente em relação aos acordos em matéria criminal em que o Brasil se tornou parte, é relevante mencionar os tratados bilaterais com Mercosul, Estados Unidos da América, França, Colômbia, Peru, Portugal, Itália, bem como os tratados multilaterais, tais como, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado e a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas.

As normas brasileiras acerca da extradição impõem a dupla incriminação como condição sine qua non para o deferimento de qualquer pedido. Não é possível, ademais, a extradição de pessoas que tenham cometido crimes políticos, exceto quando esses crimes possam ser considerados, pela legislação interna, crimes comuns.

A Constituição da República não permite a extradição de brasileiros natos, exceto daqueles que foram naturalizados, somente em caso de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

No Brasil, os pedidos de extradição formulados por outros países são processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. No caso de brasileiro nato, o Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Estrangeiros, pode, após análise preliminar, deixar de dar prosseguimento ao pedido de extradição, caso constatada a nacionalidade brasileira da pessoa procurada. Neste caso, o Estado solicitante poderá requerer a persecução criminal do indivíduo.

Acerca da dedutibilidade tributária de pagamento de subornos, o Decreto n.º 3000, de 26 de março de 1999, que “Regulamenta a tributação, arrecadação e administração do imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza”, traz expressamente as hipóteses de dedução fiscal. Dentre as hipóteses não é permitido a dedução de nenhuma despesa relacionada com qualquer atividade ilícita.

De acordo com o art. 73 do Decreto n.º 3000, de 26 de março de 1999, todas as deduções estão sujeitas à comprovação ou justificativa. Os parágrafos do artigo supracitado dispõem que se forem pleiteadas deduções não cabíveis, elas poderão ser glosadas sem a audiência do contribuinte.

Em relação à regra prevista no art. 9 da Convenção, item 3, segundo a qual “uma Parte não deverá se recusar a prestar assistência mútua jurídica em matérias criminais do âmbito da presente Convenção sob a alegação de sigilo bancário”, cumpre observar que o sigilo bancário, conforme definido pela Constituição Federal (art. 5º, XI) compõe o direito à intimidade. Entretanto, tal direito não possui natureza absoluta, podendo ser mitigado em casos especiais, mediante previsão legal. Exemplo dessa mitigação é justamente na hipótese do sigilo bancário em relação às autoridades do Fisco (Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001). A legislação brasileira prevê,

portanto, uma série de requisitos a serem observados pelas autoridades para permitir o compartilhamento de informações protegidas pelo sigilo bancário.

No Brasil, o modelo de assistência legal internacional adotado é coordenado pelo Ministério da Justiça, como autoridade central. De toda forma, os principais órgãos responsáveis pela investigação e persecução penal possuem mecanismos que possibilitam a cooperação internacional com seus parceiros internacionais. Por exemplo, o Departamento de Polícia Federal, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF e o Ministério Público que, por meio de canais diretos de cooperação facilitam a troca de informações com órgãos internacionais similares, além de obter mais subsídios às suas investigações e também para futuros pedidos de Assistência Legal Mútua.

V. Efetividade da Convenção das Nações Unidas sobre corrupção e da Convenção da OCDE sobre pagamento de suborno a funcionários estrangeiros no Brasil

Em relação à observância, pelo Brasil, dos parâmetros fixados pelas Convenções, pode-se afirmar que a legislação brasileira observa, de uma forma geral, as exigências fixadas e contempla praticamente todas as medidas de adoção facultativa apresentadas pelo texto de Mérida.

A grande dificuldade do Brasil reside na falta de efetividade dessa legislação e as razões para a falta de efetividade são de diversas ordens.

Em primeiro lugar, é necessário ter em mente, ao se analisar o que tem sido feito, que o Brasil é um Estado federal extremamente descentralizado, composto pela União (entidade federal), por 27 Estados-membros e por 5561 Municípios. A descentralização e a divisão de competências tornam árdua a tarefa de estabelecer políticas uniformes de combate à corrupção, pois as competências são partilhadas em grande medida pelos entes políticos dos três níveis de governo. As alternativas para se estabelecer regras uniformes estão na legislação penal ou civil, que se inserem como matérias da competência legislativa exclusiva da União e a todos obriga, ou mediante alterações na própria Constituição Federal, o que demandaria enormes esforços políticos.

A adoção do sistema federativo pode ser considerada uma vulnerabilidade à corrupção porque a ênfase com que o tema é tratado no plano federal não é a mesma verificada em boa parte dos Estados e na grande maioria dos Municípios brasileiros. De fato, se comparado o nível

de corrupção existente na Administração Pública federal com o vigente em alguns Estados e Municípios, poder-se-ia afirmar que são realidades tão distintas que se torna difícil acreditar que se trate de um só país.

Não se quer com isso afirmar que os níveis de corrupção existentes no plano federal não sejam elevados. Quer-se apenas enfatizar o fato de que no plano federal já existe uma consciência de que a corrupção deve ser combatida e são grandes os esforços despendidos por inúmeros órgãos, dentro os quais se destacam o Ministério Público Federal, o Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União.

Outro grande problema no combate à corrupção diz respeito à falta de colaboração entre os órgãos de controle. No plano federal, órgãos que deveriam facilitar o acesso de dados sobre fatos suspeitos, ao contrário, criam todo tipo de dificuldades para os demais.

A falta de política de pessoal civil, que carece de treinamento e de remuneração adequada, constitui outra grande dificuldade para a luta contra a corrupção e a ineficiência do Estado.

As deficiências do Poder Judiciário, especialmente a morosidade na tramitação dos processos criminais e de improbidade, podem ser apontadas como outro grande problema ao combate à corrupção no Brasil, especialmente no que toca à punição dos responsáveis e à recuperação de recursos públicos desviados.

A confirmação de que as falhas na legislação e nas estruturas administrativas brasileiras –acima apontadas– constituem a razão para a ocorrência de inúmeros casos de corrupção no Brasil será feita no próximo Capítulo (Capítulo IV). Buscaremos demonstrar, por meio do exame de casos concretos, o que tem propiciado a ocorrência de cada um dos eventos a serem examinados bem como das medidas adotadas para a melhoria do sistema e para a punição dos culpados.

No plano normativo, e a título de exemplo de aspecto falho em nosso sistema normativo, pode ser apresentado o sistema de repasse de recursos públicos a Organizações Não-Governamentais – ONGs, tarefa a ser empreendida no próximo item.

VI. Convênios celebrados pelo Poder Público com ONG – exame da legislação brasileira

No Brasil, o art. 48 do Decreto nº 93.872, de 23.12.86, conceitua convênio como o instrumento pelo qual os serviços de interesses recíprocos dos órgãos e entidades da Administração Federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares poderão ser executados sob o regime de mútua cooperação. Também a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 2, de 9.4.93, para os fins que menciona, conceitua o convênio nos seguintes termos:

convênio ou similar - o instrumento que tenha como partes, de um lado a Administração federal direta, autárquica ou fundacional e de outro entidades públicas ou organizações particulares; e, por objetivo, a execução de programas, projetos ou eventos de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Faz-se nítida a distinção entre convênio e contrato pelo fato de se reconhecer que este último objetiva realizar interesses diversos e opostos entre os participantes: de um lado o objeto do contrato (o serviço, obra ou fornecimento a serem executados) e, do outro, a contraprestação correspondente, ou seja, o preço a ser pago.

No convênio, presume-se regime de mútua cooperação. O executor tem interesse em prestar o serviço que lhe compete realizar em razão da afinidade de objetivos entre as partes convenientes. Assim, como condição para a existência do convênio tem-se que seu objeto deve representar objetivo comum das partes, o qual, uma vez atingido, possa ser usufruído por ambas¹⁰³.

O que mais caracteriza o convênio, e neste ponto ele é particular, é ele ser instrumento de que se vale o Poder Público para realizar objetivos de interesse comum com outros órgãos ou entidades administrativas ou mesmo com particulares. A principal característica do convênio consiste na busca de objetivos comuns. Para melhor entendermos, podemos comparar um convênio de cooperação técnica, por exemplo, com um contrato de prestação de serviços. Neste, um dos contratantes presta o serviço e o outro o remunera pelos serviços prestados. No convênio, ao contrário, as partes buscam a realização do mesmo fim. O Tribunal de Contas da União, por exemplo,

¹⁰³ Nesse sentido, vale transcrever trechos do relatório proferido por ocasião de julgamento realizado pelo TCU (DECISÃO Nº 686/1998 - TCU - Plenário, DOU DE de 19/10/1998), em que se examinou situação em que a entidade, para fins de não realizar licitação, utilizou indevidamente o convênio quando deveria usar de contrato administrativo: "35. E é difícil enxergar a aquisição de passagens aéreas como um atendimento de objetivos comuns. O BB precisa que seus funcionários se desloquem rapidamente dentro do País, ou mesmo para o exterior, a serviço, e, portanto, precisa adquirir passagens aéreas. Para a BBTUR, não faz qualquer diferença quem viajará ou porque, ela deseja, simplesmente, vender passagens aéreas. Inexiste, portanto, objetivo comum. 36. Por suas características, trata-se de clara e inquestionável compra e venda, na qual uma empresa fornece um bem, as passagens aéreas, que a outra necessita, ou seja, uma parte vende e a outra compra. Os objetivos são contrapostos, não comuns. Ora, compras e vendas são realizadas por contratos, e no âmbito da Administração pública direta ou indireta, conforme a Lei de Licitações e Contratos. (..)" 39. De se destacar que a própria Lei ressalta que a denominação errônea não há de descaracterizar o negócio realizado. Assim, e mesmo se denominado de convênio, o negócio sob enfoque nos autos é um contrato de compra e venda de passagens aéreas."

procurando o aperfeiçoamento de suas atividades, celebra com os seus congêneres dos Estados e dos Municípios, convênios para a troca de informações. Temos, vê-se pelo exemplo, atuações paralelas.

A Lei n.º 8.666/93 (art. 116)¹⁰⁴, além de estabelecer diversas diretrizes em relação aos convênios, impõe, ainda, serem a eles aplicáveis as disposições daquela lei. Mas esta aplicação é apenas subsidiária, como esclarece o próprio dispositivo legal.¹⁰⁵ Assim, estendem-se aos convênios as diretrizes básicas previstas na Lei n.º 8.666/93

¹⁰⁴Dispõe o art. 116, da Lei 8.666/93, no seguintes termos:

"Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º. A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases da execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º. Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º. As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais da Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas convencionais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º. Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º. As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º. Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos."

¹⁰⁵ Acerca da observância das disposições da Lei n.º 8.666/93 por particular gerenciador de recursos públicos decorrente de convênio firmado, ver Acórdão 194/2005 – Plenário do TCU (DOU DE de 10/03/2005)

.9.2. determinar à Prefeitura Municipal de DOU detor Severiano-RN que, na execução de convênios celebrados com órgãos federais, observe fielmente as disposições legais sobre licitações públicas (Lei n.º 8.666/93) e a Instrução Normativa STN n.º 01/97, especialmente o seguinte:

tendentes a preservar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da probidade administrativa, mas prevalecem, em relação a eles, as normas específicas sobre aqueles instrumentos¹⁰⁶.

A distinção entre convênio e contrato é importante porque, não obstante os convênios sejam disciplinados, subsidiariamente, pelas regras previstas na Lei n.º 8.666/93, efetivamente, a celebração de convênio não exige a prévia realização de licitação. O convênio é firmado entre dois ou mais entes em vista de seu interesse comum, e apenas se suas respectivas expectativas individuais estiverem atendidas. Esse é o aspecto caracterizador do convênio. Tratando-se de interesses comuns e atendimento das expectativas individuais, não há que se falar em "melhor proposta", mas apenas em rateio de custos e benefícios entre todos os partícipes. Daí porque não se faz licitação para a celebração de convênios.

Oportuno trazer os ensinamentos da Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁷ acerca da inaplicabilidade da prévia licitação à celebração de convênios:

“Enquanto os contratos abrangidos pela Lei n.8.666 são necessariamente precedidos de licitação - com as ressalvas legais - no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de 'Know-how'. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.”

Aspecto relevante sobre o tema diz respeito ao fato de que vultosos recursos públicos têm sido repassados por meio desses instrumentos (convênios, contratos de gestão e termos de parceria) e à absoluta falta de mecanismos para a escolha da entidade privada a ser escolhida pelo Poder Público¹⁰⁸. Chama a atenção o fato de que para a Administração Pública adquirir um bem no valor de R\$ 20.000,00, por exemplo, ela tenha de instaurar procedimento licitatório com vista à escolha da proposta mais vantajosa. Para a escolha da entidade privada com a qual será firmado um convênio no valor de R\$ 10 milhões, ao contrário, não existe qualquer critério objetivo ou impessoal de escolha. A legislação vigente sobre convênios confere discricionariedade

9.2.1. somente proceder à licitação de obras e serviços após a celebração do termo de convênio, de modo a dar cumprimento ao disposto no art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, ou seja, quando houver previsão dos recursos que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes;

¹⁰⁶ Sobre a distinção entre convênio e contrato, vide Decisão TCU 278/96 - Plenário, DOU DE de 17/06/1996

¹⁰⁷ in temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Ed. Malheiros.

¹⁰⁸ Ver Instrução Normativa STN N° 01, de 15/01/1997, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências.

ampla para a indicação da entidade a ser escolhida. Esta omissão legislativa é flagrantemente inconstitucional.

Urge a criação em nosso sistema legislativo de mecanismos objetivos e impessoais que permitam ao Poder Público escolher a entidade privada com as quais são firmados convênios, termos de parceria ou outros acordos congêneres. A inexistência desses mecanismos legais constitui um dos maiores ralos de dinheiro público e constante fonte de corrupção, fraudes, desvios etc.¹⁰⁹.

Não defendemos a instauração de licitação do tipo menor preço que, como visto, seria inaplicável à escolha da entidade com a qual é firmado o convênio. Propomos para a escolha dessa entidade a adoção de mecanismos semelhantes aos do concurso, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei n.º 8.666/93. Seria publicado edital em que o Poder Público indicaria os aspectos gerais do projeto – objeto, valor a ser repassado pelo Poder Público, contrapartida da entidade privada etc. Seriam ainda indicados os requisitos gerais relativos à capacidade técnica da entidade a ser escolhida. As entidades privadas interessadas apresentariam suas propostas e uma comissão designada pela Administração Pública indicaria, por meio de decisão motivada, aquela com a qual seria firmado o convênio.

Entendemos que a redução da discricionariedade do administrador público, discricionariedade que no presente caso beira a arbitrariedade, e a exigência de escolhas motivadas reduziriam significativamente as fraudes existentes em nosso País no relacionamento entre as entidades do terceiro setor e o poder público.

Acerca das dificuldades enfrentadas pelos órgãos de controle na fiscalização dos recursos públicos repassados às ONGs, transcrevemos, a seguir trechos do voto proferido pelo Ministro do TCU Ubiratan Aguiar no exame das contas do Governo relativas ao ano de 2006¹¹⁰:

“Esse sistema de cooperação, no entanto, tem sido alvo de fundadas críticas quanto aos seus mais diversos aspectos: seja pela baixa efetividade das ações, em consequência da precária articulação intergovernamental e da pulverização de recursos em detrimento de ações

¹⁰⁹ Acerca da não obrigatoriedade da realização de licitação para a celebração de contratos de gestão vide ADInMC 1.923-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, conforme publicado no informativo STF 156, in verbis: Iniciado o julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores-PT e o Partido Democrático Trabalhista-PDT, contra a Lei 9.637/98 - que dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências -, e contra o inciso XXIV d o art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem **licitação**. O Min. Ilmar Galvão, relator, proferiu voto no sentido de indeferir o pedido cautelar por entender, à primeira vista, inexistir incompatibilidade da norma impugnada com CF. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim., 5.8.99.

¹¹⁰Fonte:http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/CLASSIFICACAOPORASSUNTO/CONTAS_GOVERNO/CONTAS_ARQUIVOS_2006/Textos/CG_2006_Relatorio.pdf

estruturantes de maior impacto e efeito multiplicador sobre a população, o estado ou a região beneficiada; seja pela forma como boa parte dos recursos destinados a essas ações vem sendo alocada no OGU, por meio de emendas parlamentares individuais ou coletivas, que num contexto de orçamento não impositivo, acabam por enfraquecer o Legislativo, na medida em que o Executivo pode barganhar a execução delas em troca de apoio às votações de seu interesse; seja por fomentar a montagem de esquemas criminosos objetivando a apropriação de recursos públicos em favor de políticos, servidores públicos, empresários e lobistas; seja, enfim, pelas deficiências e disfunções operacionais a propiciar toda sorte de irregularidades em toda a cadeia de execução das ações, tais como: o desaparecimento do Estado para acompanhar e fiscalizar a execução, as negligências funcionais, a pouca transparência e a insuficiência de mecanismos de controle social.

A problemática não é nova, tem permanecido ao longo do tempo, não obstante as decisões desta Corte e as recomendações da Controladoria-Geral da União (CGU), na área do controle, além dos esforços normativos e regulatórios, na área dos poderes Legislativo e Executivo. O estado de falência da sistemática foi, enfim, não sem tempo, reconhecido pelo Congresso Nacional, por meio do relatório final da CMPI “das Ambulâncias”, instalada em 2006, que chega a apontar, como solução, a própria extinção dessas transferências. (...)

Para sopesar o efeito de eventuais decisões em relação à questão, bem como dimensionar a magnitude dessas transferências, convém tomá-las, em termos absolutos e relativos, na fração orçamentária em que elas se situam, ou seja, dentro daqueles R\$ 50 bilhões a R\$ 60 bilhões anuais, equivalentes a, aproximadamente, 11% do que resta de discricionariedade no OGU.

Em 31/12/2006, havia 2.719 convênios, contratos de repasse e termos de parceria, cuja vigência já se encontrava expirada desde 31/12/2005, sem que as prestações de contas tenham, sequer, sido apresentadas aos órgãos e entidades que transferiram os recursos. O atraso médio na entrega dessas prestações de contas, em toda a administração pública federal, chega a quase quatro anos, chamando a atenção o caso do Ministério do Planejamento, que tem responsabilidade sobre as prestações de contas de órgãos extintos, como é o caso, por exemplo, da Legião Brasileira de Assistência (LBA), antes ligada à Presidência da República, e dos Ministérios do Bem-Estar Social e da Integração Regional, todos extintos em 1995, cujo atraso médio chega a dezesseis anos.”

A promiscuidade com que são tratados os recursos públicos repassados à ONGs foi igualmente confirmado em outro processo conduzido pelo TCU no processo 021.829/2006-3 ¹¹¹:

“f) ao mesmo tempo, o TCU deu início a diversas auditorias em convênios celebrados entre a União e Organizações Não-Governamentais, no período de 1999 a 2005, com utilização de R\$ 150,7 milhões, as quais estão consubstanciadas no processo TC 015.568/2005-1;

g) apurou-se a inexistência de critérios objetivos e transparentes para a escolha da ONG parceira, a notória falta de qualificação de muitas dessas entidades para desempenho da tarefa pactuada e o fato de que a maioria delas não possui o título que confere aos seus serviços o caráter de utilidade pública federal, sendo que justamente os convênios com aquelas que aí se enquadram revelaram sérias irregularidades;

h) outros problemas foram destacados no referido processo sobre convênios com ONGs:

“análises técnicas superficiais e insuficientes das proposições e das condições das convenientes para consecução dos objetos propostos; aprovação de planos de trabalho vagos, com metas insuficientemente descritas, que são delegados a entidades sem condições para executá-los; falta de critérios objetivos e de avaliação técnica das condições da conveniente para consecução dos objetos pactuados; negligência na fase preliminar de avaliação técnica das propostas e das condições das convenientes para executá-las, associadas à falta de acompanhamento, fiscalização e transparência na execução, o que faz multiplicar as irregularidades nos processos de licitação e contratação e na execução física e financeira dos convênios; procedimentos de aquisição adotados pelas entidades muito distantes de se constituírem em licitações ou em procedimentos análogos que atendam aos princípios da igualdade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa; desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos; utilização de recursos dos convênios para pagamento de despesas de manutenção das ONGs; análises superficiais e deficientes das prestações de contas em dissonância com as informações e elementos presentes no processo, denotando que os pareceres são meramente pro forma, para cumprir ritos estabelecidos nas normas legais”;

i) concluiu-se pela necessidade de, entre outras medidas, tornar os dados dos convênios acessíveis a qualquer interessado, para assim incentivar o controle social;

A rigor, constata-se no relacionamento entre o Estado brasileiro e as ONGs, o cenário ideal para a ocorrência de fraudes e desvios: total discricionariedade na escolha da entidade com a qual será firmado o convênio; falta de

¹¹¹ Vide Acórdão TCU 277/2007 – Plenário; fonte: <http://contas.tcu.gov.br>

transparência na prestação de contas e falta de estrutura por parte dos órgãos que repassam os recursos para fiscalizar a correta execução do objeto dos acordos firmados.

Julgamos relevante, ao final deste Capítulo em que buscamos examinar a adequação da legislação brasileira às convenções internacionais sobre corrupção, tratar do sistema de repasses de recursos públicos às ONGs em razão de que não se pode identificar qualquer incompatibilidade entre a legislação brasileira e qualquer convenção internacional sobre corrupção. O sistema de repasse de recursos públicos a mencionadas organizações constitui, todavia, um dos maiores focos de corrupção no Brasil, conforme pode ser confirmado pelo dados obtidos pelo TCU e transcritos infra.

Em resumo, pode-se afirmar que a legislação brasileira atente aos parâmetros fixados pelas Convenções Internacionais sobre corrupção, especialmente a das Nações Unidas e a da OCDE.

Falhas graves nas estruturas administrativas do Estado brasileiro (que mantém, conforme trecho mencionado acima, quase três mil processos de prestação de contas de convênios sem qualquer análise), somadas a aspectos da legislação local não contemplados pelas referidas convenções internacionais, todavia, propiciam a ocorrência de inúmeras fraudes e desvios com os recursos públicos brasileiros que não puderam, até o momento, se efetivamente combatidos.

CAPÍTULO IV

EXAME DE CASOS

I. A importância do estudo de casos

Ao longo dos três Capítulos anteriores, foram examinados diferentes aspectos relacionados ao estudo da corrupção no Brasil.

No Capítulo I, foram tratados, a rigor, de aspectos gerais acerca do tema (causas, efeitos, medidas adotadas pela comunidade internacional para o combate à corrupção etc.). Não obstante a presente tese não consista no exame teórico da corrupção, mas na tentativa de identificar na legislação e nas estruturas administrativas e judiciais as razões que levam à prática de atos de corrupção no Brasil, para melhor apresentar o tema e para definir adequadamente a sua importância na sociedade moderna, faz-se imprescindível o exame de importantes questões teóricas relacionadas ao combate da corrupção, tarefa empreendida no mencionado Capítulo I desta tese.

Para o adequado exame das causas da corrupção na Administração Pública brasileira, passou-se, no Capítulo II, a tratar de aspectos específicos acerca do combate à corrupção no âmbito da atividade administrativa do Estado brasileiro. Empreendeu-se, nesse Capítulo, o estudo dos órgãos que integram as estruturas administrativas brasileiras e que atuam na prevenção e na repressão à corrupção. Foi dada ênfase especial à atuação do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público, que se vale dos mecanismos de controle judicial. Na parte em que se examina o controle judicial, foram apresentadas as principais ações de que pode se valer o Ministério Público ou o cidadão comum para provocar o controle judicial da Administração Pública brasileira. Cuidou-se ainda de apresentar os principais órgãos que integram a estrutura do Poder Executivo federal brasileiro voltados para o combate à corrupção e dos instrumentos de que se valem para o exercício de sua tarefa.

O Capítulo III da tese examinou a legislação brasileira, tendo sido utilizado como método para aferir a adequação da legislação brasileira a comparação das normas jurídicas locais com os padrões fixados pela Convenção das Nações Unidas sobre corrupção e pela Convenção

da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

O estudo analítico da dogmática jurídica brasileira empreendido nos Capítulos II e III nos leva à conclusão de que tanto as estruturas dos órgãos de controle quanto a legislação brasileira voltada para o combate à corrupção observam parâmetros internacionais. Em relação aos órgãos de controle, poder-se-ia mesmo afirmar que o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público superam o padrões internacionais haja vista disporem de potestades que seus congêneres, em outros países, não dispõem.

No caso do Ministério Público brasileiro, apenas para mencionar um exemplo, além da competência para a propositura de ações penais relacionadas à prática dos crimes contra a Administração Pública, dispõe o parquet de atribuições para a instauração de inquéritos civis e para a proposição de ações civis tendentes a sustar a prática de atos ilegais, obter ressarcimento de recursos públicos desviados e aplicar sanções civis a pessoas naturais e jurídicas em razão da prática de ilícitos que importam em desvios ou fraude com fundos públicos, definidos em lei como atos de improbidade administrativa.

Não se pode igualmente identificar falhas nas estruturas administrativas dos órgãos de controle externo, que dispõem de pessoal qualificado, bem remunerado e dotados de garantias que lhes asseguram independência no exercício das suas atribuições.

Quais seriam, então, as causas que propiciariam a ocorrência, com tanta freqüência, de escândalos relacionados à corrupção na Administração Pública brasileira? A tentativa de responder a esta pergunta constitui o verdadeiro propósito do presente trabalho de pesquisa.

A análise de casos concretos a ser empreendida neste Capítulo IV buscará identificar as vulnerabilidades tanto na legislação quanto nas estruturas administrativas brasileiras que propiciam a prática de atos corruptos.

Buscar-se-á, por meio desse exame dos casos concretos, identificar as falhas e propor medidas para corrigir ou, ao menos, mitigar as oportunidades ou situações que levam funcionários públicos ou particulares a fraudar a Administração Pública no Brasil.

O exame dos casos concretos, não obstante extraia informações de documentos oficiais (decisões judiciais, relatórios de Comissões Parlamentares, relatórios da Polícia Federal), tem como principal fonte de pesquisa o trabalho realizado pela imprensa brasileira. Nesse escopo, foram consultadas matérias publicadas nos mais importantes jornais, revistas e periódicos brasileiros nos últimos quinze anos.

Por meio do exame dos casos, e do acompanhamento feito pela imprensa nacional, será testada a efetividade da legislação e dos órgãos de combate à corrupção. Buscar-se-á identificar nas falhas da legislação e das estruturas administrativas brasileiras as causas que levaram à ocorrência dos diversos atos de corrupção. Constitui igualmente o propósito desta tese verificar as medidas judiciais ou administrativas adotadas para condenar os culpados e reaver os recursos desviados, bem como as medidas administrativas ou modificações legislativas eventualmente empreendidas para corrigir as causas ou vulnerabilidades que permitiram a ocorrência das fraudes ou dos desvios de recursos públicos analisados.

Este, entendemos, constitui o mais importante capítulo desta tese de doutorado.

Do ponto de vista metodológico, buscar-se-á, em cada caso, apresentar o escândalo ou caso de corrupção por meio do exame das seguintes etapas:

1. Apresentação do caso:

1.1. Área em que se verificou a fraude;

1.2. Como o escândalo se tornou conhecido

2. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude:

2.1. Falhas na legislação

2.2. Falhas estruturais

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes:

3.1. Ações propostas

3.2. Recursos recuperados

3.3. Sanções aplicadas

3.4. Melhoria na legislação

3.5. Melhoria nas estruturas

Evidentemente que para alguns casos não será possível observar estritamente essa ordem ou sistemática de apresentação. Buscaremos, de qualquer modo, por meio do exame desses casos apresentados por meio da sistemática acima proposta verificar, basicamente, 1. os fatores ou falhas administrativas que propiciaram a ocorrência do ato corrupto, 2. as medidas adotadas pelo poder público para a punição dos responsáveis, 3. medidas adotadas para a correção da legislação ou das normas jurídicas e 4. medidas adotadas para a correção das falhas nas estruturas administrativas.

Escolhemos para exame nesta tese de doutorado casos que, em nosso sentir, mantêm pertinência a corrupção na atividade administrativa do Estado brasileiro, e que tiveram grande repercussão na mídia. Os casos foram escolhidos não apenas em razão da repercussão junto à mídia e à opinião pública, mas igualmente em função da área em que se verificaram. Foram selecionados casos de corrupção ocorridos em diferentes áreas de atuação da Administração Pública brasileira:

1. concessão de benefícios previdenciários (“Jorgina de Freitas”);
2. fraudes na elaboração e na execução do orçamento (o escândalo dos “anões do orçamento”);
3. escândalo das ambulâncias (ou máfia das sanguessugas), que pode ser considerado uma repetição do caso anterior, com novos ingredientes relacionados à fraude em licitações;
4. fraudes na utilização de mecanismos de fomento ao desenvolvimento da Região Amazônica brasileira concedidos pela Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia (conhecido como fraude na SUDAM);

5. fraudes no financiamento da campanha política e fraudes administrativas que resultaram no processo de impeachment do ex-Presidente brasileiro Fernando Collor de Mello (denominado caso Collor). Nessa mesma seara foi feito o estudo do denominado escândalo do mensalão¹¹² –que indicam a impossibilidade de separação da corrupção política ou eleitoral da corrupção administrativa;
6. corrupção na atividade de polícia administrativa do Estado brasileira em área especialmente sensível, a preservação do meio ambiente, em que examina a operação denominada “curupira”¹¹³ conduzida pela Polícia Federal no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente;
7. irregularidades no relacionamento entre agências governamentais e o setor privado regulado são examinadas no denominado escândalo dos Bancos Marka e FonteCindan;
8. corrupção na condução de licitações e na execução de contratos administrativos, cujo exame é feito por meio do estudo do denominado “escândalo da construção do fórum trabalhista de São Paulo”, certamente um dos casos de corrupção que mais divulgação mereceu por parte da imprensa.

A escolha dos casos não se deu, como afirmado, ao acaso. Buscou-se com o exame desses casos alcançar as principais áreas de atuação da atividade administrativa do Estado brasileiro, compreendendo as atividades de fomento e de concessão de benefícios previdenciários, de fraudes orçamentárias e em licitações e contratos públicos, bem como na relação entre agências e o setor privado.

Examinaremos, em primeiro lugar, o caso conhecido como “escândalo Jorgina de Freitas”.

¹¹² O termo mensalão – mensualón, em espanhol – foi cunhado para indicar pagamentos mensais feitos a parlamentares para votarem em projetos de interesse do Governo.

¹¹³ Curupira, de acordo com as lendas brasileiras, é uma criatura mitológica que protege as florestas. Trata-se de um garoto que anda com os pés voltados para trás, cujos calcanhares ficam, portanto, na parte da frente de seus pés, e que protege as florestas contra caçadores.

II. Fraude na Previdência Social

1. Apresentação do caso

1.1. Área em que se verificou a fraude

A fraude à previdência social que se tornou conhecida pelo nome de “caso Jorgina de Freitas” ocorreu contra o Sistema Previdenciário Brasileiro durante as décadas de 1980 e 1990. Estavam envolvidos servidores e procuradores do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, advogados e juízes que atuavam em ações fraudulentas contra a previdência, ações que cuidavam de indenização, de revisão de pensão e de aposentadoria.

Jorgina Maria de Freitas Fernandes, advogada tornou-se, com o sistema de fraude que montou, a maior fraudadora do Sistema Previdenciário brasileiro, tendo desviado, ao longo de aproximadamente uma década, valor estimado em US\$114.345.526,96 (cento e quatorze milhões, trezentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e vinte e seis dólares e noventa e seis centavos). Entre as 100 (cem) ações judiciais propostas contra o sistema previdenciário, que resultaram nas maiores indenizações já pagas pela Previdência Social, a Sra. Jorgina venceu 10 (dez), atuando como advogada da parte vencedora. A maioria dessas ações ajuizadas contra o INSS se referia a indenização por acidentes de trabalho e revisão de benefícios previdenciários¹¹⁴.

Após a divulgação do caso pela imprensa, em razão dos artifícios utilizados pela Sra. Jorgina de Freitas para se manter a salvo da prisão, os holofotes da mídia se concentraram sobre ela, muito embora outro integrante da quadrilha, o também advogado Ison Escóssia da Veiga, tivesse desviado maior quantia da Previdência, na ordem de US\$190 milhões (cento e noventa milhões de dólares). Estima-se que Jorgina de Freitas e Ison Escóssia da Veiga sejam responsáveis por 60% dos valores desfalcados da previdência durante o período em que atuaram.

O desvio de verbas da previdência operava-se da seguinte forma:

1. Os advogados da quadrilha, por intermédio de despachantes, contatavam segurados do INSS e os convenciam a entrar com pedidos de indenização alegando doença adquirida no ambiente de trabalho ou de outro benefício;
2. Se fosse o caso, os advogados, com a conivência de médicos conhecidos, forjavam laudos munidos de procuração;
3. Os advogados, em nome dos segurados, ingressavam na justiça com ações de indenização, pensão e aposentadoria com valores elevados;

¹¹⁴ Fraudadora pede anulação de processo, Jornal do Brasil, de 6.11.97, p. 8, Para dar exemplo ao País, Visão, 11.9.1991, pp. 42/43, Os golpes de Jorgina Fernandes mostraram ao governo alternativas para conter roubos no INSS, Correio Brasiliense, p.6.

4. Os advogados conseguiam transferir os processos para as comarcas da Baixada Fluminense, no Estado do Rio de Janeiro, onde os juízes ligados à máfia convocavam os procuradores do INSS;

5. Os Procuradores envolvidos no esquema, quando compareciam as audiências não contestavam os laudos médicos, facilitando a derrota do INSS na Justiça;

6. Nas varas cíveis, os contadores judiciais, em conluio com as quadrilhas, aumentavam fraudulentamente os valores em mais de 1.000%. Houve casos de aumento de até 33.000%. O valor das indenizações era atualizado em contas sucessivas (em cascata), somando os valores já pagos e acrescentando a correção monetária às propostas feitas pelo INSS. Os contadores (contabilistas), para ocultar os super valores das fraudes, usavam diversos indexadores econômicos, muitos deles de fórmulas complexas;

7. Os contadores (contabilistas) do INSS não contestavam os benefícios superfaturados;

8. Os juízes homologavam os cálculos, expedindo mandados de pagamento em nome dos advogados da quadrilha no lugar dos supostos beneficiários. Grande parte das fraudes ocorreu com a aquiescência dos Juízes Nestor José do Nascimento e Pedro Diniz Pereira, que respondiam pela 3ª e 5ª Varas Cíveis de São João do Meriti e Nova Iguaçu, respectivamente, ambas localizadas na Baixada Fluminense¹¹⁵;

9. Os cálculos eram encaminhados ao INSS. Os Procuradores do INSS, em comum acordo com o esquema da quadrilha, não recorriam dos cálculos;

10. Emitidas as ordens de pagamento para os bancos em nome dos advogados envolvidos, alguns gerentes, partícipes do esquema das fraudes, já sabiam como aplicar o dinheiro;

¹¹⁵ Para dar exemplo ao País, Revista Visão, 11.9.1991, p.42.

11. Após o saque pelos advogados, o dinheiro era repartido entre os integrantes da quadrilha: segurador, advogado, contador judicial, juiz, promotor, gerente de banco, procurador do INSS e outros funcionários;

12. Ocorria, posteriormente, a operação de lavagem de dinheiro, que se dava de várias formas: depósito do dinheiro em contas de “laranjas”, investimento em imóveis diversos e em barras de ouro, abertura de contas no exterior em nome de empresas off shore, transferência de valores por meio de contas CC5 (contas bancárias de pessoas não-residentes no Brasil, e que serão melhor explicadas no estudo do escândalo da construção do edifício sede do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo infra).

Foi descoberta, pelo governo brasileiro, a existência de 10 empresas de fachada de Jorgina de Freitas abertas em paraísos fiscais no exterior com o objetivo de administrar o dinheiro desviado do INSS. As sedes dessas empresas, que eram apenas caixas postais, mantinham contas em bancos nos Estados Unidos. A partir dessas contas os fraudadores movimentavam as quantias por instituições bancárias de outros países¹¹⁶.

1.2. Como o escândalo se tornou conhecido

Iniciou-se a investigação com denúncia apresentada pelo Deputado Maurílio Ferreira Lima (PMDB-PE) ao Plenário da Câmara dos Deputados¹¹⁷ de que vultosas aposentadorias e pensões, de valores bem superiores aos tetos estabelecidos pela legislação, estariam sendo pagas a centenas de beneficiários. Foi apresentada lista elaborada pela DATAPREV –empresa encarregada de processar a contabilidade dos benefícios previdenciários– contendo a indicação de 315 (trezentos e quinze) aposentados considerados como “marajás”¹¹⁸ da Previdência, visto terem recebido valores acima de 50 (cinquenta) salários mínimos, enquanto o teto para as aposentadorias do regime geral da previdência social não poderia, nos termos de lei, superar 10 (dez) salários mínimos –cujo valor, atualmente, é de R\$360,00, ou de aproximadamente US\$180.00. Verificou-se, em seguida, que a lista estava incorreta, posto ter restado caracterizada

¹¹⁶ **Jorgina tem empresas de fachada no exterior**, Folha de São Paulo, de 18.2.98, p. 1-6.

¹¹⁷ **Cronologia de uma fraude que não existiu**, O Globo, 4.4.1991, p.3.

¹¹⁸ O termo “marajá” é utilizado no Brasil para indicar pessoas que obtêm elevados salários ou aposentadorias do Poder Público.

a existência de somente 34 aposentadorias com valores indevidos, dentre aquelas inicialmente divulgadas.

A supra mencionada denúncia motivou requerimento de membro do Senado para a instalação de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito –CPMI destinada a apurar irregularidades na Previdência Social, bem assim investigações de fraudes ao INSS por parte da Polícia Federal, iniciadas na DATAPREV¹¹⁹.

2. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude

2.1. Falhas na legislação

A Previdência Social brasileira é regida, basicamente, pela Lei nº 3.807/1960, e pelas inúmeras alterações realizadas posteriormente no seu texto. O Relatório da CPMI concluiu, ao examinar a Legislação Previdenciária Brasileira, ser complexo e obsoleto o conjunto de leis e decretos que disciplinam a matéria. Como uma das causas das fraudes o referido Relatório indicou: a ocultação de erros dolosos ou culposos facilitada pelo labirinto de disposições legais, normas de cálculos, habilitações, exames e atos normativos voltados para o atendimento de pequenos grupos¹²⁰.

2.2. Falhas estruturais

A própria desordem administrativa do INSS, com efetivação, há anos, de pagamentos de importâncias inferiores às devidas aos beneficiários, foi uma das causas do surgimento de ações na Justiça pelas revisões de aposentadorias e de pensões, situações essas que estimulavam os mais diversos tipos de fraude na Previdência¹²¹.

¹¹⁹ **Marajás: governo confessa equívoco**, O Globo, 4.4.1991, p.3.

¹²⁰ Relatório da CPMI, fl. 18.

¹²¹ **Desordem administrativa do INSS estimula a fraude**, Jornal do Brasil, 4.4.91, 1º caderno, p. 4.

Muitas são as deficiências que possibilitaram o ensejo das fraudes, como as explicitadas a seguir, dentre outras¹²²:

1. estrutura organizacional inadequada e falta de instrumentos eficazes de gerência e de controle;
2. despreparo dos servidores em todos os níveis;
3. falta de base estrutural para suportar as constantes mudanças nas direções superiores (em 6 anos, foram 5 Ministros de Estado, 6 presidentes da DATAPREV e 4 Presidentes do INSS);
4. precariedade dos sistemas de informações;
5. falta de padronização de procedimentos;
6. instalações e equipamentos insuficientes;
7. obsoleta condição de funcionamento e de controle dos arquivos existentes;
8. ausência de órgão especializado para proceder e rever cálculos;
9. possibilidade de recebimento de benefícios por procuração.

Quanto aos sistemas informatizados, especificamente, tem-se que não eram capazes, à época, de cruzarem informações, tais como as relativas a valor do benefício definido pelo INSS e valor efetivamente pago a cada um dos beneficiários. Foi noticiado que a digitação dos dados sobre os beneficiários era uma das fases mais vulneráveis às fraudes, primeiramente, porque as informações enviadas, pela via postal (correios), à DATAPREV constavam de formulários preenchidos a mão nos postos da Previdência, o que podia ocasionar equívocos de leitura e, também, porque o momento possibilitava a alteração, culposa ou dolosa, dos valores dos vencimentos¹²³.

¹²² Relatório da CPMI.

¹²³ **Um tigre de papel colossal – Por que é fácil fraudar na Dataprev**, Revista Veja, 10.4.1991, p. 22.

Excerto do Relatório da CPMI consigna, de forma abreviada, a situação que levou ao enfraquecimento da estrutura organizacional do INSS¹²⁴:

“Na última década, a Previdência Social recebeu um relevante aumento de encargos financeiros e de serviços, em decorrência, principalmente, do crescimento populacional, do empobrecimento do povo, da extensão de benefícios ao trabalhador rural, da criação de novos benefícios e da universalização da assistência médica. Tudo isso sem a contrapartida de um aperfeiçoamento na infraestrutura administrativa ou nas atividades-fim.”

2.3. Carência de pessoal qualificado

O número reduzido de servidores frente ao volume de trabalho foi também indicado como um dos pontos facilitadores das fraudes.

Registra-se que mesmo tendo havido aumento da população do País, na ordem de 30%, o número de fiscais que antes chegava a 7.000, à época das ocorrências não chegava a 4.000¹²⁵.

Dos 700 Procuradores do INSS, distribuídos por todo o País, 243 foram colocados em disponibilidade no ano de 1991 durante o governo do ex-Presidente Collor de Mello –cujo escândalo de corrupção será apresentado adiante– para atender às necessidades de redução de custos e de economia da chamada Reforma Administrativa, agravando, dessa forma, a situação de insuficiência do quadro funcional da autarquia. Pode-se concluir, inclusive, pela total impossibilidade de o INSS atender os interesses dos beneficiários se considerado que apenas no Rio de Janeiro e São Paulo tramitavam mais de 500.000 processos e que, ao levar em conta os dados de todo o País, cada Procurador deveria acompanhar cerca de 6.000 processos¹²⁶.

Segundo declaração de Reinaldo Gayoso, então Procurador-Chefe do INSS no Rio de Janeiro, não havia meios de o INSS acompanhar as ações em andamento na Justiça Federal –

¹²⁴ Relatório da CPMI, p. 24.

¹²⁵ **Um tigre de papel colossal – Por que é fácil fraudar na Dataprev**, Revista Veja, 10.4.1991, p. 22.

¹²⁶ Relatório da CPMI, p. 22.

cerca de 80 mil revisões de aposentadorias e pensões, 135 mil execuções fiscais e um número não estimado de ações de indenização por acidentes de trabalho¹²⁷.

2.4. Instabilidade macroeconômica, com sucessão de planos econômicos

A instabilidade macroeconômica, caracterizada nas décadas de 1980 e 1990, e as sucessivas tentativas de estabilização da inflação, como o lançamento dos Planos Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991), representaram substancial contribuição às fraudes perpetradas pela quadrilha de Jorgina de Freitas, sobretudo em função da alteração dos diversos índices de preços empregados nos cálculos realizados para a valoração dos benefícios requeridos.

A atualização dos valores dos benefícios pretendidos demandava a execução de diversos cálculos intrincados de forma a permitir aos membros da quadrilha falsear resultados desfavoráveis ao INSS.

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes

3.1. Ações propostas

Foi constituída Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar irregularidades na Previdência Social, com o objetivo de determinar responsabilidades nos seguintes fatos:

1. fraudes na concessão de benefícios;
2. fraudes na fiscalização e arrecadação de contribuições;
3. andamento dos processos de revisão de benefícios;
4. inexistência de sistemática de controle contra fraudes, do destino do cadastramento e auditorias contratadas nos últimos anos;

¹²⁷ Desordem administrativa no INSS estimula a fraude, Jornal do Brasil, 4.4.1991, p.4.

5. transações imobiliárias – alienação¹²⁸.

O então Presidente da República Fernando Collor determinou a realização pela Polícia Federal de investigações na DATAPREV e a criação de mais duas delegacias especializadas no combate e apuração de fraudes contra a Previdência¹²⁹. Investigações conjuntas realizadas pelo INSS e pela Polícia Federal levaram a descoberta de quadrilhas especializadas em forjar benefícios da Previdência Social, como a articulada por Jorgina de Freitas¹³⁰.

3.2. Recursos recuperados

O INSS conseguiu rastrear cerca de US\$270 milhões dos fraudadores responsáveis por um rombo superior a US\$525 milhões nas contas da Previdência. Em contas já bloqueadas por meio de decisões judiciais, encontrou-se em dinheiro vivo: (i) US\$34 milhões no Merrill Lynch Bank de Miami, em nome da Advogada Jorgina de Freitas e de seus irmãos Ana Nery e Francisco Antônio de Freitas Neto; (ii) US\$20 milhões no Great Western Bank, em Miami, em nome de Jorgina de Freitas; (iii) US\$1,5 milhão no CDI-TDB, em Genebra, em nome do ex-motorista Alaíde Ximenes; (iv) US\$3 milhões no CDI-TDB, em Genebra, em nome do Juiz Nestor José do Nascimento; (v) US\$2 milhões no Merrill Lynch Bank, em Miami, em nome do advogado Ilson Escóssia da Veiga, sua mulher, Cláudia Caetano Bouças, sua filha Vânia Lazarini Veiga, e seu sogro, Carlos Caetano Bouças; (vi) US\$13 milhões no CDI-TDB, em Genebra, em nome de Ilson Escóssia da Veiga e, sua mulher, Cláudia Caetano Bouças; (vii) US\$9 milhões em bancos brasileiros em contas em nome de vários fraudadores; (viii) US\$5 milhões em cadernetas de poupança em bancos brasileiros, em nome de vários fraudadores; (ix) US\$19 milhões em contas bancárias diversas, mantidas pelos fraudadores no Unibanco, Banco Safra e Banerj¹³¹.

O valor dos bens dos fraudadores bloqueados no Brasil estava estimado, segundo laudo pericial, entre US\$40 milhões e US\$50 milhões, sendo eles: (i) 407 imóveis; (ii) 85 terrenos; (iii) 5 fazendas; (iv) 5 barcos; (v) cerca de 150 telefones; (vi) 30 carros; (vii) jóias e

¹²⁸ Relatório da CPMI, p. 4.

¹²⁹ **Marajás: Governo confessa equívoco**, O Globo, 4.4.1991, p.3.

¹³⁰ **Cronologia de uma fraude que não existiu**, O Globo, 4.4.1991, p. 3.

¹³¹ **Investigações localizam US\$ 270 milhões**, O Estado de São Paulo, 13.2.1996, p. A-8.

objetos de arte; (viii) cavalos de raça e gado; (ix) 522 quilos de ouro de Escóssia da Veiga¹³². Só de Jorgina de Freitas, a Justiça bloqueou: 14 apartamentos, 6 casas, 6 salas comerciais, 5 lotes, 3 fazendas, 2 lojas e 1 área de terra¹³³.

O Tribunal Estadual de Miami, nos Estados Unidos, condenou Jorgina de Freitas a devolver aos cofres da Previdência US\$ 123 milhões obtidos em causas fraudulentas. A sentença reconheceu ao governo brasileiro o direito de reaver dinheiro e imóveis da advogada nos Estados Unidos até o valor da condenação¹³⁴.

No ano de 2000 foi noticiada, ainda, a localização pela Previdência de vultoso depósito no exterior, no valor de US\$ 30 milhões, em nome da fraudadora. O então Ministro da Previdência Social, Waldeck Ornélas, determinou a adoção de providências para o bloqueio e a transferência do dinheiro para a conta do INSS¹³⁵.

De acordo com os dados da Previdência, o INSS recuperou R\$ 93 milhões, além de 243 imóveis e 522 quilos de ouro. Com a possibilidade de repatriação dos US\$ 30 milhões, depositados em Luxemburgo, estimou-se que o valor recuperado poderia ultrapassar R\$ 150 milhões, quantia esta que representava praticamente a metade do cômputo oficial da fraude¹³⁶.

3.3. Sanções aplicadas

Eram muitos os envolvidos nas fraudes verificadas. Foram aplicadas, então, sanções diversas, compatíveis com cada caso e atuação dos envolvidos¹³⁷:

Acusado	Condenação
Jorgina Maria de Freitas	Advogada, condenada a 14 anos de prisão por peculato,

¹³² Idem.,

¹³³ **Jorgina tem empresas de fachada no exterior**, Folha de São Paulo, 18.2.1998,p. 1-6.

¹³⁴ **O cerco se fecha**, Revista Veja, 5.2.1997, pp. 74-75.

¹³⁵ **Achados dólares do INSS**, Jornal do Comércio – JC Online, 1.12.2000.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ **Quem teve o nome limpo e quem foi condenado pelos desembargadores do tribunal de justiça**, O Globo, 5.7.92, p. 19.

Fernandes	formação de quadrilha e crime continuado. Multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 360 dias.
Nestor José dos Nascimento	Juiz, condenado a 15 anos e meio de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Perda do cargo de juiz e multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 360 dias.
Carlos Alberto Mello dos Santos	Contador judicial, condenado a 10 anos e 2 meses de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Perda do cargo de contador judicial e multa.
Elio Ribeiro de Souza	Procurador do INSS, condenado a 6 anos e 8 meses de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Cassação de aposentadoria e multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 200 dias.
Marcílio Gomes da Silva	Procurador do INSS, condenado a 14 anos de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Perda do cargo de procurador do INSS e multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Astor Cardoso Pontes de Miranda, Roberto Cardoso Pontes de Miranda e Carlos Alberto Oliveira Pereira	Advogados, condenados a 14 anos de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 360 dias.
Jorge Raymundo Martins	Advogado, condenado a 4 anos de prisão por peculato. Multa de 3 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Fábio Cândido de Souza	Advogado, condenado a 6 anos de prisão por peculato. Multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.

Paulo Fernando Baptista	Advogado, condenado a 6 anos de prisão por peculato e crime continuado. Multa de 3 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Wilson Luiz dos Santos	Advogado, condenado a 11 anos de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Ibson Escóssia da Veiga	Advogado, condenado a 14 anos de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 360 dias.
Ronaldo da Silveira Bravo	Advogado, condenado a 7 anos de prisão por peculato. Multa de 3 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Sérgio Jardim de Bulhões Sayão	Procurador do INSS, condenado a 10 anos e 2 meses de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Cassação de aposentadoria de procurador do INSS e multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Cláudia Caetano Bouças	Advogada, mulher de Escóssia, condenada a 6 anos de prisão, em regime semi-aberto, por peculato e formação de quadrilha. Multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Wilson Ferreira	Advogado, sobrinho de Escóssia, condenado a 10 anos e 2 meses de prisão por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Multa de 5 salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
Armando Avelino Bezerra	Advogado, condenado a 12 anos e meio por peculato, formação de quadrilha e crime continuado. Multa de 5

	salários-mínimos por dia, durante 300 dias.
--	---

Os 18 (dezoito) réus foram condenados, em 04.07.1992, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça por fraudes contra a Previdência, sendo que quatorze deles foram presos quando do término do julgamento. Foram expedidos mandados de prisão para que a POLINTER prendesse Jorgina Maria de Freitas Fernandes, que se encontrava foragida, Cláudia Caetano Bouças, Ronaldo Bravo e Sérgio Jardim de Bulhões Sayão¹³⁸.

Jorgina de Freitas já estava fora do País quando foi condenada pela Justiça brasileira, ficando foragida por mais 5 anos. A advogada deixou o Brasil, refugiando-se no Paraguai e depois na Argentina. Instalou-se em Miami, onde foi localizada pelo governo brasileiro, que requereu sua prisão e extradição. Embora concedido esse pedido pelos Estados Unidos da América, não houve sucesso na empreitada pois a fraudadora já havia fugido para a Costa Rica. Neste país, era considerada a mulher mais rica do país, representando os US\$ 114 milhões, apropriados da Previdência, 10% do orçamento anual costarriquenho. Para a extradição de Jorgina de Freitas, o governo brasileiro assinou acordo de reciprocidade com a Costa Rica. Em novembro de 1997, a advogada se entregou às autoridades daquele país, sendo extraditada e presa no Brasil em fevereiro do ano seguinte¹³⁹.

Jorgina de Freitas respondia a mais de 12 processos por formação de quadrilha, peculato, falsificação de documentos e ocultação de informações à Receita Federal, distribuídos em 6 (seis) varas federais. Caso fosse condenada em todos os processos e se somadas todas as penas poderia cumprir mais de 40 anos de prisão¹⁴⁰. Entretanto, a sentença de extradição permitia somente o cumprimento da pena pelo crime de peculato (12 anos), pois considerou prescrita a sanção do crime de formação de quadrilha (2 anos).

Em setembro de 2000, Jorgina de Freitas conseguiu a progressão de regime prisional (do fechado para o semi-aberto), por meio de Decisão do STF (HC 73752/RJ). Feita a unificação

¹³⁸ **Prisão é efetivada logo após julgamento**, O Globo, 5.7.1992, p. 19.

¹³⁹ **A grande caçada**, Revista Veja, 12.11.97, e **Jorgina tem empresas de fachada no exterior**, Folha de São Paulo, 18.2.98, p. 1-6.

¹⁴⁰ **Penas somam 40 anos**, Jornal do Brasil, 6.11.97, p.8.

das penas, totalizando 23 anos de reclusão, com término previsto para 2.11.2020, foi afastado o direito à progressão de regime, mantendo-se o quadro fático alcançado anteriormente.

A defesa de Jorgina de Freitas impetrou em momento ulterior petição perante o Superior Tribunal de Justiça (Pet 1506/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 3.6.2002, p.212), buscando a concessão de liberdade condicional. O pleito restou denegado, visto não cumprido até aquele momento 1/6 da pena imposta, o que somente viria a ocorrer em 2005. Apesar de não encontradas notícias recentes a respeito do paradeiro de Jorgina de Freitas, certamente já se encontra em liberdade condicional.

3.4. Melhoria na legislação

Anote-se que o caso Jorgina de Freitas gerou, de forma imediata, um conjunto de ações destinadas à prevenção e repressão de fraudes contra os cofres da Previdência. O Relatório da CPMI já alertava para a necessidade de alteração da legislação e dos procedimentos gerenciais até então utilizados para que atos lesivos contra a Previdência Social fossem coibidos¹⁴¹.

A melhoria do atendimento dos beneficiários mostrou-se um dos meios para a prevenção das fraudes. A edição da Lei nº 10.403, de 8.1.1991, que ao introduzir o art. 29-A à Lei nº 8.213, de 24.1.1991, instituiu o reconhecimento automático de direitos, promovendo a inversão do ônus da prova de filiação ao regime geral. O INSS, com base nas informações constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, verifica o tempo de serviço e de contribuição do segurado, dispensando o interessado de fazê-lo mediante a apresentação de documentos relativos à vida profissional e previdenciária, situação esta que contribuía fortemente para a perpetração das fraudes mediante a falsificação desses papéis.

As edições das Lei nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24.7.1991, que dispõem sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio e dos Planos de Benefícios da Previdência Social, e dão outras providências, respectivamente, foram de importância fundamental para a ampliação dos controles e a modernização dos sistemas e procedimentos até então adotados no âmbito do INSS.

¹⁴¹ Relatório da CPMI.

Os ajustes necessários à prevenção e ao combate às fraudes impuseram uma permanente adequação do ordenamento jurídico previdenciário, destacando-se os seguintes:

1. art. 132 da Lei nº 8.213/1991 – trata de limite para atuação de Procuradores da Previdência Social, tendo como objetivo controlar as possibilidades de desistência ou transigência de procuradores judiciais da Previdência em processos de seu interesse;

2. art. 101 da Lei nº 8.213/1991, com redação dada pela Lei nº 9.032/1995 – trata do exame de segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e de pensionista inválido, tendo por objetivo a verificação da condição que ensejou o pagamento do benefício;

3. § 2º, art. 16 da Lei nº 8.213/1991, com redação dada pela Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.1996, e reedições, convertida na Lei nº 9.528/1997 – trata da exigência de comprovação de efetiva dependência econômica para enteado e menor tutelado, tendo como objetivo evitar a inclusão de falsos dependentes nessa condições;

4. art. 29 da Lei nº 8.213/1991, com redação dada pela Lei nº 9.876/1999 – trata do cálculo do salário-benefício com base na média aritmética dos maiores salários-de-contribuição relativos a oitenta por cento de todo o período, tendo por objetivo coibir a prática fraudulenta de pessoa que contribuía apenas nos últimos 36 meses com base no valor máximo para se aposentar no teto, embora auferisse remuneração inferior;

5. art. 143 da Lei nº 8.213/1991, com redação dada pela Medida Provisória nº 598, de 31.8.1994 e suas reedições, até conversão na Lei nº 9.063/1995, alterada pela Medida Provisória nº 312, de 19.7.2006 – trata da limitação para requerimento de benefício por trabalhador rural, tendo por objetivo limitar, no tempo, a possibilidade de requerimento de benefício rural. Tais benefícios, garantidos pela Constituição Federal, são uma das maiores fontes de fraudes contra a Previdência Social, pois para seu deferimento é necessário somente tempo de serviço na atividade rural a ser comprovado por mera declaração do sindicato rural;

6. Portaria MPS nº 5.716, de 6.9.1999 – criou a Ouvidoria-Geral da Previdência social, destinada, dentre outras atividades, a receber denúncias de práticas de irregularidades e de atos de improbidade administrativa, encaminhando-se para apuração.

3.5. Melhoria nas estruturas

O Relatório da CPMI consignou, também, diversas recomendações que, em suma, importariam no aperfeiçoamento de procedimentos administrativos, os quais envolvem melhor distribuição da carga de trabalho

entre os Postos de Serviços, implantação de mecanismos eficazes de controle, atualização de sistemas informatizados, alteração de rotinas e métodos de trabalho, dentre outras medidas¹⁴².

Foi implantado, em 1994, o Sistema Único de Benefícios – SUB, ferramenta desenvolvida pela DATAPREV em parceria com o INSS. O sistema teve como uma das principais vantagens integrar, numa mesma base de dados, a concessão e a manutenção de todos os benefícios do regime geral, que, até então, ou eram operacionalizados manualmente, sendo toda a rotina realizada por meio de documentos (papel), ou eram concedidos e mantidos em sistemas estanques, que não se comunicavam entre si.

Conjuntamente com a implantação do SUB, o INSS desenvolveu o Sistema de Controle de Débitos de Contribuições Previdenciárias – SISDEB para o registro e gerenciamento dos créditos tributários previdenciários, possibilitando, dessa forma, controle das dívidas por contribuinte em todo o território nacional. Com isso, a liberação de certidão negativa de débito passou a levar em conta o conjunto de passivo da empresa para com a Previdência Social em todos os Estados da Federação e do Distrito Federal.

Posteriormente, esses dois sistemas foram ampliados e aperfeiçoados, tendo-se desdobrado em subsistemas destinados não apenas à operacionalização das rotinas de concessão e manutenção de benefícios, mas alcançando, também, procedimentos automatizados de controle e auditoria, como o Sistema Informatizado de Óbito – SIDOBI, talvez um dos mais importantes para a prevenção de fraudes.

Em 1998, foi aprovado o Plano de Modernização do Atendimento na Previdência Social – PMA, que estabeleceu uma série de providências destinadas à melhoria do atendimento de beneficiários e contribuintes pela rede de unidades do INSS. No âmbito desse programa, realizaram-se as seguintes medidas: (i) implantação das Agências da Previdência Social – APS em substituição aos velhos postos de benefícios e arrecadação; (ii) utilização nas APS de sistemas de gerenciamento de filas por senha e de atendimento com hora marcada, e, ainda, implantação de quiosques de auto-atendimento, chamados de PREVFácil, que são terminais disponíveis para a obtenção de informações gerais e individuais de natureza previdenciária; (iii) instituição do atendimento móvel previdenciário – PREVMóvel, que são veículos terrestres

¹⁴² Relatório da CPMI.

com acesso remoto aos sistemas da Previdência Social para a realização, em lugares mais distantes e de difícil acesso, de atendimentos às populações locais. Nos lugares mais isolados da região Norte do País, o atendimento móvel é realizado pelos PREVBarcos, que funcionam nos mesmos moldes do PREVMóvel.

Outras medidas também foram implementadas objetivando o combate às fraudes contra a Previdência Social, tais como a adoção do recadastramento previdenciário periódico; a estruturação da área de gerenciamento de riscos no âmbito do Ministério da Previdência Social; a criação da assessoria de pesquisas estratégicas – APE na estrutura do INSS, voltada às atividades de investigação do crime organizado no segmento previdenciário.

Ainda contribuíram para a repressão dos ilícitos cometidos contra a Previdência Social, dentre outras medidas, a estruturação da Delegacia de Repressão a Crimes Previdenciários – DELEPREV do Departamento de Polícia Federal e a atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF no rastreamento da lavagem de dinheiro, resultante de fraudes.

III. O Escândalo dos “Anões do Orçamento”

1. Apresentação do caso

1.1. Área em que se verificou a fraude

A fraude que se tornou conhecida como escândalo dos anões do orçamento ocorreu na Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, comissão parlamentar do Congresso Nacional encarregada de examinar e propor emendas ao projeto de lei orçamentária anual - LOA encaminhada pelo Presidente da República. Alguns dos integrantes dessa comissão –que, por sua baixa estatura, ficaram conhecidos como “anões do orçamento”– fizeram uso de suas prerrogativas para auferirem benefícios indevidos¹⁴³, recebendo dinheiro e outros bens em troca da inclusão de dotações orçamentárias referentes a serviços e obras públicas de interesse de empresas que, em conluio, organizavam estratégias para vencer as licitações correspondentes¹⁴⁴ (o esquema dos empreiteiros), mesmo quando apresentavam propostas com preços acima dos normalmente praticados no mercado.

¹⁴³ “Economista diz que Alves recebia comissão de 20%”, Correio Brasiliense”, 23.10.1993, p.4.

¹⁴⁴ “É certeza: a CPI chegará a Executivo”, Correio Brasiliense, 7.11.1993, p. 4.

Os “anões do orçamento” incluíam também dotações orçamentárias destinadas à concessão de subvenções sociais a entidades por eles controladas, de onde os recursos eram desviados em proveito próprio (o esquema das subvenções).

Consoante anotado no Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, não é ilegítima “a atuação dos grupos de pressão e nem a atuação de parlamentares, governadores e prefeitos na tentativa de obtenção de recursos para suas regiões de influência. A ilegitimidade se instala quando o lobby ou parlamentares e governantes atuam para viabilizar a auferição de vantagens pessoais ou em favor de terceiros determinados”¹⁴⁵.

O esquema foi assim sintetizado no citado relatório:

O grupo de parlamentares que controlava a Comissão de Orçamento lutava para assumir alternadamente os postos-chave de seu controle: Presidência e Relatoria-Geral. Posteriormente, influía para nomear, dentre aqueles que considerava como sendo “de confiança”, os relatores parciais, em áreas estratégicas para seus objetivos. As relatorias parciais de maior importância eram aquelas de órgãos que centralizavam verbas de maior vulto, como, por exemplo, o Ministério da Ação Social –com seus polpudos recursos para habitação e saneamento– o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, a Fundação Nacional de Saúde, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. Outras sub-relatorias, de menor significação, por movimentarem menos recursos, poderiam ficar em mãos de parlamentares estranhos ao esquema e serviam, inclusive, para coonestar a atuação do Colegiado como um todo.

A chamada “emenda de relator” era componente vital do esquema. Não se prendendo às formalidades da publicação prévia, era forte instrumento de poder do Relator-Geral, que centralizava todas as decisões até, praticamente, o término do prazo disponível. Como garantia desse poder, os pareceres de Relator eram sempre entregues na undécima hora, contando-se com o fato de que as votações seriam realizadas quase sempre às vésperas dos períodos de recesso parlamentar, com quorum mínimo.

Registre-se que, ao chegar ao Plenário do Congresso, dada a exigüidade do tempo para a apreciação, o projeto do orçamento constituía uma verdadeira “caixa-preta”, conhecido e compreendido apenas pelos integrantes do esquema e por aqueles poucos parlamentares versados no assunto, não vinculados ao próprio esquema de corrupção¹⁴⁶.

No arremate das manobras de manipulação orçamentária na comissão parlamentar, vinha a participação de pessoas com capacidade de influir nas decisões do Poder Executivo, a fim de facilitar a liberação das verbas relativas às dotações incluídas pelos “anões do orçamento”¹⁴⁷. Consoante declarou o Relator da CPMI, “não pode haver esquema de corrupção iniciado no Legislativo que não termine no Executivo. Porque as verbas votadas no Congresso

¹⁴⁵ Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, janeiro de 1994, Volume III, Item 5.1.2, p. 4.

¹⁴⁶ Idem, p. 3 e 4.

¹⁴⁷ “Principais pontos da denúncia”, Correio Brasiliense, 22.10.1993, p. 4, e “Investigações se estenderão ao Executivo”, idem, 24.10.1993, p. 3.

são liberadas no Poder Executivo. Se não houver a outra ponta no esquema, ele não funciona”¹⁴⁸.

1.2. Como o escândalo se tornou conhecido

Um dos assessores do Senado Federal para questões orçamentárias e ex-diretor de orçamento da União denunciou as fraudes em entrevista à Revista Veja, após ser preso acusado do homicídio da sua esposa¹⁴⁹. A polícia, no âmbito das investigações desse caso, havia encontrado em sua casa mais de US\$1,1 (um milhão e cem mil de dólares norte-americanos). Ele também participava do esquema, tendo atuação importante no que diz respeito às questões técnicas¹⁵⁰ que os “anões” não dominavam, havendo chegado, inclusive, a promover alterações de dotações diretamente no sistema eletrônico de controle e execução do orçamento, o SIAFI¹⁵¹. O assessor apontou o envolvimento de vinte e três parlamentares, quatro ex-ministros, dois ministros e três governadores¹⁵².

2. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude

2.1. Falhas na legislação

Quanto ao processo legislativo de elaboração e aprovação do orçamento, cogitou-se que a fraude teria origem no rito procedimental observado pela comissão, como por exemplo, na possibilidade de os parlamentares apresentarem emendas individuais à proposta orçamentária e nas chamadas “emendas do relator”.

No que diz respeito à inclusão de dotações para a concessão de subvenções sociais, o esquema foi facilitado pela possibilidade de que fossem designadas discricionariamente as

¹⁴⁸ “**É certeza: a CPI chegará a Executivo**”, Correio Brasiliense, 7.11.1993, p. 4.

¹⁴⁹ Veja on-line (<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/orcamento/caso.html>)

¹⁵⁰ “**Entenda o caso dos anões do orçamento**”, Folha_Online, 15.11.2004 (<http://tools.folha.com.br>) e “Economista depõe e confirma tudo”, Correio Brasiliense, 21.10.1993, p.3.

¹⁵¹ “**A CPI que mudou o Congresso**”, Castro Mariano Carneiro, Mônica de, Assessoria de Comunicação Social da UnB (<http://unb.br/acs/bcopauta/orcamento2.htm>).

¹⁵² “**CPI sobre corrupção no Orçamento começa devassa contra parlamentares**”, Correio Brasiliense, 20.10.1993, capa.

entidades beneficiárias, independentemente de um processo objetivo de seleção¹⁵³, o que levou o Relator da CPMI a defender a “proibição de que um ministro tenha poder de destinar subvenções de valores altíssimos para entidades que, pura e simplesmente, apresentem a ele um requerimento”¹⁵⁴.

Para o ex-presidente da República José Sarney, “outra razão mais próxima da crise é a Constituição de 1988 que gerou a ingovernabilidade”. O Congresso teria votado “uma Constituição híbrida, uma exótica mistura de parlamentarismo com presidencialismo, atribuindo ao Congresso poderes próprios do Executivo ou ações de governo e ao Executivo poderes próprios do Legislativo”.

O ex-presidente acredita que o processo de desmoralização do Congresso “recebeu considerável ajuda da acumulação de poderes que experimentou com a Constituição de 1988”. Afirma que “a verdade é que levaram para dentro do Congresso o coração de todo Governo, que é o Orçamento da República. Criaram a comissão Mista do Orçamento que levou para dentro do Congresso lobbies, interesses cultivados à margem da burocracia estatal, abrindo as portas dessa Casa a todos os desvios que hoje presenciamos”¹⁵⁵.

2.2. Falhas estruturais

É possível apontar algumas deficiências no reduzido número de parlamentares que integravam a comissão do orçamento, bem como na sua organização e funcionamento. Cite-se que os integrantes do esquema conceberam a estratégia de programar as reuniões em ocasiões que tornavam improvável a revisão de suas deliberações.

A CPMI apontou, também, a falta de transparência na tramitação e discussão do projeto de lei orçamentária, dada a complexidade técnica da matéria.

Cabe lembrar, ainda, deficiências no sistema informatizado que cuidava do controle e execução orçamentária, o SIAFI, uma vez que foi possível ao servidor do Senado que

¹⁵³ “Esquema começou após Constituinte”, Correio Brasiliense, 21.10.1993, pág. 3 e “Principais pontos da denúncia”, Correio Brasiliense, 22.10.1993, p. 4.

¹⁵⁴ “É certeza: a CPI chegará a Executivo”, Correio Brasiliense, 7.11.1993, p. 4.

¹⁵⁵ “Sarney culpa Constituição por crise”, Correio Brasiliense, 24.10.1993, p. 2.

participava do esquema, alterar os projetos, mesmo após a votação¹⁵⁶, “quer antes da publicação, quer já no Departamento de Orçamento da União”¹⁵⁷.

Sustentou-se, noutra vertente, que as emendas ao orçamento “deixassem de ser individuais e passassem a ser partidárias, ou coletivas por bancada, onde seria mais difícil caracterizar o benefício de ordem pessoal”¹⁵⁸.

O ex-presidente Sarney atribuiu as irregularidades também “às anomalias das nossas instituições políticas e eleitorais”. O grande mal residiria “no voto proporcional puro que é aplicado no Brasil e que estimula os parlamentares a uma busca desesperada de recursos para garantir a sobrevivência a cada eleição que têm que enfrentar”. Para ele, a solução estaria numa “reforma profunda do sistema político-eleitoral com a introdução urgente do voto distrital misto”¹⁵⁹.

2.3. Carência de pessoal qualificado

Como a fraude foi perpetrada diretamente por membros do parlamento, cogita-se como fator que a possibilitou, no que diz respeito à qualificação das pessoas envolvidas, principalmente as deficiências de caráter e a ausência de retidão moral.

A falta de conhecimento técnico dos parlamentares também contribuiu decisivamente para o êxito das fraudes, uma vez que aqueles que não estavam envolvidos nos esquemas não notaram os estratagemas montados pelos “anões do orçamento” para a manipulação das emendas tampouco as alterações introduzidas após a aprovação dos projetos.

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes

3.1. Ações propostas.

¹⁵⁶ “A CPI que mudou o Congresso”, Castro Mariano Carneiro, Mônica de, Assessoria de Comunicação Social da UnB (<http://unb.br/acs/bcopauta/orcamento2.htm>).

¹⁵⁷ Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, janeiro de 1994, Volume III, Item 5.1.2, p. 4.

¹⁵⁸ “É a democracia que está em jogo na CPI”, Correio Brasiliense, 1º.11.1993.

¹⁵⁹ “Sarney teme tragédia nacional e pede pressa”, Correio Brasiliense, 21.10.1993, p.4.

Foi constituída Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para apuração das fraudes e identificação dos responsáveis. Propôs-se, na conclusão dos trabalhos, a cassação de dezessete deputados e um senador, recomendando que prosseguissem as investigações sobre doze outros congressistas e encaminhando o caso de uma dúzia de não-parlamentares ao Ministério Público¹⁶⁰. Dos dezoito parlamentares acusados pela CPMI, seis foram cassados, quatro renunciaram antes do julgamento e oito acabaram absolvidos na Câmara¹⁶¹.

A CPMI apresentou, ainda, propostas para alteração da “estrutura do Poder, tanto no âmbito legislativo quanto no que respeita à organização própria do Executivo Federal”, a saber¹⁶²:

- nova sistemática de elaboração orçamentária;
- elaboração compartilhada do orçamento geral da União;
- extinção da comissão mista de planos, orçamentos públicos e fiscalização;
- criação da comissão parlamentar mista de sistematização orçamentária;
- restauração das comissões de fiscalização e controle da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;
- definição de percentual mínimo de aplicação de recursos em continuidade de obras;
- limitação do poder de emendar a lei orçamentária;
- fortalecimento dos sistemas de controle interno e externo;
- fortalecimento dos mecanismos de controle externo pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas da União;

¹⁶⁰ Veja on-line (<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/orcamento/investigacao.html>).

¹⁶¹ Veja on-line (<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/orcamento/resultado.html>).

¹⁶² Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, janeiro de 1994, Volume III, p. 10/23.

- fiscalização e controle interno no Poder Executivo;
- extinção das subvenções sociais;
- limitação das transferências federais voluntárias;
- mudança na legislação referente aos créditos suplementares;
- mudança nos regimentos internos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e comum do Congresso Nacional quanto aos prazos das CPIs e CPIMs;
- aparelhamento organizacional e material do Poder Legislativo;
- mudanças na legislação eleitoral e partidária;
- abolição do sigilo fiscal e bancário para mandatários políticos;
- mudanças na Constituição Federal no tocante aos princípios informadores dos casos de inelegibilidade e conseqüente alteração da lei que estabelece tais casos;
- extinção ou restrição da imunidade parlamentar;
- inscrição constitucional da pena de suspensão do exercício do mandato.

Em que pese a importância dos trabalhos da CPMI, que evidenciou minuciosamente todos os meandros do esquema de corrupção –possibilitando a proposição de importantes alterações no procedimento legislativo de aprovação da lei orçamentária– há que se mencionar que a apuração dos trabalhos foi perturbada por diversos fatores, como ameaças cruzadas entre os deputados e restrições impostas pela influência política de alguns dos investigados¹⁶³.

O Ministério Público promoveu ações contra todos os envolvidos mas, quando “os casos já estavam no Supremo Tribunal Federal, uma mudança nas regras processuais em

¹⁶³ “**Deputado teme processo de caça às bruxas com CPI**”, Correio Brasiliense, 20.10.1993, p. 4 e Revista Veja de 15.11.1993, p. 38.

agosto de 1999 fez os processos voltarem à primeira instância. O dinheiro roubado não foi devolvido aos cofres públicos¹⁶⁴”.

3.2. Recursos recuperados

Além das ações judiciais promovidas pelo Ministério Público, foram instauradas tomadas de contas especiais quanto aos recursos transferidos via subvenção social e desviados das entidades beneficiárias, implicando, em geral, os dirigentes dessas entidades –e não o parlamentares envolvidos– havendo sido julgadas pelo Tribunal de Contas da União - TCU, o que constitui título executivo extra-judicial para o pagamento da dívida. Muitos desses processos, no entanto, ainda hoje se encontram abertos pendentes de julgamento definitivo em face dos diversos recursos interpostos por vários dos condenados. Alguns dos envolvidos tiveram seus bens seqüestrados mas muitos deles ainda conservam o patrimônio ilegalmente amealhado. Os recursos desviados não foram, até o momento recuperado.

3.3. Prisões decretadas

Nenhum dos envolvidos foi preso, à exceção do servidor do Senado Federal, condenado pelo homicídio da esposa, que cumpre a pena atualmente em regime semi-aberto. Alguns dos deputados apelidados de “anões do orçamento” foram punidos com a cassação do mandato e a perda dos direitos políticos por quatro anos. Aqueles que renunciaram ao mandato, no entanto, não sofreram nenhum outro tipo de sanção por essas fraudes. Alguns, inclusive, puderam ser eleitos novamente e exercem mandato ainda hoje¹⁶⁵.

A confiança na impunidade e o desdém com que os deputados enfrentaram as acusações que lhes eram imputadas refletem-se bem no episódio –que acabou se tornando emblemático da corrupção no Brasil– em que um dos parlamentares protagonistas das fraudes

¹⁶⁴ Veja on-line (<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/orcamento/resultado.html>).

¹⁶⁵ Veja on-line (<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/orcamento/envolvidos.html>).

justificou a fortuna que acumulara dizendo que havia tido muita sorte e lograra êxito em dezenas de concursos lotéricos¹⁶⁶.

3.4. Conseqüências para aos principais envolvidos¹⁶⁷

José Carlos dos Alves dos Santos – reuniu patrimônio de mais de dois milhões de dólares. Preso e condenado pela morte da mulher, Ana Elizabeth Lofrano dos Santos, chegou até tentar o suicídio na cadeia. Por bom comportamento, cumpre pena em regime semi-aberto.

João Alves – líder dos “anões”. Comprava a cumplicidade de José Carlos com presentes de até 300.000 reais. Na CPI, apresentou uma justificativa antológica para a fortuna que tinha acumulado: alegou que era um homem de muita, muita sorte e ganhara dezenas de vezes na loteria. Renunciou ao mandato de deputado antes de ser julgado, escapando da cassação e da perda dos direitos políticos. Morou em Salvador até o seu falecimento, quando ainda era proprietário de muitos imóveis.

José Geraldo Ribeiro – deputado do PMDB mineiro, era mais conhecido como “Quinzinho”, numa referência ao percentual que costumava cobrar de propina, de quinze por cento. Enviava dinheiro para oito entidades assistenciais por ele controladas. Foi cassado.

Genabaldo Correia – líder do PMDB na Câmara, foi o primeiro a adotar o expediente de renunciar ao mandato parlamentar antes do julgamento. Teve seus bens seqüestrados pela Justiça e respondeu por crime de improbidade administrativa. Foi candidato a deputado estadual em 1998 e perdeu.

Manoel Moreira – além de ser apontado por José Carlos como um dos “anões”, contou com um “empurrão” extra da ex-mulher, que foi à CPI revelar suas falcatruas. Não conseguiu explicar o movimento de 3 milhões de dólares em suas contas. Também renunciou antes da cassação. Foi candidato a deputado estadual pelo PMDB paulista em 1998. Perdeu. Lançou na vida pública a vereadora Maeli Vergniano, envolvida no escândalo da máfia dos fiscais da prefeitura de São Paulo. Foi expulso da igreja em que era pastor.

¹⁶⁶ “**Deputado atribui riqueza à sorte**”, Correio Brasiliense, 23.10.1993. p. 3.

¹⁶⁷ Veja on-line (<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/orcamento/envolvidos.html>).

Ricardo Fiúza – Ministro da Ação Social no governo Collor, era um dos deputados mais poderosos do Congresso. A CPI descobriu que, no período em que chefiou a Comissão de orçamento, beneficiou uma fazenda sua com verbas federais. Mesmo assim, escapou da cassação. Mais tarde, ficou provado que manipulou documentos da Caixa Econômica Federal para se livrar das acusações da CPI. Hoje, é deputado pelo PFL pernambucano.

Raquel Cândido – deputada por Rondônia, foi acusada de se apropriar de 800.000 dólares destinados a subvenções sociais e tentou suicídio duas vezes. Acabou sendo cassada. Posteriormente, foi presa em Brasília sob a acusação de espancar e tentar matar a tiros a dona de casa Raimunda dos Santos. O motivo da briga: uma dívida de 2.500 reais.

3.4. Melhoria na legislação

Anote-se que, após as fraudes, foi incluída durante alguns anos na Lei de Diretrizes Orçamentária, que syndica parâmetros para a elaboração das leis orçamentárias anuais, preceito normativo que vedava a concessão de subvenções sociais a entidades privadas. Atualmente, a restrição foi retirada, procedendo-se novamente a inclusão no orçamento de dotações com esse fim.

Criaram-se, também, cotas orçamentárias para cada deputado federal e senador a ser aplicada em até 20 obras de seu interesse¹⁶⁸.

Houve, ainda, alteração do regimento interno das casas do Congresso Nacional, de forma a impedir que, uma vez instaurado o processo disciplinar, os parlamentares recorressem ao artifício de renunciar ao mandato para preservarem seus direitos políticos¹⁶⁹.

Foi também promovida alteração legislativa para ampliar de quatro para oito anos o período de suspensão dos direitos políticos do parlamentar que tem cassado seu mandato¹⁷⁰.

¹⁶⁸ IstoÉ_On Line n.º 1583, de 2.2.2000 (<http://www.terra.com.br/istoe/1583/politica/1583balcao.htm>).

¹⁶⁹ “A CPI que mudou o Congresso”, Castro Mariano Carneiro, Mônica de, Assessoria de Comunicação Social da UnB (<http://unb.br/acs/bcopauta/orcamento2.htm>).

¹⁷⁰ Idem.

Mencione-se, por fim, a supressão da restrição normativa que impunha em três o número máximo de comissões parlamentares de inquérito concomitantes¹⁷¹.

3.5. Melhoria nas estruturas

Foi alterada a composição da comissão de orçamento, ampliando-se a participação de parlamentares e o número de especialistas para assessorá-los. Promoveram-se, também, alterações no SIAFI que aumentaram a segurança em relação à possibilidade de alterações indevidas do orçamento aprovado legalmente. Diversas ONG's passaram a fiscalizar e a participar da organização orçamentária¹⁷².

IV. Escândalo das Ambulâncias (ou máfia das sanguessugas)

1. Apresentação do caso

1.1. Área em que se verificou a fraude

O escândalo das ambulâncias –também conhecido como a máfia dos sanguessugas, em alusão ao nome escolhido pela Polícia Federal para batizar a operação realizada no ano de 2006– diz respeito a uma organização criminosa que atuou diretamente na área de saúde, fraudando licitações e superfaturando a compra de equipamentos médicos-hospitalares, notadamente ambulâncias, gerando, desse modo, significativos prejuízos ao erário. Além da compra de ambulâncias a preços manifestamente superiores ao de mercado, eram entregues veículos usados “maquiados”, em vez de unidades novas.

O esquema foi descrito pelo Jornal Folha de São Paulo¹⁷³ nos seguintes termos:

“O esquema era liderado, segundo a Polícia Federal, pelos empresários Luiz Antônio e Darci Vedoin, donos da Planam, que monta ambulâncias e UTIs móveis. A empresa oferecia a prefeituras um pacote pronto para a compra dos veículos. Garantia a elas que seriam feitas emendas parlamentares para destinar verbas para os municípios. Restaria à prefeitura apresentar ao Ministério da Saúde um projeto para adquirir as ambulâncias. Na Saúde, Maria

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ “CPI vais À PF para rastrear sanguessugas”, edição de 23/7/2006, p. A8.

da Penha Lino, ex-funcionária da Planam, facilitava a aprovação dos projetos. Uma vez aprovados, os municípios faziam licitações viciadas, vencidas pela Planam.”

A descrição do modo como operava o grupo e demais detalhes do esquema que serão aqui apresentados estão baseados em informações oriundas: I) do Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “das Ambulâncias”, criada no âmbito do Parlamento para apurar os fatos; II) do trabalho desenvolvido pela Polícia Federal na chamada “Operação Sanguessuga”; III) das denúncias apresentadas pelo Ministério Público Federal contra os envolvidos; IV) de material divulgado pela mídia.

1.2. Os grupos envolvidos e o modo de atuação

Para fins didáticos, a organização criminosa pode ser subdividida em quatro grupos que atuavam em áreas diferentes para a consecução de seus objetivos ilícitos.

O primeiro núcleo era formado por empresários, no qual se destaca o grupo Planam – empresas da família Vedoin e da família de Ronildo de Medeiros.

Referidos empresários, dentre outras atividades, forjavam documentação relativa a procedimentos licitatórios, liquidação de despesas, prestação de contas junto ao Ministério da Saúde e atuavam ilicitamente para a liberação de verbas públicas. Além disso, atuavam na cooptação de prefeitos e servidores municipais para participação no esquema a fim de garantir a simulação dos procedimentos licitatórios necessários à aquisição das ambulâncias pelos Municípios.

O segundo núcleo é atuava no âmbito do Ministério da Saúde. Era formado basicamente por servidores responsáveis pela aprovação dos projetos destinados à aquisição de veículos e equipamentos médicos e hospitalares por Municípios e por organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

Nesse núcleo, tinha participação decisiva a então servidora pública Maria da Penha Lino, que já tinha sido funcionária do grupo Planam. Ela era a figura central do esquema nas operações no Ministério da Saúde. Sobre sua atuação vale transcrever pequeno trecho da peça denúncia¹⁷⁴ que o Ministério Público apresentou à Justiça Federal:

¹⁷⁴ Trecho constante do Relatório da CPMI das Ambulâncias, vol.1, ps. 27/28.

“No vértice da estrutura burocrática operou a assessora do Ministro da Saúde MARIA DA PENHA LINO. De lá comandava não somente a aprovação de projetos demandados pela base política e empresarial, mas ainda a liberação e a manutenção do fluxo financeiro que “abasteceria” as atividades da organização criminosa. Sua atuação foi crucial para o êxito do “esquema” empresarial e político delituoso. Profunda conhecedora do funcionamento do sistema único de saúde, viu-se incorporada aos quadros da PLANAM COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, onde servia com denodo aos interesses de seu patrão DARCI JOSÉ VEDOIN. Na empresa, confeccionava projetos técnicos, elaborava planilhas de custos e quantitativos de máquinas e equipamentos hospitalares utilizados na “captação” de convênios com o Fundo Nacional de Saúde. Ainda na PLANAM COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA emprestou cotidianamente seus conhecimentos para canalizar recursos públicos da área de saúde e direcioná-los aos interesses empresariais de DARCI JOSÉ VEDOIN. Fazia a “ponte” com prefeitos e parlamentares, instruindo especialmente estes últimos na apresentação e direcionamento de emendas ao Orçamento Geral da União em consonância com os interesses que representava. De funcionária da empresa foi alçada à condição de assessora no Congresso Nacional. Lá dedicava-se às funções de preparação de emendas ao orçamento propiciando meios e modos de obtenção de recursos para a área de saúde. No Legislativo fez da casa uma extensão das atividades que praticava na PLANAM COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, não se descurando jamais de promover, defender e de auxiliar DARCI JOSÉ VEDOIN. Por fim, foi elevada à condição de assessora do Ministro da Saúde onde facilitava os golpes da organização criminosa e atendia aos reclamos desta. Para tanto, ficou-se inerte quando deveria agir para evitar as fraudes e quando agiu o foi para beneficiar a organização criminosa.”

O terceiro núcleo era constituído substancialmente por parlamentares (e assessores), que, no resguardo dos interesses do esquema criminoso, apresentavam emendas individuais ao Orçamento da União, contemplando compras a serem futuramente direcionadas, bem como influenciando politicamente para a aprovação e liberação dos correspondentes recursos públicos. Tais agentes atuavam mediante promessa ou efetiva percepção de vantagens ilícitas como contrapartida de seu trabalho.

Conforme consta no trabalho da CPMI, diversos parlamentares controlam direta ou indiretamente Organizações Não-Governamentais que recebem recursos justamente pelas emendas que os próprios parlamentares fazem.

Foram citadas¹⁷⁵ mais de 50 organizações nos depoimentos de Luiz Antônio Trevisan Vedoin, Darci Vedoin e Ronildo Medeiros, “que são controladas por parlamentares e suas famílias, ou que se prestam a acordos com vistas ao recebimento de verbas públicas mediante emendas parlamentares”, que serão utilizadas em licitações direcionadas, mediante pagamento de comissões aos atores envolvidos.

Apenas para ilustrar, cabe mencionar dois casos conforme narrativa do relatório da CMPI:

1) “Luiz Antônio Trevisan Vedoin informou que a entidade foi beneficiada [Fundação Aproniano Sá] com uma emenda de autoria do deputado Múcio Sá, no valor de R\$ 660.000,00 e que o dirigente da Fundação Aproniano, Sr. Damião, recebeu a comissão do deputado em sua conta pessoal. Darci Vedoin acrescentou que, conforme documentação do processo, foi adquirido um veículo Vectra e entregue a Damião, a título de comissão. Ronildo Medeiros também mencionou um encontro com o parlamentar, no qual tratou-se de uma licitação que encontrava-se em curso, na Fundação Aproniano Sá, em Mossoró, para aquisição de medicamentos, em valor aproximado de R\$ 600.000,00. Ronildo teria tentado um acordo relativamente a esta licitação, mas o Deputado Múcio Sá disse-lhe que já havia recebido recursos de outra empresa, antecipadamente, e que teria que fazer negócio com ela. A licitação teria ocorrido na empresa Sucos Maysa, de propriedade do pai do parlamentar, e que o responsável pelas licitações era o Sr. Damião”.

2) “Luiz Antônio Trevisan Vedoin informou que a Fundação Vingt Rosado, localizada na cidade de Mossoró, foi beneficiada com uma emenda para aquisição de unidade móvel, no valor de R\$ 400.000,00, de autoria do deputado Laére Rosado, que teria também realizado outras emendas, as quais, no total, superam um milhão de reais, para aquisição de equipamentos médico-hospitalares. Segundo Luiz Antônio, tanto a licitação para aquisição de veículos como para equipamentos foram executadas. Informou, também, que a

¹⁷⁵ Trecho constante do Relatório da CPMI das Ambulâncias, vol.2, p. 466

fundação beneficiada tem o nome do pai do deputado Laíre Rosado e é administrada pelo seu genro Adão Eridan de Andrade, e que todas as tratativas sobre o direcionamento e o pagamento da comissão se deram diretamente com o parlamentar. No ano de 2002, Laíre Rosado teria destinado emenda à Fundação Vingt Rosado, no valor total de R\$ 1.300.000,00, sendo R\$ 300.000,00 destinados à aquisição de unidades móveis de saúde e R\$ 1.000.000,00 para aquisição de equipamentos médico-hospitalares. Para o exercício de 2003, o parlamentar teria destinado, via emenda individual, R\$ 3.000.000,00, para a Fundação Vingt Rosado, para aquisição de equipamentos médico-hospitalares e medicamentos. Todas essas emendas teriam sido integralmente executadas, e em todas elas as licitações foram vencidas por empresas ligadas a Luiz Antônio e a Ronildo Medeiros.”

No âmbito da Polícia Federal, a investigação envolveu 80 (oitenta) Deputados Federais e Senadores, sendo que todos os 34 (trinta e quatro) que tinham sido ouvidos até maio de 2007 acabaram indiciados por formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro, conforme notícia da “Folha Online”, de 03/05/2007¹⁷⁶.

Na esfera parlamentar, a CPMI investigou um total de 90 (noventa) parlamentares (87 deputados e 3 senadores), tendo aprovado, em agosto de 2006, um relatório parcial em que foi recomendada a abertura de processo de cassação de 72 (setenta e dois) parlamentares.

O quarto núcleo era formado por prefeitos de Municípios, bem como por servidores municipais, que conduziam ilicitamente certames licitatórios eivados de fraude para a aquisição de ambulâncias cujos preços eram manifestamente superiores aos de mercado em troca do recebimento de dinheiro ou outra vantagem indevida. O início e o fim da operação ocorriam justamente nos Municípios que iriam adquirir as unidades móveis hospitalares.

O Esquema Planam se estendeu por mais de 600 (seiscentas) prefeituras distribuídas em 24 (vinte e quatro) Estados do País durante ao menos oito anos.

1.3. Como o escândalo se tornou conhecido

¹⁷⁶ fonte: www.folha.com.br

Foi em maio de 2006 que veio à tona o escândalo das ambulâncias, em razão da Operação Sanguessuga levada a efeito pela Polícia Federal para desarticular o esquema de fraudes em licitações na área de saúde.

Na ocasião, foram presas 46 (quarenta e seis) pessoas, sendo 9 (nove) assessores de deputados, 20 (vinte) funcionários do Ministério da Saúde e 2 (dois) eram ex-Deputados Federais: Ronivon Santiago e Carlos Rodrigues, o “Bispo Rodrigues” do PL.

Registre-se, no entanto, que antes disso, no final de 2004, o então Ministro da Saúde Humberto Costa já tinha sido alertado pela Controladoria Geral da União (CGU), mediante ofício, sobre a existência de uma quadrilha operando em âmbito nacional para desviar dinheiro público destinado à compra de ambulâncias, apontando fragilidades no controle e solicitando providências.

2. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude

2.1. Falhas na legislação

O escândalo das ambulâncias reacendeu o debate sobre as deficiências e fragilidades existentes no processo orçamentário da União, que dão espaço para a atuação inescrupulosa e deletéria de membros do Parlamento.

Algumas dessas fragilidades são históricas e contribuíram para a ocorrência de outros escândalos do passado, como o caso dos “anões do orçamento” –examinado no item anterior–, em que a fraude ocorria nos procedimentos realizados pela Comissão de Orçamento, mediante a apresentação de emendas individuais de Parlamentares à proposta orçamentária ou nas chamadas “emendas do relator”.

Embora tenha havido algum avanço decorrente do episódio dos “anões do orçamento”, conforme examinado, as emendas individuais dos Parlamentares à proposta orçamentária voltaram a ser instrumento para a prática de ilícitos contra a Administração Pública.

Consoante restou assentado no Relatório da CPMI, de forma direta “a origem de todos os ilícitos objetos desta CPMI está na execução orçamentária voltada para composição de interesses políticos”¹⁷⁷.

Deve-se dizer que as emendas individuais possibilitem que os recursos da União sejam repassados a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, ou a entes privados, para a execução de determinado objeto. Tais emendas viabilizam as chamadas transferências voluntárias que podem ser realizadas por meio dos seguintes instrumentos: convênio, contrato de repasse e termo de parceria.

Embora nem todas as transferências voluntárias se originem de emendas parlamentares, a CPMI concluiu que todo o processo de repasse voluntário de tais recursos da União é extremamente burocrático, criando ambiente propício para a “venda de facilidades”, com elevadíssimo risco de fraudes.

Esse processo envolve três fases básicas, a seguir especificadas, nas quais têm-se observado rotineiramente a ocorrência de diversas irregularidades pelos órgãos de controle:

1. Celebração/Formalização de convênios;
2. Execução, que inclui os procedimentos licitatórios; e
3. Prestação de Contas.

2.2. Falhas nos diversos procedimentos referentes a transferências voluntárias

Muitas irregularidades têm sido detectadas em todas as fases de repasse de valores da União, fazendo com que o objetivo básico de atender a população não seja efetivamente alcançado ou, ainda, que esse atendimento ocorra, mas a um custo elevadíssimo pela constatação de preços abusivos e fraudes variadas ao longo do processo.

¹⁷⁷ Trecho constante do Relatório da CPMI das Ambulâncias, vol.2, p. 704.

Dentre as diversas ocorrências constatadas nessas transferências, destacam-se as seguintes: a) planos de trabalho confusos e/ou pouco detalhados; b) objetos imprecisos; c) caracterização insuficiente da situação de carência e das prioridades locais; d) projetos básicos ausentes, incompletos ou com informações insuficientes; e) inconsistências na apreciação e avaliação técnica e jurídica dos planos de trabalho e termos de convênio.

Nesse cenário, convém realçar a falta de parâmetros de custos preestabelecidos como um dos elementos facilitadores do sobrepreço comum às contratações. Nos casos das ambulâncias, não há justificativa aceitável para a liberação de verbas com valores acentuadamente variados, eis que haveria como definir faixa de preço dessas unidade móveis.

Destaque-se também como fator importante a insuficiência, em quantidade e qualidade, de corpo funcional para a execução de uma análise acurada das propostas apresentadas;

Segundo registro da CPMI, a apreciação das propostas de convênios firmados com prefeituras municipais e OSCIPs envolvidas com o Grupo Planam, bem assim a fiscalização e as análises das respectivas prestações de contas, além de terem sido viciadas, em muitos casos, pelo desvio de conduta dos servidores cooptados pela quadrilha, foram procedidas burocraticamente, apenas com o fito de cumprir formalidades, em completo descompromisso com os fins mais elevados do uso da coisa pública e com o zelo que se exige ao lidar com ela.

A inexistência de avaliação efetiva da necessidade por parte do Município de receber o repasse do recurso também foi fator relevante nessa engrenagem defeituosa, levando a inexplicáveis favorecimentos a determinadas Regiões, Prefeituras e instituições.

Exemplo disso verificou-se no Município de Mira Estrela, no Estado de São Paulo, cuja população é estimada em aproximadamente 2.500 (dois mil e quinhentos) habitantes, recebeu 11 (onze) ambulâncias entre 2000 e 2005, aproximadamente uma para cada 230 (duzentos e trinta) habitantes. Mencione-se também o Município Pimenteiras do Oeste, no Estado de Rondônia, que recebeu 8 ambulâncias para atender aos seus 2.600 (dois e seiscentos) habitantes, representando uma para cada grupo de 330 (trezentos e trinta) habitantes.

A verdade é que a inexistência de planejamento da destinação de recursos do Orçamento da União advindos de emendas parlamentares e de recursos extra-orçamentários é terreno fértil para a prática de desvios.

Conforme constatou a CPMI, há clara e inadmissível submissão do interesse público a interesses particulares, pela celebração de convênios que:

- a) não atendem aos interesses da administração pública;
- b) não satisfazem aos objetivos da ação governamental;
- c) ocasionam dano ao erário devido a custos inexecutáveis ou superdimensionados;
- d) foram firmados ignorando os normativos aplicáveis, com irregularidades nos instrumentos e/ou com riscos jurídicos implícitos;
- e) promoveram a descentralização de execução de ações a entidades que não dispõem de condições ou atribuições para executá-las.

2.3 Ausência de estrutura de controle adequada

De acordo com a conclusão da CPMI, o desaparecimento do Estado para fiscalizar a aplicação de recursos repassados mediante convênios ou instrumentos congêneres é patente, “só interessando aos que firmam os ajustes com o fim de auferir vantagens lesando os cofres públicos”.

A fiscalização na execução do objeto conveniado ou é inexistente ou insatisfatória. Os órgãos e entidades repassadores não fiscalizam apropriadamente o convênio, nem as instituições de controle interno e externo possuem condições para exercer um acompanhamento efetivo.

Essa ausência de controle eficaz e tempestivo colaborou para a perpetração das irregularidades do esquema dos sanguessugas.

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes

3.1. Ações propostas no âmbito da CPMI

Conforme visto, foi constituída em junho de 2006 uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, intitulada “CMPI das Ambulâncias”, para a apuração das denúncias da Operação Sanguessuga realizada pela Polícia Federal.

Foi elaborado relatório parcial, em agosto de 2006, mediante o qual a CPMI decidiu enviar a Mesa da Casa Legislativa a qual pertencessem os parlamentares (Câmara dos Deputados ou Senado) os elementos de prova levantados, fazendo recomendação para a abertura de processo de cassação do mandato, por ofensa ao decoro parlamentar, de 69 (sessenta e nove) Deputados Federais e 3 (três) Senadores.

Nenhum dos parlamentares foi punido pelo Congresso. A pena foi aplicada pelas urnas. Na Câmara, apenas cinco dos que responderam a processos no Conselho de Ética foram reeleitos. No Senado, o único a disputar as eleições foi o senador Ney Suassuna, que acabou derrotado nas urnas. Os senadores Magno Malta e Serys Shessarenko (PT-MT) ainda têm mais quatro anos no Senado, já que os Senadores, no Brasil, têm mandato de oito anos.

A CPMI apresentou algumas sugestões de melhoria no plano legislativo, com vista a aperfeiçoar o procedimento referente ao processo orçamentário, da fase de sua elaboração à execução.

Como visto, um dos instrumentos para a ocorrência dos ilícitos foi a apresentação de emendas individuais ao orçamento. A esse respeito vale transcrever o seguinte trecho do Relatório da CPMI:

“A proposta radical de extinção das emendas individuais encontra eco em muitos parlamentares como sendo a solução ideal. O próprio Ministro do Planejamento, ele mesmo parlamentar, entende que a extinção das transferências voluntárias, inclusive as referentes a programações do próprio Poder Executivo, seria a solução ideal para todos os problemas aqui

apontados. Conhecedor da realidade política de nosso País, adverte, no entanto, para o risco de que, uma vez extintas as transferências com a conseqüente incorporação dos respectivos recursos orçamentários às transferências legais, os parlamentares voltassem a pressionar o Poder Executivo com vistas ao restabelecimento das emendas parlamentares.”

Também foi proposto pela CPMI a extinção das transferências voluntárias, medida que, caso não pudesse ser adotada de imediato, “em razão da extraordinária dificuldade de aprovação de medida tão radical”, deveria ser objeto de implementação no tempo adequado. Sobre essa questão e também sobre os obstáculos para a solução de problemas repetitivos no âmbito do Estado Brasileiro, vale transcrever o seguinte registro da CPMI¹⁷⁸:

“Essa medida torna-se obrigação inafastável [extinção das transferências] a partir do olhar aqui lançado sobre o universo das transferências voluntárias para entidade privadas, que identificou a repetição de inúmeras práticas danosas ao patrimônio público, já identificadas na CPI das ONGs, e que continuam ocorrendo no mesmo modus operandi. Chega a ser motivo de frustração a incapacidade que o Estado Brasileiro tem revelado em solucionar questões recorrentes, plenamente identificadas, e que causam enorme prejuízo à Nação”.

3.2. Prisões decretadas e denúncias apresentadas pelo Ministério Público

Na operação realizada pela Polícia Federal, foram presos temporariamente mais de 40 pessoas, entre eles assessores de deputados, os ex-deputados Ronivon Santiago e Carlos Rodrigues, e a ex-assessora do Ministério da Saúde Maria da Penha Lino. Também foram cumpridos 53 (cinquenta) mandados de busca e apreensão por 250 (duzentos e cinquenta) policiais federais.

Todos os envolvidos foram soltos e respondem a processos judiciais em liberdade.

¹⁷⁸ Trecho constante do Relatório da CPMI das Ambulâncias, vol.2, p. 734.

Além das pessoas presas, diversas outras foram ou continuam sendo investigadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público.

À época em que o caso completou um ano, em maio do corrente ano, a Folha on line publicou as seguintes informações¹⁷⁹:

“A operação da Polícia Federal que desvendou a máfia dos sanguessugas completa 1 ano nesta sexta-feira ainda sem ter conclusões sobre o envolvimento da maioria dos parlamentares acusados de participar do esquema. Dos 80 deputados e senadores investigados, a PF ainda não ouviu 55 deputados --dos quais nove têm mandato e outros 46 não conseguiram se reeleger.

Os 34 que foram ouvidos ao longo da investigação acabaram indiciados pela PF por formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Nesse grupo, nenhum se reelegeu, entre eles o ex-senador e ex-líder do PMDB no Senado Ney Suassuna (PMDB-PB) e o ex-deputado Lino Rossi (PP-MT), campeão na denúncia de recebimento de propina --cerca de R\$ 3 milhões --em troca de emendas ao Orçamento para a compra de ambulâncias.(...)

Desde que a operação foi deflagrada, a PF criou uma força tarefa formada por dez policiais para investigar apenas o envolvimento dos parlamentares na Operação Sanguessuga. A Folha Online apurou que as dificuldades em ouvir, em especial, os parlamentares com mandato é que eles têm a prerrogativa de escolher a hora, o local e a data em que querem ser ouvidos.”

No mesmo dia em que o Jornal Folha de São Paulo publicou a matéria acima, o jornal Correio Braziliense¹⁸⁰ dava notícia de que

“O escândalo dos sanguessugas envolveu o maior número de parlamentares da história do Congresso Nacional. A CPI dos sanguessugas propôs aos conselhos de ética da Câmara e do Senado a Abertura de processo de cassação contra 69 deputados e três senadores. Eles foram

¹⁷⁹ fonte: www.folha.com.br, notícia de 03/05/2007

¹⁸⁰ Jornal Correio Braziliense de 5/05/2007, p. 3

acusados de receber propina da família Vedoin para apresentar emendas ao Orçamento que financiaram a compra de ambulâncias e equipamentos hospitalares – um negócio de R\$ 110 milhões.”

Ainda segundo a matéria do Jornal Correio Braziliense¹⁸¹ supra

“Um ano após a deflagração da Operação Sanguessuga, nenhum dos parlamentares sofreu qualquer tipo de punição, a não ser repúdio dos eleitores nas eleições de outubro do ano passado. Foram reeleitos apenas cinco dos 72 parlamentares citados pela CPI.”

Muitos se utilizam de diversos expedientes para prolongar ao máximo o desfecho da ação judicial, esquivando-se, por exemplo, da citação. É o caso do ex-deputado Lino Rossi, que, mais de um ano após o escândalo foi preso (14/08/2007). A prisão preventiva foi decretada pelo juiz Jeferson Schneider, dessa unidade judicial, depois que considerou "esgotadas todas as tentativas de citação e intimação do acusado".¹⁸²

Como o processo de investigação ainda está em curso, novas denúncias contra os envolvidos estão sendo apresentadas pelo Ministério Público Federal perante o Poder Judiciário. Mais recentemente, consoante notícia divulgada pelo jornal Correio Braziliense, de 28/08/2007, três ex-Deputados Federais do Estado de São Paulo foram denunciados, totalizando no momento, 159 pessoas denunciadas pela Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso¹⁸³.

3.3. Recursos recuperados

¹⁸¹ Idem, p. 1.

¹⁸² www.coreioweb.com.br, notícia de 14/08/2007.

¹⁸³ Jornal Correio Braziliense de 28/08/2007, Caderno de Política.

Não se tem a informação dos exatos valores que foram recuperados ou mesmo se foi recuperada qualquer quantia.

Não obstante tenham sido propostas ações judiciais, não houve nenhuma condenação definitiva. Também foram constituídas tomadas de contas especiais –procedimento administrativo cujo julgamento pelo Tribunal de Contas da União gera um título executivo extrajudicial, para ser executado perante o Poder Judiciário, conforme examinado no Capítulo II–, mas a probabilidade de ocorrer qualquer recuperação nessa via até o momento é ínfima.

Recentemente, a Justiça Federal concedeu liminar bloqueando os bens, no valor de R\$ 8,63 milhões, do ex-Deputado Federal Josué Bengston, montante equivalente ao valor destinado pelo parlamentar ao esquema dos sanguessugas através de emendas orçamentárias. Além da indisponibilidade de bens, o ex-deputado teve os sigilos bancário e fiscal quebrados¹⁸⁴.

Além do processo por improbidade administrativa, que pode resultar em suspensão dos direitos políticos, Bengston responde ainda a denúncia criminal, acusado de formação de quadrilha, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e fraude em licitação.

3.4. Melhoria na legislação

Não se tem notícia de medidas legislativas efetivas que tenham decorrido diretamente do escândalo das ambulâncias.

3.5. Melhoria nas estruturas administrativas

Também não se tem notícia de melhorias estruturais da Administração Pública federal, estadual ou dos Municípios ocorridas em razão do episódio em tela.

¹⁸⁴ www.folha.com.br, notícia de 07/08/2007

V. Corrupção na Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia

1. Apresentação do Caso

1.1 A criação e os objetivos da Sudam

A Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia – Sudam foi criada em 1966 com o objetivo de promover o desenvolvimento de uma região com situação econômico-social nitidamente inferior em relação ao centro-sul do Brasil. Com sede em Belém, no Estado do Pará, a Sudam era, originalmente, órgão que se integrava a estrutura da Presidência da República. Posteriormente, passou a Sudam a atuar como autarquia, vinculada ao Ministério do Interior (atualmente Ministério da Integração Nacional).

Com a Sudam, propôs-se um modelo de desenvolvimento baseado em fomentos e em incentivos fiscais que possibilitassem condições favoráveis à realização de empreendimentos na região amazônica. Esperava-se, assim, que a Sudam funcionasse como uma instituição de planejamento e de administração, na busca da promoção do desenvolvimento de áreas consideradas economicamente sub-aproveitadas. Nessa perspectiva, caberia à Sudam gerir a elaboração e a execução de projetos e programas a serem implementados na região amazônica tanto por parte de particulares como por entidades da própria Administração Pública.

A partir de 1970, porém, a Sudam deixou de atuar no campo da formulação de estratégias de desenvolvimento regional, passando apenas a executá-las. Suas atividades ficaram restritas à administração do Fundo de Investimentos da Amazônia – Finam, formado a partir de recursos obtidos por tributos federais, por meio do sistema de incentivos fiscais, oferecendo apoio financeiro a empresas que tencionavam investir na região. Os projetos de investimentos, geralmente nas áreas de agropecuária ou de extração mineral, eram submetidos à verificação da Sudam, que, se os aprovasse, destinaria à empresa pretendente a metade dos recursos previstos no projeto. A parte restante deveria ser aplicada pelo investidor, que, já no projeto, deveria demonstrar a capacidade financeira para tanto. A Sudam deveria pautar sua atuação no aproveitamento dos recursos naturais da região e na ocupação das vastas e pouco povoadas terras amazônicas. Deveria a Sudam atuar ainda no sentido de buscar o desenvolvimento da

exportação, de forma a incrementar a participação da região amazônica no mercado internacional mediante comercialização de itens não industrializados ou de fácil industrialização.

1.2 Os esquemas de corrupção na Sudam

Ao longo da sua existência, a Sudam foi alvo de diversas investidas criminosas contra seus cofres. Os esquemas de corrupção foram vários, mas praticamente todos eles seguiram o mesmo modo de operação, baseado no cometimento de fraudes nos projetos empresariais fomentados pela autarquia. Naqueles projetos, a Sudam participava com parte dos recursos financeiros necessários ao empreendimento, sob a forma de incentivos fiscais vinculados ao Finam, enquanto as empresas beneficiárias desses incentivos participavam com o restante. As fraudes mais comuns nos projetos apresentados à Sudam consistiam na supervalorização, por parte dos empresários, dos empreendimentos propostos, ou na falsificação de contratos e documentos fiscais que comprovariam as despesas realizadas pelas empresas beneficiárias dos incentivos. Dessa forma, as empresas, além de se esquivarem de injetar recursos próprios no projeto, desviavam os recursos referentes à participação do Finam.

Os projetos de empreendimento fraudulentos contavam com a intermediação de escritórios particulares, que, mediante percepção de altas comissões por sua atuação, conseguiam que os recursos do Finam fossem direcionados para empresas pertencentes aos esquemas de corrupção. Esses escritórios tinham à sua disposição vários profissionais – contadores (contabilistas), advogados e economistas, entre outros– que atuavam em diversas cidades da região amazônica e em outros pontos do Brasil.

Esses profissionais se incumbiam de fases cruciais das fraudes, tais como a elaboração dos projetos a serem encaminhados à Sudam e a apresentação de documentos necessários à aprovação daqueles projetos.

Os escritórios intermediadores eram poucos e compunham verdadeiro oligopólio de elaboração e de aprovação de projetos de fomento junto à Sudam. Dessa forma, praticamente nada se conseguia daquela autarquia que não fosse pela via da intermediação daqueles escritórios. Até mesmo empresários que de fato desejavam obter financiamento da Sudam para

efetivamente implantarem seus projetos de empreendimento tinham que se submeter àqueles atravessadores, pagando-lhes propinas de valores altamente significativos.

A grande maioria das empresas que obtinham recursos da Sudam com a intermediação daqueles consultores eram, na verdade, empresas especialmente organizadas para a fraude. Geralmente, empresas de fachada que, justamente por isso, jamais poderiam ressarcir os cofres do Finam quando viessem à tona as evidências de que os recursos liberados não haviam sido utilizados nos fins a que se destinavam.

Obviamente, os consultores que intermediavam os negócios junto à Sudam não atuavam isoladamente ou desprotegidos. Sempre lhes davam apoio sofisticadas redes de favorecimentos e de apadrinhamentos políticos. Dessa forma, os esquemas de corrupção cuidavam do posicionamento estratégico de apadrinhados políticos, colocando-os nos principais postos da Sudam, com poder suficiente para negligenciar etapas das operações de fomento e ocultar fraudes.

Todos os esquemas de corrupção contra a Sudam cuidavam, ainda, da fictícia comprovação da execução dos projetos, mediante emissão de documentos fiscais falsos, formalização de contratos forjados de prestação de serviços, simulação de transações comerciais entre empresas pertencentes aos esquemas de corrupção, superfaturamento de bens e serviços, apresentação de bens que já pertenciam às empresas beneficiadas antes do financiamento da Sudam, entre outras estratégias. O dinheiro público recebido após a aprovação dos projetos era, em muitos dos casos, completamente desviado. Não havia sequer a intenção de demonstrar que existira alguma aplicação no empreendimento. Foram muitos os casos em que, no lugar de fábricas de grande porte, verificaram-se apenas as colunas de concreto que deveriam sustentar os galpões e, em vez de grandes criações de bovinos, apenas os pastos.

1.3 Os casos mais rumorosos de corrupção na Sudam

Os esquemas de corrupção contra os cofres da Sudam praticamente tinham, como já dito, o mesmo modo de operação. Diversos, no entanto, foram os casos de corrupção naquela autarquia, cada um com seus atores, sua quadrilha, suas peculiaridades.

Um dos maiores escândalos na Sudam ocorreu entre 1988 e 1989, durante o governo do então Presidente da República José Sarney. Relatório de sindicância levada a efeito no Ministério do Interior, ao qual se vinculava a Sudam, indicou que sérias fraudes estavam sendo cometidas contra o Finam. Com a intermediação de consultores particulares que recebiam comissões por sua atuação os recursos do Finam eram sistematicamente direcionados para empresas pertencentes ao esquema de corrupção. Apontou-se, no relatório de sindicância, que, durante os quatro anos da gestão do superintendente Henry Checralla Kayath, os intermediários, para praticarem tráfico de influência e, dessa forma, obterem a complacência dos dirigentes da Sudam, recebiam comissões que chegavam a 40% do valor dos financiamentos concedidos pela autarquia. Até mesmo pequenos empresários que desejavam obter financiamento da Sudam tinham de se submeter aos atravessadores, pagando-lhes propinas de alto valor. Descobriu-se, ainda, que muitas empresas que obtinham recursos da Sudam nesse esquema de corrupção eram, na verdade, empresas de fachada.

Merecem especial destaque, todavia, entre os inúmeros casos de corrupção na Sudam, os que envolveram o Sr. Jader Fontenelle Barbalho. Político de grande influência com base eleitoral no Estado do Pará, Jader Barbalho ocupou, ao longo de sua carreira, os cargos de governador daquela unidade da federação (por duas vezes), deputado estadual, ministro de estado da reforma e desenvolvimento agrário, ministro de estado da previdência e assistência social, senador e presidente do Senado Federal, entre outros. Atualmente, é deputado federal. Denunciou-se que, durante vários anos, Jader Barbalho agiu sistematicamente no sentido de satisfazer seus interesses particulares na aprovação de projetos de fomento empresarial submetidos à Sudam. Para tanto, usou de seu grande poder político para designar de pessoas de sua confiança para exercer funções públicas estratégicas no âmbito daquela autarquia. De acordo com matéria publicada na revista Isto-É Dinheiro¹⁸⁵:

“Um ex-cacique da Sudam, Henry Cheralla, pode ser o elo perdido entre o mundo político do Pará e a corrupção na Sudam. No momento, ele deseja receber dos cofres públicos a bagatela de R\$ 5 milhões, a título de indenização por ter sido afastado do cargo na década passada.

¹⁸⁵ <http://www.terra.com.br/istoedinheiro/190/poder/index.htm>, acessado em 10.9.2007.

Cheralla, que hoje é endocrinologista, somente chegou ao cargo por ter relações de compadrio com o senador Jader Barbalho e foi demitido por ter rompido com o padrinho.”

São fortes as evidências de que Jader Barbalho foi o nome que conferiu sustentabilidade ao sistema de corrupção que teve lugar na Sudam durante as décadas de 1980 e 1990, época em que a autarquia esteve sob domínio absoluto do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB –, agremiação política a que Jader Barbalho se filia. A associação do nome de Jader Barbalho às fraudes na Sudam tomou notoriedade pública quando, em maio de 2000, em meio a uma disputa política com o senador Antônio Carlos Magalhães, este enviou carta ao presidente Fernando Henrique Cardoso acusando o rival de comandar grande esquema de fraudes naquela autarquia. Após a denúncia, seguiram-se investigações promovidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, no sentido de se averiguar a real vinculação de Jader Barbalho às fraudes. Sob pressão, o Senador acabou renunciando ao mandato¹⁸⁶.

As investigações empreendidas pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal deram conta de robustos indícios de que a quase totalidade das outras pessoas supostamente envolvidas nos casos de desvio de verbas da Sudam estavam de alguma forma ligadas a Jader Barbalho. Dessa rede de influências e apadrinhamentos criada em torno de Jader Barbalho cuidou a reportagem da Revista Veja, edição de 02/05/2001, intitulada "O Sistema Planetário de Jader". Nessa reportagem, apontou-se não apenas a forte influência política de Jader Fontenelle Barbalho na designação de pessoas para ocuparem posições estratégicas na Sudam, como também o time de atores que integravam um verdadeiro esquema voltado a desviar recursos do Finam. Transcreve-se, a seguir, a composição do "planetário" que, segundo a Revista Veja, orbitava em torno de Jader Barbalho no cometimento de fraudes em projetos fomentados pela Sudam:

“a) A mulher de Jader - Maria Cristina Zahluth. É a presidente da empresa Centeno & Moreira, cujo ranário, instalado nos arredores de Belém, está sendo investigado sob suspeita

¹⁸⁶ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u25412.shtml>, acessado em 10.9.2007.

de desviar 9,6 milhões de reais da Sudam. Também foi sócia, entre 1996 e 1998, de José Osmar Borges, um dos mais notórios fraudadores da Sudam;

b) O fraudador - José Osmar Borges. Foi sócio da atual mulher de Jader entre 1996 e 1998 na Agropecuária Campo Maior. Encerrada a sociedade, as terras da Campo Maior foram incorporadas à área da fazenda Rio Branco, que pertence a Jader. É acusado de desviar, por meio de suas seis empresas em Mato Grosso, mais de 100 milhões de reais da Sudam. Já esteve preso pela Polícia Federal;

c) O primo - José Priante. É deputado federal. Nas escutas telefônicas feitas pela Polícia Federal, depreende-se que mantinha negócios escusos com um dos fraudadores da Sudam, Geraldo Pinto da Silva, dono de um escritório ligado às fraudes na autarquia;

d) O cunhado - Camilo Afonso Centeno. Foi um dos sócios de José Osmar Borges, um dos maiores fraudadores da Sudam. Hoje, é diretor da emissora de TV de Jader;

e) O indicado - Maurício Vasconcelos. Foi superintendente da Sudam por indicação de Jader Barbalho. Ficou no cargo menos de um ano, assumindo, em seguida, também por sugestão de Jader, a secretaria executiva do Ministério da Integração Nacional. foi afastado sob suspeitas de envolvimento em corrupção;

f) O amigo - José Artur Guedes Tourinho. Amigo de Jader desde a adolescência, foi indicado pelo senador para ser o superintendente da Sudam, cargo que ocupou de 1996 a 1999. Era o chefe da autarquia na época em que se descobriram os desvios da Centeno & Moreira - e não tomou nenhuma providência. Perdeu o cargo na Sudam quando foi revelado que José Osmar Borges, o ex-sócio de Jader, fizera depósitos em sua conta bancária. Seus bens estão bloqueados por ordem da Justiça;

g) A contadora - Maria Auxiliadora Barra Martins. Acusada de manter um dos escritórios mais ativos em projetos destinados a fraudar a Sudam, era responsável pela contabilidade da Centeno & Moreira, empresa sob suspeita de ter desviado 9,6 milhões de reais da autarquia. Já esteve presa pela Polícia Federal".

De acordo com processo administrativo disciplinar instaurado pelo Ministério da Integração Nacional à época do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso,

José Artur Guedes Tourinho teria utilizado sua condição de superintendente da Sudam para beneficiar projeto de financiamento apresentado à autarquia por uma empresa de sua propriedade, denominada Comissão de Turismo Integrado da Amazônia – CTI-Amazônia. Entre 1996 e 1999, houve, no caso, entre outras anormalidades, solicitação de prioridade em todas as fases do processo de aprovação do projeto, tratamento benevolente diante de irregularidades na prestação de contas, decisões contrárias a pareceres técnicos e desaparecimento de documentos. A comissão responsável pelo referido processo administrativo verificou ter Guedes Tourinho sido beneficiário de depósitos bancários feitos por José Osmar Borges, sobre quem pairam suspeitas de ser o maior fraudador individual da Sudam. Tourinho teria, segundo relatório da comissão, favorecido projetos de Osmar Borges e garantido outras liberações ilegais de recursos da Sudam. Com as notícias do escândalo vindo à tona, José Arthur Guedes Tourinho foi destituído do cargo de superintendente da Sudam e teve os bens bloqueados pela Justiça. Nesse sentido, vale transcrever matéria publica pelo Jornal a Folha de São Paulo¹⁸⁷:

“O ex-superintendente da Sudam José Artur Guedes Tourinho disse que se baseou em pareceres jurídicos para assinar os convênios da empresa CTI-Amazônia com o órgão. Tourinho teve seus bens bloqueados pela Justiça Federal do Pará por ter liberado R\$ 320 mil da Sudam (Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia) para sua própria empresa. Documento divulgado ontem pela Folha mostra que ele assinou o convênio como superintendente da Sudam e como presidente do conselho diretor da CTI-Amazônia (Comissão de Turismo Integrado da Amazônia), em 28 de julho de 1998. Tourinho não quis dizer quem são os autores dos pareceres. Afirmou apenas que irá mostrá-los à Justiça Federal em 2 de maio, quando deve prestar depoimento sobre o processo de improbidade administrativa que corre paralelamente ao processo de indisponibilidade de bens. O ex-superintendente disse que só soube do bloqueio de seus bens pela imprensa e que, apenas ontem, seus advogados foram se credenciar para saber detalhes do caso. ‘Lógico que vamos pedir a revogação dessa decisão.’ Ele disse ainda que a CTI-Amazônia não era uma empresa, mas um órgão de incentivo ao turismo na região do qual faziam parte representantes dos governos estaduais dos nove Estados da Amazônia Legal. Por isso, também, a CTI-Amazônia teria o mesmo endereço da Sudam. Segundo o procurador da República Felício Pontes Júnior,

¹⁸⁷ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u18646.shtml>, acessado em 9.9.2007

o modelo de órgão ao qual Tourinho se refere foi extinto pela Constituição de 1988, e, portanto, a CTI só pode ser uma empresa. Tourinho disse ainda que foi convidado a ser presidente da CTI. ‘Como presidente, sanei as contas da CTI e fiz ela cumprir o seu dever de incentivar o turismo e a cultura na região.’ Os R\$ 320 mil teriam financiado dois filmes, duas apresentações da Orquestra Sinfônica do Amazonas e o Festival Internacional de Cinema da Amazônia. A Procuradoria da República detectou que há irregularidades em todas as prestações de contas. Tourinho disse que as prestações estavam sendo feitas corretamente até ele sair da CTI, em 1999, quando foi também exonerado da Sudam. ‘Deve-se perguntar aos que me sucederam sobre as prestações de contas’. Segundo a assessoria de imprensa da Sudam, a CTI não funcionou mais desde a saída de Tourinho. O ex-superintendente afirmou ser amigo do presidente do Senado, Jader Barbalho (PMDB-PA), mas disse que isso nunca influenciou os convênios da Sudam, nem foi o motivo de sua nomeação. ‘Vim por causa da minha experiência no Banco da Amazônia.’”

O envolvimento de Jader Barbalho nas fraudes contra a Sudam restou patente, também, no caso do ranário Touro Gigante, que teria causado prejuízo de cerca de R\$ 9,6 milhões ao Finam¹⁸⁸. O ranário constituiu empreendimento fraudulento apresentado por empresa presidida pela própria mulher de Jader Barbalho, sócia de José Osmar Borges. O caso levou a Justiça a autorizar o levantamento das ligações telefônicas havidas entre o político e o referido empresário. Como resultado do monitoramento, descobriu-se ter ocorrido, durante vários anos, intensa comunicação telefônica entre os dois.

As relações de Jader Barbalho com o deputado José Priante, seu primo, também dão margem a suspeitas¹⁸⁹. O fazendeiro Dany Gutzeit, em depoimento à Polícia Federal, apontou José Priante como executor das cobranças de comissões ou propinas em favor de Jader Barbalho. Disse ele que os dois, Barbalho e Priante, intercediam na Sudam para a liberação de recursos mediante apresentação de projetos fraudulentos, sendo que, para tanto, recebiam comissão sobre os recursos liberados. Em 2001, a Polícia Federal reuniu farta documentação –

¹⁸⁸ **Sudam deu R\$ 9,6 mi para mulher de Jader criar rãs**, Jornal Folha de São Paulo, 21/04/2001.

¹⁸⁹ **Provas levantadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público deixam Jader Barbalho em situação insustentável**, Revista IstoÉ – 19.9.2001.

cheques e depoimentos, entre outros – para sustentar acusações contra o Jader Barbalho e José Priante. Os documentos conseguidos pela Polícia Federal seriam apresentados ao Supremo Tribunal Federal para fundamentar pedido de abertura de investigações contra Jader Barbalho. As acusações referiam-se ao condicionamento da liberação de recursos da Sudam ao pagamento de doações eleitorais ao PMDB em Altamira/PA, grande reduto eleitoral de Jader Barbalho, e à cobrança de propina, por meio de interpostas pessoas ("laranjas"), de 7% a 10% sobre o valor dos projetos aprovados. Esses fatos foram relatados pela Revista Isto É¹⁹⁰:

“Além do esquema de Jader na Sudam, a petição do procurador Mário Lúcio acusa o ex-ministro e senador Fernando Bezerra (PTB-RN) de envolvimento nas fraudes. ‘É relevante anotar que existe, ainda, outra organização criminosa, de criação recente, vinculada ao ex-ministro da Integração Nacional Fernando Bezerra, que tinha como executores diretos o ex-secretário-executivo do Ministério Benivaldo Alves de Azevedo e o contador Geraldo Pinto da Silva’, escreve o procurador. Geraldo Pinto é acusado pela PF de participar também do grupo de Jader. No relatório que enviou ao STF, o delegado Hélbio Leite aponta Geraldo e a contadora Maria Auxiliadora Barra Martins como peças-chave no esquema de Jader e Priante na Sudam. A documentação traz revelações estarrecedoras. Tão eloquentes quanto os mais de 20 depoimentos de sudanzeiros – proprietários de projetos financiados pela Sudam – colhidos pela PF são os resultados da quebra do sigilo telefônico de lobistas e empresários que comprovam suas ligações com Jader e Priante. Também compromete a dupla de parlamentares a papelada apreendida no escritório de Maria Auxiliadora Barra e do ex-superintendente da Sudam José Arthur Guedes Tourinho, apadrinhado de Jader. Entre os documentos apreendidos na casa de Auxiliadora, está um bilhete em que a contadora registra um lembrete pra lá de comprometedor: ‘p/Priante: fazer declaração de que não conheço, não usei seu nome, não tenho ligação.’ Em outra anotação, ela presta contas ao ‘Doutor’, que, segundo a PF, trata-se de Jader. Na residência de Romildo Soares, sudanzeiro e político do PMDB de Altamira, no Pará, foi recolhida uma nota em que ele nega qualquer ligação com Jader e que, estranhamente, foi remetida à imprensa a partir do fax do gabinete da presidência do Senado. Já na casa de Tourinho, a PF encontrou dois memorandos internos, um destinado a Sen. J.B. e outro para J.B., com informações sobre a tramitação de 26 projetos na Sudam.”

¹⁹⁰ idem. Fonte: http://www.terrannetworks.com.br/istoe/1668/politica/1668_destino_selado.htm

Maria Auxiliadora Barra Martins, pessoa de confiança de Jader Barbalho e responsável pela contabilidade do aludido ranário Touro Gigante, foi também um dos acusados pela Polícia Federal de participar do sistema de corrupção na Sudam. Proprietária do escritório de consultoria A.M.E. e ex-diretora financeira da autarquia, Maria Auxiliadora teria intermediado quase duas centenas de projetos de fomento junto à Sudam. Em sua grande maioria, os projetos eram fraudulentos, não tendo existido a mínima intenção de se implantá-los, apesar de se lhes terem sido repassados vultosos recursos financeiros. A Polícia Federal levantou, ainda, indícios de que Maria Auxiliadora Barra Martins teria comprado dois aviões para facilitar seus deslocamentos entre os municípios para os quais prestava consultoria para a aprovação de projetos na autarquia. Levantamentos feitos a partir de dados a que a Polícia Federal teve acesso indicam que Maria Auxiliadora teria movimentando um total de R\$ 160,4 milhões. Em propinas, suspeita-se que tenha recebido R\$ 6 milhões.

As acusações que pesaram sobre Jader Barbalho e pessoas vinculadas a ele estendem-se, ainda, à utilização da Sudam para fins eleitoreiros. As suspeitas são de que o PMDB, comandado por Jader Barbalho, tenha beneficiado 19 prefeitos candidatos à reeleição no ano 2000 por meio da assinatura de convênios com 27 prefeituras do interior do Pará e de Roraima. Por meio de emenda ao Orçamento Geral da União de 2000, foram destinados cerca de R\$ 17 milhões àqueles prefeitos. A emenda continha a denominação “Gestão de projetos de desenvolvimento sustentável/local integrado na Amazônia Legal - Apoio ao desenvolvimento *municipal do Estado do Pará*”. Cerca de R\$ 6,2 milhões foram liberados pela Sudam entre julho e setembro daquele ano, o que constituiu violação à lei eleitoral. Na época, a procuradoria da Sudam em Belém recomendou o cancelamento dos projetos, mas a autarquia garantiu a liberação dos recursos a despeito do parecer jurídico contrário.

Exemplos de desvios e fraudes com recursos da Sudam não envolvem, todavia, sempre o nome do ex-Senador, atualmente Deputado Federal Jader Barbalho. Pode-se mencionar, nessa seara, a fraude de R\$ 44 milhões para o projeto de investimento apresentado pela empresa Usimar Componentes Automotivos. O empreendimento, no valor total de R\$ 1,3 bilhão, deveria ter sido realizado em São Luís, capital do Estado do Maranhão. No entanto, não saiu do papel, embora tenha ocorrido a disponibilização de grande parte do valor previsto no projeto.

Apesar de a Sudam ter liberado R\$ 44 milhões para o projeto Usimar, a empresa nada aplicou no projeto. No entanto, a Sudam registrou em seus controles ter ocorrido a contrapartida de R\$ 102 milhões por parte da Usimar. Essa contrapartida teria sido realizada mediante aquisição de equipamentos. Apesar de os equipamentos não terem sido encontrados pelos fiscais da Sudam, aceitou-se a justificativa, apresentada pela Usimar, de que teria ocorrido atraso na entrega das máquinas. Em depoimento à Polícia Federal, o empresário que supostamente arcaria com a metade dos custos de implantação da Usimar acabou admitindo que nunca pretendeu investir no projeto Usimar.

Suspeitas sobre a fraude foram apontadas inicialmente pela Revista Veja¹⁹¹:

“De imponente mesmo o projeto Usimar tem o preço. Como mostra a placa ainda fincada diante do terreno onde ela se ergueria, a fábrica de São Luís do Maranhão custaria, numa primeira fase, 1,38 bilhão de reais. O investimento total seria de 1,7 bilhão. É dinheiro demais para uma empresa que se propunha a fabricar peças de automóveis, especialmente aquelas mais brutas, pesadas, como os blocos de motor, cabeçotes e cubos de roda. Isso sem que se encontre uma única indústria de automóveis nas redondezas. A mais próxima fica em Camaçari, na Bahia, a 1 600 quilômetros de distância. (...)”

O que primeiro chamou a atenção dos procuradores que hoje investigam a escandalosa empreitada maranhense foi justamente o fato de esse megaprojeto, totalmente atípico pelo volume de dinheiro público envolvido, ter tido uma tramitação rotineira, descuidada até, na Sudam e no governo de Roseana Sarney no Maranhão, órgãos responsáveis por sua viabilização financeira. A Sudam precisou de apenas quatro dias para aprovar um investimento de metade do custo inicial da Usimar, de 690 milhões de reais, equivalente ao orçamento de um ano da entidade. (...) Três anos depois, a Usimar exhibe aquela face típica das empreitadas da Sudam: é investigada por fraude e desvio de dinheiro, enquanto a obra é apenas um terreno baldio com alguns barracões e pilotis que começam a ser comidos pelo mato.

(...) Demorou dois anos e custou 44 milhões de reais para que se descobrisse que a Usimar era apenas uma empresa fantasma que ainda vai assombrar muita gente.”

¹⁹¹ **A fraude está até na placa**, Revista Veja On Line – 13.3.2002 – http://veja.abril.com.br/130302/p_052.html, acessado em 9.9.2007.

2. Fatores que propiciaram a ocorrência de esquemas de corrupção na Sudam

2.1. Falhas e deficiências na estrutura da Sudam e na legislação que regia a atuação da autarquia

As diversas fraudes cometidas contra a Sudam evidenciaram quão débil era a estrutura daquela autarquia para o gerenciamento e o controle dos projetos de fomento que lhe eram apresentados. As deficiências da Sudam se revelaram em todo o processo de análise, aprovação, fiscalização e acompanhamento de resultados dos projetos. O ambiente de deficiência e de fragilidade estrutural da Sudam fez-se propício à ação premeditada de grupos criminosos integrados por políticos, empresários, despachantes e agentes públicos.

A predisposição para favorecimentos já contaminava os projetos de fomento desde o início do processo. Difícil imaginar que algo funcionaria a contento no âmbito da Sudam se a própria cúpula da autarquia funcionava como parte integrante de uma máfia montada justamente para avançar sobre os cofres da entidade. Num ambiente assim montado, era de se esperar que a Sudam não contasse, e de fato não contava, com legislação adequada, que se prestasse ao estabelecimento de critérios e requisitos objetivos para a seleção dos projetos de fomento. Isso trouxe como conseqüência atuação inadequada da Sudam no exame e triagem de projetos de fomento, tendo-se evidenciado, naquelas fases, entre tantas outras anomalias:

- a) a ocorrência de inadequadas aferições da capacidade econômico-financeira das empresas proponentes;
- b) a deficiência ou até mesmo a inexistência de estudos de viabilidade técnica, econômica e financeira dos projetos de empreendimento;
- c) a falta de mecanismos para apurar a ocorrência de sobrepreços nos projetos empresariais;

d) a aprovação de projetos apresentados por empresas inadimplentes com a Seguridade Social e com a Fazenda Pública;

e) a aprovação de uma grande quantidade de projetos de uns poucos grupos empresariais; e

f) a alta frequência de aprovação de projetos provenientes de grupos empresariais sediados nos Estados do Pará e do Mato Grosso, em detrimento de projetos oriundos de outros Estados, como Roraima, Acre e Amapá.

2.2. Falhas e deficiências de controle

Se as fases de exame e aprovação dos projetos de fomento empresarial revelaram-se caóticas, situação diferente não se viu nas fases seguintes. Em regra, ocorria na Sudam frontal desrespeito aos cronogramas de liberação dos recursos financeiros. Na realização dos repasses, as prioridades eram determinadas não em função de critérios imparciais e objetivos, mas de acordo com os interesses dos grupos criminosos que manipulavam a autarquia. Não bastasse esse tipo de favorecimento, as liberações financeiras em favor das empresas que compunham os esquemas de corrupção na Sudam eram levadas a efeito ainda que não houvessem sido realizadas as etapas previstas nos cronogramas de desembolso dos empreendimentos.

A falta de controle da execução dos projetos de financiamento era, pois, evidente. Não dispunha a Sudam de estrutura de auditoria interna que pudesse acompanhar o desenvolvimento dos projetos aprovados. Sem dúvida, essa enorme brecha facilitou a atuação das máfias. As poucas fiscalizações in loco promovidas pela autarquia se direcionavam, em sua maioria, a empresas que não faziam parte dos esquemas de corrupção.

Ressalte-se que, uma vez que se constatava a inadimplência de determinada empresa, pouco ou nada se fazia no âmbito da Sudam com vistas à recuperação dos recursos desviados ou à apuração das responsabilidades administrativas, civis e criminais.

3. Medidas Adotadas pelo Poder Público ante os esquemas de corrupção na Sudam

Não obstante diversos órgãos de controle –Secretaria Federal de Controle, Ministério Público Federal e Tribunal de Contas da União– terem atuado de forma a apurar as fraudes ocorridas na Sudam, as medidas adotadas não resultaram, pelo menos até o momento, na efetiva punição dos responsáveis pelas fraudes nem na recuperação dos recursos públicos desviados.

Cite-se, por exemplo, o caso de José Artur Guedes Tourinho, que, conforme acima mencionado, de 1996 a 1999 ocupou o cargo de superintendente da Sudam por indicação de Jader Fontenelle Barbalho. Órgãos de controle já haviam expedido diversas recomendações no sentido de que aquele superintendente fosse afastado de suas funções. As recomendações, no entanto, não surtiram efeito, já que foram fortes as reações para preservar o grupo político que comandava a Sudam. Contudo, Guedes Tourinho acabou afastado por meio de decisão judicial ante evidências levantadas pela Secretaria Federal de Controle de que o então superintendente da Sudam havia-se envolvido em ações que resultaram em desfalque de R\$ 250 milhões nos cofres da autarquia.

Quanto ao projeto Usimar, a que acima também se referiu, nos anos de 2001 e 2002 o Ministério Público Federal denunciou mais de 40 pessoas sob a acusação de fraude causadora de prejuízo de cerca de R\$ 1,2 bilhão à Sudam. Entre os denunciados, figuraram o ex-senador Jader Barbalho, a ex-governadora do Estado do Maranhão Roseana Sarney (atualmente Senadora da República) e seu marido, Jorge Murad. Constaram da lista de denunciados, ainda, vários políticos, empresários e funcionários públicos. Em relação à então Governadora Roseana Sarney, foi proposta ação penal a qual foi rejeitada por falta de provas da sua participação, conforme informado pelo Jornal Estado de São Paulo¹⁹²:

¹⁹² Indícios inconsistentes: Justiça Federal rejeita denúncia contra Roseana Sarney. Revista Consultor Jurídico, 9 de agosto de 2002 – fonte: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/11173,1>, acessado em 9.9.2007.

“O juiz da 2ª Vara Federal de Tocantins, Alderico Rocha Santos, rejeitou pedido de abertura de ação penal contra a ex-governadora do Maranhão, Roseana Sarney, nesta sexta-feira (8/8). O pedido foi feito pelo Ministério Público no dia 19 de julho. Roseana, o marido, Jorge Murad, e o ex-senador Jader Barbalho (PMDB-PA) foram denunciados por formação de quadrilha, estelionato e peculato. A governadora é representada pelo advogado Antônio Carlos de Almeida Castro. O juiz afirmou que não há indícios consistentes contra a governadora. No entanto, ele aceitou a denúncia contra Murad e dezenas de outras pessoas. A representação foi apresentada por procuradores de quatro Estados: Maranhão, Pará, Paraná e Tocantins. O MP denunciou 26 supostos envolvidos no desvio dos R\$ 44 milhões liberados pela extinta Sudam para o projeto Usimar. De acordo com o MP, Roseana, Murad e os subgerentes do Maranhão Alexandre Falcão (Indústria e Comércio) e Arnaldo Silveira (Planejamento) ‘atuaram decisivamente para a aprovação do projeto, com unidade de desígnios e com a divisão de tarefas típicas das organizações criminosas’.”

Em dezembro de 2000, a representação judicial da Sudam deixou de ser feita pela procuradoria da autarquia, passando às mãos da Advocacia-Geral da União – AGU. A medida se justificou por se considerar a inoperância e a ineficiência da procuradoria da Sudam ante sua obrigação de zelar pelos cofres da entidade e de buscar a punição dos responsáveis pelos consecutivos desvios constatados. Ao assumir as funções da procuradoria da Sudam, a AGU procedeu ao reexame de centenas de projetos apresentados à autarquia.

Em suma, a Sudam, diferentemente do que se propunha, nunca se prestou a elevar os indicadores sociais e econômicos da região amazônica. Ao contrário, esteve sempre a Sudam, ao longo de sua existência, a serviço de grupos políticos que incrementaram suas fortunas e seu poder político às custas dos recursos públicos oriundos do Finam, fundo mantido com tributos federais. Tudo isso em detrimento do povo desvalido da Amazônia – ribeirinhos, pescadores, índios, seringueiros, colonos da reforma agrária, entre outros –, que nunca se beneficiaram com a atuação daquela autarquia. Em 2001, a Sudam e o Finam foram extintos, ao mesmo tempo em que se criaram a Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA – e o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia – FDA.

Como se costuma afirmar no Brasil, mudam-se os nomes das instituições; as irregularidades continuam as mesmas.

VI. Corrupção e impeachment: o caso Collor

1 . Apresentação do caso

1.1. Área em que se verificou a fraude

As eleições para Presidente do Brasil, realizadas em 1989, foram vencidas por Fernando Affonso Collor de Mello, candidato do Partido da Renovação Nacional - PRN (hoje extinto). O candidato vencido, no segundo turno, foi o atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Aos 41 anos, com rápida experiência como prefeito de Maceió, governador do Estado de Alagoas e Deputado Federal, Fernando Collor ascendeu ao maior posto da República brasileira de forma meteórica.

A receita utilizada foi, basicamente, o discurso de caçador de marajás (termo utilizado no Brasil para indicar funcionário público que recebe elevada remuneração), e a postura de "super-homem", capaz de: correr 8 km (com sorriso no rosto); pilotar jet-ski, ultraleve, moto Kawasaki Ninja ou uma Ferrari; lutar Karatê; mergulhar no mar em um criadouro de mexilhões e ostras; passear de avião de guerra e tanque militares; jogar volei e futebol, entre outras peripécias¹⁹³.

Como lembrado por Roberto Pompeu de Toledo, conscientemente ou não, Collor seguia a máxima ensinada por Maquiável: "Um príncipe não precisa possuir todas as qualidades, o que precisa é parecer possuí-las."¹⁹⁴

No exercício do mandato presidencial, entretanto, não chegou a completar dois anos, pois, em 29/12/1992, Fernando Collor renunciou, pressionado pela aprovação, no Senado

¹⁹³ "O super-Fernandinho" - "no poder, Collor posou de Rambo, Indiana Jones, atleta, intelectual e homem sensível. Só não foi o presidente que o país precisava" (Revista Veja, 30/09/92, edição histórica extra, 1255, pp. 42/45)

¹⁹⁴ "Nas asas da ética" - "A bandeira da moralidade que acabou por derrubar um presidente reacende o antigo debate dos limites entre moral e política" (Revista Veja, 07/10/92, edição 1256)

Federal, do pedido de impeachment fundamentado em delitos como corrupção passiva, prevaricação, advocacia administrativa, formação de quadrilha e estelionato.

O Caso Collor ficou conhecido também como "Esquema PC Farias", em referência ao tesoureiro da campanha, Paulo César Farias, identificado como o principal mentor do esquema de venda de favores a empresários, entre outras negociatas. Ele arrecadou milhões dólares para financiar a campanha, em troca de promessas de benesses junto ao governo¹⁹⁵.

Os valores arrecadados foram bastante superiores às despesas efetuadas, dando surgimento às chamadas “sobras de campanha”, cuja destinação não se pode precisar. O que se sabe é que PC Farias de empresário medíocre em Alagoas passou a ser milionário, com negócios internacionais¹⁹⁶.

1.2. Como o escândalo se tornou conhecido

O responsável pela revelação do escândalo foi Pedro Collor –irmão do Presidente Fernando Collor– que interpretou como ameaça ao jornal da família, sob sua direção, a fundação em Maceió, por PC Farias, do Jornal Tribuna de Alagoas¹⁹⁷. Segundo consta, Pedro Collor também ficou ressentido com o irmão, que dava sinais de apoio a PC Farias.

Especula-se ainda que a motivação para a revelação do escândalo tenha sido ciúmes de Pedro Collor, cuja mulher teria sido assediada pelo Presidente Fernando Collor¹⁹⁸.

Estão presentes, desse modo, ingredientes para a ocorrência de escândalo que o mais criativo escritor de novelas brasileiras (ou mexicanas – acredito que as novelas brasileiras são muito melhores que as congêneres mexicanas) não seria capaz de imaginar.

¹⁹⁵ **"O sindicato do poder"** - "As denúncias contra PC Farias encostam em Collor, e o Planalto manobra para garantir sua própria sobrevivência - custe o que custar" (Veja de 8/07/92, edição 1.242)

¹⁹⁶ **"O imposto de renda de PC Farias de 1987 a 1991"** - "O choque entre a riqueza aparente e os ganhos declarados" (Veja de 20/05/92, edição 1.235)

¹⁹⁷ **"Raio X na renda"** - "As exóticas declarações de PC Farias ao Fisco vêm a público e Pedro Collor intensifica seus ataques ao irmão presidente" (Veja de 20/05/92, edição 1.235)

¹⁹⁸ **"O irmão que joga no ataque"** - "Por que Pedro briga com Fernando?" (Veja de 20/05/92, edição 1.235)

2. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude

2.1 falhas na legislação

A legislação eleitoral brasileira, não obstante extensa, não evitou as fraudes que ocorreram na campanha presidencial de 1989, especialmente no que diz respeito ao financiamento da campanha presidencial. Foram arrecadadas quantias elevadíssimas junto a empresários para o financiamento da campanha mediante a promessa de favorecimentos em contratações públicas do futuro governo. O montante arrecadado foi direcionado para o nefasto "caixa dois"¹⁹⁹.

Nenhuma dessas "contribuições" foi declarada, inclusive por falta de exigência legal nesse sentido, à época.

Esse procedimento foi utilizado acintosamente pelo tesoureiro da campanha, que contando com o prestígio que detinha perante o futuro Presidente, praticava toda sorte de negociatas e de tráfico de influência.

Desde o caso Collor, têm sido feitas tentativas de aprimoramento legislativo dessa matéria. As eleições presidenciais 1994 foram regidas pela Lei nº 8.713/93, que trouxe dispositivos com o intuito de controlar o abuso do poder econômico nas campanhas, entre outros vícios. Exigiu-se, por exemplo, a constituição de comitês financeiros; previu-se a responsabilidade objetiva do candidato pela prestação de contas de sua campanha; estabeleceu-se, ademais: limites de doações e de uso de recursos próprios do candidato, uso de bônus eleitorais, cassação do registro de candidato que infringisse as normas sobre a administração financeira de sua campanha e destinação obrigatória das sobras de campanha aos partidos.

Essa legislação possibilitou que qualquer eleitor realizasse gastos não contabilizáveis até determinado limite em favor de seu candidato preferencial. Apesar das críticas, a Lei nº 9.504/97, conhecida como "Lei das Eleições", repetiu-o. Essa norma foi editada para regular de maneira geral todas as eleições, evitando a edição de uma norma específica para cada eleição. A crítica que se fazia era a de ser inócua a exigência de recibos de doações e registros de gastos, ao mesmo tempo em que se permitia doações sem recibos e

¹⁹⁹ "Arquivos do assalto" - "A memória do computador do esquema Collor-PC registra como o governo paralelo cobrava comissões, liberava verbas e roubava os cofres públicos" (Revista Veja 04/11/92, pp.20/27)

gastos sem registro. Apesar dos avanços trazidos pela Lei nº 9.504/97, ela não foi capaz de evitar o escândalo do "mensalão", a ser examinado adiante, e que muito se assemelhou ao esquema "PC Farias".

Em 2006, foi editada a Lei nº 10.300, a que se passou a designar de mini-reforma eleitoral. Teve como objetivo a contenção dos gastos nas campanhas eleitorais, bem como o controle dos objetos publicitários utilizados na divulgação dos candidatos. Essa norma é criticada por não ser capaz de suprimir as vantagens dos candidatos que concorrem à reeleição e também por ter sido editada de forma açodada, em decorrência de pressão da opinião pública.

Dentre as inovações dessa Lei pode-se mencionar, por exemplo:

- estabeleceu a responsabilidade solidária do tesoureiro de campanha;
- as doações em pecúnia somente poderão ser efetuadas na conta do partido ou do candidato, de forma específica para a campanha eleitoral;
- as doações de pessoas jurídicas apenas podem ser feitas por meio de cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos;
- apenas para as pessoas físicas remanesce a possibilidade de doação em dinheiro, porém o depósito em espécie deve ser devidamente identificado até o limite de dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição;
- algumas pessoas jurídicas estão impossibilitadas de doar a partidos e candidatos;
- as doações por candidatos estão impedidas, a saber: "quaisquer doações em dinheiro, bem como de troféus, prêmios, ajudas de qualquer espécie feitas por candidato, entre o registro e a eleição, a pessoas físicas ou jurídicas";
- estabeleceu a obrigatoriedade de prestação de contas na internet;
- mudou-se a relação de gastos eleitorais sujeitos a registro;

- possibilitou-se à Justiça Eleitoral cassação do registro do candidato ou do diploma do candidato já empossado, caso comprovada a captação ou gastos ilícitos de recursos relacionados a fins eleitorais.

2.2 Falhas estruturais

Conforme adiantado acima, a legislação existente, naquele momento, não previa a obrigatoriedade da declaração das contribuições para a campanha eleitoral. Isso permitiu que PC Farias negociasse com os interessados em obter vantagens junto ao futuro governo.

Infelizmente, essa prática é comum no Brasil e remonta de longa data.

Inclusive, alguns empresários contribuía, indiscriminadamente, para a campanha de mais de um candidato, para se assegurarem de que, qualquer que fosse o resultado das eleições, seus interesses estariam garantidos.

Com a edição da Lei nº 9.504/97, alguns dispositivos legais foram previstos na tentativa de coibir essa práxis.

Contudo, essa Lei não foi capaz de impedir que, na eleição presidencial de 2004, os fatos ora comentados se repetissem. Como é notório, a reeleição do Presidente Lula contou com recursos oriundos de esquema semelhante ao de PC Farias. Por mais absurdo que possa parecer, o próprio Presidente admitiu que o "caixa dois" sempre existiu, em todas as eleições. E, neste caso, quase nada aconteceu²⁰⁰.

Assim, não se pode atribuir a ocorrência dos fatos relacionados à eleição de 1989 exclusivamente à ausência de normas sobre contribuições a campanhas. O componente ético e moral tanto da elite política quanto da empresarial - e mesmo do próprio povo brasileiro - também favorece a disseminação de procedimentos escusos para influenciar o resultado de eleições.

²⁰⁰ **“Lula nega "mensalão", mas admite caixa 2 no PT”**, (Folha On Line – 8.5.2005 - <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u73772.shtml>, acessado em 11.9.2007).

2.3 Carência de pessoal qualificado

O prestígio da Justiça eleitoral brasileira vem crescendo diante da população, principalmente em virtude da maciça informatização dos pleitos, que tem contribuído para a rapidez nas votações e apurações.

As fraudes ocorridas no Caso Collor não podem ser atribuídas a carência de pessoal qualificado, na medida em que derivam de um desvio de conduta de difícil coibição.

3. Medida adotadas pelo poder público após a divulgação do escândalo

3.1 Ações propostas

Em 26/05/1992, foi instalada Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI para apurar as denúncias feitas por Pedro Collor contra o então Presidente e o tesoureiro de campanha, Paulo César Farias²⁰¹. O Relatório da CPI, finalizado em agosto de 1992, concluiu pela incriminação de Fernando Collor²⁰².

Em setembro de 1992, o jornalista Barbosa Lima Sobrinho protocolou na Câmara dos Deputados pedido de impeachment, redigido por renomados juristas brasileiros, quais sejam: José Eduardo Faria, José Carlos Dias, Dalmo Dallari, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Miguel Reali Júnior, Márcio Thomaz Bastos, Evandro Lins e Silva, Antonio Carlos de Almeida Castro, Luis Francisco de Carvalho Filho, Fernanco Lutemberg, Sergio Bermudez, Eduardo Seabra Fagundes e Benedito Patti²⁰³.

²⁰¹ **"O Brasil renuncia a Collor - a voz do povo chega ao Congresso"** - "A voz da CPI: no epílogo dos trabalhos, surge uma grande fraude. Collor e PC fugiram do confisco dos cruzdos novos com 260.000 dólares (Revista Veja, 26/08/92, edição 1249)

²⁰² **"CAIU!"** - "Página virada: Collor perde por 441 votos e anuncia, através de Célio Borja, que não renuncia e que irá colaborar na transição para Itamar Franco" (Revista Veja, 30/09/92, edição histórica extra, 1255)

²⁰³ **"A guerra do impeachment"**; "O caminho da pedras" - há muitas dúvidas jurídicas sobre as regras a serem seguidas no processo de impeachment, mas o consenso pode levar a atalhos rápidos e seguros (Revista Veja, 02/09/92, edição 1250)

A despeito de Collor ter renunciado em 27/12/1992, o Senado Federal aprovou o pedido de impeachment, o que resultou em seu afastamento da Presidência e na sua inabilitação para o exercício de funções públicas por um período de 8 (oito) anos.

O impeachment não é processo judicial, mas político, por meio do qual se busca retirar do cargo o agente acusado da prática de crimes contra a ordem constitucional. No caso do Presidente da República, os arts. 85 e 86 da Constituição Federal regem a matéria.

Sinteticamente, inicia-se com a instauração pela Câmara dos Deputados de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para a apuração das denúncias contra o titular do Poder Executivo. A investigação feita pela CPI deve ser lançada em um relatório conclusivo, a ser aprovado pelos parlamentares daquela Casa. As acusações contra o Presidente contidas nesse relatório, caso sejam admitidas por 2/3 (dois terços) dos deputados, o levarão a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, nos termos do art. 86 da Carta Magna.

Quanto ao afastamento do Presidente, este ocorrerá, nas infrações penais comuns, se o STF receber a denúncia ou queixa-crime. Nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. O Senado Federal é o órgão competente para julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, devendo apreciar o pedido de impeachment.

Para a aprovação do impeachment, são necessários os votos de 2/3 do total dos senadores.

Muitas ações judiciais foram propostas contra o Presidente Fernando Collor e o tesoureiro Paulo César Farias²⁰⁴. Dentre os envolvidos no "Caso Collor", apenas PC foi condenado em última instância, mas mesmo assim por crimes cujas penas são baixas.

De acordo com o Relatório da CPI, o Presidente Fernando Collor teria incorrido nos seguintes crimes tipificados no Código Penal brasileiro:

- corrupção passiva ("Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão

²⁰⁴ "A guerra do impeachment"; "Delitos presidenciais - A CPI realiza um trabalho antológico e indica o envolvimento de Collor em crimes que podem somar dezoito anos de prisão (Revista Veja, 02/09/92, edição 1250)

dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem"): o Presidente teria sido corrompido por PC Farias, para deixar de denunciar a expressiva movimentação nas contas bancárias de ²⁰⁵Rosane Collor (primeira dama) e de Ana Acioli²⁰⁶ (Secretária);

- prevaricação (Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal): por ter, na qualidade de Presidente da República, deixado de denunciar ilegalidades, mesmo que não tenha obtido vantagens pessoais;
- advocacia administrativa (Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário): o Fernando Collor teria transmitido a PC Farias informações sobre atos do governo, as quais possibilitaram negociações favoráveis ao tesoureiro. Ou seja, o presidente patrocinou interesses privados no governo;
- formação de quadrilha (Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes): segundo o relatório da CPI, ficou evidenciado o nexa entre o 'esquema PC' e o presidente, descrito como uma espécie de sociedade;²⁰⁷
- estelionato (Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento): PC Farias recebeu pagamento de Antônio Ermírio de Moraes, em razão da influência junto ao presidente. O empresário afirma que não se beneficiou desse pagamento, não tendo tentado reaver a quantia paga com receio dessa mesma influência;

²⁰⁵ "A guerra do impeachment"; "Uma fogueira de crimes - Rosane terá devolver dinheiro desviado (idem)

²⁰⁶ "As provas bancárias" - "cheques de três bancos paulistas mostram uma ligação direta entre o esquema PC e a conta milionária da assessora do presidente"; "Ana Acioli: depósitos milionários em conta corrente"

²⁰⁷ "Trama ligadíssima" - "Os 40.000 cheques da CPI documentam um consórcio monetário entre o presidente Collor e PC" (Revista Veja, 29/07/1992, pp. 20/26)

Nada obstante as acusações acima, o Presidente Fernando Collor foi absolvido de todas elas, inclusive da acusação de corrupção.

O Superior Tribunal de Justiça absolveu-o da acusação de corrupção, e o Supremo Tribunal Federal, por falta de provas, absolveu-o da acusação de formação de quadrilha²⁰⁸.

Conforme já informado, o Presidente Collor foi inabilitado para o exercício de funções públicas por um período de 8 (oito) anos. Passado esse período, foi derrotado na eleição para a Prefeitura de São Paulo e na de 2002 para o governo de Alagoas. Em 2006, foi eleito Senador da República pelo seu Estado de origem, Alagoas.

Ao tesoureiro PC Farias foram atribuídos além dos crimes de estelionato e formação de quadrilha os seguintes:

- corrupção ativa (Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício): por ter feito pagamentos a servidores públicos, com o intuito de facilitar negócios junto a Administração Pública;
- Sonegação fiscal (Lei 4.729/65, define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências): por omitir a propriedade de contas e empresas no exterior ;¹⁵
- Falsidade ideológica (Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante): pela utilização de documentos falsos e nomes fantasmas no sistema bancário;
- Evasão de divisas (Lei Nº 7.492/86, define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências): por efetuar operações de câmbio não-autorizadas em negócios internacionais²⁰⁹;

²⁰⁸ STF - Ap 307 / DF - Ação Penal, julgamento 13/12/1994 - Plenário (doc. 18)

²⁰⁹ "**Tentáculos de PC**" - "O dossiê de Pedro Collor revela que Paulo César Farias movimenta contas em paraísos fiscais e tem pelo menos sete empresas no exterior" (Revista Veja, 13/05/92, edição 1234)

- Exploração de prestígio (Art. 357 - Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha): por invocar o nome do presidente para a realização de negócios próprios.

O tesoureiro PC Farias foi condenado apenas por falsidade ideológica e evasão de divisas, crimes cujas penas são pequenas.

Em junho de 1996, foram encontrados mortos na casa do tesoureiro em Alagoas, PC Farias e sua namorada, Suzana Marcolino. Essas mortes geraram grande polêmica e até hoje não se sabe exatamente o que aconteceu. Acredita-se que os homicidas simularam cenário crime passionai seguido de suicídio, mas a hipótese mais provável é a de "queima de arquivo".

3.2 Recursos recuperados

Não se tem notícia de algum recurso financeiro tenha sido recuperado. Deve-se lembrar que as fraudes relacionadas ao "Esquema PC" são de difícil quantificação porque envolvem, "caixa-dois", tráfico de influência, privilégios em contratações públicas, entre outras vantagens de complexa mensuração.

3.3 Prisões decretadas

A única prisão decorrente do "Caso Collor" foi a de PC Farias. Esta somente ocorreu porque ele fugiu do Brasil, enquanto respondia a ações criminais. Permaneceu dois anos preso.

3.4 Melhoria na legislação

A Lei 9.504/97, conhecida como Lei das eleições, trouxe regras mais claras e moralizadoras no que pertine às contribuições para campanha. Do mesmo modo, a Lei 11.300/2006 trouxe aperfeiçoamentos à norma acima, já que dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Uma série de alterações na legislação eleitoral vêm sendo debatidas pelos três Poderes, desde 1995, compreendendo o que se tem denominado de reforma política. Todavia, ainda não se conseguiu aprovar os projetos examinados pela Comissão Especial de Reforma Política e Eleitoral.

Um dos temas constantes da proposta de reforma política refere-se ao financiamento público de campanha, que é um procedimento de captação de recursos a serem utilizados nas disputas eleitorais. Pode ser público, quando o governo financia a campanha de todos os candidatos, por meio de fundo partidário, por exemplo. Pode ser também particular, quando o financiamento provém de contribuições de filiados, simpatizantes ou empresas privadas.

O Brasil adota o sistema misto, ou seja, financiamento público e privado.

O sistema privado tem-se mostrado falho, na medida em que favorece a ocorrência de abusos do poder econômico, tráfico de influência, além de ser de difícil controle.

No caso em exame, observa-se que as irregularidades verificadas guardam forte ligação com o financiamento privado de campanha, mas com o agravante de que as contribuições não foram declaradas e na maioria das vezes vinculadas a promessas de benefícios futuros junto à administração pública.

4. Outros comentários

Passada mais de uma década desde o impeachment de Fernando Collor, é possível fazer-se uma análise mais imparcial dos fatos. Pode-se, inclusive, compará-lo com os recentes

acontecimentos que envolveram o governo do Partido dos Trabalhadores, denominados de mensalão.

Não se pode olvidar a existência de posicionamentos no sentido de que esse impeachment foi orquestrado pelas mesmas forças que levaram Collor à Presidência da República. Ou seja, a mesma elite política e empresarial que o ajudou a eleger-se presidente foi a responsável pela sua retirada do Poder.

Uma abordagem que se contrapõe ao senso comum foi apresentada pelo historiador Charles Antonio Kieling, em "O Golpe de 1992 - uma retrospectiva histórica de 1964 até 1997"²¹⁰. Nesse trabalho, o autor defende firmemente a tese de que a destituição de Collor, em verdade, decorreu de um golpe. Segundo ele:

"... A CPI limitou-se em construir a verdade. Com um objetivo particular, levou os políticos a exaustivas articulações, jamais vistas no Brasil, e a organizar questões que conduzissem as acusações e as investigações, ocultando interesses políticos que estavam sendo perturbados. Pois o Presidente estava mexendo demais; representava o fim dos altos salários, o fim dos carros públicos à disposição dos políticos, o fim dos apartamentos gratuitos ocupados por Deputados, Senadores e Ministros, o fim das altas aposentadorias dos políticos e por aí afora. (...)

A CPI foi instalada alegando querer investigar as finanças de Paulo César Farias que, em sua defesa, dizia que o dinheiro era oriundo de sobra de campanha. Esse dinheiro foi dado por empresários que apoiavam a candidatura de Fernando Collor, não era o dinheiro público que estava sendo usado de forma indiscriminada como os parlamentares e senadores estão acostumados a fazer. A propósito, era contra esses abusos do dinheiro público que Collor vinha combatendo. Falou-se que Paulo César Farias era 'testa de ferro' de Fernando Collor e que ele sabia de tudo o que PC Farias fazia e que, ainda, algumas coisas só eram feitas com autorização do Presidente. Pois bem, nisso tudo, se for verdadeiro, pode-se ver um grau avantajado de insensatez por parte do Presidente, pois com a Medida que bloqueava os saldos das contas bancárias, estipulando um limite para retirada, Collor estava matando sua 'galinha dos ovos de ouro', estava limitando as operações do suposto 'testa de ferro'. (...)

²¹⁰ KIELING, Charles Antônio. O Golpe de 1992 - uma retrospectiva histórica de 1964 até 1997

Desta forma, vemos que a CPI foi instalada para legitimar o golpe contra o presidente Collor. Seu objetivo não era investigar a veracidade ou vilania das denúncias, mas, a partir delas, consolidar a condução da opinião pública contra o presidente e, ao mesmo tempo, exaltar os políticos de direita, os mesmos que articularam o impeachment utilizando-se do apoio da esquerda e amparados pela pequena e média burguesia, passando a falsa imagem de que estavam fazendo isso em benefício do povo brasileiro e da moralização do país. Como um tribunal inquisitorial, a CPI objetivou levantar, única e exclusivamente, acusações contra o presidente. E como a população já estava massificada ideologicamente pela mídia, não soube distinguir o que era absurdo do que era real, servindo, perfeitamente, aos interesses da 'elite política', uma minoria que não quer perder suas regalias e privilégios que foram, e são, adquiridos por meio da espoliação do mesmo povo usado como massa de manobra. Era contra essa 'elite' que Collor representava um perigo, uma ameaça aos privilégios adquiridos. Quanto ao povo, este não tinha nada a perder. Collor estava promovendo uma revolução, pois tentava diminuir a distância entre a 'elite política', que domina o país com o amparo da Constituição, e o povo, os verdadeiros construtores do Brasil. Um dos erros de Collor foi ter convocado o povo a ir às ruas com as cores verde e amarela, pois o povo já estava preparado pela mídia para ficar contra o presidente. (...)

Com Collor, a situação social e econômica do Brasil sofreu alterações de impacto. Estava claro que Collor pretendia romper com essa elite e seu modelo de exploração que sacrificam a população brasileira. Acabar com a concentração de riqueza e com as regalias de funcionários públicos e empresas estatais. Collor não representava os interesses desses velhos políticos, dos militares e da pequena burguesia ascendente. Mas antes de ter Lula na Presidência, que teria o amparo de boa parcela de trabalhadores e representava a antítese ao sistema, esses militares, políticos e empresários preferiram apoiar Fernando Collor, que apesar de ter um expressivo número de votos da população, esse eleitorado não era coeso. Não existiam, nos Estados e Municípios, centrais do PRN que pudessem mobilizar a população, o cabo eleitoral de Collor em todo o país foi a mídia, mas sempre servido os interesses da burguesia. E, apesar de Collor ocupar o poder Executivo, os militares, a burguesia e os políticos, poderiam exercer, de forma mais tranqüila, pressão através do Congresso e do Senado a fim de garantirem o seu domínio sobre o Brasil. Collor não aceitou essa dependência e perdeu o cargo e os direitos políticos temporariamente. Esses segmentos mostraram que, amparados por uma população manobrada e protegidos por uma Constituição, eles exercem o arbítrio de acordo com os seus interesses. Foi a burguesia quem colocou Collor na Presidência, mas como ele não a serviu, ela mesma

providenciou em tirá-lo. Não foi o desejo da população, nem da esquerda, nem de 'cara-pintada' que provocou o impedimento do Presidente, mas sim dos 'velhos políticos' que souberam manobrar muito bem a esquerda, 'caras-pintadas' e a população em benefício próprio. A propósito, 'cara-pintada só surgiu depois que a Rede Globo transmitiu a série 'Anos Rebeldes' (...)

Por tudo isso, é preciso que o povo tome cuidado com esses políticos que promoveram a CPI, pois, na verdade, o povo brasileiro foi utilizado como massa de manobra de forma indigna, injusta e criminosa. Faz tempo que o povo não tece o fio da História de forma autônoma. Collor corrupto foi um fetiche criado pelos conservadores e manipuladores da opinião pública, desejosos de recuperar o poder Executivo. Políticos que mantêm a administração pública como propriedade pessoal, colocando seus interesses pessoais acima dos interesses da população."

Por último, cabe mencionar a afirmação feita pelo então juiz federal Pedro Paulo Castelo Branco, responsável pelo mandado de prisão de PC Farias, de que nos autos dessa prisão não havia qualquer documento que estabelecesse ligação entre Collor e PC Farias. Em seu despacho afirmou o magistrado que "analisamos peça a peça, colhemos documentos e tomamos muitos depoimentos. Em nenhum momento, encontramos qualquer coisa que envolvesse o ex-presidente com ilícitos penais". O ex-juiz também é de opinião de que as elites empresariais e políticas que negociaram com PC Farias foram as mesmas que procuraram incriminar o ex-presidente para retirá-lo do Poder.

Infelizmente, forçoso é se admitir que a corrupção está incrustada fortemente em várias esferas da sociedade brasileira, podendo ser identificada em todos os poderes da república, no meio empresarial e mesmo entre o povo. Sonegação de impostos, contrabando, descaminho, tráfico de drogas, roubos, fraudes em licitações, vendas de sentença e de apoio político nos parlamentos são exemplos das mazelas que assolam o Brasil. Nesse sentido, pode-se observar, entre os algozes de Fernando Collor, a presença de figuras ilustres que, posteriormente, também se viram envolvidas em escândalos políticos similares aos atribuídos ao "esquema PC Farias".

Em 1992, o ex-governador de São Paulo, Paulo Maluf, ex-aliado de Collor, vangloriava-se de ter puxado "bloco do impeachment"²¹¹. Em 2005, esse mesmo político ficou mais de 30 dias preso em cela da superintendência da Polícia Federal em São Paulo, em decorrência de acusações de crimes contra o sistema financeiro, lavagem de dinheiro, corrupção passiva e formação de quadrilha. Isso sem contar as inúmeras suspeitas que sempre pairaram sobre as administrações de Maluf.

O ex-Deputado Federal e ex-Ministro da Casa Civil José Dirceu foi autor, juntamente com o senador Eduardo Suplicy, do requerimento que deu origem à CPI que investigou o "esquema PC Farias". Como representante do PT na CPI, destacou-se nas investigações das denúncias sobre o "esquema PC" e das demais irregularidades que levaram o ex-presidente Collor ao impeachment .

Em 2005, José Dirceu foi obrigado a deixar a chefia da Casa Civil devido às acusações de que era o mentor intelectual e comandante de um esquema, também envolvendo sobras de campanha, que se tornou conhecido como "mensalão". Ao que parece, soube como utilizar os conhecimentos obtidos durante a CPI do "esquema PC Farias".

Renan Calheiros, Presidente do Senado Federal, é outro personagem do roteiro que compõe o caso que, depois de ter chegado a ser líder do governo Collor na Câmara, passou a confirmar a existência do esquema PC Farias, conforme demonstra a entrevista publicada nas folhas amarelas da Revista Veja. Nessa oportunidade, afirmou que advertiu Fernando Collor várias vezes acerca do tráfico de influência feito pelo ex-tesoureiro e sobre as falcatruas do governo paralelo montado por PC Farias.²¹²²¹³

²¹¹ "Na hora certa, na forma certa" - "...Maluf teria rompido com Collor só para faturar votos na eleição municipal" (Revista Veja, 02/09/1992, edição 1250, p. 21)

²¹² "Eu avisei o presidente"; "O ex-líder do governo Collor na Câmara conta as vezes em que falou com o presidente para denunciar as traficâncias de PC Farias"; "Eu disse ao presidente que sua única saída para não se meter em fria era mandar PC para fora do país" (Revista Veja, 24/06/92, edição 1.240)

²¹³ Em 2007, a ex-amante com quem Renan Calheiros teve uma filha, denunciou o fato de a pensão dessa menor ser paga por lobista de empreiteira. O presidente do Senado vem tentando justificar tal fato. Após isso, várias suspeitas tem sido levantadas sobre a origem do patrimônio de Renan Calheiros. Em entrevista à Revista Veja (edição de 9.6.2007 - <http://doisdedosdeprosa.wordpress.com/2007/06/09/veja-6-%E2%80%93-monica-veloso-a-%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D-conta-tudo/>), a ex-amante do Senador Renan Calheiros revelou que:

- o dinheiro que recebia era sempre pago pelo lobista da Mendes Júnior;
- os pagamentos eram sempre em dinheiro vivo;

Os fatos envolvendo diversos dos acusadores do ex-Presidente Collor bem demonstram a dificuldade de identificar irregularidades e corrupção nas elevadas esferas políticas sobretudo no que diz respeito à separação entre o que são fatos apresentados pelos acusadores e o que são interesses políticos escusos.

VII. Operação curupira

1. Apresentação do escândalo

A presente seção tem por finalidade descrever as origens e os resultados da Operação Curupira levada a efeito no ano de 2004 pela Polícia Federal, em parceria com o Ministério Público Federal e com o próprio IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente, autarquia federal responsável pela fiscalização ambiental no Brasil, e entidade onde a operação se processou.

A Operação Curupira teve por finalidade desmontar esquema de corrupção oriundo de fraudes havidas nas Autorizações para Transporte de Produtos Florestais – ATPFs. A operação concentrou suas ações na Gerência Executiva do IBAMA do estado do Mato Grosso, onde aquela autarquia já vinha, há 20 (vinte) meses, sendo investigada por diversas irregularidades. As fraudes eram praticadas por quadrilha formada por funcionários do IBAMA, por despachantes e por madeireiros.

A atuação da quadrilha abrangia principalmente o Estado de Mato Grosso, além de outros estados como Pará e Rondônia. Somente do IBAMA, estiveram envolvidos na prática das fraudes 52 (cinquenta e dois) funcionários daquela autarquia federal.

A CPI da Biopirataria foi instaurada pela Câmara dos Deputados, em 25/08/04, com a finalidade de averiguar, entre outros casos relacionados ao uso ilegal dos recursos florestais brasileiros, os crimes associados à extração, ao transporte e à comercialização ilegal de madeira.

-
- como regra, os pagamentos eram feitos no escritório da Mendes Júnior em Brasília. Poucas vezes aconteceram fora dali;
 - Renan Calheiros nunca falava de dinheiro e nunca lhe dissera que o dinheiro era dele;
 - sempre que tinha de tratar de dinheiro, o interlocutor era o lobista Cláudio Gontijo, nunca o senador.”

O trabalho da CPI foi de cunho investigativo, para tanto valendo-se, principalmente, de depoimentos e de testemunhos para obtenção dos resultados por ela almejados. Por essa razão, a maior parte dos dados fornecidos no presente trabalho são oriundos do depoimento e do testemunho de particulares, de empresários, de agentes públicos, enfim, de pessoas que, de uma forma ou de outra, estiveram envolvidos nas fraudes descobertas ou, no mínimo, tinham algum conhecimento relevante sobre os fatos²¹⁴.

Os procedimentos e resultados da Operação Curupira se encontram bastante detalhados no Relatório Final da CPI da Biopirataria. Além disso, verifica-se, na prática, que outras fontes, tais como jornais, revistas, páginas de sítios na internet, retiram dos resultados da CPI da Biopirataria as informações que prestam a seus leitores.

Destarte, considerando que os dados e relatos acerca do tema serão mais fiéis à realidade dos fatos se extraídos da fonte primária utilizada pelos periódicos mencionados, qual seja do Relatório Final da Comissão de Inquérito, revela-se mais adequado que se utilizem as informações contidas em tal Relatório como a base do presente trabalho, tal como se procede adiante.

2. Apresentação do caso - Área em que se verificou a fraude

A fraude se verificou na área de extração e transporte ilegais de madeira. Mais especificamente, tratou-se de amplo esquema de corrupção ativa e passiva, em que atuavam, em regra, agentes públicos e particulares, desde servidores e despachantes até autoridades de diversas esferas governamentais, além de empresas do ramo madeireiro, mediante a prática de crimes diversos envolvendo a extração e o transporte ilegais de madeira na região de Mato Grosso. Tudo isso mediante formação de quadrilha, em que a finalidade precípua era a de

²¹⁴ No caso da Operação Curupira, a CPI ouviu o Sr. Marcus Luiz Barroso Barros - Presidente do IBAMA; o Sr. Sebastião Azevedo - Procurador Geral do IBAMA; o Sr. Flávio Montiel da Rocha - Diretor de Proteção Ambiental do IBAMA; o Sr. Hugo José Scheuer Werle – Gerente Executivo do IBAMA no Estado de Mato Grosso; o Sr. Elielson Ayres de Souza - Interventor do IBAMA no Estado de Mato Grosso; o Sr. Mário Lúcio Avelar - Procurador da República no Estado de Mato Grosso; e o Sr. Nelson Rezende – Gerente do Centro Especializado de Informática do IBAMA. (Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>, página 327. Acessado em 20.08.2007)

angariar fundos, mediante desvio de recursos públicos, para o financiamento de campanhas eleitorais de candidatos a cargos públicos.

O esquema de fraude executado por dirigentes e técnicos do IBAMA revela uma situação extremamente paradoxal, uma vez que aquela autarquia federal tem por objetivo institucional precípua a proteção do meio ambiente. Segundo consta de sua própria página na internet²¹⁵, “a atividade de fiscalização do IBAMA objetiva garantir que os recursos naturais do país sejam explorados racionalmente, em consonância com as normas e regulamentos estabelecidos para a sua sustentabilidade, visando diminuir a ação predatória do homem sobre a natureza.”

Ao contrário disso, no entanto, permitiu a extração e o transporte ilegais de madeira, em atendimento a interesses particulares de autoridades e políticos com poder de influência sobre a condução do próprio IBAMA. Dados revelam um prejuízo em torno de 2 milhões de metros cúbicos de madeira explorada ilegalmente, correspondente a, aproximadamente, R\$ 900 milhões²¹⁶.

Quanto às ilegalidades praticadas, as principais foram: entrega de ATPFs a empresas que, posteriormente, não prestavam contas; concessão de crédito ilegal de reposição florestal a reflorestadoras; concessão para o desmate; laudos falsos de vistoria de inspeção industrial; recebimento de propina em conta pessoal referente à venda de ATPF para empresas; exigência de propina para liberação de caminhões no Trevo do Lagarto.

No que tange aos empresários do ramo madeireiro, as irregularidades pelos mesmos praticadas foram as seguintes: pagamento de propina para aprovação irregular de planos de manejo florestal e projetos de reflorestamento para cumprimento de reposição florestal; aquisição de ATPF de empresas fantasmas, visando regularizar volume de produtos e subprodutos florestais no sistema computadorizado de controle de tráfego de madeira, denominado Sismad; extração irregular de madeira em unidade de conservação, em terras indígenas e em áreas não autorizadas.

²¹⁵ Sítio do IBAMA no estado do Paraná. Disponível em: <http://br.geocities.com/ibamapr/atuacao.htm>. Acessado em 20.08.2007.

²¹⁶ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>, página 174. Acessado em 20.08.2007.

Por sua vez, os despachantes cometeram as seguintes irregularidades: uso de procurações falsas para representar firmas perante o IBAMA; introdução de dados na primeira via da ATPF não condizentes com a segunda via; criação e utilização das empresas fantasmas; pagamento de propina a servidores do IBAMA no Mato Grosso e adulteração e falsificação de ATPF.

3. Como o escândalo se tornou conhecido

A Revista Veja, no ano de 2005, publicou reportagem sobre o esquema de fraude em questão. Todavia, muito antes disso, a Câmara dos Deputados já discutia abertamente sobre a biopirataria (lato sensu)²¹⁷, por meio de comissões parlamentares criadas com esse propósito.

Entre essas, pode-se citar a “Comissão Externa Criada para Apurar Denúncias de Exploração e Comercialização Ilegal de Plantas e Material Genético na Amazônia – Comissão da Biopirataria da Amazônia”, que teve seu relatório final editado em 18/11/1997. Foi considerada uma comissão pioneira, talvez a primeira a ser instalada nos parlamentos de todo o mundo para a discussão do polêmico tema.

Além dessa, houve ainda a “Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Tráfico Ilegal de Animais e Plantas Silvestres da Fauna e da Flora Brasileiras – CPITRAFI”, criada em 07/11/2003. Por meio de tal Comissão foram realizadas relevantes investigações e produzido relatório final, que foi encaminhado a diversas instâncias administrativas e judiciárias brasileiras para a adoção das providências cabíveis.

A atual “Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Tráfico de Animais e Plantas Silvestres Brasileiros, a Exploração e Comércio Ilegal de Madeira e a Biopirataria no País – CPIBIOPI”, ou CPI da Biopirataria, como é mais comumente conhecida, deu continuidade e ampliou o campo de investigação das comissões anteriores, em especial o da CPITRAFI.

²¹⁷ Em sentido amplo (lato sensu), o termo biopirataria foi usado pela CPI em comento para identificar, ao mesmo tempo, três elementos, a saber: a exploração e o comércio ilegais de madeira, o tráfico de animais e plantas silvestres e a biopirataria stricto sensu, entendida esta última como o acesso irregular ao patrimônio genético nacional e aos conhecimentos tradicionais associados.

A CPI da Biopirataria foi instalada em 25/08/04 e, um ano e meio mais tarde, em 28/03/2006, divulgou o relatório final de seus trabalhos. Ao longo de sua atuação, a sociedade discutiu e tomou conhecimento dos inúmeros fatos investigados pela Comissão e divulgados pela Imprensa.

Em reportagem extraída da internet²¹⁸, a Revista Veja consigna que a CPI da Biopirataria concluiu pelo envolvimento de uma Senadora da República, Ana Júlia Carepa, com tal esquema de corrupção. Segundo aquela Revista, a CPI apontou como chefe do esquema de desmatamento ilegal no Pará o então gerente executivo do Ibama naquele estado, Marcílio Monteiro, que, por sua vez, fora indicado para o cargo pela citada Senadora, com quem um dia foi casado.

Em consulta ao Relatório da CPI, é possível confirmar o conteúdo da reportagem de Veja. Conforme aquele Relatório²¹⁹, o então Presidente do Sindfloresta/PA, Mário Rubens Rodrigues, em depoimento à CPI da Biopirataria, ressaltou que uma das principais beneficiárias do esquema teria sido a Senadora Ana Júlia Carepa, à época candidata à Prefeitura de Belém. Segundo ele, o dinheiro dos madeireiros era depositado em conta corrente da Sra. Maria Joana da Rocha Pessoa, coordenadora financeira da campanha da Senadora, em troca de ADMs (Autorizações de Desmatamento) concedidas irregularmente pelo IBAMA. Foi a própria Sra. Maria Joana, assessora da senadora, quem apresentou os extratos de sua conta-corrente, revelando indícios de uma movimentação bancária estranha e extremamente excessiva em comparação a seus ganhos mensais.

Por fim, importante que se mencione que o processo de fraude recebia, dos fraudadores, o nome de Plano Safra Legal, identificado, inclusive, mediante adesivos plásticos que eram afixados nas janelas dos caminhões transportadores de madeira ilegal, por meio do qual seus integrantes eram identificados e reconhecidos pelos fiscais corruptos do IBAMA, que lhes possibilitava transitar pelas estradas à margem de qualquer fiscalização por parte daquela entidade.

²¹⁸ Revista Veja. Disponível em: <http://veja.com.br>. Acessado em 20.08.2007.

²¹⁹ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpiibiopi/relatoriofinal.pdf>, página 361. Acessado em 20.08.2007.

4. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude

4.1. Falhas no sistema de controle do transporte de madeira

O órgão responsável por manter o controle e a supervisão sobre o transporte de madeira, IBAMA, permitiu diversas formas de burla ao correspondente sistema, o que ensejou a proliferação da ilegalidade.

O controle da extração e do transporte de madeira é realizado diretamente pelo IBAMA, o que era feita, à época das fraudes, por meio de ATPF's, consistentes em documentos autorizativos, regionalizados, dotados de informações pertinentes ao transporte de madeira, tais como volume transportado e identificação da madeireira. Sem a ATPF, o explorador de madeira não poderia transportá-la ou comercializá-la.

A ATPF, hoje extinta, foi instituída pela Portaria SEMAN nº 139, de 05.06.1992, e, posteriormente, passou a ser regulada pela Portaria do IBAMA nº 44-N, de 06.04.93. A sigla significa “Autorização para Transporte de Produto Florestal” e, fisicamente, era dotada de características que deveriam lhe conferir segurança suficiente contra eventuais fraudes e falsificações. As ATPFs eram numeradas, impressas em papel moeda e cobertas com marcas exclusivas de segurança. Apesar disso, foram verificadas falsificações bastante convincentes.

Do jeito como as ATPFs vinham sendo então processadas e controladas, os fiscais de campo do IBAMA, ao abordarem um caminhão de transporte com um carregamento de madeira, não tinham como saber se a numeração da ATPF era verdadeira ou falsa, nem se o que estava expresso na autorização correspondia ao que ficou registrado junto ao IBAMA ou mesmo se a ATPF estava sendo utilizada ilegalmente por mais de uma vez, pela mesma madeireira.

Em depoimento à CPI da Biopirataria, o então Diretor de Proteção Ambiental do IBAMA, Flávio Montiel, declarou que no ano de 2003, 23.500 ATPFs foram subtraídas de dentro da Gerência do IBAMA localizada em Belém, e admitiu, ainda, a existência de ATPFs clonadas, calçadas e falsificadas no Estado do Mato Grosso.

O preenchimento irregular das ATPFs foi outro problema que se verificou por ocasião da Operação Curupira da Polícia Federal. Informações importantes, tais como volume da madeira transportada, prazo de validade e data de emissão, oras não se encontravam preenchidas, oras se mostravam adulteradas.

O IBAMA concentrou todos seus esforços investigativos no fluxo das ATPFs, tendo em vista que, além das fraudes já anteriormente citadas, restou constatado que as empresas portadoras de ATPFs não prestavam as respectivas contas ao IBAMA, além do que servidores do próprio IBAMA aceitavam propina nas transações ilegais de compra e venda de ATPFs (tem-se afirmado que, no mercado paralelo, uma ATPF não custava menos de R\$ 2 mil) e diversos adquirentes aparentemente legais das ATPFs eram, na verdade, empresas fantasmas (estima-se que de todas as empresas madeireiras que obtiveram ATPF junto ao IBAMA, quatrocentos e trinta e uma eram empresas apenas de fachada, que eram desconstituídas tão logo obtinham as respectivas Autorizações de Transporte.

4.2. Carência de pessoal qualificado

De acordo com depoimentos prestados à CPI da Biopirataria, era patente a ausência de uma adequada infra-estrutura do IBAMA. Os recursos humanos e os materiais e equipamentos que possuía a aquela autarquia, à época dos fatos, era deveras insuficiente para fazer face às necessidades de fiscalização da entidade, que sofria, especialmente, de uma grande carência de pessoal qualificado.²²⁰

Segundo o depoente José Sales de Sousa, Chefe do Parque Nacional da Amazônia, o IBAMA precisaria de, pelo menos, 30 técnicos para fiscalizar sua área de 994 mil hectares, em que se concentram 14 (quatorze) comunidades vivendo no entorno. Entretanto, aquele Parque Nacional só possui 5 (cinco) fiscais em sua unidade.

Não é diferente a opinião da Chefe da Estação Ecológica do Rasa da Catarina, Kilma Raimundo Manso, que também em depoimento à CPI, afirma que “o número de pessoas atuando

²²⁰ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>, página 390. Acessado em 20/08/07

em campo ainda está muito aquém do necessário e esse problema não está restrito às unidades de conservação: atinge todas as atividades de controle e fiscalização do IBAMA.” Ela se baseia principalmente na área de 100 mil hectares de floresta que fiscaliza, para a qual conta com o apoio de apenas 3 (três) fiscais e um único veículo.

Além da carência de pessoal, a CPI verificou também, por via de depoimentos, que a entidade não tem realizado os devidos investimentos em infra-estrutura, nem em equipamentos necessários ao relevante mister fiscalizatório da autarquia, tais como botes deslizadores, barcos, veículos, entre outros.

Para fazer face à carência de pessoal qualificado, o IBAMA já fez realizar concursos públicos para reforçar os quadros da entidade. O que ocorre, entretanto, é a transferência dos fiscais contratados para seus estados e cidades de origem, deixando novamente a descoberto a fiscalização nos locais carentes de pessoal. Em números, tem-se que, dos 79 (setenta e nove) fiscais concursados para atuarem no estado do Amazonas, apenas 13 (treze) permaneceram naquela região. O restante retornou para seus locais de origem.

Outro problema detectado por referida CPI foi a falta de treinamento dos servidores do IBAMA para o desenvolvimento das tarefas que desempenham enquanto fiscais da entidade. A exemplo disso, tem-se que nos meses de março e abril de 2005, a unidade do IBAMA situada no estado de Pernambuco realizou diversas apreensões, recuperando dezenas de milhares de metros cúbicos de madeira. Nessa operação, denominada Picapau I, realizada na região de Anapu, nenhum dos fiscais que dela participaram tinham curso de reconhecimento de anatomia de madeira, provocando, em consequência, situação inusitada, em que os próprios autuados foram obrigados a identificar e informar aos fiscais os tipos de madeira que estavam sendo apreendidos, configurando situação vergonhosa e indigna para aquela corporação autárquica.

5. Ineficácia da Administração na Fiscalização e na Punição dos Responsáveis

A carência de pessoal qualificado também se reflete diretamente na capacidade de atuação da entidade, que prescinde de servidores, tanto para iniciar novos procedimentos quanto para dar continuidade aos processos de fiscalização já existentes. De forma contrária ao

quantitativo idealizado por aquela autarquia, o que se tem é uma situação de quase completa ausência do poder público no combate às fraudes.

No que concerne às denúncias dirigidas ao IBAMA, dados demonstram que, do total das denúncias apresentadas à entidade, apenas 18% são efetivamente apuradas. Em nível regional, o número de apurações se reduz, muitas das vezes, de forma drástica. No estado do Pará, por exemplo, apenas 7% das denúncias levadas à entidade são processadas. No estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, a situação é ainda mais crítica. Naquelas unidades da federação, o índice se reduz para 4% e 6%, respectivamente. O Estado do Tocantins praticamente empata com o estado do Pará. Naquele estado, o percentual é de meros 8%.²²¹

Outros dados dizem respeito à capacidade do IBAMA para fazer valer a obrigação de pagamento das multas impingidas pela autarquia aos infratores. Segundo esses dados, adiante transcritos, existe uma grande disparidade entre o valor das multas aplicadas e o valor pago em cada ano:

no	Q td. Autos de infração	Valor autos de infraç ão (R\$)	V alor pago (R\$)
00 1	1 1320	31.08 0.771,14	5 .610.899,74
00 2	1 7606	54.33 8.286,68	9 .845.171,88
00	5 935	23.30 8.793,67	4 .354.415,60

²²¹ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>, página 391. Acessado em 20.08.2007

3			
00 4	999	4.752,71	3 .724.771,16
ota 1	9860	82.604,20	2 3.535.258,3 8

Tabela elaborada com base em dados da Coordenação Geral de Arrecadação do IBAMA, Diretoria de Administração e Finanças, relativos aos Estados de Sergipe, Bahia, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina, Paraíba, Pernambuco, Mato Grosso do Sul, Piauí, São Paulo e Alagoas.

Da tabela acima, verifica-se que o valor de multas efetivamente pagas a cada ano não ultrapassa 30 % do total de multas aplicadas, no mesmo ano. E, mesmo assim, tal percentual somente se verifica no exercício de 2004. Nos anos anteriores, o percentual ficou em não mais de 19%.

É certo que a tabela supratranscrita não serve exatamente para estabelecer uma relação direta entre as multas aplicadas e as multas pagas, se observada tal relação ano a ano, tendo em vista que seu pagamento não necessariamente ocorre no mesmo ano da aplicação, seja por consequência da interposição de recursos administrativos pelos infratores que, pela própria essência do processo recursal, costumam postergar a realização da obrigação; seja pela própria mora do IBAMA no processamento da cobrança, provocando atraso no adimplemento.

Tais dados, no entanto, servem para demonstrar que, do total de multas aplicadas em todos esses quatro anos (R\$ 120.982.604,20), apenas 19,45% (R\$ 23.535.258,38) foram efetivamente recolhidos pelo poder público. Um percentual tão pequeno de arrecadação, que é capaz de gerar o indesejado sentimento de impunidade generalizada, o qual, ao se difundir pelos infratores, funciona como grande incentivo à proliferação do mal praticado.

6. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação do escândalo

6.1. Ações propostas

Diante do quadro que se lhe apresentava, o IBAMA, na época das investigações, como medidas preliminares, fez uma intervenção na Gerência de MT por 60 dias; suspendeu o fornecimento de ATPF por 30 dias; descredenciou todos os servidores que operavam sistemas de controle; retirou o código de todos os sistemas para que ninguém mais os operasse; ordenou a realização de auditoria em todos os planos de manejo florestal em vigor e nas autorizações de desmatamento concedidas, no prazo de 90 dias.

Por fim, a entidade constituiu comissão de processo disciplinar para apurar, no âmbito da Gerência do Mato Grosso, a emissão indevida de laudo de vistoria; homologação, aprovação e expedição de autorização indevida de planos de manejo florestal e recebimento de propina. Em nível macro, assinou um convênio visando uma ação permanente com a Polícia Federal, para apuração de denúncias junto ao IBAMA em todo o Brasil, com foco inicial na Amazônia.

Outra atuação foi o ajuizamento de ação civil pública contra a FEMA (Fundação Estadual do Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso), para que fosse suspensa a emissão de autorização para desmatamento, tendo como referência área de reserva legal de 50% nas propriedades rurais situadas em áreas de transição de floresta. Essa ação desencadeou a criação da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, em substituição à FEMA.

O Tribunal de Contas da União realizou trabalho de fiscalização junto ao IBAMA na área de extração ilegal de madeira, onde tratou da destinação das madeiras que, uma vez apreendidas, vinham sendo queimadas pelo próprio IBAMA como forma de evitar seu reapossamento pelos infratores.

De forma diversa do procedimento adotado pelo IBAMA, o TCU, nos autos do processo TC-012.307/2003-5²²², determinou àquela autarquia que promovesse a doação das

²²² Tribunal de Contas da União. (Acórdão 601/2004 – Plenário - Ata 16/2004 - Sessão 19/05/2004 - Dou 27/05/2004 – Relator: Ministro Humberto G. Souto)

madeiras apreendidas a entidades sem fins lucrativos, que pudessem proporcionar ao bem doado uma destinação compatível com o interesse público e, caso isso não fosse possível, que promovesse a venda da madeira mediante leilão, deixando expresso em sua decisão que, das licitações que o IBAMA fizesse promover para a venda das madeiras apreendidas, não deveriam participar as madeiras que fossem infratoras contumazes.

No âmbito estadual, houve a responsabilização da Fundação do Meio Ambiente do estado do Mato Grosso, em face do descumprimento, por aquela entidade, de norma geral federal relativa à exploração florestal ilegal. Assim, foram ajuizadas três ações de improbidade administrativa e uma ação civil pública²²³.

De forma a corrigir e prevenir as fraudes verificadas contra o meio ambiente, o IBAMA criou sistema de ajustamento de conduta mediante a utilização das já conhecidas TACs (Termo de Ajustamento de Conduta) ou também denominada Termo de Compromisso.

Tal sistema de adequação da conduta do infrator é aplicado posteriormente ao cometimento da infração. Por meio de tal sistema, o infrator se sujeita a determinada obrigação, imposta pelo IBAMA e, em contrapartida tem direito à redução da penalidade antes aplicada pela entidade.

O Termo de Ajustamento de Conduta revelou-se, sob determinados aspectos, positivo. Entretanto, a CPI da Biopirataria identificou inúmeras controvérsias na opinião das pessoas ouvidas por aquela Comissão Parlamentar, quanto às vantagens e desvantagens obtidas a partir da aplicação de tal instituto corretivo. Pode-se dizer que a maior dessas controvérsias girou em torno da legitimidade e da legalidade da aplicação de tal instituto.

Há quem se mostrasse favorável e também aqueles que se posicionaram contra o uso das TACs. Na opinião daqueles que defendem sua aplicação, a utilização do instituto foi autorizado pelo legislador pátrio para todos aqueles que sejam legitimados a propor a ação civil pública. Por ser uma competência legal, uma medida autorizada pela lei, deve ser respeitada. É meio mais prático e eficaz de obtenção da reparação civil, em comparação com a aplicação das

²²³ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>, página 328. Acessado em 20.08.2007

vias ordinárias judiciais. Segundo, ainda, seus defensores, é meio mais eficiente de obrigar o interessado a se adequar às exigências legais. Por meio do Termo de Compromisso, o agente público tem nas mãos a possibilidade de adequar o modo, o prazo e o lugar da obrigação de ajuste às condições pessoais do infrator, de forma a facilitar o cumprimento da obrigação.

Por seu turno, aqueles que combatem o uso dos Termos de Ajuste de Conduta, alegam que tem havido grave desvirtuamento da finalidade precípua do instituto, haja vista que vários dos termos têm extrapolado a competência legal detida pela entidade para firmar tais termos.

Ocorre que os Termos de Ajuste/Compromisso não podem dispor sobre outros aspectos senão sobre o modo, o prazo e o lugar da obrigação ajustada. Por se tratar de direito difuso, o objeto principal tutelado por esse direito jamais poderá ou deverá compor acordos de ajustamento. Além disso, a finalidade da avença não poderá jamais fugir à finalidade precípua do acordo, qual seja, à de viabilizar a prevenção e a reparação efetiva do dano por meio de solução consensual. Em outras palavras, os Termos, em hipótese alguma, podem ser usados pela Administração Pública para fazer qualquer forma de concessão sobre o direito ambiental objeto de tutela. Os acordos firmados são, em suma, garantias mínimas em proveito da sociedade, jamais podendo ser confundidos com concessões de direito material em prol do infrator.

6.2. Prisões decretadas

A CPI da Biopirataria não dá notícias sobre as prisões efetuadas pela Polícia Federal, quando da execução da Operação Curupira. Informações sobre prisões havidas em tal operação policial são, em regra, obtidas a partir de revistas e jornais. Assim, a Agência Folha, em Campo Grande/MS dava notícia, em 29/11/2005, sobre a prisão de mais de 80 infratores detidos pela Polícia Federal, dentro da Operação Curupira. Entre os presos encontram-se, inclusive, diretores do IBAMA e da Secretaria do Meio Ambiente do estado de Mato Grosso.

O número de prisões efetuadas, no entanto, se mostra menor do que os 129 mandados de prisão expedidos pela Justiça. Nessa época, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, declarou à imprensa que “O governo federal está trabalhando fortemente, como nunca se trabalhou no Brasil contra a corrupção (...) Eu não conseguiria, por melhor memória que tivesse,

enumerar todas as operações da Polícia Federal contra a corrupção nos últimos dois anos e meio”.

As operações efetuadas pela Operação Curupira foram ainda complementadas por ações da Polícia Federal que podem ser consideradas como uma extensão daquela operação primeira. A exemplo disso, tem-se que, em ação posterior, o Juiz Federal Julier Sebastião da Silva, da circunscrição judiciária de Cuiabá, decretou mais 75 prisões temporárias, incluindo empresários, madeireiros, grileiros de terras públicas, loteadores de terras indígenas, pistoleiros, entre outros, num desdobramento da Operação Curupira. As prisões foram efetuadas não apenas em Mato Grosso, mas também em Mato Grosso do Sul, em Goiás e no estado de São Paulo. Entre os presos, incluiu-se o Secretário Municipal de Habitação de Cuiabá, Oscar Soares Martins.

Nada obstante, várias das pessoas presas anteriormente tiveram sua prisão revogada mediante concessão de Habeas Corpus pelo Supremo Tribunal Federal. O argumento do Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, para fundar sua decisão, se baseou no fato de que o ato de decretação das prisões não apontava de forma concreta e minimamente individualizada o risco que os investigados trariam à instrução criminal, nem o potencial lesivo que os mesmos deteriam em desfavor da ordem pública, o que fazia confundir tais prisões com uma clara antecipação de julgamento do mérito.

Em outra ocasião, em dezembro de 2005, o mesmo Ministro Gilmar Mendes, afastou a prisão preventiva até então havida contra um dos réus, por entender que esta não mais fazia sentido, uma vez que o réu já havia sido afastado das atividades que até então desempenhava junto ao IBAMA/MT e, assim, não teria mais como cometer novos crimes.

Ainda em uma terceira operação, também complementar à Operação Curupira, a Justiça de Mato Grosso decretou 82 (oitenta e duas) novas prisões, desta feita contra quadrilha que fraudava o sistema de informática da Secretaria Estadual do Meio Ambiente do estado de Mato Grosso – SEMA com o intuito de “esquentar” madeira extraída ilegalmente. Pelos menos

58 madeireiras estiveram envolvidas no esquema. Segundo a Polícia Federal, o novo esquema de fraude foi montado para substituir o esquema desmantelado pela Operação Curupira²²⁴.

6.3. Melhoria na legislação e na estrutura

Em face das inúmeras fraudes cometidas pelas madeireiras contra as ATPF's, o IBAMA, há muito, vinha anunciando a extinção desse mecanismo e a sua substituição por instrumentos mais modernos de controle.

Era quase um consenso entre as autoridades atuantes na área de preservação ambiental que o sistema de controle de transporte de produtos florestais por meio de ATPFs precisava ser abandonado o mais rapidamente possível e que deveriam ser realizados estudos com o propósito de, futuramente, implementar sistema específico de controle que possibilitasse o acompanhamento de todo o processo de transporte de madeira por meio de equipamentos idealizados com essa finalidade.²²⁵

No segundo semestre de 2005, o IBAMA anunciou a extinção das ATPFs, as quais seriam substituídas pelo Documento de Origem Florestal – DOF –, que permitiriam acompanhar todo o trajeto de transporte da madeira, desde a origem até o pátio das indústrias, por meio de um processo on-line. O novo sistema seria implantado gradualmente, a partir de projetos-pilotos.

Em consulta à página do IBAMA junto à Internet²²⁶, é possível constatar que aquela autarquia já substituiu, efetivamente, a então polêmica ATPF, objeto de tantas fraudes, pelo hoje denominado Documento de Origem Florestal – DOF, como mesmo já mencionava o Relatório da CPI da Biopirataria.

De acordo com aquele sítio da internet, o DOF foi instituído pela Portaria n° 253 de 18 de agosto de 2006, do Ministério do Meio Ambiente - MMA, e representa a nova licença

²²⁴ Agência Folha, em Campo Grande. Disponível em: www.folha.com.br, sob o título “MT prende acusados de roubar madeira”.

²²⁵ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>, página 388. Acessado em 20.08.2007

²²⁶ <http://www.ibama.gov.br/cogeq/home.php> in “Serviços” in “Documento de Origem Florestal - DOF”

obrigatória para o controle do transporte de produto e subproduto florestal de origem nativa, em regra madeira extraída, em substituição à ATPF.

O DOF acompanha, obrigatoriamente, o produto ou subproduto florestal nativo, da origem ao destino nele consignado, por meio de transporte individual, seja ele rodoviário, aéreo, ferroviário, fluvial ou marítimo.

Para sua utilização é disponibilizado pelo IBAMA o Sistema DOF, cujo acesso é feito pela pessoa física ou jurídica cadastrada em uma das atividades controladas pelo IBAMA, classificadas como Indústria de Madeira, Indústria Química ou, ainda, como Uso de Recursos Naturais, tais como Serraria e Desdobramento de madeira.

Em relação a todas essas atividades, o IBAMA ainda exige como condição para a concessão do DOF, que a pessoa física ou jurídica esteja em situação regular junto àquela autarquia. Tal situação de regularidade passou, recentemente, a ser verificada por meio do Certificado de Regularidade, recém-instituído pela Instrução Normativa IBAMA nº 96, de 30/03/2006²²⁷.

A mudança principal está na base tecnológica: enquanto a ATPF só existia no papel, o DOF consiste de uma autorização de origem eletrônica. Os usuários imprimem o documento por meio da internet e o IBAMA passa a contar com um banco de dados atualizado em tempo real sobre toda a movimentação legal de madeira na Amazônia. O sistema ainda depende de uma autorização impressa, para fins de fiscalização, mas o controle é feito de forma eletrônica.

²²⁷ Os requisitos necessários à emissão do Certificado de Regularidade, como condição de obtenção do DOF, constam do artigo 8º, da Instrução Normativa IBAMA nº 96/2006, verbis:

“Art. 8º A partir de 01 de junho de 2006 fica instituído o Certificado de Regularidade com validade de três meses no qual constará o número do cadastro, o CPF ou CNPJ, o nome ou razão social, as atividades declaradas que estão ativas, a data de emissão, a data de validade e chave de identificação eletrônica.

§ 1º O Certificado de Regularidade será disponibilizado para impressão, via internet, desde que verificado o cumprimento das exigências ambientais previstas em Leis, Resolução do CONAMA, Portarias e Instruções Normativas do IBAMA e a ausência de débitos provenientes de taxas e multas administrativas por infrações ambientais.”

7. Conclusão

A Operação Curupira revelou-se uma ação conjunta da Polícia Federal com outros órgãos de combate à corrupção na área de polícia ambiental. Não fosse a cooperação do próprio IBAMA, onde ocorreram efetivamente as fraudes, muito provavelmente o trabalho do órgão policial seria, no mínimo, bastante dificultado.

Os resultados da operação foram, em termos numéricos, bastante expressivos, tendo em vista o grande número de prisões efetuadas e a expressiva mudança nas rotinas de trabalho da entidade. A ATPF era, até então, instituto de controle bem consolidado dentro do órgão, com o qual os funcionários e dirigentes já estavam habituados e habilitados ao seu manuseio. A mudança havida na rotina de controle de transporte de produtos florestais, das antigas ATPFs para os atuais DOFs, certamente foi motivo de alterações estruturais significativas para a entidade, dela demandando adequação específica em termos de formação de pessoal e de investimentos no setor.

Por fim, o estudo da operação curupira e de seus desdobramentos, infelizmente, dá notícias da continuidade das infrações no setor de exploração ilegal de madeira, em que pesem as ações de combate a esse tipo de ilícito. As fraudes antes observadas no IBAMA são, agora, praticadas no âmbito da Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Mato Grosso - SEMA, revelando clara dificuldade do poder público de conter a demanda de grandes grupos de infratores, que insistem em fraudar os sistemas de controle ambiental, à margem de maiores temores das conseqüências legais advindas de suas infrações.

VIII. O escândalo dos bancos Marka e FonteCindam

1. Apresentação do caso.

1.1. Área em que se verificou a fraude

A fraude ocorreu no Banco Central do Brasil em operações envolvendo dois bancos até então absolutamente desconhecidos do grande público, o Marka e o FonteCindam, realizadas

em 14 janeiro de 1999, quando a autoridade monetária brasileira assumiu a posição dessas duas instituições em contratos futuros de câmbio na Bolsa de Mercadorias e Futuro - BM&F, causando prejuízo aos cofres públicos de milhões de reais.

Escândalos financeiros ocorridos no Brasil nos últimos anos causaram prejuízos aos cofres públicos e à sociedade, segundo levando feito pelo Jornal O Globo²²⁸, de pelo menos R\$ 50,9 bilhões. Segundo a matéria publicada no jornal

“Por um levantamento em nove dos principais casos – Coroa-Brastel, Nacional, Econômico, Bamerindus, Marka e Fontecindam, Precatórios, Papatudo e Banco Santos –, chega-se a uma conclusão assustadora: além de bilhões de dinheiro público usados para sanar as fraudes, nenhuma prisão aconteceu depois da condenação. A exceção é Cacciola, mas não pela condenação, e sim por ter fugido do país.”

Os fatos a seguir apresentados evidenciam de forma gritante a importância e os impactos que uma única decisão do Banco Central pode ter para os cofres públicos. Um deslize, uma medida no momento errado tomada pela autoridade monetária, pode custar –e custou– meses de arrocho fiscal e sacrifício de toda a sociedade brasileira na busca por superávites primários.

1.2. Ambiente em que se deu a fraude

À época dos acontecimentos, a conjuntura macroeconômica brasileira era de turbulência. O Brasil passava por crise de credibilidade, o que propiciava especulações sobre os riscos de ataque contra a moeda brasileira, o real (nos moldes das crises da Ásia e da Rússia), na

²²⁸ “**Crimes de R\$ 50 bilhões**”, edição de 23/9/2007, p. 33.

medida em que as reservas internacionais vinham-se deteriorando de maneira expressiva desde agosto de 1998.

A necessidade de manter a estabilidade cambial, uma das “âncoras” da política monetária do Plano Real, obrigava o Banco Central a atuar diretamente no mercado de câmbio, inclusive, na compra e venda de contratos futuros de dólar.

Fato é que as intervenções da autoridade monetária para sustentar a taxa de câmbio superficialmente valorizada já não mais se sustentavam. Meses antes da crise, analistas de mercado sinalizavam para a forte pressão sobre a moeda norte-americana, antevendo a desvalorização do real frente ao dólar, que viria a ocorrer em janeiro de 1999.

Na contramão das expectativas do mercado, o banco Marka, às vésperas da desvalorização, estava “carregado” em contratos futuros de câmbio na BM&F, que totalizavam negócios de R\$ 1,26 bilhão, em que o banco se comprometia a vender dólar à cotação de US\$ 1,00 para R\$ 1,22, em 1º de fevereiro de 1999.

O Banco Marka apresentava patrimônio líquido de R\$ 68 milhões e posição vendida no mercado futuro de 11.300 contratos, de maneira que cada centavo de desvalorização real representava prejuízo de R\$ 11,3 milhões. Para ter-se idéia do que a situação representava em termos de risco, basta dizer que seis centavos (R\$ 0,06) de desvalorização do real seriam suficientes para pulverizar o patrimônio líquido da instituição²²⁹.

Em 13 de janeiro de 1999, a política de controle rígido sobre o câmbio foi abandonada, o que, na prática, provocou a oscilação do preço do dólar para R\$ 1,32. Com a forte desvalorização da moeda nacional, a aposta na política cambial do governo, que tantos lucros haviam gerado no passado, revelou-se equivocada, fulminando com a possibilidade de o Marka continuar em operação.

Em atuação totalmente atípica, o Bacen assumiu os contratos de dólar futuro do Marka à taxa de R\$ 1,2750, quando a cotação do mercado à vista, no dia da operação de “socorro”, já estava próxima de R\$ 1,32. Ajustou-se uma taxa de câmbio bem abaixo da cotação do mercado²³⁰.

²²⁹ “**Patrimônio do Marka dobrou com o Real**”, Folha de São Paulo, 11/04/1999.

²³⁰ Idem.

Essa ajuda também se estendeu ao banco igualmente desconhecido do público denominado FonteCindam, tendo o Banco Central negociado o dólar em patamar pouco mais elevado do que no caso do Marka, à cotação de R\$ 1,32, mas ainda abaixo do preço de venda utilizado para outras instituições financeiras.

Para a diretoria do Bacen essa forma de atuação era necessária porque qualquer abalo no mercado financeiro, naquele momento, não importaria na simples necessidade de liquidação das referidas instituições financeiras, mas poderia desencadear o chamado “efeito dominó”, com a possibilidade de propagação da crise para todo o sistema financeiro do País (“risco sistêmico”).

O raciocínio era de que se a autoridade monetária não tivesse assumido a posição daquelas instituições, o País seria atingido por uma corrida generalizada por dólar em espécie, o que poderia levar a consequências traumáticas, como a moratória externa.

Informações extraídas do Relatório da CPI dos Bancos²³¹ dão conta, todavia, de que o sistema financeiro do País possuía características que afastavam completamente os indicadores de risco sistêmico, a saber:

- “os bancos privados estavam fortemente capitalizados, inexistindo ameaça para o conjunto das instituições. O resultado excepcional do setor, no primeiro semestre, comprova a afirmação;
- Os bancos que ‘quebrariam’ não atuavam determinantemente na área do varejo, correspondendo a soma de seus patrimônios a menos de 0,10% do patrimônio líquido do setor;
- As operações especulativas dos referidos bancos não teriam efeito sobre as atividades reais da economia, considerando que as perdas ocorreriam nos mercados de derivativos;
- A crise que os países da Ásia sofreram em seus sistemas bancários após a desvalorização não tem nenhuma relação com o Brasil, na medida em que aqueles países possuíam nos grandes bancos problemas de liquidez e de ativos

²³¹ Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, novembro de 1999.

sobrevalorizados, questões que aqui foram solucionadas anteriormente pelas diversas políticas governamentais desde 1994”.

Outro ponto relacionado pela CPI que também atenuaria a possibilidade de contaminação das demais instituições a partir do ocorrido com o Marka e o FonteCindam se refere à verificação de que a maioria das instituições já havia se antecipado à desvalorização do real que se anunciava, invertendo suas posições em dólar, havendo poucos bancos em situação arriscada.

1.3. Elementos da fraude

Diante desse ambiente de instabilidade econômica, a opção do Bacen foi a mais estranha possível. Ao invés de ter procedido à liquidação extrajudicial dos bancos Marka e FonteCindam, a autoridade monetária simplesmente assumiu os compromissos dessas instituições na BM&F, negociando o dólar a taxa que lhes era extremamente favorável, amargando, com isso, prejuízo estimado de R\$ 1,567 bilhão²³².

O que faz dessa operação de socorro particularmente nebulosa e inusitada são os elementos de que se valeu o Bacen para atuar no mercado, revelando a prática de favorecimento pessoal, tráfico de influência e falta de transparência na gestão de política pública.

A negociação dos contratos de dólar não foi via pregão na BM&F, onde prevalece o tratamento impessoal. O que realmente aconteceu foi uma negociação pontual e dirigida, em que se sabia exatamente quem eram as instituições vendedora e compradora.

Não foram observados os trâmites legais que a situação exigia²³³. A falta de liquidação dos bancos favorecidos, por exemplo, resultou na impossibilidade de imediato bloqueio dos bens dos controladores e administradores do Marka e do FondeCindam.

Segundo apurado na CPI dos Bancos, a descuidada atuação da autoridade monetária permitiu que o Sr. Salvatore Alberto Cacciola, controlador do Marka, enviasse ilegalmente recursos para o exterior²³⁴ em plena período de crise.

²³² “CPI encerra investigação sobre socorro a bancos”, Folha de São Paulo, 14/05/1999.

²³³ a) liquidação extrajudicial (art. 15, inciso I, alínea “a” da Lei n.º 6.024/74); b) intervenção (art. 2º, inciso I, da Lei n.º 6.024/74); c) regime de administração especial temporária – RAET (art. 1º do Decreto-lei n.º 2.321/87; d) empréstimo de liquidez.

Também pairam sobre o caso fortes indícios de existência de esquema de pagamento de propinas a dirigentes do Banco Central em troca de informações privilegiadas²³⁵.

O escândalo contou, ainda, com episódios mal explicados de envolvimento do Sr. Francisco Lopes, então presidente do BC, com agentes privados. É o caso do encontro que Lopes teve com o Sr. Luiz Bragança, amigo de infância e irmão de seu ex-sócio na empresa de consultoria Macrométrica, na manhã do dia 14 de janeiro (quando ocorreram as operações de socorro), ocasião em que Bragança teria intercedido junto ao ex-presidente do Banco Central em favor de Salvatore Alberto Cacciola²³⁶.

1.4. Como o escândalo se tornou conhecido

Por meio da imprensa foram veiculadas diversas reportagens revelando o socorro velado aos bancos Marka e FonteCindam

2. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude

2.1. Falhas na legislação

Muito embora a Lei n.º 6.024/74 trate dos efeitos legais para a hipótese de gestão temerária, este instrumento legal carece de aperfeiçoamentos em virtude das modernas formas e mecanismos de operação do sistema financeiro do país. Pode-se igualmente criticar a legislação pela falta de parâmetros que podem ser adotados pela autoridade financeira em momentos de crise, fazendo valer o argumento de que, na iminência de risco para o sistema bancário, qualquer medida, ainda que não prevista em lei, ainda que possa importar em favorecimento a determinadas instituições, é legítima.

²³⁴ Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, novembro de 1999.

²³⁵ “**Lopes ‘aceitou promessa’ diz denúncia**”, Folha de São Paulo, 10/01/2000. Nesta reportagem consta que: “A denúncia do Ministério Público Federal contra os envolvidos no caso Marka afirma que o ex-presidente do BC (Banco Central) Francisco Lopes ‘aceitou promessa de vantagem’ em troca do socorro ao Banco Marka para que este não quebrasse em consequência da desvalorização cambial de janeiro de 1999”.

²³⁶ “**Bragança diz ter intercedido pelo Marka**”, Folha de São Paulo, 24/03/1999.

2.2. Falhas estruturais

A causa de dois bancos pequenos –poder-se-ia mesmo dizer insignificantes– terem adquirido potencial para provocar prejuízo de grandes proporções está relacionada à frágil fiscalização do Bacen no tocante às operações com derivativos, aí incluído o mercado futuro de câmbio.

Tanto isso é verdade que o valor negociado pelo banco Marka em contratos futuros de câmbio na BM&F correspondia a 20 (vinte) vezes o patrimônio líquido da instituição, o que denota grau de “alavancagem” extremamente incomum.

A situação do FonteCindam era bem menos desastrosa. A “alavancagem” do banco correspondia a 3 (três) vezes o seu patrimônio líquido.

Está claro que a autoridade monetária negligenciou o acompanhamento da exposição ao risco das instituições bancárias que operavam no mercado futuro de câmbio. Ademais, não existiam mecanismos de controle interno da Autarquia, de modo a evitar o excesso de “alavancagem” das instituições socorridas.

2.3. Carência de pessoal qualificado

O corpo técnico do Banco Central é reconhecidamente um dos mais bem qualificados da Administração Pública federal. Ao que tudo indica o problema não foi de falta de profissionais especializados.

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes

3.1. Recomendações da CPI

Em março de 1999, foi constituída Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para apuração das fraudes e identificação dos responsáveis.

Oportuno destacar, neste tópico, as recomendações proposta pela CPI ao Ministério Público:

“Considerando ser o Ministério Público o titular da ação penal, no curso do que se forma a convicção do juiz, cumpre lhe enviar o presente relatório para que promova a responsabilização civil e criminal dos seguintes envolvidos:

- a) Diretoria do Banco Central, em virtude dos Votos BCB n°s 6 e 15, de 1999, que se mostraram ilegais e ilegítimos. Tais Votos serviram de justificativa para as operações em exame, que ensejaram prejuízos injustificados de R\$ 1.574,805 milhões de ajustes, em benefício das contrapartes, e R\$ 485 mil de corretagem, em favor de intermediários;
- b) Servidores da fiscalização do Banco Central e os procuradores, que agiram em desconformidade com a obrigação legal de liquidar o Banco Marka, aceitaram passivamente a transferência de recursos para o exterior, deixaram de examinar adequadamente a situação do Banco FonteCindam e se prestaram a conferir aparência de legalidade e legitimidade a operações que manifestamente não o eram, bem como do patrocinaram interesses privados perante a Administração, do que resultou prejuízo ao erário;
- c) Diretoria do Banco Marka, que agiu de forma temerária – ao permitir tamanha exposição cambial –, contrária aos interesses nacionais – ao possibilitar a transferência de recursos para o exterior e falseamento da sua destinação –, além de tentar fraudar a Receita Federal, pela manipulação das demonstrações contábeis;
- d) Diretoria do Banco FonteCindam, que deu margem ao erro dos servidores da fiscalização do Banco Central e propiciou a transferência de renda para os cotistas de fundos privados;
- e) Presidente do Banco Marka e acompanhantes, que vieram a Brasília declaradamente com o fito de traficar influência”.

O Ministério Público Federal promoveu ações de improbidade administrativa contra dirigentes do Bacen e dos bancos Marka e FonteCindam²³⁷.

Os principais envolvidos foram denunciados pela Procuradoria da República do Rio de Janeiro pelo cometimento dos crimes de corrupção passiva, peculato e prevaricação²³⁸.

Conforme reportagem da Folha de São Paulo²³⁹, o ex-presidente do Banco Central também foi indiciado pela Polícia Federal por evasão de dívidas “(...) em um inquérito que investiga um envelope encontrado na casa dele com informações sobre um depósito de US\$ 1,67 milhão que ele teria no exterior em uma conta do seu ex-sócio Luiz Bragança”.

Foram ajuizadas ações populares objetivando a anulação das operações de venda de dólares aos bancos Marka e FonteCindam. O Tribunal de Contas da União também instaurou investigação própria para apurar as irregularidades do caso.

3.2. Recursos recuperados

Não se tem notícia da recuperação dos valores despendidos com a atuação do Banco Central para socorrer os bancos Marka e FonteCindam.

Sabe-se apenas que Cacciola “recebeu nova condenação da Justiça por má gestão do fundo de investimento Marka Nikko. Além dele, a juíza Lecília Ferreira Lemmertz, da 33ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio, condenou a administradora Marka Nikko Asset Management e seu ex-presidente Francisco de Assis Moura de Melo a pagar indenizações por danos morais de R\$ 13 mil divididos entre 13 investidores do fundo. Os condenados ainda terão que devolver aos investidores os recursos aplicados no fundo com juros e correção monetária”²⁴⁰.

²³⁷ “**Ex-presidente do BC é acusado em processo**”, Folha de São Paulo, 25/06/1999.

²³⁸ “**Lopes é indiciado pela PF sob acusação de peculato**”, Folha de São Paulo, 03/02/2000.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ “**Justiça volta a condenar Cacciola, ex-dono do banco Marka**”, Valor Online, 06/09/2006 (<http://www.valoronline.com.br>)

3.3. Prisões decretadas²⁴¹

Em abril de 2005, a Justiça Federal do Rio de Janeiro proferiu as primeiras sentenças sobre as operações de socorro aos bancos Marka e FonteCindam. Eis a situação dos principais acusados:

- Francisco Lopes – ex-presidente do Bacen – foi condenado a 10 (dez) anos de prisão.
- Cláudio Ness Mauch - ex-diretor de Fiscalização – foi condenado a 10 (dez) anos de prisão e a multa no valor de R\$ 93,6 mil.
- Demóstenes Madureira de Pinho Neto – diretor de Assuntos Internacionais à época – foi condenado a 10 (dez) anos de prisão e a multa no valor de R\$ 156 mil.
- Tereza Grossi – foi condenada a 6 (seis) anos de prisão e a multa no valor de R\$ 56,16 mil na condição de chefe do Departamento de Fiscalização quando as operações foram aprovadas.
- Salvatore Alberto Cacciola – ex-presidente do Marka – foi condenado a 13 (treze) anos de prisão e a multa no valor de R\$ 202,8 mil.
- Luiz Antônio Gonçalves – servidor aposentado do Bacen – foi condenado na qualidade de presidente do FonteCindam a 10 (dez) anos de prisão e multa no valor de R\$ 156 mil.

As últimas notícias sobre o caso dão conta de que a todos os condenados foi reconhecido o direito de apelar em liberdade. A única prisão decreta foi do Sr. Salvatore Alberto Cacciola, que em razão da dupla nacionalidade –brasileira e italiana– encontrava-se foragido da Justiça, tendo vivido na Itália desde o ano 2000²⁴². Cacciola, a rigor, chegou a ficar 37 (trinta e sete) dias preso, mas ainda em 2000 obteve habeas corpus do Supremo Tribunal Federal para responder ao processo em liberdade. Aproveitou a oportunidade, e da dupla cidadania, e fugiu para a Itália. Em razão da nacionalidade italiana, o Governo brasileiro jamais obteve a extradição. No dia 15 de setembro de 2007, ao viajar a Mônaco, o Sr. Cacciola foi detido pela

²⁴¹ “Justiça condena 8 por socorro ao Marka e ao FonteCindam”, Folha de São Paulo, 5/4/2005.

²⁴² Consultor Jurídico (<http://conjur.estadao.com.br/static/text/47807,1>).

alfândega do principado que o identificou como pessoa procurada pela Interpol²⁴³. Como Brasil e Mônaco não mantêm tratado de extradição, deve ser feito acordo bilateral. Segundo o representante do Ministério Público que atua no caso, a extradição pode levar “até um mês”²⁴⁴, apesar de o “governo brasileiro ainda não tem certeza de que o ex-banqueiro Salvatore Cacciola, preso no sábado, será extraditado”²⁴⁵.

3.5. Melhoria na legislação

A principal alteração legislativa motivada pelos acontecimentos de janeiro de 1999 foi a edição da Lei n.º 10.214/01, que trata da reforma do Sistema de Pagamentos Brasileiro²⁴⁶.

Essa legislação tem por objetivo atenuar a exposição do sistema financeiro nacional aos riscos relacionados a atuação de cada instituição que o integra nas diversas câmaras e serviços de compensação e de liquidação, prevenindo situações de risco sistêmico.

Sobre o assunto, seguem as considerações do Banco Central:

“A Lei 10.214, o marco legal da reforma do sistema de pagamentos brasileiro, estabelece, entre outras coisas, que:

- compete ao Banco Central do Brasil definir quais sistemas de liquidação são considerados sistemicamente importantes;
- é admitida compensação multilateral de obrigações no âmbito de um sistema de compensação e de liquidação;
- nos sistemas de compensação multilateral considerados sistemicamente importantes, as respectivas entidades operadoras devem atuar como contraparte central e adotar mecanismos e salvaguardas que lhes possibilitem assegurar a liquidação das operações cursadas;

²⁴³ “**Interpol prende Salvatore Caccionla em Mônaco**”, O Globo, 16/9/2007.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ “**Juiz de Mônaco decide destino de Cacciola**”, Correio Brasiliense, 18/9/2007.

²⁴⁶ “O Sistema de Pagamentos Brasileiro foi complementado por diversas medidas, introduzidas pela Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, que ‘dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiros e dá outras providências’; pela Resolução nº 2.882, do Conselho Monetário Nacional, que ‘dispõe sobre o sistema de pagamentos e as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação que o integram’ e pelas Circulares nº 3.057 e 3.101, ambas do Banco Central do Brasil” (trecho extraído da manifestação do Deputado Federal Luiz Carreira sobre o projeto de Lei Complementar n.º 122/2000, <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/161401.pdf>).

- os bens oferecidos em garantia no âmbito dos sistemas de compensação e de liquidação são impenhoráveis; e
- os regimes de insolvência civil, concordata, falência ou liquidação extrajudicial, a que seja submetido qualquer participante, não afetam o adimplemento de suas obrigações no âmbito de um sistema de compensação e de liquidação, as quais serão ultimadas e liquidadas na forma do regulamento desse sistema.”

Os grandes avanços que podem ser creditados à Lei n.º 10.214/01 dizem respeito à maior responsabilidade que as operadoras do sistema passam a ter sobre a gestão de seus riscos e a previsão de mecanismos de salvaguarda e garantidas que buscam minimizar a ocorrência de risco sistêmico.

Destaca-se, ainda, a promulgação da Emenda Constitucional n.º 40/2003, que alterou por completo a redação do art. 192 da Constituição Federal, retirando do texto constitucional a regulamentação de diversos assuntos afetos ao sistema financeiro nacional, passando a disciplina de tais matérias para a competência de leis complementares.

Essa alteração constitucional atende a uma das recomendações da CPI dos Bancos dirigida ao Congresso Nacional, no sentido de aprovar “projeto de emenda constitucional oriundo do Senado Federal, que contempla a regulamentação do art. 192 da Constituição Federal por leis complementares distintas²⁴⁷”.

Com isso, torna-se mais ágil e eficaz alterações legislativas que se fizerem necessárias para acompanhar as transformações do mercado financeiro.

Também merece destaque a edição da Lei Complementar n.º 105/2001, que trouxe importante inovação sobre as hipóteses de quebra do sigilo bancário. Um dos dispositivos mais relevantes desta lei possibilita o acesso de autoridades fiscais às informações de contribuintes sob processo de investigação, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

3.6. Melhoria nas estruturas

²⁴⁷ Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, novembro de 1999.

Como reflexo do episódio envolvendo os bancos Marka e FonteCindam, a reformulação do Sistema de Pagamentos Brasileiro²⁴⁸ representa significativo avanço em termos de melhoria estrutural. Essa também corresponde a mais uma providência derivada de recomendação da CPI, no sentido de o Banco Central providenciar a “remodelagem do sistema de pagamentos, elidindo a contribuição do atual lapso temporal no processamento das transações para a exacerbação do risco moral e da crise sistêmica”²⁴⁹.

IX. O Escândalo dos Precatórios

1. Apresentação do caso

1.1. Definição de precatório judicial

Em virtude da impenhorabilidade dos bens públicos definida pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 100), a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública se processa por meio de sistema diferenciado, em que não há apreensão forçada de bens.

Neste caso, a execução se opera pela emissão de precatório judicial²⁵⁰, que consiste na requisição feita pelo Juízo da Execução, por meio do Presidente do Tribunal competente, com vistas a que a entidade de Direito Público adote as providências necessárias para a inclusão no orçamento de crédito resultante de condenação judicial a ela imposta. Em outras palavras, o precatório é o título emitido pelo poder público por meio do qual são pagas as dívidas das entidades de Direito Público decorrentes de decisões judiciais.

²⁴⁸ “O Sistema de Pagamentos Brasileiro implantou o Sistema de Transferência de Reservas – STR, operado pelo Banco Central do Brasil, em que as transferências de fundos interbancários são liquidadas em tempo real, em caráter irrevogável e incondicional, e somente são liquidadas se houver saldo suficiente de recursos na conta de liquidação da instituição emitente da ordem.

Esse sistema encontra-se interligado também ao Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic, que opera com títulos públicos federais, o que permite a liquidação imediata dessas operações. Portanto, tanto as transferências de fundos entre instituições financeiras quanto as negociações com títulos, as duas formas de negociação que mais sensibilizam as contas de reservas bancárias, passaram a ficar sob permanente vigilância do Banco Central”. (trechos extraídos da manifestação do Deputado Federal Luiz Carreira sobre o projeto de Lei Complementar n.º 122/2000, <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/161401.pdf>).

²⁴⁹ Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, novembro de 1999.

²⁵⁰ A norma geral sobre pagamento de precatórios judiciais encontra-se no art. 100 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

1.2. Área em que ocorreu a fraude

A fraude dos precatórios foi detectada inicialmente no Município de São Paulo, na gestão do ex-Prefeito Paulo Salim Maluf (atualmente Deputado Federal) e do seu Secretário de Finanças Celso Pitta –que veio a se eleger Prefeito de São Paulo, tendo sido cassado do cargo–, onde se verificou a formação de esquema de desvio de dinheiro dos cofres públicos a partir da emissão de títulos públicos para o pagamento de precatórios judiciais.

A Emenda Constitucional n.º 03/93, no seu artigo 5º, vedou a possibilidade de emissão de títulos públicos por parte de Estados e Municípios²⁵¹ até o dia 31 de dezembro de 1999. Essa vedação importou na extinção de importante forma de obtenção de receita por referidos entes federados brasileiros. A própria Emenda Constitucional, todavia, previu exceção para a hipótese contida no art. 33, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁵², o que abriu a possibilidade para que Estados e Municípios voltassem ao mercado mobiliário e ampliassem suas respectivas dívidas públicas por meio da emissão de títulos públicos para a liquidação de precatórios pendentes de pagamento até o dia 5 de outubro de 1988.

A fórmula desenvolvida pela prefeitura de São Paulo, e depois disseminada para outros Municípios e Estados, consistia basicamente no lançamento de títulos públicos “inflados”, ou seja, emitidos em montante muito superior ao necessário para a finalidade a que deveriam se destinar: a liquidação de precatórios e conseqüente pagamento das dívidas dos Estados e Municípios decorrentes de condenações judiciais.

Conforme veiculado pela Revista Veja²⁵³,

“do dinheiro arrecadado, só uma fatia pequena foi usada de fato para pagar precatórios. O restante foi desviado para outras finalidades, incluindo financiamento de campanhas eleitorais. Apresentado em 1997, o relatório final da CPI estimou em quase 240 milhões de dólares o rombo nos cofres de oito governos estaduais e prefeituras. Dezessete pessoas e 161 instituições financeiras foram acusadas pelo golpe”.

²⁵¹ Art. 5.º “Até 31 de dezembro de 1999, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos, ressalvado o disposto no art. 33, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

²⁵² Art. 33. “Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição”.

²⁵³ Veja online (<http://veja.abril.uol.com.br/idade/corruptao/precatorios/resultado.htm>).

Em se tratando de lesão ao erário e de ofensa aos princípios basilares da Administração Pública, o escândalo atingiu o seu ápice no Estado de Alagoas, onde, segundo as investigações da Comissão Parlamentar de Inquérito²⁵⁴ instaurada no Congresso Nacional para apurar o caso, “nenhum centavo dos recursos arrecadados com a emissão de títulos foi utilizado para o pagamento de precatórios”.

Também digno de nota o que ocorreu em Pernambuco na operação de venda de títulos do Estado²⁵⁵: “(...) para saldar precatórios no valor de R\$ 26 milhões, foram vendidos R\$ 480 milhões em títulos, pagando-se R\$ 26 milhões em comissões ao Banco Votorantim e ao BANDEPE, e concedendo-se deságio na venda dos títulos de R\$ 100 milhões”.

A origem do esquema foi assim sintetizada pelo relatório da aludida CPI²⁵⁶:

“Até 1994 apenas o Estado e o Município de São Paulo haviam pedido autorização para emissão de títulos destinados ao pagamento dos precatórios judiciais, com fundamento no dispositivo constitucional do art. 33 do ADCT. (...)”

As provas e os depoimentos apontam unicamente para a equipe da Secretaria de Finanças da Prefeitura de São Paulo, que, detentora de vasta experiência em inflar precatórios do Município, montou uma verdadeira “fábrica de falcaturas”. A “Equipe” era composta por:

- a. Wagner Baptista Ramos, antigo servidor de carreira de uma empresa pública municipal, Comissionado como Chefe da Coordenadoria da Dívida Pública e detentor da “tecnologia” de inflar precatórios;
- b. Pedro Neiva Filho, ex-funcionário do Banco Votorantim, ex-vizinho e amigo do então Secretário de Finanças do Município, Sr. Celso Roberto Pitta do Nascimento, que o nomeou para cargo em comissão na Secretaria;
- c. Nivaldo Furtado de Almeida, ex-funcionário da Eucatex, contemporâneo na empresa de Celso Pitta, conhecedor de informática e igualmente nomeado para cargo em comissão na Secretaria em 08.06.95; e
- d. Maria Helena Moreira Cella, contadora de Carreira desde março de 1985.

Quanto ao patrocínio para preparação dos documentos das emissões, comprovou-se a participação do Banco Votorantim nos casos de Osasco, Pernambuco, Santa Catarina e Goiânia, e

²⁵⁴ Neste ponto, veja-se a conclusão a que chegou a CPI: “Podemos concluir, portanto, que, no caso de Alagoas, houve desvio de 100% das verbas das emissões de precatórios. Os desvios aconteceram com a mais absoluta “transparência”, sob a chancela de um Decreto governamental” (texto extraído do Relatório Final da CPI dos Títulos Públicos, agosto de 1997).

²⁵⁵ Relatório Final da CPI dos Títulos Públicos, agosto de 1997.

²⁵⁶ Idem.

do Banco Maxi-Divisa, em Alagoas. Há, ainda, indícios de patrocínio de empreiteiros paulistas nas emissões dos municípios da grande São Paulo. O início de todo o "Esquema" se deu quando o Sr. Wagner Baptista Ramos, que já havia preparado a instrução dos processos das diversas emissões do Município de São Paulo, passou a desenvolver "tecnologia de inflagem de precatórios", promovendo-a no município de São Paulo, e, posteriormente disseminando-a para os Estados e Municípios. (...)”.

Coordenava a referida “Equipe” o ex-Secretário de Finanças Celso Pitta que teve seu nome envolvido em várias operações com títulos públicos claramente dirigidas para favorecer agentes privados em detrimento dos cofres públicos do Município.

Um dos agentes beneficiados do esquema foi o Banco Vektor, importante operador de títulos públicos da prefeitura de São Paulo. À época da divulgação das fraudes, o nível de envolvimento existente entre o Banco Vektor e a “Equipe” da Secretaria de Finanças do Município revelava o total descaso por parte dos gestores municipais com os limites entre o público e o privado, conforme se depreende de alguns episódios extraídos do relatório da CPI:

“1º) durante o período compreendido entre 1995 e 1996, o Grupo Vektor e o Grupo da Secretaria de Finanças da Prefeitura do Município de São Paulo trocaram 2.243 ligações telefônicas entre si, em grande parte para aparelhos celulares de funcionários daquela Secretaria, conforme discriminação no Relatório da Subcomissão de Sigilo Telefônico (...); o fato demonstra profundo relacionamento entre as duas instituições;

2º) o Secretário das Finanças nomeou para cargo em confiança o Sr. Pedro Neiva Filho, que, além de já ter sido empregado do Banco Vektor (...), tem uma filha que trabalhava naquele Banco entre 95 e 96 e;

3º) nessa mesma oportunidade, em 27.09.95, de acordo com documento obtido junto ao Banco Vektor, foi enviado fax do Banco à casa de câmbio Made In Brazil, determinando a remessa de 460 mil dólares americanos aos Estados Unidos para a conta de PNF, junto ao Banco Republic *Intn'l Bank of New York*; observe-se que foram verificadas ligações telefônicas entre o Sr. Pedro Neiva e o referido Banco Americano;

4º) o Banco Vektor pagou, em março de 1996, o aluguel de veículo Tempira, da Empresa Localiza, para uso pela esposa do ex-Secretário da Fazenda do Município de São Paulo, Sra. Nicea Pitta (...). A contratação se deu por meio da empresa Fórmula Viagens e Turismo Ltda., pertencente à Sra. Ana Cristina Vilaça, esposa do Sr. Fábio Nahoum, Presidente do Banco Vektor.”

A “sucesso” na emissão fraudulenta dos títulos públicos para pagamento de precatórios, no Município de São Paulo, criou condições para o Sr. Wagner Ramos transferir a sua "tecnologia" a outros Municípios e Estados.

De acordo com o levantamento feito pela CPI dos Títulos Públicos, além da Prefeitura de São Paulo, o expediente de “inflagem” de precatórios para desviar recursos públicos também foi adotado pelos Municípios de Guarulhos, Campinas, Osasco e Goiânia, e pelos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Pernambuco e Alagoas.

Dentre os muitos pontos em comum relacionados a todos esses casos de fraude, é de se destacar a participação do Banco Central do Brasil e do Senado Federal como responsáveis pela autorização das emissões de títulos públicos aos entes políticos solicitantes.

Neste aspecto, o relatório da CPI em comento é esclarecedor ao apontar a atuação negligente, para dizer o mínimo, do Banco Central e do Senado Federal no tocante ao acompanhamento dos processos de emissão de títulos públicos e à observância dos requisitos legais inerentes a estas operações.

A Comissão apurou que no trâmite dos processos junto ao Banco Central, em muitos casos, não eram observados procedimentos rotineiros de fiscalização. Verificaram-se falhas grosseiras na instrução dos pedidos de emissão de títulos para pagar precatórios, sobretudo quanto à regularidade documental.

A esse respeito, destaca-se a seguir trecho do relatório da CPI acerca da análise da emissão de títulos para o Estado de Pernambuco:

“Vale lembrar, ainda, que o Banco Central tem o poder, e o dever, de exigir, de Estados e Municípios, toda e qualquer documentação necessária à instrução do pleito e ao esclarecimento de pontos duvidosos (Resolução 69/95, art. 17). Apesar das inúmeras lacunas contidas nos documentos enviados pelo Estado de Pernambuco, a Autoridade Monetária não exigiu esclarecimentos adicionais”.

No Senado Federal, pedidos de emissão foram aprovados mesmo diante de fortes indícios de irregularidades nas solicitações. Cita-se mais uma vez o caso do Estado de Alagoas, em que a CPI constatou que a atuação do Senado Federal “esteve longe de ser irrepreensível. (...)”

cabe observar a rapidez atípica com que foi elaborado e aprovado o Parecer pela Comissão de Assuntos Econômicos. No mesmo dia em que o pedido de Alagoas chegou à Comissão de Assuntos Econômicos, o Parecer foi redigido e aprovado”.

A postura do Senado Federal de descaso com o endividamento público também foi registrada na apreciação do pedido de emissão de Santa Catarina. Segundo os termos do relatório da CPI dos Títulos Públicos:

“Fica claro que não houve qualquer consideração mais aprofundada sobre as questões técnicas ou jurídicas subjacentes ao pedido de autorização de Santa Catarina. O Senado foi omissivo em seu papel de guardião do endividamento das unidades da Federação, permitindo uma brutal elevação da dívida mobiliária daquele Estado”.

1.3. Principais envolvidos:

a) Paulo Maluf²⁵⁷ – “Prefeito de São Paulo na época da emissão dos títulos, é acusado pelo Ministério Público de ter apresentado declarações falsas para obter do Senado e do Banco Central a autorização para o lançamento dos papéis. Depois de obter o aval, mandou colocar na praça Letras do Tesouro Municipal no valor de 600 milhões de dólares, mas usou menos de 24% do arrecadado para pagar precatórios, como mandava a lei”.

O ex-prefeito Paulo Maluf responde a inúmeros processos na justiça por atos de improbidade, corrupção, má-gestão e enriquecimento ilícito²⁵⁸. Todavia, o volume de denúncias e acusações contra Maluf não impediu a sua eleição para Deputado Federal, o mais votado pelo Estado de São Paulo em 2006²⁵⁹.

b) Celso Roberto Pitta do Nascimento²⁶⁰ – “Secretário municipal de Finanças da gestão Maluf, responde como co-réu às ações contra o ex-prefeito. Assinou ofícios recomendando a venda e a compra dos títulos, em operações que envolveram corretoras de má reputação no mercado e deram à prefeitura prejuízo estimado de 1,7 milhões de dólares”.

Segundo informações constantes do relatório da CPI, “(...) as vendas de títulos eram autorizadas por meio de ofícios assinados pelo Sr. Secretário, sem a necessária publicação prévia de edital de oferta pública dos mesmos”.

²⁵⁷ Veja online (www.veja.com.br), 05/05/2000.

²⁵⁸ “Pitta e Maluf devem mais de R\$ 19 bi aos cofres públicos”, Jornal de Brasília, 19/02/2006.

²⁵⁹ Veja online (www.vejaonline.abril.com.br), 02/10/2006.

²⁶⁰ Veja online (www.veja.com.br), 05/05/2000.

Notícia recente²⁶¹ sobre os resultados das medidas judiciais intentadas contra Paulo Maluf e Celso Pitta dá conta de que após dez anos dos acontecimentos a “(...) Justiça ainda não decidiu se Maluf e Pitta são culpados ou inocentes. O processo está no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vai decidir se extingue a ação, como pede a defesa, ou se determina o retorno dos autos para a primeira instância, como sentenciou o Tribunal de Justiça para perícia”.

c) Wagner Baptista Ramos²⁶² – as investigações da CPI indicam o Sr. Wagner Ramos como o mentor intelectual da indústria de fabricação de precatórios “inflados”. A experiência à frente da Dívida Pública do Município de São Paulo e o excelente relacionamento que mantinha com agentes do mercado financeiro renderam-lhe a possibilidade de obter bons rendimentos com a transferência da “tecnologia” que havia implantado em São Paulo para outros Municípios e Estados. “Considerado o inventor da fórmula para turbinar o valor dos precatórios, é acusado de trabalhar ao mesmo tempo para a prefeitura e para uma das instituições que mais lucraram com a compra e a venda dos títulos, o banco Vetor”.

Prova disso foi sua participação na preparação de documentos para emissão de títulos nos Estados de Pernambuco e Santa Catarina, em que prestou serviço ao Banco Vetor, trabalho que lhe rendeu “significativa participação nos ganhos das negociações e das taxas de sucesso decorrentes das emissões desses Estados, chegando a cumular cerca de US\$ 1,3 milhões depositados nos Estados Unidos”²⁶³.

Foi demitido, teve o sigilo telefônico quebrado, cofre de aluguel lacrado, e as contas bancárias e bens bloqueados pela CPI.

d) Pedro Neiva – indicado por Celso Pitta, atuou ativamente nas negociações de transferência de tecnologia de precatórios superestimados junto às instituições financeiras. Acumulou patrimônio incompatível com a remuneração do cargo que ocupava na prefeitura de São Paulo, tendo sido beneficiado com depósitos consideráveis no exterior.

²⁶¹ Portal do Grito, “**Escândalo dos precatórios completa dez anos**” (www.portalgrito.com.br).

²⁶² Veja online (www.veja.com.br), 05/05/2000.

²⁶³ Relatório Final da CPI dos Títulos Públicos, agosto de 1997.

Teve o sigilo telefônico quebrado pela CPI, mas conseguiu liminar no STF suspendendo a decisão.

e) Nivaldo de Almeida – também ingressou na Secretaria de Finanças de São Paulo por indicação de Celso Pitta, com quem havia trabalhado na empresa privada Eucatex.

Atuava com Wagner Ramos na elaboração de planilhas voltadas para a “inflagem” de precatórios judiciais. Era responsável pela preparação dos dados necessários aos processos de solicitação de emissão de títulos dos Estados que firmaram contrato com o Banco Votorantim.

f) Paulo Afonso Vieira²⁶⁴ – “Governador de Santa Catarina entre 1994 e 1998, patrocinou a emissão de papéis que renderam mais de 600 milhões de dólares, embora o Estado não tivesse um único centavo de dívida judicial a pagar. Em 1997, escapou da cassação, em votação na Assembléia Legislativa catarinense, porque faltaram dois votos para aprovar o pedido de impeachment”.

g) Divaldo Suruagy²⁶⁵ – “Governador de Alagoas por ocasião da farra dos precatórios, foi de todos os envolvidos o mais rapidamente punido, ao menos no campo político. Ainda em 1997, não conseguiu honrar uma dívida de pouco mais de 100 milhões de reais, contraída com o lançamento irregular de papéis. O Estado sofreu, então, uma intervenção branca do governo federal, que nomeou secretários e proibiu o governador de autorizar despesas. Com salários atrasados, os funcionários estaduais promoveram uma rebelião comandada pela PM e Suruagy teve de renunciar ao cargo”.

h) Miguel Arraes²⁶⁶ – “Ícone da esquerda e dono de biografia até então inatacável, governava Pernambuco pela terceira vez quando autorizou a emissão de mais de 400 milhões de dólares em títulos para o pagamento de dívidas inexistentes. Seu secretário de Fazenda na época era o neto Eduardo Campos, o ‘Dudu Beleza’, que chefiou o lançamento dos papéis”.

1.4. Como o escândalo se tornou conhecido

O escândalo veio a público inicialmente com Reportagem da Revista Veja que veiculou matéria sobre o pagamento efetuado por instituição financeira de aluguel de carro para a esposa do então Secretário das Finanças Municipais de São Paulo (Celso Pitta).

²⁶⁴ Veja online (www.veja.com.br), 05/05/2000.

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Idem.

2. Indicação das razões que propiciaram a ocorrência da fraude

Atribui-se à deficiência do modelo atual de execução contra a Fazenda Pública como um dos principais motivos para o cometimento de desvios. Na lição de Léo da Silva Alves²⁶⁷, a ocorrência de fraude em precatórios é fruto do próprio procedimento a que se submetem os credores da Fazenda Pública. Ressalta o autor que:

“O cidadão espera, às vezes, 20 anos na Justiça para conseguir que transite em julgado uma decisão favorável. Depois, na prática, mais 15 anos para receber o que a Constituição garante que lhe é de direito. Mas não recebe: já morreu. Morreu de desgosto. Morre, talvez, à mingua. (...) A alternativa para muitos é entrar num esquema de verdadeiros bandidos de gravata, que operam milagrosamente nos meandros do poder e conseguem arrancar uma parte do que é devido ao credor legítimo, ficando com a porção maior. E, geralmente, muito maior”.

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes

3.1. Ações propostas

Foi constituída Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para apuração das fraudes e identificação dos responsáveis. Dentre as sugestões apresentadas pela CPI, na conclusão dos trabalhos, merece destaque a proposta de mudança na legislação penal para tipificar “(...) como crime qualquer prática que, de alguma forma, contribua para a ‘lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores’, cominando severa e desestimuladora penalidade, indicando como agravante a manipulação de recursos que tragam prejuízo a qualquer erário ou que sejam oriundos do tráfico de drogas”.

No relatório da CPI consta a orientação de que “a legislação relativa ao crime organizado permita à Secretaria da Receita Federal, ao Banco Central do Brasil e ao Departamento de Polícia Federal a constituir FORÇA TAREFA, formada por profissionais

²⁶⁷ “O eterno escândalo dos precatórios”, 2002, p. 39.

especializados dos referidos órgãos, para atuação em casos concretos de relevância, que exijam trabalho integrado e harmônico bem como a troca de informações entre os setores envolvidos”.

Ressalta-se também a proposta de alteração legislativa para possibilitar à Secretaria da Receita Federal o acesso a informações bancárias de correntistas de instituições financeiras, fixando-se, inclusive, a obrigação para estas entidades e para as Centrais de Liquidação e Custódia de Títulos e as Bolsas de Valores e de Mercadorias e Futuros de encaminharem à Receita Federal dados relativos a movimentações financeiras de interesse do órgão, na forma da lei.

3.2. Prisões decretadas

Não obstante a instauração de diversos inquéritos e a propositura pelo Ministério Público de ações penais e civis por ato de improbidade administrativa, não se tem notícia de que algum dos envolvidos esteja cumprindo pena pelos ilícitos praticados à época.

3.3. Recursos recuperados

Não se tem notícia sobre qualquer ressarcimento aos cofres municipais e estaduais lesados pelo esquema aqui apresentado.

3.4. Melhoria na legislação

Um dos importantes avanços em termos de alteração legislativa derivados do escândalo dos precatórios foi a edição da Lei n.º 9.613/98²⁶⁸, que tipifica os crimes de ocultação

²⁶⁸ Destaca-se o art. 1º da Lei n.º 9.613/98: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo;

II – de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

e lavagem de dinheiro, direitos e valores. Convém assinalar que a elaboração da referida lei é resultado de proposta específica consignada no relatório da CPI dos Títulos Públicos²⁶⁹. Certo é que

“(...) escândalos de proporções nacionais que vieram à tona na última década (esquema PC/Collor, as grandes fraudes contra o INSS ocorridas no Rio de Janeiro, o esquema criminoso do Orçamento da União, dentre outros, descortinaram uma realidade sórdida de movimentação expressiva de recursos provenientes de crimes contra a Administração Pública, o que justificou sua inclusão no inc. V do art. 1º da Lei n. 9.613. O mesmo se diga com relação às grandes fraudes operadas no sistema financeiro nos últimos anos, das quais o assim chamado ‘escândalo dos Precatórios’ é o exemplo mais recente, razões suficientes para a inclusão dos crimes contra o sistema financeiro no inc. VI do mesmo artigo”.

Outra medida motivada pelo escândalo dos precatórios que pretende evitar futuras ocorrências de fraudes se refere a dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), que proíbe que títulos sejam emitidos sem registro numa central de custódia²⁷⁰.

Também merece destaque a edição da Lei Complementar n.º 105/2001, que trouxe importante inovação sobre as hipóteses de quebra do sigilo bancário. Um dos dispositivos mais relevantes desta lei possibilita o acesso de autoridades fiscais às informações de contribuintes sob processo de investigação, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira

Pena: reclusão de três a dez anos e multa”.

²⁶⁹ Silvana Batini do Nascimento, “Sonegação fiscal e "lavagem" de dinheiro: Uma visão crítica da Lei n. 9.613/98”, (www.cjf.gov.br/revista/numero5).

²⁷⁰ Art. 61. “Os títulos da dívida pública, desde que devidamente escriturados em sistema centralizado de liquidação e custódia, poderão ser oferecidos em caução para garantia de empréstimos, ou em outras transações previstas em lei, pelo seu valor econômico, conforme definido pelo Ministério da Fazenda”.

3.5. Melhoria nas estruturas

A criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF talvez seja a principal alteração estrutural voltada para a identificação de transações financeiras relacionadas a atos de corrupção²⁷¹.

Além do COAF, outras autoridades, tais como a Polícia Federal, a Receita Federal, a Controladoria-Geral da União e o Ministério Público, têm-se engajado de forma sistemática e progressiva no combate à lavagem de dinheiro, o que pode ser visto no aumento do número de investigações e condenações. Essas autoridades têm ampliado suas capacidades de atuação, quer seja ampliando recursos, quer seja cooperando com outros órgãos para intercâmbio de informações e experiências. Além disso, os tribunais especializados recém-criados para julgar estes processos também aumentaram os esforços na luta contra o crime de lavagem de dinheiro.

X. Escândalo da construção do fórum trabalhista de São Paulo²⁷²

1. Apresentação do caso

1.1. Área em que se verificou

A história do Brasil tem sido marcada, como se pode verificar pelo exame de diversos escândalos relacionados ao mal uso dos recursos públicos e pela descoberta de complexos esquemas de corrupção que ganharam expressiva divulgação na mídia.

Certamente um dos casos de maior repercussão, ocorrido no início da década de 1990, tornou-se conhecido como o escândalo do Tribunal Regional do Trabalho - TRT de São Paulo, ocorrido na construção do edifício Sede do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo.

²⁷¹ Para maiores considerações acerca do sistema de controle de lavagem de ativos e sobre a instituição e funcionamento do COAF, vide Capítulo II.

²⁷² Referência especial devo fazer ao aluno da Universidade de Brasília Carlos Maurício Lociks de Araújo, servidor do TCU, pela imensa ajuda de pesquisa acerca do presente escândalo de corrupção.

A importância deste escândalo pode ser medida pelo fato de que sua divulgação levou o Senado Federal a instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras do Senador Paulo Souto²⁷³, relator do caso na CPI do Judiciário:

“(...) estou absolutamente convicto de que mesmo num País onde são relativamente comuns os episódios narrando irregularidades em obras públicas, dificilmente pode ter acontecido um caso tão gritante como este, relacionado à obra do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.”

Trata-se de hipótese importante para o fins propostos neste trabalho de tese haja vista ter ocorrido em área considerada historicamente vulnerável à fraude e à corrupção: licitações e execução de contratos de obra pública.

O esquema, que redundou, em números oficiais, no desvio de cerca de R\$ 170 milhões em recursos públicos federais –valores que, devidamente atualizados pela moeda norte-americana, representam aproximadamente US\$ 250 milhões–, envolveu irregularidades desde a elaboração do edital de licitação destinado à contratação do empreendimento até crime de lavagem de dinheiro, sendo merecedores de destaque os seguintes aspectos: fixação, no edital, de objeto contratual impreciso, incomum e inadequado à natureza do empreendimento; elaboração de projeto básico falho e incompleto das obras; conluio entre os licitantes; contratos simulados para habilitação de empresas no certame; superfaturamento da obra por intermédio de medições superestimadas de quantitativos de serviços realizados; falhas graves na fiscalização da execução física da obra.

O exame deste caso se revela de alta importância porque permite identificar, de modo evidente, os pontos vulneráveis nas estruturas da Administração Pública voltados para a execução de contratos públicos. Trata-se, a rigor, de verdadeira lição de fraude em que o

²⁷³ Relatório final específico sobre as ilegalidades e superfaturamento na obra do TRT de São Paulo, no âmbito da CPI do Judiciário, apresentado pelo Senador Paulo Souto, em 17/11/1999, constante do documento intitulado “Notas da Comissão Parlamentar de Inquérito Referente a 60ª Reunião Ordinária de 17/11/1999 da CPI: Justiça”.

despudor e a forma ostensiva com que atuaram os agentes envolvidos somente pode ser explicado pela certeza da impunidade.

As informações analisadas acerca deste escândalo foram basicamente retiradas do Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, CPI instalada no Congresso Nacional para apurar irregularidades no Poder Judiciário brasileiro; de processos conduzidos pelo Tribunal de Contas da União - TCU sobre o tema, em especial os proferidos no âmbito do processo de número TC 001.025/1998-8, referentes a Relatório de Auditoria nas obras em referência –posteriormente convertido em Tomada de Contas Especial–, e em notícias veiculadas na Internet, por veículos jornalísticos.

1.2. Como o escândalo se tornou conhecido

Chamou a atenção da mídia, e do Ministério Público, a demora na conclusão de imensa obra na mais importante cidade do Brasil. Os fatos se tornaram especialmente turbulentos quando trabalhos de fiscalização realizados pelo Tribunal de Contas da União revelaram que, não obstante a obra se encontrasse ainda na fase de conclusão de sua estrutura, já haviam sido liberados recursos que importariam na liquidação de praticamente 100% (cem por cento) do valor estimado do empreendimento. Para apurar este e outros possíveis escândalos ocorridos no âmbito do Poder Judiciário, foi instalada Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI no Senado Federal, que confirmou a ocorrência da fraude e obteve dados acerca da atuação dos envolvidos.

A partir do ano de 1998, pode-se afirmar que a construção do edifício sede do TRT de São Paulo ganhou o status de escândalo nacional.

2. Razões que propiciaram a ocorrência da fraude - Esquema de Desvio de Recursos

As apurações das irregularidades envolveram o esforço conjunto de diversos órgãos, com destaque para a Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal destinada à apurar as

irregularidades praticadas por integrantes do Poder Judiciário (CPI do Judiciário), o Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério Público Federal (MP) e os veículos jornalísticos.

Ao longo das apurações, foi possível identificar os aspectos vulneráveis na estrutura da Administração Pública do Poder Judiciário e em que aspectos os responsáveis pelo desvio dos recursos atuaram para tornar possível a ocorrência da fraude.

Indicaremos, em seguida, onde ocorreram as distorções que permitiram a ocorrência da fraude.

2.1. Edital de licitação impreciso e vago

Conforme apurado pela CPI do Judiciário, o esquema de corrupção que envolveu as obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo se iniciou logo na elaboração do edital de licitação. Em janeiro de 1992, foi publicado o edital cujo objeto era “a aquisição de imóvel, em construção ou a construir, adequado para a instalação de, no mínimo, 79 juntas de conciliação e julgamento na cidade de São Paulo, podendo permitir a ampliação para a instalação posterior de mais 32 juntas”²⁷³.

Tratava-se de definição imprecisa, que não delimitava as especificações mínimas necessárias à execução do contrato (construção de juntas de conciliação e julgamento para a Justiça de Trabalho). As empresas que atuavam no setor, acostumadas com os tão frequentes favorecimentos, souberam identificar na descrição imprecisa e vaga do objeto indicado no edital da licitação, a existência de informação privilegiada e de que o contrato foi definido de modo a favorecer grupo empresarial específico. Ou seja, o nível de imprecisão do objeto era forte indicativo de que a licitação era tão-somente jogo de cartas marcadas, em que somente apresentaria proposta a empresa que tivesse obtido informação privilegiada dos funcionários do referido Tribunal do Trabalho sobre o que de fato seria executado. Além disso, definiu-se preço fixo para a obra, sem parâmetros consistentes. Foi igualmente estipulado que os pagamentos decorrentes do futuro contrato dependeriam de repasses de recursos do Tesouro Nacional, fato que criaria total incerteza por parte da empresa contratada acerca do recebimento dos pagamentos.

Segundo o Tribunal de Contas da União, que investigou a execução do contrato, o objeto licitado foi inadequado, pois o caso exigia “dois certames distintos: um para a aquisição do terreno, outro para a realização das obras propriamente ditas. Desse erro inicial, originaram-se diversas outras impropriedades decorrentes da elaboração do contrato, uma vez que esse fora redigido como se a operação fosse uma simples ‘aquisição’ [contrato de promessa de compra e venda], e não uma contratação de obra pública, como realmente era”²⁷⁴.

Além dos fatores acima indicados relacionados às condições do edital, os elevados índices de inflação verificados no Brasil no período em que foi divulgada a licitação (1992) igualmente contribuíram para afastar a maioria dos licitantes. Das trinta empresas que procuraram o Tribunal do Trabalho para obter cópia do edital, apenas duas participaram efetivamente do certame: Incal - Indústria e Comércio de Alumínio e Construtora Augusto Veloso em consórcio com o Grupo OK.

Pode-se inferir, portanto, que o primeiro passo para conformar o esquema de fraude foi exatamente a elaboração de edital com características que afastariam eventuais empresas desconhecedoras –ou excluídas– do esquema de fraude que se perpetrava. Essa conclusão é compartilhada no citado Relatório Final da CPI, que assim consignou:

“É evidente que, no momento da assinatura do contrato, muitas das cláusulas que afastaram alguns concorrentes foram retiradas do contrato. Isso é algo extremamente grave porque muitas empresas não participaram da licitação por causa daquelas cláusulas.”

2.2. Falta de qualificação técnica e econômica da empresa contratada

Não obstante a licitação tivesse sido vencida pela empresa Incal - Indústria e Comércio de Alumínio, em razão de arranjos societários o contrato para a execução da obra – que compreendia, além da construção do edifício, a venda do imóvel onde ocorreria a

²⁷⁴ Trecho do Relatório que integra o Acórdão 45/99-TCU-Plenário, proferido no processo TC 001.025/1998-8, referente a Relatório de Auditoria realizada nas obras do Fórum Trabalhista de São Paulo, em 1992.

construção— acabou por ser adjudicado a uma empresa que sequer participou da concorrência, a Incal Incorporações. De se ressaltar, ademais, que o objeto do contrato, de aproximadamente US\$ 140 milhões, foi adjudicado a referida empresa cujo capital social era de cerca de US\$ 70. Ainda segundo o Relatório da CPI do Judiciário, havia indícios de que a Incal Alumínio foi constituída como instrumento de participação indireta dos Grupos Monteiro de Barros e OK na licitação.

2.3. Pagamentos sem a contrapartida em serviços

Segundo apontado nas investigações conduzidas pelo TCU, pactuou-se “a liberação de parcelas em datas específicas, independentemente da realização de medições físicas dos serviços realizados, contrariando praxe comum nos contratos de obras públicas, o que estaria a caracterizar o pagamento antecipado dos serviços.”

Com efeito, tão logo foi assinado o contrato, principiaram os pagamentos, feitos de forma antecipada, sem que houvesse a devida contraprestação prévia dos serviços. Desses pagamentos, cerca de R\$ 36 milhões foram antecipados para a compra do terreno. Não obstante, apenas pouco mais de sete milhões de dólares foram necessários à aquisição do terreno. Na escritura de compra e venda do terreno, constaram apenas cerca de US\$ 4 milhões. As apurações feitas pelo TCU, concluíram, mediante pesquisa de mercado, que o custo do imóvel adquirido foi cerca de 20% superior aos níveis de mercado. Esses números já bastariam para dar idéia do total descontrole que iria ser a marca da execução do contrato.

2.4. Lavagem do dinheiro

Outra verificação importante, efetuada pela CPI do Judiciário, foi o complexo esquema de lavagem do dinheiro ilegalmente montado.

Para uma boa compreensão, transcrevem-se as seguintes passagens do Relatório apresentado pelo Senador Paulo Souto, na CPI do Judiciário:

“O ponto que considero importante é que começamos a rastrear as primeiras ordens de pagamento, objeto dessa entrada. Qual foi o destino dessas ordens de pagamento feitas antes que a obra tivesse começado? (...) Rastreamos desde a chamada OB, que saiu do Tribunal Regional do Trabalho para a empresa construtora, e vamos ver o que acontece, claro que não vou fazer isso em todas, em alguma dessas, insisto, entre os primeiros pagamentos feitos pelo Tribunal ao Grupo Monteiro de Barros. Essa ordem de pagamento do mês de junho de 1992, portanto naquela fase de pagamento do sinal, em torno de US\$ 4,8 milhões. Isso foi depositado no Banco do Brasil. E, no Banco do Brasil (...) ela passeava entre diversas contas da empresa. Uma parte disso (...), US\$1,76 milhões, foi utilizada para um dos pagamentos do terreno. Cerca de US\$3 milhões foram para as contas do Banco Cidade. A conta inicial do Banco do Brasil era uma só, as contas do Banco Cidade eram várias, e eles simplesmente transferiam de uma conta para outra. E aí começou a haver o destino desse dinheiro. Nessa ordem que está mostrada aí, cerca de US\$2 milhões, ou seja, 42,8%, foi transferência, mediante a compra de cheque administrativo e emissão de documentos para o Grupo OK. Cerca de US\$200 mil para diversos bancos paraguaios. Isso era feito de que forma? Eram feitas transferências para contas CC-5²⁷⁵, do Grupo Monteiro de Barros para a conta CC-5, de instituições financeiras paraguaias em Foz do Iguaçu, um esquema muito semelhante a tudo que aconteceu com lavagem de dinheiro em diversos outros casos já focalizados. Esse dinheiro, então, foi para diversos bancos paraguaios e cerca de oitocentos mil, ou seja, 16%, para pessoas físicas e jurídicas que não conseguimos observar nenhuma vinculação com a construção. O que é importante nisso? É que há uma certa premeditação do desvio do dinheiro. Então, as primeiras transferências, a obra não havia sido iniciada, e começa a ter uma destinação de recursos, objeto absolutamente estranho à obra.

Do trecho acima, percebe-se que uma das formas utilizadas para ludibriar os órgãos de controle foi a promoção de freqüentes movimentações bancárias dos recursos que se pretendia “lavar”, dispersando-os em diversas contas e, por fim, repassando-os a bancos no exterior.

²⁷⁵ Conta especial transitória, definida pelo Banco Central do Brasil, destinada à transferência de recursos para o exterior.

Neste ponto, cumpre explicar o que sejam as contas CC5 –já referidas em escândalos anteriores.

Em sua origem, tratavam-se de contas bancárias em moeda nacional cujo titular era pessoa não-residente no Brasil. Em vista dessa peculiaridade, o titular podia converter livremente seus saldos em dólares até o limite do valor internalizado, também em dólares. Seu nome –CC5– deriva da Carta Circular número 5 do Banco Central do Brasil. Em regra, as contas CC5 possuem, como titulares, bancos estrangeiros. Tais contas podem receber depósitos em reais de pessoas brasileiras, que são convertidos, pelo titular da CC5, em disponibilidades em dólares no exterior. É uma forma de transferir recursos para outros países. Atualmente, não mais existe limite às transferências.

O Tribunal de Contas da União realizou auditoria específica para aferir o controle do Banco Central do Brasil sobre as transferências efetuadas por meio das contas CC5 (processo TC 928.358/1998-4). Na ocasião, detectaram-se falhas de controle, principalmente quanto à identificação dos responsáveis pelas transferências. Em termos mais específicos, o Tribunal de Contas²⁷⁶ apurou a existência de:

(...) concessões especiais, autorizadas pelo então Diretor de Assuntos Internacionais do Banco Central do Brasil, para que determinadas agências de cinco Bancos na cidade de Foz do Iguaçu/PR, pudessem acolher nas contas CC5, ou seja, contas de não-residentes, depósitos em espécie em valores superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a partir do final de abril de 1996, sem a obrigatoriedade de identificação da proveniência e destinação dos recursos e da natureza dos pagamentos.

Segundo o Ministro Adylson Motta, do TCU, um dos exemplos de fiscalização inadequada do uso das contas CC5 foi exatamente o caso das obras do TRT de São Paulo, em

²⁷⁶ Trecho do Voto do Ministro Adylson Motta, relator do Acórdão 130/2001 – Plenário, proferido em 30/5/2001 (in DOU de 12/6/2001).

que 30 bilhões de dólares, dos recursos desviados, foram retirados do País pelas contas CC5, conforme apurado pelo TCU e pela CPMI do Banestado²⁷⁷.

Para maiores considerações acerca do sistema de controle de lavagem de ativos no Brasil, remetemos o leitor ao Capítulo II, na parte em que se examina o órgão encarregado de fiscalizar as movimentações financeiras suspeitas. Aqui, observamos que os atos foram praticados antes da implantação, no Brasil, de qualquer sistema de lavagem de ativos e antes da vigência que tipificou como crime os atos de encobrimento e lavagem de capitais, que foi promulgada em 1998.

2.5. Pagamentos a agentes públicos

A CPI do Judiciário, acessando informações bancárias dos envolvidos, apurou diversos pagamentos inexplicados feitos pela Corretora Split ao Juiz Nicolau dos Santos Neto, então Presidente do TRT/SP, e vice-versa. Segundo o Relatório do Senador Paulo Souto:

“Essa mesma empresa fez pagamentos, não explicados, ao Juiz Nicolau, essa empresa que recebia esses depósitos – aí estão cheques da Split para o Juiz Nicolau, cheques que não estão absolutamente explicados. E uma primeira relação já entre o Juiz Nicolau e a empresa é que ele também, numa das contas que obtivemos, fez um depósito de um milhão de dólares para essa empresa. Através de uma das contas que ele tinha, ele depositou, através desse banco, o Commercial Bank of New York, à ordem da Real State Investment, um milhão de dólares. Só estou falando isso para vocês verem que começa a aparecer a relação do juiz com empresas que de alguma forma tinham operações com a empresa do Grupo Monteiro de Barros.”

A CPI do Judiciário, por meio do seu relatório final, informou, ainda, o envolvimento do “Grupo Monteiro de Barros na compra do apartamento em Miami, que hoje

²⁷⁷ Informação prestada por ocasião de depoimento do Ministro Adylson Motta na Sub-relatoria de Normas de Combate à Corrupção da CPMI dos Correios, em 9/2/2006 (Fonte: Agência Câmara. Internet. Disponível em www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp. Acesso em 14/11/2006. Matéria: “Presidente do TCU reclama de falta de verba e informações”).

não temos nenhuma dúvida de que é um apartamento que pertence a uma empresa [...] do Juiz Nicolau dos Santos Neto.”

Outra prova obtida pela CPI, sobre os pagamentos feitos ao Juiz Nicolau dos Santos relacionados às obras do TRT/SP são os depósitos feitos em contas do magistrado na Suíça. Vale reproduzir o seguinte trecho do multicitado relatório:

“Sem dúvida nenhuma, uma das coisas mais importantes é essa tabela de ordem bancárias do Tesouro Nacional e os depósitos feitos na conta da Suíça, na conta do Dr. Nicolau.

Vejam bem, na primeira, à esquerda, estão as ordens bancárias e o valor depositado nas contas do juiz na Suíça. Um fato extremamente importante é que aquele primeiro grupo mostra as datas das ordens bancárias, que vão do mês 4 ao mês 7 - isso foi mais ou menos em 1992 -, quando são paralisadas, ou seja, no mês 7, de 1992, elas desaparecem; até o mês 7, de 1993, desaparecem completamente os depósitos feitos na conta da Suíça. Um ano depois, quando os pagamentos do TRT de São Paulo são retomados, no dia 14/07, são retomados os depósitos das ordens bancárias na Suíça.

O objetivo disso é realmente mostrar uma relação muito forte entre o recebimento das ordens bancárias pelo Grupo Monteiro de Barros e os depósitos feitos na conta do Juiz Nicolau Santos Neto, na Suíça. O total dessa conta da Suíça é aproximadamente 7 milhões, 6 milhões e 900 e tantos.”

Obtiveram-se provas de enriquecimento ilícito do citado juiz durante a execução da obra em exame. Um dos exemplos marcantes foi a aquisição de apartamento em Miami. Segundo a CPI, verificou-se a transferência de dinheiro da Suíça para Miami para pagar o que seria 90% do montante do referido apartamento, cujo valor total seria US\$ 800 mil.

A CPI do Judiciário obteve, ainda, outras informações que incriminaram o Juiz Nicolau dos Santos Neto, valendo destacar a coleta de informações junto a órgãos governamentais dos Estados Unidos.

2.6. Fraude na fiscalização da obra (superfaturamento de serviços)

Somente após determinação do TCU, o TRT da 2ª Região (ou TRT/SP) contratou, em 1993, o Engenheiro Antonio Carlos Gama e Silva, para fazer as medições da obra, previamente aos pagamentos.

Essa medida não se mostrou, todavia, suficiente para evitar o desvio. As medições reputadas a esse engenheiro indicavam, em janeiro de 1998 –quando a obra foi paralisada–, cerca de 98% de conclusão da obra. No entanto, levantamentos periciais, in loco, demonstraram que aquele percentual era muitíssimo superior ao efetivamente executado. Fato agravante foi a verificação, pela CPI do Judiciário, por meio do acesso a extratos bancários, de depósitos diversos feitos pelo Grupo Monteiro de Barros em conta bancária do Engenheiro Gama e Silva. Segundo o Relatório da CPI, foram pagos cerca de “US\$ 42 mil dólares [ao engenheiro] ao longo de toda essa obra, nos anos de 93 e 94, demonstrando que, ao mesmo tempo que ele fiscalizava uma empresa, ele recebia recursos dessas empresa.”

Outra fraude apurada nas medições dos serviços executados foi a falsificação de rubricas do Engenheiro Gilberto Morand Paixão em laudos referentes às obras do TRT/SP, fato noticiado nos Acórdãos 163/2001 e 301/2001, ambos do Plenário do TCU.

2.7. Aditivos contratuais indevidos

Outro meio de fraude apurado no esquema, desta feita pelo TCU, foi a realização de aditivos contratuais para a elevação dos valores devidos à contratada, sob o pretexto de busca de reequilíbrio econômico financeiro da avença sem que tivesse sido evidenciado o desequilíbrio necessário à repactuação.

2.8. Falhas graves nos projetos de construção e dificuldades para a mensuração do real valor da obra

Também relevante foi o reflexo da ausência ou insuficiência do projeto básico, e da ausência de projeto executivo, sobre a possibilidade de medir-se o real valor da obra. Com isso, seria difícil quantificar o débito a favor do Erário. Não obstante esse obstáculo, o TCU, com o auxílio da Caixa Econômica Federal (empresa pública que atua fortemente na área de construção imobiliária), apurou o real valor da obra, no estado em que se encontrava, subtraindo-o do somatório dos valores pagos pelo TRT/SP no bojo do malsinado contrato. Obteve, assim, um valor histórico de R\$ 169 milhões, a configurar o débito imputado aos responsáveis.

2.9. Resumo das falhas que propiciaram a fraude

Dentre os possíveis fatores que permitiram o desenvolvimento do esquema, pode-se citar:

- ausência ou insuficiência de controle prévio ou concomitante do procedimento licitatório, eivado das seguintes anomalias: elaboração de edital impreciso e com cláusulas desvantajosas ao futuro contratado, que afastaram concorrentes, reduzindo-os ao grupo de empresas em conluio; definição de objeto inadequado e obscuro, contrário às disposições legais e ao interesse público (confusão entre licitações para aquisição de terreno e de obra pública); incompletude do projeto básico;
- ausência ou insuficiência de fiscalização concomitante da obra, ensejando medições fraudulentas, pagamentos indevidos e antecipados, desvio de recursos etc.;
- falhas no controle de remessas de divisas ao exterior, mediante a sistemática das contas CC5, facilitando a lavagem do dinheiro desviado;
- impossibilidade de acesso, pelo TCU, a informações protegidas por sigilo, em especial as referentes a extratos bancários, tendo em vista que a fiscalização efetuada em 1992 chegou a apontar várias irregularidades na licitação, no contrato e na execução contratual, porém, em face da complexidade da obra e da ausência de provas mais contundentes, a fiscalização não atingiu a eficácia esperada.

2.10. Agentes envolvidos

A CPI do Judiciário concluiu pela responsabilização dos seguintes agentes:

- Juiz Nicolau dos Santos Neto (Presidente do TRT/SP – responsável pela licitação, contratação e pagamentos efetuados);
- membros da Comissão de Licitação e da Comissão de Construção (responsáveis pela licitação);
- Engenheiros Antonio Carlos da Gama e Silva e Gilberto Paixão Morand²⁷⁸ (responsabilizados pelas medições falsas);
- Juiz Délvio Buffulin (Presidente do TRT/SP, sucessor do Juiz Nicolau, que assinou aditivo e autorizou pagamentos, de forma indevida);
- Fábio Monteiro de Barros e José Eduardo Ferraz (representantes da contratada);

A CPI propugnou, ainda, pelo enquadramento penal de diversos agentes, conforme demonstrado a seguir:

“No art. 312, peculato, o Juiz Nicolau dos Santos Neto , os Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho, José Eduardo Ferraz e Antônio Carlos Gama e Silva. No emprego irregular de verbas públicas, o Juiz Délvio Buffulin, e indícios também da participação do Juiz Nicolau e do engenheiro Gilberto Morand Paixão nesse ilícito.

Nos arts. 333 e 317, corrupção ativa e corrupção passiva, o Juiz Nicolau dos Santos Neto e os representantes das empresas do Grupo Monteiro de Barros, Fábio Monteiro de Barros e José Eduardo Ferraz.

No art. 171, estelionato, Fábio Monteiro de Barros e José Eduardo Ferraz e indícios que devem ser vistos da participação do engenheiro Antônio Carlos Gama, que produziu, dolosamente, relatórios que não correspondem à realidade com o intuito de justificar esses pagamentos.

²⁷⁸ Posteriormente, o Eng. Gilberto Moran Paixão comprovou sua inocência, demonstrando que suas assinaturas em documentos que o incriminavam era falsas.

No art. 299, falsidade ideológica, o Grupo Monteiro de Barros, através do Sr. Fábio Monteiro de Barros, pelos documentos que assinou e pelos depoimentos que foram colocados em dúvida por esta Comissão Parlamentar de Inquérito.

Ademais, há indícios de que Nicolau Santos Neto também pode ter praticado crime do Código Penal ao declarar o pagamento de aluguéis, que efetivamente não existiram, do apartamento nos Estados Unidos. Por outro lado, há indícios de que o engenheiro Antonio Carlos Gama e Silva falseou os seus pareceres com o fim de subsidiar pagamentos à empresa contratada. E também de que o Sr. Pedro Rodovalho assinou recibos falsos como procurador da **International Real State Investments S/A** na operação relacionada como “Operação Panamá”.

Também foram apontados diversos indícios de relações ilícitas entre o Grupo Monteiro de Barros e o Grupo OK Construções e Incorporações S.A., controlado pelo então Senador da República Luiz Estevão de Oliveira Neto. Tais registros são melhor compreendidos a partir da seguinte passagem do citado relatório:

“A quantidade de documentos recebidos pela esta Comissão atingiu um volume bastante expressivo e não foi possível averiguar de forma final a autenticidade ou não de todos eles. Para tanto, estamos chamando a atenção do Ministério Público para o fato de que foram apresentados documentos particulares sem registro público para comprovar vultosos negócios entre os Grupos OK e Monteiro de Barros, para que aquele órgão verifique a licitude desses documentos e, a partir daí, resolva pelo enquadramento, ou não, dos Srs. Fábio Monteiro de Barros, Lino Martins Pinto, Senador Luiz Estêvão, que assinaram alguns desses documentos ou, quando não assinaram, confirmaram o conteúdo desses depoimentos em declarações que prestaram a esta Comissão Parlamentar de Inquérito.”

No âmbito do TCU, foi imputada responsabilidade à pessoa jurídica da contratada, Incal Incorporações S.A., e ao Grupo OK, além dos acima citados agentes públicos.

O desdobramento das investigações, a cargo do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, concluiu que o Grupo OK, controlado pelo então Senador. Luiz Estevão de Oliveira Neto, envolveu-se também no esquema, tendo sido provada, entre outras irregularidades, a alteração dos livros contábeis do Grupo para justificar receitas decorrentes da execução da obra superfaturada do TRT/SP.

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes

As apurações do caso, no Poder Legislativo, ocorreram no âmbito da CPI do Judiciário, que fiscalizou, além das irregularidades envolvendo a construção do edifício sede do TRT de São Paulo, outras irregularidades no Poder Judiciário.

O início das investigações decorreu de provocação feita pelo Ministério Público Federal e de processo fiscalização feito pelo TCU sobre as referidas obras, noticiadas pela imprensa. A efetiva instalação da CPI ocorreu em 8/4/1999.

Para viabilizar os trabalhos, foram requeridos e analisados diversos documentos. Foram, ainda, colhidos diversos depoimentos, ouvindo-se agentes fiscalizadores e os agentes envolvidos, além de outras provas passíveis de requisição pela CPI, nos termos do art. 58, §3º, da Constituição Federal²⁷⁹.

As apurações contaram, ainda, com o apoio de técnicos especializados do Tribunal de Contas da União, do Banco Central e da Secretaria da Receita Federal, entre outros órgãos públicos.

Os trabalhos da CPI foram acompanhados, *pari passu*, pelos veículos jornalísticos, dando-se intensa cobertura aos atos da comissão e aos fatos por ela divulgados. A questão é detalhada adiante, na Seção “O impacto do escândalo na mídia”.

²⁷⁹ Art. 58, § 3º, CF: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

Os resultados da investigação parlamentar foram encaminhados a diversos órgãos para as providências cabíveis, com destaque para o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União.

No caso específico do TCU, os achados da CPI do Judiciário foram utilizados como provas adicionais às apurações efetuadas no âmbito da Tomada de Contas Especial instaurada em face do desvio de recursos verificado no escândalo do TRT de São Paulo (TC 001.025/1998-8). O Acórdão 45/1999-TCU-Plenário, proferido no citado processo, ordenou nova fiscalização na obras em relevo, em virtude da “superveniência de fatos novos decorrentes da investigação da CPI do Judiciário, até então indisponíveis a este Tribunal em função do sigilo fiscal e bancário, fatos esses que têm apontado para danos superiores aos apurados por este Corte (...)”²⁸⁰.

Também no Acórdão 163/2001-TCU-Plenário, exarado no mesmo processo, o Tribunal consignou a utilização de novas provas obtidas no âmbito da CPI do Judiciário em subsídio às apurações no âmbito da Corte de Contas. Isso é bem registrado nos consideranda do referido acórdão, in verbis:

“Considerando que a CPI do Judiciário demonstrou de forma exaustiva a sociedade de fato estabelecida entre o Grupo OK e o Grupo Monteiro de Barros, tendo em vista a transferência de volumosos recursos pelas empresas do Grupo Monteiro de Barros às empresas do Grupo OK, sem razão justificada;

Considerando que a CPI do Judiciário concluiu pela responsabilização do Grupo OK, representada pelo Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, por atos lesivos ao patrimônio público e por enriquecimento ilícito;”

Como se vê, o acesso a informações protegidas por sigilo bancário, conferido à CPI, permitiu apurar o vínculo entre o Grupo OK, controlado pelo então Senador Luiz Estêvão, e o escândalo em estudo.

²⁸⁰ Trecho da parte dispositiva do Acórdão 45/1999-TCU-Plenário, proferido em 5/5/1999 (in DOU de 19/5/1999).

Pode-se concluir que a colaboração da CPI do Judiciário na elucidação do caso do TRT de São Paulo, bem como na imposição de sanções e de medidas reparadoras, apresentou as seguintes notas características:

- ampla visibilidade pela mídia, estimulando o controle social das apurações;
- acesso a informações protegidas por sigilo e poder inquisitório, possibilitando efetuar acareações e colher depoimentos verbais dos envolvidos e demais interessados, resultando em investigações mais ágeis e efetivas;
- possibilidade de requisitar a colaboração de especialistas de outros órgãos públicos, a exemplo de Analistas do Banco Central e do TCU, de Auditores da Receita Federal etc.;
- forte intercâmbio com outros órgãos de fiscalização, como, por exemplo, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União.

Acerca das medidas adotadas no âmbito do Tribunal de Contas da União, pode-se afirmar que a primeira notícia de irregularidades envolvendo as obras do TRT/SP decorreu de auditoria realizada pelo TCU, logo no início do empreendimento, em 1992 (TC-700.731/92-0). Na ocasião, apontou-se a precariedade do projeto básico, irregularidades no edital de licitação e no contrato e a existência de pagamentos antecipados, entre outras anomalias. Não obstante a unidade técnica do Tribunal, composta por servidores concursados sugerisse a adoção de medidas para a paralisação do empreendimento, o Plenário do TCU, composto por Ministros indicados majoritariamente pelo Congresso Nacional, por meio de critérios políticos, portanto, não seguiu a orientação da equipe técnica e apenas determinou a adoção de medidas corretivas das falhas apontadas, conforme acórdão proferido nos autos do mencionado processo TC-700.731/92-0.

Em 1998, provocado pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, o TCU voltou a realizar novas inspeções, materializadas no processo TC 001.025/1998-8, que culminou no Acórdão 45/1999-TCU-Plenário, proferido em 5/5/1999, cuja parte dispositiva determina a

instauração de processo de tomada de contas especial, dentre outras medidas. A leitura dos consideranda do acórdão do TCU constituíam vale como indicativo do nível de irregularidade que seria apurado:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Relatório de Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), objetivando verificar a compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo.

Considerando que restou demonstrada a existência de vícios de origem, relacionados à forma de contratação do objeto pactuado, sendo indevidamente caracterizado o contrato como de entrega de coisa pronta e acabada, em detrimento do contrato de obra pública que se fazia apropriado à espécie;

Considerando que desde o erro inicial, a execução da obra deixou de obedecer aos princípios basilares da administração pública, máxime no que concerne à etapa de liquidação da despesa, sendo efetuados diversos pagamentos sem que houvesse, concomitantemente, a efetiva contraprestação de serviços;

Considerando que a liberação de recursos financeiros não guardou compatibilidade com o cronograma de execução física das obras;

Considerando que a ausência de compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro resultou em enorme descompasso, restando executada apenas 64,15% da obra, conforme levantamento da SECEX-SP, tendo sido pagos recursos superiores a 93% do valor total do contrato;

Considerando que não procedem as alegações da empresa Incal Incorporações S. A., no sentido de que a incompatibilidade entre o cronograma físico e o financeiro seria apenas aparente, provocada pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

Considerando que na apuração do percentual de 93% de execução financeira do contrato já foram computadas as possíveis parcelas devidas em função das alterações introduzidas no sistema de reajustamento do contrato com o advento do Plano Real - para o reequilíbrio econômico-financeiro ,

Considerando que não existem motivos ensejadores de revisão contratual em decorrência da criação de impostos ou tributos, contrariamente ao que alegava a Incal Incorporações S. A.;

Considerando que a redução no ritmo das obras não pode ser tido, in casu, como fator que dê ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, posto que não restaram demonstrados os prejuízos que o justificassem;

Considerando que os Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRT/SP) e Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRT/SP e da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo) eram conhecedores do descompasso existente entre a execução física e financeira das obras, consoante demonstram, à saciedade os elementos constantes dos autos;

Considerando que, mesmo detendo esse conhecimento, os Srs. Délvio Buffulin e Nicolau dos Santos Neto continuaram autorizando a realização de novos pagamentos, bem assim solicitando e assinando novos aditivos contratuais com a firma Incal Incorporações S. A, dando, por conseguinte, causa e continuidade ao prejuízo sofrido pelo Erário;

Considerando que ambos os ex-Presidentes deixaram de adotar as providências de sua alçada, consistentes na aplicação de multas contratuais e suspensão dos pagamentos em favor da firma Incal Incorporações S. A., até que houvesse a necessária compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro das obras;

Considerando a responsabilidade solidária do engenheiro Antônio Carlos da Gama e Silva, contratado pelo TRT com a atribuição específica de acompanhar a obra mediante a emissão de relatórios gerenciais, demonstrando sua evolução física, e de pareceres técnicos, visando ao exame da correspondência entre os recursos financeiros alocados e o avanço da implantação do empreendimento, que não alertou a Administração acerca das irregularidades que vinham sendo praticadas;

Considerando que os atos do mencionado engenheiro Antônio Carlos da Gama e Silva devem ser analisados também pelo competente órgão de fiscalização do exercício de sua atividade profissional, uma vez que as inconsistências constantes de seus relatórios, devidamente demonstradas pela equipe de auditoria, não podem ser tidas como meros equívocos, constituindo, na melhor das hipóteses, negligência, e quiçá, má-fé;

Considerando que o prejuízo causado aos cofres públicos pelo descompasso entre a execução física e a financeira, é da ordem de 58.724.882,1288 de UFIRs, que convertidas ao padrão monetário vigente equivalem a R\$ 57.374.209,84;

Considerando que fatos supervenientes, decorrentes da investigação da CPI do Judiciário, antes desconhecidos deste Tribunal por envolverem os institutos dos sigilos bancário e fiscal, apontam para novos valores desviados, que poderão trazer uma nova dimensão ao prejuízo sofrido pelos cofres públicos que até aqui quantificamos;

Considerando que se tais fatos novos requerem a continuidade dos trabalhos de campo desta Corte, devendo ser realizada nova inspeção, independentemente da imputação imediata dos prejuízos até aqui já conhecidos.

Considerando que não obstante a adoção das providências internas no âmbito do TRT-SP, consistentes na rescisão unilateral do contrato, faz-se necessário determinar-se à autoridade administrativa competente que decrete a nulidade do referido contrato;

Considerando que os responsáveis foram devidamente ouvidos em audiência prévia, podendo ser-lhes imputada multa desde logo;

Considerando que o valor máximo da multa equivale, hoje, a R\$ 17.560,20;

Considerando que a recomposição do débito somente poderá ser efetuada após a observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, devendo os autos ser convertidos em Tomada de Contas Especial para a citação dos responsáveis;

Considerando que o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região já promoveu a rescisão unilateral do contrato, nos termos do art. 79, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e no inciso I, do art. 69, do D.L. 2.360/87;

Considerando, que os fatos apontados abrangem diversos exercícios, alguns cujas contas já foram julgadas pelo Tribunal,

Considerando que as irregularidades tratadas nestes autos estão sendo apuradas também no âmbito do Poder Legislativo, por intermédio da CPI do Judiciário.”

Houvesse o TCU, no ano de 1993, seguido a orientação da equipe técnica do próprio Tribunal, certamente a corrupção no TRT de São Paulo teria sido evitada. Ou seja, tivesse o Tribunal de Contas da União sido capaz de adotar, no ano de 1993, a decisão somente proferida em 1998, não teria ocorrido um dos mais rumorosos escândalos de corrupção da história do Brasil.

Posteriormente à decisão de 1998, seguiram-se mais dez outras decisões e acórdãos preferidos no âmbito do TCU, em decorrência de sucessivos recursos, interpostos pelo representante do Ministério Público junto ao TCU – MP/TCU²⁸¹ e pelos responsáveis no processo.

Em virtude de fatos novos supervenientes ao Acórdão original, o MP/TCU interpôs recursos que implicaram a responsabilização de novas pessoas, a exemplo do Grupo OK e da Incal Incorporações S.A., além da obtenção de novo valor histórico do débito, que resultou em R\$ 169 milhões.

O Acórdão 163/2001-TCU-Plenário, proferido em 11/7/2001 (in DOU de 9/8/2001), definiu os responsáveis, fixou em definitivo o débito apurado “no valor histórico de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos)” e aplicou multas aos responsáveis, que, em alguns casos, chegou ao valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Reiteramos que o valor do débito, devidamente atualizado e convertido em moeda norte-americana corresponde, atualmente, a aproximadamente US\$ 250 milhões.

As principais contribuições do TCU à fiscalização e à elucidação do esquema de corrupção, bem como à punição dos responsáveis e à reparação do dano, podem ser assim resumidas:

- sua equipe técnica foi responsável pela primeira apuração de anomalias no empreendimento, logo no seu início;

²⁸¹ Somente ingressei no Ministério Público junto ao TCU, por meio de concurso público, no ano de 1994. Somente passei a atuar no processo relativo à construção do edifício sede do TRT de São Paulo no ano de 1998.

- apresentou avaliações técnicas e detalhadas sobre as condições da obra e respectivos documentos;
- responsável pela quantificação final do valores desviados;
- expediu medidas cautelares, de bloqueio de bens dos responsáveis, aumentando as possibilidades de recuperação dos valores desviados;
- primeiro órgão a imputar, efetivamente, débitos e sanções aos responsáveis, em virtude da relativa celeridade de seus processos, comparativamente aos processos judiciais.

Enquanto órgão fiscalizador, a atuação do Ministério Público Federal foi de capital importância à descoberta do esquema de corrupção das obras do Fórum Trabalhista de São Paulo.

Não obstante o TCU ter sido o primeiro órgão a apontar irregularidades no empreendimento, no citado relatório de auditoria realizada em 1992, foi a Procuradoria da República no Estado de São Paulo que registrou, em 1998, o descompasso entre os pagamentos efetuados e o estágio real da obra. Essa iniciativa provocou novas fiscalizações no âmbito do TCU e motivou ação específica no âmbito da CPI do Judiciário.

A provocação do TCU pelo Ministério Público Federal está assim descrita no Relatório que integra o Acórdão 45/1999–TCU–Plenário:

“15. No dia 18.02.98 ingressou neste Tribunal expediente de autoria da Dra. Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, informando que "decorridos dois anos [da Decisão nº 231/96-Plenário], tendo sido ultrapassados os prazos contratuais avençados entre o TRT/SP e a empresa Incal Incorporações S.A., vencedora da licitação, e já tendo sido pago pelo Tesouro Nacional praticamente o preço total do empreendimento (...), muito ainda falta para a entrega da obra, de relevantíssima importância para esta Capital.

16. Tal expediente foi autuado, no âmbito da Presidência desta Corte, como um processo autônomo (este TC-001.025/98-8 que agora se examina) e encaminhado à SECEX-SP "para as providências cabíveis."

As primeiras iniciativas do Ministério Público, na investigação do caso, começaram ainda em 1997, em face representação feita pelo Deputado Giovanni Queiroz. O Senador Paulo Souto teceu os seguintes comentários sobre essa atuação preliminar da Procuradoria da República no Estado de São Paulo²⁷³:

“Bem, um ponto importante em todo esse processo é a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ele atuou principalmente a partir de uma representação que foi feita pelo Deputado Giovanni Queiroz, da Comissão de Orçamento, o Ministério instaurou o Inquérito Civil Público nº 7, no dia 16 de maio de 1997, tendo como objetivo investigar o superfaturamento e desvio de verba pública. (...)

Durante o trabalho que realizou – e vamos voltar a este ponto adiante –, o Ministério Público pediu à Receita Federal que fizesse uma diligência na contabilidade das empresas construtoras. E foi aí que surgiu, pela primeira vez, a idéia de que estava havendo um desvio forte de recursos da obra. Isso porque estavam contabilizados apenas R\$60 milhões. Isso foi no final de 1997. A partir daí, pouquíssimos recursos entraram na obra. Assim, diria que isso ainda hoje é algo muito atual. O Ministério Público pediu à Receita Federal que, consultando toda a contabilidade das empresas, viu que estavam lançados, definitivamente, como recursos aplicados na obra, alguma coisa em torno de R\$60 milhões. Também foi nessa época que foram lançadas as primeiras idéias sobre desvio de recursos. (...)

Verifica-se, nesse registro, que a detecção da irregularidade ensejou, por si só, a paralisação dos desvios, em face da suspensão de repasses de recursos à obra.

Segundo matéria publicada no jornal Folha Online, o Ministério Público Federal no Estado de São Paulo adotou as seguintes providências no caso em estudo²⁸²:

“O Ministério Público Federal pediu a condenação de Nicolau dos Santos Neto , dos empresários Fábio Monteiro de Barros Filho e José Eduardo Teixeira Ferraz, e do ex-senador Luiz Estêvão de Oliveira Neto. O juiz Casem Mazloun, da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, considerou a denúncia "parcialmente procedente" em relação a Nicolau e "improcedente" em relação aos demais acusados.

O MPF pediu pena máxima para todos, pelos crimes de estelionato, formação de quadrilha, peculato, corrupção passiva, falsidade ideológica e uso de documentos falsos. O juiz entendeu que houve "excessiva atribuição de tipos penais". Corrigiu a denúncia, condenou Nicolau por tráfico de influência (não pedido pelo MPF) e por lavagem de dinheiro e absolveu os demais. (...)

MPF pediu a inquirição de uma ex-contadora do grupo OK que denunciou ao MPF, em Brasília, falsificação de livros contábeis. O juiz indeferiu o pedido, por entender que o fato não diz respeito ao caso e que apenas tumultuaria e prolongaria o julgamento.”

O Senador Paulo Souto, em seu relatório apresentado à CPI do Judiciário, apresentou as seguintes informações adicionais sobre a atuação do MP no caso:

(...) o Ministério Público ajuizou uma ação cautelar inominada e, posteriormente, uma ação civil pública, obtendo do juiz federal, em São Paulo, uma decisão que colocou em disponibilidade os bens de Fábio Monteiro de Barros, José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz, Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin. E obrigou a Inkal a promover o depósito judicial das quantias já adiantadas por força de um aditivo, que foi objeto de constatação do Ministério Público, porque àquela altura, enfim, do contrato já se sabia que os recursos todos haviam sido liberados, que a obra, absolutamente, não estava concluída, faltava muito da obra e, apesar

²⁸² Fonte: Folha Online (do Jornal Folha de São Paulo), edição de 30/4/2006, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/brasil/ult96u78041.shtml>, acesso em 15/11/2006.

disso, se tentava um novo aditivo no valor de R\$36 milhões. Foi contra isso que se insurgiu o Ministério Público e conseguiu sustar parcialmente, porque apenas uma parte desse aditivo - aproximadamente 11 ou 12 milhões - foi liberada.”

Ainda segundo apurado pelo TCU²⁸³ acerca da atuação do Ministério Público Federal, foi ajuizada :

“(…) ação civil pública contra as empresas do Grupo OK e de seu representante legal, Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, tendo como objeto os danos causados ao patrimônio público em face dos desvios de recursos destinados à construção do Fórum Trabalhista de São Paulo para as suas empresas, em conluio com o Grupo Monteiro de Barros, tendo obtido êxito na decretação da indisponibilidade dos seus bens, inclusive na segunda instância”

Não obstante as primeiras sentenças judiciais terem sido relativamente contrárias às pretensões do Ministério Público, a lide desdobrou-se em outras ações e em vários recursos, sobrevivendo, alfim, diversas condenações mais rigorosas, conforme anotado adiante, no subitem que cuida das medidas adotadas pelo poder público após a divulgação da fraude.

Depreende-se que a contribuição do Ministério Público Federal na fiscalização do caso denota os seguintes aspectos importantes:

- iniciativa da reabertura das investigações, que redundou na efetiva descoberta do esquema de corrupção;
- provocação de investigações parlamentares e de novas fiscalizações pelo TCU;
- adoção de medidas cautelares, para evitar maiores prejuízos;

²⁸³ Considerando do Acórdão 163/2002-TCU-Plenário.

- ajuizamento das ações judiciais cabíveis, culminando com diversas condenações dos responsáveis.

4. Sanções aplicadas e recuperação dos valores desviados

O primeiro órgão a aplicar sanções aos responsáveis foi o Tribunal de Contas da União, que imputou débito solidário, no valor de aproximadamente R\$ 169 milhões, às seguintes pessoas: Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRT/SP); Empresa Incal Incorporações S.A., na pessoa de seus representantes legais, Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho (Diretor-Presidente) e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (Diretor Vice-Presidente); Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro).

O TCU também determinou cautelarmente o bloqueio dos bens dos responsáveis. Posteriormente, a Advocacia-Geral da União, ao ajuizar as respectivas cobranças executivas das dívidas decorrentes do acórdão do TCU, requereu e obteve o seqüestro dos bens, na esfera judicial, em substituição à cautelar determinada pelo Tribunal de Contas da União.

Ao ser processado, o Juiz Nicolau dos Santos Neto fugiu do Brasil. As buscas foram amplamente divulgadas na mídia e contaram com o apoio da Interpol²⁸⁴. Após quase oito meses foragido, o Juiz entregou-se à Polícia em 8/12/2000²⁸⁵.

Na esfera judicial, diversos responsáveis foram condenados.

Ao longo desta pesquisa, não foi possível apurar todas as condenações judiciais imputadas a todos os responsáveis. No entanto, apresentam-se, a seguir, as principais apenações:

- O Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, além de ter seu mandato de Senador cassado²⁸⁶, recebeu as seguintes condenações:

²⁸⁴ “Interpol promete empenho máximo”, matéria publicada na Folha de São Paulo, disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0408200019.htm>>, acesso em 16/11/2006.

²⁸⁵ “Ex-juiz está 28 kg mais magro e com o cabelo comprido”, matéria publicada na Folha de São Paulo, em 9/12/2000, disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0912200009.htm> >, acesso em 16/11/2006.

- 3,5 anos de reclusão por uso de documento falso, em virtude da alteração de livros contábeis do Grupo OK para justificar as contas das obras do TRT/SP (órgão julgador: TRF da 1ª. Região); em outubro/2006;

- 31 anos de reclusão pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, estelionato, uso de documentos falsos e corrupção ativa, além de multa no valor de R\$ 3,15 milhões (TRF da 3ª. Região); em maio/2006; obteve direito de recorrer ao STJ em liberdade;

- Nicolau dos Santos Neto (Juiz Presidente do TRT/SP):

- 26,5 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado²⁸⁷, em regime fechado, pelos crimes de peculato, estelionato e corrupção passiva, além de multa no valor de R\$ 1,2 milhão. (TRF da 3ª. Região), em maio/2006;

- 14 anos por lavagem de dinheiro e evasão de divisas;

- 7,5 anos de reclusão, em regime fechado, pelo crime de sonegação fiscal, além das penas de multa e de cassação de aposentadoria como Juiz, em dezembro/2005;

- Fábio Monteiro de Barros (representante da contratada):

- 27,8 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, estelionato, uso de documentos falsos e corrupção ativa, e multa de R\$ 2,7 milhões (TRF da 3ª. Região), em maio/2006; obteve direito de recorrer ao STJ em liberdade;

- José Eduardo Ferraz (representante da contratada):

- 27,8 anos de reclusão pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, estelionato, uso de documentos falsos e corrupção ativa, e multa de R\$ 1,2 milhões (TRF da 3ª. Região), em maio/2006; obteve direito de recorrer ao STJ em liberdade.

²⁸⁶ O Acórdão 163/2001-TCU-Plenário apresenta o seguinte considerando: “Considerando que a causa da cassação do mandato do então Senador Luiz Estêvão de Oliveira Neto tem relação direta com os acontecimentos apontados pela CPI do Judiciário, envolvendo o relacionamento entre os Grupos OK e Monteiro de Barros no concernente às irregularidades apuradas na obra de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo”;

²⁸⁷ À época dessa condenação, o Sr. Nicolau Neto já cumpria pena por outras condenações.

Todos foram condenados ao cumprimento de prisão em regime fechado. No caso do ex-Juiz Nicolau, que já cumpria pena em regime de prisão domiciliar, em razão de ter-se evadido, nada foi alterado. Os demais obtiveram, por força de decisão do STJ, a garantia de liberdade enquanto couber recurso. Nesse sentido, em 5/10/2006, noticiou-se que o ex-Senador Luiz Estêvão obteve alvará de soltura, mediante habeas corpus concedido pelo Superior Tribunal de Justiça, para que possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação²⁸⁸.

As obras, após terem sido paralisadas por alguns anos, a partir de 1998, foram retomadas em 2002 e concluídas em março de 2004, quando inaugurou-se, enfim, a nova sede do Fórum Trabalhista de 1ª Instância da Cidade de São Paulo, vinculado ao TRT/SP²⁸⁹.

O desdobramento judicial do caso ocorre até os dias atuais. Em maio e outubro de 2006, foram divulgadas novas condenações do ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto, do ex-Senador Luiz Estêvão e dos representantes da Incal, Fábio Monteiro de Barros e José Eduardo Ferraz. A exceção do ex-Juiz, os demais condenados aguardam em liberdade o trânsito em julgado de suas condenações. Em 14/11/2006, diversos veículos jornalísticos divulgaram perícia médica no ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto, em sua residência, onde cumpre pena de prisão domiciliar, para avaliar se ele deve cumprir o restante de sua pena nesse regime ou se tem condições de ser transferido para o regime fechado.

Não se tem, até o presente momento, notícia de que os recursos públicos desviados pelos responsáveis, objeto da condenação pelo TCU, tenham sido ressarcidos. Não obstante as decisões deste Tribunal terem natureza de título executivo, a sua execução se faz, conforme apontado no Capítulo II, pela via judicial, o que importa em longo percurso processual.

5. Modificações na legislação e nas estruturas da Administração Pública

²⁸⁸ “PF prende Luiz Estêvão por desvio de recursos nas obras do TRT-SP”, Fonte: Folha Online, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/brasil/ult96u84705.shtml>, acesso em 20/11/2006.

“STJ concede liberdade provisória a Luiz Estêvão”. Fonte: Gazeta do Povo Online, disponível em <http://canais.ondarpc.com.br/noticias/brasil/conteudo.phtml?id=603951>, acesso em 20/11/2006.

²⁸⁹ Fonte: UOL Licitações, disponível <http://licitacao.uol.com.br/notdescricao.asp?cod=555>, acesso em 21/11/2006.

Igualmente relevante notar que a divulgação do escândalo não resultou na adoção de quaisquer medidas nos âmbitos administrativos poderiam evitar a repetição do desvio apurado. Inegável que a principal causa deste desvio de recursos públicos se encontra nas estruturas administrativas do próprio órgão executor, o TRT/SP, que não dispunha de estrutura de pessoal minimamente adequada para acompanhar e fiscalizar a execução da obra. Como resultado, o Tribunal indicou para exercer essa tarefa pessoa estranha ao quadro de pessoal efetivo do órgão que acabou por envolver-se no desvio dos recursos. Relevante, talvez a postura adotada pelo Tribunal de Contas da União - TCU, que desde o ano de 1999 passou a valorizar a realização de auditorias, que valorizam os mecanismos de controle preventivo e concomitante, em detrimento do controle a posteriori das obras públicas.

Em relação a medidas legislativas, é de se destacar que desde o ano de 2000, as diversas Leis de Diretrizes Orçamentárias tem obrigado o TCU a realizar auditorias em obras públicas e a apontar aquelas que contenham irregularidades graves com vista à suspensão da liberação dos recursos.

6. O impacto do escândalo na mídia

O escândalo do TRT de São Paulo foi um dos casos de corrupção mais rumorosos da história brasileira. Mediante pesquisa nos bancos de dados de alguns veículos jornalísticos, por meio da Internet, foi possível obter os seguintes números relativos às matérias publicadas sobre o assunto:

- **Jornal Folha de São Paulo (Folha Online):**
 - 561 matérias citando o ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto, incluindo matérias publicadas em novembro/2006;
 - 366 matérias específicas sobre o escândalo do TRT/SP;
- **Jornal Folha de São Paulo (impresso):**
 - 876 matérias sobre o caso TRT/SP, citando o Juiz Nicolau dos Santos Neto;

- Revista Veja (Veja Online):

- 101 matérias citando o ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto, incluindo matérias publicadas em novembro/2006;

- Jornal do Brasil (JB Online)

- 66 matérias citando o ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto, incluindo matérias publicadas em novembro/2006.

Passados quase nove anos da divulgação do escândalo, o tema ainda ganha a atenção da mídia. Em 14/11/2006, diversos veículos de imprensa noticiaram perícia médica a ser realizada no ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto, em sua residência, onde cumpre pena de prisão domiciliar, para avaliar se ele deve cumprir o restante de sua pena nesse regime ou se tem condições de ser transferido para o regime fechado.

A extensa cobertura da mídia sobre o caso em tela contribuiu para que as autoridades, sob a pressão social decorrente da ampla divulgação do escândalo, envidassem maior empenho nas apurações e na busca de punições eficazes.

Depreende-se que a atuação do Parlamento –no caso, por meio da CPI do Judiciário– foi sensível ao clamor gerado pela ampla cobertura jornalística do escândalo. É plausível que a eficácia dessa CPI tenha, como um dos principais fatores de estímulo, a pressão jornalística, tendo em vista que o contexto viabilizou aos parlamentares integrantes da CPI a divulgação aos eleitores de sua atuação no Congresso Nacional, como agentes de moralidade pública. A busca de espaços na mídia por parlamentares é fenômeno natural.

Em menor grau, mas também de forma significativa, foi a influência dos veículos jornalísticos sobre a eficácia da atuação do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, que também são órgãos cuja legitimidade depende, em grande medida, da aprovação social.

XI. Escândalo do mensalão

1. Apresentação do Caso

1.1. Área em que se verificou a corrupção

O “mensalão” certamente constitui um dos maiores esquemas de corrupção da história do Brasil. Envolveu membros do Congresso Nacional, partidos políticos, dirigentes de órgãos da Administração Pública federal direta e indireta, instituições financeiras e empresas privadas. O esquema foi batizado de “mensalão” por envolver repasses periódicos –em alguns casos os repasses eram mensais– de recursos obtidos ilicitamente a parlamentares e a partidos políticos em troca de apoio a proposições e postulações do Governo no Congresso Nacional.

Constatou-se que, da indicação político-partidária para ocupação de cargos de mando em diversos órgãos e entidades da Administração Pública federal, resultava a angariação indevida de recursos públicos mediante superfaturamento de preços nas contratações, recebimento de propina e outros meios espúrios. Os recursos angariados tinham por finalidade o financiamento de campanhas eleitorais, o aliciamento de parlamentares e partidos para a base de apoio do Governo no Congresso Nacional e o enriquecimento ilícito de agentes públicos, políticos, empresários e demais participantes do esquema.

As informações a seguir expostas foram obtidas, principalmente, da denúncia oferecida em 30.03.2006 ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza²⁹⁰, e do relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CMPI – instaurada no Congresso com vistas a investigar denúncias de corrupção nas Empresas Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT – “CPMI dos Correios”. Outras informações foram, ainda, extraídas da mídia nacional em geral, a exemplo da Revista Veja e do Jornal Folha de São Paulo²⁹¹. De se observar que não foi instaurada CPI para investigar o “mensalão”. A denominada CPMI dos Correios, todavia, investigou fatos relacionados ao escândalo do “mensalão”.

²⁹⁰ A denúncia foi oferecida pela PGR juntamente com o Inquérito nº 2245, que serviu à sua instrução. O Relator do processo foi o Ministro Joaquim Barbosa.

²⁹¹ Revista Veja. Disponível em: www.vejaonline.abril.com.br. Acessado em 13/09/2007. Folha on line. Disponível em: www.folhaonline.com.br. Acessado em 13/09/2007.

1.2. Os grupos envolvidos e o modo de atuação

Os recursos que alimentavam o esquema do “mensalão” provinham, em grande parte, dos contratos administrativos celebrados por diversos órgãos e entidades da Administração Federal com as empresas de publicidade DNA Propaganda Ltda. e SMP&B Comunicação Ltda., vinculadas ao empresário Marcos Valério Fernandes de Souza.

Há fortes suspeitas, ainda em fase de investigação, de que o mesmo esquema de corrupção foi idealizado e primeiramente levado a efeito no Estado de Minas Gerais, sede das referidas DNA e SMP&B. O esquema teria sido operado de forma a favorecer o então Governador daquele estado, Eduardo Azeredo, do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB–, em sua tentativa de se reeleger no pleito de 1998. De acordo com a denúncia oferecida pela PGR²⁹², Marcos Valério ingressou na empresa SMP&B Comunicação Ltda. em 1996, por indicação política de seu “padrinho” Clésio Andrade, então Vice-Governador do Estado de Minas Gerais. Assim que Marcos Valério ingressou na SMP&B, foi criada outra empresa de publicidade com o fim de se absorver todo o passivo da SMP&B. Em passo seguinte, constituiu-se terceira empresa de publicidade: a DNA Propaganda Ltda. A partir daí, foi visível a ampliação da quantidade de contratos firmados na área de publicidade com o Estado de Minas Gerais, conforme destacou-se na denúncia oferecida pela PGR.

Assim, no Estado de Minas Gerais, as empresas da qual participava [SMP&B e DNA] ganhavam as principais contas do Governo Estadual e, devido à influência de políticos mineiros, a partir do ano de 1998, conseguiram algumas contas na esfera federal.

Saindo-se vencedor nas eleições presidenciais de 2002, o Partido dos Trabalhadores – PT , visando a, entre outros objetivos, negociar apoio político com parlamentares e outros partidos e pagar gastos de campanha eleitoral, aproximou-se de Marcos Valério, a fim de que o publicitário pudesse implantar, na esfera federal, o mesmo esquema que havia operado no Estado de Minas Gerais. Fechado o acordo, organizou-se o esquema de corrupção. Em sua denúncia, o Procurador-Geral da República decompôs esse esquema em três vertentes de participação: o núcleo central, formado por José Dirceu (então Ministro-Chefe da Casa Civil) e por Delúbio

²⁹² Denúncia oferecida pela PGR ao STF em 30.03.2006.

Soares, José Genuíno e Sílvio Pereira (à época tesoureiro, presidente e secretário-geral do Partido dos Trabalhadores, respectivamente); o primeiro núcleo operacional e financeiro, a cargo do publicitário Marcos Valério e de suas empresas DNA e SMP&B; e o segundo núcleo operacional e financeiro, formado pela alta direção do Banco Rural.

Para dar execução ao esquema de corrupção, as agências de publicidade DNA Propaganda e SMP&B Comunicação celebraram diversos contratos com órgãos, entidades e empresas estatais federais (Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério dos Esportes, Banco do Brasil, Eletronorte e Correios). Em 2003, Marcos Valério também logrou obter a importante conta de publicidade da Câmara dos Deputados, à época presidida pelo Deputado João Paulo Cunha, do PT. O Procurador-Geral da República, na denúncia que ofereceu ao STF, procurou evidenciar a relação de proximidade entre o Governo Federal e as empresas de Marcos Valério:

“Assim como no Governo de Minas Gerais, quando atuava em conluio com o atual Vice-Governador Clésio Andrade, Marcos Valério confirmou que uma empresa de publicidade apenas consegue êxito na celebração de contratos públicos quando integra o grupo político que está no poder na ocasião.”²⁹³

Contribuiu para a criação de ambiente propício ao funcionamento do esquema de corrupção o fato de a Secretaria de Comunicação da Presidência da República – Secom ter, a partir de 2003, sua competência ampliada para não apenas coordenar e auxiliar os órgãos federais nas contratações na área de publicidade em geral, mas para, também, centralizar, naquele órgão, a contratação dos serviços de publicidade institucional, que representam o maior volume de gastos com publicidade da área federal. Tal medida de concentração impediu que os demais ministérios e entidades contratassem serviços de publicidade institucional, pois reservou essa competência exclusivamente à Secom. Restava àqueles ministérios e entidades competência para contratar serviços de publicidade apenas de caráter de utilidade pública, os quais são muito

²⁹³ Denúncia oferecida pela PGR ao STF em 30.03.2006.

pouco representativos, em termos de gastos, se comparados aos serviços de publicidade institucional.

Questão controvertida diz respeito à participação do atual Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva no escândalo. Não há dúvida de que o esquema de fraude do “mensalão” envolveu Ministros do seu Governo, parlamentares e líderes políticos do Partido dos Trabalhadores – PT, ao qual o Presidente Lula é filiado. Desde a divulgação do escândalo, no entanto, o Presidente não apenas negou sua participação, como igualmente negou ter tido ciência da existência do amplo esquema voltado para aliciar parlamentares e para financiar campanhas do PT e dos demais partidos políticos que compõem a base de sustentação política do seu Governo. Acerca da postura adotada pelo Presidente Lula, vale transcrever parte do artigo publicado pelo historiador Boris Fausto no Jornal Folha de São Paulo²⁹⁴:

“No que se refere ao Poder Executivo, o comportamento do Presidente Lula diante dos escândalos foi e continua sendo lastimável. Ele tratou de negar as evidências quando elas se acumularam, disse depois que puniria os culpados, fossem eles quem fossem, considerou-se traído não se sabe por quem, e quando a crise entrou em banho-maria, pintou o quadro de um presidente que desejava trabalhar e é perturbado por acusações sem fundamento”

Fato é que, decorrido pouco menos de dois anos da divulgação do escândalo, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva –que chegou a temer a instauração de processo de impeachment²⁹⁵– reelegeu-se, em 2006, para o segundo mandato de Presidente da República.

1.2.1 Origem dos recursos do mensalão

²⁹⁴ “**Abalo das Instituições e dos Valores**”, edição de 4/6/2006, p. A12.

²⁹⁵ “**Lula temeu impeachment no auge da crise**”, Jornal Folha de São Paulo, edição de 4/6/2007, p. A9.

Nos contratos firmados entre as empresas de publicidade de Marcos Valério e o Governo Federal foram constatadas diversas irregularidades²⁹⁶: sonegação fiscal, manutenção de contabilidade paralela, emissão de notas fiscais falsas para justificar custos na prestação dos serviços, entre outras. Todas essas irregularidades estavam relacionadas ao mecanismo de arrecadação ilícita de recursos para financiamento do esquema de corrupção.

As investigações revelaram que, para justificar o recebimento de vultosas quantias, posteriormente repassadas a parlamentares e partidos políticos, as empresas de Marcos Valério, entre outras ações ilícitas, simulavam contratos de mútuo com terceiros, não contabilizavam serviços e operações financeiras e emitiam notas fiscais falsas.²⁹⁷ Na denúncia oferecida pela PGR faz-se menção expressa à simulação de empréstimos:

“Em conjunto com os dirigentes do Banco Rural, notadamente o falecido José Augusto Dumont, Marcos Valério desenvolveu um esquema de utilização de suas empresas para transferência de recursos financeiros para campanhas políticas, cuja origem, simulada como empréstimo do Banco Rural, não é efetivamente declarada, mas as apurações demonstraram tratar-se de uma forma de pulverização de dinheiro público desviado através dos contratos de publicidade.”

A função de Marcos Valério era, em suma, a de angariar recursos nos setores público e privado e de os repassar, por meio de suas agências de publicidade, às pessoas indicadas pelo então tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares. A operação foi batizada de “valerioduto”.

As fontes dos recursos que alimentavam o “valerioduto” não foram plenamente detectadas devido à engenhosidade do esquema de corrupção montado, tal como expõe o Procurador-Geral da República em sua denúncia apresentada ao Supremo Tribunal Federal:

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ Denúncia oferecida pela PGR ao STF em 30.03.2006.

“A origem desses recursos, em sua integralidade, ainda não foi identificada, sobretudo em razão de expedientes adotados pelos próprios investigados, que se utilizaram de uma elaborada engenharia financeira, facilitada pelos bancos envolvidos, notadamente o Banco Rural, onde o dinheiro público mistura-se com o privado, perpassa por inúmeras contas para fins de pulverização até o seu destino final, incluindo muitas vezes saques em favor do próprio emitente e outras intrincadas operações com off shores e empresas titulares de contas no exterior, tendo como destino final paraísos fiscais.”

No entanto, no relatório da “CPMI dos Correios” identificaram-se várias das fontes do “valerioduto”, permitindo-se, com isso, descaracterizar a alegação, sustentada por Marcos Valério e por Delúbio Soares, de que os recursos tinham origem em empréstimos bancários contraídos pelo publicitário. A CPMI chegou à conclusão de que o esquema foi viabilizado com recursos públicos e privados originados: (i) nas contas operadas por Marcos Valério no Banco Rural, (ii) nos recursos obtidos por operação bancária no valor de R\$ 12 milhões realizada junto ao Banco BMG; (iii) nos recursos oriundos de operação bancária realizada através do Banco do Brasil no valor de R\$ 9,7 milhões por um período de 4 dias; (iv) nos recursos obtidos de operação bancária de R\$ 19 milhões realizada por meio do Banco Rural e SMP&B; (v) nos recursos provenientes da Brasil Telecom; (vi) nos recursos oriundos de operação bancária efetuada por meio do Banco Rural no valor de R\$ 10 milhões; (vii) nos recursos da Visanet (do Fundo de Incentivo Visanet, “destinado à promoção, no Brasil, da marca Visa e do uso dos cartões com a bandeira Visa”²⁹⁸); (viii) recursos ingressados na empresa Rogério Lanza Tolentino por meio de operação bancária junto ao Banco BMG no valor de R\$ 10 milhões; (ix) aquisição de CDB pela empresa DNA utilizando recursos vindos da Visanet; (x) recursos provenientes da Visanet, Usiminas e Cosipa.

2.1.2 Repasse dos recursos do mensalão

Obtidos os recursos, era necessário repassá-los aos seus destinatários. Assim, utilizou-se no esquema o Banco Rural, que, com o apoio dos idealizadores do esquema e das empresas de Marcos Valério, promovia a

²⁹⁸ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, p. 582.

transferência do dinheiro às mãos de pessoas de interesse do esquema fraudulento, em sua maioria deputados federais da base aliada do governo federal. O funcionamento do “valerioduto” teve basicamente dois modelos de operação²⁹⁹: o considerado “padrão”³⁰⁰, mediante o qual o dinheiro era repassado aos beneficiários diretamente das contas correntes das agências de publicidade de Marcos Valério; e o outro, que se valia de intermediários (a empresa Guaranhuns e a Corretora Bônus Banval) para repassar os recursos aos destinatários finais.

Foram indentificados como sacadores do “valerioduto”³⁰¹: Professor Luizinho, ex-deputado do PT, José Borba, ex-Deputado do PMDB, Romeu Queiroz, ex-Deputado do PTB, Bispo Rodrigues, José Janene, ex-Deputado do PP, João Magno, ex-Deputado do PT, Valdemar Costa Neto, Deputado do PR, João Paulo Cunha, Deputado do PT, Emerson Palmieri, ex-Tesoureiro do PTB, Jacinto Lamas, ex-Tesoureiro do PL, Antônio Lamas, irmão de Jacinto Lamas, Anita Leocádia, ex-Assessora do Deputado Paulo Rocha, Paulo Rocha, Deputado do PT, João Cláudio Genu, ex-Assessor do PP, Pedro Correa, ex-Presidente do PP, Pedro Henry, ex-líder do PP, Roberto Jefferson, ex-Deputado do PTB.

Segundo lista de beneficiários apresentada por Marcos Valério à CPMI dos Correios, o total dos recursos repassados direta ou indiretamente a parlamentares e a partidos políticos alcançou R\$ 55.691.227,80, sendo que, deste total, R\$ 29.735.126,00 foram distribuídos a pessoas e parlamentares ligados ao Partido dos Trabalhadores.

Além disso, os valores repassados aos beneficiários eram, antes, “lavados” pelos bancos BMG e Rural, que, em contrapartida, obtinham favorecimentos do Governo Federal. A exemplo disso, tem-se que o Banco BMG, por meio da Medida Provisória nº 130, de 17.09.2003, foi autorizado a operar empréstimos consignados em folha de pagamento a empregados, pensionistas e aposentados junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –, o que proporcionou lucros extraordinários àquela instituição financeira:

Ficou comprovado que o Banco BMG foi flagrantemente beneficiado por ações do núcleo político-partidário, que lhe garantiram lucros bilionários na operacionalização de empréstimos consignados de servidores

²⁹⁹ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, pp. 703-704.

³⁰⁰ O modelo padrão foi detalhado no Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, p. 704, em seis fases diferentes, dispostas em ordem cronológica, que se distinguem de acordo com a fonte dos recursos utilizados.

³⁰¹ Idem, pp. 62-63.

públicos, pensionistas e aposentados do INSS, a partir do ano de 2003, quando foi editada a Medida Provisória n.º 130, de 17/09/2003, dispondo sobre o desconto de prestações em folha de pagamento dos servidores públicos e também autorizando o INSS a regulamentar o desconto de empréstimos bancários a seus segurados.

A benesse favorecendo o Banco BMG foi além do razoável, tendo em vista que nem mesmo se tratava de um banco pagador de benefícios do INSS. De acordo com as normas do INSS, somente instituições financeiras participantes do sistema de pagamentos de benefícios previdenciários têm direito a conceder empréstimos em regime de consignação aos servidores daquela autarquia federal.

1.3. Como o escândalo se tornou conhecido

Os fatos relativos ao esquema do “mensalão” tornaram-se públicos a partir da divulgação, pela imprensa, da existência de uma gravação de vídeo na qual o ex-diretor do Departamento de Contratação e Administração de Material dos Correios, Maurício Marinho, foi flagrado solicitando recebendo vantagem indevida para beneficiar empresários interessados em entrar para o rol de fornecedores da estatal. A denúncia foi primeiramente apresentada pela revista *Veja*³⁰².

Os diálogos constantes do vídeo também revelaram informações a respeito de supostos procedimentos de troca de apoio político, no Congresso Nacional, por cargos e posições de mando em empresas estatais e diversos órgãos públicos da Administração direta e indireta. Em trecho da conversa gravada, Maurício Marinho afirma: “Nós somos três e trabalhamos fechado. Os três são designados pelo PTB, pelo Roberto Jefferson. É uma composição com o governo. Nomeamos o diretor, um assessor e um departamento-chave. Tudo que nós fechamos o partido fica sabendo”.³⁰³ No decorrer do diálogo, o dirigente dos Correios dá detalhes sobre o direcionamento de licitações em favor de empresas indicadas e os percentuais de “comissões” cobrados em razão da natureza do objeto a ser contratado, deixando a entender que parte das propinas arrecadadas iriam para o PTB e, mais, que aquele partido adotava o mesmo esquema em outros órgãos e entidades da Administração Pública: “Tudo o que é feito aqui tem a parte do presidente, do partido (...) Nós temos de ver quantos vão ser os candidatos, o que é que vamos dar para cada um, o que é que compete aos Correios, à Infraero, à Eletronorte, à Petrobrás”³⁰⁴.

Tal situação deflagrou investigação parlamentar por meio de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, instalada em 25.05.2005, que, num primeiro momento, esteve focada no esquema de corrupção, de desvio de dinheiro público e de influência na administração dos Correios, engendrada pelo Sr. Roberto Jefferson, então Deputado Federal pelo estado do Rio de Janeiro e Presidente do PTB.

³⁰² Edição de 18.05.2005

³⁰³ “O Homem Chave do PTB”, Revista *Veja*, edição de 18/05/2005, p. 57.

³⁰⁴ *Idem*, pp. 56 a 61.

Em depoimento à CPMI, Sr. Roberto Jefferson afirmou que as indicações para cargos de confiança, resultantes de composição político-partidária, sempre objetivaram a arrecadação de recursos para as campanhas eleitorais. Ao admitir que não prestara contas à Justiça Eleitoral dos valores recebidos, confessou, assim, o cometimento de crime eleitoral e de crime contra a ordem tributária.³⁰⁵

Posteriormente, o então Deputado Roberto Jefferson acabou revelando que o esquema de corrupção do qual participava não estava limitado à ECT, mas, sim, envolvia um complexo sistema de financiamento ilegal da base de sustentação política do Governo no Congresso Nacional. Esclareceu, ainda, que a atuação de integrantes do Governo Federal e do Partido dos Trabalhadores para garantir o apoio de parlamentares aos projetos de interesse do Governo ocorria pelo loteamento político dos cargos públicos, o que denominou "fábricas de dinheiro", e pela distribuição de uma "mesada" aos parlamentares, que chamou de "mensalão"³⁰⁶.

Roberto Jefferson alegou que os repasses do "mensalão" teriam sido realizados em 2003 e 2004 pelo então Secretário de Finanças e Planejamento do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares, e que ele próprio, como Presidente do PTB, bem como o ex-tesoureiro de seu partido, Emerson Palmieri, haviam recebido do PT a quantia de R\$ 4 milhões de reais, não declarada à Receita Federal e à Justiça Eleitoral. Outros parlamentares beneficiários do esquema também foram indicados, entre eles o ex-Deputado Bispo Rodrigues - PL; o Deputado José Janene - PP; o Deputado Pedro Corrêa - PP; o Deputado Pedro Henry - PP e o Deputado Sandro Mabel - PL.

Em depoimento à Comissão de Ética da Câmara dos Deputados e também à "CPMI dos Correios", Roberto Jefferson acusou de dirigir e operacionalizar o esquema o ex-Ministro-Chefe da Casa Civil, José Dirceu, o ex-Tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares, e o publicitário Marcos Valério Fernandes de Souza, ao qual incumbia efetuar os repasses financeiros. Dois dias após sofrer as acusações por parte de Roberto Jefferson, José Dirceu se afastou do cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil.

³⁰⁵ Relatório Final da CPMI "dos "Correios", v. I, p. 447.

³⁰⁶ "Jefferson diz para Folha de São Paulo que PT pagava mesada de R\$ 30 mil a parlamentares em troca de apoio", Folha de São Paulo, 06.06.2005.

2. Razões que Propiciaram a Ocorrência da Fraude

2.1. Falhas na legislação

Os acontecimentos relacionados ao escândalo do “mensalão” evidenciaram que, a despeito da vasta legislação e da razoável estrutura de controle administrativo existentes no Brasil, ainda há falhas na Administração Pública que podem ser corrigidas pelo Poder Legislativo.

Nota-se, por exemplo, que o Congresso Nacional não tem nenhuma participação na indicação de pessoas para a direção de empresas estatais e de outras entidades da Administração indireta, a despeito de sua grande importância estratégica e dos seus extraordinários orçamentos. Essa falha contribui, por óbvio, para o uso político-partidário dessas instituições, como ficou evidente, por exemplo, na ocupação de cargos nos Correios.

A quantidade excessiva de cargos em comissão e de confiança no Poder Executivo revelou-se, também, meio de aparelhamento político-partidário do Estado e, por conseguinte, porta aberta à corrupção.

A participação de ministros de Estado no “mensalão” tornou patente, ainda, a necessidade de se definir –acabando-se, assim, com uma controvérsia jurídica– a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa a todos os agentes públicos, inclusive os agentes políticos.

Outra falha que saltou aos olhos, depois que o esquema de corrupção do “mensalão” veio à tona, diz respeito à grande subjetividade que impera nos processos de licitação destinados à escolha de empresas para a prestação de serviços de publicidade. As empresas DNA Propaganda Ltda. e SMP&B Comunicação Ltda. celebraram diversos contratos de publicidade com a Administração Pública federal depois de lograrem vencer processos de licitação. Mas, como visto, tratava-se, em verdade, de um jogo de cartas marcadas, em que o resultado das licitações já havia sido decidido no momento em que integrantes do Governo Federal há muito já haviam composto, com o Sr. Marcos Valério, esquema voltado a desviar dinheiro público.

2.2. Falhas no modelo político

Deve-se observar que, no caso do “mensalão”, provavelmente por ter sido o esquema coordenado por autoridades integrantes da cúpula do Governo Federal, a premeditação e a vontade de praticar os ilícitos vingaram sobre a legislação e as estruturas de controle existentes na Administração Pública. Tal observação se vê roborada no seguinte excerto da denúncia oferecida pela PGR:

“Em outra linha, a análise das movimentações financeiras dos investigados e das operações realizadas pelas instituições financeiras envolvidas no esquema demonstra que estes, fazendo tábula rasa da legislação vigente, mantinham um intenso mecanismo de lavagem de dinheiro com a omissão dos órgãos de controle.”

Evidenciou-se, pois, no caso do “mensalão”, que sobressaíram aspectos de ordem subjetiva, levados a efeito na persecução de objetivos de natureza política, relacionados a projetos de poder, sem quaisquer escrúpulos quanto aos meios empregados à consecução daqueles objetivos: “Os denunciados operacionalizaram desvio de recursos públicos, concessões de benefícios indevidos a particulares, em troca de dinheiro e compra de apoio político (...).”

Observa-se, ademais, que o esquema do “mensalão” decorreu nem tanto de falhas na legislação, tal como se verificou em diversos outros escândalos apurados pela Polícia Federal, mas de vícios arraigados na organização política brasileira. Esse aspecto foi abordado em reportagem da Revista Veja de 24.07.2006³⁰⁷. Na matéria, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, ao fazer uma análise das razões que culminaram com a crise do “mensalão”, chegou à conclusão de que a maior parte da culpa deve ser atribuída à estrutura política brasileira. Segundo ele, “*os casos de corrupção são os resultados de ‘deformações’ do sistema, e não erros de pessoas e dos partidos*” e que os escândalos continuarão ocorrendo caso não se promova uma reforma política profunda. Ainda segundo o Presidente Lula, hoje verificam-se “*acúmulos de deformações que vêm da estrutura política do nosso país*” e, se a sociedade brasileira não tiver coragem de corrigir isso com a profundidade que se faz necessária, essa mesma sociedade, daqui a 20 anos estará amargando os mesmos prejuízos das quais hoje se lamenta. Disse isso em reforço a uma reforma política no País, que, segundo ele, deve passar

³⁰⁷ Disponível em: www.vejaonline.abril.com.br.

necessariamente pelas organizações das estruturas partidárias, incluindo *“desde a mudança no regimento interno do Congresso até a discussão dos mandatos das pessoas”*.

3. Medidas adotadas pelo poder público após a divulgação das fraudes

3.1. Ações propostas no âmbito da “CPMI dos Correios”

Ao final dos seus trabalhos, a CPMI dos Correios concluiu pelo indiciamento de várias pessoas envolvidas no esquema do “mensalão”, apontando a participação de parlamentares, servidores públicos e empresários. A situação de cada indiciado pela CPMI por participação no “mensalão”, com as respectivas acusações penais, será melhor examinada no item seguinte.

Em relação à investigação realizada no âmbito dos Correios, os trabalhos da CPMI revelaram que o então Deputado Federal Roberto Jefferson montou naquela estatal um esquema de loteamento de cargos públicos, baseado na indicação política para a ocupação daqueles cargos com vistas à arrecadação de recursos para, entre outros fins, o financiamento de campanhas eleitorais.

Há indícios –e, em alguns casos, provas robustas– de que o esquema, possivelmente engendrado pelo próprio Sr. Roberto Jefferson, comprometeu a boa gestão da coisa pública, resultando no cometimento de atos de improbidade administrativa, tráfico de influência, advocacia administrativa, corrupção ativa e passiva, fraude à licitação, burla ao instituto do concurso público, entre outros³⁰⁸.

Diante das provas reunidas no relatório da CPMI dos Correios, procedeu-se aos seguintes indiciamentos:

- a) ROBERTO JEFFERSON MONTEIRO FRANCISCO – crime eleitoral, art. 350 do Código Eleitoral¹⁹; crime contra a ordem tributária, art. 1º, I, da Lei 8.137, de 1990²⁰; corrupção passiva, art. 317 do CP²¹.

³⁰⁸ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1598

b) MAURÍCIO MARINHO – corrupção passiva, art. 317 do CP.³⁰⁹

No plano político, a crise acarretou a cassação do mandato, por falta de decoro parlamentar, de dois dos principais protagonistas do escândalo do mensalão: os deputados José Dirceu e Roberto Jefferson. Acerca das conseqüências políticas, vale transcrever parte do artigo publicado³¹⁰ pelo historiador Boris Fausto, anteriormente já referido:

“Tudo começou bem, com a cassação inevitável do próprio deputado Roberto Jefferson, que prestou um serviço à nação, mas estava evidentemente envolvido nas tramas. A ela se seguiu a do ex-deputado José Dirceu -o grande cérebro da rede corruptora, ao que tudo indica. Mas depois, o que se viu foi um triste recuo da grande maioria dos parlamentares.

Como se sabe, ninguém mais foi punido, as investigações se arrastaram e o trabalho, em boa medida eficaz do Conselho de Ética (da Câmara dos Deputados) foi desmentido em plenário, com seguidas absolvições.”

3.2. Prisões decretadas e denúncias apresentadas pelo Ministério Público

Na denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República, o ex-Ministro-Chefe da Casa Civil José Dirceu foi considerado o principal “articulador” da engrenagem, por ter o “domínio funcional” de todas as ações³¹¹ do grupo. “A organização, que envolvia 40 pessoas, foi classificada pelo procurador-geral como uma ‘quadrilha’, que se especializou em ‘desviar dinheiro público e comprar apoio político’³¹²”.

Em julgamento histórico realizado em agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu receber a denúncia contra as quarenta pessoas acusadas pela Procuradoria-Geral da República de participação no esquema de compra de votos. As poucas divergências entre os

³⁰⁹ Idem.

³¹⁰ Folha de São Paulo, edição de 4/6/2007, p. A12.

³¹¹ “**STF aceita denúncia de formação de quadrilha contra José Dirceu**”, 25/08/2007, Agência Brasil (www.agenciabrasil.gov.br).

³¹² “**Entenda passo a passo o julgamento do esquema do ‘mensalão’ no STF**”, 23/08/2007, Agência Brasil (www.agenciabrasil.gov.br).

Ministro do STF restringiram-se à discussão sobre o cabimento de alguns ilícitos constantes da peça acusatória. Fato é que, das 113 denúncias oferecidas, os magistrados aceitaram 102³¹³.

Com o recebimento da denúncia pelo STF, todos os quarenta acusados irão responder na condição de réus a processos penais. São eles³¹⁴:

a) Núcleo político-partidário:

- José Dirceu (ex-ministro da Casa Civil) - corrupção ativa e formação de quadrilha;
- Silvio Pereira (ex-secretário-geral do PT) - formação de quadrilha;
- Delúbio Soares (ex-tesoureiro do PT) - corrupção ativa e formação de quadrilha;
- José Genuíno (ex-presidente do PT) - corrupção ativa e formação de quadrilha.

b) Núcleo Financeiro:

- Ayanna Tenório (ex-vice-presidente do Banco Rural) - gestão fraudulenta de instituição financeira, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha;
- Vinicius Samarane (diretor do Banco Rural) – gestão fraudulenta de instituição financeira, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, evasão de divisas;
- José Roberto Salgado (vice-presidente do Banco Rural) - gestão fraudulenta de instituição financeira, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, evasão de divisas;
- Kátia Rabello (presidente do Banco Rural) – gestão fraudulenta de instituição financeira, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, evasão de divisas.

c) Núcleo do Governo:

- José Luiz Alves (ex-chefe de gabinete de Anderson Adauto no Ministério dos Transportes) – lavagem de dinheiro;
- Anderson Adauto (ex-ministro dos Transportes) – lavagem de dinheiro e corrupção ativa;

³¹³ “A Justiça Suprema”, Revista Veja, 05/09/2007, pág. 64.

³¹⁴ Idem, págs. 60/65.

- Luiz Gushiken (ex-ministro da Secretaria de Comunicação da Presidência da República) – peculato;
- Henrique Pizzolato (ex-diretor de marketing do Banco do Brasil) – peculato, corrupção passiva e lavagem de dinheiro;

d) Núcleo Publicitário

- Marcos Valério (publicitário e operador do esquema) – corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas;
- Cristiano Paz (sócio de Marcos Valério) – corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas;
- Ramon Hollerbach (sócio de Marcos Valério) – corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas;
- Rogério Tolentino (sócio de Marcos Valério) – lavagem de dinheiro, corrupção ativa e formação de quadrilha;
- Simone Vasconcelos (ex-diretora da SMPB e acusada de ser a principal operadora do esquema dirigido por Marcos Valério) – lavagem de dinheiro, corrupção ativa, formação de quadrilha e evasão de divisas;
- Geiza Dias (funcionária SMP&B) – lavagem de dinheiro, corrupção ativa, formação de quadrilha e evasão de divisas;
- Duda Mendonça (publicitário) - lavagem de dinheiro e evasão de divisas;
- Zilmar Fernandes (sócia de Duda Mendonça) - lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

e) Sacadores do Valerioduto:

- Anita Leocádia (ex-assessora do deputado federal Paulo Rocha) – lavagem de dinheiro;

- Antonio Lamas (irmão de Jacinto Lamas) – formação de quadrilha e lavagem de dinheiro;
- Bispo Rodrigues (ex-deputado federal do PL) – corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- Emerson Palmieri (ex-tesoureiro informal do PTB) – corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- Jacinto Lamas (ex-tesoureiro do PL - hoje PR) - formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- João Cláudio Genu (ex-assessor da liderança do PP) - formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- João Magno (ex-deputado federal petista) – lavagem de dinheiro;
- João Paulo Cunha (deputado federal do PT-SP) – corrupção passiva, lavagem de dinheiro e peculato;
- José Borba (ex-deputado federal, foi líder do PMDB) – corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- José Janene (ex-deputado do PP) - formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- Paulo Rocha (deputado federal do PT-PA) – lavagem de dinheiro;
- Pedro Corrêa (ex-presidente do PP) - formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- Pedro Henry (deputado federal do PP-MT) - formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro
- Professor Luizinho (ex-líder do governo na Câmara) – lavagem de dinheiro;

- Roberto Jefferson (ex-deputado federal pelo PTB, denunciou o esquema) – corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- Romeu Queiroz (ex-deputado federal pelo PTB) – corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- Valdemar Costa Neto (deputado federal pelo PR-SP) - formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

f) Lavanderia de dinheiro:

- Enivaldo Quadrado (dono da corretora Bonus-Banval) – formação de quadrilha e lavagem de dinheiro;
- Breno Fischerg (sócio da corretora Bonus-Banval) - formação de quadrilha e lavagem de dinheiro;
- Carlos Alberto Quaglia (dono da empresa Natimar) - formação de quadrilha e lavagem de dinheiro.

3.3. Recursos recuperados

Até o momento não se tem notícia de qualquer ressarcimento ao erário de recursos públicos desviados para o pagamento do “mensalão”. Espera-se que nos processos instaurados contra os envolvidos nesse esquema de corrupção a Justiça apure o montante de dinheiro público que foi utilizado e os responsáveis pela sua malversação, a fim de se buscar, o quanto antes, a reparação dos danos causados aos cofres públicos.

3.4. Melhoria na legislação

No Brasil, a investigação sobre os fatores que contribuem para a corrupção passa necessariamente pela análise dos elementos normativos vigentes, na medida em que se verificam

lacunas legais excessivamente permissivas. Em atenção a essa realidade, a “CPMI do Correios” fez várias recomendações de alteração legislativa, a seguir resumidas:

a) Emendas Constitucionais

a.1) Inclusão dos Dirigentes de Entidades da Administração Indireta entre os Sujeitos Passíveis de Convocação, pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados ou por Qualquer de Suas Comissões, para Prestar Informações.

Atualmente a Constituição Federal prevê a mencionada convocação apenas para Ministros de Estado e titulares de órgãos subordinados à Presidência da República. A sugestão de modificação da CF busca formalizar a convocação pelo Legislativo de representantes de estatais, por exemplo, facilitando o acesso às informações relativas à administração indireta.

a.2) Divulgação, via Internet, do Currículo e Agenda dos Agentes Políticos e Ocupantes de Cargos em Comissão de Livre Nomeação e Exoneração, para Conferir mais Transparência à Administração Pública.

Conforme consignado no relatório da CPMI, os ocupantes de cargos em comissão “(...) devem ter, além de suas agendas, também os currículos divulgados na Internet, para permitir um controle público tanto de seus atos quanto da adequada nomeação, que deve considerar as atribuições do cargo em relação ao nível de formação acadêmica e qualificação profissional do ocupante³¹⁵”.

a.3) Definição, em Sede Constitucional, da Aplicabilidade da Lei que Regula os Atos de Improbidade Administrativa.

Segundo a conclusão a que se chegou no âmbito da CPMI, a presente alteração constitucional mostrar-se-ia necessária para resolver em definitivo as controvérsias quanto à aplicabilidade da lei de improbidade administrativa a todos os agentes públicos, inclusive os agentes políticos.

b) Projeto de Lei Complementar: Limitação das Despesas com Publicidade

³¹⁵ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1685.

Os trabalhos de investigação da CPMI dos Correios revelaram que o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle das licitações de obras públicas e a maior subjetividade relacionada à gestão dos recursos em publicidade fizeram com que o foco da corrupção migrasse das licitações de obras públicas para as licitações de serviços, com destaque para as campanhas publicitárias, em que o controle é sem dúvida mais difícil. Nesse sentido, registrou-se no relatório elaborado por aquela CPMI:

Observado isto, resta-nos impor limites legais que impeçam ou, no mínimo, dificultem, da mesma forma como ocorreu com relação às obras públicas, os abusos que hoje ocorrem nas licitações de serviços de publicidade, parte deles referentes a gastos excessivos em campanhas publicitárias caras e, muitas vezes, até desnecessárias. Para tanto, apresentamos um projeto de lei complementar que visa regular disposições já contidas no art. 37 da Constituição Federal, utilizando-se, porém, da mesma premissa utilizada para criação da Lei de Responsabilidade Fiscal, qual seja o art. 163, inciso I, da Carta Magna.³¹⁶

c) Projetos de Lei Ordinária

c.1) Revisão e Atualização da Lei de Lavagem de Dinheiro

Refere-se às propostas de alteração da Lei n.º 9.613, de 03.03.1998, que pretendem incluir mais crimes como antecedentes para a configuração do crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, notadamente os crimes contra a ordem tributária. Sobre a questão, relatou a CPMI:

Outra mudança implementada é a reestruturação do tratamento dado aos bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito de infração penal objeto de medidas assecuratórias decretadas pelo judiciário. Com a alteração proposta passará a ser possível a utilização dos bens pelo Estado, no combate ao crime ou em ações voltadas à sua prevenção.³¹⁷

Outra inovação do PL é a comunicação prévia das transferências internacionais e dos saques em espécie realizados em instituições financeiras. Ficará a cargo do Banco Central do

³¹⁶ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1687.

³¹⁷ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1689.

Brasil o estabelecimento dos termos, limites, prazos e condições para a comunicação. Será, ainda, possível dispensá-la nos casos em que o perfil do cliente ou a justificativa apresentada assim o permitam.³¹⁸

c.2) Alteração da Lei de Improbidade Administrativa

Em relação às propostas de alteração de dispositivos da Lei n.º 8.429, de 02.06.1992, destacam-se:

- “a inserção das condutas de celebrar ou autorizar a celebração de contrato de publicidade em desacordo com o disposto no art. 37, §1.º, da Magna Carta, para fim autorizado por lei ou com desvio de finalidade como ato de improbidade administrativa previsto expressamente na Lei 8.429, de 1992³¹⁹”;

- agravamento das sanções para os atos de improbidade administrativa para cada uma das modalidades previstas nos arts. 9, 10 e 11 da Lei.

- dilação do prazo para a propositura da ação principal após a efetivação de medida cautelar;

- dilação dos prazos prescricionais (hoje de cinco anos), a fim de garantir a apuração do atos de improbidade e a efetiva punição dos culpados.

c.3) Redução da Discricionariedade nas Licitações.

Diante das recorrentes irregularidades verificadas na área de licitações e contratos, as quais, segundo o Tribunal de Contas da União – TCU –, podem ser atribuídas em grande medida a inconsistências na elaboração do projeto básico, a CPMI propõe, de modo mais rigoroso do que a atual disciplina da Lei n.º 8.666/1993, que seja exigida, para a licitação de obras de grande vulto, a aprovação anterior do projeto executivo, em lugar do projeto básico.

³¹⁸ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1689.

³¹⁹ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1691.

A CPMI chama a atenção para o fato de a Lei n.º 8.666/93 não limitar a atuação, na execução dos contratos, de agentes públicos que já participaram do respectivo processo licitatório em fases anteriores, o que abre espaço para a improbidade.

Tem-se que o “excesso de discricionariedade é flagrante, haja vista que o mesmo servidor pode atuar em todo o processo, desde a elaboração do edital até a fiscalização da execução do contrato e recebimento do objeto³²⁰”.

Como forma de assegurar maior eficácia nas ações de controle, sugere-se a modificação do parágrafo terceiro do art. 87 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de modo que conste da sua redação a “(...) a possibilidade de as cortes de contas, que efetuam a fiscalização e controle dos processos licitatórios, declararem a inidoneidade, para licitar ou contratar com a Administração Pública, daqueles que não executam, total ou parcialmente, os contratos firmados³²¹”.

Das proposições apresentadas pela CPMI também sobressaem as que se destinam a coibir os abusos verificados nas contratações diretas. Com o propósito de diminuir drasticamente a dispensa de licitação por urgência, “fruto de inúmeros relatos de favorecimento ilegal de empresas ligadas a governantes”, destaca-se a proposta de criação de “um pregão de urgência, com prazos ainda mais reduzidos e com envio de convite eletrônico aos licitantes cadastrados, dispensando a publicação em Diário Oficial dos atos e reduzir o tempo necessário para contratação em casos prementes para a Administração³²²”.

c.4) Instituição do Programa de Incentivo a Revelações de Interesse Público

Nos termos do relatório da CPMI, “O objetivo desta proposição é introduzir, no ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos jurídicos capazes de fomentar a revelação de informações em prol do interesse público, a fim de permitir ou facilitar a apuração de atos de improbidade administrativa e de certos ilícitos penais”.

³²⁰ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1696.

³²¹ Idem.

³²² Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1699. Neste caso, “A dispensa de licitação por urgência passa a ser admissível apenas quando a autoridade afirmar, em despacho fundamentado, que a contratação necessariamente deverá dar-se em menos de 48h, hipótese em que o controle judicial seria muito mais eficiente e objetivo do que apreciar o que é, abstratamente, “urgente”.

Essa iniciativa vai ao encontro de medidas semelhantes adotadas por outros Países como Canadá, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Estados Unidos, Coreia do Sul e Israel, dentre outros, que “(...) possuem em sua legislação mecanismos para a proteção de pessoas que revelem informações dessa sorte, como atos ou omissões lesivos ao poder público e atos de corrupção em geral”.

3.5. Melhoria nas estruturas

A partir do diagnóstico apresentado pela CPMI a respeito das causas que permitiram a montagem e a implementação do esquema de desvio de recursos aqui mencionado, a CPMI do Correios propôs diversas medidas relacionadas à estrutura da Administração Pública que estariam vocacionadas para evitar fraudes futuras, tornando o país menos suscetível à ocorrência da corrupção. Veja-se a seguir as principais providências sugeridas no relatório da referida comissão:

a) Redução do Número de Cargos em Comissão e de Confiança no Âmbito do Poder Executivo das Três Esferas.

É fato que a maneira como ocorre a ocupação de cargos em comissão na Administração Pública tem propiciado conseqüências nefastas para a gestão da coisa pública, visto que os indicados politicamente estão mais comprometidos com os interesses particulares do grupo que representam do que propriamente com o interesse público.

Não há como negar que a proposta constante do relatório da CPMI de redução do número de cargos em comissão significa um grande avanço porque diminui a captura do Estado pelo grupo político que exerce o poder. Nesse sentido, relatou a CPMI dos Correios:

A redução do número de cargos em comissão e funções de confiança no âmbito do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal mostra-se necessária, em parte, por seu impacto moralizador, tendo em vista que o número excessivo de cargos e funções desta natureza hoje

existentes na administração pública brasileira é fator de verdadeira apropriação da administração como se patrimônio do governo fosse.³²³

b) Criação de Câmaras e Varas Judiciárias Específicas para Julgar Crimes contra a Administração Pública.

Busca-se com essa medida promover a especialização do Poder Judiciário nas causas que envolvam o julgamento dos crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direitos ou valores, bem como das ações de improbidade administrativa.

Acredita-se que com a criação desses juízos especializados haverá maior repressão à corrupção, tornando a Justiça mais eficiente e eficaz.

c) Criação do Sistema Nacional de Combate à Corrupção – SNCC

Ponto de consenso entre políticos e autoridades convocados para contribuir com os trabalhos da CPI refere-se à grave deficiência (ou mesmo ausência) de comunicação e troca de informações entre os órgãos de controle estatais. Não há no âmbito da estrutura administrativa um órgão responsável pela centralização e unificação das ações de combate à corrupção.

Apesar dos avanços experimentados no combate à lavagem de dinheiro³²⁴ nas últimas décadas, pouco se fez em relação à corrupção, não se verificando, no mesmo período, transformações estruturais no sentido de enfrentar essa grande mazela social.

Daí decorre a necessidade de se aperfeiçoar o Estado para que se faça frente à avalanche de casos de corrupção que assolam o país. Nesse sentido, a proposição da CPI de criar um Sistema Nacional de Combate à Corrupção, com atuação voltada especificamente para a prevenção e o combate à corrupção.

³²³ Relatório Final dos Trabalhos da “CPI dos Correios”, Volume III - Pág.1681

³²⁴ Em termos de alteração legislativa, cita-se a edição da Lei n.º 9.613/1998, que tipificou os crimes de ocultação e "lavagem" de bens, direitos e valores. Também merece destaque a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF. Órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, o COAF acompanha diariamente as operações do mercado financeiro, procurando identificar aquelas em que haja suspeitas de movimentação ilícita de valores.

Destacam-se a seguir trechos do relatório da CPMI que tratam da instituição e funcionamento desse novo sistema³²⁵:

“O Sistema Nacional de Combate à Corrupção - SNCC deverá ser estruturado sobre pilares de transparência, informação e controle, e deverá reconhecer, incentivar e conferir a devida importância a valores como integridade, liderança e responsabilidade. O acesso à informação deverá ser facilitado e normatizado gradativamente, para que sua utilização seja feita de forma responsável e transparente.

Como ferramenta básica deste Sistema, será necessário criar uma Base de Dados de Atenção Qualificada – BDAQ, sistema informatizado com bancos de dados que abriguem informações provenientes das mais diversas fontes, as quais terão a obrigação legal de alimentá-los. Assim, a Receita Federal, por exemplo, fornecerá as informações fiscais em formatação previamente determinada; o Banco Central, de forma semelhante, com relação às informações bancárias, alimentadas por todo o Sistema Financeiro Nacional. De maneira idêntica proceder-se-á com todos os demais órgãos e entidades que detenham informações pertinentes, os quais serão paulatinamente instados, por via de lei, a fornecer e manter atualizadas as informações solicitadas.

(...)

Primeiramente, entendemos que o Tribunal de Contas da União – TCU, por sua independência e vocação, constitucionalmente definida como de fiscalização e controle das contas públicas, seja o órgão central do Sistema Nacional de Combate à Corrupção, responsável por seu planejamento, coordenação e monitoramento, propondo objetivos e metas e deflagrando ou orientando as ações necessárias para aperfeiçoamento e correções do sistema, visando à sua modernização e ao seu desenvolvimento sustentável. Neste sentido, também o TCU será o órgão administrador da Base de Dados de Atenção Qualificada – BDAQ.

(...)

Quanto aos demais órgãos que podem atuar direta ou indiretamente no combate à corrupção, como a Polícia Federal e a Interpol, o Banco Central do Brasil, a Secretaria da Receita Federal

³²⁵ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1675.

- SRF, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, a Secretaria de Previdência Complementar – SPC, a Controladoria-Geral da União – CGU, a Advocacia-Geral da União – AGU e a Comissão de Ética Pública, entre outros, deverão ter sua participação no Sistema e acesso às informações da BDAQ paulatinamente definidos.”

d) Transformação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF em Agência Nacional de Inteligência Financeira – ANIF.

Tal iniciativa, além de conferir maior autonomia ao atual o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, tem por finalidade dotá-lo de uma estrutura administrativa adequada, com servidores técnicos qualificados, que lhe permita exercer as funções de Unidade de Inteligência Financeira do governo.

e) Criação de Comissão Permanente Mista de Combate à Corrupção - CMCC

A sugestão da CPMI, no presente caso, é a criação de uma Comissão Permanente Mista de Combate à Corrupção - CMCC, “ (...) a ser composta por um Senador e um Deputado de cada Partido representado nas Casas Legislativas do Congresso Nacional, com igual número de suplentes, todos indicados pelas lideranças partidárias. Essa Comissão deverá ter, em sua estrutura administrativa, servidores com a formação acadêmica adequada e a qualificação profissional necessária para atuar em estudos, pesquisas e elaboração de proposições, todos relacionados à luta contra a corrupção no Brasil e no mundo³²⁶”.

Nos termos do relatório da CPMI, “(...) Caberá à nova Comissão, especialmente, apresentar e acompanhar as proposições legislativas necessárias e pertinentes ao aperfeiçoamento do Sistema Nacional de Combate à Corrupção, tanto surgidas no Congresso Nacional quanto apontadas pelo TCU, que a ela se reportará nas questões relativas ao SNCC, à BDAQ e, de forma geral, no que diz respeito ao combate à corrupção. Também o COAF, (...), reportar-se-á à CMCC, de forma semelhante ao que hoje se verifica entre a Comissão Mista de

³²⁶ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1680

Controle das Atividades de Inteligência – CCAI e a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN³²⁷”.

f) Reformulação do Atual Sistema Brasileiro de Proteção das Informações Sigilosas

Um dos grandes entraves apontados pelo relatório da CPMI para a eficácia das ações de controle refere-se ao rigor excessivo que vem sendo emprestado à proteção das informações sigilosas, que, tratada de modo absoluto, cria óbices para a interação entre os órgãos estatais, impedindo um maior compartilhamento de dados e informações na atuação preventiva de combate à corrupção.

Por isso, a necessidade de se flexibilizar a proteção ao sigilo, no sentido de que essa garantia seja compatibilizada com o princípio da transparência, vez que não se admite, de um modo geral, que a proteção ao sigilo prevaleça sobre o interesse público. Sobre o assunto, dispôs-se no relatório elaborado pela CPMI:

A temática da relativização da proteção às informações sigilosas foi pauta constante de todos os depoimentos, tendo sido a excessiva proteção apontada como causa primária para a morosidade e ineficácia do sistema de controle. Com efeito, a proteção constitucional do sigilo não deve ser utilizada indevidamente para o acobertamento de negócios e operações ilícitas. Ao contrário, deve ser lida e interpretada como instrumento que favoreça a transparência no trato da coisa pública, à qual todo aquele que negocia com o Estado deve estar atrelado.³²⁸

Nesse aspecto, é preciso esclarecer que a implementação do Sistema Nacional de Combate à corrupção não implicará a quebra de sigilo, conforme advertência feita no âmbito da CPMI “(...) mas tão-somente uma centralização de informações em um único sistema, que permitirá sua utilização de forma segura, nos moldes do que se tem em outros sistemas como o Sistema de Informações do Banco Central do Brasil – SISBACEN, o Sistema Integrado de

³²⁷ Idem.

³²⁸ Relatório Final dos Trabalhos da “CPMI dos Correios”, Volume III - Pág. 1687

Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI e o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE³²⁹.

³²⁹ *Idem.*

XII. Quadro geral

Escândalo	Como se tornou conhecido	Razões que propiciaram a ocorrência da fraude	Instauração de CPI	Ações propostas	Condenações	Recuperação dos recursos desviados	Cumprimento da sentença penal	Mudança na legislação
Caso Jorgina Maria de Freitas Fernandes	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e nos sistemas de informática	Sim	Civis e criminais	Sim	Insignificante*	Sim	Sim
Escândalo dos “Anões do Orçamento”	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Não	Não	Não	Sim
Escândalo das Ambulâncias	Imprensa/ Polícia Federal	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Não*	Não	Não	Não
Corrupção na SUDAM	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Não	Não	Não	Sim
Caso Collor	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Sim	Não	Sim	Sim
Operação Curupira	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Sim	Não	Não	Sim
Escândalo dos bancos Marka e FonteCindam	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Sim	Não	Não	Sim
Escândalo dos Precatórios	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Sim	Não	Não	Sim
Escândalo da construção do fórum trabalhista de São Paulo	Imprensa / Tribunal de Contas da União	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Sim	Insignificante*	Sim	Sim
Escândalo do mensalão	Imprensa	Falhas nas estruturas administrativas e na legislação	Sim	Civis e criminais	Não**	Não	Não	Não***

* O ressarcimento, no caso Jorgina de Freitas, foi de aproximadamente US\$ 30 milhões, tendo o desvio sido estimado em US\$600 milhões. No caso do TRT/SP, tendo sido desviados aproximadamente US\$ 77 milhões, houve

ressarcimento de aproximadamente US\$ 3,8 milhões³³⁰, conforme matéria publicada no Jornal Folha de São Paulo, sob o título “**País repatria menos de 10% do dinheiro da corrupção**” (edição de 5/7/2006).

** Em razão de se tratar de escândalos recentes, conforme examinado ao longo deste Capítulo, o pouco tempo decorrido pode ser apontado como razão para a inexistência de qualquer decisão condenatória, civil ou criminal.

*** A CPMI dos correios, que examinou diversos aspectos relacionados ao escândalo do “mensalão” apresentou longa lista de propostas de medidas de combate à corrupção, dentre elas a apresentação de vários projetos de lei e de propostas de emenda à Constituição Federal. Nenhuma das propostas foi, até o momento, aprovada.

XIII. Impressões resultantes da divulgação dos diversos escândalos e análise das medidas adotadas

O exame do quadro infra nos permite extrair algumas conclusões:

1. Papel da imprensa: A imprensa –com destaque especial para a Revista Veja, que tomou a iniciativa na descoberta de sete dos dez escândalos examinados– teve papel decisivo no combate à corrupção por meio da divulgação dos escândalos ocorridos nos últimos anos no Brasil e no acompanhamento das medidas adotadas pelos órgãos públicos. Destaque especial no acompanhamento de matérias relacionadas à corrupção deve ser dada à atuação dos Jornais O Globo, Folha de São Paulo, Estado de São Paulo e Correio Braziliense. Em casos em que não houve condenação judicial, de que são exemplos os escândalos dos anões do orçamento, dos precatórios, da SUDAM e do mensalão, houve conseqüências políticas, como a cassação de mandato de parlamentares ou a renúncia ao mandato para fugir à cassação. Inegável que essas conseqüências de natureza políticas se devem ao acompanhamento que a imprensa exerce sobre as Casas Legislativas, fenômeno que não se repete com a mesma intensidade quando se examina atuação do Poder Judiciário;
2. Falhas que propiciaram a ocorrência do escândalo: Em praticamente todos os casos examinados, falhas graves nas estruturas administrativas, relacionadas sobretudo à falta de pessoal qualificado, podem ser apontadas como causa determinante da ocorrência das fraudes. Na maioria dos casos, a existência de pequenas deficiências na legislação pode igualmente ter contribuído para a ocorrência do escândalo;
3. Atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI: À exceção do escândalo das ambulâncias, em que o fator determinante para a ocorrência do desvio dos recursos pode

ser atribuída aos mecanismos para a elaboração do orçamento, bem como à própria legislação orçamentária, em todas as situações em que houve a instauração de CPI, houve melhoria na legislação. O caso do escândalo das ambulâncias talvez não tenha provocado mudança na legislação em razão de que os maiores beneficiários dos mecanismos deficitários identificados são os próprios parlamentares responsáveis pelo aprovação do orçamento. Ou seja, não obstante ter sido instaurada CPI, ela não foi capaz de promover melhorias na legislação apontada como causa do escândalo por motivos corporativistas, dado que a melhoria na sistemática de elaboração e execução orçamentária não interessa à maioria dos membros do Congresso Nacional;

4. Ações propostas: Em todos os casos examinados, foram propostas ações civis e/ou criminais. Esta constatação leva à conclusão de que o Ministério Público, responsável pela propositura das ações, é atuante. Em diversos casos, o Ministério Público se valeu de informações levantadas pela Polícia Federal, pelo Tribunal de Contas da União ou pelas CPI, o que demonstra a importância desses mecanismos para a apuração de elementos que irão permitir a propositura das ações;
5. Condenações: O exame de casos empreendido neste Capítulo requer algum cuidado no que diz respeito à existência de decisões judiciais condenatórias. Em primeiro lugar, cumpre observar que não houve condenação em nenhuma caso em que houvesse réu com foro privilegiado. No caso Collor, o Sr. PC Farias foi condenado e cumpriu pena, porém não em razão de motivos relacionados ao escândalo que resultou no processo de impeachment e na renúncia do Presidente Collor. No caso específico do escândalo do mensalão, em que diversos envolvidos têm foro privilegiado, foi proposta ação pelo Ministério Público e a denúncia foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal – STF em julgamento que se encerrou no dia 27.8.2007³³¹, fato que gerou grande repercussão na imprensa³³² e nos meios políticos brasileiros em razão de envolver Ministros de Estado e Parlamentares ligados ao Governo. A Decisão do STF de receber a denúncia do escândalo do mensalão é relevante porque abre a perspectiva de, decorridos mais de 40 (quarenta) anos, ocorrer condenação de pessoas com foro

³³¹ “STF decide abrir ações contra os 40 acusados em escândalo”, Folha de São Paulo, 29/8/2007.

³³² “Uma organização criminoso de 40 réus”, O Globo, 29/8/2007, p. 3: Em decisão histórica, STF abre processo contra todos os denunciados e considera Dirceu o chefe da ‘quadrilha’ do mensalão”.

privilegiado. Em todos os demais casos, em que não havia agentes públicos com foro privilegiado (escândalos Jorgina de Freitas, curupira, Tribunal Regional do Trabalho, Precatórios e Bancos Marka e Fontecidam), houve decisão de primeiro grau condenatória. Foi possível constatar o cumprimento de algumas penas privativas de liberdade; não foi possível, todavia, confirmar o trânsito em julgado dos processos criminais relacionados a esses casos em que não havia agentes com foro privilegiado em razão de dificuldades de acesso aos dados do processo pelo Poder Judiciário;

6. Cumprimento das sentenças: Em todos os casos examinados em que agentes públicos com foro privilegiado não estavam envolvidos, houve decisão judicial que condenou os envolvidos a ressarcir os cofres públicos e a cumprir penas privativas de liberdade. O cumprimento das penas privativas de liberdade, vale dizer, das sentenças criminais condenatórias, somente se verificou em três casos (caso Jorgina de Freitas, caso Collor e escândalo da construção do TRT/SP). Nessas três hipóteses, houve a decretação da prisão não obstante ainda houvesse recursos pendentes de julgamento por parte de Tribunais superiores. Nessas três situações, a prisão foi decretada em razão de os réus terem-se evadido do País. Vale dizer, somente os denunciados que, temendo a decretação de prisão, evadiram-se do Brasil, tiveram que cumprir pena restritiva de liberdade. Vê-se que nesta idêntica situação se encontrava o Sr. Salvatore Cacciola, principal envolvido no escândalo dos Bancos Marka e Fontecindam, que se encontrava – no momento em que encerrávamos a redação desta tese – detido no Principado de Mônaco aguardando pedido de extradição a ser formulado pelo Governo do Brasil³³³. Não obstante tenha havido condenação de diversos outros envolvidos neste mesmo escândalo dos referidos bancos, todos os condenados respondem aos processos criminais em liberdade;
7. Ressarcimento dos recursos públicos desviados: É certo que a dificuldade para reaver recursos públicos desviados é problema de interesse afeta de toda a comunidade internacional³³⁴. Somente em dois dos casos examinados –escândalo Jorgina de Freitas e

³³³ “Justiça de Mônaco decide manter Cacciola preso”, Folha de São Paulo, 19/9/2007.

³³⁴ Em matéria publica no Jornal Correio Brasiliense (19/9/2007), sob o título “R\$ 3 trilhões: o custo da corrupção”, dá-se notícia do lançamento do programa STAR pelas Nações Unidas para a recuperação de quantias desviadas de programas destinados ao combate à pobreza. Segundo a matéria (p. 7), “o desvio de recursos públicos

TRT/SP– houve recuperação parcial dos recursos desviados. Em todos os demais, os órgãos de controle não lograram obter o ressarcimento, até o momento em que encerramos a redação desta tese, de quantias minimamente significativas. O exame dos escândalos com recursos públicos ocorridos leva à seguinte conclusão: desviar recursos públicos no Brasil é negócio que envolve muito pouco risco. Essa constatação decorre da inexpressiva recuperação das quantias desviadas, apesar de terem sido propostas ações civis tendentes ao ressarcimento aos cofres públicos em todos os casos examinados;

8. Efetividade dos mecanismos repressivos: As constatações apontadas nos três parágrafos anteriores devem constituir motivo para forte inquietação: são raros os casos de condenação criminal³³⁵; são mais raros ainda os casos de cumprimento de sentenças criminais; e é inexpressiva recuperação dos recursos públicos desviados. Ou seja, se a efetividade do sistema de combate à corrupção, no Brasil, for medido pelo exame dos mecanismos repressivos, deve-se concluir pela falência total do sistema;
9. Correção das falhas: Houvesse, no Brasil, a intenção de combater a corrupção de modo efetivo, o enfoque deveria ser dado à correção das falhas que propiciaram a ocorrência das fraudes³³⁶. Ou seja, a correção de falhas na legislação e a melhoria nas estruturas administrativas –especialmente aquelas relacionadas à qualificação dos agentes públicos responsáveis pela gestão pública– deveriam constituir as principais medidas para o efetivo combate à corrupção no Brasil;

destinados à pobreza provocado por atos de corrupção é estimado em até US\$ 1,6 trilhão ao ano em todo o mundo (...) Só o pagamento de propina a servidores públicos em países em desenvolvimento consome entre US\$ 20 bilhões e US\$ 40 bilhões anualmente.”

³³⁵ O Jornal Correio Braziliense (edição de 12/8/2007), sob o título “**MUITO BARULHO POR QUASE NADA**”, é apresentado o quadro geral de impunidade no Brasil. De acordo com a matéria (p.2), “Um levantamento feito pelo Correio sobre 20 fatos que vêm desde o período do Presidente João Figueiredo mostra que de 62 pessoas de envolvimento comprovado em escândalos, apenas 38 sofreram algum tipo de penalidade”. Ainda segundo a matéria, “o maior problema continua sendo a própria legislação, que permite ao acusado recorrer em liberdade até que o processo chegue em instâncias superiores, último grau de recurso. Isso faz com que os crimes sejam prescritos ou que não haja condenações”.

³³⁶ Pesquisa realizada pelo instituto IBOPE dá notícia de que “69% dos eleitores brasileiros já transgrediram alguma lei ou descumpriram alguma regra contratual para obter benefícios materiais, de forma intencional, e **75 % acreditam que cometeriam pelo menos um dos 13 atos de corrupção avaliados pelo estudo, caso tivessem oportunidade.**” (destacamos). Fonte: http://reinehr.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=229

10. Prevenção: Em razão do que se demonstrou ao longo desta tese, é de concluir que a única forma de se combater de forma efetiva a corrupção é por meio de medidas de caráter preventivo, a serem melhor examinadas nas conclusões, a seguir apresentadas.

CAPÍTULO - V

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO

I. O papel da Comunidade Internacional: introdução

Antes de analisarmos o sistema jurídico vigente no Brasil e as medidas adotadas para combater e prevenir a corrupção, algumas importantes questões preliminares ao tema devem ser enfrentadas.

Referimo-nos, aqui, à necessidade de localizar a luta contra a corrupção no atual cenário internacional e de apresentar importantes aspectos conceituais relacionados ao tema da pesquisa.

Para tanto, cumpre-nos, preliminarmente, examinarmos o papel da comunidade internacional no combate à corrupção, o conceito de corrupção, bem como as causas e os efeitos da corrupção em diversos aspectos da vida moderna.

Deve-se mencionar, inicialmente, que nos últimos anos, sobretudo a partir da década de 1990, verificou-se significativo aumento de interesse por parte da comunidade internacional em combater a corrupção. Essa preocupação verificada no plano internacional acerca do custo econômico, social e político da corrupção levou alguns países, organizações não governamentais e entidades ligadas ao setor empresarial a aumentar os esforços para buscar conter o campo de atuação da corrupção.

Os elevados níveis de corrupção adotados em muitos países da América Latina, África e Ásia, não obstante fossem desde há muito tempo conhecidos pela Comunidade Internacional, jamais foram motivo de preocupação. Ao contrário, a existência de práticas políticas e eleitorais corruptas podia-se considerar, ao menos em alguns casos, como conveniente para a manutenção de inúmeros regimes ditatoriais alinhados aos blocos hegemônicos representados pela antiga

União Soviética e pelos Estados Unidos da América. Em outras palavras, podia-se afirmar que os elevados níveis de corrupção vigentes em diversos países jamais foi motivo de preocupação para a Comunidade Internacional. Considerava-se, ao contrário, que a existência de sistemas jurídicos opacos gerava a oportunidade para a realização de negócios que poderiam beneficiar grandes empresas transnacionais. A possibilidade de dedução fiscal dos valores pagos a título de subornos a funcionários dos países menos desenvolvidos era tido como prática usual. A percepção generalizada no âmbito internacional era a de que a decisão de combater a corrupção se tratava de questão de política interna de cada país.

Outro obstáculo à adoção de posturas mais efetivas no plano internacional para combater a corrupção estava relacionado à visão até então dominante de que as tentativas de controlá-la não poderiam estar relacionadas ao comércio internacional e, portanto, às organizações internacionais que zelavam pelas finanças e economias internacionais. Entendia-se a corrupção como um problema não-econômico e se concluía pela impossibilidade de organizações internacionais relacionadas ao financiamento internacional e de forte atuação na área econômica interferirem nessa seara.

Os estudos desenvolvidos pelos economistas a partir da década de 1990 demonstraram exatamente o contrário do que até então se supunha, que a corrupção afetava significativamente a competitividade da economia global e a eficiência dos investimentos estrangeiros realizados pelas empresas ou financiados pelas organizações internacionais de crédito.

Diversos fenômenos verificados no cenário internacional ao longo das duas últimas décadas do século XX levaram a Comunidade Internacional a repensar as posturas até então adotadas para enfrentar a corrupção, tema até então tratado como de interesse interno de cada país e incapaz de ser enfrentado no plano internacional ou multilateral.

Ao longo dos últimos anos, verificou-se verdadeira inversão na postura da Comunidade Internacional, que passou a tratar a corrupção como um dos temas mais relevantes em suas áreas de atuação.

Os efeitos detectados pelos mais recentes estudos realizados acerca do tema demonstram como a corrupção pode afetar o ambiente social, político e econômico interno de cada país, e que esses efeitos ultrapassam suas fronteiras contaminando suas relações externas.

Este aspecto do processo de tomada de consciência acerca da importância de se combater a corrupção no plano internacional se torna mais evidente com a conjugação de dois fenômenos: a globalização e a maior integração dos países do antigo bloco socialista do leste europeu ao cenário internacional.

Se até então era possível à comunidade internacional simplesmente desconsiderar os elevados níveis de corrupção vigentes em países considerados de pouca importância estratégica no cenário internacional, especialmente no caso de alguns países africanos, latino-americanos e asiáticos, a exposição dos elevados níveis de corrupção vigentes em países de importância política e econômica como a Rússia e outros países surgidos da desintegração da antiga União Soviética forçou a comunidade internacional a reconhecer a impossibilidade de se conviver em um mundo globalizado, em que as relações econômicas tendem a ser tratadas com base na livre circulação de bens e serviços, com níveis de corrupção tão elevados em mercados tão importantes quanto os que correspondiam àqueles que se abriam com a fim dos regimes comunistas de orientação soviética.

Desde o início da década de 1990, pode-se considerar que a preocupação da comunidade internacional com o combate à corrupção deixou de ser um fenômeno eventual para se tornar um dos pontos mais importantes da agenda internacional.

II. A globalização e a corrupção nas relações internacionais

Uma das principais características do processo de globalização corresponde à liberdade de acesso aos mercados dos diversos países. Nos últimos anos, as relações mercantis passaram a se desenvolver com velocidade e intensidade jamais imaginadas. Os avanços ocorridos na área das telecomunicações e a livre circulação dos bens e serviços constituem os traços mais marcantes desse processo cuja tendência aponta para a construção de um grande mercado global, em que pessoas localizadas em diferentes partes do mundo estão integradas, em que as decisões

ocorridas em determinado país tendem a influenciar indivíduos ou empresas localizadas a milhares de quilômetros de distância.

A abordagem adotada neste trabalho não objetiva criticar o fato de que a globalização econômica tem trazido maiores benefícios para as empresas e para os cidadãos dos países ricos em detrimento daqueles localizados nos países pobres. A globalização apresenta-se hoje como um processo natural decorrente do estágio da evolução das tecnologias e resultante do processo de estabilização política verificado com o fim dos antagonismos que caracterizaram o período que se inicia com o fim da Segunda Grande Guerra e se estende até a desintegração do bloco capitaneado pela União Soviética.

Não se busca, desse modo, tecer elogios ou críticas à globalização. Trata-se, tão-somente, de reconhecer que se trata de processo real, que se estabeleceu independentemente da vontade política de qualquer país, independentemente de sua posição mais ou menos hegemônica no cenário político e econômico mundial, e que não demonstra qualquer sinal de mitigação nos próximos anos.

A livre circulação de capitais e a redução às barreiras impostas à circulação de bens e de pessoas resultantes da globalização fazem parte de um processo do qual muitos podem tirar proveito, inclusive para fins ilícitos, sobretudo no que diz respeito à criminalidade organizada.

Reconhecida a globalização como uma realidade econômica cuja maior peculiaridade consiste na extinção das barreiras comerciais entre os diversos países, é forçoso reconhecer que ela não alcança, todavia, outros importantes aspectos das relações humanas.

Se a redução das barreiras no plano internacional tornou mais simples e rápida a movimentação de capitais, em que por meio de um único comando em um computador de uma instituição financeira localizada em qualquer ponto do planeta torna-se possível transferir quantias milionárias para fora deste país, constata-se que os meios jurídicos para buscar a repatriação desses capitais na eventualidade de se comprovar que sua origem é ilícita não evoluíram com a mesma rapidez ou com a mesma intensidade. Ou seja, os avanços que a globalização importou no cenário econômico internacional não foram acompanhados de processos equivalentes em outros campos, especialmente no que toca à proteção de direitos. Se o

papel a ser desempenhado pelo Direito é o de regular as relações sociais, tenham ou não conteúdo econômico, verifica-se que a velocidade assumida pelas relações econômicas, bem como o espantoso aumento do volume de transações financeira entre diferentes países, resultantes da globalização tornou impossível ao Direito acompanhar ou desenvolver instrumentos capazes de regular e disciplinar essas relações internacionais.

A sensação generalizada instalada com a globalização, de perfil eminentemente econômica, é a de que este fenômeno escapa ao Direito. Ou, ao contrário, de que a única regra jurídica aplicável a esse processo é a de vale tudo, de que tudo é possível. Seria a adoção, em seu caráter mais puro, do liberalismo econômico e do não intervencionismo estatal. Seria a superação absoluta do privado sobre o público, no sentido de que o volume e a velocidade com que os negócios são realizados dependeria exclusivamente da vontade da partes envolvidas diretamente no processo e escaparia totalmente ao controle dos Estados.

O resultado inicialmente constatado levaria à conclusão de que seria impossível aos Estados ou a qualquer outro ator no cenário político mundial, cujas atuações estão restritas aos limites da jurisdição de cada país, impor limites, proibições ou padrões de comportamento que importem em respeitar os direitos humanos, o desenvolvimento econômico e o bem estar social das nações mais pobres, os princípios democráticos e o meio ambiente.

O temor gerado pela globalização seria o de que a impossibilidade de se estabelecer uma jurisdição global capaz de regular e de impor limites aos negócios transnacionais e a busca pela maximização das oportunidade de negócios em que o lucro é o único parâmetro a ser buscado importassem na criação de uma delinqüência transnacional incontrolável. O surgimento dos conhecidos paraísos fiscais (RODRÍGUEZ GARCÍA), cujas principais características são a opacidade dos seus sistemas jurídicos, a confidencialidade e o segredo bancário, seria o resultado desse processo.

A comunidade internacional percebeu a trampa que o processo de globalização geraria caso não fossem desenvolvidos mecanismos capazes de limitar e conter os incentivos e as oportunidades que a globalização econômica proporcionava à formação de grupos criminais que se aproveitavam da diversidade dos sistemas jurídicos dos diferentes países e da falta de cooperação internacional para maximizar seus lucros.

As facilidades geradas pelo processo de globalização para a criminalidade organizada transnacional podem ser medidas pelo volume de capitais ilícitos em circulação nos mercados financeiros internacionais. Nas Ilhas Caimã, por exemplo, segundo dados fornecidos pelo Fundo Monetário Internacional, estão registradas aproximadamente 40.000 sociedades mercantis, o que comparado com a população local, de apenas 35.000 habitantes, confirma a impressão de que se trata de centro internacional de lavagem de capitais. Este pequeno paraíso se hay convertido en la quinta plaza financiera del mundo, com 548 bancos (entre ellos, cuarenta y seis de los cincuenta más importantes del mundo) y que en aquellas oficinas bancarias se encuentran depositados 600.000 millones de dólares norteamericanos y 2.200 fondos especulativos (CASTRESANA FERNÁNDEZ)³³⁷.

Como resultado da globalização, a criminalidade se internacionalizou e se profissionalizou. A internacionalização da delinqüência é decorrência direta da redução das barreiras antes aplicáveis à circulação de mercadoria e de capitais. A profissionalização da criminalidade pode ser verificada pela utilização de estruturas jurídicas com o propósito de dar aparência de legalidade às operações ilegais. A criação em escala jamais vista de empresas fantasmas e a utilização das falhas e distinções nas legislações dos distintos países passou a ser objeto de estudo por profissionais de área do Direito e da Contabilidade a serviço dos grupos organizados. Além desses dois aspectos, a criminalidade surgida com a globalização apresenta uma terceira característica: a diversificação e a criação de novas condutas.

Historicamente, a corrupção sempre esteve associada ao Estado e a condutas descritas nas legislações penais como delitos necessariamente relacionados à atuação de agentes públicos.

Com a globalização e a conseqüente diversificação das atividades delictivas, a comunidade internacional teve de encarar um fenômeno até então desconhecido, que se tem convencionado denominar de corrupção privada. Neste novo âmbito, em que as principais áreas de atuação são os mercados financeiros e de capitais, utilizando-se de fraudes contábeis, de informações privilegiadas e de tráfico de influência como principais instrumentos de atuação, a corrupção torna-se mais sofisticada e mais difícil de combater. Podem ser mencionados a título de exemplos os casos envolvendo as empresas World Com, Enron e Parmalat, em que se

³³⁷ Obra citada, pág. 221.

demonstrou a incapacidade dos poderes públicos de adotar qualquer medida de caráter preventivo.

A globalização, como pode ser observado, constitui forte incentivo e cria inúmeras oportunidades para a prática de atos de corrupção. Esse mesmo fenômeno internacional irá, como se verá em seguida, criar na comunidade internacional o sentimento de que se deve combatê-la de forma implacável. Ou seja, o mesmo fenômeno internacional que propicia o surgimento de novas oportunidades delictivas, provoca na comunidade internacional uma reação que se manifesta pela edição de tratados, acordos e convenções internacionais. A partir da segunda metade da década de 1990, a reação da comunidade internacional pode ser considerada um verdadeiro despertar para os problemas gerados pela corrupção e para a necessidade de combatê-la.

O exame da postura adotada pela comunidade internacional em relação ao pagamento de subornos a funcionários estrangeiros e à lavagem de ativos permite constatar a rápida mudança de mentalidade ocorrida nos últimos anos em relação à criminalidade organizada. Examinaremos, em seguida, cada um desses dois aspectos.

III. O tratamento tributário para o pagamento de subornos a funcionários estrangeiros

Dados elaborados pelo Banco Mundial revelam que o percentual do suborno pagos aos funcionários públicos em relação à operação pendente de atuação desses agentes varia em função do nível de desenvolvimento do país onde ela se verifica. Isto não significa que os países ricos, ou mais desenvolvidos, estejam imunes ao pagamento de subornos, mas que os valores a serem desviados são proporcionalmente menores. No caso dos países menos desenvolvidos, é comum o pagamento dos subornos que ultrapassam o percentual de 50 % do valor da operação.

Nos últimos trinta anos, verificou-se verdadeira inversão em relação ao tratamento conferido pelas legislações de diversos países desenvolvidos acerca do tema. No passado, era comum a legislação dos países desenvolvidos permitir que os pagamentos realizados pelas filiais de suas empresas localizadas em países menos desenvolvidos em favor de funcionários desses países serem admitidos como hipóteses de dedução do imposto das empresas matrizes. A

questão era apresentada no sentido de que o pagamento de comissões era considerado uma etapa necessária à obtenção de contratos ou de concessões nestes países, de que fazia parte das regras do jogo, e que, nessa condição, seria normal ou natural que essas despesas pudessem ser deduzidas dos impostos a serem pagos pelas empresas sedes.

A primeira medida de grande impacto contra essa prática foi adotada unilateralmente pelos Estados Unidos. Por meio da Foreign Corrupt Practices Act , de 1977, foi expressamente proibida a dedução tributária dos pagamentos efetuados a título de comissões, direta ou indiretamente, a funcionários de governos estrangeiros, caso esses pagamentos fossem considerados ilegais pelas legislações locais. De fato, não cabe à legislação estrangeira definir que tipo de pagamento seriam reputados legais ou ilegais. Todavia, se a legislação local definisse determinado pagamento como ilegal, não seria possível que em suas declarações esses pagamentos fossem admitidos para fim de redução dos impostos devidos no país sede.

Essa medida teve profundo impacto não apenas em relação à empresas norte-americanas. Na medida em que somente as empresas cujas sedes estivessem localizadas em território norte-americano eram afetadas, iniciou-se movimento dessas grandes empresas no sentido de buscar ampliar essa proibição de modo a alcançar as empresas localizadas em outros países. Do contrário, as empresas norte-americanas poderiam encontrar-se em uma situação de desvantagem competitiva em relação às dos demais países.

Não obstante as autoridades norte-americanas tenham voltado suas atenções para o combate ao terrorismo, o que pode ser atribuído a razões evidentes, a aprovação do mencionado Foreign Corrupt Practices Act pode ser considerado o primeiro ato de impacto internacional no combate à corrupção transnacional. Somente 20 anos depois, em 1997, a OCDE e as Nações Unidas lograram aprovar acordos internacionais com propósitos semelhantes.

Neste ano, a OCDE obteve a subscrição por 33 países da Convenção contra os Subornos a Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais de Caráter Internacional, por meio da qual recomendou que as legislações locais não mais admitissem a dedução fiscal dos pagamentos realizados a título de suborno a referidos funcionários.

Diversos países membros da OCDE, como Alemanha, Itália, França, Grécia, Austrália, Países Baixos, Suíça e Áustria, dentre inúmeros outros, foram obrigados a modificar suas legislações de modo contemplar a recomendação resultante da Convenção firmada no âmbito da OCDE.

No mesmo ano de 1997, a Resolução 51/191 das Nações Unidas tratou do pagamento de subornos e comissões em transações internacionais, além de disponibilizar para referidos países assistência técnica e intercâmbio de informação em matéria tributária, bancária e contábil. Ainda no mesmo ano, a Assembléia Geral da ONU, mediante a Resolução 51/59, adotou o Código de Comportamento para Funcionários Públicos, estabelecendo uma série de condutas incompatíveis para o funcionários que tenham acesso a informações privilegiadas ou que sejam responsáveis pela gestão de fundos públicos.

No ano de 1988, merece destaque especial a proposta do Organização dos Estados Americanos de um modelo de legislação sobre enriquecimento ilícito e suborno transnacional, de modo a que as pessoas envolvidas nessas operações não mais possam ter acesso a benefícios fiscais ou ajudas públicas.

Além dessas medidas, podem ser ainda mencionadas acerca da luta contra o pagamento de subornos em negócios transnacionais:

- O Código de boas práticas de transparência em políticas monetárias e financeiras aprovado pelo Banco Mundial em 1999;
- O Acordo Plurilateral sobre Contratação Pública, realizado no âmbito da Organização Mundial do Comércio no ano de 1996, na cidade de Marraquesh; e
- A Declaração de Arusha sobre Cooperação e Integridade Aduaneira, firmada no âmbito da Organização Mundial de Aduanas no ano de 1993, na Tanzânia.

IV. A resposta da comunidade internacional à lavagem de dinheiro

A reação da comunidade internacional à criminalidade organizada transnacional pode ser medida pela adoção e pelo desenvolvimento de mecanismos relacionados à lavagem (branqueamento) de capitais.

À exceção dos particulares envolvidos nas operações ilegais de lavagem de capitais sujos e dos países que funcionam como paraísos fiscais, que em razão das suas particularidades legislativas recebem quantias vultosas, todos os países têm interesse em combater o fluxo de capitais ilegais em circulação nas operações transnacionais.

Não apenas os países menos desenvolvidos, certamente os mais susceptíveis aos efeitos da criminalidade organizada, mas igualmente os países desenvolvidos têm razões práticas para combater a existência dos paraísos fiscais. No caso dos Estados Unidos, fuentes del Congreso noerteamericano estiman que el 50% del movimiento de fondos correspondientes a las exportaciones transita ya a través de territorios off shore, lo que supone al Estado una reducción de los ingresos fiscales de 2,6 biliones de dólares anuales (CASTRESANA FERNÁNDEZ)³³⁸.

Nesse contexto, é importante chamar atenção para os esforços internacionais relativamente à movimentação de ativos em operações transnacionais.

O combate à lavagem de ativos não constitui medida específica de combate à corrupção. O aumento dos esforços internacionais contra a lavagem de ativos é medida da mais alta relevância na luta contra toda e qualquer prática delictiva organizada, o que acaba por constituir instrumento de combate à corrupção. Os esforços para controlar as movimentações financeiras transnacionais mantém, nesse sentido, pertinência com a luta contra qualquer prática delitual que envolva a movimentação de ativos, de que são exemplos, além da corrupção, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o financiamento ao terrorismo etc.

A lavagem de ativos pode ser entendida como o processo por meio do qual se busca dar aparência de legalidade a recursos de origem ilegais. Em razão do que disponha a legislação local, os atos relacionados à lavagem de ativos podem estar relacionados a determinados tipos

³³⁸ <Corrupción, Globalización y Delincuencia Organizada> en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. (coord.): La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar. Ratio Legis. Salamanca. 2004.

penais, tráfico de drogas, de armas, de pessoas, corrupção etc., ou terem simplesmente origem ilícita, independentemente do enquadramento em determinado tipo penal.

Existam inúmeras possibilidades para as operações que buscam dar aparência de legalidade a esses recursos ilegais, e não constitui o objeto do presente trabalho o exame específico das criativas soluções apresentadas pelos consultores jurídicos ou pelos bem remunerados contadores para dar ares de legalidade a ativos, e não apenas a dinheiro, de origem ilegal. O meio mais eficaz consiste simplesmente em efetuar depósitos em contas secretas em instituições bancárias mantidas em paraísos fiscais em que, protegidos pelo sigilo e em razão da falta de colaboração daquele Estado com a comunidade internacional, torna-se praticamente impossível recuperar esses ativos e retorná-los à sua origem.

As articulações no plano internacional acerca de operações relacionadas com a criminalidade organizada iniciaram-se em razão do tráfico ilícito de estupefacientes (Convênio único de Genebra de 1961, reformado em 1972).

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Drogas e Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas, firmada no ano de 1988, em de Viena, bem como a Convenção do Conselho da Europa, de 1990, sobre Lavagem, Busca e Confisco do Produto de Crime, podem ser considerados os mais importantes precedentes internacionais sobre a matéria. Não obstante ainda vinculado ao tráfico de drogas, a Convenção de Viena recomendou que os diversos países signatários estabelecessem em suas legislações o tipo penal correspondente à lavagem de dinheiro procedente do tráfico ilícito de drogas. No âmbito da União Européia, foi expedida a Diretiva 91/308, de 1991, que obriga os Estados Membros a impor às instituições financeiras sistemas de prevenção à lavagem de dinheiro.

Mais recentemente, o Convênio das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional aprovado em Palermo em 2000, e vigente desde 2003, pode ser considerado o texto jurídico mais importante sobre o tema. Este acordo resume a experiência adquirida por diversos países na luta contra a delinquência organizada e dá um passo fundamental ao tratar questão não apenas sob o enfoque do combate ao tráfico internacional de drogas. O primeiro aspecto a ser destacado no Convênio, e nesse ponto ele é estratégico, é a importância conferida à cooperação entre os diversos países. Ademais, ele indica a necessidade de serem fixados

parâmetros a serem seguidos pelas diversas legislações em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal de modo a evitar maiores conflitos entre essas legislações, aspecto que sempre favorece a criação de oportunidades a para a lavagem de ativos. Nesse ponto o principal objetivo da Convenção de Palermo consiste na necessidade de harmonização entre as legislações penais, especialmente no que concerne à tipificação do delito de participação em grupos delictivos organizados. A fixação desse novo tipo penal padrão objetiva facilitar a perseguição penal nos diversos Estados onde ocorra, de modo a facilitar a cooperação internacional. O simples fato de alguém pertencer a uma organização cujo propósito seja a prática de atos ilícitos seria suficiente, caso a Convenção seja dotada pelas legislações penais locais, para incriminar seus autores. A adoção desse tipo penal permitiria alcançar os mentores ou organizadores de referidos grupos, aqueles que normalmente não se expõem, que não são os autores imediatos de atos criminosos, mas que deveriam ser fortemente incriminados em razão de sua participação intelectual ser decisiva para o sucesso do empreendimento delitual.

Além da adoção de importantes medidas na área da investigação, da cooperação judicial e policial, da simplificação dos processos de extradição, aspecto de fundamental relevância decorrente da Convenção de Palermo apresentado como necessário ao combate à criminalidade organizada transnacional foi a adoção de medidas efetivas de combate à lavagem de capitais.

No âmbito da OCDE, a elaboração de listas negras dos paraísos fiscais tem obtido resultados expressivos no combate aos Estados cujas legislações acerca da abertura de contas secretas ou de empresas fantasmas se caracterizam pela absoluta falta de transparência e pela falta cooperação internacional. Atualmente, segundo fonte da própria OCDE, somente sete países integram referida lista negra. São eles: Andorra, Ilhes Marshall, Libéria, Liechtenstein, Mônaco, Nauru e Vanuatu. O sucesso dessa política pode ser observada quando se compara a lista atual com a que foi inicialmente editada no ano de 2000, que continha 35 diferentes países (RODRÍGUEZ GARCÍA)³³⁹.

Além da OCDE, merece destaque especial no âmbito internacional a criação, no ano de 1989 da Financial Action Task Force (ROSE-ACKERMAN)³⁴⁰ formada por representantes da

³³⁹ Obra citada, pág. 243.

³⁴⁰ Obra citada, pág. 191.

própria OCDE que desenvolveu 40 medidas a serem utilizadas no combate à lavagem de dinheiro em operações transnacionais.

Não obstante os imensos esforços internacionais -que resultaram na aprovação de dezenas de leis nacionais sobre o combate à lavagem de ativos-, o problema da lavagem de ativos torna-se cada vez mais sério.

No Brasil, por exemplo, a aprovação no ano de 1998 da Lei n.º 9.603 pode ser considerada um importante avanço no tratamento da questão. A luta contra a lavagem de ativos não se resume, todavia, à aprovação de bem elaborados textos legislativos. O combate à lavagem de ativos, regra aplicável, aliás, ao combate de toda criminalidade organizada, encontra maior dificuldade no momento em que se busca dar efetividade a esses textos normativos.

A adequada aplicação desses textos normativos pressupõe a estruturação de órgãos de inteligência financeira adequadamente capacitados para identificar as operações suspeitas e celeridade por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário relativamente à propositura e tramitação das ações propostas.

Ainda em relação ao Brasil, foi instituído, ainda no ano de 1998, o COAF - Conselho de Acompanhamento de Ativos Financeiros, que atualmente conta com apenas 38 funcionários encarregados de examinar as operações suspeitas e de informar o Ministério Público e o Banco Central para a adoção de providências administrativas e criminais contra os envolvidos em referidas operações. Nesse sentido, não obstante a grande maioria dos países tenha colaborado com os esforços internacionais para combater o crime organizado e a lavagem de ativos, a questão ainda enfrenta sérias dificuldades quando se examina a efetividade das medidas adotadas. Não é a simples aprovação de leis ou a boa vontade dos diversos países que devem ser objeto de atenção do parte dos organismos internacionais envolvidos no combate à lavagem de ativos, mas efetiva implementação de medidas práticas, que requerem além de leis, a criação de estruturas administrativas e o treinamento dos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Importantes medidas adotadas no plano multilateral para conter a lavagem de capitais constituem uma resposta da comunidade internacional contra a lavagem de ativos. A dúvida

persiste em saber que providências internacionais podem ser adotadas quando o país se recusa a colaborar? Pode a comunidade internacional simplesmente sentar e aguardar que o país decida algum dia cooperar, mesmo nas situações em que se sabe que toda a estrutura administrativa e política do país está contaminada pela corrupção?

No âmbito das Nações Unidas, a aprovação da Convenção de Mérida constitui importante marco em favor da adoção de medidas que objetivam implementar os mecanismos de combate e prevenção à lavagem de ativos. Em seu art. 14, o texto da Convenção estabelece importantes medidas a serem observadas pelos diferentes signatários. Algumas das medidas propostas são de adoção obrigatória; outras, de adoção facultativa.

São medidas de adoção obrigatória:

- o estabelecimento de um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando proceder, do outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente suspeitos de utilização para a lavagem de dinheiro, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, e em tal regimento há de se apoiar fortemente nos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas;

- as autoridades de administração, regulamentação e cumprimento da lei e demais autoridades encarregadas de combater a lavagem de dinheiro (incluídas, quando seja pertinente de acordo com a legislação interna, as autoridades judiciais) devem ser capazes de cooperar e intercambiar informações nos âmbitos nacional e internacional, de conformidade com as condições prescritas na legislação interna e, a tal fim, considerará a possibilidade de estabelecer um departamento de inteligência financeira que sirva de centro nacional de recompilação, análise e difusão de informação sobre possíveis atividades de lavagem de dinheiro.

Em relação à adoção de medidas de cunho facultativo, os Estados participantes poderão adotar medidas:

- para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis pertinentes, sujeitos a salvaguardas que garantam a devida utilização da informação e sem restringir de modo algum a circulação de capitais lícitos. Essas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantidades elevadas de efetivos e de títulos negociáveis pertinentes.

- para exigir às instituições financeiras, incluídas as que remetem dinheiro, que:

- a) Incluam nos formulários de transferência eletrônica de fundos e mensagens conexas informação exata e válida sobre o remetente;
- b) Mantenham essa informação durante todo o ciclo de operação; e
- c) Examinem de maneira mais minuciosa as transferências de fundos que não contenham informação completa sobre o remetente.

Finalmente, a Convenção de Mérida propugna no sentido de que os Estados Participantes se esforcem para 'estabelecer e promover a cooperação em escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, de cumprimento da lei e de regulamentação financeira a fim de combater a lavagem de dinheiro'.

As políticas de reforma e modernização das legislações dos diversos países aliadas ao treinamento dos agentes públicos responsáveis pela aplicação dessas leis constituem medidas importantes incentivadas pela Convenção de Mérida na luta contra a lavagem de ativos, mas não são suficientes para o desaparecimento dessa criminalidade. Ademais, a implementação dessas medidas depende, em boa parte, da boa vontade dos países interessados em abolir ou ao menos em reduzir as oportunidades que as falhas existentes em suas legislações e em suas estruturas administrativas e judiciais propiciam à livre atuação da criminalidade organizada.

Conforme será examinado na segunda parte deste Trabalho, o combate à corrupção depende da efetiva implementação de medidas anticorrupção por parte dos países interessados e, sobretudo, da postura a ser adotada pelos organismos internacionais. Em alguns casos, se não for adotada postura mais agressiva, a tendência em muitos países é a manutenção dos sistemas políticos e administrativos impregnados pela corrupção.

V. A comunidade internacional e a corrupção transnacional

O crescente interesse da comunidade internacional em buscar mecanismos para limitar a corrupção é parte de um processo que tem resultado, dentre outros aspectos, na redefinição do papel das organizações internacionais. Nos últimos anos, instituições como o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio, a União Européia, as Nações Unidas, dentre outros, têm reconhecido a necessidade de combater a corrupção como um dos itens mais importantes de suas agendas.

O crescimento das formas de corrupção transnacional decorrente do processo de globalização dos mercados tornou possível atrair a atenção da comunidade internacional para a necessidade de que se deve combater a corrupção não apenas como um problema de política local, mas igualmente como uma questão transnacional. Somente a partir dessa perspectiva é possível desenvolver políticas mais efetivas a serem implantadas no nível local e no plano internacional.

Os dados e estudos acerca dos efeitos produzidos pela a corrupção, especialmente na área da economia e no comércio internacional, poderiam indicar que tanto no nível local quanto no plano internacional a luta contra esse fenômeno deveria estar sendo travada de forma inclemente desde há muito tempo. Não era exatamente isso o que ocorria, ao menos até muito recentemente.

Até o início da década de 1990, o ambiente político e econômico internacional não favorecia a celebração de acordos ou a adoção de medidas de combate à corrupção. De acordo com as Nações Unidas o ambiente político e econômico do início da década de 1970, que se caracterizou pela tirania política e pelo antagonismo entre as empresas privadas estrangeiras e os países em desenvolvimento, não era um ambiente propício para que ocorresse um acordo internacional sobre uma forma comum de focar o problema e as práticas corruptas nas transações comerciais internacionais³⁴¹. Não se deve, ademais, esquecer que o Governo dos Estados Unidos utilizou com grande facilidade e frequência empresas norte-americanas para subornar políticos, servidores públicos ou pessoas influentes para fins políticos ou estratégicos

³⁴¹ Nações Unidas, Conselho Econômico e Social: Informe da comissão de empresas transnacionais sobre seu 17º Período de Sessões, E/1991/31/Add.1, de 4 de julho de 1991, pág. 2.

em inúmeros países, especialmente nos menos desenvolvidos³⁴². A rigor, a corrupção empresarial, durante o período em que vigorou a chamada Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética, constituiu importante instrumento de política estratégica internacional, o que certamente contribuiu para que durante longo período não se desse qualquer importância ao combate à corrupção transnacional.

O fim dos antagonismos entre os dois blocos hegemônicos, resultante da desintegração do bloco soviético, e a maior transparência no cenário internacional decorrente dos avanços dos meios de comunicação contribuíram para a mudança do cenário internacional e criaram o ambiente propício para que se iniciasse o combate à corrupção transnacional.

No início da década de 1990, foi divulgado pela Secretária de Comércio (US Department of Commerce) do Governo Clinton um informe sobre 'os grandes mercados emergentes' e sobre os setores mais atrativos para a realização de investimentos internacionais. De acordo com esse informe, Argentina, Brasil, México, Singapura, Indonésia, China, Índia, Turquia apresentavam perspectivas de investimento na área de infra-estrutura da ordem de aproximadamente 2 trilhões de dólares³⁴³. Ainda de acordo com o informe, as áreas carentes de investimentos seriam especialmente sensíveis à corrupção, daí a necessidade de combatê-la. Referido informe destacou, ademais, que entre 1994 e 1996, as empresas norte-americanas teriam deixado de celebrar contratos de aproximadamente 11 bilhões de dólares no exterior em razão do pagamento de subornos por empresas de outras nacionalidades.

Seja por essas razões, seja por quaisquer outras, o certo é que a partir do início da década de 1990, o combate à corrupção transnacional passou a ser um dos mais importantes temas de discussão no cenário internacional.

A questão seguinte a ser enfrentada consistia em saber se as medidas de combate à corrupção transnacional deveriam ser adotadas por cada um dos países ou se deveria ser tratada em âmbito internacional.

³⁴² REISMAN, Michal, <Remedios contra la corrupción? Cohechos, cruzadas y reformas> Versión Castellana: M. Caso. México: Fondo de Cultura Económica. 1981.

³⁴³ ELLIOTT, Kimberley Ann, <Corruption as an International Policy Problem: Overview and REcomendations>, en ELLIOTT, Kimberley Ann, Corruption and the Global Economy. Washington: Institute for Internationa Economics, 1997, págs. 201 e 202.

VI. Medidas nacionais contra a corrupção transnacional

No âmbito nacional, a primeira medida de efetivo impacto adotada foi a aprovação pelo Congresso norte-americano do Foreign Corrupt Practices Act, em 1977. As razões para a prematura edição desse ato, que antecede em mais de uma década a avalanche de medidas que viriam a ser adotadas no plano internacional, devem-se a questões de política interna, especialmente à divulgação dos escândalos de Watergate, em que empregados de empresas norte-americanas confessaram o pagamento de subornos a servidores públicos estrangeiros como forma de garantir acordos internacionais. Outras medidas de âmbito nacional somente voltaram a ser adotadas por outros países a partir da década de 1990 (França em 1997, Bélgica em 1999 e Espanha em 2000).

A questão, no entanto, não é simples. Qual o interesse ou vantagem de um determinado governo em punir empregados de suas empresas nacionais que lograram obter negócios no disputado mercado internacional por meio do pagamento de suborno ou de outras práticas ilícitas? Como esperar que haja suficiente empenho em combater e punir práticas que resultam em benefícios para suas empresas nacionais? Procuraremos enfrentar essas questões nos próximos itens.

VII. Razões econômicas para combater a corrupção no plano internacional

O processo de conscientização de que a corrupção transnacional deve ser combatida em razão dos efeitos negativos que gera não ocorre de forma linear ou sem contestação. Não há dúvida, de que do ponto de vista empresarial, o pagamento de subornos como meio para a obtenção de negócios representa um custo e que, o ideal seria poder suprimir esse custo. A questão não é, infelizmente, tão simples. As empresas transnacionais têm plena consciência de que a corrupção constitui importante instrumento para a obtenção de negócios e, se seus empregados não podem praticar atos corruptos em razão da legislação de seus países proibirem, outras empresas de outras nacionalidades acabaram por dominar os mercados. Ou seja, a situação desejável do ponto de vista da concorrência internacional, seria a simples supressão do

pagamento de subornos, que representa importante custo nos orçamentos das empresas. Se o pagamento de subornos não pode ser debelado nos negócios internacionais, as empresas que dele não puderem se utilizar acabarão por sofrer uma espécie de concorrência desleal às avessas.

Nesse contexto, duas soluções se apresentam como forma para estabilizar a concorrência internacional: 1. debela-se a corrupção transnacional; ou 2. os países que adotam políticas nacionais de combate ao pagamento de subornos a funcionários estrangeiros teriam de derrogar suas legislações.

Não consideramos realista a visão de que se deve combater a corrupção transnacional porque ela é criticável do ponto de vista ético, ou simplesmente porque ela é errada ou reprovável. Essa razão deveria ser bastante para incrementar a luta contra a corrupção, mas, infelizmente, não é. Do ponto de vista do comércio e das finanças internacionais, são de ordem econômica e financeira as razões que levam as empresas e seus respectivos governos a adotarem políticas e estratégias de dominação dos mercados, e razões de ordem ética normalmente não são tão relevantes na tomada de decisões estratégicas em questões comerciais³⁴⁴.

A partir dessa perspectiva estritamente econômica, as políticas de combate à corrupção transnacional devem considerar que o pagamento de subornos representa um custo para as empresas. A fim de que seja dada prevalência ao combate intransigente à corrupção -ao invés de ser utilizada a opção inversa, de liberação das empresas transnacionais para que possam servir-se livremente de praticas corruptas como meio para obter negócios- devem ser definidas estratégias que tornem o pagamento de suborno tão oneroso que as empresas prefiram não se utilizar dessa estratégia comercial. Trata-se, na verdade, de um jogo de tudo ou nada: combate-se a corrupção de modo a que seja extremamente oneroso para as empresas utilizar de meios fraudulentos para

³⁴⁴ Peter Eigen, em <La corrupción en los países desarrollados y en desarrollo. Un desafío de los 90. Medidas prácticas para combatirla>, Contribuciones, n.º 4, 1995, pág. 12, nota 9 (apud Malem Seña, Jorge F. obra cit. Pág. 198-199), apresenta trecho atribuído a Lord Yong, presidente da empresa Cable & Wireless: 'o problema moral para mim são os postos de trabalho. Quando você fala de comissões -corruptas- está falando de algo que é ilegal neste país ... Mas existem outras partes do mundo nas quais eu estive onde todos sabemos que isso ocorre. E se você quer continuar a fazer negócios ali tem que fazê-lo, não é algo reprovável... Agora bem, isto não é imoral nem corrupto. É muito diferente a nossa prática. Devemos ter muito cuidado com isso de insistir em que nossos costumes sejam observados em todo o mundo'. Não obstante as afirmações atribuídas ao presidente da empresa representam parcela significativa do pensamento empresarial, ele está equivocado. A existência de práticas corruptas em diferentes níveis de governo, ainda que esta prática esteja generalizada e freqüente, não há país do mundo em que ela seja aceita como eticamente adequada.

obter negócios ou se aceita o pagamento de subornos como parte do jogo ao qual todos podem aderir.

A aposta da comunidade internacional tem sido pela primeira opção, de que é mais vantajoso o combate à corrupção transnacional. Surgem, todavia, algumas questões jurídicas a serem enfrentadas.

VIII. Questões jurídicas a serem superadas para o efetivo combate à corrupção transnacional

Aspecto jurídico relevante acerca da luta contra a corrupção transnacional está relacionado ao exercício do *ius puniendi*, exercido, como regra, dentro dos limites do território do país onde é praticado o ato ilícito. A possibilidade de aplicação de sanções àqueles que tenham praticado atos de corrupção em outros países pressupõe a ruptura da idéia de territorialidade como critério para o exercício da jurisdição de cada Estado. Essa, aliás, é uma das características da corrupção transnacional, assim como da grande maioria dos crimes organizados, em que os atos praticados no território de determinado país geram repercussão e se desdobram em outros a serem praticados em territórios de países distintos.

O princípio da territorialidade é mitigado em razão da adoção de outros critérios de definição de jurisdição, como o princípio da personalidade, o princípio do interesse do Estado ou o princípio da justiça universal. Ora, se esses princípios podem ser utilizados para justificar o exercício do *ius puniendi* em relação a determinados atos praticados no exterior, porque a repressão à corrupção transnacional deveria estar necessariamente limitada pela exclusiva aplicação do princípio da territorialidade?

Em razão da necessidade da superação dessas dificuldades relacionadas aos limites para o exercício da jurisdição de cada Estado, a Convenção de Mérida das Nações Unidas estabelece uma série de medidas destinadas a fortalecer a cooperação entre os Estados participantes. A rigor, a cooperação internacional em matéria de combate à corrupção consta como uma das finalidades da Convenção³⁴⁵, sendo objeto de destaque em seu preâmbulo que estabelece que a

³⁴⁵ O art. 1º da Convenção dispõe nos seguintes termos:
'A finalidade da presente Convenção é de:

corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela.

A superação dos aspectos limitadores do princípio da territorialidade constitui importante passo no combate à corrupção transnacional, e a cooperação internacional constitui um importante passo nessa direção. Restam pendentes de implementação diversas outras medidas ou programas de âmbito transnacional de que poderia ser exemplo a institucionalização de um Ministério Público de âmbito supranacional. Nesse sentido é a proposta de Rodríguez García³⁴⁶ acerca da criação do Ministério Público Europeu Anticorrupção:

En todas las propuestas mencionadas para superar el fraccionamiento del espacio jurídico-penal europeo y así poder controlar y reprimir la corrupción, se reclama la necesidad de crear la figura de un Fiscal Europeo Anticorrupción con el objetivo de garantizar la coherencia de las investigaciones en todos los Estados miembros.

A idéia defendida por Rodríguez García poderia ser estendida para a criação de um Ministério Público para atuar junto a organismos internacionais de âmbito mundial, como a Corte Internacional de Haia, e para colaborar com os órgãos nacionais de combate à corrupção e outras manifestações da criminalidade organizada.

Nos últimos anos, foi possível observar os imensos progressos verificados no combate à criminalidade organizada, especialmente no que concerne à corrupção transnacional. Dificilmente seria possível imaginar, alguns anos antes, que seriam adotadas tantas e tão variadas medidas no âmbito de importantes organismos como as Nações Unidas, o Banco Mundial ou o Fundo Monetário Internacional.

Não é possível, todavia, de modo algum considerar que a batalha foi vencida. Há importantes passos ainda por serem adotados e não se deve desconsiderar, em absoluto a possibilidade de que os avanços implementados nos últimos anos sofram um revés. É necessário, ademais, que as medidas aprovadas no plano normativo por meio de acordos e convenções

b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos.'

³⁴⁶ Obra citada, pág. 265-267.

internacionais sejam efetivamente implementadas de modo a que não se tornem meras manifestações de boa intenção, o que não raro ocorre com os acordos internacionais firmados.

É necessário desenvolver mecanismos de avaliação e, se for caso, de sancionamento aos países que não implementem as medidas definidas nos acordos internacionais. No âmbito do Conselho da Europa, a atuação do GRECO constitui excelente exemplo de avaliação de medidas implementadas para combater a corrupção que poderiam ser utilizadas para a adoção dessa sistemática em âmbito mundial.

A atuação da Transparência Internacional e a divulgação do Índice de Percepção de Corrupção constituem exemplos bastante ilustrativos da importância que os países conferem às avaliações realizadas sobre a matéria. Se além dessas avaliações forem adotadas medidas que obriguem os países a implementar medidas de combate à corrupção, desaparecerá o maior temor dos que vêm na imposição, em âmbito nacional, de sanções aos empregados de suas empresas que paguem subornos no exterior um tratamento que afeta a capacidade dessas empresas de competirem nos mercados internacionais.

Se é verdade que a corrupção gera corrupção, é igualmente verdadeira a afirmação de que quanto maior e mais intenso for o movimento em favor da transparência e da observância de padrões éticos nos negócios internacionais mais difícil se torna a ocorrência de atos corruptos. Na prática, isso importa em dizer que se um país onde imperam altos índices de corrupção se vê confrontado com um ambiente em que a fraude é combatida de forma mais vigorosa, a tendência é a de que os países mais corruptos percebam as vantagens econômicas, sociais, políticas de um ambiente menos contaminado pela corrupção.

A conclusão a que se chega é no sentido de que o combate à corrupção transnacional é tarefa que não pode ser adequadamente enfrentada apenas pelos países como uma questão interna. Somente com a adoção de medidas de âmbito internacional e com a efetiva participação de organizações internacionais torna-se possível o enfrentamento da questão.

Faz-se necessário flexibilizar o conceito de soberania dos Estados de modo a dar maior efetividade às iniciativas adotadas no âmbito internacional para combater a criminalidade organizada transnacional, dando-se ênfase especial ao maior controle sobre as movimentações

de ativos de origem ilícita com vista à adoção de medidas ou à aplicação de sanções aos países não colaboradores.

A globalização econômica e financeira é decorrência direta da redução das barreiras entre os diferentes países e dos fortes avanços tecnológicos ocorridos na área das telecomunicações. A redução das barreiras entre os países criou forte estímulo à criminalidade organizada transnacional. A necessária e corresponde globalização jurídica (ou globalização da Justiça, conforme referência de RODRÍGUEZ GARCÍA)³⁴⁷, única capaz de apresentar respostas à criminalidade globalizada, somente pode ser adotada à custa de muito esforço por parte dos diversos agentes públicos e privados e da boa vontade da comunidade internacional.

O primeiro passo para combater a criminalidade organizada transnacional e a lavagem de ativos somente foi possível em razão da conscientização, sobretudo do países desenvolvidos, de que a falta controle sobre referidos processos ilícitos causam prejuízos econômicos, políticos e sociais não apenas para os países menos desenvolvidos, para toda a comunidade internacional.

É necessário fortalecer o sentimento de que novas medidas devem ser adotadas e que os parâmetros tradicionais sobre os quais se alicerçam a soberania dos Estados e as práticas utilizadas pelos Direitos Penal, Processual Penal, Administrativo e pelo próprio Direito Internacional não têm sido suficientes para combater a corrupção e a lavagem de ativos. Os novos parâmetros sobre os quais deve ser construída a globalização da Justiça devem considerar os valores jurídicos em questão e verificar que a flexibilização da soberania dos países pode ser admitida como solução para o combate mais efetivo à criminalidade, sendo necessário sancionar ou isolar do cenário internacional aqueles que não colaborem com esse processo.

Quando cotejados os efeitos negativos decorrentes da corrupção (miséria, mortalidade infantil, concentração de renda, quebra da competitividade empresarial etc.) com a preservação da soberania dos países, é possível que a tendência seja no sentido de redefinir o conceito de soberania a partir de padrões que observem valores consagrados em âmbito internacional, inclusive no que diz respeito ao maior engajamento no combate à corrupção e às outras manifestações da criminalidade organizada.

³⁴⁷ Obra citada, pág. 244.

IX. Diferentes perspectivas para a atuação dos organismos internacionais

A constatação de que a corrupção produzida pelas transações internacionais deve ser combatida com ferramentas que superem as limitadas armas dos Estados nacionais fez com que diversas organizações internacionais firmassem, em seus âmbitos de atuação, acordos, convênios, convenções e que fossem desenvolvidos novos instrumentos para combater a corrupção.

A forma como cada uma das organizações trata o tema varia em função do âmbito e do papel que desenvolve no cenário internacional. São altamente relevantes os trabalhos de combate à corrupção desenvolvidos no âmbito de instituições como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e as Nações Unidas, não obstante sejam totalmente distintas as formas de atuação das duas primeiras, que se caracterizam como instituições financeiras, quando comparadas com a última, as Nações Unidas, que têm atuação de caráter eminentemente político.

Relativamente à participação das Organizações Financeiras Internacionais (IFI - International Finance Institutions), muito se discutiu sobre a conveniência de interferirem no combate à corrupção, área até então considerada não econômica. Os avanços decorrentes dos estudos realizados no âmbito da economia demonstraram, todavia, exatamente o contrário, que a corrupção afeta de forma direta a economia e as finanças nacionais e internacionais além de influenciar diretamente na execução dos programas conduzidos por referidas entidades .

Acerca da atuação das organizações internacionais, Susan Rose-Ackerman³⁴⁸ apresenta quatro diferentes perspectivas para o combate à corrupção. São elas:

- As IFI devem ter efetivo interesse em acompanhar a utilização de seus empréstimos;
- As agências de ajuda internacional devem apoiar diretamente os esforços dos países no combate à corrupção, tais como a realização de reformas no serviço público e melhorias em seus sistemas de gerenciamento orçamentário e financeiro;
- Os esforços internacionais devem concentrar-se na tentativa de reduzir o interesse no pagamento de suborno dos que participam das negociações transnacionais;

³⁴⁸ Obra citada, pág. 178.

- Os programas internacionais para controlar os fluxos de capitais ilícitos devem ser incentivados de modo a tornar mais difícil essas remessas, além de serem incentivadas outras formas de cooperação internacional.

Examinaremos, em seguida, cada desses relevantes aspectos.

1. Acompanhamento de projetos de financiamento internacional

Em relação ao primeiro item, que trata da necessidade das IFI de acompanhar o desenvolvimento dos projetos por elas financiados, vale a pena transcrever algumas observações da autora³⁴⁹:

A project with a budget of \$100 million could have been completed for \$80 million in a honest system. Consider a simple project in which funds invested at time zero earn a return in time one (and only in time one), and suppose that an investment must earn a return of 10% in order to pass muster. Then, an honestly administered project would need to generate benefits of \$88 million. The corrupt project would need to produce returns of \$110 million, a difference of \$22 million. A project that should have cost \$80 million must return \$110 million in order to be worthwhile -a rate of return on productively used resources of 37.5%. Even on industrial world few projects have such a high return. Thus in the absence of corruption many projects would be worth initiating.

Não são raros os exemplos apresentados pela doutrina de situações em que, no mesmo dia em que eram liberados recursos pelas IFI para a execução de importantes projetos de desenvolvimento social em países da África e da América Latina, os recursos eram depositados em contas em paraísos fiscais abertas em nome dos dirigentes desses países.

No âmbito internacional, a mudança de atitude das organizações internacionais em relação à liberação de ajudas internacionais pode ser considerada um dos mais importantes avanços ocorridos no combate à corrupção transnacional. Quer se tratasse de organização internacional de ajuda humanitária (ONU, OEA), quer se tratasse de instituição de atuação no âmbito financeiro

³⁴⁹ Obra citada, pág. 179.

(Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional ou Banco Interamericano), o que seria feito com os recursos liberados e que deveriam ser aplicados em projetos previamente definidos, até muito recentemente, era problema de cada país.

A partir da década de 1990, a postura dessas organizações sofreu profundas modificações.

A preocupação com a ocorrência de fraudes ou desvios em projetos financiados pelo Banco Mundial pode ser utilizada como exemplo. Em 1996, foram introduzidas modificações em suas regras de conduta (procurement guidelines) que passaram a estabelecer de forma explícita que a prática de atos de corrupção importaria no cancelamento do projeto e que as empresas consideradas corruptas pelos auditores do Banco seriam excluídas das futuras licitações por ele realizadas.

No âmbito do FMI, desde o ano de 1996, tem-se fortalecido a idéia de governança como meio necessário ao desenvolvimento dos países que nele buscam ajuda financeira. No passado, as exigências fixadas pelo FMI para a liberação de empréstimos se resumiam a medidas de caráter estritamente fiscal, de controle de déficit público. A partir desse ano, exigências de ordem estrutural, como a adoção de procedimentos relacionados à maior transparência e de accountability na administração dos fundos públicos passam a integrar o receituário daquele organismo.

Medidas como essas são de importância fundamental para disseminar a idéia de que referidas organizações não mais compactuam com a corrupção.

2. Apoio a reformas estruturais nos países menos desenvolvidos

A segunda grande área de atuação dos organismos internacionais no combate à corrupção tem sido o apoio a reformas nas estruturas administrativas dos diferentes países. Quaisquer que fossem as razões, de mera acomodação, de entender que se tratava de problema que não lhes dizia respeito ou sob o temor de serem acusadas de interferir em assuntos internos dos países, o fato é que as Nações Unidas, o Banco Mundial e outros organismos internacionais durante toda sua existência jamais haviam adotado qualquer medida no sentido de interferir na implementação

de políticas tendentes a reduzir a vulnerabilidades dos sistemas administrativos e judiciais dos diferentes países e para torná-los mais eficientes.

Essa atitude começou a mudar no momento em que os efeitos da corrupção passaram a ser considerados efetivo empecilho ao desenvolvimento econômico, à superação da pobreza e à realização dos direitos humanos. Nesse sentido, não apenas as organizações de cunho econômico ou financeiro, como o Banco Mundial, mas igualmente organizações de ajuda humanitária como o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (UNDP) passaram a disponibilizar medidas de assistência técnica para a realização de reformas nas estruturas dos diferentes Estados.

3. Fixação de limites à corrupção transnacional

O terceiro campo de atuação das organizações internacionais, de acordo com a autora citada, corresponde à imposição de limites à prática de atos corruptos em negócios internacionais.

Conforme examinamos previamente, quando as grandes empresas transnacionais necessitam realizar negócios em países onde os níveis de corrupção são muito elevados, elas se deparam com o seguinte dilema: se a única forma de obter determinado contrato com o governo local for por meio do pagamento de subornos, vale a pena deixar de pagar o suborno e perder o negócio?

É indiscutível que o sistema ideal, inclusive do ponto de vista das políticas de liberalização e de incentivo à livre concorrência nos mercados, seria aquele em que nenhuma empresa se dispusesse a pagar subornos para obter negócios. Nesse ambiente, ganha o contrato a empresa mais competitiva. Ora, se esse corresponde ao discurso, senão da totalidade, ao menos da maioria das IFI, como devem proceder essas organizações internacionais para que esse ambiente prevaleça? Não obstante sejam fortemente influenciadas pela visão prevalecente nos Estados Unidos de que a liberalização dos mercados e as privatizações são capazes de realizar milagres, inclusive o de combater a corrupção, parece haver um consenso na comunidade internacional de que essa política de liberalização não é suficiente para combater ou mesmo para reduzir a corrupção. O exame da situação da Argentina serve como exemplo. Este país observou, ao longo

da década de 1980 e início da década de 1990, de forma estrita o receituário liberalizante proposto pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial. O resultado, ao invés da redução, foi o aumento de forma assustadora dos níveis de corrupção, o que provocou verdadeira catástrofe na economia e na sociedade argentina.

Nos dias atuais, ao invés de se atribuir ao mercado a função de combater a corrupção, têm sido apresentados pelos organismos internacionais interessantes programas de cooperação técnica para estimular o bom funcionamento de diferentes órgãos administrativos e judiciais nos países menos desenvolvidos.

A celebração de acordos internacionais, a disponibilidade de programas de ajuda técnica, a realização de avaliações acerca da implementação de medidas anticorrupção, a implementação de medidas anticorrupção como requisito para a obtenção de empréstimos ou para a execução de programas são apenas alguns exemplos das medidas adotadas pelas organizações internacionais.

Outras propostas de trabalho têm sido apresentadas para as organizações internacionais no combate à corrupção, como a criação de tribunais internacionais especializados em julgar atos de corrupção transnacional ou a criação do Ministério Público de atuação supranacional. Independentemente da adoção dessas medidas, é necessário não perder a perspectiva de que somente a efetiva atuação e vontade política da comunidade internacional é capaz de modificar o ambiente vigente em muitos países, nos quais, historicamente, as elites têm-se mantido no poder em função de práticas corruptas e patrimonialistas. Ou seja, se a decisão de adotar políticas anticorrupção ficar ao livre arbítrio de cada um dos países, se essa decisão for tratada como questão de política interna, a tendência é manutenção de sistemas eleitorais viciados e a perpetuação de governantes que não têm qualquer interesse em modificar a situação vigente em seus países.

Essa constitui uma importante razão para o maior engajamento da comunidade internacional no combate à corrupção. A criação de um ambiente internacional em que valha a pena a adotar políticas anticorrupção, que obrigue os governantes a seguir parâmetros de transparência, de isonomia, de eficiência, de objetividade, constitui uma das poucas oportunidades para a superação da denominada 'trampa da corrupção', em que se torna possível quebrar o ciclo vicioso segundo o qual a corrupção sempre gera mais corrupção.

As medidas anticorrupção adotadas pelos organismos internacionais têm tido forte impacto em inúmeros países da América Latina, África e Ásia. Há ainda espaço para novas propostas. O resultado dessa nova forma de abordar o problema tem sido benéfico não apenas para a população dos países diretamente beneficiados por essas medidas, mas para toda a economia mundial.

O estudo das medidas efetivadas por cada um dos mais importantes organismos internacionais será efetuado no próximo Capítulo.

4. O controle da lavagem de ativos

Outro campo em que os organismos internacionais podem desempenhar importante papel no combate à corrupção é no fortalecimento dos mecanismos que dificultam a lavagem de ativos.

Conforme examinamos infra, a criminalidade organizada, e nela se inclui a corrupção, gera enormes volumes de recursos que precisam ser legalizados para poderem ser utilizadas por seus beneficiários. Na medida em que são criadas dificuldades para a lavagem de ativos, a corrupção torna-se mais arriscada. A elevação dos riscos, torna a corrupção mais cara e, portanto, cria-se um ambiente mais propício para a implementação das medidas anticorrupção.

Nesse sentido, o fortalecimento dos mecanismos de combate à lavagem de ativos interfere nos dois pólos da corrupção ao criar para ambos desincentivos: 1. Em relação ao corruptor, com a elevação do custo da corrupção, haverá o estímulo para que os negócios sejam resolvidos sem que se faça necessário o pagamento de subornos; 2. Do ponto de vista do corrupto, se forem criadas dificuldades para a utilização dos recursos obtidos por meios ilícitos ou se a implantação desse sistema tornar mais fácil a descoberta do pagamento do suborno, certamente ele considerará a possibilidade de não se corromper.

Independentemente da aplicação de sanções, o que mais estimula a prática de ilícitos, inclusive por parte de servidores públicos que recebem subornos, é a certeza de que o ato ilícito não será sequer descoberto em razão das falhas nos sistemas administrativos utilizados para a fiscalização da atividade pública. Se, ao contrário, o servidor público tem a consciência de que o

suborno por ele recebido deixará um rastro que permitirá identificar a prática do ilícito, cria-se importante mecanismo de desestímulo ao recebimento de subornos.

Um dos maiores estímulos à corrupção é a certeza da impunidade. Nesse sentido, a implantação de sistemas eficientes de combate à lavagem de ativos torna mais provável a identificação do pagamento de suborno e viabiliza a instauração de processos administrativos e judiciais com vista à punição do servidor.

A lavagem de ativos se utiliza das facilidades proporcionadas pela globalização e pelos avanços nos sistemas de telecomunicações para transformá-la em uma questão transnacional. O enfrentamento da lavagem de ativos constitui, portanto, tema a ser necessariamente tratado no âmbito internacional, em que a atuação dos organismos internacionais e a cooperação entre os diversos países constituem requisitos indispensáveis à efetividade de qualquer medida de combate à corrupção e a outras manifestações da criminalidade organizada.

As medidas até o momento implementadas no âmbito internacional em matéria de lavagem de ativos, não obstante constituam significativos avanços, não tem sido suficientes para impedir que ainda existam países que atuem como paraísos fiscais e que não colaborem com a comunidade internacional na identificação e acompanhamento de movimentações suspeitas. A grande dificuldade reside certamente no fato de que alguns desses locais sejam possessões de países desenvolvidos -merece, infelizmente, destaque a situação de Gibraltar (Espanha) e de Jersey (Reino Unido).

O problema não reside apenas em relação à postura adotada pelos países que não colaboram com as políticas de combate à lavagem de ativos, mas alcança igualmente as grandes instituições financeiras privadas. Según el Congreso norteamericano, los cuatro principales bancos de Estados Unidos ingresan al año 500.000 millones de dólares de origen ilegal, y solamente Citibank tiene depositados 100.000 millones de dólares en cuentas secretas (CASTREASA FERNÁNDEZ)³⁵⁰.

Tomemos aqui o exemplo de Mônaco, ou de Liechtenstein, ou de Andorra, que de acordo com a OCDE integram a lista negra dos paraísos fiscais não cooperativos. A principal pergunta a

³⁵⁰ Obra citada, pág. 220.

ser feita é a seguinte: Que razões poderiam levar referidos países a modificar suas legislações de modo a adequá-las aos padrões internacionais de combate à lavagem de ativos?

Sabemos que se qualificação de paraíso fiscal não cooperativo não constitui motivo para orgulho, por outro lado, até o momento, não foi suficiente para convencê-los a se adaptarem aos padrões internacionais de cooperação e transparência. Em relação à criminalidade organizada, poderíamos dizer que esses países são os beneficiários do produto dos subornos, da venda de drogas, do comércio ilegal de armas, do tráfico de pessoas etc. Se isto é fato, é razoável permitir que a adequação de referidos países aos padrões internacionais de combate à lavagem de ativos dependa exclusivamente de sua boa vontade? Negar-lhes acesso a financiamentos ou empréstimos por parte das IFI ou ainda impedir-lhes de obter ajuda humanitária de organizações internacionais são medidas totalmente ineficazes pela simples razão de referidos países não necessitam dessas ajudas.

Eis o dilema: o que fazer quando os instrumentos até o momento utilizados -e que têm gerado alguns resultados expressivos sobretudo em países menos desenvolvidos- pela comunidade internacional falham.

É provável que nos próximos anos ocorram avanços na postura adotada pela comunidade internacional e que sejam desenvolvidos mecanismos mais efetivos para obrigar os países não cooperativos a se adequarem aos padrões internacionais -padrões que requerem, dentre outras providências, a comunicação da ocorrência de operações suspeitas, a facilitação para a repatriação dos recursos de origem ilícita, a ampliação das situações que podem dar origem à lavagem de ativos, que não se circunscreveria ao tráfico de drogas, a cooperação internacional etc.

X. Considerações finais sobre a atuação da comunidade internacional no combate à corrupção

A corrupção é um fenômeno presente em toda a história da humanidade e se pode afirmar que, embora os países menos desenvolvidos sejam os mais vulneráveis, ela afeta indistintamente todas as nações. As oportunidades surgidas com a globalização da economia, com os avanços

tecnológicos, com a velocidade que tem caracterizado as operações transnacionais poderiam indicar para uma tendência de aumento desenfreado das práticas corruptas.

Efetivamente, enfrentar a corrupção constitui tarefa extremamente complexa. As suas causas, as formas como se manifesta e a capacidade de contaminar todos os níveis de uma sociedade poderiam indicar que a batalha foi perdida.

Nos últimos anos, todavia, a divulgação de estudos acerca dos efeitos da corrupção, sobretudo em relação à economia, chamou a atenção da comunidade internacional -onde podemos incluir governos, empresas, organizações não governamentais e organismos internacionais.

Não é possível afirmar que nos dias atuais os níveis de corrupção sejam menos reduzidos que no passado. É possível afirmar, no entanto, que jamais se despendeu tanto esforço em seu combate e que nunca se apresentou um cenário internacional tão favorável à adoção de políticas de combate à corrupção quanto as que temos assistido nos dias atuais.

A resposta da comunidade internacional ao aumento da corrupção não representa um fenômeno passageiro. É possível afirmar que diante da complexidade que a corrupção transnacional representa, somente a efetiva participação de organismos internacionais como as Nações Unidas, o Banco Mundial, a OCDE, o Banco Interamericano, dentre outros, tornará possível a apresentação de medidas que permitam o efetivo enfrentamento da questão.

CONCLUSÕES

I. Cenário internacional

À exceção da edição da Foreign Corrupt Practices Act aprovado pelo governo norte-americano em 1977, até o início da década de 1990 poucos países e nenhum organismo internacional se preocuparam em adotar medidas efetivas de combate à corrupção. O desinteresse da comunidade internacional em relação ao tema se devia ao fato de que a corrupção era tida como questão a ser enfrentada por cada país como matéria de política interna.

A sensação generalizada era de que a corrupção não possuía qualquer relevância para a economia nacional ou internacional e que, em relação a esta última, poderia ser considerada benéfica para a obtenção de negócios por parte das grandes empresas em países menos desenvolvidos, sendo o pagamento de suborno em operações comerciais internacionais considerado instrumento natural de negociação, aceito e estimulado pelos governos dos países desenvolvidos que admitiam a sua dedução para fins tributários.

Os últimos anos foram testemunhas de movimentos contraditórios em relação à corrupção. Os processos de privatização que se iniciaram na Europa ao longo da década de 80 e que se espalharam pelo resto do mundo na década seguinte, o ingresso dos países do antigo bloco socialista soviético no comércio internacional, nos quais imperavam –e ainda imperam– elevados níveis de corrupção, os avanços tecnológicos em matéria de comunicação e processamento de dados e, sobretudo, a globalização econômica podem ser apontados como importantes fatores que contribuíram para aumentar as oportunidades para a prática de atos corruptos. Esses mesmos fenômenos, todavia, contribuíram para tornar mais evidentes os efeitos sociais, políticos, administrativos e econômicos da corrupção e para justificar a adoção de medidas para enfrentá-la.

Relativamente aos efeitos econômicos da corrupção, verificou-se que seu alcance ultrapassava as fronteiras do país onde o ato é praticado, criando grande distorção para o comércio e para as finanças internacionais. A globalização da corrupção levou a comunidade internacional a buscar novas abordagens para o seu combate e a questão passou a ser um dos mais importantes itens da agenda dos organismos internacionais.

Instituições como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, que sempre defenderam a liberalização econômica como a solução para a redução dos níveis de corrupção, constaram que essa medida dissociada de outras de caráter estrutural não seria suficiente para combater a corrupção.

Essas instituições passaram a adotar como condição para liberação de empréstimos ou de ajudas a adoção por parte dos países beneficiários de medidas que evitassem a ocorrência de fraude ou de qualquer outra malversação. Passaram, assim, a disponibilizar programas de ajuda técnica e financeira para a adequação das legislações e das estruturas administrativas voltadas para a prevenção e a repressão da corrupção.

No plano multilateral, a celebração da Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, firmada na cidade de Mérida, no México, em 2003, pode ser considerada um marco. Sendo o primeiro texto de âmbito mundial sobre o tema, a Convenção busca tratar diversos aspectos do combate à corrupção: medidas preventivas, cooperação internacional, criminalização de determinadas condutas, inclusive o enquadramento da corrupção privada, a convocação da sociedade civil para participar no processo de combate à corrupção e o fortalecimento de mecanismos contra a lavagem de ativos, dentre outros.

Esses exemplos, aliados a outras iniciativas adotadas no âmbito da União Européia e do Conselho da Europa, da OCDE e da Transparência Internacional, indicam que, se esse fenômeno que acompanha a humanidade desde seus primórdios está longe de ser debelado, muito tem sido feito nos últimos anos. O oferecimento de presentes (regalos) a funcionários públicos ou o pagamento de subornos como instrumento de negociação internacional, práticas consideradas normais na maioria dos países até muito recentemente, hoje são tratadas como crimes puníveis com elevadas penas.

O volume de recursos que movimenta e o poder político envolvido fazem crer que estamos longe de considerar a corrupção como tema de interesse apenas dos historiadores. É necessário que os governantes, os organismos internacionais, a sociedade civil organizada, os empresários, enfim, que todos tenhamos consciência de que a luta contra a corrupção deve ser travada no dia a dia e que sempre surgirão novas formas de corromper e fraudar.

As medidas adotadas no plano internacional de combate à corrupção propiciaram a criação de novo cenário em que o enfrentamento do tema passa a ser um dos mais importantes itens da agenda de discussão política mundial. Esse novo cenário internacional tem produzido reflexos importantíssimos nos ordenamentos jurídicos de inúmeros países –inclusive no Brasil.

II. Vulnerabilidades identificadas no Brasil que propiciam a prática de atos corruptos

1. Considerações Gerais

O propósito desta tese de doutorado foi o de discutir falhas nas estruturas de controle da Administração Pública (Capítulo II) e na legislação brasileira (Capítulo III) que propiciaram a prática de atos corruptos e que impedem a punição dos responsáveis pela ocorrência de inúmeros escândalos relacionados à fraude e ao desvio de recursos públicos (conforme se observou no exame de casos realizado no Capítulo IV). Identificadas as falhas –que se relacionam, como regra, à carência de pessoal especializado, a aspectos vulneráveis em leis administrativas, orçamentárias, penais e processuais, e à falta de efetividade do Poder Judiciário no combate à corrupção– buscaremos, nestas conclusões, apresentar algumas propostas que possam reduzir no nível da corrupção no exercício da atividade da Administração Pública brasileira.

No início desta tese mencionamos a existência da visão segundo a qual a corrupção, no Brasil, seria endêmica, genética, cultural.

O exame da legislação brasileira, das estruturas dos órgãos de controle da Administração Pública e, sobretudo, o estudo realizado no Capítulo IV desta tese, em que foram examinados casos concretos de corrupção ocorridos no Brasil ao longo dos últimos anos, demonstram o contrário.

O problema da corrupção, no Brasil, decorre mais das lacunas legais, excessivamente permissivas, da estrutura de controle deficitária e carente de maior organização –sobretudo no que concerne ao controle interno– e da impunidade dos responsáveis pela prática de atos de corrupção do que de qualquer razão histórica ou cultural. Ou seja, as oportunidades propiciadas pelo Estado brasileiro para a prática de atos corruptos são incontáveis e a sensação generalizada que se transmite à população –sensação que é confirmada pelo exame dos diversos escândalos apresentados– é de impunidade. Esse contexto, aliado à incrível criatividade daqueles que buscam aspectos vulneráveis na atuação do Estado para fraudar e desviar recursos públicos – vale nesse ponto mencionar a criatividade utilizada para desviar recursos utilizada no denominado escândalo dos precatórios, conforme apresentado no Capítulo IV– incentivam a corrupção no Brasil.

Razões históricas, culturais e, sobretudo, políticas talvez possam explicar porque não são se promove a efetiva e necessária mudança no cenário brasileiro de modo a melhor aparelhar o Estado para combater a corrupção, tanto no que diz respeito ao aspecto preventivo, de identificação e correção das falhas do sistema, quanto em relação à punição dos responsáveis pelos desvios de recursos públicos.

De qualquer modo, se se construir no cenário político brasileiro quadro que propicie a realização das mudanças aqui propugnadas, certamente qualquer traço ou característica cultural ou moral desempenharia papel pouco relevante para impedir o combate mais efetivo à corrupção.

O contexto descrito ao longo da tese leva-nos à conclusão de que somente por meio do envolvimento do Congresso Nacional –especialmente por meio da atuação de Comissões Parlamentares de Inquérito– é possível imaginar a superação das deficiências em nossa legislação e a correção das diversas vulnerabilidades identificadas nas estruturas administrativas e judiciais brasileiras.

Em termos bastante simples pode-se afirmar que o combate mais efetivo à corrupção depende de vontade política e que, ao menos até o momento, essa vontade jamais se mostrou suficientemente forte para superar o poder de manipulação dos grupos econômicos e políticos que se beneficiam das falhas no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, portanto, o diagnóstico da corrupção e das medidas necessárias à sua superação deve ater-se mais ao exame de elementos estruturais e normativos do que culturais ou morais.

2. Estruturas de controle da Administração Pública brasileira

Em relação aos órgãos de controle sobressai, com destaque, a ausência de uma estrutura unificada com vocação para o combate à corrupção. Cada órgão da Administração Pública executa a sua tarefa de controle e combate à corrupção ou à lavagem de dinheiro, sem qualquer correlação, organização ou centralização de dados.

Não há, a bem dizer, nenhuma estrutura profissional de inteligência destinada ao combate organizado à corrupção no Brasil, não obstante haja, ao menos no âmbito do Poder Executivo, iniciativas louváveis destinadas à essa interação dos órgãos de controle, de que é exemplo a instituição da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, criada em 2003 (Capítulo II).

Se há muito a trabalhar para aprimorar o sistema de controle, por outro lado torna-se necessário reconhecer que avanços importantes ocorreram em diversos setores, de que são exemplos as ações de combate à lavagem de dinheiro no Brasil conduzidas pelo COAF, o fortalecimento do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União e o engajamento do Departamento de Polícia Federal no combate à corrupção.

No que diz respeito ao combate à lavagem de dinheiro, a implementação de um órgão de inteligência financeira foi inegavelmente importante avanço institucional brasileiro, muito embora tenham sido verificadas inúmeras dificuldades na execução da sua atividade resultante da inadequação do seu quadro de pessoal e de sua estrutura administrativa –o órgão de inteligência financeira brasileiro, o COAF, conta, conforme indicado no Capítulo II, com pouco mais de três dezenas de funcionários para efetuar, a cada mês, cruzamentos complexos de milhões de informações. Desse modo, em que pese existir um sistema de controle da lavagem de dinheiro, algumas falhas na legislação (apontadas no Capítulo III) e, sobretudo, em sua estrutura administrativa impedem o órgão de inteligência de atuar de modo efetivo.

O exame do que se verifica no âmbito do COAF serve de exemplo do que ocorre na realidade da Administração Pública brasileira, especialmente nos órgãos que integram a

estrutura do Poder Executivo federal, em que a tônica é a carência de pessoal qualificado para desempenhar a função pública, especialmente nas estruturas voltadas para o controle interno da Administração Pública.

Não obstante o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público possuam atribuições adequadas e estejam bem aparelhados, dado que seus corpos técnicos são bem qualificados e bem remunerados, esses órgãos de controle externo da atividade administrativa brasileira não são capazes de suprir graves deficiências verificadas nas estruturas da própria Administração Pública. Ou seja, a atuação razoavelmente adequada dos órgãos de controle externo não é capaz de compensar falhas graves nas estruturas de controle da própria Administração Pública, especialmente se se considerar que o resultado da atuação desses órgãos de controle se faz, muitas vezes, por meio de ações judiciais que, no Brasil, se caracterizam pela lentidão e ineficiência. Como admitir, por exemplo, que a atuação dos órgãos de controle externo seja capaz de impedir –ou de punir– fraudes como a verificada no escândalo da SUDAM (vide Capítulo IV), em que se constata que o único e exclusivo propósito da entidade era desviar recursos públicos que se destinariam ao desenvolvimento da Amazônia?

Acerca da atuação do Poder Judiciário no Brasil no combate à corrupção, pode-se concluir que, salvo raras exceções, tem sido pífia.

Não obstante em diversos escândalos examinados no Capítulo IV tenham sido identificados casos de condenação criminal ou por ato de improbidade dos envolvidos pelos juízes de primeiro grau, constata-se que a regra é a impunidade em razão do cabimento de sucessivos recursos em que os réus, condenados em primeiro grau, respondem ao processo em liberdade até que seja proferida a decisão definitiva, que, em muitos casos, em razão da demora no julgamento do recurso, irá simplesmente reconhecer a ocorrência de prescrição.

Uma das razões para a ineficiência do Poder Judiciário brasileiro foi muito bem sintetizada por Cláudio Weber Abramo, Diretor-Executivo da Transparência Brasil³⁵¹:

“Racionalidade é a última coisa que se detecta nos códigos brasileiros. Não é de admirar, pois eles foram escritos por advogados de defesa. Para conduzir um processo

³⁵¹ <http://www.transparencia.org.br/docs/just-Brasil.pdf>

da forma entrecortada e cheia das firulas perfeitamente kafkianas que testemunhamos, é necessário pagar advogados. Quanto mais detalhes recônditos o advogado é capaz de explorar, mais tempo ele conseguirá ganhar para seu cliente. Advogados assim custam caro. Quem pode pagá-los é a classe dominante. Em particular, corruptos que são levados à Justiça (o que já é raro) costumam ter bastante dinheiro para isso. Em processos criminais, a idéia é procrastinar até que o crime prescreva. Em processos cíveis, até que a parte contrária se esgote. É por isso que processos chegam a se arrastar por décadas.”

Ainda em relação à atuação do Poder Judiciário brasileiro no combate à corrupção, chama a atenção a falta de informação sobre quaisquer processos.

É possível afirmar que as ações criminais ou de improbidade são lentas, que são ilimitados os recursos previstos na legislação, ou que é praticamente impossível manter uma condenação criminal de juízo de primeiro grau em razão do cabimento de sistemáticos e sucessivos recursos pelo exame de casos concretos, e não em razão de serem divulgados dados estatísticos acerca da atuação judiciária. Essa ausência de informações fornecidas pelo Poder Judiciário acerca da atuação judiciária, aliás, foi um dos motivos que nos levou a realizar a pesquisa para a apresentação dos escândalos de corrupção tratados no Capítulo IV a partir de informações coletadas pela imprensa.

Quando se buscam dados acerca da atuação do Poder Judiciário, como saber se o sistema de combate à corrupção funciona sem que haja informações sobre os processos judiciais de corrupção? Quantos processos administrativos findaram por gerar processos judiciais? Foram propostas ações civis ou ações criminais a partir dos dados obtidos nos processos administrativos? Proposta a ação civil ou penal, houve condenação? Foram interpostos recursos? Quanto tempo o Tribunal superior levou para julgar o recurso? Houve recuperação dos recursos públicos desviados?

Essas perguntas precisam ser respondidas para que a sociedade possa saber se os recursos investidos em controle e combate à corrupção geram resultados.

III. Análise do cenário estrutural dos órgãos de controle – da prevenção à punição

Para a apresentação de conclusões acerca do combate à corrupção no Brasil e para a elaboração de propostas de melhoria dos mecanismos existentes, é necessário analisar o cenário institucional brasileiro em diferentes etapas, desde a prevenção até a punição dos atos corruptos.

A rigor, a ênfase no combate à corrupção deve-se referir justamente à prevenção. O melhor controle sempre será o de prevenir a ocorrência do ilícito, ou seja, impedir que o foco de corrupção ocorra –o que pode ser constatado com o exame do escândalo do TRT de São Paulo (Capítulo IV) em que, não obstante o TCU tenha constatado a existência de fortes indícios de fraude desde o início da execução da obra, ainda no ano de 1992, somente no ano de 1998 foram adotadas medidas corretivas.

No plano preventivo, três são as medidas a serem adotadas: o compartilhamento de informações, o planejamento e a transparência.

Quanto maior for a transparência nas operações realizadas pela Administração Pública, e quanto mais o ato administrativo estiver vinculado a um resultado planejado e conhecido, maior será a possibilidade para o exercício do controle social. E onde o controle social é exercido não há sentimento de impunidade, a exemplo do que ocorreu em relação ao caso Collor apresentado no Capítulo IV.

Acerca da importância da atuação preventiva no controle da atividade administrativa do Estado, e, portanto, como efetivo mecanismo de combate à corrupção, podemos reportar a algumas situações que envolvem a atuação do Tribunal de Contas da União referida no Capítulo II.

Naquele Capítulo, foi mencionado que as decisões do TCU que imputem débito ou imputem multa têm natureza de título executivo e que propiciam a propositura da ação judicial com vista ao ressarcimento dos cofres públicos. Naquele Capítulo foi, todavia, mencionado que menos de 1% (um por cento) do que é enviado à via judicial para ajuizamento das ações civis é efetivamente ressarcido aos cofres públicos.

Não obstante não haja dados acerca do ressarcimento decorrente de outras medidas ou ações judiciais, de que seria exemplo a ação de improbidade, não é de se supor que o resultado seja distinto, ou seja, que haja ressarcimento dos recursos públicos desviados.

O exame de todos os casos apresentados no Capítulo IV dessa tese confirmam a incapacidade de o Estado brasileiro, que se utiliza da via judicial, para reaver fundos públicos desviados. De todos os casos pesquisados, somente no denominado escândalo “Jorgina de Freitas” houve ressarcimento de pequena parte das quantias desviadas.

As razões para essa total e completa inefetividade judicial na recuperação do dinheiro público são, de um lado, a facilidade com que se pode esconder esses recursos e, do outro lado, a lentidão com que atua o Poder Judiciário na tramitação dos processos civis de reparação de danos.

Para confirmar a necessidade de ser dada primazia à prevenção como mecanismo de combate à corrupção, podem ser apresentados como exemplo dois processos de auditoria conduzidos pelo Tribunal de Contas da União - TCU³⁵². No primeiro deles, foi realizada auditoria no ano de 2005 em licitação de obras rodoviárias orçadas em R\$1,6 bilhão (um bilhão seiscentos milhões de reais). A atuação do Tribunal resultou por identificar sobrepreço nos valores orçados e importou na redução do preço da obra em R\$300 milhões (trezentos milhões de reais). No segundo processo, foi realizada auditoria na empresa estatal brasileira encarregada da manutenção de construção de aeroportos (Infraero). Para a ampliação e modernização do aeroporto de Congonhas, em São Paulo, havia sido feito o orçamento em R\$ 1 bilhão (um bilhão de reais). Feita a auditoria, foram identificados “erros” no orçamento que, corrigidos, resultaram na redução do preço da obra em mais de R\$ 100 milhões (cem milhões de reais). Ou seja, em dois processos de auditoria, processos que se inserem no âmbito do controle preventivo, foi possível evitar o pagamento de valores superfaturados da ordem de centenas de milhões de reais, independentemente de qualquer outra providência ou ação judicial.

A ênfase do controle deve ser, portanto, a prevenção, e uma vez definido esse foco de combate à corrupção, torna-se necessário identificar as situações ou cenários que propiciam a ocorrência da fraude.

³⁵² Estes e outros exemplos de atuação preventiva no combate à corrupção e ao desperdício podem ser buscados nos relatórios de atividades divulgados pelo TCU em seu sítio: <https://www.tcu.gov.br>.

A identificação constitui, portanto, a segunda fase do rito processual de controle da corrupção e para que ela ocorra torna-se necessária e imprescindível a existência de um eficiente sistema integrado de inteligência.

O exame empreendido no Capítulo II sobre os órgãos de controle da Administração Pública existentes no Brasil (Tribunal de Contas, Ministério Público, Controladoria-Geral da União, Polícia Federal, COAF, Banco Central) permite-nos considerar que todos os dados e informações necessários ao reconhecimento de qualquer foco de corrupção no Brasil estão à disposição dessas autoridades públicas. Sua utilização, todavia, depende de processamento técnico, de gerenciamento adequado e de compartilhamento, o que não ocorre no Brasil.

De um modo geral, existem no Brasil institutos jurídicos em todas as áreas de interesse ao combate à corrupção e instituições de controle dotadas de atribuições e de instrumentos jurídicos adequados –vale, nesse ponto, mencionar a existência dos instrumentos de controle judicial da Administração Pública examinados no Capítulo II. No Banco Central, por exemplo, existe área de fiscalização com condições técnicas e humanas para identificar falhas e focos críticos de corrupção e lavagem de dinheiro – órgão que se aperfeiçoou significativamente após o escândalo que envolveu os Bancos Marka e FonteCindam.

Nem todas as operações envolvendo focos de corrupção ostentam, todavia, traços de ilegitimidade. Decorre disso que uma operação bancária, por exemplo, pode ser perfeitamente legítima, sob o prisma de determinado órgão, e no entanto mascarar foco importante de corrupção que somente outro órgão teria condições técnicas de detectar.

O caso do “mensalão” é exemplo adequado para demonstrar esse elemento. Em que pese os contratos bancários firmados entre os envolvidos no esquema fraudulento serem sabidamente ilegítimos e envolverem grande esquema de corrupção, no plano formal, puramente financeiro, nenhuma suspeita causaram aos órgãos de controle de movimentação financeira.

De forma semelhante, embora patente que as empresas envolvidas no referido caso do mensalão contratavam com inúmeros órgãos do governo federal, algumas delas já previamente apontadas por gravíssimas irregularidades, nenhum órgão de controle administrativo teve a iniciativa de procurar as instituições financeiras e com elas compartilhar informações para investigar se naqueles contratos bancários, aparentemente legítimos, existia irregularidade.

A tarefa de atuar no controle da corrupção pressupõe a identificação tempestivamente dos focos de corrupção, e para tanto é necessário obter, organizar e gerenciar as informações disponíveis nos mais diversos sistemas de controle administrativo existentes no Brasil, dentro de sistema de priorização, em que seriam monitorados todos os setores historicamente relacionados a focos de corrupção.

O caráter preventivo no combate à corrupção pressupõe a valorização dos mecanismos administrativos de controle, em detrimento, que devem ser capazes de conter a fraude e de punir os infratores.

A primeira medida administrativa, de contenção, importa em dotar referidos órgãos de controle de atribuições capazes de impedir que o foco de corrupção e de desvio se mantenha aberto. Esta atribuição pressupõe a existência de mecanismos aptos à adoção de medidas cautelares, a exemplo da competência reconhecida ao Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal, conforme indicado no Capítulo II.

Em relação à segunda medida, relacionada a aplicação de sanções administrativas, quanto mais rigorosa ela for, teoricamente, menor será a necessidade de adoção de medidas judiciais. Assim, se diante de informações qualificadas do COAF ou do Banco Central, se se tivesse procedido a investigação técnica nos contratos das empresas envolvidas nos diversos escândalos examinados –reportamo-nos, aqui, uma vez mais especificamente ao denominado escândalo do mensalão–, certamente teria sido possível identificar o foco de corrupção e teria sido possível adotar medidas preventivas de contenção da fraude.

Se assim ocorresse, pouca importância teria o processo judicial na execução de medidas coercitivas e punitivas, reservando-se à Polícia Federal e ao Ministério Público a tarefa precípua de recuperar os recursos financeiros desviados e de promover a punição penal dos culpados.

Acerca da aplicação de medidas de caráter administrativo, sério problema reside na possibilidade de todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública, inclusive as medidas de contenção e de sanção adotadas pelos órgãos de controle, poder ser levado à apreciação judicial. Esse cenário de muito pouca racionalidade acaba por reservar ao Poder Judiciário o monopólio integral de qualquer iniciativa no plano da punição.

A morosidade judiciária, todavia, acaba por soterrar qualquer expectativa de punição imediata e a contento dos responsáveis pelo desvio de recursos públicos.

Nesse ponto, conclui-se que uma possível solução para o problema da lentidão do Poder Judiciário poderia surgir –como já apontado– com a implementação de varas especializadas no controle da corrupção e da lavagem de dinheiro.

A atuação preventiva no combate à corrupção pressupõe, ademais, o exame de três aspectos: a informação, o controle e a transparência.

Não é possível pensar um efetivo combate à corrupção sem o ingresso imediato e efetivo na era da informação. Quanto maior for o acesso à informação por parte dos órgãos de controle e da sociedade, maior será o controle interno, externo e social exercido sobre os órgãos públicos, impedindo o estabelecimento do foco de corrupção ou tornando-o tão arriscado que não valha a pena sequer a tentativa.

A importância da transparência ainda se destaca, do ponto de vista político, em razão da sua imensa capacidade de aprimoramento democrático dos regimes modernos, promovendo a inserção da sociedade na atividade de controle das ações públicas. A transparência é, portanto, imprescindível nas atividades dos órgãos e agentes públicos, pois previne, combate e controla a prática de corrupção e garante maior eficiência e publicidade aos atos da administração pública.

A noção de transparência aqui propugnada muitas vezes se choca com a proteção que o ordenamento jurídico brasileiro confere às informações sigilosas, relacionadas ao direito à privacidade reconhecido pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, X e XII). A interpretação corrente do texto constitucional importa em os órgãos de controle somente possam acessar informações sigilosas detidas por outros órgãos públicos se obtiverem autorização judicial, que pressupõe a existência de processo penal em curso.. Assim, não obstante o Banco Central ou a Receita Federal possam deter informações relevantes para o andamento de processos sob a responsabilidade do Ministério Público, este somente poderá ter acesso àquelas informações se houver processo criminal e expressa autorização judicial de compartilhamento de informações.

A relativização da proteção às informações sigilosas –tema recorrente quando se buscam apontar as causas para a morosidade e ineficácia do sistema de controle– constitui passo fundamental no sentido de conferir maior transparência ao trato dos recursos públicos e de favorecer a transparência, à qual todo aquele que negocia com o Estado deve sujeitar-se.

IV. Estruturação das instituições

Para propor uma estrutura capaz de lidar com a corrupção no Brasil foi necessário, primeiramente, que tomássemos conhecimento do funcionamento do aparelho existente. Nesse ponto, as pesquisas realizadas se tornaram essenciais para perceber a necessidade de expansão dos quadros funcionais e dos recursos materiais de diversos órgãos e entidades governamentais, bem como a agregação de tecnologia e de conhecimentos, oferecendo treinamento aos servidores para habilitá-los a identificar, apurar e reaver os valores desviados devido à corrupção. O ponto principal consiste, dessa forma, em dotar as instituições públicas, e não apenas aquelas de controle, da infra-estrutura necessária para fazer frente à corrupção, combatendo-a com a utilização dos melhores meios disponíveis.

A falta de estrutura para a fiscalização dos recursos públicos repassados às Organizações Não-Governamentais –mencionada ao final do Capítulo III–, conforme apurado em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União³⁵³, é exemplificativa do cenário identificado na Administração Pública brasileira acerca da falta de estrutura de pessoal para a fiscalização na aplicação dos recursos públicos:

“h) outros problemas foram destacados no referido processo sobre convênios com ONGs: ‘análises técnicas superficiais e insuficientes das proposições e das condições das convenientes para consecução dos objetos propostos; aprovação de planos de trabalho vagos, com metas insuficientemente descritas, que são delegados a entidades sem condições para executá-los; falta de critérios objetivos e de avaliação técnica das condições da conveniente para consecução dos objetos pactuados; negligência na fase preliminar de avaliação técnica das propostas e das condições das convenientes para executá-las, associadas à falta de acompanhamento, fiscalização e transparência na execução, o que faz multiplicar as irregularidades nos processos de licitação e contratação e na execução física e financeira dos convênios; procedimentos de aquisição adotados pelas entidades muito distantes de se constituírem em licitações ou em procedimentos análogos que atendam aos princípios da igualdade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa; desvio de finalidade na aplicação dos recursos

³⁵³ Vide Acórdão TCU 277/2007 – Plenário; fonte: <http://contas.tcu.gov.br>

transferidos; utilização de recursos dos convênios para pagamento de despesas de manutenção das ONGs; análises superficiais e deficientes das prestações de contas em dissonância com as informações e elementos presentes no processo, denotando que os pareceres são meramente pro forma, para cumprir ritos estabelecidos nas normas legais’;

i) concluiu-se pela necessidade de, entre outras medidas, tornar os dados dos convênios acessíveis a qualquer interessado, para assim incentivar o controle social;”.

Assim, sem deixar de reconhecer a necessidade de fortalecimento das instituições de controle já existentes e atuantes na prevenção e combate à corrupção, é preciso ir mais além, criando todo um sistema nacional de combate à corrupção, de caráter contínuo e que envolva, além dos órgãos e instituições governamentais, o apoio e inestimável parceria da sociedade civil, da mídia e do setor privado.

Ainda dentro deste enfoque estrutural, outra medida se revela extremamente necessária diz respeito ao fortalecimento do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, para que possa atuar de forma mais eficaz e autônoma.

É de se ressaltar que algumas outras ações deverão ser adotadas para enfrentar as causas da corrupção no Brasil.

A necessidade de criação de carreiras específicas de gestão e fiscalização de contratos e de auditoria em toda a Administração Pública que, conforme examinado no estudo de casos exposto no Capítulo IV, constitui aspecto extremamente vulnerável à corrupção, constitui exemplo de medida administrativa a ser implementada e que tornaria o setor de contratos e convênios públicos menos vulnerável.

Outro ponto decisivo para o sucesso de qualquer projeto de combate à corrupção de caráter nacional é o envolvimento de todos os órgãos e entidades governamentais de controle, que devem agir de forma integrada.

No que se refere à lavagem de dinheiro, conforme observado, inúmeros avanços estruturais e normativos foram implementados no Brasil nestas duas últimas décadas. A rigor, desde a convenção de Viena, firmada em 1988, da qual o Brasil é signatário, o combate à lavagem de dinheiro passou a ser preocupação em nosso ordenamento.

Apesar de sua estruturação complexa, o fato é que o sistema de controle de lavagem de dinheiro não teve o condão de mapear as atividades ilícitas decorrentes dos inúmeros focos de corrupção ocorridos no Brasil. Cria-se, dessa forma, uma burocracia com aparência de modernidade administrativa, mas que por dentro sofre de deficiências estruturais que impedem seu efetivo e adequado funcionamento.

V. Mudanças legislativas

No campo legislativo, são inúmeros os aspectos de nossa legislação que necessitam de urgente atenção.

A legislação orçamentária, a que cuida das licitações e dos contratos administrativos e a legislação sobre repasse de recursos a Organizações Não-Governamentais são exemplos de áreas em que se fazem necessárias profundas e imediatas modificações.

Em relação às licitações e compras governamentais, merece destaque a implementação do sistema de compras eletrônico criado pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui o chamado pregão, modalidade licitação realizada por meio de instrumentos eletrônicos de interação. Trata-se de um dos maiores avanços em nossa legislação e demonstra que, por meio de medidas legislativas adequadas, é possível tornar a Administração Pública mais ágil e impedir –ou ao menos dificultar– o conluio entre os fornecedores do Poder Público.

No pregão eletrônico, a competição é realizada por meio da Internet, mediante cadastro dos interessados, que recebem chave de acesso e senha privativa para poderem realizar os lances. Nesse ponto, é importante fazer menção ao fato que o Brasil é o maior comprador por leilão reverso com o uso de meios eletrônicos do mundo e que no ano de 2006, o Governo Federal adquiriu R\$ 11,1 bilhões por meio dessa modalidade eletrônica, o que perfaz 57% do total contratado pela Administração Pública federal. A economia decorrente do uso dessa modalidade de licitação foi de R\$ 1,8 bilhão em 2006. Cerca de 260 mil fornecedores estão cadastrados para fornecer ao Governo Federal³⁵⁴. Deve ser feito o registro, todavia, que a modalidade eletrônica de contratação somente é admitida para a contratação de bens e serviços considerados comuns (Lei n.º 10.520/2002, art. 1º) e que têm enfrentado forte resistência as tentativas do Governo

³⁵⁴ Dados obtidos no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento – <http://www.planejamento.gov.br>

Federal de modificar mencionada legislação de modo a poder utilizar a modalidade eletrônica de licitação para outros contratos, de que são exemplos as obras públicas.

Desse modo, a legislação e o sistema eletrônico de pregão eletrônico brasileiro são um dos mais avançados do mundo. No entanto, necessita ter seu escopo de aplicação ampliado, bem como carece que algumas melhorias lhe sejam acrescentadas, limitando os espaços para corrupção que se encontram hoje abertos justamente em virtude do ainda estreito rol de aplicação do pregão eletrônico.

Outros problemas podem ser identificados na prática da Administração Pública relacionada às contratações. São freqüentes, por exemplo, situações em que o administrador insere no edital cláusulas que restringem a competitividade do certame, (o que enseja anulação pelo Judiciário, causando a lentidão do processo e por vezes a responsabilização do administrador), ou o fracionamento dos contratos de modo a permitir-se a compra direta ou dirigida por meio de modalidades de licitação menos transparentes –de que é exemplo o convite–, ou ainda a dispensa da licitação sob o argumento de urgência.

Reiteramos, todavia, que o maior problema na área de contratação pública não reside na legislação. Não obstante modificações se façam necessárias, nessa área, a falta de pessoal qualificado para fiscalizar e acompanhar a execução de contratos e convênios públicos pode ser certamente elencando como um dos principais problemas no combate à fraude e aos desvios de recursos públicos.

O sistema orçamentário brasileiro constitui outro importante item do arcabouço normativo que não apenas propicia, mas de certo modo incentiva a prática de atos corruptos. Modificar a aplicabilidade do orçamento brasileiro, que deixaria de ser autorizativo para tornar-se impositivo, constitui, portanto, importante aspecto da pauta de modificações normativas voltadas para o combate à corrupção.

Apenas para ter-se idéia da necessidade de modificar o sistema orçamentário, pode-se mencionar que no Brasil, se determinada empresa vence licitação de obra pública cuja execução está prevista para ser realizada em cinco anos, por exemplo, a empresa deverá atuar junto ao Congresso Nacional, em primeiro lugar, para garantir que o orçamento público do órgão ou entidade responsável pela contratação, em todos e em cada ano da execução do contrato, contemple recursos para aquela obra. Cientes dos elevados interesses daquela empresa em que

haja previsão orçamentária para poder manter o contrato em andamento, certamente os agentes públicos envolvidos no processo de elaboração do orçamento saberão fazer valer a máxima de que vale a penas “criar dificuldades para poderem vender facilidades”. Ou seja, se não houver o necessário acerto entre a empresa contratada e os agentes públicos responsáveis pela elaboração do orçamento, o contrato vencido pela empresa terá sua execução suspensa por falta de recursos orçamentários. As dificuldades enfrentadas pela referida empresa não param, todavia, por aí. Ainda que os recursos tenham sido previstos no orçamento, dado que se trata de orçamento autorizativo, é necessário que os órgãos centrais ligados aos Ministérios da Fazenda e do Planejamento liberem os recursos para a obra, o que se faz por meio de processos totalmente discricionários. Esse cenário leva as empresas vencedoras das licitações para os grandes contratos, que não raramente ultrapassam a cifra de bilhões de reais, a ter que “manter boas relações” com os parlamentares –responsáveis pela elaboração do orçamento– e com os funcionários dos altos escalões do Poder Executivo –que decidem pela liberação dos recursos orçados. Em razão de se tratarem de decisões, como observado, totalmente discricionárias –referimo-nos aqui tanto à decisão de incluir os recursos no orçamento quanto a de liberar o recurso orçado– improvável supor que a inclusão dos recursos no orçamento e que sua liberação não se façam em troca de pagamento de altíssimas propinas, ou, em linguagem parlamentar, do compromisso da empresa de financiar a campanha de determinados grupos políticos.

A identificação desses aspectos vulneráveis na legislação administrativa e orçamentária brasileira, e sua pronta correção, constituiriam o ponto de partida para o efetivo combate à corrupção no Brasil.

VI. Impunidade e papel da imprensa

O exame dos casos de corrupção realizado no Capítulo IV indica nível absurdo de impunidade no Brasil. Ressalvadas raríssimas e pontuais hipóteses (como o caso do TRT de São Paulo, em que o juiz Nicolau dos Santos Neto foi preso, e o caso do desvio de recursos do Instituto da Previdência Social, em que a advogada Jorgina de Freitas teve que restituir parte do que desviou, além de ter sido presa), não se obtém o ressarcimento dos recursos desviados e não há condenação criminal dos envolvidos nos escândalos.

O papel da imprensa na apuração e na divulgação dos escândalos constitui outra constatação inequívoca. As investigações oficiais somente tiveram início, em diversos casos estudados, após a divulgação de matérias jornalísticas e, não fosse a pressão social decorrente do acompanhamento realizado pela imprensa, certamente importantes investigações realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito instauradas no Congresso Nacional não teria tido o incentivo necessário à realização de inestigações e à obtenção de provas.

Menção especial deve ser conferida à atuação da Revista Veja e dos jornais O Globo, Folha de São Paulo, Estado de São Paulo e Correio Brasiliense na divulgação de escândalos de corrupção.

Como resultado desse imenso quadro, temos o crescente sentimento de impunidade, que cria a idéia de que desviar recursos públicos é um bom negócio, de que fraudar o Estado envolve muito poucos riscos. No Brasil, portanto, ao contrário do que deveria ocorrer, nenhum efeito a coercibilidade –que na técnica jurídica deveria funcionar como freio à prática do ato ilícito na medida em que deveria criar o temor ou receio de punição pelo cometimento da infração– exerce sobre o infrator, pois o sentimento que mais prospera é o da impunidade.

A crise ética causada por este sentimento só não atinge índices mais alarmantes porque a imprensa, conforme demonstrado no Capítulo IV, de um modo geral, exerce ativo controle social. Constata-se que nos dias atuais a maior punição aplicável ao corrupto, ou à instituição envolvida em escândalos, é o dano à imagem, e que o juiz desses processos, que não se submetem a qualquer princípio ou regra de contraditório ou de ampla defesa, é a imprensa.

A possibilidade de serem cometidas injustiças e de que os danos provocados se tornem irreparáveis é imensa, o que torna esse sistema informal de coerção e sanção sujeito a duras críticas.

A liberdade de imprensa constitui inestimável instrumento democrático e, em muitos casos, conforme o exame empreendido no Capítulo IV demonstrou, a única possibilidade de serem denunciados escândalos e seus infratores, não obstante envolva sérios riscos de pessoas inocentes serem atingidas.

Abusos cometidos pela imprensa certamente sempre ocorrerão. O fato, no entanto, é que a incapacidade de o aparato institucional brasileiro de controle da Administração Pública, especialmente em razão da baixíssima efetividade dos mecanismos judiciários, de punir

culpados ou ressarcir os cofres públicos acaba por legitimar plenamente a atuação da imprensa como único mecanismo de controle social e de combate à corrupção.

VII. Poder Judiciário

Modificações na legislação processual penal e nas estruturas do Poder Judiciário, que poderia criar juizados especializados em questões relacionadas à corrupção, certamente contribuiriam para a maior efetividade na aplicação de punições aos responsáveis pela prática de crimes contra a Administração Pública e de atos de improbidade administrativa, reduzindo a sensação de impunidade que hoje impera no Brasil e contribuindo para ressarcir os cofres públicos dos recursos desviados.

As dificuldades apresentadas ao longo dos capítulos que compõem esta tese e a falta de efetividade do Poder Judiciário, desaguadouro de qualquer medida de repressão à prática de atos corruptos ameaçam a instituição de qualquer sistema de prevenção e de combate à corrupção.

A sensação generalizada de que o Poder Judiciário é incapaz de combater adequadamente a corrupção pode ser atribuída aos seguintes fatores:

- deficiência e demora na investigação criminal;
- impunidade de crimes submetidos ao foro privilegiado;
- deficiência e demora da investigação criminal e impunidade de crimes mais graves;
- prescrição (retroativa), impunidade e desaparecimento dos bens;
- ausência de transparência da atuação do Poder Judiciário no combate à corrupção, o que desestimula os demais operadores do sistema;
- paralisação do andamento dos processos, gerando a prescrição;
- não contenção da continuidade da prática delitiva;
- dificuldade na coleta de provas;
- perecimento e desvalorização do bem apreendido;
- prejuízo ao erário tanto no caso de perda em favor da União, quanto no caso de restituição ao proprietário;

- paralisação do andamento processual por conta da não localização do réu, seus endereços e de seus bens;
- dificuldade de quebra de sigilo telefônico dos investigados em decorrência da demora decorrente da dificuldade em expedir ofícios.

Além da criação de juizados especializados no combate à corrupção, poder-se-ia agilizar a atuação do Poder Judiciário pela adoção das seguintes medidas:

- ampliação de recursos humanos e materiais do Departamento de Polícia Federal para agilizar inquéritos e colheita de provas que tornasse mais fácil e ágil a condenação dos infratores denunciados pelo Ministério Público;
- ampliação de recursos humanos das varas especializadas em lavagem de dinheiro e a criação de juizados especializados em crimes contra a Administração Pública e na prática de atos de improbidade administrativa;
- criação ou definição de órgão administrativo responsável pela administração e conservação de bens seqüestrados e arrestados, móveis e imóveis, em processo criminal;
- aproximação do Departamento de Polícia Federal com o Ministério Público Federal, para que trabalhem mais próximos e harmonicamente, sugerindo-se inclusive o compartilhamento, em alguns casos, das dependências físicas.

VIII. Considerações finais

Definir a forma de combater a corrupção em um País de dimensões continentais e diversidade social, econômica, cultural e educacional como o Brasil não é desafio simples.

Para que seja efetivo e eficaz, o projeto de combate à fraude e ao desvio de recursos públicos deve ir muito além das normas e buscar, na essência das instituições, as causas e os efeitos da corrupção, para só então propor abordagem integrada que considere a estruturação das instituições e a adequação das normas.

Para combater a corrupção é essencial obter e manter a confiança dos cidadãos no Estado como instituição. É preciso acreditar e fazer crer que é possível combater e reduzir a corrupção a níveis mínimos. Com isto poderemos obter o apoio e a participação de uma sociedade civil ativa e independente.

É necessário reconhecer que reformas políticas –especialmente as voltadas ao sistema de financiamento de campanhas eleitorais– e reformulações no sistema de ensino constituem medidas necessárias ao enfrentamento da corrupção haja vista o baixo nível de educação da população brasileira certamente dificultarem o combate à corrupção³⁵⁵. O foco deste trabalho se restringe, no entanto, ao exame das falhas na legislação e nas estruturas da Administração Pública que propiciam a prática de atos corruptos, e não ao exame sociológico ou político das razões para a manutenção de baixos níveis de escolaridade e da relação entre baixo nível de escolaridade, falhas no sistema político e a corrupção.

Definidos esses parâmetros, procuramos conhecer a corrupção no Brasil por meio do exame de casos concretos, buscando a forma de enfrentá-la desde a prevenção até a punição.

O poder público deve reavaliar os mecanismos existentes e estabelecer novos padrões de controle e transparência. Deve ser promovido o acesso do público às informações de forma mais ampla, fácil e rápida. O Poder Judiciário e o Ministério Público precisam ser fortalecidos, priorizando-se sua independência e integridade. O Executivo deve ser transparente e voltado para resultados. O Poder Legislativo, na qualidade de representante do povo, deve incrementar uma de suas atribuições institucionais mais importantes: fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, especialmente por meio da instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito. A sociedade, a mídia e o setor privado devem ser chamados e estimulados a participar como mecanismos de controle social. Só assim, com a concorrência de todos, construiremos um verdadeiro sistema de integridade nacional.

Dizer que a corrupção no Brasil é traço cultural é outra lenda que não passa de desculpa para não enfrentar o problema. A corrupção não é cultural, mas, a continuar como estamos, corremos o risco de estabelecer uma cultura de impunidade cujo resultado é o aumento da corrupção.

³⁵⁵ Pesquisas divulgadas pelos jornais O Estado de S. Paulo (edição de 25.09.2006) e Folha de S. Paulo (edição de 08.10.2006) apontam a relação entre nível de escolaridade e corrupção, no sentido de que, quanto menor o nível social e de escolaridade, maior a possibilidade de o indivíduo aceitar como normais atos corruptos.

É preciso que implantemos, de imediato, um sistema de combate à corrupção, para que as próximas gerações não tenham que pagar o alto preço que nós hoje pagamos pelas décadas de omissão e desmando.

O propósito desta tese foi a identificação de pontos vulneráveis no Estado brasileiro que propiciam a ocorrência da corrupção, bem como a apresentação de algumas propostas que poderiam, caso implantadas, reduzir o nível de corrupção verificado na Administração Pública brasileira.

Que o esforço aqui empreendido possa contribuir para a formação de um Brasil mais justo, mais ético, bem como para a valorização da democracia e dos interesses do povo brasileiro.

Traducción nº: 3056/07 Libro nº: 31 Hoja nº: 077

Yo, José Carlos Calvo Villar, abajo firmado, traductor público e intérprete comercial, matriculado bajo el número 34 en la Junta Comercial del Distrito Federal, en la forma de la ley, declaro que en esta fecha, me fue presentado para ser traducido, del idioma Portugués para el Español, un documento que bien y fielmente traduzco en la forma abajo:

TESIS DOCTORAL.-----Título:
LAS RAICES DE LA CORRUPCIÓN EN BRASIL: ESTUDIO DE CASOS Y
LECCIONES PARA EL FUTURO.-----Resumen.-----
----- I – Presentación de la
tesis-----

Con la descubierta del Brasil por Portugal, en el año del 1500, se estableció la relación de dependencia entre a colonia y el conquistador, relación que iría durar más de trescientos años, en que la función del Brasil sería fornecer fondos para la monarquía, para la aristocracia y para los proyectos expansionistas portugueses.- En los primeros años que se siguieron al descubrimiento, la fraude más común en la joven colonia estaba relacionada al contrabando de mercaderías. El contrabando del oro, que era practicado inclusive por los clérigos (El contrabando del oro por parte de la Iglesia creo en el Brasil la expresión “santo del palo hueco”. La expresión, aún en uso en los días actuales, es utilizada para hacer referencia a personas que se presentan como distintas del que realmente son. Ella surgió en razón de tener sido común, durante el periodo colonial, la fabricación de estatuas de santos huecos, vacíos. El propósito de esos santos sería esconder el oro a ser contrabandeadado, cuyo comercio era severamente tajado por la Corona de Portugal.), ocurría en grande escala.- Al longo de tres siglos en que se mantuvo la relación de dependencia del Brasil, se multiplicaron los casos de corrupción, que no más se resumían al contrabando, “tal era la avidez con que las personas aquí llegaban para enriquecer, atraídas por la fama de abundancia de la nueva colonia” (HABIB, Sérgio. Obra citada. P. 3).- El cierto es que para la población de la nueva colonia, que era inmensa, Portugal – que contaba con población inferior a un millón y medio de habitantes – deportaba todo tipo de gente, conforme relata José Maria dos Santos (SANTOS, José Maria dos. A política geral do Brasil. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1989, p. 132): “degradados, incorregibles, fallidos de cualquier suerte”. Todavía segundo el actor, “no había dignidades preestablecidas ni valores de principio. En la bagaje de perdidos y desgarrados de los primeros que llegaron de la Europa, no podían tener lugar, tales objetos de convención. Cada un valía por si mismo, segundo su mayor o menor capacidad en vencer la tierra bruta y de ella últimamente se apropiar”.- El nuevo país fue construido, se ve, sin cualquier compromiso moral o ideológico de formar una nación. Al contrario, venían aportar en el Brasil solamente aventureros cuyo único interés era tirar continua en la hoja 078 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 078.-----continuación de la hoja 077 de esta

misma traducción.-----provecho de las riquezas (En este sentido, vale mencionar la expresión de D. Juan VI, rey de Portugal en el periodo de ¿??, citada por Vicente Barreto y Antônio Paim (*in* *Evolução do Pensamento Político Brasileiro*. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1989) segundo quien el Brasil “era vaca de leche de Portugal”.) locales y retornar a Portugal, fugando, el más rápidamente posible, de las enfermedades, intemperies, ataques de indios caníbales – que en la época de la descubierta ultrapasaban la casa de los millones y que, en los días actuales, no llegan a los millares en todo el territorio brasileño (Vide: <https://www.funai.gov.br/>) – y de toda suerte de dificultades que asolaban la joven colonia.- Acerca de la forma como se dio la colonización brasileña y la formación cultural del pueblo brasileño, son frecuentes comparaciones (Conforme relato de Vianna Moog. *Bandeirantes e Pioneiros*, 17ª edição. Ed. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro: 1989. P. 88.) con la colonización de los Estados Unidos de la América “en que los puritanos del Mayflower, acosados por la persecución religiosa, vieran, en grupos familiares, se establecer con *animus* de se quedar en las plagas del Nuevo Mondo, para leer la Biblia, se ayudaren unos a los otros, trabajar y construir una nación que les faltaba”.- La manera como se dio la colonización brasileña – sucintamente descrita en las líneas anteriores – es normalmente apuntada como la causa determinante de todas las dificultades enfrentadas para el desarrollo económico y social y la denominada “heredad portuguesa” es mencionada como la razón para los elevados índices de corrupción vigentes en el Brasil.- Defenderemos, en este trabajo, que esa visión es acerca del brasileño – que en nuestro sentir es equivocada – no es determinante para la ocurrencia de elevados niveles de corrupción en el Brasil actual.- La presente tesis no es trabajo de cuño histórico o sociológico. No se buscó, de eses modo, por medio de pesquisas o argumentos históricos o sociológicos, refutar la imagen de que características del denominado brasileño serían el factor determinante para la práctica de actos corruptos en el Brasil.- Las raíces de la corrupción brasileña – conforme se demostró al longo de la tesis – no más se encuentran en nuestro pasado colonial, o en características de la personalidad del brasileño. Discordaremos, por tanto, de la visión dominante de que los elevados índices de corrupción practicados en el Brasil, que en acuerdo con la Transparencia Internacional ocupa de la septuagésima colocación en el ranking de los países más corruptos, con índice de 3,3 de percepción de corrupción (Fuente: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2006), están vinculados al pasado o a la identidad del brasileño y que no pueden, por lo tanto, ser superados (Al lado del Brasil, con el mismo Índice de Percepción de Corrupción elaborado por la Transparencia Internacional (3,3), están China e India. Cuando se examina otro índice elaborado por la Transparencia Internacional, el Índice de Pagadores de Propina – BPI, en inglés – se verifica que los empresarios brasileños al realizaren negocios en el exterior se comportan de modo menos corrupto que sus colegas chinos e indios. El Brasil, en la lista de países pagadores e propina, que comprende los 30 (treinta) países, ocupa la 23ª posición con el índice de 5,65; China e India ocupan la 29ª y 30ª posición con los índices de BPI de 4,94 y 4,62, respectivamente – fuente : [http://www.transparencia.org/policy_research/surveys_indices/bpi/bpi_2006](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi/bpi_2006) . A partir de esos datos, se podría hacer la siguiente indagación: ¿lo que lleva continua en la hoja 079 de esta misma traducción.----- Traducción nº:

3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 079.-----continuación de la hoja 078 de esta misma traducción.-----el brasileño a ser, en acuerdo con los criterios utilizados por la Transparencia Internacional, tan corrupto cuanto chinos e indios en sus respectivos países y, en contraposición, a tener comportamiento menos corrupto que los mismos chinos e indios en las relaciones mantenidas en el exterior? La respuesta no reside en el hecho del brasileño ser más o menos corrupto que indios y chinos. La razón para la práctica de actos corruptos, conforme se procurará demostrar en este trabajo de tesis, reside en la existencia de oportunidades para la práctica de esos actos de corrupción y en la impunidad. O sea, el comportamiento corrupto del brasileño, del chino, indio o suizo, en su país o en el exterior, está directamente relacionado a la existencia de oportunidades o vulnerabilidad a la corrupción y es inversamente proporcional a la certeza de la impunidad. Esa tesis es confirmada por el examen de los casos concretos a ser realizado en el Capítulo IV.)- Atribuir, aún en los días actuales, a la heredad portuguesa la culpa por las deficiencias en nuestra formación cultural y considerarla la principal causa de la corrupción brasileña interesa apenas a aquellos que se benefician de las fraudes y de los desvíos de los fondos públicos – de entre los cuales ciertamente no más se incluyen la monarquía o la aristocracia portuguesas.- Defenderemos, en el trabajo, la tesis de que la principal causa para los elevados niveles de corrupción identificados en el Brasil – corrupción que constituye, al mismo tiempo, causa y efecto de las innumerables fragilidades económicas, sociales y políticas nacionales – reside, en primero lugar, en nuestro sistema jurídico administrativo y que, por lo tanto, la superación de esas deficiencias dependería tan-solamente de voluntad política para identificar las vulnerabilidades en la legislación brasileña, especialmente en el campo del Derecho Administrativo, y de corregir las fallas en las estructuras de los diversos órganos y entidades de la organización administrativa brasileña.- El segundo aspecto que contribuye para la manutención de los elevados niveles de corrupción en el Brasil reside, ciertamente, conforme igualmente será demostrado al largo de ese trabajo, en la certeza de la impunidad de los que practican actos fraudulentos, dado que son raros los casos de punición de aquellos que se hicieron ricos con fondos públicos.- El exceso de oportunidades para desviar recursos público y la certeza de la impunidad, y no la formación moral o cultural del pueblo brasileño, constituyen las reales causas para la manutención de la corrupción en elevados patatares.- Para emprender la tarea a que nos propusimos y confirmar los argumentos de la tesis, dividiremos el presente trabajo en diferentes partes.- En la primera parte de este trabajo (Capítulo I), que cuida de temas conceptuales acerca de la corrupción, serán examinadas cuestiones genéricas acerca del tema. Buscaremos, en este Capítulo I, apuntar las dificultades para la presentación de un concepto de corrupción. Examinaremos aún las causas de la corrupción apuntadas por la doctrina internacional, sus efectos bajo la economía, la desigualdad social y en vista de la actividad administrativa del Estado, bien como de las propuestas presentadas para combatirla. Énfasis especial será dada en este capítulo a los efectos de la corrupción sobre la actividad administrativa del Estado, bien como a la importancia que el tema asumió en los últimos años en el ámbito de importantes organizaciones multilaterales, de que son ejemplo las Naciones Unidas, el Banco Mundial y la Organización para Desarrollo Económico y Social – OCDE.- El Capítulo II se destina al estudio de las estructuras

administrativas de control de la continua en la hoja 080 de esta misma traducción.----

----- Traducción n°: 3056/07.- Libro n°: 31.- Hoja n°: 080.-----

-----continuación de la hoja 079 de esta misma traducción.-----

-----actividad administrativa brasileña. El principal foco, en este punto de la tesis, será el estudio de los mecanismos de control utilizados por los principales órganos de controle de la Administración Pública previstos por la Constitución Federal brasileña del 1988: el Tribunal de Cuentas de la Unión, órgano de control externo de la ejecución presupuestaria vinculado al Poder Legislativo, e el Poder Judiciario. Serán aún examinados los instrumentos y los principales órganos utilizados por el propio Poder Ejecutivo federal para combatir a corrupción.- El capítulo III se dedica al examen de la legislación brasileña y de los mecanismos en ella previstos para la prevención y el combate a la corrupción. Para mejor comprensión de ese aspecto del trabajo, la presentación del modelo legislativo brasileño será hecha a partir de su cotejo con algunas convenciones internacionales sobre corrupción, siendo dedicada atención especial a la Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción, firmada en la ciudad de Mérida (México), en el 2003. Serán igualmente examinados aspectos de la legislación brasileña penal y administrativa y su adecuación a otros convenios, de entre ellos el firmado en el ámbito de la Organización para el Desarrollo Económico y Social – OCDE sobre el pago de soborno a funcionarios extranjeros.- El capítulo IV se propone a examinar importantes casos o escándalos de corrupción ocurridos en el Brasil al longo de los últimos quince años y que envuelven la actuación de la Administración Pública en el Brasil. Ese esfuerzo se destina a testar la efectividad de los mecanismos de control (presentados en el Capítulo II), y de presentar que, no obstante la legislación brasileña, conforme será verificado en el estudio emprendido en el Capítulo III, sea aparentemente adecuada y atienda a los parámetros fijados en convenciones internacionales sobre corrupción, son innumerables las fallas en el sistema jurídico y en las estructuras administrativas del Estado brasileño que propician, o, de cierto modo, hasta incentivan, la ocurrencia de fraudes y de desvíos con recursos públicos en la medida en que crían ambiente a la corrupción. Al longo del Capítulo IV será igualmente confirmada, por el examen de los casos seleccionados, la impunidad de los que se involucraron en escándalos de repercusión de ámbito nacional.- El foco de la tesis será el examen de los grandes escándalos de corrupción ocurridos en el Brasil en los últimos quince años. El propósito específico de este trabajo consiste en la identificación: 1. de las causas o puntos vulnerables existentes en la legislación, en las estructuras administrativas y en los órganos de control que propiciaron la ocurrencia de las fraudes y desvíos; 2. de las medidas administrativas y judiciales eventualmente adoptadas por las autoridades públicas para corregir las fallas en el sistema, punir los responsables y recuperar los fondos públicos desviados; y 3. de la efectividad de la adopción de las medidas indicadas en el ítem anterior.- Se buscará, por medio del examen de escándalos noticiados en los más importantes medios de comunicación del Brasil, hacer el acompañamiento – paso a paso – de la divulgación de cada una de las medidas adoptadas para concluirse, al final, que la punición de los culpados y el adecuado funcionamiento de las estructuras administrativas constituyen la única forma de se combatir efectivamente la corrupción pública.- El foco del presente estudio se restringe a la corrupción en el ámbito de la Administración Pública federal brasileña. Importantes aspectos del estudio de la corrupción, de que serian ejemplos

la corrupción judicial, policial o política, en que se examinarían, no son objeto de estudio. También no serán objeto de examen medidas locales, continua en la hoja 081 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 081.-----continuación de la hoja 080 de esta misma traducción.-----adoptadas en el ámbito de los Estados-federados o de los Municipios brasileños.- Antes de se examinar las medidas adoptadas por el Brasil para combatir la corrupción, en el Capítulo I presentamos el escenario internacional y la postura adoptada por entidades como las Naciones Unidas – ONU, Banco Mundial – BIRD, Organización para Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE para el enfrentamiento de la cuestión.-----

-----II – Escenario Internacional----- A la excepción de la edición de la Foreign Corrupt Practices Act aprobado por el gobierno norte-americano en el 1977, hasta el inicio de la década del 1990 pocos países y ningún organismo internacional se preocuparon en adoptar medidas efectivas de combate a la corrupción. El desinterés de la comunidad internacional en relación al tema se debía al hecho de que la corrupción era tenida como cuestión a ser enfrentada por cada país como materia de política interna.- La sensación generalizada era de que la corrupción no poseía cualquier relevancia para la economía nacional o internacional y que, en relación a esta última, podría ser considerada benéfica para la obtención de negocios por parte de las grandes empresas en países menos desarrollados, siendo el pago de soborno en operaciones comerciales internacionales considerado instrumento natural de negociación, acepto y estimulado por los gobiernos de los países desarrollados que admitían su deducción para fines tributarios.- Los últimos años fueron testigos de movimientos contradictorios en relación a la corrupción. Los procesos de privatización que se iniciaron en la Europa al largo de la década de 80 y que se esparcieron por el resto del mundo en la década siguiente, el ingreso de los países del antiguo bloco socialista soviético en el comercio internacional, en los cuales imperaban – y todavía imperan – elevados niveles de corrupción, los avances tecnológicos en materia de comunicación y procesamiento de datos y, sobretudo, la globalización económica pueden ser apuntados como importantes factores que contribuyeron para aumentar las oportunidades para la práctica de actos corruptos. Eses mismos fenómenos, todavía, contribuyeron para tomar más evidentes los efectos sociales, políticos, administrativos y económicos de la corrupción y para justificar la adopción de medidas para enfrentarla.- Relativamente a los efectos económicos de la corrupción, se verificó que su alcance ultrapasaba las fronteras del país donde el acto es practicado, creando grande distorsión para el comercio y para las finanzas internacionales. La globalización de la corrupción llevó la comunidad internacional a buscar nuevas abordajes para su combate y la cuestión pasó a ser un de los más importantes ítems de la agenda de los organismos internacionales.- Instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que siempre defendieron la liberalización económica como la solución para la reducción de los niveles de corrupción, constaron que esa medida disociada de otras de carácter estructural no sería suficiente para combatir la corrupción.- Esas instituciones pasaron a adoptar como condición para liberación empréstitos o de ayudas a adopción por parte de los países beneficiarios de medidas que evitasen la ocurrencia de fraude o de cualquier otra malversación. Pasaron, así, a disponer

programas de ayuda técnica y financiera para la adecuación de las legislaciones y de las estructuras administrativas orientadas para la prevención y la represión de la corrupción.- En el plano multilateral, la celebración de la Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción, firmada en la ciudad de Mérida, en el continúa en la hoja 082 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 082.-----continuación de la hoja 081 de esta misma traducción.-----México, en el 2003, puede ser considerada un marco. Siendo el primero texto de ámbito mundial sobre el tema, la Convención busca tratar diversos aspectos del combate a la corrupción: medidas preventivas, cooperación internacional, criminalización de determinadas conductas, inclusive el encuadramiento de la corrupción privada, la convocación de la sociedad civil para participar en el proceso de combate a la corrupción y el fortalecimiento de mecanismos contra la lavaje de activos, entre otros.- Esos ejemplos, aliados a otras iniciativas adoptadas en el ámbito de la Unión Europea y del Consejo de la Europa, de la OCDE y de la Transparencia Internacional, indican que, se ese fenómeno que acompaña la humanidad desde sus primordios está lejos de ser debelado, mucho tiene sido hecho en los últimos años. El ofrecimiento de presentes (regalos) a funcionarios público o el pago de sobornos como instrumento de negociación internacional, prácticas consideradas normales en la mayoría de los países hasta mucho reciente, hoy son tratadas como crímenes punibles con elevadas penas.- El volumen de recursos que mueve el poder político envuelto hacen creer que estamos lejos de considerar la corrupción como tema de interés apenas de los historiadores. Es necesario que los gobernantes, los organismos internacionales, la sociedad civil organizada, los empresarios, en fin, que todos tengamos conciencia de que la lucha contra la corrupción debe ser hecha en el día a día y que siempre surgirán nuevas formas de corromper y fradar.- Las medidas adoptadas en el plan internacional de combate a la corrupción propiciaron la creación de nuevo escenario en que el enfrentamiento del tema pasa a ser un de los más importantes ítems de la agenda de discusión política mundial. Ese nuevo escenario internacional tiene producido reflejos importantísimos en los ordenamientos jurídicos de inúmeros países, inclusive en el Brasil.-----III – Vulnerabilidades identificadas en el Brasil que propician la práctica de actos corruptos-----

1. Consideraciones Generales: El propósito de esta tesis de doctorado fue el de discutir fallas en las estructuras de control de la Administración Pública (Capítulo II) y en la legislación brasileña (Capítulo III) que propiciaron la práctica de actos corruptos y que impiden la punición de los responsables por la ocurrencia de inúmeros escándalos relacionados a la fraude y al desvío de recursos públicos (conforme se observó en el examen de casos realizado en el Capítulo IV).- Escogemos para examen en esta tesis de doctorado casos que, en nuestro sentir, mantienen pertinencia con la corrupción en la actividad administrativa del Estado brasileño, y que tuvieron grande repercusión en los medios de comunicación. Los casos fueron escogidos no apenas en razón de la repercusión junto a los medios de comunicación y la opinión pública, pero igualmente en función del área en que se verificaran. Fueron seleccionados casos de corrupción ocurridos en diferentes áreas de actuación de la Administración Pública brasileña: 1. concesión de beneficios de la previdencia (“Jorgina de Freitas”); 2. fraudes en la elaboración y en la ejecución del

presupuesto (el escándalo de los “anões do orçamento”); 3. escándalo de las ambulancias (o mafia de las sanguijuelas), que puede ser considerado una repetición del caso anterior, con nuevos ingredientes relacionados a la fraude en licitaciones; 4. fraudes en la utilización de mecanismos de fomento al desarrollo de la Región Amazónica brasileña concedidos por la Superintendencia para el Desarrollo de la Amazonia (conocida como fraude en la SUDAM); 5. fraudes en el continua en la hoja 083 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 083.-----continuación de la hoja 082 de esta misma traducción.-----financiamiento de la campaña política y fraudes administrativas que resultaron en el proceso de *impeachment* del ex Presidente brasileño Fernando Collor de Mello (denominado caso Collor). En esa misma cuestión fue hecho el estudio del denominado escándalo del mensalão (El término mensalão – *mensualón* en español – fue hecho para indicar pagos mensuales hechos a parlamentares para votaren en proyectos de interés del Gobierno) – que indican la imposibilidad de separación de la corrupción política o electoral de la corrupción administrativa; 6. corrupción en la actividad de policía administrativa del Estado Brasileño en área especialmente sensible, la preservación del medio ambiente, en que examina la operación denominada “curupira” (Curupira, en acuerdo con las lentas brasileñas, es una criatura mitológica que protege las florestas. Se trata de un niño que anda con los pies vueltos para tras, cuyos calcañares se quedan, por lo tanto, en la parte de la frente de sus pis, y que protege las florestas contra cazadores) conducida por la Policía Federal en el Instituto Brasileño del Medio Ambiente; 7. irregularidades en el reracionamiento entre agencias gubernamentales y el sector privado regulado son examinadas en el denominado escándalo de los Bancos Marka y FonteCindan; 8. Corrupción en la conducción de licitaciones y en la ejecución de contratos administrativos, cuyo examen es hecho por medio del estudio del denominado “escándalo de la construcción del forum de trabajo de São Paulo”, ciertamente uno de los casos de corrupción que más divulgación mereció por parte de la prensa.- La escoja de los casos no se dio, como afirmado, al acaso. Se buscó con el examen de esos casos alcanzar las principales áreas de actuación de la actividad administrativa del Estado brasileño, comprendiendo las actividades de fomento y de concesión de beneficios de la previdencia, de fraudes presupuestarias y en licitaciones y contratos públicos, bien como en la relación entre agencias y el sector privado.- La identificación de las fallas que propiciaron la práctica de actos corruptos en los casos escogidos para examen en el Capítulo IV nos permitió elaborar el cuadro a continuación indicado en que son presentadas importantes conclusiones acerca de la divulgación, de la apuración y de las medidas punitivas y de corrección de las fallas identificadas: Siguen, respectivamente, Escándalo; Como se tornó conocido; Razones que propiciaron la ocurrencia de la fraude; Instauración de CPI; Acciones Propuestas; Condenaciones; Recuperación de los recursos desviados; Cumplimiento de la Sentencia Penal; Cambio en la Legislación.-----Caso Jorgina de Freitas: Prensa; Fallas en las estructuras administrativas y en los sistemas de informática; Si; Civiles y Penales; Si; Insignificante*; Si; Si.-----
-----Escándalo de los “Anões do Orçamento”: Prensa; Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y Penales; No; No; No; Si.-----Escándalo de las Ambulancias: Prensa / Policía Federal; Fallas en

las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y penales; No*; No; No; No.-----Corrupción en la SUDAM: Prensa; Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y penales; No; No; No; Si.-----Caso Collor: Prensa; Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y Penales; Si; No; Si; Si.-----Operación Curupira: Prensa; Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y Penales; Si; No; No; Si.---
----- continua en la hoja 084 de esta misma traducción.-----
----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 084.-----
-----continuación de la hoja 083 de esta misma traducción.-----
-----Escándalo de los bancos Marka y FonteCindam: Prensa; Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y Penales; Si; No; No; Si.---
-----Escándalo de los Exhortos: Prensa; Fallas en las estructuras y en la legislación; Si; Civiles y penales; Si; No; No; Si.-----Escándalo de la Construcción del Forum del Trabajo de São Paulo: Prensa / Tribunal de Cuentas de la Unión; Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y penales; Si; Insignificante*; Si; Si.-----Escándalo del Mensualón: Prensa; Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación; Si; Civiles y penales; No**; No; No; No***.-----(*) El resarcimiento, en el caso de Jorgina de Freitas, fue de aproximadamente US\$ 30 millones, teniendo el desvío sido estimado en US\$ 600 millones. En el caso del TRT/SP, teniendo sido desviados aproximadamente US\$ 77 millones, hubo resarcimiento de aproximadamente US\$ 3,8 millones, conforme materia publicada en el Periódico Folha de São Paulo, bajo el título “País repatría menos de 10% del dinero de la corrupción” (edición del 5/7/2006).-----
-----(**) En razón de se tratar de escándalos recientes, conforme examinado al largo de este Capítulo, el poco tiempo decorrido puede ser apuntado como razón para la inexistencia de cualquier decisión condenatoria, civil o penal.—(***) La CPMI de los correo, que examinó diversos aspectos relacionados al escándalo del “mensualón” presentó longa lista de propuestas de medidas de combate a la corrupción, de entre ellas la presentación de varios proyectos de ley y de propuestas de enmienda a la Constitución Federal. Ninguna de las propuestas fue, hasta el momento, aprobada.-----2. Impresiones resultantes de la divulgación de los diversos escándalos y análisis de las medidas adoptadas: El examen del cuadro arriba nos permite extraer algunas conclusiones: 1. Papel de la Prensa: La prensa – con destaque especial para la Revista Veja, que tomó la iniciativa en la descubierta de siete de los diez escándalos examinados – tuvo papel decisivo en el combate a la corrupción por medio de la divulgación de los escándalos ocurridos en los últimos años en el Brasil y en el acompañamiento de las medidas adoptadas por los órganos públicos. Destaque especial en el acompañamiento de materias relacionadas a la corrupción debe ser dada a la actuación de los Periódicos O Globo, Hoja de São Paulo, Estado de São Paulo y Correo Braziliense. En casos en que no hubo condenación judicial, de que son ejemplos los escándalos de los “anões do orçamento”, de los exhortos, de la SUDAM y del “mensualón”, hubo consecuencias políticas, como la casación de mandato de parlamentares o la renuncia al mandato para huir de la casación. Innegable que esas consecuencias de naturaleza políticas se deben al acompañamiento que la prensa ejerce sobre las Casas Legislativas,

fenómeno que no se repite con la misma intensidad cuando se examina actuación del Poder Judicial.- 2. Fallas que propiciaron la ocurrencia del escándalo: En prácticamente todos los casos examinados, fallas graves en las estructuras administrativas, relacionadas sobretodo a la falta de personal calificado, pueden ser apuntadas como causa determinante de la ocurrencia de las fraudes. En la mayoría de los casos, la existencia de pequeñas deficiencias en la legislación puede igualmente tener contribuido para la ocurrencia del escándalo.- 3. Actuación de las Comisiones Parlamentares de Inquisición – CPI: A la excepción del escándalo de las ambulancias, en que continua en la hoja 085 de esta misma traducción.-----
----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 085.-----
-----continuación de la hoja 084 de esta misma traducción.-----el factor determinante para la ocurrencia del desvío de los recursos puede ser atribuida a los mecanismos para la elaboración del presupuesto, bien como a la propia legislación presupuestaria, en todas las situaciones en que hubo la instauración de CPI, hubo la mejoría en la legislación. El caso del escándalo de las ambulancias talvez no tenga provocado cambio en la legislación en razón de que los mayores beneficiarios de los mecanismos deficitarios identificados son los propios parlamentares responsables por la aprobación del presupuesto. Es decir, no obstante tener sido instaurada CPI, ella no fue capaz de promover mejorías en la legislación apuntada como causa del escándalo por motivos corporativistas, dado que la mejoría en la sistemática de elaboración y ejecución presupuestaria no interesa a la mayoría de los miembros del Congreso Nacional.- 4. Acciones propuestas: En todos los casos examinados, fueron propuestas acciones civiles y/o penales. Esta constatación lleva a la conclusión de que el Ministerio Público, responsable por la prepositura de las acciones, es actuante. En diversos casos, el Ministerio Público se valió de informaciones levantadas por la Policía Federal, por el Tribunal de Cuentas de la Unión o por las CPI, el que demuestra la importancia de esos mecanismos para la apuración de elementos que irán permitir la prepositura de las acciones; 5. Condenaciones: El examen de casos emprendido en este Capítulo requiere algún cuidado en el que dice respecto a la existencia de decisiones judiciales condenatorias. En primero lugar, cumple observar que no hubo condenación en ningún caso en que hubiese reo con foro privilegiado. En el caso Collor, el Sr. PC Farias fue condenado y cumplió pena, todavía no en razón de motivos relacionados al escándalo que resultó en el proceso de *impeachment* y en la renuncia del Presidente Collor. En el caso específico del escándalo del mensualón, en que diversos envueltos tienen foro privilegiado, fue propuesta acción por el Ministerio Público y la denuncia fue recibida por el Supremo Tribunal Federal – STF en juzgamiento que se encerró en el día 27.8.2007 (“STF decide abrir acciones contra os 40 acusados en escándalo, Folha de São Paulo, 29/8/2007.”), hecho que generó grande repercusión en la prensa (“Una organización criminosa de 40 réos”, O Globo, 29/8/2007, p. 3: En decisión histórica, STF abre processo contra todos los denunciados y considera Dirceu el jefe da ‘quadilha’ del mensualón.”) y en los medios políticos brasileños en razón de envolver Ministros de Estado y Parlamentares ligados al Gobierno. La Decisión del STF de recibir la denuncia del escándalo del mensualón es relevante porque abre la perspectiva de, decorridos más de 40 (cuarenta) años, ocurrir condenación de personas con foro privilegiado. En todos los demás casos, en que no había agentes públicos con foro privilegiado

(escándalos Jorgina de Freitas, curupira, Tribunal Regional del Trabajo, Exhortos y Banco Marka y Fontecidam), hubo decisión de primero grado condenatoria. Fue posible constatar el cumplimiento de algunas penas privativas de libertad; no fue posible, aún, confirmar el tránsito en juzgado de los procesos penales relacionados a esos casos en que no había agentes con foro privilegiado en razón de dificultades de acceso a los datos del proceso por el Poder Judicial; 6. Cumplimiento de las sentencias: En todos los casos examinados en que agentes públicos con foro privilegiado no estaban envueltos, hubo decisión judicial que condenó los envueltos a resarcir los cofres públicos y a cumplir penas privativas de libertad. El cumplimiento de las penas privativas de libertad, vale decir, de las sentencias penales continua en la hoja 086 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 086.----- continuación de la hoja 085 de esta misma traducción.----- condenatorias, solamente se verificó en tres casos (caso Jorgina de Freitas, caso Collor y escándalo de la construcción del TRT/SP). En esas tres hipótesis, hubo el decreto de la prisión no obstante aún hubiese recursos pendientes de juzgamiento por parte de Tribunales Superiores. En esas tres situaciones, la prisión fue decretada en razón de los reos se tuvieron evadido del país. Vale decir, solamente los denunciados que, temiendo el decreto de prisión, se evadieron del Brasil, tuvieron que cumplir pena restrictiva de libertad. Se ve que en esta idéntica situación se encontraba el Sr. Salvatore Cacciola, principal envuelto en el escándalo de los Banco Marka y Fontecidam, que se encontraba – en el momento en que encerrábamos la redacción de esta tesis – preso en el Principado de Mónaco aguardando pedido de extradición a ser formulado por el Gobierno del Brasil (“**Justiça de Mônaco decide manter Cacciola preso**”, Folha de São Paulo, 19/9/2007”). No obstante tenga habido condenación de diversos otros envueltos en este mismo escándalo de los referidos bancos, todos los condenados responden a los procesos penales en libertad.- 7. Resarcimiento de los recursos desviados: Es cierto que la dificultad para rever recursos públicos desviados es problema de interés de toda la comunidad internacional. Solamente en dos de los casos examinados – escándalo Jorgina de Freitas y TRT/SP – hubo recuperación parcial de los recursos desviados. En todos los demás, los órganos de control no lograron obtener el resarcimiento, hasta el momento en que encerramos la redacción de esta tesis, de cuantías mínimas significativas. El examen de los escándalos con recursos públicos ocurridos lleva a la siguiente conclusión: desviar recursos públicos en el Brasil es negocio que envuelve mucho poco riesgo. Esta constatación recurre de la inexpresiva recuperación de las cuantías desviadas, mismo que tengan sido propuestas acciones civiles tendentes al resarcimiento a los cofres públicos en todos los casos examinados.- 8. Efectividad de los mecanismos represivos: Las constataciones apuntadas en los tres párrafos anteriores deben constituir motivo para fuerte inquietud: son raros los casos de condenación penal (El periódico Correio Braziliense (edición del 12/8/2007), bajo el título “**Mucho Trabajo por casi nada**”, es presentado el cuadro general de impunidad en Brasil. En acuerdo con la materia (p.2), “Un levantamiento hecho por el Correio sobre 20 hechos que vienen desde el periodo del Presidente João Figueiredo muestra que de 62 personas de involucramiento comprobado en escándalos, apenas 38 sufrieron algún tipo de penalidad”. Aún en acuerdo con la materia, “el mayor problema continua siendo la

propia legislación, que permite al acusado recorrer en libertad hasta que el proceso llegue en instancias superiores, ultimo grado de recurso. Eso hace con que los crímenes sean prescritos o que no haya condenaciones”.); son más raros aún los casos de cumplimiento de sentencias penales; y es inexpresiva recuperación de los recursos públicos desviados. Es decir, se la efectividad del sistema de combate a la corrupción, en el Brasil, es medido por el examen de los mecanismos represivos, se debe concluir por la falencia total del sistema.- 9. Corrección de las fallas: Hubiese, en el Brasil, la intención de combatir la corrupción de modo efectivo, el enfoque debería ser dado a la corrección de las fallas que propiciaron la ocurrencia de las fraudes (Pesquisa realizada por el instituto IBOPE da noticia de que “69% de los electores brasileños ya trasgredieron alguna ley o descumplieron alguna regla contractual para obtener beneficios materiales, de forma intencional, **y 75% acreditan que cometerían por lo** continua en la hoja 087 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 087.-----continuación de la hoja 086 de esta misma traducción.--

-----**menos uno de los 13 actos de corrupción evaluados por el estudio, caso tuviesen oportunidad.”** (destacamos). Fuente: http://reinehr.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=229). O sea, la corrección de fallas en la legislación y la mejoría en las estructuras administrativas – especialmente aquellas relacionadas a la calificación de los agentes públicos responsables por la gestión pública – deberían constituir las principales medidas para el efectivo combate a la corrupción en el Brasil.- 10. Prevención: en razón del que se demostró al longo de esta tesis, es de concluir que la única forma de se combatir de forma efectiva la corrupción es por medio de medidas de carácter preventivo, a ser mejor examinadas en las conclusiones, a seguir presentadas.-----

IV – Medidas para la mejoría del sistema de combate a la corrupción en el Brasil-----

-----Identificadas las fallas – que se relacionan, como regla, a la carencia de personal especializado, a los aspectos vulnerables en leyes administrativas, presupuestarias, penales y procesales, y a la ausencia de efectividad del Poder Judicial en el combate a la corrupción – buscaremos, en estas conclusiones, presentar algunas propuestas que puedan reducir en el nivel de la corrupción en el ejercicio de la Actividad de la Administración Pública Brasileña.- En el inicio de esta tesis mencionamos la existencia de la visión segundo la cual la corrupción, en el Brasil, sería endémica, genética, cultural.- El examen de la legislación brasileña, de las estructuras de los órganos de control de la Administración Pública y, sobretudo, el estudio realizado en el Capítulo IV de esta tesis, en que fueron examinados casos concretos de corrupción ocurridos en el Brasil al longo de los últimos años, demuestran el contrario.- El problema de la corrupción, en el Brasil, recurre más de las vacunas legales, excesivamente permisivas, de la estructura de control deficitaria y carente de mayor organización – sobretudo en el que concierne al control interno – y de la impunidad de los responsables por la práctica de actos de corrupción del que de cualquier razón histórica o cultural. Es decir, las oportunidades propiciadas por el Estado Brasileño para la práctica de actos corruptos son incontables y la sensación generalizada que se transmite a la población – sensación que es confirmada por el examen de los diversos escándalos presentados – es de impunidad. Ese contexto,

aliado a la increíble creatividad de aquellos que buscan aspectos vulnerables en la actuación del Estado para fradar y desviar recursos públicos – vale en ese punto mencionar la creatividad utilizada para desviar recursos utilizada en el denominado escándalo de los exhortos, conforme presentado en el Capítulo IV – incentivan la corrupción en el Brasil.- Razones históricas, culturales y, sobretodo, políticas talvez puedan explicar porque no se promueve el efectivo y necesario cambio en el escenario brasileño de modo a mejor aparejar el Estado para combatir la corrupción, tanto en el que dice respecto al aspecto preventivo, de identificación y corrección de las fallas del sistema, cuanto en relación a la punición de los responsables por los desvíos de recursos públicos.- De cualquier manera, se construirse en el escenario político brasileño cuadro que propicie la realización de los cambios aquí propugnadas, ciertamente cualquier trazo o característica cultural o moral desempeñaría papel poco relevante para impedir el combate más efectivo a la corrupción.- El contexto descrito al longo de la tesis nos lleva a la conclusión de que solamente por medio de la participación del Congreso Nacional – especialmente por medio de la continua en la hoja 088 de esta misma traducción.-----
----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 088.-----
continúa de la hoja 087 de esta misma traducción.-----
actuación de Comisiones Parlamentares de Inquisición – es posible imaginar la superación de las deficiencias en nuestra legislación y la corrección de las diversas vulnerabilidades identificadas en las estructuras administrativas y judiciales brasileñas.- En términos bastante simple se puede afirmar que el combate más efectivo a la corrupción depende de voluntad política y que, al menos hasta el momento, esa voluntad jamás de mostró suficientemente fuerte para superar el poder de manipulación de los grupos económicos y políticos que se benefician de las fallas en el ordenamiento jurídico brasileño.- En el Brasil, por lo tanto, el diagnóstico de la corrupción y de las medidas necesarias a su superación se debe atender más al examen de elementos estructurales y normativos del que culturales o morales.-----
-----1. Estructuras de control de la Administración Pública brasileña: En relación a los órganos de control sobresee, con destaque, la ausencia de una estructura unificada con vocación para el combate a la corrupción. Cada órgano de la Administración Pública ejecuta su tarea de control y combate a la corrupción o a la lavaje de dinero, sin cualquier correlación, organización o centralización de datos.- No hay, por decir, ninguna estructura profesional de inteligencia destinada al combate organizado a la corrupción en el Brasil, no obstante haya, al menos en el ámbito del Poder Ejecutivo, iniciativas muy buenas destinadas a esa interacción de los órganos de control, del que es ejemplo la institución de la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y a la Lavaje de Dinero – ENCCLA, creada en el 2003 (Capítulo II).- Se hay mucho a trabajar para mejorar el sistema de control, por otro lado se torna necesario reconocer que avances importantes ocurrieran en diversos sectores, de que son ejemplos las acciones de combate a la lavaje de dinero en el Brasil conducidas por el COAF, el fortalecimiento del Tribunal de Cuentas de la Unión y de la Contraloría-General de la Unión y el engallamiento del Departamento de Policía Federal en el combate a la corrupción.- En el que dice respecto al combate a la lavaje de dinero, la implementación de un órgano de inteligencia financiera fue importante avance institucional brasileño, aún que fueron verificadas innumeradas dificultades en la ejecución de su actividad resultante de la inadecuación de su cuadro de personal y

de su estructura administrativa – el órgano de inteligencia financiera brasileño, el COAF, cuenta, conforme indicado en el Capítulo II, con poco más de tres decenas de funcionarios para efectuar, en cada mes, cruzamientos complejos de millones de informaciones. De ese modo, en que pese existir un sistema de control de la lavaje de dinero, algunas fallas en la legislación (apuntadas en el Capítulo III) y, sobretodo, en su estructura administrativa impiden el órgano de inteligencia de actuar de modo efectivo.- El examen del que se verifica en el ámbito del COAF sirve de ejemplo del que ocurre en la realidad de la Administración Pública Brasileña, especialmente en los órganos que integran la estructura del Poder Ejecutivo federal, en que la tónica es la carencia de personal calificado para desempeñar la función pública, especialmente en las estructuras del control interno de la Administración Pública.- Mismo el Tribunal de Cuentas de la Unión y el Ministerio Público teniendo atribuciones adecuadas y estando bien aparejados, dado que sus cuerpos técnicos son bien calificados y bien remunerados, esos órganos de control externo de la actividad administrativa brasileña no son capaces de suplir graves deficiencias verificadas en las estructuras de la propia Administración Pública. Es decir, la actuación razonablemente adecuada de los órganos de continua en la hoja 089 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 089.-----continuación de la hoja 088 de esta misma traducción.-----control externos no es capaz de compensar fallas graves en las estructuras de control de la propia Administración Pública, especialmente se considerarse que el resultado de la actuación de esos órganos se hace, muchas veces, por medio de acciones judiciales que, en el Brasil, se caracterizan por la lentitud e ineficiencia. ¿Como admitir, por ejemplo, que la actuación de los órganos de control externo sea capaz de impedir – o de punir – fraudes como la verificada en el escándalo de la SUDAM (vide capítulo IV), en que se constata que el único exclusivo propósito de la entidad era desviar recursos públicos que se destinarían al desarrollo de la Amazonia?- Acerca de la actuación del Poder Judicial en el Brasil en el combate a la corrupción, se puede concluir que, salvo rara excepciones, tienen sido pifia.- No obstante en diversos escándalo examinados en el Capítulo IV tengan sido identificados casos de condenación penal o por acto de improbidad de los envueltos por los jueces de primero grado, se constata que la regla es la impunidad en razón del cabimiento de sucesivos recursos en que los reos, condenados en primero grado, responden al proceso en libertad hasta que sea proferida la decisión definitiva, que, en muchos casos, en razón de la demora en el juzgamiento del recurso, irá simplemente reconocer la ocurrencia de prescripción.- Una de las razones para la ineficiencia del Poder Judicial brasileño fue mucho bien sintetizada ppr Cláudio Weber Abramo, Director-Ejecutivo de la Transparencia Brasil (<http://www.transparencia.org.br/docs/just-Brasil.pdf>): “Racionalidad es la última cosa que se detecta en los códigos brasileños. No es de admirar, pues ellos fueron escritos por abogados de defensa. Para conducir un proceso de forma entrecortada y llena de las férulas perfectamente kafkianas que testigazos, es necesario pagar abogados. Cuanto más detalles recónditos el abogado es capaz de explorar, más tiempo él conseguirá ganar para su cliente. Abogados así cuestan mucho. Quien puede pagarlos es la clase dominante. En particular, corruptos que son llevados a la Justicia (el que ya es raro) acostumbran tener bastante dinero para eso. En procesos penales, la idea es procrastinar hasta

que el crimen prescriba. En procesos civiles, hasta que la parte contraria sesgote. Es por eso que procesos llegan a se arrastrar por décadas”.- Aún en relación a la actuación del Poder Judicial brasileiro, en el combate a la corrupción, llama la atención la falta de información sobre cualesquier procesos.- Es posible afirmar que las acciones penales o de improbidad son lentas, que son ilimitados los recursos previstos en la legislación, o que es prácticamente imposible mantener una condenación penal de juicio de primero grado en razón del cabimiento de sistemáticos y sucesivos recursos por el examen de casos concretos, y no en razón de ser divulgados datos estadísticos sobre la actuación judicial. Esa ausencia de informaciones fornecidas por el Poder Judicial sobre la actuación judicial, inclusive, fue uno de los motivos que nos llevó a realizar la pesquisa para la presentación de los escándalos de corrupción tratados en el Capítulo IV a partir de informaciones colectadas por la prensa.- ¿Cuando se buscan datos acerca de la actuación del Poder Judicial, como saber si el sistema de combate a la corrupción funciona sin que haya informaciones sobre los procesos judiciales de corrupción? ¿Cuantos procesos administrativos terminaron por generar procesos judiciales? ¿Fueron propuestas acciones civiles o acciones penales a partir de los datos obtenidos en los procesos administrativos? ¿Propuesta la acción civil o penal, hubo condenación? ¿Fueron interpuestos recursos? ¿Cuánto tiempo continua en la hoja 090 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 090.-----continuación de la hoja 089 de esta misma traducción.-----el Tribunal superior llevó para juzgar el recurso? ¿Hubo recuperación de los recursos públicos desviados?- Esas cuestiones precisan ser respondidas para que la sociedad pueda saber si los recursos investidos en control y combate a la corrupción generan resultados.-----

-----2. Análisis del escenario estructural de los órganos de control – de la prevención a la punición: Para la presentación de conclusiones acerca del combate a la corrupción en el Brasil y para la elaboración e propuestas de mejoría de los mecanismos existentes, es necesario analizar el escenario institucional brasileiro en diferentes etapas, desde la prevención hasta la punición de los actos corruptos.- A rigor, la énfasis en el combate a la corrupción se debe referir justamente a la prevención. El mejor control siempre será el de prevenir la ocurrencia del ilícito, es decir, impedir que el foco de corrupción ocurra – lo que puede ser constatado con el examen del escándalo del TRT de São Paulo (Capítulo IV) en que, no obstante el TCU tenga constatado la existencia de fuertes indicios de fraudes desde el inicio de la ejecución de la obra, aún en el año del 1992, solamente en el año del 1998 fueron adoptadas medidas correctivas.- En el plano preventivo, tres son las medidas a ser adoptadas: el compartir informaciones, el planeamiento y la transparencia.- Cuanto mayor sea la transparencia en las operaciones realizadas por la Administración Pública, y cuanto más el acto administrativo esté vinculado a un resultado planeado y conocido, mayor será la posibilidad para el ejercicio del control social. Y donde el control social es ejercido no hay sentimiento de impunidad, a ejemplo del que ocurrió en relación al caso Collor presentado en el Capítulo IV.- Acerca de la importancia de la actuación preventiva en el control de la actividad administrativa del Estado, y, por lo tanto, como efectivo mecanismo de combate a la corrupción, nos podemos reportar a algunas situaciones que envuelven la actuación del Tribunal de Cuentas de la Unión referida en el Capítulo II.- En aquel Capítulo, fue mencionado que las

decisiones del TCU que imputen débito o imputen multa tienen naturaleza de título ejecutivo y que propician la proposición de la acción judicial con vista al resarcimiento de los cofres públicos. En aquel capítulo fue, aún, mencionado que menos de 1% (un por ciento) de lo que es enviado a la justicia para acciones civiles es efectivamente resarcido a los cofres públicos.- No obstante no haya datos acerca del resarcimiento decurrente de otras medidas o acciones judiciales, de que sería ejemplo la acción de improbidad, no es de se suponer que el resultado sea distinto, es decir, que haya resarcimiento de los recursos públicos desviados.- El examen de todos los casos presentados en el Capítulo IV de esta tesis confirman la incapacidad del Estado Brasileño, que se utiliza de la vía judicial, para rever fondos públicos desviados. De todos los casos pesquisados, solamente en el denominado escándalo “Jorgina de Freitas” hubo resarcimiento de pequeña parte de las cuantías desviadas.- Las razones para esa total y completa no efectividad judicial en la recuperación del dinero público son, de un lado, la facilidad con que se puede esconder esos recursos y, de otro lado, la lentitud con que actúa el Poder Judiciario en la tramitación de los procesos civiles de reparación de daños.- Para confirmar la necesidad de ser dada primacía a la prevención como mecanismo de combate a la corrupción, pueden ser presentados como ejemplo dos procesos de auditoria conducidos por el Tribunal de Cuentas de la Unión – TCU (Estos y otros ejemplos de actuación preventiva en el combate a la corrupción y al desperdicio pueden ser buscados en las continua en la hoja 091 de esta misma traducción.-----

----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 091.-----

-continuación de la hoja 090 de esta misma traducción.-----

relaciones de actividades divulgados por el TCU en su sitio: <https://www.tcu.gov.br>).

En el primero de ellos, fue realizada auditoria en el año del 2005 en licitación de obras de estradas con presupuesto de R\$ 1,6 billón) (un billón seiscientos millones de reales). La actuación del Tribunal resultó por identificar sobrepeso en los valores del presupuesto e importó en la reducción el precio de la obra en R\$ 300 millones (trescientos millones de reales). En el segundo procesos, fue realizada auditoria en la empresa estatal brasileña encargada de la manutención de construcción de aeropuertos (Infraero). Para la ampliación y modernización del Aeropuerto de Congonhas, en São Paulo, había sido hecho el presupuesto en R\$ 1 billón (un billón de reales). Hecha la auditoria, fueron identificados “errores” en el presupuesto, que corregidos, resultaron en la reducción del precio de la obra en más de R\$ 100 millones (cien millones de reales). Es decir, en dos procesos de auditoria, procesos que se insieren en el ámbito del control preventivo, fue posible evitar el pago de valores súper facturados de la orden de centenas de millones de reales, independientemente de cualquier otra providencia o acción judicial.- La énfasis del control debe ser, por lo tanto, la prevención, y una vez definido ese foco de combate a la corrupción, se torna necesario identificar las situaciones o escenarios que propician la ocurrencia de la fraude.- La identificación constituye, por lo tanto, la segunda fase del rito procesal de control de la corrupción y para que ella ocurra se torna necesaria e imprescindible la existencia de un eficiente sistema integrado de inteligencia.- El examen emprendido en el Capítulo II sobre los órganos de control de la Administración Pública existentes en el Brasil (Tribunal de Cuentas, Ministerio Público, Controladoría-General de la Unión, Policía Federal, COAF, Banco Central) nos permite considerar que todos los datos e informaciones necesarios al

reconocimiento de cualquier foco de corrupción en el Brasil están a la disposición de esas autoridades públicas. Su utilización, todavía, depende de procesamiento técnico, de gerencia adecuada y de compartir, lo que no ocurre en el Brasil.- De un modo general, existen en el Brasil institutos jurídicos en todas las áreas de interés al combate a la corrupción e instituciones de control dotadas de atribuciones y de instrumentos jurídicos adecuados – vale, en este punto, mencionar la existencia de los instrumentos de control judicial de la Administración Pública examinados en el Capítulo II. En el Banco Central, por ejemplo, existe área de fiscalización con condiciones técnicas y humanas para identificar fallas y focos críticos de corrupción y lavado de dinero – órgano que se perfeccionó significativamente después del escándalo que envolvió los Bancos Marka y FonteCidam.- Ni todas las operaciones que tienen focos de corrupción ostentan, todavía, trazos e ilegitimidad. Viene de eso que una operación bancaria, por ejemplo, puede ser perfectamente legítima, bajo el prisma de determinado órgano, y aún mascarar foco importante de corrupción que solamente otro órgano tendría condiciones técnicas de detectar.- El caso del “Mensualón” es ejemplo adecuado para demostrar ese elemento. En que pese los contratos bancarios firmados entre los envueltos en el esquema fraudulento ser sabiamente ilegítimos y tener grande esquema de corrupción, en el plano formal, puramente financiero, ninguna sospecha causaran a los órganos de control de movimiento financiero.- De forma semejante, no obstante patente que las empresas envueltas en el referido caso del mensualón contactaban con innúmeros órganos del gobierno federal, algunas de ellas ya previamente apuntadas por gravísimas irregularidades, ningún órgano de control administrativo tuvo la iniciativa de procurar las instituciones financieras y con ellas compartir informaciones para investigar se en aquellos contratos bancarios, aparentemente legítimos, existía irregularidad.- La tarea de actuar en el control de la corrupción presupone la identificación tempestiva de los focos de corrupción, y para tanto es necesario obtener, organizar y administrar las informaciones disponibles en los más diversos sistemas de control administrativo existentes en el Brasil, dentro de sistema de priorización, en que serían monitoreados todos los sectores históricamente relacionados a focos de corrupción.- El carácter preventivo en el combate a la corrupción presupone la valorización de los mecanismos administrativos de control, en detrimento, que deben ser capaces de contener la fraude y de punir los infractores.- La primera medida administrativa, de contención, importa en dotar referidos órganos de control de atribuciones capaces de impedir que el foco de corrupción y de desvío se mantenga abierto. Esta atribución presupone la existencia de mecanismos aptos a la adopción de medidas cautelares, a ejemplo de la competencia reconocida al Tribunal de Cuentas de la Unión por el Supremo Tribunal Federal, conforme indicado en el Capítulo II.- En relación a la segunda medida, relacionada a aplicación de sanciones administrativas, cuanto más rigurosa ella sea, teóricamente, menor será la necesidad de adopción de medidas judiciales. Así, se delante de informaciones calificadas del COAF o del Banco Central, si se tuviese procedido la investigación técnica en los contratos de las empresas envueltas en los diversos escándalos examinados – nos reportamos, aquí, una vez más específicamente al denominado

escándalo del mensualón – ciertamente tendría sido posible identificar el foco de corrupción y tendría sido posible adoptar medidas preventivas de contención de la fraude.- Se así ocurriese, poca importancia tendría el proceso judicial en la ejecución de medidas coercitivas y punitivas, se reservando a la Policía Federal y al Ministerio Público la tarea precípua de recuperar los recursos financieros desviados y de promover la punición penal de los culpados.- Acerca de la aplicación de medidas de carácter administrativo, serio problema reside en la posibilidad de todo y cualquier acto practicado por la Administración Pública, inclusive en las medidas de contención y de sanción adoptadas por los órganos de control, poder ser llevado a la apreciación judicial. Ese escenario de mucho poca racionalidad acaba por reservar al Poder Judicial el monopolio integral de cualquier iniciativa en el plano de la punición.- La morosidad judicial, todavía, acaba por soterrar cualquier expectativa de punición inmediata y a contento de los responsables por el desvío de recursos públicos.- En este punto, se concluye que una posible solución para el problema de la lentitud del Poder Judicial podría surgir – como ya apuntado – con la implementación de varas especializadas en el control de la corrupción y de la lavaje de dinero.- La actuación preventiva en el combate a la corrupción presupone, además, el examen de tres aspectos: la información, el control y la transparencia.- No es posible pensar un efectivo combate a la corrupción sin el ingreso inmediato y efectivo en la era de la información. Cuanto mayor sea el acceso a la información por parte de los órganos de control y de la sociedad, mayor será el control interno, externo y social ejercido sobre los órganos públicos, impidiendo el establecimiento del foco de corrupción o tornándolo tan arriscado que no valla la pena ni la tentativa.- La importancia de la transparencia aún se destaca, en el punto de vista político, en razón de su continua en la hoja 093 de esta misma traducción.-----
----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 093.-----
continúa en la hoja 092 de esta misma traducción.-----
inmensa capacidad de mejoría democrática de los regimenes modernos, promoviendo la inserción de la sociedad en la actividad de control de las acciones públicas. La transparencia es, por lo tanto, imprescindible en las actividades de los órganos y agentes públicos, pues previene, combate y controla la práctica de corrupción y garante mayor eficiencia y publicidad a los actos de la administración pública.- La noción de transparencia aquí propugnada muchas veces se choca con la protección que el ordenamiento jurídico brasileño confiere a las informaciones sigilosas, relacionadas al derecho a la privacidad reconocido por la Constitución Federal brasileña del 1988 (art. 5º, X y XII). La interpretación corriente del texto constitucional importa en que los órganos de control solamente puedan acceder informaciones sigilosas detenidas por otros órganos públicos se obtuvieren autorización judicial, que presupone la existencia de proceso penal en curso. Así, no obstante el Banco Central o la Receita Federal puedan detener informaciones relevantes para el andamio de procesos bajo la responsabilidad del Ministerio Público, este solamente podrá tener acceso a aquellas informaciones se existir proceso penal y expresa autorización judicial de compartir informaciones.- La relatividad de la protección a las informaciones sigilosas – tema constante cuando se buscan apuntar las causas para la morosidad e ineficacia del sistema de control – constituye paso fundamental en el sentido de conferir mayor transparencia al trato de los recursos públicos y de favorecer la transparencia, a la cual todo aquel que

negocia con el Estado se debe sujetar.-----

3. Estructuración de las Instituciones: Para proponer una estructura capaz de lidiar con la corrupción en el Brasil fue necesario, primeramente, que tomásemos conocimiento del funcionamiento del aparato existente. En este punto, las pesquisas realizadas se tornaron esenciales para percibir la necesidad de expansión de los cuadros funcionales y de los recursos materiales de diversos órganos y entidades gubernamentales, bien como la agregación de tecnología y de conocimientos, ofreciendo entrenamiento a los servidores para habilitarlos a identificar, apurar y recuperar los valores desviados debido a la corrupción. El punto principal consiste, de esa forma, en dotar las instituciones públicas, y no apenas aquellas de control, de la infra-estructura necesaria para hacer frente a la corrupción, la combatiendo con la utilización de los mejores medios disponibles.- La ausencia de estructura para la fiscalización de los recursos públicos repasados a las Organizaciones No-Gubernamentales – mencionada al final del Capítulo III – conforme apurado en auditoria realizada por el Tribunal de Cuentas de la Unión (Vide Resolución TCU 277/2007 – Plenario; Fuente: <http://contas.tcu.gov.br>), es ejemplo del escenario identificado en la Administración Pública brasileña sobre la falta de estructura de personal para la fiscalización en la aplicación de los recursos públicos: “h) otros problemas fueron destacados en el referido proceso sobre convenios con ONG’s: ‘análisis técnicas superficiales e insuficientes de las proposiciones y de las condiciones de las participantes del convenio para consecución de los objetos propuestos; aprobación de planos de trabajo vagos, con metas insuficientemente descriptas, que son delegados a entidades sin condiciones para ejecutarlos; ausencia de criterios objetivos y de evaluación técnica de las condiciones de la participante del convenio para consecución de los objetivos pactados; negligencia en la fase preliminar de evaluación técnica de las propuestas y de las condiciones de las participantes del convenio para continua en la hoja 094 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 094.-----continuación de la hoja 093 de esta misma traducción.--

-----ejecutarlas, asociadas a la ausencia de acompañamiento, fiscalización y transparencia en la ejecución, el que hace multiplicar las irregularidades en los procesos de licitación y contratación y en la ejecución física y financiera de los convenios; procedimientos de adquisición adoptados por las entidades mucho distantes de constituirse licitaciones o en procedimientos análogos que atiendan a los principios de la igualdad, moralidad, publicidad y eficiencia administrativa; desvío de finalidad en la aplicación de los recursos transferidos; utilización de recursos de los convenios para pago de despensas de manutención de las ONGs; análisis superficiales y deficientes de las prestaciones de cuentas en disonancia con las informaciones y elementos presentes en el proceso, denotando que los pareceres son meramente pro forma, para cumplir ritos establecidos en las normas legales’; i) se concluyó por la necesidad de, entre otras medidas, tomar los datos de los convenios accesibles a cualquier interesado, para así incentivar el control social”.- Así, sin dejar de reconocer la necesidad de fortalecimiento de las instituciones e control ya existentes y actuante en la prevención y combate a la corrupción, es preciso ir más adelante, creando todo un sistema nacional de combate a la corrupción, de carácter continuo y que tenga, los órganos e instituciones gubernamentales, y también el apoyo e inestimable ayuda de la

sociedad civil, de los medios de comunicación y del sector privado.- Aún dentro de este enfoque estructural, otra medida que se revela extremadamente necesaria dice respecto al fortalecimiento del Consejo de Control de Actividades Financieras – COAF, para que pueda actuar de forma más eficaz y autónoma.- Es de se resaltar que algunas otras acciones deberán ser adoptadas para enfrentar las causas de la corrupción en el Brasil.- La necesidad de creación de carreras específicas de gestión y fiscalización de contratos y de auditoria en toda la Administración Pública que, conforme examinado en el estudio de casos expuesto en el Capítulo IV, constituye aspecto extremadamente vulnerable a la corrupción, constituye ejemplo de medida administrativa a ser implementada y que tomaría el sector de contratos y convenios públicos menos vulnerable.- Otro punto decisivo para el suceso de cualquier proyecto de combate a la corrupción de carácter nacional es envolver todos los órganos y entidades gubernamentales de control, que deben actuar de forma integrada.- En el que se refiere a la lavaje de dinero, conforme observado, innúmeros avances estructurales y normativos fueron implementados en el Brasil en estas dos últimas décadas. A rigor, desde la convención de Viena, firmada en el 1988, de la cual el Brasil es signatario, el combate a la lavaje de dinero pasó a ser preocupación en nuestro ordenamiento.- A pesar de su estructuración completa, el hecho es que el sistema de control de lavaje de dinero no tuvo el objetivo de descubrir las actividades físicas ilícitas decurrentes de los innúmeros focos de corrupción ocurridos en el Brasil. Se crea, de esa forma, una burocracia con apariencia de modernidad administrativa, más que por dentro sufre de deficiencias estructurales que impiden su efectivo y adecuado funcionamiento.-----

-----4. Cambios Legislativos: En el campo legislativo, son innúmeros los aspectos de nuestra legislación que necesitan de urgente atención.- La legislación presupuestaria, la que cuida de las licitaciones y de los contratos administrativos y la legislación sobre repase de recursos a Organizaciones No-Gubernamentales son ejemplos de áreas en que se hacen necesarias profundas e inmediatas modificaciones.- En relación a las licitaciones y continua en la hoja 095 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 095.-----continuación de la hoja 094 de esta misma traducción.-----compras gubernamentales, merece destaque la implementación del sistema de compras electrónico creado por la Ley nº 10.520, del 17 de julio del 2002, que instituye el llamado pregón, modalidad de licitación realizada por medio de instrumentos electrónicos de interacción. Se trata de un de los mayores avances en nuestra legislación y demuestra que, por medio de medidas legislativas adecuadas, es posible tornar la Administración Pública más ágil e impedir – o por lo menos dificultar – la colusión entre los proveedores del Poder Público.- En el pregón electrónico, la competición es realizada por medio de la Internet, por medio de catastro de los interesados, que reciben llave de acceso y la seña privativa para pudieren realizar los lances. En este punto, es importante hacer mención al hecho de que el Brasil es el mayor comprador por subasta reversa con el uso de medios electrónicos del mundo y que en el año del 2006, el Gobierno Federal adquirió R\$ 11,1 billones por medio de esta modalidad electrónica, el que hace 57% del total contratado por la administración pública federal. La economía decurrente del uso de esa modalidad de licitación fue de R\$ 1,8 billones en el 2006. Cerca de 260 mil proveedores están catastrados para fornecer al Gobierno Federal (Datos

obtenidos en el sitio electrónico del Ministerio del Planeamiento – <http://www.planejamento.gov.br>). Debe ser hecho el registro, todavía, que la modalidad electrónica de contratación solamente es admitida para la contratación de bienes y servicios considerados comunes (Ley nº 10.520/2002, art. 1º) y que tienen enfrentado fuerte resistencia las tentativas del Gobierno Federal de modificar mencionada legislación de modo a poder utilizar la modalidad electrónica de licitación para otros contratos, de que son ejemplos las obras públicas.- De este modo, la legislación y el sistema electrónico de pregón brasileño son un de los más avanzados del mundo. Entretanto, necesita tener su campo de aplicación ampliado, bien como carece que algunas mejorías le sean acrecidas, limitando los espacios para corrupción que se encuentran hoy abiertos justamente en virtud del estrecho rol de aplicación del pregón electrónico.- Otros problemas pueden ser identificados en la práctica de la Administración Pública relacionada a las constataciones. Son frecuentes, por ejemplo, situaciones en que el administrador insiere en el edicto cláusulas que restringen la competitividad del certamen, (el que pide anulación por el Judiciario, causando la lentitud del proceso y por veces la responsabilidad del administrador), o el fraccionamiento de los contratos de modo a se permitir la compra directa o dirigida por medio de modalidades de licitación menos transparentes – de que es ejemplo el convite -, o todavía, la dispensa de la licitación bajo el argumento de urgencia.- Reiteramos, todavía, que el mayor problema en el área de contratación pública no reside en la legislación. No obstante modificaciones sean necesarias, en esta área, la ausencia de personal calificado para fiscalizar y acompañar la ejecución de contratos y convenios públicos puede ser ciertamente listada como un de los principales problemas en el combate a la fraude y a los desvíos de recursos públicos.- El sistema presupuestario brasileño constituye otro importante ítem de las normas que no apenas propician, pero de cierto modo incentivan la práctica de actos corruptos. Modificar la aplicabilidad del presupuesto brasileño, que dejaría de ser autorizable para se tornar impositivo, constituye, por lo tanto, importante aspecto de la pauta de modificaciones normativas orientadas para el combate a la corrupción.- Apenas para se tener idea de la necesidad de modificar el sistema presupuestario, se puede mencionar que en el Brasil, continua en la hoja 096 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 096.-----continuación de la hoja 095 de esta misma traducción.-----se determinada empresa vence licitación de obra pública cuya ejecución está prevista para ser realizada en cinco años, por ejemplo, la empresa deberá actuar junto al Congreso Nacional, en primero lugar, para garantir que el presupuesto público del órgano o entidad responsable por la contratación, en todos y en cada año de la ejecución del contrato, contemple recursos para aquella obra. Con ciencia de los elevados intereses de aquella empresa en que haya previsión presupuestaria para poder mantener el contrato en andamiento, es cierto que los agentes públicos envueltos en el proceso de elaboración del presupuesto sabrán hacer valer la máxima de que vale la pena “crear dificultades para pudieren vender facilidades”. Es decir, se no hubiere el necesario acierto entre la empresa contratada y los agentes públicos responsables por la elaboración del presupuesto, el contrato vencido por la empresa tendrá su ejecución suspensa por ausencia de recursos presupuestarios. Las dificultades enfrentadas por la referida empresa no paran, todavía, por ahí. Aún que los recursos

tengan sido previstos en el presupuesto, dado que se trata de presupuesto autorizable, es necesario que los órganos centrales ligados a los Ministerio de la Hacienda y del Planeamiento liberen los recursos para la obra, lo que se hace por medio de procesos totalmente discrecional. Ese escenario lleva a las empresas vencedoras de las licitaciones para los grandes contratos, que no raramente ultrapasan la cifra de billones de reales, a tener que “mantener buenas relaciones” con los parlamentares – responsables por la elaboración del presupuesto – y con los funcionarios de los altos escalones del Poder Ejecutivo – que deciden por la liberación de los recursos del presupuesto. En razón de se traten de decisiones, como observado, totalmente discrecionales – nos referimos aquí tanto a la decisión de incluir los recursos en el presupuesto cuanto a de liberar el recurso del presupuesto – improbable pensar que la inclusión de los recursos en el presupuesto y que su liberación no se hagan en cambio de pago de altísimas propinas, o, en lenguaje parlamentario, del compromiso de la empresa de financiar la campaña de determinados grupos políticos.- La identificación de esos aspectos vulnerables en la legislación administrativa y presupuestaria brasileña, y su pronta corrección, constituirían el punto de partida para el efectivo combate a la corrupción en el Brasil.-

V – Impunidad y papel de la prensa-----El examen de los casos de corrupción realizado en el Capítulo IV indica nivel absurdo de impunidad en el Brasil. Salvo rarísimas y puntuales hipótesis (como el caso del TRT de São Paulo, en que el juez Nicolau dos Santos Neto fue preso, y el caso del desvío de recursos del Instituto de la Previdencia Social, en que la abogada Jorgina de Freitas tuvo que restituir parte del que desvió, y tener sido presa), no se obtiene el resarcimiento de los recursos desviados y no hay condenación penal de los envueltos en los escándalos.- El papel de la prensa en la apuración y en la divulgación de los escándalos constituye otra constatación inequívoca. Las investigaciones oficiales solamente tuvieron inicio, en diversos casos estudiados, después de la divulgación de materias periodísticas y, no existiese la presión social decurrente del acompañamiento realizado por la prensa, ciertamente importantes investigaciones realizadas por las Comisiones Parlamentares de Inquisición instauradas en el Congreso Nacional no tendría tenido el incentivo necesario a la realización de investigaciones y a la obtención de pruebas.- Mención especial debe ser conferida a la actuación de la Revista continua en la hoja 097 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 097.-----continuación de la hoja 096 de esta misma traducción.--
-----Veja y de los Periódicos “O Globo, Hoja de São Paulo, Estado de São Paulo y Correio Braziliense” en la divulgación de escándalos de corrupción.- Como resultado de ese inmenso cuadro, tenemos el creciente sentimiento de impunidad, que crea la idea de que desviar recursos públicos es un buen negocio, de que fradar el Estado envuelve mucho pocos riesgos. En el Brasil, por lo tanto, al contrario del que debería ocurrir, ningún efecto la coercibilidad – que en la técnica jurídica debería funcionar como freno a la práctica del acto ilícito en la medida en que debería crear el temor o recelo de punición por el cometer la infracción – ejerce sobre el infractor, pues el sentimiento que más prospera es el de la impunidad.- La crisis ética causada por este sentimiento solo no atinge índices más alarmante porque la prensa, conforme demostrado en el capítulo IV, de un modo general,

ejerce activo control social. Se constata que en los días actuales la mayor punición aplicable al corrupto, o a la institución envuelta en escándalos, es el daño a la imagen, y que el juez de estos procesos, que no se sujetan a cualquier principio o regla de contradictorio o amplia defensa, es la prensa.- La posibilidad de ser cometidas injusticia y de que los daños provocados se tornen irreparables es inmensa, el que torna ese sistema informal de coerción y sanción sujeto a duras críticas.- La libertad de prensa constituye inestimable instrumento democrático y, en muchos casos, conforme el examen emprendido en el Capítulo IV demostró, la única posibilidad de ser denunciados escándalos y sus infractores, no obstante envuelva serios riesgos de personas inocentes ser atingidas.- Abusos cometidos por la prensa ciertamente siempre ocurrirán. El hecho, entretanto, es que la incapacidad del aparato institucional brasileño de control de la Administración Pública, especialmente en razón de la bajísima efectividad de los mecanismos judiciares, de punir culpados o resarcir los cofres públicos acaba por legitimar plenamente la actuación de la prensa como único mecanismo de control social y de combate a la corrupción.-----

-----VI – Poder Judiciario-----

---- Modificaciones en la legislación procesal, penal y en las estructuras del Poder Judiciario, que podrían crear juzgados especializados en cuestiones relacionadas a la corrupción, ciertamente contribuirían para la mayor efectividad en la aplicación de puniciones a los responsables por la práctica de crímenes contra la Administración Pública y de actos de improbidad administrativa, reduciendo la sensación de impunidad que hoy impera en el Brasil y contribuyendo para resarcir los cofres públicos de los recursos desviados.- Las dificultades presentadas al longo de los capítulos que componen esta tesis y la ausencia de efectividad del Poder Judiciario, desaguadero de cualquier medida de represión a la práctica de actos corruptos amenazan la institución de cualquier sistema de prevención y de combate a la corrupción.- La sensación generalizada de que el Poder Judiciario es incapaz de combatir adecuadamente la corrupción puede ser atribuida a los siguientes factores: deficiencia y demora en la investigación penal; impunidad de crímenes sometidos al foro privilegiado; deficiencia y demora de la investigación penal e impunidad de crímenes más graves; prescripción (retroactiva), impunidad y desaparecimiento de los bienes; ausencia de transparencia de la actuación del Poder Judiciario en el combate a la corrupción, lo que no estimula los demás operadores del sistema; paralización del andamio de los procesos, generando la prescripción; no contención de la continuidad de la práctica delictiva; continua en la hoja 098 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.-

Hoja nº: 098.-----continuación de la hoja 097 de esta misma traducción.-----dificultad en la colecta de pruebas; perecimiento y desvalorización del bien aprendido; prejuicio al erario tanto en el caso de pérdida a favor de la Unión, cuanto en el caso de restitución al propietario; paralización del andamio procesal por cuenta de la no localización del reo, sus direcciones y de sus bienes; dificultad de quiebre de sigilo telefónico de los investigados decurrente de la demora consecuente de la dificultad en expedir oficios.- Juntamente con la creación de Juicios especializados en el combate a la corrupción, se podría agilizar la actuación del Poder Judiciario por la adopción de las siguientes medidas: ampliación de recursos humanos y materiales del Departamento de Policía Federal para agilizar inquisiciones y coleta de pruebas que tornase más fácil y ágil la

condenación de los infractores denunciados por el Ministerio Público; Ampliación de recursos humanos de las varas especializadas en lavado de dinero y la creación de juicios especializados en crímenes contra la Administración Pública y en la Práctica de actos de improbidad administrativa; creación o definición de órgano administrativo responsable por la administración y conservación de bienes secuestrados y arrestados, muebles y inmuebles, en proceso penal; aproximación del Departamento de Policía Federal con el Ministerio Público Federal, para que trabajen más próximos y armónicamente, sugestionándose inclusive el compartir, en algunos casos, de las dependencias físicas.-----VII – Consideraciones Finales-----Definir la forma de combatir la corrupción en un País de dimensiones continentales y diversidad social, económica, cultural y educacional como el Brasil no es desafío simples.- Para que sea efectivo y eficaz, el proyecto de combate a la fraude y al desvío de recursos públicos debe ir mucho más allá de las normas y buscar, en la esencia de las instituciones, las causas y los efectos de la corrupción, para solamente entonces proponer abordaje integrada que considere la estructuración de las instituciones y la adecuación de las normas.- Para combatir la corrupción es esencial obtener y mantener la confianza de los ciudadanos en el Estado como institución. Es preciso acreditar y hacer creer que es posible combatir y reducir la corrupción a niveles mínimos. Con esto podremos obtener el apoyo y la participación de una sociedad civil activa e independiente.- Es necesario reconocer que reforma políticas – especialmente las del sistema de financiamiento de campañas electorales – y reformulaciones en el sistema de enseñanza constituyen medidas necesarias para enfrentar la corrupción, visto el bajo nivel de educación de la población brasileña que ciertamente dificultan el combate a la corrupción (Pesquisas divulgadas por los periódicos O Estado de S. Paulo (edición de 25.09.2006) y Hoja de S. Paulo (edición de 08.10.2006) apuntan la relación entre nivel de escolaridad y corrupción, en el sentido de que, cuanto menor el nivel social y de escolaridad, mayor la posibilidad de un individuo aceptar como normales actos corruptos.). El foco de este trabajo se restringe, entretanto, al examen de las fallas en la legislación y en las estructuras de la Administración Pública que propician la práctica de actos corruptos, y no al examen sociológico o político de las razones para la manutención de bajos niveles de escolaridad y de la relación entre bajo nivel de escolaridad, fallas en el sistema político y la corrupción.- Definidos esos parámetros, procuramos conocer la corrupción en el Brasil por medio del examen de casos concretos, buscando la forma de enfrentarla desde la prevención hasta la punición.- El continua en la hoja 099 de esta misma traducción.----- Traducción nº: 3056/07.- Libro nº: 31.- Hoja nº: 099.-----continuación de la hoja 098 de esta misma traducción.-----poder público debe reevaluar los mecanismos existentes y establecer nuevos padrones de control y transparencia Debe ser promovido el acceso del público a las informaciones de forma más amplia, fácil y rápida. El Poder Judicial y el Ministerio Público precisan ser fortalecidos, priorizando su independencia e integridad. El Ejecutivo debe ser transparente y apuntado para resultados. El Poder Legislativo, en la calidad de representante del pueblo, debe incrementar una de sus atribuciones institucionales más importantes: fiscalizar y controlar los actos del Poder Ejecutivo, especialmente por medio de instauración de Comisiones Parlamentares de Inquisición. La sociedad, los medios

de comunicación y el sector privado deben ser llamados y estimulados a participar como mecanismos de control social. Solamente así, con la concurrencia de todos, construiremos un verdadero sistema de integridad nacional.- Decir que la corrupción en el Brasil es trazo cultural es otra leyenda que no pasa de disculpa para no enfrentar el problema. La corrupción no es cultural, pero, a continuar como estamos, corremos el riesgo de establecer una cultura de impunidad cuyo resultado es el aumento de la corrupción.- Es preciso que implantemos, de inmediato, un sistema de combate a la corrupción, para que las próximas generaciones no tengan que pagar el alto precio que nosotros hoy pagamos por las décadas de omisión y desmando.- El propósito de esta tesis fue la identificación de puntos vulnerables en el Estado brasileño que propician la ocurrencia de la corrupción, bien como la presentación de algunas propuestas que podrían, caso implantadas, reducir el nivel de corrupción verificado en la Administración Pública Brasileña.- Que el esfuerzo aquí emprendido pueda contribuir para la formación de un Brasil más justo, más ético, bien como para la valorización de la democracia y de los intereses del pueblo brasileño.-----

Y nada más habiendo para ser traducido en el referido documento, fue dado por bien y fielmente traducido, DOY FE y firmo en la ciudad de Brasília, capital de la República Federativa del Brasil, a los tres días del mes de diciembre del dos mil siete (2007).-----

TESIS DOCTORAL

LUCAS ROCHA FURTADO

Título: LAS RAICES DE LA CORRUPCIÓN EN BRASIL: ESTUDIO DE CASOS Y LECCIONES PARA EL FUTURO

Resumen

I – Presentación de la tesis

Con la descubierta del Brasil por Portugal, en el año del 1500, se estableció la relación de dependencia entre a colonia y el conquistador, relación que iría durar más de trescientos años, en que la función del Brasil sería fornecer fondos para la monarquía, para la aristocracia y para los proyectos expansionistas portugueses.

En los primeros años que se siguieron al descubrimiento, la fraude más común en la joven colonia estaba relacionada al contrabando de mercaderías. El contrabando del oro, que era practicado inclusive por los clérigos³⁵⁶, ocurría en grande escala.

Al longo de tres siglos en que se mantuvo la relación de dependencia del Brasil, se multiplicaron los casos de corrupción, que no más se resumían al contrabando, “*tal era la avidez con que las personas aquí llegaban para enriquecer, atraídas por la fama de abundancia de la nueva colonia*” (HABIB, Sérgio: Quinhentos anos de corrupção – Enforque sócio-histórico-jurídico-penal. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1994. P. 3).

³⁵⁶ El contrabando del oro por parte de la Iglesia creo en el Brasil la expresión “santo del palo hueco”. La expresión, aún en uso en los días actuales, es utilizada para hacer referencia a personas que se presentan como distintas del que realmente son. Ella surgió en razón de tener sido común, durante el periodo colonial, la fabricación de estatuas de santos huecos, vacíos. El propósito de esos santos sería esconder el oro a ser contrabandeado, cuyo comercio era severamente tajado por la Corona de Portugal.

El cierto es que para la población de la nueva colonia, que era inmensa, Portugal – que contaba con población inferior a un millón y medio de habitantes– deportaba todo tipo de gente, conforme relata José Maria dos Santos (SANTOS, José Maria dos. A política geral do Brasil. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1989, p. 132): *“degradados, incorregibles, fallidos de cualquier suerte”*. Todavía segundo el actor, *“no había dignidades preestablecidas ni valores de principio. En la bagaje de perdidos y desgarrados de los primeros que llegaron de la Europa, no podían tener lugar, tales objetos de convención. Cada un valía por si mismo, segundo su mayor o menor capacidad en vencer la tierra bruta y de ella últimamente se apropiar”*.

El nuevo país fue construido, se ve, sin cualquier compromiso moral o ideológico de formar una nación. Al contrario, venían aportar en el Brasil solamente aventureros cuyo único interés era tirar provecho de las riquezas³⁵⁷ locales y retornar a Portugal, fugando, el más rápidamente posible, de las enfermedades, intemperies, ataques de indios caníbales –que en la época de la descubierta ultrapasaban la casa de los millones y que, en los días actuales, no llegan a los millares en todo el territorio brasileño (Vide: <https://www.funai.gov.br/>)– y de toda suerte de dificultades que asolaban la joven colonia.

Acercas de la forma como se dio la colonización brasileña y la formación cultural del pueblo brasileño, son frecuentes comparaciones (Conforme relato de Vianna Moog. Bandeirantes e Pioneiros, 17ª edição. Ed. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro: 1989. P. 88.) con la colonización de los Estados Unidos de la América *“en que los puritanos del Mayflower, acosados por la persecución religiosa, vieran, en grupos familiares, se establecer con animus de se quedar en las plagas del Nuevo Mondo, para leer la Biblia, se ayudaren unos a los otros, trabajar y construir una nación que les faltaba”*.

La manera como se dio la colonización brasileña –sucintamente descrita en las líneas anteriores– es normalmente apuntada como la causa determinante de todas las dificultades enfrentadas para el desarrollo económico y social y la denominada *“heredad portuguesa”* es mencionada como la razón para los elevados índices de corrupción vigentes en el Brasil.

³⁵⁷ En este sentido, vale mencionar la expresión de D. Juan VI, rey de Portugal en el periodo, citada por Vicente Barreto y Antônio Paim (*in* Evolução do Pensamento Político Brasileiro. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1989) segundo quien el Brasil *“era la vaca de leche de Portugal”*.

Defenderemos, en este trabajo, que esa visión es acerca del brasileño –que en nuestro sentir es equivocada– no es determinante para la ocurrencia de elevados niveles de corrupción en el Brasil actual.

La presente tesis no es trabajo de cuño histórico o sociológico. No se buscó, de eses modo, por medio de pesquisas o argumentos históricos o sociológicos, refutar la imagen de que características del denominado brasileño serían el factor determinante para la práctica de actos corruptos en el Brasil.

Las raíces de la corrupción brasileña –conforme se demostró al longo de la tesis– no más se encuentran en nuestro pasado colonial, o en características de la personalidad del brasileño. Discordaremos, por tanto, de la visión dominante de que los elevados índices de corrupción practicados en el Brasil, que en acuerdo con la Transparencia Internacional ocupa de la septuagésima colocación en el ranking de los países más corruptos, con índice de 3,3 de percepción de corrupción³⁵⁸, están vinculados al pasado o a la identidad del brasileño y que no pueden, por lo tanto, ser superados³⁵⁹.

Atribuir, aún en los días actuales, a la heredad portuguesa la culpa por las deficiencias en nuestra formación cultural y considerarla la principal causa de la corrupción brasileña interesa apenas a aquellos que se benefician de las fraudes y de los desvíos de los fondos públicos –de entre los cuales ciertamente no más se incluyen la monarquía o la aristocracia portuguesas.

³⁵⁸ Fuente: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2006

³⁵⁹ Al lado del Brasil, con el mismo Índice de Percepción de Corrupción elaborado por la Transparencia Internacional (3,3), están China e India. Cuando se examina otro índice elaborado por la Transparencia Internacional, el Índice de Pagadores de Propina – BPI, en inglés – se verifica que los empresarios brasileños al realizaren negocios en el exterior se comportan de modo menos corrupto que sus colegas chinos e indios. El Brasil, en la lista de países pagadores de propina, que comprende los 30 (treinta) países, ocupa la 23ª posición con el índice de 5,65; China e India ocupan la 29ª y 30ª posición con los índices de BPI de 4,94 y 4,62, respectivamente – fuente : http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi/bpi_2006 . A partir de esos datos, se podría hacer la siguiente indagación: ¿lo que lleva al brasileño a ser, en acuerdo con los criterios utilizados por la Transparencia Internacional, tan corrupto cuanto chinos e indios en sus respectivos países y, en contraposición, a tener comportamiento menos corrupto que los mismos chinos e indios en las relaciones mantenidas en el exterior? La respuesta no reside en el hecho del brasileño ser más o menos corrupto que indios y chinos. La razón para la práctica de actos corruptos, conforme se procurará demostrar en este trabajo de tesis, reside en la existencia de oportunidades para la práctica de eses actos de corrupción y en la impunidad. O sea, el comportamiento corrupto del brasileño, del chino, indio o suizo, en su país o en el exterior, está directamente relacionado a la existencia de oportunidades o vulnerabilidad a la corrupción y es inversamente proporcional a la certeza de la impunidad. Esa tesis es confirmada por el examen de los casos concretos a ser realizado en el Capítulo IV.

Defenderemos, en el trabajo, la tesis de que la principal causa para los elevados niveles de corrupción identificados en el Brasil –corrupción que constituye, al mismo tiempo, causa y efecto de las innumerables fragilidades económicas, sociales y políticas nacionales– reside, en primer lugar, en nuestro sistema jurídico administrativo y que, por lo tanto, la superación de esas deficiencias dependería tan-solamente de voluntad política para identificar las vulnerabilidades en la legislación brasileña, especialmente en el campo del Derecho Administrativo, y de corregir las fallas en las estructuras de los diversos órganos y entidades de la organización administrativa brasileña.

El segundo aspecto que contribuye para la mantención de los elevados niveles de corrupción en el Brasil reside, ciertamente, conforme igualmente será demostrado al largo de ese trabajo, en la certeza de la impunidad de los que practican actos fraudulentos, dado que son raros los casos de punición de aquellos que se hicieron ricos con fondos públicos.

El exceso de oportunidades para desviar recursos público y la certeza de la impunidad, y no la formación moral o cultural del pueblo brasileño, constituyen las reales causas para la mantención de la corrupción en elevados patatares.

Para emprender la tarea a que nos propusimos y confirmar los argumentos de la tesis, dividimos el presente trabajo en diferentes partes.

En la primera parte de este trabajo (Capítulo I), que cuida de temas conceptuales acerca de la corrupción, serán examinadas cuestiones genéricas acerca del tema. Buscaremos, en este Capítulo I, apuntar las dificultades para la presentación de un concepto de corrupción. Examinaremos aún las causas de la corrupción apuntadas por la doctrina internacional, sus efectos bajo la economía, la desigualdad social y en vista de la actividad administrativa del Estado, bien como de las propuestas presentadas para combatirla. Énfasis especial será dada en este capítulo a los efectos de la corrupción sobre la actividad administrativa del Estado, bien como a la importancia que el tema asumió en los últimos años en el ámbito de importantes organizaciones multilaterales, de que son ejemplo las Naciones Unidas, el Banco Mundial y la Organización para Desarrollo Económico y Social – OCDE.

El Capítulo II se destina al estudio de las estructuras administrativas de control de la actividad administrativa brasileña. El principal foco, en este punto de la tesis, será el estudio de los mecanismos de control utilizados por los principales órganos de control de la Administración Pública previstos por la Constitución Federal brasileña del 1988: el Tribunal de Cuentas de la Unión, órgano de control externo de la ejecución presupuestaria vinculado al Poder Legislativo, e el Poder Judicial. Serán aún examinados los instrumentos y los principales órganos utilizados por el propio Poder Ejecutivo federal para combatir a corrupción.

El capítulo III se dedica al examen de la legislación brasileña y de los mecanismos en ella previstos para la prevención y el combate a la corrupción. Para mejor comprensión de ese aspecto del trabajo, la presentación del modelo legislativo brasileño será hecha a partir de su cotejo con algunas convenciones internacionales sobre corrupción, siendo dedicada atención especial a la Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción, firmada en la ciudad de Mérida (México), en el 2003. Son igualmente examinados aspectos de la legislación brasileña penal y administrativa y su adecuación a otros convenios, de entre ellos el firmado en el ámbito de la Organización para el Desarrollo Económico y Social – OCDE sobre el pago de soborno a funcionarios extranjeros.

El capítulo IV se propone a examinar importantes casos o escándalos de corrupción ocurridos en el Brasil al largo de los últimos quince años y que envuelven la actuación de la Administración Pública en el Brasil. Ese esfuerzo se destina a testar la efectividad de los mecanismos de control (presentados en el Capítulo II), y de presentar que, no obstante la legislación brasileña, conforme será verificado en el estudio emprendido en el Capítulo III, sea aparentemente adecuada y atienda a los parámetros fijados en convenciones internacionales sobre corrupción, son innumerables las fallas en el sistema jurídico y en las estructuras administrativas del Estado brasileño que propician, o, de cierto modo, hasta incentivan, la ocurrencia de fraudes y de desvíos con recursos públicos en la medida en que crían ambiente a la corrupción. Al largo del Capítulo IV será igualmente confirmada, por el examen de los casos seleccionados, la impunidad de los que se involucraron en escándalos de repercusión de ámbito nacional.

El foco de la tesis será el examen de los grandes escándalos de corrupción ocurridos en el Brasil en los últimos quince años. El propósito específico de este trabajo consiste en la identificación:

1. de las causas o puntos vulnerables existentes en la legislación, en las estructuras administrativas y en los órganos de control que propiciaron la ocurrencia de las fraudes y desvíos;
2. de las medidas administrativas y judiciales eventualmente adoptadas por las autoridades públicas para corregir las fallas en el sistema, punir los responsables y recuperar los fondos públicos desviados; y
3. de la efectividad de la adopción de las medidas indicadas en el ítem anterior.

Se buscará, por medio del examen de escándalos noticiados en los más importantes medios de comunicación del Brasil, hacer el acompañamiento –paso a paso– de la divulgación de cada una de las medidas adoptadas para concluirse, al final, que la punición de los culpados y el adecuado funcionamiento de las estructuras administrativas constituyen la única forma de se combatir efectivamente la corrupción pública.

El foco del presente estudio se restringe a la corrupción en el ámbito de la Administración Pública federal brasileña. Importantes aspectos del estudio de la corrupción, de que serian ejemplos la corrupción judicial, policial o política, en que se examinarían, no son objeto de estudio. También no serán objeto de examen medidas locales, adoptadas en el ámbito de los Estados-federados o de los Municipios brasileños.

Antes de se examinar las medidas adoptadas por el Brasil para combatir la corrupción, en el Capítulo I presentamos el escenario internacional y la postura adoptada por entidades como las Naciones Unidas – ONU, Banco Mundial – BIRD, Organización para Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE para el enfrentamiento de la cuestión.

II – Escenario Internacional

A la excepción de la edición de la Foreign Corrupt Practices Act aprobado por el gobierno norteamericano en el 1977, hasta el inicio de la década del 1990 pocos países y ningún organismo internacional se preocuparon en adoptar medidas efectivas de combate a la corrupción. El desinterés de la comunidad internacional en relación al tema se debía al hecho de que la corrupción era tenida como cuestión a ser enfrentada por cada país como materia de política interna.

La sensación generalizada era de que la corrupción no poseía cualquier relevancia para la economía nacional o internacional y que, en relación a esta última, podría ser considerada benéfica para la obtención de negocios por parte de las grandes empresas en países menos desarrollados, siendo el pago de soborno en operaciones comerciales internacionales considerado instrumento natural de negociación, acepto y estimulado por los gobiernos de los países desarrollados que admitían su deducción para fines tributarios.

Los últimos años fueron testigos de movimientos contradictorios en relación a la corrupción. Los procesos de privatización que se iniciaron en la Europa al largo de la década de 80 y que se esparcieron por el resto del mundo en la década siguiente, el ingreso de los países del antiguo bloque socialista soviético en el comercio internacional, en los cuales imperaban –y todavía imperan– elevados niveles de corrupción, los avances tecnológicos en materia de comunicación y procesamiento de datos y, sobretodo, la globalización económica pueden ser apuntados como importantes factores que contribuyeron para aumentar las oportunidades para la práctica de actos corruptos. Eses mismos fenómenos, todavía, contribuyeron para tomar más evidentes los efectos sociales, políticos, administrativos y económicos de la corrupción y para justificar la adopción de medidas para enfrentarla.

Relativamente a los efectos económicos de la corrupción, se verificó que su alcance ultrapasaba las fronteras del país donde el acto es practicado, creando grande distorsión para el comercio y para las finanzas internacionales. La globalización de la corrupción llevó la comunidad internacional a buscar nuevas abordajes para su combate y la cuestión pasó a ser un de los más importantes ítems de la agenda de los organismos internacionales.

Instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que siempre defendieron la liberalización económica como la solución para la reducción de los niveles de corrupción, constaron que esa medida disociada de otras de carácter estructural no sería suficiente para combatir la corrupción.

Esas instituciones pasaron a adoptar como condición para liberación empréstitos o de ayudas a adopción por parte de los países beneficiarios de medidas que evitasen la ocurrencia de fraude o de cualquier otra malversación. Pasaron, así, a disponer programas de ayuda técnica y financiera para la adecuación de las legislaciones y de las estructuras administrativas orientadas para la prevención y la represión de la corrupción.

En el plano multilateral, la celebración de la Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción, firmada en la ciudad de Mérida, en el México, en el 2003, puede ser considerada un marco. Siendo el primero texto de ámbito mundial sobre el tema, la Convención busca tratar diversos aspectos del combate a la corrupción: medidas preventivas, cooperación internacional, criminalización de determinadas conductas, inclusive el encuadramiento de la corrupción privada, la convocación de la sociedad civil para participar en el proceso de combate a la corrupción y el fortalecimiento de mecanismos contra la lavaje de activos, entre otros.

Esos ejemplos, aliados a otras iniciativas adoptadas en el ámbito de la Unión Europea y del Consejo de la Europa, de la OCDE y de la Transparencia Internacional, indican que, se ese fenómeno que acompaña la humanidad desde sus primordios está lejos de ser debelado, mucho tiene sido hecho en los últimos años. El ofrecimiento de presentes (regalos) a funcionarios público o el pago de sobornos como instrumento de negociación internacional, prácticas consideradas normales en la mayoría de los países hasta mucho reciente, hoy son tratadas como crímenes punibles con elevadas penas.

El volumen de recursos que mueve el poder político envuelto hacen creer que estamos lejos de considerar la corrupción como tema de interés apenas de los historiadores. Es necesario que los gobernantes, los organismos internacionales, la sociedad civil organizada, los empresarios, en fin, que todos tengamos conciencia de que la lucha contra la corrupción debe ser hecha en el día a día y que siempre surgirán nuevas formas de corromper y fradar.

Las medidas adoptadas en el plan internacional de combate a la corrupción propiciaron la creación de nuevo escenario en que el enfrentamiento del tema pasa a ser un de los más importantes ítems de la agenda de discusión política mundial. Ese nuevo escenario internacional tiene producido reflejos importantísimos en los ordenamientos jurídicos de innúmeros países, inclusive en el Brasil.

III – Vulnerabilidades identificadas en el Brasil que propician la práctica de actos corruptos

1. Consideraciones Generales

El propósito de esta tesis de doctorado fue el de discutir fallas en las estructuras de control de la Administración Pública (Capítulo II) y en la legislación brasileña (Capítulo III) que propiciaron la práctica de actos corruptos y que impiden la punición de los responsables por la ocurrencia de innúmeros escándalos relacionados a la fraude y al desvío de recursos públicos (conforme se observó en el examen de casos realizado en el Capítulo IV).

Escogemos para examen en esta tesis de doctorado casos que, en nuestro sentir, mantienen pertinencia con la corrupción en la actividad administrativa del Estado brasileño, y que tuvieron grande repercusión en los medios de comunicación. Los casos fueron escogidos no apenas en razón de la repercusión junto a los medios de comunicación y la opinión pública, pero igualmente en función del área en que se verificaran. Fueron seleccionados casos de corrupción ocurridos en diferentes áreas de actuación de la Administración Pública brasileña:

1. concesión de beneficios de la previdencia (“Jorgina de Freitas”);
2. fraudes en la elaboración y en la ejecución del presupuesto (el escándalo de los “anões do orçamento”);
3. escándalo de las ambulancias (o mafia de las sanguijuelas), que puede ser considerado una repetición del caso anterior, con nuevos ingredientes relacionados a la fraude en licitaciones;

4. fraudes en la utilización de mecanismos de fomento al desarrollo de la Región Amazónica brasileña concedidos por la Superintendencia para el Desarrollo de la Amazonia (conocida como fraude en la SUDAM);
5. fraudes en el financiamiento de la campaña política y fraudes administrativas que resultaron en el proceso de *impeachment* del ex Presidente brasileño Fernando Collor de Mello (denominado caso Collor). En esa misma cuestión fue hecho el estudio del denominado escándalo del mensalão³⁶⁰ –que indican la imposibilidad de separación de la corrupción política o electoral de la corrupción administrativa;
6. corrupción en la actividad de policía administrativa del Estado Brasileño en área especialmente sensible, la preservación del medio ambiente, en que examina la operación denominada “curupira”³⁶¹ conducida por la Policía Federal en el Instituto Brasileño del Medio Ambiente;
7. irregularidades en el racionamiento entre agencias gubernamentales y el sector privado regulado son examinadas en el denominado escándalo de los Bancos Marka y FonteCindan;
8. Corrupción en la conducción de licitaciones y en la ejecución de contratos administrativos, cuyo examen es hecho por medio del estudio del denominado “escándalo de la construcción del forum de trabajo de São Paulo”, ciertamente uno de los casos de corrupción que más divulgación mereció por parte de la prensa.

La escoja de los casos no se dio, como afirmado, al acaso. Se buscó con el examen de esos casos alcanzar las principales áreas de actuación de la actividad administrativa del Estado brasileño, comprendiendo las actividades de fomento y de

³⁶⁰ El término mensalão – *mensualón* en español – fue hecho para indicar pagos mensuales hechos a parlamentares para votaren en proyectos de interés del Gobierno

³⁶¹ Curupira, en acuerdo con las lentas brasileñas, es una criatura mitológica que protege las florestas. Se trata de un niño que anda con los pies vueltos para tras, cuyos calcañares se quedan, por lo tanto, en la parte de la frente de sus pis, y que protege las florestas contra cazadores

concesión de beneficios de la previdencia, de fraudes presupuestarias y en licitaciones y contratos públicos, bien como en la relación entre agencias y el sector privado.

La identificación de las fallas que propiciaron la práctica de actos corruptos en los casos escogidos para examen en el Capítulo IV nos permitió elaborar el cuadro a continuación indicado en que son presentadas importantes conclusiones acerca de la divulgación, de la apuración y de las medidas punitivas y de corrección de las fallas identificadas:

Cuadro presentado en el Capítulo IV

Escándalo	Como se tornó conocido	Razones que propiciaran la ocurrencia de la fraude	Instauración de CPI	Acciones propuestas	Condenaciones	Recuperación de los recursos desviados	Cumplimiento de la sentencia penal	Cambio en la legislación
Caso Jorgina de Freitas	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en los sistemas de informática	Si	Civiles y penales	Si	Insignificante*	Si	Si
Escándalo de los “Anões do Orçamento”	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación	Si	Civiles y penales	No	No	No	Si
Escándalo de las Ambulancias	Prensa/ Policía Federal	Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación	Si	Civiles y penales	No*	No	No	No
Corrupción en la SUDAM	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación	Si	Civiles y penales	No	No	No	Si
Caso Collor	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación	Si	Civiles y penales	Si	No	Si	Si
Operación Curupira	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación	Si	Civiles y penales	Si	No	No	Si
Escándalo de los bancos Marka y FonteCindam	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en la legislación	Si	Civiles y penales	Si	No	No	Si

Escándalo de los Exhortos	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en la e na legislación	Si	Civiles y penales	Si	No	No	Si
Escándalo de la construcción del fórum del trabajo de São Paulo	Prensa / Tribunal de Cuentas de la Unión	Fallas en las estructuras administrativas y en la e na legislación	Si	Civiles y penales	Si	Insignificante*	Si	Si
Escándalo del mensualón	Prensa	Fallas en las estructuras administrativas y en la e na legislación	Si	Civiles y penales	No**	No	No	No***

(*) El resarcimiento, en el caso de Jorgina de Freitas, fue de aproximadamente US\$ 30 millones, teniendo el desvío sido estimado en US\$ 600 millones. En el caso del TRT/SP, teniendo sido desviados aproximadamente US\$ 77 millones, hubo resarcimiento de aproximadamente US\$ 3,8 millones, conforme materia publicada en el Periódico Folha de São Paulo, bajo el título “*País repatría menos de 10% del dinero de la corrupción*” (edición del 5/7/2006).

(**) En razón de se tratar de escándalos recientes, conforme examinado al longo de este Capítulo, el poco tiempo decorrido puede ser apuntado como razón para la inexistencia de cualquier decisión condenatoria, civil o penal.

(***) La CPMI de los correo, que examinó diversos aspectos relacionados al escándalo del “mensualón” presentó longa lista de propuestas de medidas de combate a la corrupción, de entre ellas la presentación de varios proyectos de ley y de propuestas de enmienda a la Constitución Federal. Ninguna de las propuestas fue, hasta el momento, aprobada.

2. Impresiones resultantes de la divulgación de los diversos escándalos y análisis de las medidas adoptadas

El examen del cuadro arriba nos permite extraer algunas conclusiones:

1. Papel de la Prensa: La prensa – con destaque especial para la Revista Veja, que tomó la iniciativa en la descubierta de siete de los diez escándalos examinados – tuvo papel decisivo en el combate a la corrupción por medio de la divulgación de los escándalos ocurridos en los últimos años en el Brasil y en el acompañamiento de las medidas adoptadas por los órganos públicos. Destaque especial en el acompañamiento de materias relacionadas a la

corrupción debe ser dada a la actuación de los Periódicos O Globo, Hoja de São Paulo, Estado de São Paulo y Correo Braziliense. En casos en que no hubo condenación judicial, de que son ejemplos los escándalos de los “añoes do orçamento”, de los exhortos, de la SUDAM y del “mensualón”, hubo consecuencias políticas, como la casación de mandato de parlamentares o la renuncia al mandato para huir de la casación. Innegable que esas consecuencias de naturaleza políticas se deben al acompañamiento que la prensa ejerce sobre las Casas Legislativas, fenómeno que no se repite con la misma intensidad cuando se examina actuación del Poder Judicial.

2. Fallas que propiciaron la ocurrencia del escándalo: En prácticamente todos los casos examinados, fallas graves en las estructuras administrativas, relacionadas sobretudo a la falta de personal calificado, pueden ser apuntadas como causa determinante de la ocurrencia de las fraudes. En la mayoría de los casos, la existencia de pequeñas deficiencias en la legislación puede igualmente tener contribuido para la ocurrencia del escándalo.
3. Actuación de las Comisiones Parlamentares de Inquisición – CPI: A la excepción del escándalo de las ambulancias, en que el factor determinante para la ocurrencia del desvío de los recursos puede ser atribuida a los mecanismos para la elaboración del presupuesto, bien como a la propia legislación presupuestaria, en todas las situaciones en que hubo la instauración de CPI, hubo la mejoría en la legislación. El caso del escándalo de las ambulancias talvez no tenga provocado cambio en la legislación en razón de que los mayores beneficiarios de los mecanismos deficitarios identificados son los propios parlamentares responsables por la aprobación del presupuesto. Es decir, no obstante tener sido instaurada CPI, ella no fue capaz de promover mejorías en la legislación apuntada como causa del escándalo por motivos corporativistas, dado que la mejoría en la sistemática de elaboración y ejecución presupuestaria no interesa a la mayoría de los miembros del Congreso Nacional.

4. Acciones propuestas: En todos los casos examinados, fueron propuestas acciones civiles y/o penales. Esta constatación lleva a la conclusión de que el Ministerio Público, responsable por la prepositura de las acciones, es actuante. En diversos casos, el Ministerio Público se valió de informaciones levantadas por la Policía Federal, por el Tribunal de Cuentas de la Unión o por las CPI, el que demuestra la importancia de esos mecanismos para la apuración de elementos que irán permitir la prepositura de las acciones;
5. Condenaciones: El examen de casos emprendido en este Capítulo requiere algún cuidado en el que dice respecto a la existencia de decisiones judiciales condenatorias. En primero lugar, cumple observar que no hubo condenación en ningún caso en que hubiese reo con foro privilegiado. En el caso Collor, el Sr. PC Farias fue condenado y cumplió pena, todavía no en razón de motivos relacionados al escándalo que resultó en el proceso de *impeachment* y en la renuncia del Presidente Collor. En el caso específico del escándalo del mensualón, en que diversos envueltos tienen foro privilegiado, fue propuesta acción por el Ministerio Público y la denuncia fue recibida por el Supremo Tribunal Federal – STF en juzgamiento que se encerró en el día 27.8.2007³⁶², hecho que generó grande repercusión en la prensa³⁶³ y en los medios políticos brasileños en razón de envolver Ministros de Estado y Parlamentares ligados al Gobierno. La Decisión del STF de recibir la denuncia del escándalo del mensualón es relevante porque abre la perspectiva de, decorridos más de 40 (cuarenta) años, ocurrir condenación de personas con foro privilegiado. En todos los demás casos, en que no había agentes públicos con foro privilegiado (escándalos Jorgina de Freitas, curupira, Tribunal Regional del Trabajo, Exhortos y Banco Marka y Fontecidam), hubo decisión de primero grado condenatoria. Fue posible constatar el cumplimiento de algunas penas privativas de libertad; no fue posible, aún, confirmar el tránsito en juzgado de los procesos penales relacionados a esos casos en que no había agentes con

³⁶² “STF decide abrir acciones contra os 40 acusados en escândalo, Folha de São Paulo, 29/8/2007.

³⁶³ “Una organización criminosa de 40 réos”, O Globo, 29/8/2007, p. 3: En decisión histórica, STF abre processo contra todos los denunciados y considera Dirceu el jefe da ‘quadrilha’ del mensualón”.

foro privilegiado en razón de dificultades de acceso a los datos del proceso por el Poder Judiciario;

6. Cumplimiento de las sentencias: En todos los casos examinados en que agentes públicos con foro privilegiado no estaban envueltos, hubo decisión judicial que condenó los envueltos a resarcir los cofres públicos y a cumplir penas privativas de libertad. El cumplimiento de las penas privativas de libertad, vale decir, de las sentencias penales condenatorias, solamente se verificó en tres casos (caso Jorgina de Freitas, caso Collor y escándalo de la construcción del TRT/SP). En esas tres hipótesis, hubo el decreto de la prisión no obstante aún hubiese recursos pendientes de juzgamiento por parte de Tribunales Superiores. En esas tres situaciones, la prisión fue decretada en razón de los reos se tuvieron evadido del país. Vale decir, solamente los denunciados que, temiendo el decreto de prisión, se evadieron del Brasil, tuvieron que cumplir pena restrictiva de libertad. Se ve que en esta idéntica situación se encontraba el Sr. Salvatore Cacciola, principal envuelto en el escándalo de los Banco Marka y Fontecidam, que se encontraba – en el momento en que encerrábamos la redacción de esta tesis – preso en el Principado de Mónaco aguardando pedido de extradición a ser formulado por el Gobierno del Brasil³⁶⁴. No obstante tenga habido condenación de diversos otros envueltos en este mismo escándalo de los referidos bancos, todos los condenados responden a los procesos penales en libertad.
7. Resarcimiento de los recursos desviados: Es cierto que la dificultad para rever recursos públicos desviados es problema de interés de toda la comunidad internacional. Solamente en dos de los casos examinados –escándalo Jorgina de Freitas y TRT/SP– hubo recuperación parcial de los recursos desviados. En todos los demás, los órganos de control no lograron obtener el resarcimiento, hasta el momento en que encerramos la redacción de esta tesis, de cuantías mínimas significativas. El examen de los escándalos con recursos públicos ocurridos lleva a la siguiente conclusión: desviar recursos públicos en el Brasil es negocio que envuelve mucho poco riesgo. Esta constatación recurre de la

³⁶⁴ “Justiça de Mônaco decide manter Cacciola preso”, Folha de São Paulo, 19/9/2007”

inexpresiva recuperación de las cuantías desviadas, mismo que tengan sido propuestas acciones civiles tendentes al resarcimiento a los cofres públicos en todos los casos examinados.

8. Efectividad de los mecanismos represivos: Las constataciones apuntadas en los tres párrafos anteriores deben constituir motivo para fuerte inquietud: son raros los casos de condenación penal³⁶⁵; son más raros aún los casos de cumplimiento de sentencias penales; y es inexpresiva recuperación de los recursos públicos desviados. Es decir, se la efectividad del sistema de combate a la corrupción, en el Brasil, es medido por el examen de los mecanismos represivos, se debe concluir por la falencia total del sistema.
9. Corrección de las fallas: Hubiese, en el Brasil, la intención de combatir la corrupción de modo efectivo, el enfoque debería ser dado a la corrección de las fallas que propiciaron la ocurrencia de las fraudes³⁶⁶. O sea, la corrección de fallas en la legislación y la mejoría en las estructuras administrativas – especialmente aquellas relacionadas a la calificación de los agentes públicos responsables por la gestión pública –deberían constituir las principales medidas para el efectivo combate a la corrupción en el Brasil.
10. Prevención: en razón del que se demostró al longo de esta tesis, es de concluir que la única forma de se combatir de forma efectiva la corrupción es por medio de medidas de carácter preventivo, mejor examinadas en las conclusiones de la tesis.

IV – Medidas para la mejoría del sistema de combate a la corrupción en el Brasil

³⁶⁵ El periódico Correio Braziliense (edición del 12/8/2007), bajo el título “Mucho Trabajo por casi nada”, es presentado el cuadro general de impunidad en Brasil. En acuerdo con la materia (p.2), “Un levantamiento hecho por el Correio sobre 20 hechos que vienen desde el periodo del Presidente João Figueiredo muestra que de 62 personas de involucramiento comprobado en escándalos, apenas 38 sufrieron algún tipo de penalidad”. Aún en acuerdo con la materia, “el mayor problema continua siendo la propia legislación, que permite al acusado recorrer en libertad hasta que el proceso llegue en instancias superiores, ultimo grado de recurso. Eso hace con que los crímenes sean prescritos o que no haya condenaciones”.

³⁶⁶ Pesquisa realizada por el instituto IBOPE da noticia de que “69% de los electores brasileños ya trasgredieron alguna ley o descumplieron alguna regla contractual para obtener beneficios materiales, de forma intencional, y 75% acreditan que cometerían por lo menos uno de los 13 actos de corrupción evaluados por el estudio, caso tuviesen oportunidad.” (destacamos). Fuente: http://reinehr.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=229

Identificadas las fallas –que se relacionan, como regla, a la carencia de personal especializado, a los aspectos vulnerables en leyes administrativas, presupuestarias, penales y procesales, y a la ausencia de efectividad del Poder Judicial en el combate a la corrupción– buscaremos, en estas conclusiones, presentar algunas propuestas que puedan reducir en el nivel de la corrupción en el ejercicio de la Actividad de la Administración Pública Brasileña.

En el inicio de esta tesis mencionamos la existencia de la visión segundo la cual la corrupción, en el Brasil, sería endémica, genética, cultural.

El examen de la legislación brasileña, de las estructuras de los órganos de control de la Administración Pública y, sobretudo, el estudio realizado en el Capítulo IV de esta tesis, en que fueron examinados casos concretos de corrupción ocurridos en el Brasil al largo de los últimos años, demuestran el contrario.

El problema de la corrupción, en el Brasil, recurre más de las vacunas legales, excesivamente permisivas, de la estructura de control deficitaria y carente de mayor organización –sobretudo en el que concierne al control interno– y de la impunidad de los responsables por la práctica de actos de corrupción del que de cualquier razón histórica o cultural. Es decir, las oportunidades propiciadas por el Estado Brasileño para la práctica de actos corruptos son incontables y la sensación generalizada que se transmite a la población –sensación que es confirmada por el examen de los diversos escándalos presentados– es de impunidad. Ese contexto, aliado a la increíble creatividad de aquellos que buscan aspectos vulnerables en la actuación del Estado para fradar y desviar recursos públicos –vale en ese punto mencionar la creatividad utilizada para desviar recursos utilizada en el denominado escándalo de los exhortos, conforme presentado en el Capítulo IV– incentivan la corrupción en el Brasil.

Razones históricas, culturales y, sobretudo, políticas talvez puedan explicar porque no se promueve el efectivo y necesario cambio en el escenario brasileño de modo a mejor aparejar el Estado para combatir la corrupción, tanto en el que dice respecto al aspecto preventivo, de identificación y corrección de las fallas del sistema, cuanto en relación a la punición de los responsables por los desvíos de recursos públicos.

De cualquier manera, se construirse en el escenario político brasileño cuadro que propicie la realización de los cambios aquí propugnadas, ciertamente cualquier trazo o característica cultural o moral desempeñaría papel poco relevante para impedir el combate más efectivo a la corrupción.

El contexto descrito al largo de la tesis nos lleva a la conclusión de que solamente por medio de la participación del Congreso Nacional –especialmente por medio de la actuación de Comisiones Parlamentares de Inquisición– es posible imaginar la superación de las deficiencias en nuestra legislación y la corrección de las diversas vulnerabilidades identificadas en las estructuras administrativas y judiciales brasileñas.

En términos bastante simples se puede afirmar que el combate más efectivo a la corrupción depende de voluntad política y que, al menos hasta el momento, esa voluntad jamás de mostró suficientemente fuerte para superar el poder de manipulación de los grupos económicos y políticos que se benefician de las fallas en el ordenamiento jurídico brasileño.

En el Brasil, por lo tanto, el diagnóstico de la corrupción y de las medidas necesarias a su superación se debe atender más al examen de elementos estructurales y normativos del que culturales o morales

1. Estructuras de control de la Administración Pública brasileña

En relación a los órganos de control sobreesee, con destaque, la ausencia de una estructura unificada con vocación para el combate a la corrupción. Cada órgano de la Administración Pública ejecuta su tarea de control y combate a la corrupción o a la lavaje de dinero, sin cualquier correlación, organización o centralización de datos.

No hay, por decir, ninguna estructura profesional de inteligencia destinada al combate organizado a la corrupción en el Brasil, no obstante haya, al menos en el ámbito del Poder Ejecutivo, iniciativas muy buenas destinadas a esa interacción de los órganos de control, del que es ejemplo la institución de la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y a la Lavaje de Dinero – ENCCLA, creada en el 2003 (Capítulo II).

Se hay mucho a trabajar para mejorar el sistema de control, por otro lado se torna necesario reconocer que avances importantes ocurrieran en diversos sectores, de que son ejemplos las acciones de combate a la lavaje de dinero en el Brasil conducidas por el COAF, el fortalecimiento del Tribunal de Cuentas de la Unión y de la Contraloría-General de la Unión y el engallamiento del Departamento de Policía Federal en el combate a la corrupción.

En el que dice respecto al combate a la lavaje de dinero, la implementación de un órgano de inteligencia financiera fue importante avance institucional brasileño, aún que fueron verificadas innumeradas dificultades en la ejecución de su actividad resultante de la inadecuación de su cuadro de personal y de su estructura administrativa –el órgano de inteligencia financiera brasileño, el COAF, cuenta, conforme indicado en el Capítulo II, con poco más de tres decenas de funcionarios para efectuar, en cada mes, cruzamientos complejos de millones de informaciones. De ese modo, en que pese existir un sistema de control de la lavaje de dinero, algunas fallas en la legislación (apuntadas en el Capítulo III) y, sobretodo, en su estructura administrativa impiden el órgano de inteligencia de actuar de modo efectivo.

El examen del que se verifica en el ámbito del COAF sirve de ejemplo del que ocurre en la realidad de la Administración Pública Brasileña, especialmente en los órganos que integran la estructura del Poder Ejecutivo federal, en que la tónica es la carencia de personal calificado para desempeñar la función pública, especialmente en las estructuras del control interno de la Administración Pública.

Mismo el Tribunal de Cuentas de la Unión y el Ministerio Público teniendo atribuciones adecuadas y estando bien aparejados, dado que sus cuerpos técnicos son bien calificados y bien remunerados, esos órganos de control externo de la actividad administrativa brasileña no son capaces de suplir graves deficiencias verificadas en las estructuras de la propia Administración Pública. Es decir, la actuación razonablemente adecuada de los órganos de control externos no es capaz de compensar fallas graves en las estructuras de control de la propia Administración Pública, especialmente se considerarse que el resultado de la actuación de esos órganos se hace, muchas veces, por medio de acciones judiciales que, en el Brasil, se caracterizan por la lentitud e

ineficiencia. ¿Como admitir, por ejemplo, que la actuación de los órganos de control externo sea capaz de impedir –o de punir– fraudes como la verificada en el escándalo de la SUDAM (vide capítulo IV), en que se constata que el único exclusivo propósito de la entidad era desviar recursos públicos que se destinarían al desarrollo de la Amazonia?

Acerca de la actuación del Poder Judicial en el Brasil en el combate a la corrupción, se puede concluir que, salvo rara excepciones, tienen sido pifia.

No obstante en diversos escándalo examinados en el Capítulo IV tengan sido identificados casos de condenación penal o por acto de improbidad de los envueltos por los jueces de primero grado, se constata que la regla es la impunidad en razón del cabimiento de sucesivos recursos en que los reos, condenados en primero grado, responden al proceso en libertad hasta que sea proferida la decisión definitiva, que, en muchos casos, en razón de la demora en el juzgamiento del recurso, irá simplemente reconocer la ocurrencia de prescripción.

Una de las razones para la ineficiencia del Poder Judicial brasileño fue mucho bien sintetizada ppr Cláudio Weber Abramo, Director-Ejecutivo de la Transparencia Brasil³⁶⁷:

“Racionalidad es la última cosa que se detecta en los códigos brasileños. No es de admirar, pues ellos fueron escritos por abogados de defensa. Para conducir un proceso de forma entrecortada y llena de las férulas perfectamente kafkianas que testigazos, es necesario pagar abogados. Cuanto más detalles recónditos el abogado es capaz de explorar, más tiempo él conseguirá ganar para su cliente. Abogados así cuestan mucho. Quien puede pagarlos es la clase dominante. En particular, corruptos que son llevados a la Justicia (el que ya es raro) acostumbran tener bastante dinero para eso. En procesos penales, la idea es procrastinar hasta que el crimen prescriba. En procesos civiles, hasta que la parte contraria sesgote. Es por eso que procesos llegan a se arrastrar por décadas”.

³⁶⁷ <http://www.transparencia.org.br/docs/just-Brasil.pdf>

Aún en relación a la actuación del Poder Judicial brasileño, en el combate a la corrupción, llama la atención la falta de información sobre cualesquier procesos.

Es posible afirmar que las acciones penales o de improbidad son lentas, que son ilimitados los recursos previstos en la legislación, o que es prácticamente imposible mantener una condena penal de juicio de primero grado en razón del cabimiento de sistemáticos y sucesivos recursos por el examen de casos concretos, y no en razón de ser divulgados datos estadísticos sobre la actuación judicial. Esa ausencia de informaciones fornecidas por el Poder Judicial sobre la actuación judicial, inclusive, fue uno de los motivos que nos llevó a realizar la pesquisa para la presentación de los escándalos de corrupción tratados en el Capítulo IV a partir de informaciones colectadas por la prensa.

¿Cuando se buscan datos acerca de la actuación del Poder Judicial, como saber si el sistema de combate a la corrupción funciona sin que haya informaciones sobre los procesos judiciales de corrupción? ¿Cuántos procesos administrativos terminaron por generar procesos judiciales? ¿Fueron propuestas acciones civiles o acciones penales a partir de los datos obtenidos en los procesos administrativos? ¿Propuesta la acción civil o penal, hubo condena? ¿Fueron interpuestos recursos? ¿Cuánto tiempo el Tribunal superior llevó para juzgar el recurso? ¿Hubo recuperación de los recursos públicos desviados?

Esas cuestiones precisan ser respondidas para que la sociedad pueda saber si los recursos investidos en control y combate a la corrupción generan resultados.

2. Análisis del escenario estructural de los órganos de control – de la prevención a la punición

Para la presentación de conclusiones acerca del combate a la corrupción en el Brasil y para la elaboración e propuestas de mejoría de los mecanismos existentes, es necesario analizar el escenario institucional brasileño en diferentes etapas, desde la prevención hasta la punición de los actos corruptos.

A rigor, la énfasis en el combate a la corrupción se debe referir justamente a la prevención. El mejor control siempre será el de prevenir la ocurrencia del ilícito, es decir, impedir que el foco de corrupción ocurra –lo que puede ser constatado con el examen del escándalo del TRT de São Paulo (Capítulo IV) en que, no obstante el TCU tenga constatado la existencia de fuertes indicios de fraudes desde el inicio de la ejecución de la obra, aún en el año del 1992, solamente en el año del 1998 fueron adoptadas medidas correctivas.

En el plano preventivo, tres son las medidas a ser adoptadas: el compartir informaciones, el planeamiento y la transparencia.

Cuanto mayor sea la transparencia en las operaciones realizadas por la Administración Pública, y cuanto más el acto administrativo esté vinculado a un resultado planeado y conocido, mayor será la posibilidad para el ejercicio del control social. Y donde el control social es ejercido no hay sentimiento de impunidad, a ejemplo del que ocurrió en relación al caso Collor presentado en el Capítulo IV.

Acercas de la importancia de la actuación preventiva en el control de la actividad administrativa del Estado, y, por lo tanto, como efectivo mecanismo de combate a la corrupción, nos podemos reportar a algunas situaciones que envuelven la actuación del Tribunal de Cuentas de la Unión referida en el Capítulo II.

En aquel Capítulo, fue mencionado que las decisiones del TCU que imputen débito o imputen multa tienen naturaleza de título ejecutivo y que propician la proposición de la acción judicial con vista al resarcimiento de los cofres públicos. En aquel capítulo fue, aún, mencionado que menos de 1% (un por ciento) de lo que es enviado a la justicia para acciones civiles es efectivamente resarcido a los cofres públicos.

No obstante no haya datos acerca del resarcimiento decurrente de otras medidas o acciones judiciales, de que sería ejemplo la acción de improbidad, no es de se suponer que el resultado sea distinto, es decir, que haya resarcimiento de los recursos públicos desviados.

El examen de todos los casos presentados en el Capítulo IV de esta tesis confirman la incapacidad del Estado Brasileño, que se utiliza de la vía judicial, para rever fondos públicos desviados. De todos los casos pesquisados, solamente en el

denominado escándalo “Jorgina de Freitas” hubo resarcimiento de pequeña parte de las cuantías desviadas.

Las razones para esa total y completa no efectividad judicial en la recuperación del dinero público son, de un lado, la facilidad con que se puede esconder esos recursos y, de otro lado, la lentitud con que actúa el Poder Judicial en la tramitación de los procesos civiles de reparación de daños.

Para confirmar la necesidad de ser dada primacía a la prevención como mecanismo de combate a la corrupción, pueden ser presentados como ejemplo dos procesos de auditoria conducidos por el Tribunal de Cuentas de la Unión – TCU (Estos y otros ejemplos de actuación preventiva en el combate a la corrupción y al desperdicio pueden ser buscados en las relaciones de actividades divulgados por el TCU en su sitio: <https://www.tcu.gov.br>). En el primero de ellos, fue realizada auditoria en el año del 2005 en licitación de obras de estradas con presupuesto de R\$ 1,6 billón) (un billón seiscientos millones de reales). La actuación del Tribunal resultó por identificar sobreprecio en los valores del presupuesto e importó en la reducción el precio de la obra en R\$ 300 millones (trescientos millones de reales). En el segundo procesos, fue realizada auditoria en la empresa estatal brasileña encargada de la manutención de construcción de aeropuertos (Infraero). Para la ampliación y modernización del Aeropuerto de Congonhas, en São Paulo, había sido hecho el presupuesto en R\$ 1 billón (un billón de reales). Hecha la auditoria, fueron identificados “errores” en el presupuesto, que corregidos, resultaron en la reducción del precio de la obra en más de R\$ 100 millones (cien millones de reales). Es decir, en dos procesos de auditoria, procesos que se insieren en el ámbito del control preventivo, fue posible evitar el pago de valores súper facturados de la orden de centenas de millones de reales, independientemente de cualquier otra providencia o acción judicial.

La énfasis del control debe ser, por lo tanto, la prevención, y una vez definido ese foco de combate a la corrupción, se torna necesario identificar las situaciones o escenarios que propician la ocurrencia de la fraude.

La identificación constituye, por lo tanto, la segunda fase del rito procesal de control de la corrupción y para que ella ocurra se torna necesaria e imprescindible la existencia de un eficiente sistema integrado de inteligencia.

El examen emprendido en el Capítulo II sobre los órganos de control de la Administración Pública existentes en el Brasil (Tribunal de Cuentas, Ministerio Público, Controladoría-General de la Unión, Policía Federal, COAF, Banco Central) nos permite considerar que todos los datos e informaciones necesarios al reconocimiento de cualquier foco de corrupción en el Brasil están a la disposición de esas autoridades públicas. Su utilización, todavía, depende de procesamiento técnico, de gerencia adecuada y de compartir, lo que no ocurre en el Brasil.

De un modo general, existen en el Brasil institutos jurídicos en todas las áreas de interés al combate a la corrupción e instituciones de control dotadas de atribuciones y de instrumentos jurídicos adecuados –vale, en este punto, mencionar la existencia de los instrumentos de control judicial de la Administración Pública examinados en el Capítulo II. En el Banco Central, por ejemplo, existe área de fiscalización con condiciones técnicas y humanas para identificar fallas y focos críticos de corrupción y lavado de dinero –órgano que se perfeccionó significativamente después del escándalo que envolvió los Bancos Marka y FonteCidam.

Ni todas las operaciones que tienen focos de corrupción ostentan, todavía, trazos e ilegitimidad. Viene de eso que una operación bancaria, por ejemplo, puede ser perfectamente legítima, bajo el prisma de determinado órgano, y aún mascarar foco importante de corrupción que solamente otro órgano tendría condiciones técnicas de detectar.

El caso del “Mensualón” es ejemplo adecuado para demostrar ese elemento. En que pese los contratos bancarios firmados entre los envueltos en el esquema fraudulento ser sabiamente ilegítimos y tener grande esquema de corrupción, en el plano formal, puramente financiero, ninguna sospecha causaran a los órganos de control de movimiento financiero.

De forma semejante, no obstante patente que las empresas envueltas en el referido caso del mensualón contactaban con innúmeros órganos del gobierno federal, algunas de ellas ya previamente apuntadas por gravísimas irregularidades, ningún órgano de control administrativo tuvo la iniciativa de procurar las instituciones financieras

y con ellas compartir informaciones para investigar se en aquellos contratos bancarios, aparentemente legítimos, existía irregularidad.

La tarea de actuar en el control de la corrupción presupone la identificación tempestiva de los focos de corrupción, y para tanto es necesario obtener, organizar y administrar las informaciones disponibles en los más diversos sistemas de control administrativo existentes en el Brasil, dentro de sistema de priorización, en que serían monitoreados todos los sectores históricamente relacionados a focos de corrupción.

El carácter preventivo en el combate a la corrupción presupone la valorización de los mecanismos administrativos de control, en detrimento, que deben ser capaces de contener la fraude y de punir los infractores.

La primera medida administrativa, de contención, importa en dotar referidos órganos de control de atribuciones capaces de impedir que el foco de corrupción y de desvío se mantenga abierto. Esta atribución presupone la existencia de mecanismos aptos a la adopción de medidas cautelares, a ejemplo de la competencia reconocida al Tribunal de Cuentas de la Unión por el Supremo Tribunal Federal, conforme indicado en el Capítulo II.

En relación a la segunda medida, relacionada a aplicación de sanciones administrativas, cuanto más rigurosa ella sea, teóricamente, menor será la necesidad de adopción de medidas judiciales. Así, se delante de informaciones calificadas del COAF o del Banco Central, si se tuviese procedido la investigación técnica en los contratos de las empresas envueltas en los diversos escándalos examinados –nos reportamos, aquí, una vez más específicamente al denominado escándalo del mensualón– ciertamente tendría sido posible identificar el foco de corrupción y tendría sido posible adoptar medidas preventivas de contención de la fraude.

Se así ocurriese, poca importancia tendría el proceso judicial en la ejecución de medidas coercitivas y punitivas, se reservando a la Policía Federal y al Ministerio Público la tarea precípua de recuperar los recursos financieros desviados y de promover la punición penal de los culpados.

Acerca de la aplicación de medidas de carácter administrativo, serio problema reside en la posibilidad de todo y cualquier acto practicado por la Administración Pública,

inclusive en las medidas de contención y de sanción adoptadas por los órganos de control, poder ser llevado a la apreciación judicial. Ese escenario de mucha poca racionalidad acaba por reservar al Poder Judicial el monopolio integral de cualquier iniciativa en el plano de la punición.

La morosidad judicial, todavía, acaba por soterrar cualquier expectativa de punición inmediata y a contento de los responsables por el desvío de recursos públicos.

En este punto, se concluye que una posible solución para el problema de la lentitud del Poder Judicial podría surgir –como ya apuntado– con la implementación de varas especializadas en el control de la corrupción y de la lavaje de dinero.

La actuación preventiva en el combate a la corrupción presupone, además, el examen de tres aspectos: la información, el control y la transparencia.

No es posible pensar un efectivo combate a la corrupción sin el ingreso inmediato y efectivo en la era de la información. Cuanto mayor sea el acceso a la información por parte de los órganos de control y de la sociedad, mayor será el control interno, externo y social ejercido sobre los órganos públicos, impidiendo el establecimiento del foco de corrupción o tornándolo tan arriesgado que no valga la pena ni la tentativa.

La importancia de la transparencia aún se destaca, en el punto de vista político, en razón de su inmensa capacidad de mejoría democrática de los regímenes modernos, promoviendo la inserción de la sociedad en la actividad de control de las acciones públicas. La transparencia es, por lo tanto, imprescindible en las actividades de los órganos y agentes públicos, pues previene, combate y controla la práctica de corrupción y garantiza mayor eficiencia y publicidad a los actos de la administración pública.

La noción de transparencia aquí propugnada muchas veces se choca con la protección que el ordenamiento jurídico brasileño confiere a las informaciones sigilosas, relacionadas al derecho a la privacidad reconocido por la Constitución Federal brasileña del 1988 (art. 5º, X y XII). La interpretación corriente del texto constitucional importa en que los órganos de control solamente puedan acceder a informaciones sigilosas detenidas por otros órganos públicos si obtuvieren autorización judicial, que presupone la existencia de proceso penal en curso. Así, no obstante el Banco Central o la Receita Federal puedan detener informaciones relevantes para el andamiaje de procesos bajo la

responsabilidad del Ministerio Público, este solamente podrá tener acceso a aquellas informaciones se existir proceso penal y expresa autorización judicial de compartir informaciones.

La relatividad de la protección a las informaciones sigilosas –tema constante cuando se buscan apuntar las causas para la morosidad e ineficacia del sistema de control– constituye paso fundamental en el sentido de conferir mayor transparencia al trato de los recursos públicos y de favorecer la transparencia, a la cual todo aquel que negocia con el Estado se debe sujetar.

3. Estructuración de las Instituciones

Para proponer una estructura capaz de lidiar con la corrupción en el Brasil fue necesario, primeramente, que tomásemos conocimiento del funcionamiento del aparato existente. En este punto, las pesquisas realizadas se tornaron esenciales para percibir la necesidad de expansión de los cuadros funcionales y de los recursos materiales de diversos órganos y entidades gubernamentales, bien como la agregación de tecnología y de conocimientos, ofreciendo entrenamiento a los servidores para habilitarlos a identificar, apurar y recuperar los valores desviados debido a la corrupción. El punto principal consiste, de esa forma, en dotar las instituciones públicas, y no apenas aquellas de control, de la infra-estructura necesaria para hacer frente a la corrupción, la combatiendo con la utilización de los mejores medios disponibles.

La ausencia de estructura para la fiscalización de los recursos públicos repasados a las Organizaciones No-Gubernamentales –mencionada al final del Capítulo III– conforme apurado en auditoria realizada por el Tribunal de Cuentas de la Unión (Vide Resolución TCU 277/2007 – Plenario; Fuente: <http://contas.tcu.gov.br>), es ejemplo del escenario identificado en la Administración Pública brasileña sobre la falta de estructura de personal para la fiscalización en la aplicación de los recursos públicos:

“h) otros problemas fueron destacados en el referido proceso sobre convenios con ONG’s: ‘análisis técnicas superficiales e insuficientes de las proposiciones y de las

condiciones de las participantes del convenio para consecución de los objetos propuestos; aprobación de planos de trabajo vagos, con metas insuficientemente descriptas, que son delegados a entidades sin condiciones para ejecutarlos; ausencia de criterios objetivos y de evaluación técnica de las condiciones de la participante del convenio para consecución de los objetivos pactados; negligencia en la fase preliminar de evaluación técnica de las propuestas y de las condiciones de las participantes del convenio para ejecutarlas, asociadas a la ausencia de acompañamiento, fiscalización y transparencia en la ejecución, el que hace multiplicar las irregularidades en los procesos de licitación y contratación y en la ejecución física y financiera de los convenios; procedimientos de adquisición adoptados por las entidades mucho distantes de constituirse licitaciones o en procedimientos análogos que atiendan a los principios de la igualdad, moralidad, publicidad y eficiencia administrativa; desvío de finalidad en la aplicación de los recursos transferidos; utilización de recursos de los convenios para pago de despensas de manutención de las ONGs; análisis superficiales y deficientes de las prestaciones de cuentas en disonancia con las informaciones y elementos presentes en el proceso, denotando que los pareceres son meramente pro forma, para cumplir ritos establecidos en las normas legales'; i) se concluyó por la necesidad de, entre otras medidas, tomar los datos de los convenios accesibles a cualquier interesado, para así incentivar el control social".

Así, sin dejar de reconocer la necesidad de fortalecimiento de las instituciones e control ya existentes y actuante en la prevención y combate a la corrupción, es preciso ir más adelante, creando todo un sistema nacional de combate a la corrupción, de carácter continuo y que tenga, los órganos e instituciones gubernamentales, y también el apoyo e inestimable ayuda de la sociedad civil, de los medios de comunicación y del sector privado.

Aún dentro de este enfoque estructural, otra medida que se revela extremadamente necesaria dice respecto al fortalecimiento del Consejo de Control de Actividades Financieras – COAF, para que pueda actuar de forma más eficaz y autónoma.

Es de se resaltar que algunas otras acciones deberán ser adoptadas para enfrentar las causas de la corrupción en el Brasil.

La necesidad de creación de carreras específicas de gestión y fiscalización de contratos y de auditoria en toda la Administración Pública que, conforme examinado en el estudio de casos expuesto en el Capítulo IV, constituye aspecto extremadamente vulnerable a la corrupción, constituye ejemplo de medida administrativa a ser implementada y que tomaría el sector de contratos y convenios públicos menos vulnerable.

Otro punto decisivo para el suceso de cualquier proyecto de combate a la corrupción de carácter nacional es envolver todos los órganos y entidades gubernamentales de control, que deben actuar de forma integrada.

En el que se refiere a la lavaje de dinero, conforme observado, innúmeros avances estructurales y normativos fueron implementados en el Brasil en estas dos últimas décadas. A rigor, desde la convención de Viena, firmada en el 1988, de la cual el Brasil es signatario, el combate a la lavaje de dinero pasó a ser preocupación en nuestro ordenamiento.

A pesar de su estructuración completa, el hecho es que el sistema de control de lavaje de dinero no tuvo el objetivo de descubrir las actividades físicas ilícitas decurrentes de los innúmeros focos de corrupción ocurridos en el Brasil. Se crea, de esa forma, una burocracia con apariencia de modernidad administrativa, más que por dentro sufre de deficiencias estructurales que impiden su efectivo y adecuado funcionamiento.

4. Cambios Legislativos

En el campo legislativo, son innúmeros los aspectos de nuestra legislación que necesitan de urgente atención.

La legislación presupuestaria, la que cuida de las licitaciones y de los contratos administrativos y la legislación sobre repase de recursos a Organizaciones No-Gubernamentales son ejemplos de áreas en que se hacen necesarias profundas e inmediatas modificaciones.

En relación a las licitaciones y compras gubernamentales, merece destaque la implementación del sistema de compras electrónico creado por la Ley nº 10.520, del 17 de julio del 2002, que instituye el llamado pregón, modalidad de licitación realizada por medio de instrumentos electrónicos de interacción. Se trata de uno de los mayores avances en nuestra legislación y demuestra que, por medio de medidas legislativas adecuadas, es posible tornar la Administración Pública más ágil e impedir –o por lo menos dificultar– la colusión entre los proveedores del Poder Público.

En el pregón electrónico, la competición es realizada por medio de la Internet, por medio de catastro de los interesados, que reciben llave de acceso y la contraseña para pudieren realizar los lances. En este punto, es importante hacer mención al hecho de que el Brasil es el mayor comprador por subasta reversa con el uso de medios electrónicos del mundo y que en el año del 2006, el Gobierno Federal adquirió R\$ 11,1 billones por medio de esta modalidad electrónica, el que hace 57% del total contratado por la administración pública federal. La economía decurrente del uso de esa modalidad de licitación fue de R\$ 1,8 billones en el 2006. Cerca de 260 mil proveedores están catastrados para fornecer al Gobierno Federal³⁶⁸. Debe ser hecho el registro, todavía, que la modalidad electrónica de contratación solamente es admitida para la contratación de bienes y servicios considerados comunes (Ley nº 10.520/2002, art. 1º) y que tienen enfrentado fuerte resistencia las tentativas del Gobierno Federal de modificar mencionada legislación de modo a poder utilizar la modalidad electrónica de licitación para otros contratos, de que son ejemplos las obras públicas.

De este modo, la legislación y el sistema electrónico de pregón brasileño son uno de los más avanzados del mundo. Entretanto, necesita tener su campo de aplicación ampliado, bien como carece que algunas mejoras le sean acrecidas, limitando los espacios para corrupción que se encuentran hoy abiertos justamente en virtud del estrecho rol de aplicación del pregón electrónico.

Otros problemas pueden ser identificados en la práctica de la Administración Pública relacionada a las constataciones. Son frecuentes, por ejemplo, situaciones en que el administrador insiere en el edicto cláusulas que restringen la competitividad del

³⁶⁸ Datos obtenidos en el sitio electrónico del Ministerio del Planeamiento – <http://www.planejamento.gov.br>

certamen, (el que pide anulación por el Judiciario, causando la lentitud del proceso y por veces la responsabilidad del administrador), o el fraccionamiento de los contratos de modo a se permitir la compra directa o dirigida por medio de modalidades de licitación menos transparentes –de que es ejemplo el convite–, o todavía, la dispensa de la licitación bajo el argumento de urgencia.

Reiteramos, todavía, que el mayor problema en el área de contratación pública no reside en la legislación. No obstante modificaciones sean necesarias, en esta área, la ausencia de personal calificado para fiscalizar y acompañar la ejecución de contratos y convenios públicos puede ser ciertamente listada como un de los principales problemas en el combate a la fraude y a los desvíos de recursos públicos.

El sistema presupuestario brasileño constituye otro importante ítem de las normas que no apenas propician, pero de cierto modo incentivan la práctica de actos corruptos. Modificar la aplicabilidad del presupuesto brasileño, que dejaría de ser autorizable para se tornar impositivo, constituye, por lo tanto, importante aspecto de la pauta de modificaciones normativas orientadas para el combate a la corrupción.

Apenas para se tener idea de la necesidad de modificar el sistema presupuestario, se puede mencionar que en el Brasil, se determinada empresa vence licitación de obra pública cuya ejecución está prevista para ser realizada en cinco años, por ejemplo, la empresa deberá actuar junto al Congreso Nacional, en primero lugar, para garantir que el presupuesto público del órgano o entidad responsable por la contratación, en todos y en cada año de la ejecución del contrato, contemple recursos para aquella obra. Con ciencia de los elevados intereses de aquella empresa en que haya previsión presupuestaria para poder mantener el contrato en andamiento, es cierto que los agentes públicos envueltos en el proceso de elaboración del presupuesto sabrán hacer valer la máxima de que vale la pena “crear dificultades para pudieren vender facilidades”. Es decir, se no hubiere el necesario acierto entre la empresa contratada y los agentes públicos responsables por la elaboración del presupuesto, el contrato vencido por la empresa tendrá su ejecución suspensa por ausencia de recursos presupuestarios. Las dificultades enfrentadas por la referida empresa no paran, todavía, por ahí. Aún que los recursos tengan sido previstos en el presupuesto, dado que se trata de presupuesto autorizable, es necesario que los

órganos centrales ligados a los Ministerio de la Hacienda y del Planeamiento liberen los recursos para la obra, lo que se hace por medio de procesos totalmente discrecional. Ese escenario lleva a las empresas vencedoras de las licitaciones para los grandes contratos, que no raramente ultrapasan la cifra de billones de reales, a tener que “mantener buenas relaciones” con los parlamentares –responsables por la elaboración del presupuesto– y con los funcionarios de los altos escalones del Poder Ejecutivo –que deciden por la liberación de los recursos del presupuesto. En razón de se traten de decisiones, como observado, totalmente discrecionales –nos referimos aquí tanto a la decisión de incluir los recursos en el presupuesto cuanto a de liberar el recurso del presupuesto– improbable pensar que la inclusión de los recursos en el presupuesto y que su liberación no se hagan en cambio de pago de altísimas propinas, o, en lenguaje parlamentar, del compromiso de la empresa de financiar la campaña de determinados grupos políticos.

La identificación de esos aspectos vulnerables en la legislación administrativa y presupuestaria brasileña, y su pronta corrección, constituirían el punto de partida para el efectivo combate a la corrupción en el Brasil.

V – Impunidad y papel de la prensa

El examen de los casos de corrupción realizado en el Capítulo IV indica un nivel absurdo de impunidad en el Brasil. Salvo rarísimas y puntuales hipótesis (como el caso del TRT de São Paulo, en que el juez Nicolau dos Santos Neto fue preso, y el caso del desvío de recursos del Instituto de la Previdencia Social, en que la abogada Jorgina de Freitas tuvo que restituir parte del que desvió, y tener sido presa), no se obtiene el resarcimiento de los recursos desviados y no hay condenación penal de los envueltos en los escándalos.

El papel de la prensa en la apuración y en la divulgación de los escándalos constituye otra constatación inequívoca. Las investigaciones oficiales solamente tuvieron inicio, en diversos casos estudiados, después de la divulgación de materias periodísticas y, no existiese la presión social decurrente del acompañamiento realizado por la prensa, ciertamente importantes investigaciones realizadas por las

Comisiones Parlamentares de Inquisición instauradas en el Congreso Nacional no tendría tenido el incentivo necesario a la realización de investigaciones y a la obtención de pruebas.

Mención especial debe ser conferida a la actuación de la Revista Veja y de los Periódicos “O Globo, Hoja de São Paulo, Estado de São Paulo y Correio Braziliense” en la divulgación de escándalos de corrupción.

Como resultado de ese inmenso cuadro, tenemos el creciente sentimiento de impunidad, que crea la idea de que desviar recursos públicos es un buen negocio, de que fradar el Estado envuelve mucho pocos riesgos. En el Brasil, por lo tanto, al contrario del que debería ocurrir, ningún efecto la coercibilidad – que en la técnica jurídica debería funcionar como freno a la práctica del acto ilícito en la medida en que debería crear el temor o recelo de punición por el cometer la infracción– ejerce sobre el infractor, pues el sentimiento que más prospera es el de la impunidad.

La crisis ética causada por este sentimiento solo no atinge índices más alarmante porque la prensa, conforme demostrado en el capítulo IV, de un modo general, ejerce activo control social. Se constata que en los días actuales la mayor punición aplicable al corrupto, o a la institución envuelta en escándalos, es el daño a la imagen, y que el juez de estos procesos, que no se sujetan a cualquier principio o regla de contradictorio o amplia defensa, es la prensa.

La posibilidad de ser cometidas injusticia y de que los daños provocados se tornen irreparables es inmensa, el que torna ese sistema informal de coerción y sanción sujeto a duras críticas.

La libertad de prensa constituye inestimable instrumento democrático y, en muchos casos, conforme el examen emprendido en el Capítulo IV demostró, la única posibilidad de ser denunciados escándalos y sus infractores, no obstante envuelva serios riesgos de personas inocentes ser atingidas.

Abusos cometidos por la prensa ciertamente siempre ocurrirán. El hecho, entretanto, es que la incapacidad del aparato institucional brasileño de control de la Administración Pública, especialmente en razón de la bajísima efectividad de los mecanismos judiciarios, de punir culpados o resarcir los cofres públicos acaba por legitimar plenamente la actuación de la prensa como único mecanismo de control social y de combate a la corrupción.

VI – Poder Judicial

Modificaciones en la legislación procesal, penal y en las estructuras del Poder Judicial, que podrían crear juzgados especializados en cuestiones relacionadas a la corrupción, ciertamente contribuirían para la mayor efectividad en la aplicación de puniciones a los responsables por la práctica de crímenes contra la Administración Pública y de actos de improbidad administrativa, reduciendo la sensación de impunidad que hoy impera en el Brasil y contribuyendo para resarcir los cofres públicos de los recursos desviados.

Las dificultades presentadas al largo de los capítulos que componen esta tesis y la ausencia de efectividad del Poder Judicial, desaguadero de cualquier medida de represión a la práctica de actos corruptos amenazan la institución de cualquier sistema de prevención y de combate a la corrupción.

La sensación generalizada de que el Poder Judicial es incapaz de combatir adecuadamente la corrupción puede ser atribuida a los siguientes factores: deficiencia y demora en la investigación penal; impunidad de crímenes sometidos al foro privilegiado; deficiencia y demora de la investigación penal e impunidad de crímenes más graves; prescripción (retroactiva), impunidad y desaparecimiento de los bienes; ausencia de transparencia de la actuación del Poder Judicial en el combate a la corrupción, lo que no estimula los demás operadores del sistema; paralización del andamio de los procesos, generando la prescripción; no contención de la continuidad de la práctica delictiva; dificultad en la colecta de pruebas; periclitamiento y desvalorización del bien aprendido; prejuicio al erario tanto en el caso de pérdida a favor de la Unión, cuanto en el caso de restitución al propietario; paralización del andamio procesal por cuenta de la no localización del reo, sus direcciones y de sus bienes; dificultad de quiebre de sigilo telefónico de los investigados decurrente de la demora consecuyente de la dificultad en expedir oficios.

Juntamente con la creación de Juicios especializados en el combate a la corrupción, se podría agilizar la actuación del Poder Judicial por la adopción de las siguientes medidas: ampliación de recursos humanos y materiales del Departamento de Policía Federal para agilizar inquisiciones y coleta de pruebas que tornase más fácil y ágil la condenación de los infractores denunciados por el Ministerio Público; Ampliación de recursos humanos de las varas especializadas en lavado de dinero y la creación de juicios especializados en crímenes contra la Administración Pública y en la Práctica de actos de improbidad administrativa; creación o definición de órgano administrativo responsable por la administración y conservación de bienes secuestrados y arrestados, muebles y inmuebles, en proceso penal; aproximación del Departamento de Policía Federal con el Ministerio Público Federal, para que trabajen más próximos y armónicamente, sugestionándose inclusive el compartir, en algunos casos, de las dependencias físicas.

VII – Consideraciones Finales

Definir la forma de combatir la corrupción en un País de dimensiones continentales y diversidad social, económica, cultural y educacional como el Brasil no es desafío simple.

Para que sea efectivo y eficaz, el proyecto de combate a la fraude y al desvío de recursos públicos debe ir mucho más allá de las normas y buscar, en la esencia de las instituciones, las causas y los efectos de la corrupción, para solamente entonces proponer abordaje integrada que considere la estructuración de las instituciones y la adecuación de las normas.

Para combatir la corrupción es esencial obtener y mantener la confianza de los ciudadanos en el Estado como institución. Es preciso acreditar y hacer creer que es posible combatir y reducir la corrupción a

niveles mínimos. Con esto podremos obtener el apoyo y la participación de una sociedad civil activa e independiente.

Es necesario reconocer que reforma políticas –especialmente las del sistema de financiamiento de campañas electorales– y reformulaciones en el sistema de enseñanza constituyen medidas necesarias para enfrentar la corrupción, visto el bajo nivel de educación de la población brasileña que ciertamente dificultan el combate a la corrupción³⁶⁹. El foco de este trabajo se restringe, entretanto, al examen de las fallas en la legislación y en las estructuras de la Administración Pública que propician la práctica de actos corruptos, y no al examen sociológico o político de las razones para la manutención de bajos niveles de escolaridad y de la relación entre bajo nivel de escolaridad, fallas en el sistema político y la corrupción.

Definidos esos parámetros, procuramos conocer la corrupción en el Brasil por medio del examen de casos concretos, buscando la forma de enfrentarla desde la prevención hasta la punición.

El poder público debe reevaluar los mecanismos existentes y establecer nuevos padrones de control y transparencia. Debe ser promovido el acceso del público a las informaciones de forma más amplia, fácil y rápida. El Poder Judicial y el Ministerio Público precisan ser fortalecidos, priorizando su independencia e integridad. El Ejecutivo debe ser transparente y apuntado para resultados. El Poder Legislativo, en la calidad de representante del pueblo, debe incrementar una de sus atribuciones institucionales más importantes: fiscalizar y controlar los actos del Poder Ejecutivo, especialmente por medio de instauración de Comisiones Parlamentares de Inquisición. La sociedad, los medios de comunicación y el sector privado deben ser llamados y estimulados a participar como mecanismos de control social. Solamente así, con la concurrencia de todos, construiremos un verdadero sistema de integridad nacional.

Decir que la corrupción en el Brasil es trazo cultural es otra leyenda que no pasa de disculpa para no enfrentar el problema. La corrupción no es cultural, pero, a continuar como estamos, corremos el riesgo de establecer una cultura de impunidad cuyo resultado es el aumento de la corrupción.

Es preciso que implantemos, de inmediato, un sistema de combate a la corrupción, para que las próximas generaciones no tengan que pagar el alto precio que nosotros hoy pagamos por las décadas de omisión y desmando.

El propósito de esta tesis fue la identificación de puntos vulnerables en el Estado brasileño que propician la ocurrencia de la corrupción, bien como la presentación de algunas propuestas que podrían, caso implantadas, reducir el nivel de corrupción verificado en la Administración Pública Brasileña.

Que el esfuerzo aquí emprendido pueda contribuir para la formación de un Brasil más justo, más ético, bien como para la valorización de la democracia y de los intereses del pueblo brasileño.

³⁶⁹ Pesquisas divulgadas por los periódicos O Estado de S. Paulo (edición de 25.09.2006) y Hoja de S. Paulo (edición de 08.10.2006) apuntan la relación entre nivel de escolaridad y corrupción, en el sentido de que, cuanto menor el nivel social y de escolaridad, mayor la posibilidad de un individuo aceptar como normales actos corruptos.

Lucas Rocha Furtado