



ANO 4 - NÚMERO 2 - OUTUBRO 2019

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 4 - NÚMERO 2 - OUTUBRO 2019

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



EXPEDIENTE:

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Diretoria OAB/PR – Gestão 2019-2021

Cássio Lisandro Telles (Presidente)

Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)

Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)

Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)

Henrique Gaede (Tesoureiro)

Alexandre Salomão (Diretor de Prerrogativas)

Escola Superior de Advocacia

Adriana D'Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Marília Pedrosa Xavier (Coordenadora de Direito Privado da ESA-PR)

Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Adriana D'Avila Oliveira

William Soares Pugliese

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

João Bosco Lee

José Affonso Dallegrave Neto

Leila Cuellar

Lucia Maria Beloni Correa Dias

Marilena I. Winter

Rafael Munhoz de Mello

Rogéria Dotti

Sandro Gilbert Martins

Editor

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann e William Soares Pugliese

Diagramação

André Bichels

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia
Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú
80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Versão eletrônica disponível para download

<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Ávila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.4, n.2 (out. 2019) -- Curitiba: OABPR, 2019. 312 p.

Quadrimestral
Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>
ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)
ISSN: 2525-5770 - (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Oliveira, Adriana D'Ávila. IV. Pugliese, William Soares.

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340
2. Direito – periódicos 340.05

Índice

PALAVRA DO PRESIDENTE.....	9
APRESENTAÇÃO.....	13
DOCTRINA	15
CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL, A PARTIR DA EXPERIÊNCIA COMPARADA.	17
Gustavo Alberine Pereira	
COLABORAÇÃO PREMIADA: DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO OU PODER DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	43
João Rafael de Oliveira & José Luiz de Mendonça Galvão Junior	
O SISTEMA DE COMPLIANCE: NOTAS INTRODUTÓRIAS	73
Luciano Knoepke	
A LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DE PARAÍÇOS FISCAIS COMO CRIME TRANSNACIONAL: A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS.....	109
Samuel Ebel Braga Ramos	
O DEVER DE REVELAÇÃO E OS STANDARS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	177
Paulo Nalin & Marcos Alberto Rocha Gonçalves	

**PRINCIPAIS ASPECTOS DA PEC 6/2019 - REFORMA
PREVIDENCIÁRIA 211**

Marco Aurélio Serau Junior

**COMISSÕES DE LICITAÇÃO: LIMITES DA ATUAÇÃO
ADMINISTRATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 237**

Luíza Hey Toscano de Oliveira

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE..... 289

**MEIOS DE IMPUGNAÇÃO NA SUPERAÇÃO DE RECURSOS
REPETITIVOS: UM ESTUDO ATRAVÉS DA RECLAMAÇÃO
Nº 36.476 DO STJ..... 291**

Gilberto Andreassa Junior

PALAVRA DO PRESIDENTE

Valorização da advocacia, uma conquista

A advocacia vive um momento especial de valorização, com a promulgação pelo Congresso Nacional da lei que criminaliza as violações das nossas prerrogativas profissionais. Para mim, que dirigi a Comissão Nacional de Prerrogativas do Conselho Federal e percorri os 27 estados brasileiros com a Caravana Nacional das Prerrogativas, essa conquista é também uma vitória pessoal. Enquanto construía minha carreira profissional, encontrei na OAB um campo fértil para que minha participação associativa se transformasse em exercício permanente a favor das prerrogativas profissionais. Agora tenho a satisfação de, como presidente da OAB Paraná ver a concretização dos nossos ideais.

Foi com o tema da valorização da advocacia, que incluía o respeito às prerrogativas, que a nossa chapa foi eleita em 2018, por ampla margem, para dirigir a Seccional da OAB. Sem uma advocacia forte, autônoma e independente, não existe cidadania. E sem cidadania o próprio conceito de nação fica prejudicado.

Valorizar a advocacia é o que a ESA vem fazendo por meio de seus cursos, seminários, encontros e palestras, promovidos de forma constante em benefício dos advogados de todos os rincões do território paranaense.

A Revista da ESA, que chega agora ao número 10, é um exemplo das iniciativas bem-sucedidas que a escola tem encabeçado. Ao publicar coletâneas de artigos de autores renomados do universo jurídico, a ESA promove o bom exercício da profissão e o aperfeiçoamento dos nossos advogados, sempre objetivos prioritários da OAB Paraná.

Aqui encontramos assuntos atuais que impactam diretamente na atividade profissional, nos mais diversos ramos do Direito. Uma fonte de estudos e consultas, em que se destacam a excelência doutrinária dos autores, incluindo nomes de proa da advocacia e do magistério jurídico paranaense.

Na biblioteca de cada advogado, os volumes que integram a coleção das Revistas da ESA já assumem protagonismo. É a materialização dos propósitos da direção da escola, tão bem dirigida com dinamismo e conhecimento de causa pela Dra. Adriana D'Ávila Oliveira, com apoio essencial da Dra. Marília Pedroso Xavier, como Coordenadora de Direito Privado, e do Dr. Francisco Zardo, Coordenador de Direito Público, além da coordenação científica da Revista por parte do

Dr. William Soares Pugliese, tarefa que desempenha ao lado da própria coordenadora-geral.

Boa leitura a todos!

Cássio Lisandro Telles
Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

O presente número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR vem carregado de orgulho e de responsabilidade, sentimentos que marcam os coordenadores que assumiram a Revista no ano de 2019. Nossa proposta, ousada, é a de manter o padrão de qualidade e de atualidade que a Revista apresentou ao longo de seus primeiros anos.

Reafirmamos, também, o compromisso da OAB-PR, de contribuir para o aprimoramento cultural da classe jurídica, oferecendo conteúdo de livre acesso para a constante atualização dos advogados e para o uso profissional destes.

Por fim, registramos o agradecimento a todos os autores, à Diretoria da OAB-PR, a seus Conselheiros, aos membros do Conselho Editorial da Revista e aos colaboradores da ESA-PR, sem os quais esta edição não se tornaria realidade.

Boa leitura a todos.

Dra. Adriana D'Avila Oliveira
Dr. William Soares Pugliese
Coordenadores Científicos

DOCTRINA

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL, A PARTIR DA EXPERIÊNCIA COMPARADA.

Gustavo Alberine Pereira

Advogado. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Especialista pelo Instituto de Criminologia e Políticas Criminais - ICPC. Professor de Processo Penal no Centro Universitário Opet.

1. Introdução. As razões da prevalência do modelo negocial

O fenômeno da ampliação dos espaços de consenso vem ganhando crescente espaço na legislação brasileira, desde a lei 9099/96 e, principalmente, após a lei 12.850/2013 (Lei das organizações criminosas), que ampliaram de modo significativo a possibilidade de negociações em matéria processual penal. Vale observar que o projeto de novo Código de Processo Penal amplia, ainda mais, o instituto (PL 5045/2010).

Contudo, antes de ser algo que pontualmente ocorre no Brasil, a mudança no processo penal vem ocorrendo em quase todos os países do mundo, inclusive naqueles de tradição processual semelhante a brasileiro – países da *civil law*.

Sobre tal fenômeno, vale destacar interessante reflexão de Rui Cunha MARTINS¹ no sentido de que, ao invés de se discutir se o fenômeno se dá por uma alteração/adoção ao modelo da *commun law*, seria possível interpretar-se como uma sobreposição de características. Com efeito, explica o professor português, uma das características das atuais sociedades contemporâneas é sua a complexidade e conseqüente coexistência de institutos. Em sociedades plurais e complexas como as atualmente vivenciadas, as características de um e outro modelo vão se incorporando mutuamente, sobrepondo-se².

Portanto, ao invés de se dizer que o modelo processual brasileiro está a se aproximar e se transformar em um processo semelhante ao americano, seria possível interpre-

1 MARTINS, Rui Cunha. Aula proferida em tópico especial oferecido pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.

2 Tal constatação, por evidente, não conduz a idéia de que os choques entre os sistemas não ocorrerão. A própria busca pela confissão/delação - característica histórica dos modelos inquisitórios - será durante criticada pela doutrina especializada, pois, contrária aos postulados clássicos de um modelo democrático. Sobre a natureza inquisitória da delação premiada, ler: AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 128, ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 65- 89.

tar que, em realidade, ele está absorvendo algumas características daquele modelo, que passarão a conviver com as características próprias do sistema brasileiro. Não sem razão, há quem aponte que a adoção de partes do modelo norte-americano ao brasileiro, sem uma prévia reforma, a fim de compatibilizar as estruturas (passando-se, pois, a um sistema acusatório, com suas características e garantias/limites), está a criar um “*supersistema inquisitório*”³, destruindo o pouco de garantias conquistadas a partir da promulgação da Constituição, em 1988.

O ponto de coexistência (im)possível entre tais modelos, no que diz respeito à justiça negociada, é o desafio a se enfrentar.

Outro ponto fundamental e que não pode passar despercebido é a correlata questão econômica. Dentro de um paradigma neoliberal, como se vive atualmente, é inviável se desprezar os efeitos econômicos do processo penal, em especial de um modelo acusatório (marcado por suas garantias).

Com efeito, é de se observar que um processo de matriz acusatório é mais custoso do que outros. Devido processo legal e demais garantias tornam o processo mais lento e, também, mais caro – seria possível dizer, com razão, ser um dos custos da democracia.

3 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Retirado da internet, em: ps://www.htt.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos.

Sendo a palavra de ordem desse modelo econômico a eficiência, é natural que se a exija também do processo penal. Este deve oferecer respostas mais rápidas e menos custosas, para que possa, inclusive, se legitimar. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo DIAS observa:

“O que sucede, em meu parecer, é que este modelo tem agora, se quiser adequar-se à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos e às exigências acrescidas de eficácia processual, de ser integrado num paradigma as-saz diferente do que até há pouco presidiu a toda a concepção europeiacontinental”⁴

Exemplificativamente, percebe-se que os custos de um processo acusatório não passaram despercebidos pela doutrina italiana, tanto que já em 1961, ao se discutir o projeto formulado por Carnelutti, já se ponderava que alguns pontos não se poderiam alterar em razão dos custos envolvidos. Por exemplo, a criação de um órgão responsável pela acusação, destacado da magistratura⁵. Nesse sentido, Giovanni Fos-chinni pontuava que a dialética processual possa existir e se desenvolver, aponta o autor, é urgente que o ministério público seja “destacado” completamente da organização do juízo, como acontece em todos os outros países democráticos. Deve o ministério público ter funções e posições pro-

4 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto. 2011.

5 DE LUCCA, Giuseppe. **Primi Problemi della Riforma Del Processo Penale**. Sansone Editore, Venezia, 1962. p.84.

cessuais separadas e bem definidas. Observe-se que essa alteração não foi efetivada na Itália até os dias atuais⁶.

Assim, parece natural que ao realizar a reforma em 1988 os legisladores italianos também tenham previsto mecanismos de abreviação do rito processual:

“o custo de julgamentos acusatórios é ainda maior na Itália em razão da sobrecarga processual das cortes italianas. Para que um sistema acusatório seja sustentável na Itália, nem todos os processos podem ir à julgamento ordinário, ou o sistema entraria em colapso. Os desenvolvedores do CPP de 1988 tinha noção desse risco e, para evitá-lo, criaram várias alternativas para resolver casos criminais”⁷.

A interdependência entre processo e seus custos econômicos, novamente, não é local; todos os demais sistemas reconhecem a impossibilidade (econômica) de se levar todos os casos a julgamento, tornando-se, então, imprescindível a existência de acordos⁸. Com efeito, sociedades de massa geram conflito em massa. Isso aliado as expectativas criadas em torno do direito, é natural que o processo penal tenha que se alterar, para que possa oferecer (alguma) resposta.

6 DE LUCCA, Giuseppe. **Primi Problemi della Riforma Del Processo Penale**. Sansone Editore, Venezia, 1962. p.84.

7 PANZAVOLTA, Michele. Reforms and Counter reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System. Apud VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Op. Cit.

8 Nesse sentido, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos Penais da Europa**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005.

2. Os limites: espaços de consenso e legalidade

Importante destacar, antes de se adentrar a análise de alguns modelos comparados e suas respectivas peculiaridades ao tratarem do tema – inclusive para se destacar a sua importância – que cada modelo tratou o consenso no processo penal e no direito de um modo, inclusive separando o que se estava a negociar (pena ou processo), especialmente nos países de cultura jurídica semelhante a brasileira (*civil law*) sem deixarem de observar o princípio da legalidade.

Como bem observa Nereu Giacomolli, espaços de consenso não implicam necessariamente em se abdicar de qualquer controle jurisdicional de legalidade, ao revés, os espaços de consenso devem ser delimitados:

“Por isso, penso que este poder deve ser limitado objetivamente pela lei. Na medida em que este poder seja delimitado, não primará o princípio de oportunidade puro, mas o da legalidade, ainda que se autorize a emissão de certos juízos de oportunidade. Por isso, defendo o estabelecimento normativo, de forma clara e objetiva, dos casos e critérios em que possa ser utilizado o poder de disposição das partes”⁹.

Tais observações parecem relevantes na medida em que é possível identificar um certo senso comum jurídi-

9 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**. Alemanha. Espanha. Itália. Portugal. Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 104.

co, entusiasta das negociações e do modelo americano de processo penal, que julgam ter o Brasil adotado a ampla negociação, prescindindo de controles jurisdicionais e, nesse passo, descompromissados com a própria legalidade. Passa-se a valer a lógica puramente negocial, tal como no processo civil – apesar de que, mesmo nesse ramo do processo, existem controles ao negócio processual.

A reforçar tal compreensão (de todo equivocada), o Supremo Tribunal Federal tem afirmado o seu entendimento no sentido que a delação premiada trata(ria) meramente de “negócio jurídico processual”, adstrito, pois, as partes¹⁰. Em estudo sobre o tema, Tiago BOTTINO, analisou em concreto alguns acordos firmados no âmbito de conhecida operação policial brasileira (lava-jato) que negociaram benefícios ou condições não previstos expressamente ordenamento legal brasileiro¹¹.

Daí o acerto da crítica feita por Jacinto COUTINHO, já em 2006 (anteriormente, portanto, ao advento da lei 12.850/2013, quando – de lá para cá – a banalização do instituto se deu):

Tem sido comum, em processos onde as pessoas são acusadas por crimes contra o sistema finan-

10 Sobre o tema, confira-se, entre outros os seguintes precedentes: STF, Pet. 6138/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 21.02.2017; STF, Rcl. 21258/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19.04.2016.

11 BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 122, v. 24, 2016. p. 359-390.

ceiro nacional e de lavagem de dinheiro, a utilização de um delator premiado, verdadeiro Joaquim Silvério dos Reis

E o que sucedeu a Joaquim Silvério dos Reis, o serviçal do reino, as mais profundas tramas em troca de alguns benefícios mais que indecorosos, ilegais e inconstitucionais como, por ex., a imunidade em relação a todos os crimes cometidos, onde se prometia o não- exercício da ação penal em relação ao delator, algo escancaradamente contra a obrigatoriedade¹².

A conclusão – e em certa medida, a premissa do presente estudo - desde logo, não poderia ser outra: se abandonadas algumas estruturas clássicas e fundamentais ao processo penal brasileiro, o processo penal, que já vinha há muito sofrendo com sua permanente estrutura e mentalidade inquisitórias, resta ainda mais abalado e autoritário. Nas palavras de COUTINHO: “*o direito penal se esfumaça como estrutura democrática*”¹³.

Ainda que suscetível a críticas (inclusive quanto a sua questionável constitucionalidade¹⁴), no Brasil, o instituto

12 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Fonte do Direito, v. 6, n. 22. 2006.

13 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Fonte do Direito, v. 6, n. 22. 2006.

14 Nesse sentido, leia-se o artigo de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: [ps://www.whht.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos](https://www.whht.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos).

da delação premiada possui desenvolvimento (base legislativa) próprio, disciplinando suas possibilidades, condições, benefícios, requisitos, etc. De modo que todas as negociações devem estar limitadas a esse espaço de discricionariedade regrada pela lei (em específico a lei 12.850 de 2013).

Outro caminho não se revela possível ou adequado se a aplicação do instituto analisado não estiver em conformidade com as regras constitucionais e legais vigentes, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS: *“a admissibilidade ou inadmissibilidade de acordos sobre a sentença entre os sujeitos processuais no âmbito do processo penal tem forçosamente de começar por ser analisada perante os princípios e os preceitos jurídico-constitucionais vigentes”*¹⁵.

Fixadas tais premissas, passa-se a analisar alguns limites discutidos em âmbito internacional (em países com tradição jurídica semelhante a brasileira), comparando-os com a legislação brasileira.

3. Alguns limites, a partir da legislação brasileiro e do direito comparado

Os mecanismos de resolução consensual de conflito em matéria penal não são exclusividade dos sistemas norte-americanos e ingleses de processo penal. Ainda que em menor medida, tantos outros países também o vêm adota-

15 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto. 2011. p. 37.

do, porém, buscando adaptá-lo a suas respectivas realidade e estruturas normativas.

Jorge Figueiredo DIAS destaca que o instituto da negociação em matéria penal tem sido utilizado na Alemanha (mesmo sem detalhada previsão legal, o que só ocorreu na década de 90) pelo menos desde a década de 70, não obstante as incisivas críticas da doutrina (entre eles, entre outros, Roxin e Schunemann)¹⁶. O autor chama a atenção para o fato de que o desenvolvimento da matéria na Alemanha se deu, em grande medida, pelo incentivo à colaboração processual por meio de decisões dos principais tribunais do país¹⁷.

Em Portugal, ainda que se considere embrionário o desenvolvimento do tema e, assim como nos demais países, acompanhados de fortes críticas doutrinárias, os mecanismos de consenso encontram-se positivados em diversas leis específicas, prevendo diferentes modos de negociação ou simplificação de procedimentos¹⁸.

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto. 2011.42.

17 De acordo com Richard VOGLER, a Alemanha faz uso de institutos de justiça negocial em cerca de 20 a 30% dos casos. VOGLER, Richard. **Processo Penal e Estado de Direito**. Coord: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Campinas: Edicamp. 2002. p. 293.

18 FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? **Revista Brasileira de Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n 1, p. 71-102, jan./abr. 2017.

A Itália, marcadamente desde a reforma do seu Código de Processo Penal, em 1990, também adotou espécies de simplificação de procedimentos, utilizando-se de mecanismos de consenso¹⁹.

A partir da leitura das especificadas do modo como os países citados foram buscando adaptar-se ao instituto, a primeira questão a ser analisada é quanto ao próprio objeto da negociação. Afinal, o que se está a negociar? E o que se pode negociar em matéria penal?

No sistema norte-americano, no qual, como se sabe, há amplo espaço para negociações entre as partes e menos controle jurisdicional sobre os acordos, faz-se a separação entre as espécies de negociação, de acordo com o grau de confissão (com admissão de culpa ou não), bem como sobre o que se discutirá no processo e sobre a própria pena a ser aplicada. Como bem sintetiza FERREIRA DE OLIVEIRA:

No sistema anglo-saxónico, no qual podem as partes “compor” o litígio pela via negocial, delimitando o objeto do processo, sendo o juiz mérito árbitro que apenas fiscaliza a adequação legal da concreta solução obtida, distingui-se o charge bargaining/concession (negocia-se o crime imputado, confessando o argüido sua culpa e desqualificando o Ministério Público o crime imputado, menos gravosamente punido), da sentence bargaining/concession (negocia-se a pena, confessando o argüido

19 Para uma visão geral do instituto na Europa, ler: DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos Penais da Europa**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005.

a culpa e recomendando o Ministério Público ao juiz pena menos gravosa, medida determinada de pena ou assumindo o compromisso de se não opor a circunstância atenuantes invocadas pela defesa) e da negociação mista (mescla das prévias, podendo passar pela não acusação por alguns crimes e proposta ao Juiz de medida menos gravosa pelo Ministério Público em contrapartida da confissão de culpa pelo argüido)²⁰.

Todavia, os modelos de processo tradicionalmente relacionados a *civil law*, como o brasileiro, encontram um série de limitações, pois há direitos indisponíveis, como o próprio objeto do processo penal, razão pela qual há que se detalhar, inicialmente, o que se está a negociar: pena ou processo.

Quanto a primeira (negociação sobre a pena), veja-se alguns modelos.

A legislação de Portugal não admite que as negociações digam respeito a culpabilidade do acusado - “*as conversações sobre os acordos sobre a sentença não podem ter por objeto a questão processual da culpabilidade*”²¹.

Explica Figueiredo DIAS que, por imposição Constitucional e legal (art. 340), o tribunal não pode ser deixado

20 FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? **Revista Brasileira de Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n 1, p. 71-102, jan./abr. 2017. p. 93.

21 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto. 2011 p. 43.

de analisar e instruir a causa sujeita a julgamento²², ou seja, as negociações encontram nesse ponto um limite intransponível, as partes não podem adentrar ao mérito da causa (culpabilidade do acusado), buscando vincular o juiz ao que pactuado quanto a isso. Nada impede, entretanto, que as partes fixem, no acordo, indicações máximas e mínimas que entendem adequadas, as quais serão analisadas pelo magistrado da causa.

Nesse sentido, a validade da confissão deve obrigatoriamente ser comprovada para o juízo:

“Um acordo não pode conduzir por si próprio e sem mais à conclusão sobre a culpabilidade do arguido a partir meramente da sua confissão e sem que o tribunal livremente se convença da justeza dessa”.

Portanto, em Portugal, a negociação entre as partes não poderá se estender a questão da culpabilidade (em termos amplos) do acusado, de modo que o juízo poderá analisar o mérito do caso e o *quantum* de pena a ser fixado livremente:

“nas conversações e acordos sobre a sentença aqui em vista deverá ser proibido ao tribunal, ao ministério público e ao argüido qualquer negociação tendente a alcançar um equilíbrio de interesses das partes, qualquer mercadejar com a justiça material, não se tratando neles de nenhuma troca ou barganha. Negociações que, para além de violar o princípio – correctamente entendido – da indispo-

22 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto. 2011

nibilidade do objeto do processo penal, despiria o argüido da veste de sujeito que lhe concede o nosso Código de Processo Penal, para o tornar em objecto do processo e incorreria – nesta medida sim – em inconstitucionalidade material. Do que se trata e só (e é muito) de fomentar o desenvolvimento do processo, simplificando consensualmente o alcance da verdade e a realização da justiça”²³. (p. 50).

Em sentido semelhante, a jurisprudência alemã fixou que não há impeditivo que o acordo trace um *quantum* mínimo e máximo de pena a ser fixada pelo juiz no caso, o que, na prática, acaba por ser respeitado e estabelecido em patamares próximos ao máximo do pactuado²⁴.

A Itália prevê mais de um modelo de negociação, com diferentes características. O chamado *patteggiamento* possibilita que as partes requeiram a aplicação imediata da pena, desde que ela não ultrapasse o patamar de 5 (cinco) anos. Nesse caso, o juiz deverá verificar o material probatório constante nos processo, para além da concordância/confissão do acusado, e pode até mesmo deixar de aplicar a pena, absolvendo o acusado, caso entenda pela insuficiência de provas²⁵, nas palavras de Giulio ILUMINATTI: “*Aponta-se que em razão dos princípios da legalidade e obrigatorieda-*

23 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto. 2011 p. 50

24 Idem.

25 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no Processo Penal Italiano**: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal.

*de – característicos dos modelos continentais – a barganha tem seus contornos verificados pelo judiciário, limitando, assim, a discricionariedade do acusador público*²⁶.

Há, portanto espécie de negociação sobre a pena, o qual, todavia, está sujeito a controle jurisdicional, devendo-se observar todos os princípios do processo penal tradicional (estado de inocência, obrigatoriedade, etc.) e limitado a crimes considerados menos graves (até 05 anos).

Outra espécie de negociação do modelo italiano é o chamado juízo abreviado (art. 453, do CPP italiano). Nessa espécie, a negociação refere-se ao rito a ser adotado (mais célere) e, tendo em vista que a barganha é processual (e não penal) pode ser realizada a qualquer crime²⁷.

De maneira geral, trata-se de espécie de julgamento da causa no estado em que ela se encontra²⁸, dispensando-se a fase probatória a ser realizada em juízo.

Por requerer essa forma de julgamento o acusado poderá ter uma redução, em caso de eventual pena, além de outros benefícios. Além disso, poderá evitar que as investigações acabem por desvelar outros crimes que porventura pudessem vir a lume.

26 ILUMINATTI, Giulio. Apud. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no Processo Penal Italiano**: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal.

27 Idem.

28 TULKENS, Françoise. In: **Processos Penais da Europa**. Org: DELMAS-MARTY, Mireille. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005.

A legislação brasileira não apresenta de modo claro uma separação entre o objeto da negociação, separando, por exemplo, entre pena e processo. Todavia, estabelece balizas sobre os benefícios a serem concedidos, àqueles que colaborarem de modo eficaz e voluntário as investigações (art. 4º, da lei 12.850). Prevê a legislação que o magistrado pode conceder perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena ou substituí-la por restritiva de direitos. O parágrafo 4º, do art. 4º, da lei em comento, prevê, ainda, a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, desde que atendidos os critérios estabelecidos na própria lei.

Ao analisar os termos do acordo, prevê o art. 4º, § 7º, que o magistrado deve atentar ao cumprimento da regularidade, legalidade e espontaneidade do acordo submetido.

Ou seja, deve existir controle jurisdicional não apenas quanto ao cumprimento estrito do que previsto na própria legislação específica (lei 12.850) mas, da legalidade, regularidade, constitucionalidade e convencionalidade do acordo, de modo amplo.

Parecem ser de todo aplicáveis ao Brasil as considerações realizadas a cima em relação aos modelos alemão, português e italiano, no sentido da impossibilidade de as partes determinarem o *quantum* de pena a ser cumprido, pois prerrogativa exclusiva do magistrado, bem como em relação aos regimes de cumprimento da pena (legalmente regradados). A legislação brasileira prevê quais são os benefi-

cios passíveis de obtenção por parte dos envolvidos, devendo o magistrado realizar o controle sobre tal negociação.

O mesmo ocorre em relação ao objeto do processo, o qual continua a ser indisponível. Conforme alhures destacado, os espaços de consenso no processo brasileiro (ainda que com tendência a expansão) devem ser previamente delimitados por lei. Por essas razões, o estudo quanto aos limites estabelecidos por outros países de tradição semelhante à brasileira, são relevantes ao estudo do tema.

Quanto ao momento da celebração do benefício, interessante notar que a legislação brasileira permite que ele seja realizado em qualquer instante, mesmo após a sentença (art. 4º, § 5º, da lei especial), deixando bastante claro o objetivo da lei: não se trata de abreviação do processo, tal qual no modelo italiano, mas de meio de obtenção de provas em relação a outros crimes.

No direito comparado, verifica-se que a lei estabelece limites quanto a celebração do acordo, tendo momentos do próprio processo como marco a sua celebração. Assim ocorre, por exemplo, em Portugal, aonde o acordo só terá validade se for realizado em audiência pública – na audiência de julgamento, previamente a fase de produção de provas (art. 362, do CPP português)²⁹. O modelo italiano também estabelece que as

29 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Por-

partes devem acordar ou requerer o julgamento antecipada em instantes processuais bem definidos e, naturalmente, anteriores ao julgamento³⁰.

Resta, por fim, analisar a questão da desistência dos recursos.

O Tribunal alemão, mesmo antes de positivar a matéria (época em que já se realizavam os acordos), dizia ser inviável a renúncia de recursos³¹. A lei alemã foi adiante – art. 257 – determinando não apenas que o acusado pode interpor os recursos que entender cabível, mas também a obrigação do Tribunal de informá-lo desse direito. Figueiredo DIAS sustenta que: *“a incontrolabilidade de uma qualquer decisão judicial a quo ofende a dignidade do tribunal e acaba por afectar as mais das vezes a sua autoridade”*.

Por sua vez, o modelo italiano prevê a possibilidade de que o acusado renuncie o direito de apelar, uma vez que concordou com a pena (no caso do *patteggiamento*), mas permite que o acusado apresente recurso à Corte de Cassação para que discuta questões jurídicas (e não fáticas) que entenda adequadas.

to: Conselho Distrital do Porto. 2011

30 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª Ed. Belo Horizonte: D'Plácido. 2018.

31 VOGLER, Richard. **Processo Penal e Estado de Direito**. Coord: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Campinas: Edicamp. 2002. p. 293.

A legislação brasileira não disciplina a matéria de modo específico, nada versando sobre o direito do acusado apresentar recurso, seja para discutir o mérito da causa ou mesmo questões processuais. Diante da ausência de previsão legal acaba por prevalecer o quanto acordado entre as partes.

No ponto, proveitoso seria se fosse adotado modelo semelhante ao italiano, que ao adotar os institutos de negociação, também realizou a reforma de seu sistema de processo penal, tornando-o acusatório e prevendo limites ao que pode ou não ser feito, bem como estabelecendo de modo claro a função de cada parte no processo. Ou seja, considerando que o acusado optou por “voluntariamente” colaborar e confessar os fatos, é natural que abra mão de algumas garantias processuais que lhe são disponíveis (autodefesa, por exemplo). Seria incoerente que o colaborador apresentasse recursos a fim de questionar o que anteriormente concordou em colaborar (não se está aqui a falar sobre os casos de quebra do acordo e utilização ou não das provas obtidas; a hipótese é mais simplória: o colaborador confessa e apresenta provas e essas são valoradas pelo magistrado).

Todavia, considerando-se que o conteúdo do processo no Brasil não pertence às partes, bem como considerando-se que é o magistrado que deverá homologar os benefícios previamente pactuados e aplicará a pena ao caso e, ainda, considerando-se que, via de regra, a negociação brasileira não diz respeito à abreviação de rito (respeitando-se, pois, o devido processo legal), é razoável concluir que todas as

recursos ou ações incidentais que tenham por objeto os pontos a cima elencados sejam legítimas e não possam ser restringidos nos acordos entre as partes.

Vedar tais possibilidades de recursos (não relacionados ao mérito da causa) seria violador de todos os princípios do processo penal brasileiro, sintetizados na máxima do devido processo legal. Mais do que isso, daria azo a que preponderasse a lei do mais forte nas negociações, algo totalmente contrário as finalidades do processo que, mesmo nos espaços legítimos de consenso, deve primar pela tutela dos direitos fundamentais dos envolvidos.

4. Breves Conclusões

O presente artigo pretendeu analisar o instituto da delação premiada, a luz dos limites estabelecidos pela doutrina comparada. Ou seja, buscou-se compreender como países com tradição jurídica processual penal semelhante a brasileira vem tratando o tema e estabelecendo seus limites.

Inicialmente, constatou-se que em razão da complexidade das atuais sociedades os modelos de processo penal vêm se influenciando mutuamente, o que torna o fenômeno ainda mais delicado, pois não se trata de simplesmente refutá-lo ou adotá-lo sem as necessárias ressalvas. Portanto, não obstante os significativos impactos que a justiça negocial encerra no processo penal brasileiro, não se pode admitir que toda espécie de negociação seja válida. Os limites as delações devem ser encontradas dentro do próprio

ordenamento brasileiro, razão pela qual o estudo de modelos semelhantes ao brasileiro revela-se necessária. Conforme dito, a crescente existência de espaços de consenso no processo brasileiro demanda também que se estabeleçam os limites dentro do qual eles podem ser exercidos.

O primeiro aspecto observado no direito comparado foi em relação ao próprio objeto da negociação, algo que, em regra, não se tem feito no Brasil. Ou seja, viu-se que países como Portugal, Itália e Alemanha estabeleceram o que se estava a negociar. Diversamente dos Estados Unidos no qual as partes possuem disponibilidade ampla sobre todos os elementos (culpabilidade, objeto do processo, etc) os países citados, assim como o Brasil, encontram no estabelecimento da pena um limite; apenas o juiz pode decidir a pena adequada ao caso, não podendo as partes estabelecê-la, tampouco penas acessórias ou regime de cumprimento de pena.

A Itália, como se viu, possui procedimentos próprios a depender do que se está a negociar, se o rito a ser adotado (juízo abreviado) ou se a negociação recai sobre a pena (patteggiamento), cada qual com suas peculiaridades e ambos sujeitos a controle jurisdicional.

Por fim, tratou-se da questão dos recursos, buscando demonstrar como outros países lidam com a possibilidade ou não de se impor ao acusado a sua renúncia, bem como o alcance dessa renúncia. Nesse sentido e a partir do que exposto, de modo propositivo, concluiu-se que no sistema brasileiro não haveria óbice a que as partes pactuassem a

não insurgência em relação ao que fora pactuado, no que diz respeito aos fatos. Todavia, entende-se que não se pode impor a renúncia a determinados aspectos jurídicos não contemplados no acordo, tais como garantias processuais (liberdade, licitude de provas e de procedimentos adotados, etc).

Isso porque não há previsão no ordenamento brasileiro a respeito de negociações sobre o próprio objeto do processo ou do rito a ser adotado, de modo que, por força do princípio constitucional do devido processo legal, não se pode tolerar que todas as espécies de negociação sejam admitidas. Tal qual nos países vistos e, ademais, como previsto na legislação interna, o controle jurisdicional deve ser feito de modo rigoroso, a fim de coibir excessos e supressões de garantias fundamentais. Olhos sempre postos no princípio da legalidade processual penal, tudo que dela se distanciar não pode ser admitido pelo Estado de Direito.

Bibliografia

AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 128, ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 65-89.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 122, v. 24, 2016. p. 359-390.

CECANESE, Gianfederico. **Ancora dubbi irrisoliti in tema di applicazione della pena su richiesta della parti.**

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. **Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado.** Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Fonte do Direito, v. 6, n. 22. 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. www.htt.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos

DE LUCCA, Giuseppe. **Primi Problemi della Riforma Del Processo Penale.** Sansone Editore, Venezia, 1962

DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos Penais da Europa.** Tradução: Fauzi Hassan Choukr. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? **Revista Brasileira de Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n 1, p. 71-102, jan./abr. 2017.

TULKENS, Françoise. In: **Processos Penais da Europa.** Org: DELMAS-MARTY, Mireille. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**. Alemanha. Espanha. Itália. Portugal. Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 104.

LANGER, Maximo. **For legal transplants to legal translations: The globalization of Plea Bargaining**, 2004.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed, rev. e ampl. Empório do Direito: Florianópolis, 2017.

ROSA, Alexandre Morais. **Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos**. Táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: 2018.

ROSA, Alexandre Morais. Não há delator bonzinho: faz parte do negócio fingir e ganhar sempre. Retirado da internet: <https://www.conjur.com.br/2017-set-15/limite-penal-nao-delator-bonzinho-faz-parte-negocio-fingir-ganhar-sempre>

VOGLER, Richard. **Processo Penal e Estado de Direito**. Coord: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Campinas: Edicamp. 2002. p. 293

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. Análise de tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª Ed. Belo Horizonte: D'Plácido. 2018.

COLABORAÇÃO PREMIADA: DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO OU PODER DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO?

João Rafael de Oliveira

Advogado Criminal. Coordenador da Pós-Graduação em Direito penal e processual penal da ABDCONST. Doutorando em Direito Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professor de Direito Processual Penal no Centro Universitário Unibrasil.

José Luiz de Mendonça Galvão Junior

Advogado Criminal. Mestrando em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Resumo: O artigo tem por escopo verificar, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de realização de colaboração premiada unilateral, ou seja, independentemente de prévio acordo com Ministério Público ou Delegado de Polícia. Para tanto, fez-se uma breve incur-

são sobre as discussões travadas no âmbito da doutrina e da jurisprudência acerca dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, mormente no que diz respeito ao enquadramento de tais institutos na esfera de direito público subjetivo do acusado. A partir da análise acerca da natureza jurídica da colaboração premiada, especialmente após o tratamento dado pela Lei 12.850/2013, sustenta-se a possibilidade de distinção entre acordo de colaboração premiada e cooperação unilateral, a qual se encontra na esfera de direito público subjetivo do acusado.

Palavras-chave: justiça penal negocial; transação penal; suspensão condicional do processo; colaboração premiada; direito público subjetivo;

1. Noções Introdutórias

O instituto da Colaboração Premiada está inserido no ordenamento jurídico brasileiro bem antes da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Crime Organizado), atual diploma de regência da matéria.

A colaboração premiada é fruto da adoção, ainda que parcialmente, de um modelo de justiça criminal negocial, cuja lógica e estrutura são completamente diferentes do sistema tradicionalmente adotado no país, em que a apuração de fatos criminosos e a respectiva punição dos culpados, após o devido processo legal, se impõem enquanto dever estatal.

Vale dizer, na perspectiva tradicional não é permitido ao Estado (acusação e Juiz) negociar a persecução penal e muito menos a aplicação da lei penal; ao revés, é dever do Estado a apuração racional de fatos supostamente criminosos e a consequente punição, após o transcorrer do devido processo, daqueles que comprovadamente concorreram para a prática do injusto penal.

A colaboração premiada, portanto, insere-se no fenômeno da justiça penal negocial, porém, não com a mesma finalidade dos institutos que inauguraram, em nosso ordenamento jurídico, os espaços de consenso dentro do processo penal, quais sejam: composição civil transação penal, suspensão condicional do processo, previstos na Lei 9.099/95.¹

Isto porque, enquanto estes institutos surgiram como forma alternativa de resolução de conflitos penais de menor potencial ofensivo, marcadamente despenalizadora², a

1 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro**. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal. V. 3, n 1., p. 133-166. Jan/abr. 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/3>,

2 Art. 98, I, da CR/88 expressamente assenta que: Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; Para uma visão crítica acerca das propostas alternativas à prisão, leia-se, entre outros: AMARAL, Augusto Jobim e ROSA, Alexandre

colaboração premiada surge numa segunda dimensão da justiça negociada, com escopo de conferir melhor eficácia na resolução de crimes complexos e de graves consequências, portanto, numa perspectiva claramente punitiva.³

Com efeito, a colaboração premiada, após advento da Lei 12.850/13, pode ser conceituada como instituto de natureza complexa, essencialmente processual, por meio do qual um investigado ou acusado de infração penal, afastando-se da posição de resistência, decide confessar a prática do delito e, além disso, aceita colaborar com a investigação ou com o processo fornecendo informações que irão ajudar, de forma efetiva, na obtenção de provas contra os demais autores dos delitos e contra a organização criminosa, na prevenção de novos crimes, na recuperação do produto ou proveito dos crimes ou na localização da vítima com integridade física preservada, recebendo o colaborador, em contrapartida, determinados benefícios penais⁴.

Morais. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; CARVALHO, SALO. **Substitutos penais na era do grande encarceramento**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/05/artigo-salo.pdf>.; PRADO, Geraldo. **A transação penal quinze anos depois**. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf>.

3 WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração Premiada: de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

4 VASCONCELOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 61.

O primeiro regramento legal que tratou da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que assim dispôs em seu art. 8, Par. Único: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Daí para a frente outros mandamentos legais também trouxeram o instituto, tais como a Lei n. 8.137/1990 em seu Art. 16, Par. Único: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. Além disso, a Colaboração premiada esteve presente em diversas leis no ordenamento jurídico brasileiro, porém não com esta nomenclatura, a qual só ocorreu com o advento da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) na Seção I do Capítulo II.

Para além da questão terminológica, a Lei 12.850/2013, ainda que de forma incompleta, foi a primeira a tratar do procedimento de aplicação do instituto. As legislações anteriores, a rigor, ativeram-se às questões eminentemente materiais, pouco ou nada trataram sobre as repercussões de natureza processual penal.

Embora possuam escopo distinto do almejado pela colaboração premiada, os institutos previstos na Lei 9.099/95, por serem mecanismos de justiça penal negocial praticados há bom tempo na prática forense,

podem servir, em alguma medida, como diretrizes para o emprego da colaboração premiada. Em outras palavras, é possível extrair da doutrina e da jurisprudência algumas lições já sedimentadas no âmbito dos institutos consensuais previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, aplicáveis à colaboração premiada, como por exemplo o debate acerca de se encontrar (ou não) na esfera de direito subjetivo do acusado.

Daí a importância da análise doutrinária e jurisprudencial dessa temática em relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, pois que pode clarificar o rumo a ser tomado na aplicação da colaboração premiada.

2. Análise da abordagem doutrinária e jurisprudencial dos institutos negociais da transação penal e suspensão condicional do processo, previstos na Lei 9.099/95

A lei que instituiu os Juizados inovou, apresentando um modelo de Justiça Criminal consensual, em oposição ao sistema tradicional, cuja busca da verdade e a respectiva obrigatoriedade da ação penal conferiam legitimidade ao exercício do poder de punir. Esse novo modelo preservou o sistema acusatório, bem assim teve seu caráter de despenalização (e não de descriminalização, como muitos erroneamente apontam). Isso significa, acima de tudo, que o Poder Público reformou a clássica política criminal fundada na

crença de que se resolveria o problema da criminalidade com a aplicação de penas severas.

Vale destacar, ainda, que os inovadores princípios trazidos pela Lei nº 9099/95 (a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, além da busca constante da conciliação e da transação) não excluam os princípios gerais do processo penal, como o da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e do devido processo legal, dentre outros. Além disso, no que diz respeito, especificamente, aos juizados especiais criminais, além desses propósitos principiológicos, busca-se também a reparação do dano suportado pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Trata-se de dois aspectos relevantes, pois evidenciam os fundamentos político-criminais da referida Lei.

É, assim, nesse contexto da Lei n. 9.099/95 que foi primeiramente delineado o modelo brasileiro de justiça consensual, mediante os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Para além do estímulo ao consenso, a Lei n. 9.099/95 adota a concepção de um procedimento simplificado e informal, com as tentativas de acordo na fase preliminar e um rito sumaríssimo subsequente, caracterizado pela concentração dos atos e cabível quando a solução não é obtida pelas vias conciliativas e transacionais. A dinâmica da Lei n. 9.099/95, portanto, engloba atos processuais menos burocráticos, recursos mais ágeis e um sistema de declaração de nulidades que privilegia a finalidade do ato e não mero formalismo.

Dessa forma, três institutos destacam-se na Lei n. 9.099/95 como representantes do modelo consensual: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Todos priorizam soluções mais céleres, evitando as consequências desvantajosas do processo, a exemplo da estigmatização e da aplicação de pena privativa de liberdade. Configuram-se como medidas despenalizadoras, pois afastam o encarceramento em delitos de pouca gravidade e os efeitos nocivos do contato com as mazelas do sistema carcerário.

Dada a natureza consensual de tais institutos, passa-se a análise da transação penal e da suspensão condicional do processo, a fim de que se possa deles extrair alguma lição para aplicação e desenvolvimento do instituto da colaboração premiada.

2.1 Transação Penal

Superada a tentativa de composição civil, surge a possibilidade de apresentar proposta de “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, o que se denomina transação penal.

A transação penal é um ato jurídico, mediante o qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada.

É um acordo entre o titular da ação penal (MP, se for ação penal pública) e o suposto autor da infração de menor potencial ofensivo, pelo qual fica acertado que este se submeterá, de imediato, a uma pena restritiva de direitos ou multa, com o intuito de evitar o processo e satisfazer o *jus puniendi*. Seguindo a ideia de concessões recíprocas, inerente ao conceito de transação, o Estado, por intermédio do MP (titular da ação penal pública), deixa de ingressar com a ação penal e de submeter o autor do fato a um processo destinado a aferir sua responsabilidade, preferindo, ao invés disso, tentar a solução consensual. Já o suposto infrator concorda em sujeitar-se à sanção penal mesmo sem uma apuração prévia de sua culpabilidade. Consequentemente, abdica do direito de produzir um conjunto probatório que pudesse levá-lo à absolvição. Dessa forma, percebe-se que a vítima, quando a ação penal for pública, não tem participação no acordo.

Pode-se elencar algumas características da transação penal: I) ser personalíssima, pois se trata de ato exclusivo do autor dos fatos. Ninguém, nem mesmo com procuração e poderes específicos, poderá celebrar a transação em seu nome; II) ser voluntária, já que a decisão do autor do fato em transacionar deve ser produto inequívoco de sua escolha, isenta de qualquer constrangimento ou ameaça por eventual não aceitação; III) ser ato formal, não obstante o princípio da informalidade, pois deve sempre ser celebrada em audiência presidida pelo juiz, na presença do promotor de justiça. Inclusive, considera-se nula a transação penal celebrada sem

a presença de advogado, pois é fundamental que o autor do fato, juridicamente leigo, seja devidamente orientado, a fim de celebrar conscientemente a transação penal.

Nada obstante, cumpre destacar que a doutrina diverge no sentido de a transação penal ser um direito subjetivo do acusado quando preenchidos os requisitos do Art. 76 da Lei n. 9.099/95.

Guilherme NUCCI entende ser um poder-dever do Ministério Público, porquanto “vigendo, ainda, no Brasil, o critério da obrigatoriedade da ação penal pública, apenas mitigado pela possibilidade de oferta de transação penal, não se pode obrigar o Ministério Público a fazer a proposta. Aliás, como não se pode obrigar a instituição a propor ação penal⁵”.

Por outro lado, há e corrente doutrinária que defende ser a transação penal direito subjetivo do acusado, razão pela qual, havendo o cumprimento dos requisitos previstos no artigo art. 76 da Lei 9.099/95, caso o Ministério Público se negue a propor, pode o juiz oferecer *ex officio*.⁶

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2008, p. 760. Na mesma esteira: GUARAGNI, Fábio André. Suspensão condicional do processo segundo a lei 9.099/95. In: KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André. **Lei dos Juizados especiais criminais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 121-140

6 Sobre o tema, confira-se: LOPES JR., Aury. Morfologia dos procedimentos. In:_____. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 946-982. JESUS, Damasio. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Para quem entende ser um ato de consenso, não havendo proposta pelo Promotor de Justiça, invoca-se a aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Os Tribunais Superiores entendem não ser direito subjetivo do autor a propositura da transação penal. Por todos, veja-se:

Não há que falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da transação penal, porquanto tal benesse não constitui direito subjetivo do acusado, sendo mera faculdade conferida ao titular da ação penal. (...). No que pese o esforço da argumentação defensiva, não há que falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício previsto no art. 89 da Lei 9.099/90. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, o que desnaturaria o próprio instituto. E como bem observou o doutor Procurador de Justiça, verbis: (...) segundo o art. 76 da Lei 9.099/90 para que o réu faça jus à benesse, é necessário, dentre outros pressupostos, que sejam favoráveis a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado. o que não é o caso de Felipe, portador de personalidade delitígena (consoante comprova certidão acostada à fl. 103.) **Dai, conclui-se que a tal benesse não traduz direito subjetivo do acusado, sendo a transação penal uma faculdade conferida ao Ministério Público. Neste sentido, confira-se**

aresto desta Corte de Justiça em caso análogo: PENAL CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE (ARTIGO 3º, ALÍNEA I DA LEI 4.898/65). TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. FACULDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. CONSONÂNCIA DOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS. 1 - Os benefícios despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo não possuem natureza jurídica de direito subjetivo do réu, mas, faculdade do Ministério Público que deve ser analisada sobre o crivo da discricionariedade regrada. (precedentes do STF - HC 84342, Rel: Min. Carlos Britto). 2 - Omissis. 3 - Não merece reparo a sentença monocrática que por ocasião da dosimetria da pena, considerou adequadamente as circunstâncias judiciais e do crime, a motivação do delito, os antecedentes e a conduta social do agente. 4 - Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJDF - APJ 20070710057238 - Registro de acórdão: 359545 - data de julgamento: 12.05.2009 - Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF - Rei. Juiza Leila Arlanch). [...] 6. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1.367.694/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJE 16/03/2016) Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. IV, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. In-

timem-se. Brasília, 21 de novembro de 2017. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK Relator (STJ - REsp: 1535910 DF 2015/0129392-3, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Publicação: DJ 24/11/2017)

Nos casos de ação penal privada, é pacífico o entendimento da inexistência de direito subjetivo do autor, uma vez que se trata de transação entre as partes, cabendo a eles definir a necessidade para tal:

JUIZADO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA-CRIME. TRANSAÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE ASSENTIMENTO DO QUERELANTE. NÃO SE CONSTITUI DIREITO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO. PRINCÍPIOS DA OPORTUNIDADE E DA DISPONIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **1. A transação penal não é direito subjetivo do autor do fato, mas sim, acordo, exigindo-se consentimento das partes** (STJ, HC147251, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, p. 17/09/12; APN 634, Rel. Min. Felix Fischer, p. 03/04/12). **2. Na ação penal privada, cabe ao querelante formular a proposta de transação penal, porquanto esta depende da convergência de vontades, pois se insere no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade do titular da ação.** **3. A manifestação do querelante recusando ou oferecimento de transação penal (fls. 66), em audiência preliminar, impede o Ministério Público de propor a transação penal, ainda que o querela-**

do preencha os requisitos legais, porquanto necessário o assentimento do querelante, em observância aos princípios da oportunidade e disponibilidade, aplicáveis aos crimes de ação penal de iniciativa privada. 4. Em que pese o querelado já ter cumprido com a prestação de serviços estipulada na transação penal oferecida pelo Ministério Público, não pode ser retirado do querelante seu direito de prosseguir com a ação penal privada, mormente considerando que, na audiência preliminar, se recusou expressamente em transacionar com o querelado e não renunciou ao direito de recorrer (fl. 66v). Desta feita, a matéria não estava sob o manto da preclusão, podendo a decisão que homologou a transação penal ser revisada em sede recursal. 5. Recurso CONHECIDO e PROVIDO, para cassar a decisão que admitiu a transação penal e para determinar o regular prosseguimento do processo. (TJ-DF 20160111257294 DF 0125729-08.2016.8.07.0001, Relator: EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS, Data de Julgamento: 29/11/2017, 2ª TURMA RECURSAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/12/2017 . Pág.: 540/547)

Depreende-se desses recentes julgados, que o atual entendimento prevalecente é o de que a transação penal não se encontra na esfera de direito público subjetivo do acusado, pois possuindo natureza consensual fica adstrito à discricionariedade regrada do órgão acusatório, exigindo-se, todavia, motivação para eventual recusa.

2.2 Suspensão Condicional do Processo

O *sursis processual* está previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

Em termos de procedimento, parte-se de uma proposta apresentada pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia e que depende da anuência do acusado e de seu defensor, manifestada durante audiência perante autoridade judicial. Se o processo envolver infração de menor potencial ofensivo, por ocasião da audiência preliminar, haverá, inicialmente, a oportunidade de composição civil e de transação penal. Frustradas essas vias, cabe ao Ministério Público oferecer denúncia oral e, então, fazer a proposta prevista no Art. 89 da Lei n. 9.099/95. Caso o crime se processe perante a justiça comum, após receber a peça acusatória, deve o magistrado designar audiência em que o imputado possa se manifestar sobre a suspensão.

Com a aceitação e o atendimento das exigências legais, o juiz recebe a denúncia e suspende o processo, por decisão interlocutória. O agente, mesmo tendo contra si uma acusação formal, deixa de submeter-se ao que seria

o desenvolvimento normal do processo. Em contrapartida, deve cumprir determinadas condições por um prazo de dois a quatro anos, conforme conste na proposta e fique determinado no ato homologatório. No chamado período de prova, cabe ao imputado promover a reparação do dano causado à vítima, abster-se de frequentar os lugares indicados pelo juiz, pedir autorização judicial antes de ausentar-se da comarca onde reside e informar as atividades que desenvolve mediante comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente.

A suspensão é instituto consensual e bilateral. O MP concorda em não exercer, temporariamente, o poder-dever do Estado de prosseguir com o processo criminal para accertamento da responsabilidade. Cabe ao réu, juntamente com seu advogado, analisar a conveniência de concordar com a proposta do órgão acusador.

O STJ firmou tese no sentido de que a suspensão condicional do processo não é considerada direito subjetivo do acusado, cuja tese pode assim ser sintetizada: “A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada”.⁷

7 Sobre o tema, veja-se os seguintes julgados: a) **HC 417876/PE**, (Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 14/11/2017, DJE 27/11/2017; b) **APn 000871/DF**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, Julgado em 18/10/2017, DJE

Ainda sobre o tema, o Enunciado nº 696 de Súmula do STF diz que: “Reunidos os pressupostos legais permisivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Tudo a indicar que o *sursis processual*, tal como a transação penal, está no espectro de discricionariedade regrada ou poder-dever do Ministério Público, vez que pode se recusar a oferecê-lo, desde que o faça de forma fundamentada.

3. Da Colaboração Premiada como Direito Subjetivo do acusado e da cooperação unilateral

A análise do tema passa pela definição da natureza jurídica do instituto de colaboração premiada.

Segundo Andrey Borges de MENDONÇA, a natureza jurídica da colaboração premiada é de um *negócio jurídico bilateral, que tem como causa, para a acusação, o fato de se tratar como um meio de obtenção de prova (e por meio do qual o imputado irá colaborar na*

27/10/2017; c) **AgRg no AREsp 1141600/SP**, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgado em 10/10/2017, DJE 20/10/2017; d) **HC 388586/BA**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 17/08/2017, DJE 22/08/2017; e) **AgRg no HC 404028/MS**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 08/08/2017, DJE 17/08/2017; f) **AgRg no RHC 074464/PR**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 02/02/2017, DJE 09/02/2017.

*obtenção de provas e evidências) e, par a defesa, de ser uma estratégia defensiva*⁸.

Partindo de tal premissa, sustenta o referido autor que não se trata de direito subjetivo do acusado, pois que compete ao Delegado de Polícia e ao membro do MP avaliar a adequação da colaboração ao caso concreto, à luz da estratégia investigativa e sem descuidar da repercussão e da gravidade do fato criminoso⁹.

É o que também dispõe o Manual de Colaboração Premiada do MPF, segundo o qual “A autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária¹⁰”.

Todavia, enquadrar a colaboração premiada como simples negócio jurídico processual não contempla tudo que ela representa, mormente em razão das consequências materiais dela decorrentes. Como leciona Marcos Paulo Dutra SANTOS:

8 MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.

9 MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (lei 12.850/2013)**. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>.

10 Disponível em: In: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>.

(...) a depender da hipótese, não é razoável que a extinção da punibilidade, a redução da pena, o regime prisional inicial e/ou a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos estejam à mercê, inarredavelmente, de um prévio acordo entre acusado e o Ministério Público, carente de chancela jurisdicional, mesmo quando presentes os requisitos legais respectivos. Aplicação da pena e declaração de extinção da punibilidade são matérias com reserva de jurisdição, norteadas pelo princípio da legalidade, logo não lhes pode dispensar visão tão privatista. A interferência do Ministério Público no conteúdo da prestação jurisdicional feriria de morte o art. 2º da Constituição e comprometeria a relação harmônica e independente entre os Poderes da República.¹¹

Nesta perspectiva, a colaboração premiada se afigura como direito público subjetivo do acusado, de modo que atingida uma das finalidades previstas em lei, a colaboração do acusado deverá ser premiada na proporção da sua efetividade, a ser aferível pelo juiz no momento da sentença.

Em geral a colaboração premiada é fruto de acordo bilateral entre MP e acusado, porém isso não exclui a possibilidade de haver cooperação unilateral por parte do acusado com respectiva premiação pelo Juiz no momento da decisão penal.

11 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.82.

Aliás, é por meio de tal possibilidade (cooperação unilateral premiada) que se permite um mínimo de controle sobre o exercício da atividade do Ministério Público no seu poder de titular da ação penal e de negociador. Como explica Alexandre Moraes da ROSA “é necessária essa menção diante do poder amplificado do MP em não efetuar o acordo de delação; (...) o órgão da acusação pode estar em negociação simultânea com outros delatores, e acabar favorecendo um em detrimento de outros, por motivos e mediante práticas que a jurisdição não alcança, e que sejam questionáveis em razão dos limites e qualificação dessa atuação¹²”.

No paradigmático julgamento do Habeas Corpus nº 127.428, definiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em *obiter dictum*: “(...) **os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.**”

O artigo 4º da Lei nº 12.850/13 refere-se a “requerimento das partes”, indicando, na sequência, os necessários resultados que deverão ser alcançados para que o benefício seja concedido. Tal referência (“às “partes””) traz a revelação da legitimidade do acusado para coo-

12 ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias dos negócio jurídico.** Florianópolis: Emodara, 2018, p. 128.

perar e ser premiado, em razão dos frutos obtidos a partir da colaboração, independentemente de qualquer anuência do MP.

Como o benefício previsto na Lei que trata da Colaboração Premiada, em regra, é avaliado pelo juiz no momento da sentença, tendo em vista que a pena e o perdão judicial estão submetidos à reserva de jurisdição, faz-se crer que, caso aqueles resultados previstos em lei sejam efetivamente obtidos, o colaborador terá o **direito público subjetivo à premiação**, mesmo que não tenha firmado acordo de colaboração com o MP ou a Polícia.

Poder-se-ia classificar o acordo de colaboração premiada como “ultra partes”, partindo-se da premissa de que os efeitos não são completamente definidos no momento da formalização do acordo, muito menos são imutáveis, não se tratando, como regra, de mero negócio jurídico processual.

O §4º do art. 4º da Lei nº 12.850/13 seria, talvez, a única hipótese genuína de negócio jurídico processual, pois trata da hipótese de disposição da Ação Penal pelo MP, que pode não oferecer a denúncia como contrapartida à colaboração, hipótese na qual o resultado da negociação depende, apenas, da autonomia da vontade das partes.¹³

13 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro**. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal. V. 3, n 1., p. 133-166. Jan/abr. 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/3>.

A verdade é que deixar ao MP o pode-dever de premiar ou não o colaborador afronta ao princípio da ampla defesa, assegurado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal (“CF”), pois se atingidos os resultados previstos em Lei, a cooperação unilateral por parte do acusado deverá ser premiada pelo juiz no momento da sentença penal.

Ademais, parece crível admitir que premiar a colaboração unilateral é uma forma de evitar que negociações perdurem por tempo indefinido e indeterminado, com o fornecimento de meios de obtenção de provas pelo colaborador, mas que finalizam com o MP ou a Polícia manifestando seu desinteresse no acordo, sem maiores explicações, tendo em vista que não previsão legal de que a recusa seja justificada.

Em recente decisão, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, em processo que tramita em segredo de justiça, entendeu que não cabe ao Poder Judiciário obrigar o Ministério Público a realizar o acordo de colaboração premiada com o acusado. O Min. Fachin, relator do caso, ressaltou que a colaboração premiada constitui negócio jurídico, cuja conveniência e oportunidade não se submetem ao crivo do Estado-Juiz¹⁴.

Externou, ademais, que o §6º, do artigo 4º, da Lei 12.850/2013 estabelece a não participação do Juiz nas negociações entre MP ou Delegado de Polícia e acusado

14 A decisão foi proferida no julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 35693, que tramita em sigilo. Informações disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412407>. Acesso em: 16/07/2019.

e seu defensor, o que reforça o caráter essencialmente negocial do instituto¹⁵.

No julgamento, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do Min. Relator, mas fez sérias críticas à utilização desregrada da colaboração premiada. Segundo o Min. Gilmar Mendes, a negativa da formalização da colaboração premiada por parte do Ministério Público deve ser devidamente motivada, as informações produzidas por investigados em negociações malsucedidas não podem ser utilizados na persecução penal. Ainda, segundo o Ministro o juiz pode, ao proferir a sentença, conceder benefício ao investigado ainda que sem previa formalização do acordo, no que foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski¹⁶.

Ao que tudo indica, malgrado não tenha sido objeto direto da deliberação pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a maior entendeu pela possibilidade cooperação unilateral, bem como pela necessidade de imposição de limites ao poder negocial do Ministério Público, exigindo-lhe fundamentação em eventual recusa ao acordo de colaboração premiada.

Em síntese, pode-se dizer que o acusado não tem direito ao acordo de colaboração, eis que se trata de ato de

15 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412407>. Acesso em: 16/07/2019.

16 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412407>. Acesso em: 16/07/2019.

consenso, logo, pautado pelos critérios da oportunidade e conveniência das partes, no entanto, a negativa ao acordo deve ser motivada, pois que não deve existir num Estado Democrático de Direito poderes ilimitados.

Isso não impede, por outro lado, a apreciação judicial de eventual cooperação unilateral por parte do acusado. Ao revés, com exceção da hipótese de não oferecimento da denúncia, a efetiva cooperação do acusado, por exemplo no momento de sua prisão em flagrante, que venha a resultar numa das finalidades previstas em lei (desmantelamento da organização criminosa, recuperação do produto do crime, liberação de vítima sequestrada), deve ser avaliada pelo juiz no momento da sentença, com respectiva aplicação proporcional da premiação delimitada em lei.

Para VASCONCELOS, no entanto, entender como direito subjetivo tão e somente o direito ao benefício (o que denominamos por cooperação unilateral) não é suficiente, *“pois acarreta panorama de insegurança e imprevisibilidade, violando os direitos do delator e a lógica proposta pela lei 12.850/13¹⁷”*.

Diante disso, o autor apresenta algumas opções para o caso de recusa ilegítima pelo promotor de justiça, entre as quais, destacam-se: (i) *como primeiro passo o magistrado pode enviar a questão para controle*

17 VASCONCELOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 93.

interno do MP (art. 28, CPP), e mantendo-se a recusa sem justificacão legítima, homologar a proposta, mesmo sem a anuência da acusao¹⁸”.

Tal proposta parece dar conta do problema, porquanto a um só tempo permite o controle da atividade ministerial e garante seguranca jurídica para o acusado colaborador, o que não ocorre na hipótese de cooperao unilateral, haja vista que somente é analisada no momento da sentença.

4. Conclusão

Embora possuam finalidades distintas, os institutos da suspensão condicional do processo, transao penal e colaborao têm certa proximidade, eis que são todos mecanismos da justiça penal negocial.

A discussão doutrinária e jurisprudencial em torno dos institutos do Juizado Especial Criminal, especificamente no que se refere a se enquadrarem (ou não) como direito subjetivo do acusado, servem, em alguma medida, para a análise do mesmo ponto de discussão incidente no instituto da colaborao premiada.

Quia isso explique o posicionamento majoritário da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal de aplicao analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal para na hipótese de recusa imotivada por parte do Promotor de

18 VASCONCELOS, Vinicius Gomes. **Colaborao premiada no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 94.

Justiça, tal como restou firmado para os institutos de transação penal e colaboração premiada.

No entanto, diante da natureza complexa do instituto da colaboração premiada, podendo ser tratada, na forma em que prevista na Lei 12.850/2013, como negócio jurídico processual complexo, eis que produz efeitos materiais, é possível concluir que eventual cooperação unilateral por parte do acusado pode resultar em sanção premial aplicável pelo Juiz no momento da sentença penal.

É perfeitamente possível **distinguir o direito ao acordo de colaboração premiada**, inexistente em razão da lógica essencialmente negocial que, seria desnecessário dizer, pauta-se pelos critérios de oportunidade e conveniência das partes, **do direito à cooperação unilateral** que, sendo efetiva, deverá resultar em sanção premiada ao acusado.

Todavia, na esteira do que leciona Vinicius VASCONCELOS é preciso avançar no tema, pois restringir o direito subjetivo do acusado tão e somente ao benefício, pode causar insegurança jurídica incompatível com o devido processo penal, ainda que na lógica negocial.

Assim, faz-se imperioso o acolhimento, na prática, das propostas dogmáticas feitas pelo autor – submissão da recusa ilegítima ao controle interno do MP e possibilidade de homologação judicial da proposta feita pelo colaborador e seu defensor técnico -, a fim de conferir segurança jurídica ao acusado colaborador, bem como concretizar o direito à ampla defesa assegurado constitucionalmente (art. 5º, LV, CR/88).

Referência Bibliográficas

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 321-322.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. Suspensão condicional do processo segundo a lei 9.099/95. In: KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André. **Lei dos juizados especiais criminais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 121-140.

LOPES JR., Aury. Morfologia dos procedimentos. In: _____. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 946-982.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (lei 12.850/2013)**. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2008, p. 418.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 803.

PEREIRA, Gustavo Alberine; ALMEIDA, Rosimar. Colaboração premiada: entre espaços de oportunidade, juízos de conveniência e a legalidade – o direito de colaborar. In: GIACOMOLLI, Nereu José, et al (org). **Processo penal contemporâneo em debate**. v. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 87-97.

ROSA, ALEXANDRE MORAIS. Barganha, delação, colaboração premiada, leniência e Organização Criminosa. In:_____. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 507-568.

_____. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias dos negócio jurídico**. Florianópolis: Emodara, 2018

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro**. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal. V. 3, n 1., p. 133-166. Jan/abr. 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/3>

_____. **Colaboração premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 96-99.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração Premiada: de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

O SISTEMA DE COMPLIANCE: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Luciano Knoepke

Pós-graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais (Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (Brasil).

Resumo: O objetivo deste trabalho é trazer um panorama geral sobre o chamado sistema de *Compliance* através de seu histórico, do conceito do que vem a ser e estar em *Compliance*, de seus objetivos e de sua aplicação. Para a realização desse trabalho utilizamos a pesquisa bibliográfica através da doutrina especializada e artigos científicos, bem como, da pesquisa documental indireta na qual analisamos a legislação pertinente ao tema, reportagens e textos de empresas e entidades públicas. Por meio desse breve estudo verificou-se que o sistema por mais benéfico que seja, ainda precisa crescer na cultura das organizações. Desta forma, como já sabemos qual é o desafio para tornar o sistema eficaz, cabe aos estudiosos e interessados no assunto trazer soluções para aplicação efetiva desse sistema.

Palavras chave: *Compliance*; Programa de Integridade; Sistema de Conformidade; *Compliance* no Brasil; Anticorrupção.

1. Introdução

Inicialmente, cumpre-se destacar que o presente trabalho não tem por escopo esgotar o tema que possui diversas nuances e é dotado de certa complexidade, sobretudo, em sua aplicação. Portanto, este trabalho tem por objetivo, apresentar notas introdutórias do que vem a ser o chamado Sistema de *Compliance*, com destaque para seus aspectos principais e a sua aplicação.

Para atingirmos o objetivo definido, utilizaremos a pesquisa bibliográfica na qual nos valeremos da doutrina (obras sobre o assunto, artigos científicos, pareceres etc.), bem como, da pesquisa documental indireta com destaque para a legislação concernente ao tema, reportagens e textos de organizações públicas ou privadas.

Atualmente, o tema está em grande debate no Brasil, sobretudo, devido à condição em que se encontra, bem como, em diversos outros países que já entenderam que vale a pena aplicar esse sistema cuja intenção é a de conservar empresas privadas e organizações públicas e a redução de diversos riscos.

Em um primeiro momento traremos uma síntese histórica para situar o leitor quanto ao momento de criação do sistema, destacando os acontecimentos mais relevantes para o surgimento dessa filosofia. Em seguida traremos diversos conceitos que se complementam e definem o que é o *Compliance*.

Na sequência destacaremos alguns dos principais benefícios que o sistema de *Compliance* possui, com destaque para a redução de riscos, o combate à corrupção e a melhoria no que diz respeito à reputação de uma empresa. Além disso, serão abordados os objetivos e as responsabilidades que o sistema possui para que produza os resultados esperados.

Logo após, será abordado o desafio maior do sistema de *Compliance*, que é o engajamento da Alta Administração. Sem a aprovação da Alta Administração e sua mudança de cultura e mentalidade, o *Compliance* tende a desvanecer. Não há *Compliance* efetivo e eficaz sem esse elemento.

Por fim, teceremos alguns comentários acerca do sistema no Brasil, através de um breve histórico e aplicação em nosso país através da legislação mais recente relativa ao tema. Ademais, destacaremos alguns dados de empresas que já se adaptaram ao sistema, e que declararam positivamente a diferença de ser e estar em *Compliance*.

2. O que é o compliance?

Seu surgimento se iniciou no Estado Norte-Americano através de alguns acontecimentos que ensejaram a criação de mecanismos de controle. Esses diversos acontecimentos contribuíram para o surgimento do sistema de *Compliance* ou Conformidade. Vejamos alguns dos principais:

ANO	ACONTECIMENTO HISTÓRICO
1929	Quebra da bolsa de valores de New York.
1932	Criação do Programa New Deal com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana.
1945	Criação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento.
1950	Prudential Securities – contratação de advogados com o objetivo de acompanhar a legislação e monitorar as atividades com valores mobiliários.
1960	Era Compliance: criação de controles internos; treinamento de pessoas; monitoramento.
1974	Caso Watergate e a criação do Comitê da Basiléia.
1980	Expansão do Compliance para outras atividades financeiras no Mercado Americano.
1990	As 40 recomendações sobre lavagem de dinheiro da financial Action Task Force.
1997	Divulgação pelo Comitê da Basiléia dos 25 princípios para uma Supervisão Bancária Eficaz.
1998	Era dos controles internos: Comitê de Basiléia – publicação dos 13 Princípios concernentes a Supervisão pelos Administradores e Cultura. Regulamentação no Brasil: Lei nº 9.613 de 1998 (crimes de lavagem).

2001	Falência da ENRON devido a falhas nos controles internos e fraudes contábeis.
2002	Falhas nos controles internos e fraude levam a WORLDCOM à concordata.
2003	No Brasil: Resolução 3198 que institui o Comitê de Auditoria. Carta-Circular 3098 que dispõe sobre a necessidade de registro e comunicação ao BACEN de operações em espécie de depósito, provisionamentos e saques a partir de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Legenda: Histórico do *Compliance*.

Fonte: ABBI e FEBRABAN

Os acontecimentos destacados são alguns dos responsáveis pela estimulação e criação do sistema.

Pois bem. O que vem a ser esse *Compliance*?

Etimologicamente, o *Compliance* é oriundo do verbo inglês “*to comply*” que significa agir em consonância com uma regra.

A Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI) define o *Compliance* da seguinte maneira: “[...] *Compliance* é o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição¹”.

1 ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais. **Função de Compliance**. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcao-de-compliance_09.pdf>.p. 8. Acesso em: 09 Ago. 2019.

Além disso, a ABBI explica o que significa “ser e estar” em *Compliance* da seguinte forma:

‘Ser *Compliance*’ é conhecer as normas da organização, **seguir os procedimentos** recomendados, **agir em conformidade e sentir quanto é fundamental a ética e a idoneidade** em todas as nossas atitudes². (grifo nosso)

Já a questão do “estar em *Compliance*” é definida do seguinte modo: “Estar em *Compliance* é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos³”.

Porém, o conceito de *Compliance* é muito mais amplo como asseveram Ribeiro e Diniz: “Não se pode confundir o *Compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo⁴”. E complementam citando Candeloro, Rizzo e Pinho que aduzem que o *Compliance*

“é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a **linha mestra** que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários⁵”. (grifo nosso)

2 *Loc. cit.*

3 *Loc. cit.*

4 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, P. D. F. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista de Informação Legislativa, v. 205, p. 88, 2015.

5 CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius, 2012 apud RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, P. D. F. . **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista de Informação Legislativa, v. 205, p. 87-105, 2015.

Portanto, poderíamos conceituar o *Compliance* como um sistema pautado no dever de estar em conformidade com normas internas, códigos de conduta e ética, bem como, normas legais, costumes e princípios entendidos como adequados e aceitáveis na pós-modernidade, aliado aos valores que regem a empresa, que obviamente devem respeitar às normas legais.

Entretanto, o *Compliance* é ainda mais do que um conceito aparentemente frio. De modo a ampliar o conceito e complementá-lo adequadamente, trazemos aqui uma declaração de Chieko Aoki, presidente do *Blue Tree Hotels*, que afirmou em seu discurso no 6º Congresso Internacional de *Compliance* que: “Temos que trabalhar com valores, promover valores, e não apenas *Compliance* de respeito às leis⁶”. Desta maneira entendemos que o *Compliance* é uma cultura de fazer o que é certo, simplesmente pelo fato de que é o certo a ser feito.

Agora que apresentamos conceitos e definições do que vem a ser o *Compliance*, discorreremos no próximo tópico algumas considerações sobre os benefícios, objetivos, e responsabilidades da implantação de um sistema de *Compliance*.

6 AOKI, Chieko. **6º Congresso Internacional de Compliance**. 2018, São Paulo.

3. Benefícios, objetivos e responsabilidades do sistema de compliance

Atualmente, o *Compliance* vem se mostrando como vital para as empresas que desejam possuir altos valores, não somente financeiros, mas também valores morais dentro de uma sociedade que tem respirado corrupção. Já em relação às instituições públicas, o *Compliance* deve ser encarado ainda mais como imprescindível, pois é na área pública em que podemos observar o grande problema da corrupção.

Além da importância que o próprio sistema de *Compliance* possui, ele ainda é considerado como um pilar na Governança Corporativa, que em linhas gerais é definida pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) como:

“[...] o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas⁷”.

Nesse sentido, Marcelo Coimbra, sócio da Fleury, Coimbra & Rhomberg Advogados afirma a importância do *Compliance* como um pilar da Governança Corporativa, *in verbis*:

7 IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Governança Corporativa**. Disponível em: < <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>>. Acesso em: 08 Ago. 2019.

O *compliance* pode ser considerado como um **dos pilares da governança corporativa devido ao fortalecimento do respeito a normas e políticas, bem como a mitigação de riscos.**

A empresa em *compliance* **preserva** a sua imagem, o que **reduz** a possibilidade de danos à reputação⁸. (grifo nosso)

Do texto supracitado de Marcelo Coimbra, podemos extrair alguns benefícios gerados pelo sistema, como, por exemplo, a mitigação de riscos, a preservação da imagem e a consequente redução de danos à reputação. E, ainda, não menos importante, o fortalecimento das normas legais e morais.

A Advogada Raquel de Mattos Pimenta também apresenta alguns dos principais benefícios que o *Compliance* pode gerar:

Alguns dos benefícios da adoção de programas sólidos são a **diminuição da exposição da empresa a riscos**, a **redução de custos** de operação por meio do desperdício gerado pela corrupção e o maior comprometimento institucional com a **sustentabilidade** dos negócios⁹.

8 COIMBRA, Marcelo. Ética, **Governança e Compliance**. Disponível em: < http://www.britcham.com.br/download/130509_Marcelo_Coimbra_CFA_Advs.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

9 PIMENTA, Raquel de Mattos. Compliance anticorrupção. Blue paper PG Law 02, 2017, p. 5. Disponível em: <http://pglaw.com.br/pt_BR/bluepaper-compliance-2017/>. Acesso em: 08 Ago. 2019.

No estudo da Doutora Raquel de Mattos, destacaram-se a redução de custos, haja vista que o sistema tende a diminuir as práticas corruptas. Além disso, se sobressai a diminuição da exposição aos riscos relativos à reputação, pois na medida em que a empresa se mostra adequada aos princípios éticos e às normas legais, a tendência é que ocorra um prestígio maior da empresa.

Dessa maneira, sua reputação melhora, pois atinge ou se aproxima de um grau de excelência empresarial almejado por empresas sérias e responsáveis.

Um programa de *Compliance* possui diversos objetivos e responsabilidades, mas neste trabalho enumeramos alguns dos mais importantes. Vejamos:

3.1 Análise dos riscos

Há diversos conceitos do que vem a ser um risco. Vamos destacar aqueles que são inerentes ao sistema de *Compliance* e que se complementam.

Primeiramente, cumpre trazer o conceito do que vem a ser “risco legal ou regulatório”. Para tanto, colacionamos o conceito de Coimbra, M. e Manzi, *in verbis*:

Risco legal ou regulatório relaciona-se a **não conformidade** com leis, regulações e padrões de compliance que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função, conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos, prevenção à lavagem de dinheiro etc. Este arcabouço regulatório tem

como fonte leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações, órgãos regulatórios e códigos de conduta¹⁰. (grifo nosso)

Para melhor entendimento, cumpre-nos trazer também o conceito de risco operacional no âmbito da Ciência da Administração. De acordo com Coimbra, F. citado por Jorion:

Os riscos operacionais referem-se às perdas potenciais resultantes de **sistemas inadequados, má administração**, controles defeituosos ou falha humana, a qual inclui o risco de execução, correspondente a situações e que as operações não são executadas, resultando atrasos ou em penalidades; o risco de execução relaciona-se a qualquer problema nas operações. Também incluem **fraude** e a necessidade de proteger os sistemas contra acesso não autorizado e violações¹¹. (grifo nosso)

Outro conceito de risco e um dos mais importantes é o do risco como sendo um perigo ou ameaça. Para Padoveze e Bertoluci¹², o risco como perigo ou ameaça se refere aos eventos que possuem grande potencial negativo, como, por exemplo, **fraudes, danos à reputação, perdas financeiras, demandas judiciais** etc.

10 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

11 COIMBRA, Fabio Claro. **Estruturação de unidade de gestão de risco operacional em bancos**: um estudo de caso. Dissertação (Mestrado em Administração). Universidade de São Paulo, 2006.

12 PADOVEZE, C. L; BERTOLUCCI, R. G. **Gerenciamento do risco corporativo em controladoria**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

Poderíamos trazer outros conceitos como o de oportunidade, o de incerteza, dentre outros. Entretanto, os conceitos trazidos são suficientes para demonstrar a atuação do sistema de *Compliance* que visa justamente a dirimir os impactos, mas, sobretudo, eliminar os resultados negativos como os grifados nos conceitos supramencionados, através de uma avaliação de riscos.

Uma vez feita a análise que identificará os riscos, o próximo passo será o de definir estratégias para que os riscos sejam evitados ou ao menos reduzi-los a tal ponto que o impacto seja mínimo.

3.2 Gerenciamento dos controles internos

Para o sistema de *Compliance*, o conceito de controle interno, nas palavras de Sibille e Serpa, vem a ser:

[...] mecanismos, geralmente formalizados por escrito nas políticas e procedimentos da empresa, que, além de minimizar riscos operacionais e de compliance, asseguram que os livros e registros contábeis e financeiros reflitam completa e precisamente os negócios e operações da empresa [...]¹³.

Como já mencionado, uma vez feita a análise e identificação dos riscos, o próximo passo será elaborar um plano para combater os problemas em potencial.

13 SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de Compliance**. p. 10. Disponível em: < https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

O *Libro blanco sobre la función de Compliance* elaborado pela *Asociación Española de Compliance* adaptado para a República Argentina nos ensina que:

“Uma vez que os riscos de *Compliance* tenham sido identificados, a análise deles serão feitas em resposta às ameaças que eles expõem à organização, considerando suas circunstâncias e dentro de um exercício racional de previsão¹⁴”. (tradução nossa)

A análise dos riscos deverá levar em conta a probabilidade da ocorrência e as consequências que poderiam gerar¹⁵.

O *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO) considera que os controles internos serão eficazes quando a Alta Administração possuir garantia razoável de que:

[...] entendem até que ponto os objetivos estratégicos estão sendo alcançados; entendem até que ponto os objetivos operacionais estão sendo alcançados; a comunicação por relatórios é confiável; as leis e os regulamentos cabíveis estão sendo observados¹⁶.

14 Una vez identificados los riesgos de *Compliance* [1.(2)], el análisis de los mismos se efectuará atendiendo a las amenazas que exponen a la organización, considerando sus circunstancias y dentro de un ejercicio racional de previsión. YSLA, Alain Casanovas (Coord.). **Libro blanco sobre la función de Compliance**. 2. ed. Argentina: 2017, p. 28.

15 *Loc. cit.*

16 *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO). **Comitê Gerenciamento de riscos corporativos – estrutura integrada**. Disponível em: < <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2018.

Os controles internos ainda devem criar regras para a revisão de atividades, documentações, registros e processamento de transações.

Em suma, os controles internos são procedimentos que visam à redução de perdas financeiras, desgaste na reputação da empresa, e, ainda, assegurar a integridade com o ordenamento jurídico¹⁷.

3.3 Realização de auditorias

A auditoria tem o objetivo de monitorar e avaliar a direção do programa de *Compliance*. Dentre as modalidades temos: a auditoria interna e a externa.

A auditoria interna é realizada pela própria empresa através de funcionários especialistas para a função e seu objetivo é o de avaliar e sugerir melhorias.

Na auditoria interna, deve-se tomar cuidado redobrado em um aspecto, como nos ensina o ex- diretor de *Compliance* da empresa Siemens, Wagner Giovanini:

Se a empresa optar por fazer uma auditoria interna com recursos próprios, alguns cuidados adicionais devem ser tomados.

A escolha dos auditores precisa garantir independência, ou seja, uma pessoa não pode auditar um

17 BMF BOVESPA. **Política de Compliance e Controles internos**. Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_152/file/Politica%20de%20Compliance%20e%20Controles%20Internos.pdf>. Acesso em 09 Ago. 2019.

processo ajudado por ela em sua criação ou um processo onde é responsável ou participante¹⁸.

Importa também, destacar que na auditoria interna, as atividades são feitas de maneira aleatória e de tempos em tempos, ao passo que o *Compliance* executa as mesmas atividades de forma permanente e rotineira¹⁹.

Já a auditoria externa é feita por outra empresa que seja especializada no assunto e tem por escopo o de atestar que não há fraudes que impactem no sistema financeiro e contábil.

Essa auditoria tem papel fundamental por dar maior credibilidade à empresa.

É na auditoria externa que será verificado de maneira imparcial se a empresa está em conformidade com o ordenamento jurídico e com o sistema de valores instituído pela empresa.

3.4 Segurança da informação

A segurança da informação é de vital importância. Podemos afirmar categoricamente, porque se trata de um dos patrimônios mais valiosos de uma empresa.

18 GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. 1. ed. São Paulo, 2014, p. 96.

19 ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais. **Função de Compliance**. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcao-de-compliance_09.pdf>.p. 8. Acesso em: 24 maio 2018.

Por informação devemos entender o seguinte: “Informação é todo e qualquer ativo, dado ou conteúdo desenvolvido e/ou gerenciado, os quais devem ser protegidos de forma adequada e compatível com a missão da organização²⁰”.

E, por segurança da informação, Mello explica que:

Já por segurança da informação, temos os procedimentos de proteção das informações contra ameaças à sua disponibilidade, integridade e confidencialidade, de modo a se evitar riscos e vulnerabilidades, visando preservar a sua estrutura e assegurar a continuidade dos negócios²¹.

Sendo assim, para que os dados sejam preservados é preciso tomar algumas atitudes. Uma das principais está relacionada com a questão humana que é passível de erros. Para mitigar o erro humano, a empresa deverá ministrar treinamentos periódicos. A capacitação do *staff* também tem grande importância, além de agregar valor.

Também deverá produzir manuais de conduta, e, sobretudo, conscientizar e criar a cultura de *Compliance*, sendo esse último, o grande desafio, pois o *Compliance* é um sistema que deve ser entendido e internalizado para surtir efeitos.

20 MELLO, Emerson Siécola. **Segurança da informação e Compliance**. 2015. Disponível em: < <http://compliancebrasil.org/seguranca-da-informacao-e-compliance/>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

21 *Loc. cit.*

3.5 Elaboração de manuais de conduta

A elaboração de um código de conduta ou de ética²² é imprescindível.

Esses códigos tem o intuito de promover os valores da empresa àqueles que fazem parte da organização, bem como, clientes e o público em geral. É o código de conduta ou ética que norteará o padrão de comportamento desejado nas mais diversas situações.

Mas a elaboração de um código não é suficiente para que o mesmo seja efetivo e produza os resultados almejados. Há alguns passos para que as normas sejam internalizadas pela organização como, por exemplo, a existência de um código escrito; é preciso que todos na organização tenham o conhecimento e também o entendimento dos valores cultuados no código.

Nesse sentido o Professor Giovanini afirma que:

Este Código de Conduta necessita do apoio de todos, mas cabe ao mais **alto escalão cumpri-lo e dar o exemplo, iniciando o processo de convencimento de cima para baixo**, permeando toda a hierarquia organizacional.

22 Na doutrina acerca do tema, há uma discussão quanto a chamar tal código de conduta ou de ética, mas “partindo do pressuposto de que efetivamente nos interessa, ter um código e que qualquer código já determina um comportamento, acreditamos mais adequado chamá-lo de Código de Ética”. CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

Para ter sucesso na sua aplicação, ele precisa ser devidamente comunicado e explicado, buscando o perfeito entendimento de todos para, a partir daí, esperar o seu cumprimento²³. (grifo nosso)

Portanto, um dos desafios do sistema está em fazer com que o alto escalão corresponda também com o bom exemplo.

Nessa toada, Carlos A. Rodrigues também adverte que o aspecto mais importante é que as lideranças sejam exemplos. Dessa maneira, o autor nos ensina que é preciso:

Manter uma comissão de ética para orientar a conduta em relação a temas eventualmente não contemplados no código [...].

Manter canal para acolher eventuais denúncias de infração ao código, com garantia de absoluto sigilo e confidencialidade;

Manter permanentemente atividades que relembrem a importância do código e seus diversos tópicos;

Assegurar que as lideranças “vivam o código” no dia a dia e que, portanto, as condutas éticas dos líderes falem mais alto do que seus discursos. O exemplo das lideranças constitui o mais importante elemento de formação de cultura ética nas organizações²⁴. (grifo nosso)

Como afirmado anteriormente, o código de conduta ou ética possui grande importância para um programa de

23 GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. 1. ed. São Paulo, 2014, p. 137.

24 RODRIGUES, Carlos Airton. O Código de Conduta Corporativa.

Compliance. Tal código ou documento com o mesmo valor é, em verdade, um dos pilares desse sistema como asseveram Sibille e Serpa: “[...] o código de conduta é o alicerce principal. Ele estabelece entre outros tópicos, os direitos e obrigações dos diretores da empresa, gerentes, funcionários, agentes e parceiros comerciais²⁵”.

Uma vez criado um código de ética ou conduta, torna-se imperioso a existência de canais de denúncia, objeto do próximo tópico.

3.6 Mecanismos de denúncias voluntárias e investigação

Os canais de denúncia servem para a empresa descobrir alguma possível irregularidade que esteja ocorrendo.

Esse mecanismo permite que os próprios funcionários, bem como, os parceiros comerciais, alertem a empresa sobre violações ao código de ética ou conduta. Tais mecanismos devem preservar a identidade daqueles que relatarem alguma provável violação de normas, devendo, ser, portanto, confidencial e anônima.

O sistema de *Compliance* deverá garantir que:

“[...] os canais internos de relatórios sejam facilmente acessíveis e conhecidos, com uma alternati-

25 SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de Compliance**. p. 7. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

va de confidencialidade e garantir a não adoção de represálias contra as comunicações feitas a partir de boa fé²⁶. (tradução nossa)

É importante que os funcionários se sintam seguros e também tenham a certeza de que não haverá qualquer tipo de represália contra aqueles que utilizarem os canais de denúncias.

Após o relato de que há a possibilidade de ocorrência de comportamentos antiéticos e até ilícitos dentro da empresa, entram em cena as investigações para apurar os fatos.

Os especialistas Sibille e Serpa nos ensinam que:

Uma investigação é um exercício de averiguação de fatos. Investigações devem determinar, de forma plena e com credibilidade, o que aconteceu em relação a um problema – se, de fato, houve uma conduta imprópria ou não, quais foram as circunstâncias, quem estava envolvido, e se uma violação de leis ou políticas internas ocorreu²⁷.

26 La función de *Compliance* [1.(1)] velará para que los canales internos de denuncia sean fácilmente accesibles, conocidos, con alternativa de confidencialidad y que garanticen la no adopción de represalias frente a comunicaciones realizadas de buena fe. YSLA, Alain Casanovas (Coord.). **Libro blanco sobre la función de Compliance**. 2. ed. Argentina: 2017, p. 38.

27 SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de Compliance**. p. 14. Disponível em: < https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf>. Acesso em: 25 Maio 2018.

Uma vez apurados os fatos e constatada a ocorrência de comportamentos contrários ao código de ética e às normas legais, deverá haver a imposição de alguma penalidade previamente definida nos códigos ou qualquer outro documento que o valha.

4. Desafio maior da aplicação do Compliance: Tone from the top

Na prática o sistema de *Compliance* se revela um tanto complexo no que diz respeito a sua aplicação efetiva. Isso ocorre porque há vários fatores determinantes sem os quais não haverá efetividade e eficiência do sistema.

Implantar o sistema tem um custo significativo, mas se for efetivamente aplicado irá gerar economia a empresa. Entretanto, a grande dificuldade é justamente a de tornar eficaz o sistema, ou seja, o desafio maior é o de que os envolvidos assimilem a cultura, a filosofia que o *Compliance* possui.

E não basta apenas criar um código de conduta ou um canal de denúncia. É preciso trabalhar esses instrumentos para surtir resultados.

Segundo Wagner Giovanini, em entrevista ao *The Financial Times*, sugeriu que “a adoção de esquemas anticorrupção e ética é uma medida necessária, mas não suficiente²⁸” (tradução nossa). Além disso, o diretor

28 “Adopting anti-corruption and ethics schemes is a necessary but

da Consultoria *Compliance Total* afirmou que:

A grande maioria das empresas no Brasil, diz Giovanini, ainda não percebeu os benefícios para seus negócios de ter um sistema de conformidade bem estabelecido. Ter uma linha de reclamações como parte de um esquema de conformidade não é suficiente para acertar as coisas²⁹. (tradução nossa)

Nesse sentido, a chefe de integridade da *Transparency International*, afirma que: “A mudança cultural não acontece da noite para o dia, mas precisa de esforços contínuos³⁰”.

Assim também é o entendimento de Rodrigo Carril, especialista em *Compliance*. Em conversa via rede social

not sufficient measure [...]”. GIOVANINI, Wagner. **Brazil’s Car Wash scandal puts pressure on companies to obey clean up rules**. Financial Times, 2018. Entrevista concedida a Andres Schipani. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/9965c05c-3cc7-11e8-bcc8-cebcb81f1f90>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

29 ““The vast majority” of companies in Brazil, says Mr Giovanini, have not yet realised the benefits to their business of having “a well-established compliance system”. Having a complaints hotline as part of a compliance scheme “is not enough to make things right””. **Brazil’s Car Wash scandal puts pressure on companies to obey clean up rules**. Financial Times, 2018. Entrevista concedida a Andres Schipani. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/9965c05c-3cc7-11e8-bcc8-cebcb81f1f90>>. Acesso em 09 Ago. 2019.

30 “Cultural change does not happen overnight, but needs continuous efforts”. BECHTEL, Katja. **Brazil’s Car Wash scandal puts pressure on companies to obey clean up rules**. Financial Times, 2018. Entrevista concedida a Andres Schipani. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/9965c05c-3cc7-11e8-bcc8-cebcb81f1f90>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

questionei o Dr. Carril acerca da maior dificuldade de se implantar o *Compliance* em uma empresa. Gentilmente ele me explicou que:

A maior dificuldade é sempre o conflito cultural entre os mais antigos na empresa, em especial gestores e administradores, e esta **nova cultura** de cumprimento. Este desafio, na minha opinião, resume a maior parte dos nossos desafios³¹.

Sendo o *Compliance* uma nova cultura, torna-se necessária a mudança de postura e mentalidade de modo a compreender realmente o que significa esse sistema.

E essa mudança de cultura está intrinsecamente ligada àqueles que compõem a Alta Administração.

Nas palavras da Dr^a Kosak significa dizer que:

Essa **mudança de cultura** e a **eficácia** do sistema de compliance **dependerão necessariamente do engajamento da alta administração** da empresa. O impulso deve ser dado constantemente pelos dirigentes, e a demonstração desse envolvimento deve ficar evidente, tanto dentro da empresa como perante terceiros (sociedade como um todo)³². (grifo nosso)

31 CARRIL, Rodrigo. Advogado, especialista em compliance e investigações internas. Legal and Compliance Director LatinAmerica na Softline Brasil e Membro Fundador do Instituto Compliance Brasil.

32 KOSAK, Ana Paula. **O engajamento da alta administração da empresa como primeiro passo para o Compliance Criminal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/engajamento-alta-administracao/>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

O engajamento da Alta Administração é o que se chama de “*Tone from the Top*” ou “*Tone at the Top*”, que em tradução livre significa “O exemplo vem de cima”.

Do mesmo modo, o Dr. Wagner Giovanini citado por Sibille e Serpa afirma que ao líder não basta simplesmente

[...] declarar seu entusiasmo nas comunicações de *Compliance*. O líder **máximo da organização deve incorporar os princípios desse programa e praticá-los sempre, não só como exemplo aguardado pelos demais, mas também para transformar, de fato, sua empresa num agente ético e íntegro**³³.

Portanto, o desafio maior é fazer com que a Alta Administração aceite o *Compliance* e aja de acordo com as normas e valores da empresa.

Nesse entendimento, os doutores Sibille e Serpa declaram que: “Um robusto programa de *compliance* deve receber o aval explícito e apoio incondicional dos mais altos executivos da empresa³⁴”.

Desta maneira percebemos que o grande desafio, realmente é o engajamento dos líderes que precisam necessariamente internalizar a cultura de *Compliance* e mudar a mentalidade para que os demais sigam o exemplo de modo a atingir os objetivos do sistema. O alto escalão deve ser

33 SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de Compliance**. p. 5. Disponível em: < https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2019

34 *Loc. cit.*

o exemplo maior, portanto, devem agir de acordo com os valores da empresa.

5. O Compliance no Brasil

No Brasil, os indícios do *Compliance* remontam ao ano de 1998, quando foi publicada a Resolução nº 2.554 do Banco Central do Brasil (BACEN) que dispunha sobre a implantação e a implementação de sistema de controles internos. Além dessa Resolução, houve ainda a publicação da Lei nº 9.613/98 que dispõe sobre o combate aos crimes de lavagem de dinheiro. Esses são os pontos iniciais do *Compliance* no Brasil que trouxeram a previsão de alguns mecanismos.

Mas foi a Lei nº 12.846/2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção, que estimulou de fato a inserção definitiva do *Compliance* no Brasil.

Nos últimos anos, muitas empresas no Brasil procuraram se adequar ao sistema de *Compliance*, ainda que em número relativamente pequeno.

Em 2010, a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social criaram o Cadastro Empresa Pró-Ética, uma iniciativa pioneira na América Latina.

O objetivo desse programa era incentivar o setor empresarial a implementar o *Compliance* de maneira voluntária³⁵.

35 Controladoria Geral da União. **Empresa Pró-Ética**: histórico. Disponível

Destarte, a CGU e o Instituto Ethos vêm elaborando anualmente a lista das empresas consideradas como “Empresa Pró-Ética”. Para participar do processo de avaliação, as empresas precisam cumprir alguns requisitos, como, por exemplo, possuir um código de ética ou documento equivalente; não constar no cadastro de empresas inidôneas; comprovar que são signatárias do Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção; dentre outros.

A última edição do “Pró-Ética³⁶”, que ocorreu em 2017, contou com a participação de 375 empresas. Entretanto, 198 empresas enviaram o questionário de avaliação completo e no prazo. Após esse processo, apenas 23 empresas foram reconhecidas como Empresa Pró-Ética 2017.

Segue abaixo a lista de algumas das empresas que se destacaram no ano de 2017 com relação ao sistema de *Compliance* e foram aprovadas e reconhecidas como Empresa Pró-Ética:

EMPRESA	SEGMENTO
3M	Indústria e transporte; consumo e escritório; produtos elétricos
Chiesi	Indústria farmacêutica.
ABB	Trabalha com tecnologias de energia e automação.
Alubar	Fabricante de cabos elétricos de alumínio.

vel em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/historico>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

36 Até o fechamento desta pesquisa, ainda não havia sido divulgada a lista das empresas que receberam o selo Pró-ética referente à edição 2018-2019.

Itaú	Banco privado.
Unimed BH	Operadora de planos de saúde.
Souza Cruz	Empresa fabricante de cigarros

Legenda: Lista de empresas “Pró-Ética”.

Fonte: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-privado/empresa-pro-etica>

Ainda que o Brasil tenha avançado no tema e muitos tenham aderido ao sistema, o que se observa é que a maioria ainda não percebeu que o *Compliance* tem muitos benefícios.

Porém, em 2017, um grande avanço foi dado através da edição do Decreto nº 9.203 que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional. Esse Decreto teve algumas alterações no ano de 2019, momento crítico em que o país se encontra, porém, talvez o tempo ideal para alavancar com o sistema de *Compliance*.

E no dia 25 de Abril de 2018, entrou em vigor a Portaria nº 1.089/2018 que veio regulamentar o Decreto nº 9.203/2017. Com isso se estabeleceu alguns procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de programas de *Compliance* ou Integridade (termo utilizado no Decreto) nas entidades públicas.

Através dessa regulamentação foram criadas três fases para o implemento do Programa de Integridade. Na

primeira fase, os órgãos e entidades públicas deverão criar uma unidade de gestão que terá como competências:

Art. 4º: I – coordenação da estruturação, execução e monitoramento do Programa de Integridade; II – orientação e treinamento dos servidores com relação aos temas atinentes ao Programa de Integridade; e III – promoção de outras ações relacionadas à implementação dos planos de integridade, em conjunto com as demais unidades do órgão ou entidade³⁷.

Já na segunda fase, os órgãos e as entidades deveriam até o dia 30 de novembro de 2018 aprovar seus planos que deverão conter:

Art. 5º I – os objetivos do plano; II – a caracterização geral do órgão ou entidade; III – as ações de estabelecimento das unidades de que trata o art. 6º desta Portaria e a forma de monitoramento do seu funcionamento; e IV – o levantamento dos principais riscos para a integridade e as medidas para seu tratamento³⁸.

E na terceira e última fase os órgãos e as entidades públicas deverão dar início a execução e o monitoramento do Programa de Integridade³⁹. Ademais, os órgãos e as entidades deverão expandir o alcance do programa para políticas públicas, bem como para fornecedores e outras organizações públicas ou privadas com as quais mantenha relacionamento.

37 Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018.

38 Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018.

39 Art. 7º da Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018.

Com certeza podemos esperar que nos próximos anos o *Compliance* crescerá no Brasil vertiginosamente, o que será muito produtivo para as organizações tanto públicas como privadas.

Inclusive, atualmente está em discussão o Projeto de Lei nº 7149/2017 cuja justificativa é normatizar a obrigatoriedade de as empresas que celebram contrato com a Administração pública, implantarem programas de *Compliance*, com o objetivo de combater a corrupção.

De modo pioneiro, o Estado do Rio de Janeiro criou a Lei nº 7753/2017 que obriga as empresas que contratam com esse Estado, a exigência da criação de um Programa de Integridade.

Portanto, podemos verificar que o País está caminhando em direção à implantação definitiva dessa filosofia, denominada Compliance ou sistema de Integridade, pois trata-se de prática adotada há muito tempo em países de Primeiro mundo e que tem surtido bons efeitos para aqueles que entenderam a importância desse sistema.

6. Considerações finais

Em simples palavras vimos que o *Compliance* ou sistema de Conformidade é uma filosofia ou uma cultura de ser e estar de acordo (conformidade) com regras legais, éticas, morais, bons princípios e valores que atualmente se entendem por adequados na sociedade.

O surgimento do *Compliance* aconteceu devido a uma série de acontecimentos, principalmente nos Estados Unidos da América a partir da Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929. Depois disso sucederam diversos eventos como falhas nos controles internos de empresas, e, ainda fraudes contábeis e fiscais de bilhões de dólares que levou uma grande empresa a solicitar concordata e outra foi à falência. Esses acontecimentos geraram muita desconfiança nas bolsas de valores pelo mundo.

Portanto, o *Compliance* foi concebido aos poucos na tentativa de solução de problemas envolvendo, sobretudo, fraude e corrupção, até se organizar como um sistema, mas como muitos preferem, como uma cultura, uma filosofia.

Esse sistema de conformidade é composto de vários mecanismos que tem por objetivo reduzir a ocorrência de riscos de condutas que infringem o código de ética e normas legais.

A utilização dos mecanismos de denúncia, por exemplo, contribuem para a análise dos riscos feita através de uma investigação interna que constatará a existência de algum possível problema nocivo à empresa.

No final das contas, todo o aparato que o sistema de *Compliance* possui reduzirá custos, mas não é só isso, pois a reputação da empresa tende a crescer de maneira muito significativa. Essa última parte pode ser alcançada por intermédio da realização de auditorias externas, ou seja, de empresas com essa expertise.

Contudo, o *Compliance* pode encontrar dificuldades para ser eficaz. Por se tratar de uma cultura, os mais antigos da empresa, sobretudo, a Alta Administração pode dificultar que o sistema se torne eficiente. Porém, se esses executivos aderirem de fato ao sistema e mudarem sua mentalidade, toda a organização verá o exemplo e os seguirá. É o que se chama de “*tone from the top*” que retrata a figura do líder exemplar.

E no Brasil, para nossa sorte, o *Compliance* chegou, ainda que tardiamente. Isso ocorreu no ano de 1998 através de uma Resolução do BACEN. De lá para cá o governo publicou poucas leis regulando alguns assuntos concernentes ao *Compliance*. Já no âmbito privado, muitas empresas se anteciparam e buscaram se adaptar ao sistema.

Somente em 2013 é que um grande passo foi dado através da publicação da chamada Lei Anticorrupção. E mais recentemente entrou em vigor a Portaria nº 1.089/2018 que regulamentou o Decreto nº 9.203/2017. Esse Decreto trata das políticas de governança no âmbito público. E com relação à Portaria, dentre as várias disposições que possui, destacamos àquela em que os órgãos públicos e entidades deverão expandir seus programas de *Compliance* para empresas privadas com as quais tenha relação. E dessa maneira, aguardamos a decisão do Projeto de Lei nº 7149/2017 que inclui na Lei Anticorrupção a obrigatoriedade das empresas que celebram contratos com a Administração Pública a implantar Programas de Compliance.

Não há dúvidas que se trata de um grande avanço na tentativa de aniquilar com a corrupção que assola o Brasil. Agora basta colocar em prática e aperfeiçoar o que já temos até o momento.

Com essas breves considerações acerca do *Compliance*, podemos perceber que se trata de um sistema muito benéfico para organizações públicas ou privadas. E mesmo que o custo seja alto, os benefícios em longo prazo fazem valer a pena. Como afirmou o Ex-procurador geral dos Estados Unidos da América, Paul McNulty: “*If you think compliance is expensive, try non-compliance*”. (Se você pensa que o compliance é caro, tente o não-compliance).

Referências bibliográficas

ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais. **Função de Compliance**. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>.p. 8. Acesso em: 08 Ago. 2019.

BECHTEL, Katja. Brazil’s Car Wash scandal puts pressure on companies to obey clean up rules. Financial Times, 2018. Entrevista concedida a Andres Schipani. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/9965c05c-3cc7-11e8-bcc8-cebcb81f1f90>>. Acesso em: 08 Ago. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. Diário Oficial da União, 24 de setembro de 1998. Dispo-

nível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf>. Acesso em: 08 Ago. 2019.

BMF BOVESPA. Política de Compliance e Controles internos. Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_152/file/Politica%20de%20Compliance%20e%20Controles%20Internos.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 4 de Março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 08 Ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 08 Ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018.pdf>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius, 2012 apud RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, P. D. F. . **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista de Informação Legislativa, v. 205, p. 87-105, 2015.

COIMBRA, Marcelo. **Ética, Governança e Compliance**. Disponível em: <http://www.britcham.com.br/download/130509_Marcelo_Coimbra_CFA_Advs.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

COIMBRA, Fabio Claro. **Estruturação de unidade de gestão de risco operacional em bancos: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Administração). Universidade de São Paulo, 2006.

Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO). **Comitê Gerenciamento de riscos corporativos – estrutura integrada**. Disponível em: < <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

Controladoria Geral da União. **Empresa Pró-Ética: histórico**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/historico>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

GIOVANINI, Wagner. Brazil's Car Wash scandal puts pressure on companies to obey clean up rules. Financial Times, 2018. Entrevista concedida a Andres Schipani. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/9965c05c-3cc7-11e8-bcc8-cebcb81f1f90>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. 1. ed. São Paulo, 2014.

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Governança Corporativa. Disponível em: < <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>>. Acesso em: 08 Ago. 2019

KOSAK, Ana Paula. **O engajamento da alta administração da empresa como primeiro passo para o Compliance Criminal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/engajamento-alta-administracao/>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

MELLO, Emerson Siécola. **Segurança da informação e Compliance**. 2015. Disponível em: <<http://compliancebrasil.org/seguranca-da-informacao-e-compliance/>>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

PADOVEZE, C. L.; BERTOLUCCI, R. G. **Gerenciamento do risco corporativo em controladoria**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

PIMENTA, Raquel de Mattos. Compliance anticorrupção. **Blue paper PG Law 02**. 2017, p. 5. Disponível em: <http://pglaw.com.br/pt_BR/bluepaper-compliance-2017/>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, P. D. F. . **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista de Informação Legislativa, v. 205, p. 87-105, 2015.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de Compliance**. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2019.

YSLA, Alain Casanovas (Coord.). **Libro blanco sobre la función de Compliance**. 2. ed. Argentina: 2017.

A LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DE PARAÍSO FISCAIS COMO CRIME TRANSNACIONAL: A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Samuel Ebel Braga Ramos

Sócio no escritório Ebel & Battu Sociedade de Advogados, com sede em Curitiba/PR. Mestre em Direito. Especialista em Gestão e Legislação Tributária. Professor de Direito Penal na Faculdade de Ensino Superior do Paraná - FESP.

Resumo: Este artigo tem o foco de analisar a questão geral do crime de lavagem de dinheiro através de paraísos fiscais, abrangendo a origem desta expressão, bem como conceitos teóricos e métodos utilizados no emprego do crime. Ainda, visa observar e conceituar, de maneira objetiva, paraíso fiscal como destino de capital oriundo de atividade ilícita. Atualmente, verifica-se a dificuldade de repatriar este capital, uma vez que já incorporado na economia do

Estado receptor, e, assim, caracterizando a transnacionalidade do crime, uma vez que incide em ordenamentos jurídicos dos Estados envolvidos. Com este trabalho, tenta-se enfatizar e estudar a cooperação internacional para a recuperação deste capital, interpretando leis e acordos internacionais e, ao final, apresentando considerações sobre o empenho internacional em coibir a prática do crime.

Palavras chave: Lavagem de dinheiro, paraíso fiscal, crime transnacional, acordos internacionais, recuperação de ativos.

1. Introdução

Atualmente, verifica-se a dificuldade de se responsabilizar agentes os quais corroboram com a prática do ilícito. A lavagem de dinheiro é um ilícito penal de alta complexidade, ainda se tratando da transnacionalidade do crime.

O tema proposto detém relevância por se tratar de um assunto que está estampado em jornais e noticiários diariamente e, pouco se fala, na recuperação deste capital oriundo do ilícito e, menos ainda, da cooperação internacional a fim de coibir e responsabilizar culpados.

É fato que, tal dificuldade se atribui às questões inerentes aos paraísos fiscais e seu protecionismo aos investidores, aliado ao sigilo fiscal e bancário, assim, tornando

possível o despejo de dinheiro ilícito em países adeptos do anonimato em transações financeiras.

Fato notório é a recuperação deste dinheiro após sua internalização e integração na economia local, bem como atribuir responsabilidades criminais, haja vista este dinheiro ter trilhado vários países, versando sob vários sistemas jurídicos, dentre os quais não dispõem de um sistema legal regulador e punitivo à prática da lavagem de dinheiro.

Merece atenção o entendimento da operação da lavagem de dinheiro, especialmente através de paraísos fiscais, entendendo sua origem, bem como entendendo seu conceito. Ainda se faz necessário a análise da cooperação sobre a matéria, sob a ótica dos tratados e acordos internacionais e sua devida aplicação legal no Estado brasileiro.

Por fim, debruça-se sobre alguns preceitos da recuperação dos ativos oriundos da lavagem de dinheiro, entendendo o princípio da reciprocidade como uma maneira eficaz de ter acesso a bens e capitais já internalizados depois de vencidas as etapas do branqueamento do capital, bem como entendendo a atuação do órgão brasileiro responsável pela recuperação deste capital.

O interesse na matéria justifica-se no estudo da cooperação internacional e, ainda, na maneira em que se procede a recuperação do dinheiro outrora maculado na forma de capital lícito e, por conseguinte, verificar como os Estados cedem a abertura de sua soberania para a devolução do capital ilícito.

2. Noções introdutórias à lavagem de dinheiro e paraísos fiscais

Ao realizar o estudo sobre lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, justo se faz debruçar-se sobre a análise conceitual do tema proposto.

Este capítulo é introdutório à lavagem de dinheiro, bem como os denominados paraísos fiscais e contém algumas reflexões gerais sobre este crime, sua história, conceitos doutrinários e análise da conjugação lavagem de dinheiro e paraísos fiscais para a prática do ilícito.

2.1 Conceito e Evolução Histórica da Lavagem de Dinheiro

A lavagem de dinheiro, sendo um fenômeno criminológico, é, evidentemente, bastante antiga.

Entretanto, sua tipificação como modalidade criminosa na legislação, é extremamente recente.

Pontualmente, verifica-se a efetividade do estudo das definições dos conceitos, bem como estudar o tratamento internacional sobre o assunto e ainda realizar uma linha histórica acerca do tema.

2.1.1 Definição

Pela definição mais comum, a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada

país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos (COAF, 1999, p. 8)¹.

O conceito mais simples para a lavagem² de dinheiro³, em termos gerais, é fazer com que produtos e capitais adquiridos como produto de crime pareçam ter sido adquiridos legalmente. Assim, a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos.

O entendimento do GAFI⁴, lavagem de dinheiro é o processo que tem como objetivo disfarçar a origem criminosa dos proveitos de crime

Segundo a Lei nº 9.613/98, a qual institui a lavagem de dinheiro como ilícito penal, a lavagem de dinheiro impu-

1 COAF. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Lavagem de dinheiro: um problema mundial. Brasília, COAF, UNDCP, 1999.

2 Lavar: do Latim *lavare*, isto é, tornar puro.

3 Dinheiro: do Latim: *denarius*, isto é, a cada dez, que correspondia a uma moeda romana.

4 GAFI – GRUPE D’ACTION FINANCIÈRE. O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) é um organismo intergovernamental que tem por objetivo conceber e promover, a nível nacional como a nível internacional, estratégias contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Trata-se de um organismo de natureza intergovernamental e multidisciplinar criado em 1989 com a finalidade de desenvolver uma estratégia global de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e, desde Outubro de 2001, também contra o financiamento do terrorismo, sendo reconhecido a nível internacional como a entidade que define os padrões nesta matéria. Disponível em www.fatf-gafi.org, acesso em 15.05.11.

ta-se em “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de crime”⁵

Como entende SILVA (2001)⁶, lavagem de dinheiro é “a expressão que passou a ser utilizada para designar o dinheiro ilícito com aparência de lícito, ou seja, o ‘dinheiro sujo’ transformado em ‘dinheiro limpo’, ou, ainda, o ‘dinheiro frio’ convertido em ‘dinheiro quente’, com a ocultação de sua verdadeira origem”.

A lavagem de dinheiro caracteriza-se pelo conjunto de operações comerciais ou financeiras efetuadas a fim de transformar esse dinheiro “sujo” – recursos ganhos em atividades ilegais – em ativos aparentemente legais, ocultando a sua origem e permitindo que sejam utilizados para financiar estilos de vida luxuosos e para investir na continuidade da atividade criminosa ou até em atividades lícitas.

2.1.2 Tratamento Internacional

Existem vários tratados e convenções internacionais que são relevantes para a lavagem de dinheiro. No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), não existe nenhum dedicado exclusivamente à lavagem de dinheiro, mas vários abordam a obrigação jurídica dos Estados de criminalizar a conduta de converter ou transferir bens, ou

5 Art. 1, Lei 9.613 de 3 de março de 1998.

6 SILVA, Cesar Antonio. “Lavagem de dinheiro, uma nova perspectiva penal”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

de ocultar ou dissimular sua origem criminosa, além das medidas de bloqueio e confisco de bens, a transnacionalidade das condutas, a cooperação internacional, as técnicas especiais de investigação.

No âmbito Europeu, existem três Diretivas⁷ (normas de aplicação regional, que obrigam apenas os Estados que compõem a União Européia) e duas Convenções⁸ que tratam sobre lavagem de dinheiro.

O Brasil é signatário de todas as Convenções da ONU⁹ tendo-as incorporado ao direito interno através de decretos¹⁰.

O crime da lavagem de dinheiro pode ter característica exclusivamente nacional. Entretanto, com a utilização de paraísos fiscais, acaba obtendo o caráter transnacional e, desta feita, enseja a cooperação entre países com o intuito da prevenção, identificação e recuperação de bens e ativos.

7 Diretivas são atos legislativos da União Européia os quais exigem que os Estados-Membros alcancem um determinado resultado, sem ditar os meios para atingi-lo.

8 Convenção de Estrasburgo (Aprovada pela Convenção do Conselho da Europa em 1990, entrou em vigor apenas em 1º de setembro de 1993. Com o objetivo de atingir uma política criminal comum entre os Estados-membros da então Convenção de Europa, o documento é uma importante referência a todos os países que pretendem implementar o combate à lavagem de dinheiro.) e Convenção de Varsóvia (Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos de Crime e ao Financiamento do Terrorismo. Concluída em 16 de maio de 2005, Varsóvia.)

9 Convenção de Viena, Convenção de Palermo e Convenção de Mérida.

10 Convenção de Viena, pelo decreto nº 159, de 26 de junho de 1991. Convenção de Palermo, pelo decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 e Convenção de Mérida, pelo decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006.

2.1.3 Evolução Histórica

O método utilizado e batizado como lavagem de dinheiro, na história recente, nos remete à década de 20, na plena atividade da máfia norte-americana, onde mafiosos investiram seu capital, este de origem ilícita, em lavanderias locais, a fim de dar origem lícita ao dinheiro oriundo de atividade criminosa. Este ato de branqueamento de capital ficou conhecido como “Money Laundry”, em menção à utilização das lavanderias como forma de macular a origem do capital¹¹.

Este método de ocultação e branqueamento do capital era necessário, pois vigorava naquele país à época a “Lei Seca”¹², promulgada através da 18ª Emenda à Constituição¹³, em 1920. Esta emenda constitucional

11 Este precedente histórico é citado em suas obras pelos autores Sergio Fernando Moro, Edson Pinto, Rodrigo Tigre Maia, João Carlos Castellar, entre outros.

12 A Lei Seca entrou em vigor em 1920, com o objetivo de salvar o País (Estados Unidos da América) de problemas relacionados à pobreza e violência. A Constituição americana estabeleceu em sua 18ª emenda à Constituição, a proibição, a fabricação, o comércio, o transporte, a exportação e a importação de bebidas alcoólicas. Entendia o governo que, todos os males e mazelas vividos pelo País tinham apenas o álcool como agente causador. Essa lei vigorou por 13 anos e foi considerado o maior fracasso legislativo de todos os tempos nos Estados Unidos.

13 Emenda XVIII - Votada pelo Congresso em 18 de Dezembro de 1917. Ratificada em 16 de Janeiro de 1919. Revogada pela 21ª Emenda, 5 de Dezembro de 1933. Seção 1. Um ano depois da ratificação deste. Artigo: será proibida a manufatura, venda ou transporte de bebidas alcoólicas, assim como a sua importação ou exportação, nos Estados Unidos e em todos os territórios sujeitos à sua jurisdição. Seção 2. O Congresso e os diversos Estados terão competência para fixar as leis

proibiu a fabricação, a venda e o transporte de bebidas intoxicantes (aquelas que continham mais de 0,5 % de teor alcoólico). Enquanto esteve em vigor,¹⁴ possibilitou o surgimento de várias organizações criminosas para o fornecimento de produtos e serviços ilegais, movimentando uma grande soma de dinheiro. Era necessário o branqueamento¹⁵ deste capital, a fim de torná-lo lícito nas declarações de renda. Surgia assim, a lavagem de dinheiro nos tempos modernos, pois há relatos que camponeses na antiga China já utilizavam de métodos obscuros a fim de ocultar patrimônio do Imperador e, assim, recolher menos impostos¹⁶.

Se, por um lado, a expressão em questão remonta ao início do século XX, a prática que ela descreve - revestir de licitude o dinheiro adquirido ilicitamente - é

que garantem o cumprimento deste artigo. Seção 3. Este Artigo não vigorará enquanto não for ratificada, como emenda à Constituição, pelas Legislaturas dos diversos Estados, de acordo com as disposições da Constituição, dentro de sete anos a contar da data em que o Congresso o submeter aos Estados.

14 A lei seca americana foi abolida em 5 de dezembro de 1933, pela 21ª Emenda à Constituição, durante o primeiro mandato de Franklin Delano Roosevelt (32º presidente dos EUA). Permaneceu ativa por 13 anos, 11 meses e 24 dias.

15 Branqueamento de capitais é o termo utilizado em Portugal para Lavagem de dinheiro. Na Espanha: blanqueo de capitales. Na França: blanchiment d'argent. Na Colômbia: Del lavado de ativos. Na Alemanha: Geldwache. Na Argentina: Lavado de dinero. Na Itália: riciclaggio di denaro. No México: encubrimiento y operaciones con recursos de procedência ilícita.

16 Monitor de Fraudes: Lavagem de dinheiro e seus perigos. Consultor Jurídico, 12 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.fraudes.org/fraudes/lavagem.asp>>. Acesso em 30.05.2011.

bem mais antigo do que se possa imaginar, pois há referências a ela até no Novo Testamento, na história de Ananias e Safira (WEISS, 2001).

Dos países pioneiros no combate à lavagem de dinheiro destaca-se a Itália que, em 1978, já desenvolveu a conduta típica que se resumia à imposição de obstáculos na identificação das origens dos bens. Muito se desenvolveu depois disso, tanto nas legislações internas como no âmbito internacional.¹⁷

2.2 Paraíso Fiscal: Concepções

Ao suscitar a transacionalidade do crime da lavagem de dinheiro, há de se falar que a hipótese de incidência da utilização dos paraísos fiscais¹⁸ como um segundo Estado com a finalidade de branquear o capital obtido através de crime antecedente, seja ele por corrupção ou tráfico de substâncias proibidas, é uma prática complexa e que envolve conhecimentos técnicos específicos¹⁹.

2.2.1 Conceito

A lavagem de dinheiro pode utilizar de vários caminhos para ser efetivada e uma das maneiras mais utiliza-

17 SILVA, César Antônio. Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pg. 34.

18 São Estados nacionais ou regiões autônomas.

19 Economia, Contabilidade, Direito tributário, Direito Internacional, Estudos de tratados internacionais entre outros.

das e, de fato, mais técnica, é através do chamado paraíso fiscal²⁰. A Receita Federal do Brasil entende como paraíso fiscal países ou dependências que tributam a renda com alíquota inferior a 20%²¹. O Brasil também entende como paraísos fiscais países cuja legislação permite manter em sigilo a composição societária das empresas.

O que se denomina paraíso fiscal é um pequeno país ou região com alíquotas de impostos especialmente baixas. Isso costuma levar cidadãos e empresas dos países com impostos altos a transferir sua residência ou sede para esses lugares e, na maioria dos casos, trata-se de centros financeiros *offshore*²². Com baixos impostos, aliado a um sigilo bancário especialmente rigoroso e um controle mínimo do mercado financeiro, os paraísos fiscais são o destino principal de bens e capitais de origem ilícita.

20 O termo “*Paraíso Fiscal*” deriva da expressão em inglês “*Tax Haven*”. Entretanto, a palavra em inglês *Haven* significa abrigo, porto seguro. Algum ouvido mais desatento interpretou como *Heaven*, que tem sua tradução como paraíso, céu. O termo ganhou força, pois sempre foi o desejo do homem, desde os ancestrais, de não pagar tributos ou obter vantagens fiscais e, assim, este lugar seria o lugar dos deuses, o paraíso.

21 Instrução Normativa nº 1.037, de 2010, com posterior alteração através do Ato Declaratório Executivo RFB nº 3, de 25 de março de 2011, o qual excluiu o regime de holding company de 1929, de Luxemburgo, da relação de regimes fiscais privilegiados.

22 *Offshore* Centros bancários extraterritoriais não submetidos ao controle das autoridades administrativas de nenhum país e, portanto, isentos de controle. “*Offshore company*” é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferente, “extraterritorial” em relação ao país de domicílio de seus associados. Também, são contas abertas em paraísos fiscais com o intuito de pagar menos imposto que em seu país de origem.

Os países que adotam o regime de práticas fiscais favorecidas ou preferenciais (*preferential tax system*), o fazem como forma de atrair atividades produtivas de comércio, serviços e investimentos, muitas vezes sendo única opção para arrecadação. A forma de atração de investimento estrangeiro e, por conseguinte, atração de capital outrora de origem ilícita, se dá através dos incentivos fiscais, isenções totais ou parciais (como exemplo: redução na base de cálculo, concessão de crédito, etc.).

Com propriedade, Heleno Tôrres (2001, p. 75/76) discorda da terminologia “paraíso fiscal”, versando que tal jargão, incorporada na doutrina do *Common Law*, e, adotada coloquialmente pelo Direito Tributário, para identificar países com concorrência fiscal prejudicial, torna-se ultrapassada, haja vista a positivação da Lei 9.430/96, em seu art. 24, onde passa a utilizar a expressão “países com tributação favorecida”.

De grande valia é a definição trazida por Heleno Tôrres para os países de tributação favorecida²³, para coroar o entendimento acerca de paraísos fiscais:

23 O IBFD define o “regime de tratamento fiscal favorecido” (*privileged tax regime*) como sendo: “*euphemism for the tax regime of a tax haven. More neutrally, the tax regime of any country which is substantially less burdensome than that of the country with which it is compared*”. Na mesma esteira, define os chamados Paraísos Fiscais como: “*tax heaven in the classical sense refers to a country which is used to avoid tax which otherwise would be payable in high tax country*” International Bureau of Fiscal Documentation. International Tax glossary. Amsterdã: IBFD, 1996, p. 234 e 299.

A definição de “países com tributação favorecida”, como vem sendo apresentada pela doutrina, designa aqueles países que, para o tratamento fiscal dos rendimentos de não residentes ou equiparados a residentes, aplicam “reduzida” ou “nula” tributação sobre os rendimentos e que contam ainda com segredo bancário, falta de controle de câmbios e mantêm uma grande flexibilidade para a constituição e administração de sociedades locais. Mas suas manifestações variam caso a caso. Mister, pois, separar os países com tributação favorecida (“paraísos fiscais” dos países com regime societário favorecido (“paraísos societários”), daqueles com regime penal favorecido (“paraísos penais”), mesmo sendo impossível encontrar uma forma exclusiva de um ou de outro, prevalecendo sempre as formas híbridas, segundo a vocação preponderante de cada uma deles.²⁴

Paraíso Fiscal, na acepção do termo, não significa e não nos remete à prática criminosa. Eles servem ainda como “condutos” em operações financeiras internacionais e na montagem do planejamento tributário²⁵ inter-

24 Tôrres, Heleno. Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 79/80.

25 Elisão fiscal configura-se num planejamento que utiliza métodos legais para diminuir o peso da carga tributária num determinado orçamento. Respeitando o ordenamento jurídico, o administrador faz escolhas prévias que permitem minorar o impacto tributário nos gastos do ente administrado. A elisão fiscal é muito utilizada por empresas quando das transferências internacionais de recursos, na busca de conceitos tributários diferentes em países diferentes - de forma a direcionar o tráfego dos valores; assim, pode-se reduzir a carga tributária e fazer chegar às matrizes as maiores quantidades possíveis de recursos vindas das filiais.

nacional para o *treaty shopping*²⁶ - que ocorre quando o contribuinte-empresário organiza seus negócios visando se beneficiar de um tratado de dupla tributação que, em princípio, não o beneficiaria, para eliminar ou reduzir a tributação sobre a renda - como base para intermediar este tipo de operação.

Um país soberano, admitido na ordem jurídica internacional, dispõe de liberdade para gerir seu ordenamento jurídico interno, constituindo seu sistema tributário a fim de exigir os tributos que criar e a carga tributária que entenda adequada. Portanto, não há de, preliminarmente, se atribuir ao paraíso fiscal um tipo criminoso.

O fato extremo da não obtenção e a não disponibilização de dados de empresas, sociedades e informações fiscais e bancárias torna-se o meio hábil para criminosos, sejam estes do sistema financeiro, criminosos do colarinho branco, traficantes de arma e drogas ou dinheiro oriundo da corrupção de agentes públicos ou privados, esconderem o dinheiro de forma a branqueá-lo, visando à incorporação deste na economia.

26 “*Treaty shopping*” generally refers to a situation where a person, who is resident in one country (say the “home” country) and who earns income or capital gains from another country (say the “source” country), is able to benefit from a tax treaty between the source country and yet another country (say the “third” country). This situation often arises where a person is resident in the home country but the home country does not have a tax treaty with the source country. Conceito disponível em http://intltax.typepad.com/intltax_blog/2008/05/treaty-shopping.html, acesso em 09.06.11.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico²⁷ (OCDE), quatro fatores-chave são usadas para determinar se uma jurisdição é um paraíso fiscal:

1. Se a jurisdição não impõe impostos ou estes são nominais. A OCDE reconhece que cada jurisdição tem o direito de determinar se a impor impostos diretos. Se não houver impostos diretos, mas indiretos, utilizando os outros três fatores para determinar se uma jurisdição é um paraíso fiscal.

2. Se houver uma falta de transparência.

3. Se as leis ou práticas administrativas não permitem a troca de informações para efeitos fiscais com outros países em relação aos contribuintes que se beneficiam de baixos impostos.

4. Se for permitido a não-residentes beneficiam de reduções de impostos, enquanto na verdade não desenvolver uma atividade no país.

A concessão de vantagens fiscais “anormais”²⁸, além

27 A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico - OCDE¹ (em francês: *Organisation de coopération et de développement économiques*, OCDE) é uma organização internacional de 34 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado. Os membros da OCDE são economias de alta renda com um alto Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e são considerados países desenvolvidos, exceto México, Chile e Turquia. O Brasil não é país membro da OCDE

28 Tôrres, Heleno p. 78

dos benefícios e facilidades de ordem não tributária, especialmente o sigilo bancário e societário, bem como isenções e tratamento concedido a renda de não residentes ou produzidas transnacionalmente, é o grande atrativo para a utilização dos países de tributação favorecida (paraísos fiscais) como instrumento para a prática da lavagem do dinheiro ilícito.

2.2.2 Classificação: Espécies de favorecimento

É necessária a delimitação de das vantagens concedidas, pois existem tipos de favorecimentos no tocante aos paraísos fiscais que devem ser objeto de apreciação. Em geral, as manifestações de favorecimentos e vantagem ocorrem sempre em conjunto.

Além do já elencado paraíso fiscal, pode ser objeto de apreço outras situações de benefícios entendidos como “paraísos”: Paraísos Societários, Paraísos Penais e Paraísos Bancários/Financeiros²⁹.

Paraísos societários são aqueles que oferecem regimes societários com ampla flexibilidade e com a exigência mínima de formalidade na sua constituição, não havendo o estabelecimento de limites de capital social mínimo e limites para endividamento. Como exemplo, são mais freqüen-

29 Sobre a distinção apresentada, Tôrres, Heleno. Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 79/85 e PINTO, Edson. Lavagem de capitais e paraísos fiscais. São Paulo: Atlas, 2007, p. 149/155.

tes as *holding companies*³⁰ e *trading companies*³¹.

Os Paraísos penais são entendidos como Estados que acumulam vantagens em demasia na esfera tributária, aliada com a falta de tipificação rigorosa em legislação penal, principalmente em matéria de lavagem de dinheiro, corrupção, receptação de bens provenientes de atividade ilícita, evasão fiscal, fraudes contábeis e, que ainda aceita a prática de ocultar ou dissimular a origem, natureza, circulação e movimentação de bens.

Por fim, os Paraísos Bancários/Financeiros são aqueles os quais operam sem a exigência de comprovação patrimonial ou fiduciária, ocorrendo a ausência de transparência jurídica e administrativa e de controle cambial. Ainda, dispõem de segredos rígidos quanto a informações bancárias, fiscais e societárias, além de não compartilharem tais informações com a comunidade internacional. Ilhas Cayman, Bahamas e Panamá são exemplos deste tipo de favorecimento.

30 Trata-se de uma companhia mantenedora ou controladora de demais empresas. A *holding* é constituída com a finalidade de administrar e controlar outras empresas.

31 A *Trading Company* é uma empresa que tem como objeto a compra de produtos por conta própria no país onde se encontra sua sede, e a venda ao exterior. Em outras palavras, uma *Trading* possui como atividade principal a aquisição e exportação de produtos por ela adquiridos no mercado interno. Quando da prática dessas operações essas companhias têm um tratamento tributário diferenciado, adquirindo os mesmos benefícios fiscais que são conferidos à empresa que exporta produtos diretamente ao mercado internacional.

2.2.3 Tratamento brasileiro aos Paraísos Fiscais

No ordenamento jurídico nacional, o primeiro diploma legal que veio a tratar da matéria foi a Lei Federal nº 9.430 de 27 de dezembro de 1.996³². A norma em questão trouxe regras até então inexistentes, normatizando as noções preços de transferência³³, pessoa vinculada, além da previsão dos caracteres dos países com tributação favorecida, denominação legal dos paraísos fiscais.

No lastro lei 9.613/98, em seu art. 24-A³⁴, no seu pa-

32 Lei Federal nº 9.430 de 27 de dezembro de 1.996: Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.

33 O termo “preço de transferência” significa o preço praticado na compra e venda (transferência) de bens, direitos e serviços entre partes relacionadas (pessoas vinculadas). Em razão das circunstâncias peculiares existentes nas operações realizadas entre empresas vinculadas, esse preço pode ser artificialmente estipulado e, conseqüentemente, divergir do preço de mercado negociado por empresas independentes, em condições análogas - preço com base no princípio *arm's length*.

34 Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

rágrafo único, fixa com precisão as características entendidas pelo estado brasileiro como características de um país com tributação favorecida.

O Brasil, normalmente, considera paraísos fiscais todos os países com tributação da renda inferior a 20%. A Secretaria da Receita Federal publica periodicamente uma lista dos países considerados “paraísos fiscais”, sendo a mais recente a Instrução Normativa nº 1.037, de 2011.

Ressalte-se também, que o art. 4º da Lei Federal nº 10.451/2002, conferiu o mesmo tratamento dado aos preços de transferência, para as operações realizadas com países ou dependências cuja legislação interna garanta sigilo à composição societária de pessoas jurídicas. Esta alteração legal vem no mesmo sentido das atuais discussões travadas internacionalmente acerca dos paraísos fiscais, combatendo-os não apenas pelo reduzido nível de tributação.

2.3 Utilização dos Paraísos Fiscais para a Lavagem de Dinheiro

O *modus operandi* da lavagem de dinheiro tem, distintamente, três etapas, sendo, primeiramente o distan-

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008).

ciamento dos fundos de sua origem, evitando uma associação direta deles com o crime; segundo, o disfarce de suas várias movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos; e terceiro, a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos depois de ter sido suficientemente movimentado no ciclo de lavagem e poder ser considerado “limpo”.

2.3.1 Fases ou etapas da lavagem de dinheiro

Os mecanismos mais utilizados no processo de lavagem de dinheiro envolvem, teoricamente, essas três etapas³⁵ independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

a) Colocação ou *Placement*³⁶ – a primeira etapa do processo é a colocação do dinheiro no sistema econômico. Objetivando ocultar sua origem, o agente visa movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal³⁷. A colocação se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos ne-

35 As etapas da lavagem de dinheiro e seus conceitos são citados em MAIA, Rodrigo Tigre, p. 37. PINTO, Edson, p. 106. CONSERINO, Cássio Roberto, p.21. Além disso, estas etapas/fases são também reconhecidas e adotadas pelo GAFI/FATF e pelo Banco Mundial.

36 Utilizado os termos em inglês, haja vista serem amplamente difundidos e mundialmente adotados.

37 Pode-se praticar o crime de lavagem de dinheiro em qualquer lugar. Entretanto, os criminosos valem-se dos paraísos fiscais, haja vista a baixa fiscalização, o rígido sigilo das informações societárias e das pessoas físicas, além da tributação favorecida.

gociáveis ou compra de bens. Para dificultar a identificação da procedência do dinheiro, os criminosos aplicam técnicas sofisticadas e cada vez mais dinâmicas, tais como o fracionamento dos valores³⁸ que transitam pelo sistema financeiro e a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie.

b) Ocultação ou *Layering* – a segunda etapa do processo consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas “fantasmas”.

c) Integração ou *Integration* – nesta última etapa, os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico, seja em investimentos, bens de alto valor e, recentemente, até em transações entre atletas, em especial no futebol.

Nesta última etapa, uma vez integralizado o capital na economia local, com extrema dificuldade se dará prisão em flagrante ou até mesmo a imputação responsabilidades penais.

38 Conhecida como “*Smurfing*”, consiste na quebra de grandes quantias em dinheiro em quantias menores e menos suspeitas. Nos EUA, a partir de \$10 mil, os bancos devem declarar a transação ao governo. No Brasil, esta quantia é de R\$10 mil. Com esta prática, evita-se o controle e a fiscalização estatal.

Há diversas outras operações comerciais realizadas internacionalmente que facilitam a lavagem de dinheiro e, por essa razão, merecem exame permanente detalhado. Entre essas operações estão, por exemplo, a compra e venda de jóias, pedras e metais preciosos e objetos de arte e antigüidades. Esse comércio mostra-se muito atraente para as organizações criminosas, principalmente por envolverem bens de alto valor, que são comercializados com relativa facilidade. Além disso, essas operações podem ser realizadas utilizando-se uma ampla gama de instrumentos financeiros, muitos dos quais garantem inclusive o anonimato.³⁹

2.3.2 Operações em Centros Financeiros *Offshore*

Os Centros Financeiros *Offshore* – CFO (*Offshore Financial Center* – OFC) constituem sistemas financeiros cujos bancos têm ativos e passivos externos desproporcionais às transações em conta corrente das economias domésticas dos países onde estão instalados, já que, especialmente, servem para a realização de operações transnacionais e, desta maneira, recebem pouca atenção local⁴⁰. Tais centros *offshore* oferecem abrigo sofisticado aos capitais que procuram “proteção”, isto é baixa fiscalização e mínima exigência documental.

39 Cartilha do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, p.8.

40 PINTO, Edson, p. 152.

Nos Centros Financeiros *Offshore* – CFO, as empresas não recebem fiscalização contábil e, desta feita, permitem a possibilidade de significativas movimentações monetárias e operações de transferência de dinheiro obtido em atividades ilegais.

Com a existência dos Centros Financeiros *Offshore* – CFO, não é possível afirmar que se a completa extinção dos paraísos fiscais faria diminuir o volume de capital lavado. Por mais que haja ações no intuito de combater a lavagem de dinheiro ilícito através dos paraísos fiscais, o fato dos CFO's não sofrerem qualquer restrição ou atuação de fiscalização, os eleva à condição de grandes centros da lavragem de dinheiro.

2.3.3 Outros instrumentos financeiros

Não obstante à utilização dos paraísos fiscais, bem como dos centros *offshore* para utilização na prática da lavagem de dinheiro, vale destacar alguns instrumentos financeiros que são objeto de uso por parte de agentes lavadores de capital ilícito.

Instrumento utilizado com o intuito de mascarar transações de capital ilícito, o *Smurffing* consiste na fragmentação de grande quantia monetária, oriunda na sua totalidade de crime antecedente à lavagem de dinheiro, com o objetivo de fugir do controle de autoridades administrativas. No Brasil, o Banco Central é o órgão competente para fiscalizar estas transações. O limite pra

transações é R\$ 10.000,00 (dez mil reais), segundo Carta Circular 2.852/98, Art. 4, inc. I.⁴¹

Desta forma, o agente utiliza movimentações ou transferências abaixo o valor fiscalizado, dividindo-o em tantas quantias que forem suficientes para não levantar desconfiança e, assim, macula a origem e afastando a possibilidade de fiscalização.

Outro instrumento financeiro utilizado é o *Commingling*⁴². Trata-se da conjunção entre o capital lícito e o ilícito com o intuito de branquear/ regularizar a quantia monetária ilícita advinda de algum crime antecedente. De forma a exemplificar, entende-se quando da utilização de recursos provenientes de crime antecedente são incorporados em empresa lícita, utilizando deste capital maculado para realizar pagamentos, aquisições para a própria empresa e, desta maneira, inviabilizando o seguimento do capital e seu rastreamento, tendo como objetivo misturar os capitais lícitos e ilícitos.

Verifica-se que estes mecanismos financeiros são utilizados para dificultar o rastreamento do capital oriundo de atividade ilícita e, mais, dificultar a responsabilização do agente causador do ilícito.

41 Art. 4º Deverão ser comunicadas ao Banco Central do Brasil, na forma que vier a ser determinada, quando verificadas as características descritas no art. 2º:

I - as operações de que trata o art. 1º, inciso III, cujo valor seja igual ou superior a R\$10.000,00 (dez mil reais);

42 Traduzido do inglês como Fungibilidade. Literalmente, significa “misturar”.

3. O crime da lavagem de dinheiro: regime jurídico nacional e transnacionalidade

A partir das experiências de outros países e frente ao seu dever assumido diante da Convenção de Viena de 1988, o Brasil editou a Lei 9.613/98, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro. Trata-se de uma lei que reflete antigos anseios da sociedade no combate, não só da lavagem de dinheiro, mas dos crimes antecedentes, mesmo que de forma indireta, através do poder coercitivo das penas previstas na lei.

3.1 Tratamento brasileiro a luz da lei 9.613/98

O Brasil cedeu às pressões internacionais e, diante os compromissos assumidos, promulgou a Lei 9.613/98, a qual dispõe sobre a lavagem de dinheiro.

A Lei 9.613/98 é uma complexa interação de diversos ramos do Direito, como Direito Penal e Processo Penal, Direito Penal Internacional, Administrativo, Financeiro e Comercial, possibilitando ainda discussões constitucionais. É estruturada em nove capítulos, respectivamente: ‘Dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores’; ‘Disposições processuais especiais’; ‘Dos efeitos da condenação’; ‘Dos bens, direitos e valores oriundos de crimes praticados no estrangeiro’; ‘Das pessoas sujeitas à Lei’; ‘Da identificação dos clientes e manutenção dos registros’; ‘Da comunicação de operações financeiras’; ‘Da responsabilidade administrativa’; ‘Do Conselho de Controle de Atividades Financeiras’.

3.1.1 Objeto da Lei

Em seu bojo, a lei admite a quebra de alguns paradigmas e valores constitucionais, tão somente nos casos que existam irrefutáveis provas e razões plenamente justificáveis. Admite que a *legi longa manus*⁴³ do direito alcance na privacidade, quebrando sigilo telefônico e bancário e, portanto, o interesse público prevalece sobre as relações do interesse privado.

Neydja Maria Dias de Moraes⁴⁴, oportunamente, versa sobre o escopo da Lei: a) estabelecer um novo tipo penal especial; b) coibir a utilização do sistema financeiro nacional como instrumento para a “lavagem”; c) instituir uma agência nacional de inteligência financeira, o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras; d) criar normas administrativas, penais e processuais específicas para a prevenção e punição dos crimes instituídos.

No entendimento de Rodrigo Tigre Maia (1999, p. 53), o crime de lavagem de dinheiro é um conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos

43 Do latim: longa mão da lei. Expressão utilizada no campo jurídico para expressar o grande alcance das leis e do direito.

44 O crime de lavagem de dinheiro no Brasil e em diversos países. Elaborado em 04.2005. Em: <http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=742>. Acesso em 15/10/2010.

ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da justiça.

Ainda, conforme o Professor Rodrigo Tigre Maia (1999, p. 53/54), a Lei 9.613/98 tem finalidades imediatas (identificação da procedência de bens, inviabilização da fruição de bens de origem ilícita, etc.) e mediatas (tais como desestimular a prática de crimes, restaurar danos causados aos particulares, etc.)

A Lei estabeleceu penas que variam de três a dez anos (art. 1), além da proibição de fiança ou liberdade provisória (art. 3).

3.1.2 O tipo objetivo principal

Verifica-se o artigo inicial da aludida lei:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

Conforme disposto no *caput*, nota-se a existência de dois verbos, “ocultar” e “dissimular”, os quais dispõem sobre a conduta típica básica da lavagem de dinheiro.

A utilização destes dois verbos está em consonância com a tipificação contida no artigo 3º, b.i e b.ii, da Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes⁴⁵.

45 b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento

Com isso, criminaliza-se a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores. Pretendeu-se a redação de tipo penal bastante abrangente, com a finalidade de evitar dúvidas interpretativas.⁴⁶

Muito embora um ato típico de lavagem de dinheiro possa ser revestido de alta complexidade, por se tratar de um crime ardiloso e munido de métodos a dificultar seu rastreamento, há a possibilidade da imputação do crime mesmo pela prática de atos muitas vezes singelos e simples. Sobre isso, há inclusive precedente do Supremo Tribunal Federal⁴⁷.

Não obstante, outros países adotaram formas diversas para a tipificação do crime de lavagem. É o caso, a título de

de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo , ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão

46 PITOMBO, Sérgio A. de Moraes, p. 31

47 RHC 80816, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 18/06/2001, DJ 18-06-2001 PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249)

estudo, da Argentina⁴⁸, França⁴⁹, Itália⁵⁰ e Índia⁵¹.

Evidentemente, com o estudo de casos concretos, podem ser examinados métodos e esquemas a fins de instrução da lavagem de dinheiro, com o objetivo da identificação da tipologia disposta na lei e, desta feita, entender os meca-

48 Código Penal de la Nación. Artículo 278: 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí;

49 Na França, o crime de lavagem de dinheiro abrange 4 tipos diferentes, variando segundo o crime antecedente ou o relacionado à lavagem.(HOTTE, David G., HEEM, Virginie. *La lutte contre La blanchiment des capitaux*, p. 41) Há o crime de lavagem relacionado ao tráfico de drogas (artigo 222 a 238 do Código Penal), o crime de lavagem ligados a atos de terrorismo (artigo 421 do Código Penal), o crime de lavagem relacionado a uma operação financeira entre a França e o estrangeiro e envolvendo fundos provenientes de um delito aduaneiro ou de um crime de tráfico de drogas (artigo 415 do Código Aduaneiro) e, por fim, o crime de lavagem relacionado a todo crime ou delito (artigo 324 do Código Penal).

50 Código Penal Italiano, Art. 648 Recciclaggio. Ter Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita: Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli artt. 648 e 648 bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire 2 milioni a lire 30 milioni

51 Na Índia, o crime de lavagem de dinheiro está previsto na Seção 3 do “The Prevention of Money Laundering Act, 2002”. Para aprofundamento, vide TREHAN, Jyoti. *Crime and Money Laundering: The Indian Perspective*, 2004.

nismos complexos utilizados no crime, bem como a estruturação lógica para o objetivo de branquear o capital ilícito.

3.1.3 Normatizações, Cartas Circulares e Resoluções do Banco Central do Brasil

Sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, tem primordialmente a já aludida Lei 9.613/98. Porém, a preocupação com o crime da lavagem de dinheiro sempre se mostrou latente e presente em outros ordenamentos jurídicos. Já em 1986, através da Lei 7.560 se criou o fundo Nacional Anti Drogas. No ano de 1993, através da Lei 8.764/93 se instituiu, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo de Prevenção, recuperação e Combate ao Abuso de Drogas (FUNCAB), a ser gerido pela Secretaria Nacional de Entorpecentes.

Anote-se, pois, que os recursos provenientes deste Fundo, serão destinados, entre outras hipóteses, ao custeio relativo às ações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, no tocante ao combate dos crimes de lavagem de dinheiro⁵².

Quanto ao regramento administrativo de situações envolvendo lavagem de dinheiro, no ano de 1999 o Banco Central editou a carta circular nº 2.852, a qual dispôs sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei 9.613/98.

52 Conforme CONSERINO, Cássio Roberto, p. 9.

Em destaque na referida carta circular está o art. 6º, *in verbis*, As instituições e entidades mencionadas no art.1 bem como a seus administradores e empregados, que deixarem de cumprir as obrigações estabelecidas nesta Circular serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelo BACEN, as sanções previstas no Art. 12 da Lei 9.613/98.

As Instituições estão obrigadas a manter atualizadas as informações cadastrais dos clientes; O cadastro deve ser conservado por um período de 05 (cinco) anos, contados a partir do 1º dia do ano seguinte ao do encerramento da conta corrente ou conclusão da operação; Manter controles que permitam identificar o cliente e verificar a compatibilidade entre as movimentações financeiras e capacidade econômica financeira do mesmo. O controle deve abranger a totalidade das operações de uma pessoa, conglomerado ou grupo; Para Pessoas Jurídicas, as Instituições devem manter cadastro completo dos procuradores, bem como de seus controladores;

Ainda, devem desenvolver e programar controles para detectar as operações que caracterizem indício de ocorrência de “lavagem”; As Instituições, administradores e empregados, que deixarem de cumprir as determinações da Circular, estarão sujeitos as penalidades previstas na Lei 9.613/98⁵³.

Com finalidade de se expandir o entendimento, válida é a exposição linha do tempo com as regulamenta-

53 Em <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo>, acesso em 05.07.2011.

ções do Banco Central (BACEN) pertinentes a lavagem de dinheiro⁵⁴.

De forma concorrente, as normatizações administrativas regulam as atividades econômicas, com a finalidade de se obter informações pertinentes a prática do crime de lavagem de dinheiro, bem como introduzir ao ordenamento jurídico pátrio subsídios para o combate do crime, bem como a identificação de seus agentes.

3.2 Transnacionalidade do Crime da lavagem de dinheiro

Além do crescimento, natureza, diferentes motivações adaptáveis dos criminosos e das empresas, é difícil encontrar consenso na comunidade internacional sobre quais atividades devem ser tratados como um crime transnacional. Desentendimentos sobre sanções internacionais e as diferenças nacionais nos códigos civis, especialmente entre os modernos e os Estados em desenvolvimento, ainda complicam mais a utilização das abordagens tradicionais de justiça penal para o crime transnacional.

Ainda se tratando da lavagem de dinheiro, a transnacionalidade criminal se torna dissipada quando da internalização do capital ilícito e, assim, dificultando a aplicação da legislação.

54 Conforme consulta formulada ao site do Banco Central do Brasil, em <http://www.bcb.gov.br>, acesso em 05.07.2011.

3.2.1 Crime Transnacional: Conceito

O crime transnacional é uma ameaça às instituições democráticas e um desafio para o ordenamento jurídico internacional. A ONU, inserida nesse contexto de insegurança, buscou harmonizar as normas jurídicas referentes ao crime organizado e estabeleceu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Esse instrumento se transformou em uma das mais importantes medidas internacionais no combate ao crime organizado transnacional.

A Convenção das Nações Unidas para contra o Crime Organizado Transnacional (TOC), adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, discorre sobre os crimes transnacionais e elenca os fatores para a atribuição do ilícito internacional.

O Brasil, aprovou e incorporou a convenção em 12 de março de 2004, através do decreto nº 5015⁵⁵. Em seu escopo, precisamente no art. 3, § 2, a inteligência do texto conceitua a transnacionalidade de um crime:

2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:
 - a) For cometida em mais de um Estado;
 - b) For cometida num só Estado, mas uma parte

55 Conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 49, inc. I é competência exclusiva de o Congresso Nacional resolver definitivamente sobre acordos, tratados ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenham lugar em outro Estado;

c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou

d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Com este entendimento, fica evidenciado que a lavagem de dinheiro, utilizando os países de tributação favorecida como meio a branquear o capital oriundo de atividade ilícita, inclui-se no rol de crimes transnacionais.

Senão, vejamos: sabido que se exige a obtenção de capital oriundo de atividade ilícita ou capital que, há de se falar, não encontra base nem origem lícita para ser declarado ao fisco. Este fato ocorre no país de origem. A transnacionalidade do crime inicia-se com a remessa ilegal de monta de capital não declarado ou de origem ilícita a outro país, este com tributação favorecida, os paraísos fiscais. A *conditio sine qua non*⁵⁶ para a concretização da lavagem do dinheiro ilícito é o retorno deste capital maculado ao país de origem, com aspecto de dinheiro lícito, com origem definida. O simples fato de remeter capital à

56 Do latim: condição sem a qual não se atingirá seu objetivo. No âmbito do Direito Penal, não havendo o *conditio sine qua non*, não há nexo de causalidade, e nem há crime, como diz o Art. 13 do Código Penal: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

um paraíso fiscal não constitui crime. Entretanto, se este capital ilícito retorna e é incorporado na economia local, constitui os elementos necessários à sua caracterização de crime⁵⁷ transacional⁵⁸.

3.2.2 A Convenção de Palermo

O crime transnacional é uma ameaça às instituições democráticas e um desafio para o ordenamento jurídico internacional. A ONU, inserida nesse contexto de insegurança, almejou harmonizar as normas jurídicas referentes ao crime organizado e estabeleceu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado⁵⁹ Transnacional. Esse instrumento se transformou em uma das mais importantes medidas internacionais no combate ao crime organizado transnacional.

A convenção estabelece que os países signatários se comprometam a adotar medidas que incriminem *“a conversão ou a transferência de bens oriundos da atividade criminosa conexa como tráfico de substância estupefaciente ou psicotrópica, com finalidade de esconder ou en-*

57 Segundo a doutrina, crime constitui uma conduta típica, antijurídica e culpável.

58 Que vai além de suas fronteiras, englobando mais de uma nação.

59 Artigo 2. Terminologia. Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

cobrir a proveniência ilícita. O acordo também estabelece o confisco dos produtos do crime ou dos bens e propõe que o sigilo bancário não seja tão rigoroso⁶⁰.”

Observa-se, então, que o Brasil⁶¹ e mais outros 123 países assinaram a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional em 2000 na Itália, mais conhecida como Convenção de Palermo.

A Convenção permite que os governos evitem e combatam o crime organizado transnacional de forma mais eficaz, através de um conjunto comum de ferramentas que dispõem de técnicas de legislação criminal, além da cooperação internacional. Analisando os dispositivos da Convenção de Palermo, desde que obedecidos todos os trâmites previstos na Constituição Federal, equiparados às leis ordinárias, nota-se a previsão de diversos institutos e procedimentos que, bem antes da sua celebração, já estavam previstos no ordenamento jurídico interno.

O art. 2º traz uma série de medidas cabíveis e que visam aparelhar os órgãos da persecução penal no desiderato da colheita de provas. Ocorre que no referido artigo somente há a menção das ações, sendo que muitas delas são pormenorizadamente disciplinadas em outras leis. O

60 Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro / Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas. Brasília: CJF, 2002. Pg. 30.

61 No Brasil, incorporado ao ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 - Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

art. 8º, a e b, determina a criminalização da corrupção. Outra disposição constante da Convenção é a necessidade de proteção das testemunhas.

O art. 6º da Convenção estabelece que os Estados parte adotem medidas legislativas no sentido de criminalizar as condutas de lavagem de dinheiro. Observe-se que, no Brasil, o crime de lavagem de dinheiro já está previsto na lei nº 9.613/98.

O art. 12 recomenda que cada Estado parte deverá adotar medidas no sentido da apreensão e confisco do produto das infrações cometidas pela organização criminosa, bem como dos bens utilizados na prática delituosa. Tais medidas já estão previstas no Código de Processo Penal, conforme se depreende da leitura dos artigos 125 usque 144, que trata das medidas assecutorórias. Ademais, o artigo 13 determina a adoção de medidas de cooperação internacional para efeitos de confisco dos bens referidos no art. 12. Apesar de inexistir um instrumento internacional específico tratando da cooperação internacional para o confisco dos bens, no Brasil tal medida se dá pelo cumprimento das cartas rogatórias, sendo que tal medida está prevista no art. 210 do Código de Processo Civil⁶².

62 Art. 210 do Código de Processo Civil. A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato.

Deste modo, verifica-se que as disposições previstas na Convenção de Palermo, de uma alguma forma, são reproduzidas na legislação pátria. Ocorre que, devido à inflação legislativa, muitas medidas de combate às organizações criminosas estão distribuídas em diversas leis, que por sua vez, caem no ostracismo e não são devidamente utilizadas.

4. Cooperação jurídica internacional para a repatriação de ativos

A cooperação internacional pauta-se na tendência de se adotar institutos jurídicos que priorizem a recuperação dos ativos ilicitamente obtidos pela organização criminosa, visando à desestruturação e paralisa deste grupo de indivíduos focados em macular o capital.

Novos instrumentos de identificação da atividade e novas formas de punibilidade contribuem para o aumento do o risco e, assim, encarecendo a prática do crime e o financiamento do combate às organizações criminosas.

4.1 Ação internacional contra a lavagem de dinheiro

Há tempos que se discute e são elaborados estudos visando alcançar mecanismos para o controle e fiscalização sobre remessas de dinheiro transnacionais. Não obstante a este controle, depende-se de combater o crime primário, aquele que dá origem a obtenção do capital ilícito, seja ele em dinheiro, bens, entre outros.

O tema da lavagem de dinheiro, embora conhecido desde a década de 80, difundiu-se, nos últimos anos, em conferências internacionais e a preocupação com os aspectos práticos do combate a esse crime começou a se materializar de forma mais ampla já no início dos anos 90.

4.1.1 Convenção de Viena e Convenção de Mérida

Inicialmente, importante verificar o conceito de convenção internacional, conforme entendimento do governo brasileiro⁶³:

Uma convenção internacional é um acordo de vontades, regido pelo Direito Internacional, estabelecido por escrito, entre Estados, agindo na qualidade de sujeitos internacionais, do qual resulta a produção de efeitos jurídicos. Vale mencionar que, no Brasil, as Convenções Internacionais são internalizadas no arcabouço jurídico interno com status de lei ordinária, tornando-se, pois, uma norma de aplicação obrigatória no país.

A “Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, aprovada em Viena, Áustria, em 1988, no âmbito das Nações Unidas, mais conhecida como “Convenção de Viena”, teve como propósito promover a cooperação internacional no trato das questões ligadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e crimes correlatos, dentre eles a lavagem de dinheiro. Trata-se do primeiro instrumento jurídico internacional a definir como crime a

63 Disponível em <http://www.cgu.gov.br/onu/convencao/info/index.asp>

operação de lavagem de dinheiro. O Brasil ratificou a Convenção de Viena em junho de 1991, através do decreto nº 157 de 26 de junho de 1991.

Esta convenção versou oportunamente sobre cooperação jurídica internacional a fins de mútua assistência nos casos envolvendo lavagem de dinheiro oriundo do tráfico ilícito de substâncias psicotrópicas. Como destaque, o seguinte:

Artigo 7 - Assistência Jurídica Recíproca

1 - **As Partes se prestarão, de acordo com o disposto no presente Artigo, a mais ampla assistência jurídica recíproca nas investigações, julgamentos e processos jurídicos** referentes a delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3.

3 - **As Partes poderão prestar qualquer outra forma de assistência judicial recíproca** autorizada pelo direito interno da Parte requerida.

4 - **As Partes, se assim lhes for solicitado e na medida compatível, facilitarão ou encorajarão a apresentação ou disponibilidade das pessoas, incluindo a dos detentos, que consintam em colocar com as investigações ou em intervir nos procedimentos.**

5 - **As Partes não declinarão a assistência jurídica recíproca prevista neste Artigo sob alegação de sigilo bancário.**

O artigo 3^o⁶⁴ da presente Convenção versa sobre bens e capitais e sua possível dissimulação no intuito de macular a origem do montante:

b) i) **a conversão ou a transferência** de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, **com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos;**

ii) **a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens,** sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;

A partir do Decreto nº 5.687/2006⁶⁵, as autoridades fiscalizadoras obtiveram a chancela para prevenir e reprimir a prática ilegal da corrupção. O decreto promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, mais conhecida como Convenção de Mérida. A

64 Artigo 3 - Delitos e Sanções. 1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

65 Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006: Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

Convenção foi realizada em 2003, na cidade mexicana de Mérida, e resultou na assinatura de um documento por mais de cem países, entre eles o Brasil, que se comprometem a combater a corrupção.

A Convenção de Mérida é o primeiro tratado global contra a corrupção. Ele oferece a estrutura legal para criminalizar práticas de corrupção, ampliar a cooperação internacional no enfrentamento de paraísos fiscais e facilitar a recuperação de ativos desviados para o exterior, esforçando-se para atingir a finalidade base sendo esta a recuperação do ativo.

A Convenção também trata da cooperação internacional. A restituição de ativos, aliás, é um princípio fundamental da convenção e, de acordo com o texto, “os Estados participantes se prestarão a mais ampla cooperação e assistência entre si”. Para haver a facilitação da comunicação entre os países signatários, a convenção também prevê a cooperação interna, entre os órgãos responsáveis por combater a corrupção.

4.1.2 Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro - GAFI (ou *Financial Action Task Force* – FATF)

A *Financial Action Task Force*⁶⁶ (FATF) é um órgão inter-governamental cujo objetivo é o desenvolvimento e

66 Disponível em inglês em: <http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236836_1_1_1_1_1,00.html>

promoção de políticas, tanto a nível nacional e internacional, para combater a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. A Força-Tarefa é, portanto, um “órgão político” que trabalha para gerar a necessária vontade política para realizar nacional reformas legislativas e regulamentares nestas áreas.

O progresso dos membros do GAFI (em português, Grupo de Ação Financeira Internacional) monitores na implementação de medidas necessárias, revisões técnicas de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e contramedidas, e promove a adoção e implementação de medidas adequadas a nível mundial. Na realização dessas atividades, o GAFI colabora com outros organismos internacionais envolvidos no combate à lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo.

O GAFI é atualmente composto por 34 membros e duas jurisdições de organizações regionais⁶⁷, representando a maioria dos principais centros financeiros em todas as partes do globo.

Ainda, existem os membros associados, sendo eles órgãos com atuação similar ao GAFI:

67 Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, Comissão Europeia., Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Conselho de Cooperação do Golfo do, Hong Kong, China, Islândia, Índia, Irlanda, Itália, Japão, Reino dos Países Baixos, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, República da Coreia, Rússia, Singapura, África do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos.

The Asia/Pacific Group on Money Laundering (APG)

Caribbean Financial Action Task Force (CFATF)

The Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures (MONEYVAL) (formerly PC-R-EV)

The Financial Action Task Force on Money Laundering in South America (GAFISUD)

Middle East and North Africa Financial Action Task Force (MENAFATF)

Eurasia Group (EAG)

Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group (ESAAMLG)

Intergovernmental Action Group against Money-Laundering in Africa (GIABA)

O GAFI não tem uma constituição bem definida ou um tempo de vida ilimitado. A Força-Tarefa opinou sua missão a cada cinco anos. O GAFI tem sido na existência desde 1989. Em 2004, representantes do Ministério dos membros do GAFI concordou em prorrogar o mandato da Força-Tarefa até 2012.

4.1.3 Unidades Financeiras de Inteligência – UFI

Uma Unidade Financeira de Inteligência (em inglês *Financial Intelligence Unit*) define-se como a agência central nacional, responsável por receber (e, se permitido, requisitar), analisar e encaminhar às autoridades competen-

tes, denúncias sobre informações financeiras: a) referentes a recursos oriundos de crime e potencial financiamento do terrorismo; ou b) requisitados pela legislação nacional ou regulamentação, com o objetivo de combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo⁶⁸.

As UFI são mecanismos estatais para a coleta de informações financeiras e envolve escrutinar um grande volume de dados transacionais, normalmente fornecido pelos bancos, como parte das exigências regulamentares. Operações realizadas por certos indivíduos ou entidades podem ser estudados. Alternativamente, as técnicas de mineração de dados ou datamatching pode ser empregada para identificar as pessoas potencialmente envolvidas em uma atividade particular.

No exemplo brasileiro, é o órgão criado por lei, com a finalidade de receber comunicações de operações suspeitas e analisá-las, a fim de identificar possíveis atos de lavagem de bens. A UIF também pode coletar informações, por iniciativa própria, a fim de detectar tais atos. No Brasil, a UIF é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), criado pela Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998⁶⁹.

68 Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=1447&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>>

69 A aludida lei é a Lei de combate à lavagem de dinheiro, amplamente debatida e citada na presente pesquisa.

4.2 Atuações e mecanismos do governo brasileiro

Um setor em que o Brasil talvez tenha a maior presença internacional é o de inteligência financeira. Nesse sentido, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é reconhecido pela comunidade internacional como a Unidade de Inteligência Financeira (FIU) do Brasil e tem atuado em foros internacionais vinculados ao tema, com destaque para as reuniões do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF) – a principal instituição de combate aos crimes financeiros que sustentam o crime organizado – e nos grupos regionais da América do Sul (GAFISUD⁷⁰) e do hemisfério (Grupo das Américas e Grupo da América Central e Caribe).

4.2.1 Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF

O COAF foi criado pela Lei nº 9.613, de 03.03.98, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícitas rela-

70 O GAFISUD é o Grupo Regional (estilo do GAFI) da América do Sul, criado em 2000, mediante um Memorando de entendimento entre os governos da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Chile, da Colômbia, do Equador, do México, do Paraguai, do Peru e do Uruguai. Tem sede em Buenos Aires, na Argentina, e dedica-se a desenvolver políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo no âmbito da América do Sul. Realiza exercícios de tipologias, e mecanismos de avaliações mútuas similares aos do GAFI.

cionada à lavagem de dinheiro⁷¹.

Os princípios que regem a sua organização e estrutura estão expressos no seu Estatuto, promulgado pelo Decreto nº 2.799, de 08.10.98, e na Portaria nº 330, de 18.12.98, que aprova o Regimento Interno do COAF, regulando seu funcionamento.

O Conselho de controle de atividades financeiras é a unidade de inteligência financeira brasileira e um órgão integrante do Ministério da Fazenda. Possui um papel central no sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, tendo a incumbência legal de coordenar mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro, disciplinar e aplicar penas administrativas e receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas. O COAF também coordena a participação do Brasil em várias organizações internacionais, tais como GAFI, GAFISUD e Grupo de Egmont⁷².

Ainda, tem participado ativamente de eventos internacionais relacionados à lavagem de dinheiro e ao

71 Disponível em: < <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/institucional/o-coaf/sobre-o-coaf/> >

72 Grupo de Unidades de Inteligência Financeira (UIFs), formado com o objetivo de incrementar o apoio aos programas nacionais de combate à lavagem de dinheiro dos países que o integram, e que inclui a ampliação de cooperação entre as UIFs e a sistematização do intercâmbio de experiências e de informações de inteligência financeira. o que melhora a capacidade e a perícia dos funcionários das unidades e gera melhor comunicação por meio da aplicação de tecnologia específica.

financiamento ao terrorismo. Graças ao COAF, o Brasil se tornou membro do GAFI, do GAFISUD e do Grupo de Egmont, sendo reconhecido internacionalmente como um país que luta de forma eficaz contra atividades financeiras ilícitas.

4.2.2 Departamento de recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional do Ministério da Justiça – DRCI

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado por meio do Decreto n.º 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, está subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça.

O DRCI tem como principais atribuições: a análise de cenários, a identificação de ameaças, a definição de políticas eficazes e eficientes e o desenvolvimento de cultura de prevenção e combate à lavagem de dinheiro.

Além disso, 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 de cooperação jurídica internacional.

As competências do DRCI estão dispostas a fins de promover a recuperação de ativos⁷³:

73 Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7A4BFC59ITEMID401B422470464DA481D21D6F2BBD1217PTBRNN.htm>>

A apreensão de bens também pode ser uma grande fonte de recursos para o combate ao crime, bem como uma mensagem de desestímulo aos criminosos. Uma das principais metas do governo brasileiro no combate ao crime organizado é tornar o estado mais eficiente na recuperação de ativos de origem ilícita.

4.2.3 Grupo de trabalho em lavagem de dinheiro e crimes financeiros do Ministério Público Federal – GTLD e a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA

O GTLD é o Grupo de Trabalho da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal dedicado aos temas de lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro. Suas funções⁷⁴ são:

- a) prestar apoio às atividades de investigação e persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal;
- b) promover articulação interna e externa, dentro do sistema nacional e internacional antilavagem de dinheiro.

Ainda, o grupo dispõe da ASCJI – Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional está vinculada ao Gabinete do Procurador Geral da República e tem como principais atribuições assisti-lo em assuntos de cooperação jurídica internacional com autoridades estrangeiras e organismos internacionais, bem como no relacionamento com os ór-

74 Disponível em <<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/sobre-o-gtld/>>

gãos nacionais voltados às atividades próprias da cooperação internacional. A ASCJI é composta por três subprocuradores-gerais da República, designados pelo PGR, sendo um deles o coordenador.

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA⁷⁵ foi criada em 2003 (mesmo ano de criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI), como forma de contribuir para o combate sistemático à lavagem de dinheiro no País. Posteriormente, em 2006, o tema “combate à corrupção” foi incluído como um dos objetivos da Estratégia.

A ENCCLA consiste na articulação de diversos órgãos dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, com o objetivo de identificar e propor ajustes aos pontos falhos do sistema antilavagem e anticorrupção.

Atualmente, cerca de 60 órgãos e entidades fazem parte da ENCCLA, tais como, Ministérios Públicos, Policiais, Judiciário, órgãos de controle e supervisão – CGU⁷⁶,

75 Disponível em http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE_041E8ITEMID3239224CC51F4A299E5174AC98153FD1PTBRIE.htm, acesso em 30.09.2001.

76 Controladoria Geral da União

TCU⁷⁷, CVM⁷⁸, COAF⁷⁹, PREVIC⁸⁰, SUSEP⁸¹, Banco Central, Agência Brasileira de Inteligência, Advocacia Geral da União, Federação Brasileira de Bancos, entre outros.

4.3 Instrumentos eficazes na utilização prática do resgate de ativos

A grande tendência que se molda atualmente é a harmonia global no tocante à cooperação jurídica internacional nas relações bilaterais e multilaterais, pois, é fato que, sem a devida colaboração de todos os países, será impossível o controle dos crimes financeiros transnacionais e, mais, a recuperação desse ativo advindo do ilícito.

A legislação pátria dispõe sobre esta cooperação no artigo 8º, da Lei de Lavagem de Dinheiro:

Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º, praticados no estrangeiro.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando **o governo do país da autoridade**

77 Tribunal de Contas da União

78 Comissão de Valores Mobiliários

79 Conselho de Controle de Atividades Financeiras

80 Superintendência Nacional de Previdência Complementar

81 Superintendência de Seguros Privados

solicitante prometer reciprocidade ao Brasil.
(grifo nosso)

§ 2º na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados por solicitação da autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

Para tal, alguns instrumentos de cooperação internacional se tornam eficazes para a contribuição do cerceamento das atividades ilícitas e, assim, dando início ao rastreamento e recuperação do montante e sua posterior repatriação.

4.3.1 As 40 recomendações do GAFI/FATF

Em 1990, o GAFI/FATF publicou as “40 Recomendações” com o intuito de estabelecer ações a serem seguidas pelos países imbuídos do propósito de combater o crime de lavagem de dinheiro, bem como para promover a repatriação dos ativos oriundos de crime. Duas metas principais são fornecer instrumentos para o desenvolvimento de um plano de ação completo de combate à lavagem de dinheiro e discutir ações ligadas à cooperação internacional. Em 1996, as 40 Recomendações⁸² foram revisadas a fim de que

82 As Quarenta Recomendações e as Oito Recomendações Especiais do GAFI foram reconhecidas pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial como os padrões internacionais para o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo

pudesse refletir as tendências atuais do crime de lavagem e potenciais ameaças futuras, como o terrorismo.

No tocante à lavagem de dinheiro transnacional e a repatriação de ativos oriundo deste crime, as recomendações do GAFI são balizas utilizadas pelos Estados a fim de conter a proliferação do crime. Neste ato, se faz útil para aclarar o entendimento, versar sobre os principais itens da cooperação internacional.

A recomendação nº 36 é essencial para o entendimento da assistência jurídica mútua entre os Estados:

36. Os países deveriam, de forma rápida, construtiva e eficiente, proporcionar o mais amplo auxílio judiciário mútuo nas investigações e procedimentos de natureza criminal sobre o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo e em procedimentos conexos. Em especial, os países: a) **Não deveriam proibir nem colocar condições injustificadas ou indevidamente restritivas à prestação de auxílio judiciário mútuo;** b) Deveriam assegurar-se de que dispõem de procedimentos claros e eficazes para a execução dos pedidos de auxílio judiciário mútuo; c) **Não deveriam recusar a execução de um pedido de auxílio judiciário mútuo, tendo como única justificção o fato de o crime envolver também matéria fiscal;** d) **Não deveriam recusar a execução de um pedido de auxílio judiciário mútuo, tendo como justificção o fato de o seu direito interno impor às instituições financeiras que mantenham o segredo ou a confidencialidade.**

Os países deveriam assegurar que os poderes atribuídos às autoridades competentes, de acordo com a Recomendação 28⁸³, podem ser também utilizados para dar resposta a pedidos de auxílio judiciário mútuo e, se for compatível com o seu direito interno, responder a pedidos diretos, apresentados por autoridades judiciárias ou autoridades de aplicação da lei estrangeira às suas homólogas nacionais. (...)

Acerca do instituto jurídico da dupla incriminação⁸⁴, versa a recomendação nº 37:

37. Os países deveriam prestar o mais amplo auxílio judiciário mútuo mesmo na ausência da dupla incriminação.

Quando a dupla incriminação seja um requisito exigido para a prestação de auxílio judiciário mútuo ou para a extradição, tal requisito deverá considerar-se cumprido independentemente de ambos os países subsumirem o crime na mesma categoria de crimes ou de tipificarem o crime com a mesma terminologia, sempre que em ambos os países esteja criminalizada a conduta subjacente à infração.

83 Recomendação nº 28: Ao conduzir investigações sobre o branqueamento de capitais e as infrações subjacentes, as autoridades competentes deveriam estar em condições de poder obter documentos e informações para utilizar nessas investigações, nos procedimentos de natureza criminal e em ações relacionadas. Esses poderes deveriam incluir a possibilidade de impor às instituições financeiras e a outras entidades medidas compulsórias para a apresentação de documentos, para a busca e a revista de pessoas e locais e para a apreensão e obtenção de prova.

84 Quando a conduta do agente é tipificada como crime em ambas as jurisdições.

Importante ressaltar que a dupla incriminação é um dos entraves jurídicos de maior relevância para a não cooperação entre os países. Sobre tal situação, a inteligência do art. 42, item 2º, da Convenção de Mérida já advinha a expor esta questão, no sentido de que os países signatários aceitassem os pedidos de assistência jurídica, independente de incorrer em delito na legislação do estado requerido.

A recomendação de nº 38 informa aos Estados, medidas com a finalidade de atenção aos frutos e capitais percebidos com a prática de crime:

38. Seria conveniente que pudessem **ser tomadas medidas rápidas, em resposta a pedidos de outros países, para identificar, congelar, apreender e declarar a perda de bens objeto de branqueamento de capitais, de produtos derivados do branqueamento ou das infrações subjacentes, de instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados na prática daqueles crimes ou outros bens de valor equivalente.** Deveriam existir também medidas destinadas a coordenar os procedimentos de apreensão e de perda, podendo incluir a repartição⁸⁵ dos bens declarados perdido.

Por fim, a recomendação de nº 40 sugere aos Estados que promovam a cooperação internacional:

40. **Os países deveriam assegurar que as suas autoridades competentes proporcionem as mais**

85 A repartição está presente no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei de lavagem de dinheiro, art. 8.

amplas possibilidades de cooperação internacional às suas homólogas estrangeiras. Deveriam existir dispositivos claros e eficazes que facilitassem, de forma imediata e construtiva, **a troca direta** com as autoridades homólogas⁸⁶, espontaneamente ou a pedido, **de informações sobre o branqueamento de capitais e sobre as infrações que lhe estejam subjacentes.** Essas trocas de informação deveriam ser autorizadas sem condições restritivas indevidas. Em especial:

a) **As autoridades competentes não deveriam recusar um pedido de assistência, tendo como única justificção o fato de o pedido envolver matéria fiscal; (...) os países são igualmente encorajados a permitir uma rápida e construtiva troca de informações com outras autoridades não homólogas.** A cooperação com autoridades estrangeiras diferentes das homólogas pode ter lugar direta ou indiretamente. Quando existirem dúvidas sobre a opção a tomar, as autoridades competentes deveriam, em primeiro lugar, contatar as suas homólogas estrangeiras para solicitar a assistência pretendida.

Contudo, percebe-se que as recomendações do GAFI sugerem, todavia, diferentes canais os quais podem ser adequados para a troca de informação, consoante o tipo de autoridade competente envolvida e a natureza e fins da cooperação.

86 Para os efeitos desta Recomendação: “Homólogas” refere-se às autoridades com atribuições e funções equivalentes.

Em seu bojo, as recomendações do GAFI versam sobre a possibilidade jurídica dos Estados cederem no sentido de prestar informações pertinentes, deixando de lado balizas jurídicas e, por fim, promover a troca de dados a fins de, como objetivo precípua, repatriar os ativos oriundos da lavagem de dinheiro internacional.

4.3.2 O princípio da reciprocidade

Proveniente do termo latino *reciprocitas*, a reciprocidade significa a condição ou a qualidade daquilo que é recíproco (*reciprocus*), isto é, situação em que são estabelecidas condições mútuas ou correspondentes. A reciprocidade, pois, implica na identidade ou na igualdade de direitos, de obrigações ou de benefícios⁸⁷.

Este princípio, na falta de tratado, pode igualmente ser invocado como base para a cooperação se não houver óbice na legislação interna⁸⁸. No caso do crime da lavagem de dinheiro, há inclusive expressa referência no texto legal, no art. 8, § § 1º e 2º, da lei 9.613/98, como base para apreensão, seqüestro e confisco de bens oriundos de crime.

87 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.678-679.

88 Sobre esse assunto, no âmbito da extradição, destaque-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “A ausência de tratado bilateral sobre extradição entre o governo requerente e o Brasil é superada pela promessa de reciprocidade formalizada nos autos, cujo cumprimento não encontra óbice legal.” (Ext. 999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 17.05.07, DJ de 29.06.2007). Se a Corte detém este entendimento acerca da extradição, o mesmo pode ser válido para medidas menos gravosas de cooperação jurídica internacional.

Podemos, de forma a sedimentar o estudo, colacionar o conceito do Prof. Eduardo Biacchi Gomes:⁸⁹

“Através do princípio da reciprocidade, que visa harmonizar as relações entre os países, os direitos e obrigações assumidos por Estado integrante de um tratado internacional ou de um bloco econômico necessariamente deverão ser cumpridos pelos demais Estados signatários do instrumento”.

A assistência jurídica internacional deriva basicamente desse auxílio mútuo ou recíproco que devem os Estados entre si, porém, está claro que se trata de um dever que se impõe a todos os Estados por igual quando a ocasião se apresenta. Da mesma forma, cabe destacar que a regra de reciprocidade só é válida quando não existe um tratado vigente, pois, se existe, não faz sentido eludi-lo na base da reciprocidade.⁹⁰

O princípio da reciprocidade em se tratando do crime da lavagem de dinheiro transnacional se faz oportuna no sentido de aperfeiçoar a recuperação dos ativos oriundos do crime, bem como o acesso a documentações e dados. Com isso, prima-se pela repatriação de bens e valores e, por fim, dando provimento à cooperação jurídica internacional.

89 GOMES, Eduardo, Biacchi. p. 145.

90 Entendimento da OEA – Organização dos Estados Americanos. Disponível em http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ven/sp_ven-mla-gen-reciprocity.html

4.3.3 As redes de cooperação jurídica da assessoria de cooperação jurídica Internacional do Ministério Público Federal

Vinculada ao Gabinete do Procurador-Geral da República, a Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional foi criada em 3 de fevereiro de 2005 pela Portaria PGR N° 23, a qual foi modificada posteriormente, pela Portaria PGR N°627/10.

Entre as principais atribuições da ASCJI, está a de assistir o Procurador-Geral da República em assuntos de cooperação jurídica internacional com autoridades estrangeiras e organismos internacionais, bem como no relacionamento com os órgãos nacionais voltados às atividades próprias da cooperação internacional.

As redes de cooperação jurídica têm a finalidade de solucionar algumas dificuldades que existem na cooperação entre os Estados. O acesso a informações, o cumprimento de prazos e procedimentos jurídicos específicos em cada país e a busca por soluções de auxílio são temas que buscam tratar⁹¹.

Essas redes são formadas por pontos de contato nacionais, designados por autoridades dos Ministérios Públicos, Poder Judiciário e demais entes envolvidos na cooperação jurídica, os quais centralizam temas de cooperação nacionalmente, e atuam como intermediários na intensificação

91 Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/atuacao-da-ccji/redes-de-cooperacao-juridica>

da cooperação entre seu país e os demais membros da rede. Mais do que desempenhar um papel estritamente burocrático, as redes buscam facilitar a cooperação por meio de contatos informais, trocas de informações, remarcação de audiências, exames preliminares em pedidos de auxílio. Com esse intuito, são realizadas reuniões periódicas entre seus membros. Atualmente o Brasil faz parte de três redes de cooperação jurídica internacional.⁹²

A atuação conjunta, associada à cooperação jurídica internacional, bem como a integração de organismos nacionais na efetividade da repatriação de ativos, tem sido um grande avanço jurídico no que tange a coibir a prática de crime, inclusive com os entraves jurídicos existentes, além de demonstrar a atuação prática no resgate dos ativos oriundos de crimes financeiros, em especial a lavagem de dinheiro transnacional.

5. Considerações finais

Através dos estudos e pesquisas realizadas para o desenvolvimento do presente artigo, pode-se extrair breves considerações.

Ocorre que a lavagem de dinheiro através dos chamados paraísos fiscais tem o condão de ser um crime pra-

92 1. Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial (IberRED);
2. Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (Rede Judiciária da CPLP);
3. Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação

ticado por agentes preparados, com desenvoltura técnica e estudo específico para o cometimento do crime financeiro. Resta demonstrado que esta prática criminosa envolve especialistas técnicos e, ainda, pessoas com *know how* apurado, empregando este conhecimento para o lado obscuro de suas profissões.

No tocante aos países com tributação favorecida, os denominados “paraísos fiscais”, nota-se a crescente utilização destes para a prática da lavagem de dinheiro, além do aumento significativo dos favorecimentos que estes países têm a oferecer e, desta feita, assediando agentes criminosos os quais querem total anonimato nas operações financeiras e empresariais de cunho ilícito.

Ao verificar a legislação pátria, sob um olhar analítico, fica visível que ainda é uma legislação recente, esbarrando em balizas constitucionais e internacionais, bem como se faz complexa uma análise sistemática com a Carta Magna do Estado brasileiro. Ainda, há uma série de dificuldades de ordem prática, como, por exemplo, carência de pessoal especializado e equipamento de ponta para auxiliar/otimizar as investigações e o levantamento de provas.

Por se tratar de um crime de alta complexidade, praticado por indivíduos preparados para tal ato, a lavagem de dinheiro feito por meio dos paraísos fiscais se torna um crime difícil de ser coibido, devidos a entraves jurídicos internacionais e, ainda, complexo no rastreamento de bens

e direito e, assim, tornando-se dificultosa a responsabilização criminal de seus agentes.

Com o presente estudo, ficou demonstrado que a cooperação jurídica internacional ainda é deficitária, sendo que os Estados se reservam a aplicar tratados bilaterais e de assistência jurídica mútua, pouco aplicando a diplomacia e reciprocidade, resguardando sua soberania e ordenamento jurídico.

Porém, grandes avanços na área da cooperação jurídica - neste presente trabalho tendo sido analisado a cooperação jurídica internacional - há de se congratular os esforços dos agentes brasileiros com vistas a coibir o crime, bem como repatriar os bens, direitos e ativos oriundos da lavagem de dinheiro

Bibliografia:

AMARAL, Luciana. *A lavagem de dinheiro e a corrupção*. Justilex, Brasília, v.4, n43, jul. 2005

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Editora RT, 2008.

ARAUJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal (Delicta iuris Gentium)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAUJO, Nadia de. ***Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. ***Direito Tributário Brasileiro***. 11ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Texto Constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal; COAF. ***Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro***. Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, v.17. Brasília: CEJ, 1999.

_____. COAF; ONU. ***Lavagem de Dinheiro: um problema mundial***. COAF (org.). Brasília: UNDCP, 1999

_____. COAF (org.). ***Prevenção e combate à Lavagem de Dinheiro***: coletânea de casos do grupo de Egmont. Tradução de Márcia Biata. Brasília: Banco do Brasil, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Curso de Direito Comercial***. 7. ed. revisada e atualizada de acordo com o novo código civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1

COELHO, Sacha Calmon Navarro e DERZI, Misabel Abreu Machado. ***“Denúncia penal antes do término do processo administrativo tributário – impossibilidade”***.

Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT. p. 119:138. Ed. Dialética. São Paulo. Edição nº 118, julho de 2005.

GILMORE, Willian C. *Dirty Money*: the evolution of money laundering counter measures. Strasbourg: Concil of Europe Press, 1995.

GOMES, Eduardo, Biacchi. *Blocos Econômicos - Solução de Controvérsias*. Curitiba: Juruá, 2001

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Compacto Jurídico*. 10ª Ed. São Paulo: Rideel, 2007.

International Bureau of Fiscal Documentation. *International Tax glossary*. Amsterdã: IBDF, 1996, p. 234 e 299.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: renovar, 1993.

PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007.

PITOMBO, Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

RAMINA, Larissa L. O. Ação *internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002.

REZEK, Francisco José. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à Lavagem de Dinheiro: Teoria e Prática*. Campinas, SP: Millennium, 2008

_____. *Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. “*Intercâmbio de informações tributárias entre administrações estrangeiras: avanços atuais, conexões com o combate à lavagem de dinheiro e o contexto brasileiro*”. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT. p. 89:103. Ed. Dialética. São Paulo. Edição nº 96, setembro de 2003.

SILVA, César Antonio da. *Lavagem de dinheiro. Uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de dinheiro provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001

XAVIER, Alberto, ESTRADA, Roberto Duque e EMERY, Renata. *“Países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados”*. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT. p. 07:17. Ed. Dialética. São Paulo. Edição nº 168, setembro de 2009

WEISS, G. **A segunda profissão mais antiga**. Valor Econômico, São Paulo, 10 out. 2001. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

Meio eletrônico

crédito aos principais sítios – (<http://>)

Banco Central do Brasil - <www.bc.gov.br>

Banco Mundial (BIRD) - <www.worldbank.org>

COAF - <www.fazenda.gov.br/coaf>

Conselho da Justiça Federal - <www.cjf.gov.br>

Departamento de Recuperação de Ativos do MJ –

<www.justica.gov.br/drci/default.asp>

FATF/GAFI - <www.oecd.org/fatf ou www.fatf-gafi.org>

Fundo Monetário Internacional - <www.imf.org>

GAFI (América do Sul) - <www.gafisud.org>

Grupo de Egmont - <www.egmondgroup.org>

Lavagem de Dinheiro - <www.laundryman.u-net.com>
Lavagem de Dinheiro - <www.laundring.com>
Legislação - <www.planalto.gov.br>
Ministério da Fazenda - <www.fazenda.gov.br>
OCDE - <www.oecd.org>
OMC - <www.wto.org>
ONU - <www.un.org>
Polícia Federal - <www.dpf.gov.br>
Receita Federal - <www.receita.fazenda.gov.br>
Senado Federal - <www.senado.gov.br>
Superior Tribunal de Justiça - <www.stj.gov.br>
Supremo Tribunal Federal - <www.stf.gov.br>
Tribunal Regional Federal da 4ª Região - <www.trf4.gov.br>

O DEVER DE REVELAÇÃO E OS STANDARS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Paulo Nalin

Mestre em Direito Privado e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor em Contratos Internacionais pela Juristische Fakultät - Universität Basel. Professor Associado de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (Graduação e Pós-Graduação). Professor do L.L.M. da Swiss International Law School (SILS). Advogado no escritório Araúz & Advogados Associados. Árbitro.

Marcos Alberto Rocha Gonçalves

Mestre em Direito Civil pela PUCSP e Doutorando na UERJ, professor da PUCPR e advogado sócio do bureau Fachin Advogados Associados.

Resumo: Com a crescente ruptura das fronteiras geográficas e de mercado, a ordem jurídico-normativa demanda capacidade de adaptação, perspectiva na qual observa-se vigorosa consolidação dos meios negociais de composição de conflitos, onde a autonomia da vontade das partes se faz presente com grande densidade. Dentre os métodos alternativos, a arbitragem desponta com relevância pois possibilita o estabelecimento dos limites objetivos e subjetivos da jurisdição, sendo uma das maiores vantagens a definição consensual do árbitro. Neste cenário, coloca-se em discussão os limites e sentidos dos critérios de impedimento do árbitro, levando em conta o modelo aberto adotado pela Lei de Arbitragem e sua característica ontológica. Objetiva-se a manutenção hígida das normas e procedimentos que resguardam as garantias fundamentais de acesso à justiça, representadas pelo princípio do devido processo legal. Nesse sentido, fundamental é a construção de mecanismos que não permitam o desguardo da imparcialidade conferida ao julgador, que demanda do judiciário a fixação de standards de conduta, previsíveis e exigíveis sem afetação da autonomia das partes na escolha e formação do painel arbitral e no estabelecimento metodológico e regulamentar da solução do conflito. Neste cenário, conclui-se que o dever de revelação imposto ao árbitro ganha especial relevo, fundamentado no compromisso com a boa-fé objetiva e a manutenção da confiança, sendo seu dever ético, trazer à luz todos os fatos potencialmente comprometedores da confiança.

Palavras chave: Imparcialidade do árbitro. Dever de revelação. Novo código de processo civil.

1. Notas introdutórias: a arbitragem e os desafios dos novos tempos

A crescente complexidade das relações sociais e econômicas, catalisadas especialmente pela ruptura virtual das fronteiras geográficas que separam os povos e, especialmente, os mercados, marco fundamental da globalização, demanda da ordem jurídico-normativa igualmente evolutiva capacidade de adaptação. Nessa medida, conteúdo e forma de atuação jurídica, seja na moldura espinhal das relações, seja no controle jurisdicional dos interesses, também vivenciam constante e necessária demanda por adaptação¹.

Dentre os sinais verificáveis nesse processo adaptativo apresenta-se vigorosa a consolidação de meios negociais de composição de conflitos, onde a autonomia da vontade das partes se faça presente com a maior densida-

1 Conforme aponta sobre o tema Arnaldo Wald, “as dificuldades são tão grandes e alguns conceitos tornam-se tão incertos, que, às vezes, não se sabe o que resta das antigas noções. Ao mesmo tempo, assiste-se a uma bifurcação do direito: há aqueles que os grandes tratados ainda ensinam e o outro, muito diferente, que encontramos na prática e até mesmo na jurisprudência mais recente” (WALD, Arnaldo. A evolução do direito e a arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Sila Soares. São Paulo: Atlas, 2007. p. 456).

de possível. Inserem-se nessa perspectiva os métodos não estatais de jurisdição, dos quais a arbitragem desponta dentre os mais relevantes².

Ainda que não se trata de estabelecimento de solução consensual do conflito, uma vez que a decisão emanada pelo árbitro ou tribunal arbitral é impositiva às partes, a autonomia da vontade se revela pela possibilidade de estabelecimento dos limites objetivos e subjetivos da jurisdição. De fato, conforme aponta Francisco Cahali, “uma das maiores vantagens é a liberdade de escolha do julgador, dentre as pessoas que mais inspiram confiança (...), mas o consenso das partes na definição do árbitro, ou colegiado, é imprescindível”³.

2 Segundo Carmona, a Lei de Arbitragem “Prestigiou em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15). Outra aspecto não menos relevante para a busca mais frequente por meios não estatais de solução de controvérsias é indicado por José Emilio Nunes Pinto, para quem “o desenvolvimento de operações complexas, ancoradas estas em cadeias intrincadas de arranjos contratuais, fez com que ressaltasse a importância de que o julgador fosse especialista na matéria objeto da controvérsia, detentor de informações minuciosas quanto à operação de determinado segmento da economia” (PINTO, José Emilio Nunes. *Reflexões indispensáveis sobre a utilização da Arbitragem e de Meios Extrajudiciais de solução de controvérsias*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Sila Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 304).

3 CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93. Em relação aos aspectos objetivos capazes de indicar posição contemporânea vantajosa para o procedimento arbitral aponta o autor: “Pode-se apontar a flexibilidade do procedimento na arbitragem como um dos pontos positivos desse método. O procedimento ar-

A ampliação do volume de conflitos submetidos à jurisdição arbitral⁴ traz consigo, contudo, conjunto redivivo de desafios eventualmente não experimentados pela juris-

bitral, realmente, é pragmático. (...) O foco maior é a solução da matéria de fundo, e, assim, há maior informalidade nas providências para se alcançar o objetivo: solucionar a controvérsia” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 94).

4 Sobre a evolução da arbitragem no Brasil, João Bosco Lee aponta: “O desenvolvimento da arbitragem no Brasil nos últimos anos é notável. O célebre acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 1990 aplicando o Protocolo de Genebra de 1923, a ratificação da Convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional de 1975, a adoção da Lei 9.307/96 e a declaração de constitucionalidade da cláusula compromissória pelo Supremo Tribunal Federal em 2001 demonstram a evolução arbitral no direito brasileiro” (LEE, João Bosco. A homologação da Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Sila Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 175-176). Além disso, a pesquisa “Arbitragem em Números e Valores”, realizada por Selma Ferreira Lemes em 2016 revela a esse respeito os seguintes dados: “Em 2010, o número de arbitragens nas 6 câmaras pesquisadas era de 128 novos casos. Em 2016, foram 249 novas arbitragens, o que representa um aumento de quase 95% no número de procedimentos novos entrantes. No período de 7 anos (2010-2016) o número de arbitragens nas seis Câmaras pesquisadas atingiu o patamar de 1292 casos novos entrantes. (...) No ano de 2016, tramitavam nas Câmaras indicadas o total de 609 procedimentos arbitrais (novos e antigos), sendo que 44% desse número estava em processamento na CCBC e 17,41% na CAM-CIESP/FIESP. Em terceiro lugar no número de casos processados está a CAM/FGV com 16,26% daquele percentual e, em quarto lugar a CAMARB com 11,49%. (...) No ano de 2010, os valores envolvidos em arbitragem nas seis Câmaras pesquisadas eram de R\$2,8 bilhões e em 2016 atingiram R\$24,27 bilhões. Afere-se que os valores envolvidos em arbitragens aumentaram exponencialmente (quase 9 vezes). Nesse período de sete anos o total de valores envolvidos nas 6 Câmaras indicadas representaram mais de R\$62 bilhões (R\$62.578.807.156,62)”. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/Análise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf. Acesso em: 01 de junho de 2017.

dição pública ou, se já enfrentados pela tradicional forma de solução de controvérsias, com características impares no âmbito da solução privada dos conflitos.

Questão relevante que se apresenta nesse cenário diz respeito à abrangência funcional da confiança – conceito nuclear para a jurisdição arbitral – na atuação dos árbitros. Mais especificamente, coloca-se em discussão, contemporaneamente, os limites e sentidos dos critérios de impedimento do árbitro, levando-se em conta, nesse debate, as características ontológicas da arbitragem como solução de controvérsias e, igualmente, o modelo aberto adotado pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1993 (Lei de Arbitragem) em relação ao tema.

O tema ganha ainda mais luz quando se leva em conta a marcante característica da jurisdição arbitral relacionada ao fato de que os profissionais mais experientes atuam, como regra, ora como árbitros, ora como advogados, sendo relevante a problematização acerca das fronteiras que garantam a imparcialidade da jurisdição revelando o que efetivamente pode ou não ser considerado conflito de interesses nessa atuação bifronte.

2. A imparcialidade como fundamento da jurisdição e os critérios de definição do impedimento do juiz e do árbitro

A organização jurídica de um Estado democrático de Direito depende, como pressuposto, da observância do

princípio do devido processo legal. Conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno, tal princípio representa as “condições mínimas em que o desenvolvimento do processo, isto é, o método de atuação do Estado-juíz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão ao direito, deve se dar”⁵. Trata-se de princípio de matriz constitucional, expressado pela norma contida no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República.

Dentre tais condições essenciais para o desenvolvimento da jurisdição⁶ em consonância com os valores constitucionais⁷ enquadra-se, fundamentalmente, em primeiro plano, a imparcialidade do poder judicante. Trata-se de

5 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

6 Não obstante destituído de poder de império, típico do juiz estatal, entendemos que o árbitro e o tribunal arbitral são dotados de poder jurisdicional, pois atuam como “juiz de fato e de direito” nos termos do artigo 18 da Lei de Arbitragem, sendo a “[...] atividade do árbitro idêntica à do juiz togado, [...]” (HUCK, Hermes Marcelo; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Árbitro: juiz de fato e de direito*. In: WALD, Arnold (Org). *Doutrinas essenciais. Arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, p. 774, lembrando os autores lição de Carlos Alberto Carmona), o que é particularmente relevante para os fins deste trabalho, uma vez que a jurisdição atribui prerrogativas e obrigações inerentes à função exercida pelo juiz ou pelo árbitro, dentre as quais a da imparcialidade, adicionando-se ao árbitro a confiança.

7 Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a *tutela constitucional do processo* é representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor de fidelidade do sistema processual à ordem política constitucional do país” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 194).

elemento nuclear da garantia constitucional da igualdade, corporificada nas relações jurisdicionais pelo princípio da isonomia, valor norteador do agir da jurisdição, seja ela estatal ou privada.

Muito embora a Constituição da República não traga em seu texto (artigo 5^o, *caput*) um específico princípio sobre a igualdade processual, trata-se de uma concepção de Estado Constitucional e de direito fundamental à igualdade como um todo. Tal igualdade implica, segundo o novo Código de Processo Civil, em paridade de “[...] tratamento de posições processuais (direitos e faculdade, meios de defesa, ônus, deveres e sanções processuais), o que inclui a necessidade de igualdade perante a legislação e na legislação.”⁸

Nesse amplo espectro de igualdade *perante a legislação e na legislação* inclui-se a paridade de tratamento das partes pelo julgador, pontuando Cândido Rangel Dinamarco que “a imparcialidade, conquanto importantíssima, não é um valor em si própria, mas fator para o culto de uma fundamental virtude democrática refletida no processo, que é a igualdade”⁹.

Sobre o aspecto axiológico, de um lado, a imparcialidade da jurisdição encerra o conteúdo ético proclamado pela Constituição, ganhando, na arbitragem, valor ainda

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 184-185.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 206.

mais acentuado diante do papel desempenhado pela confiança nessa forma de dissolução de conflitos. Espera-se do julgador posição equidistante das partes, em posição de completo desinteresse pelo resultado do litígio¹⁰.

Nessa medida, o princípio da imparcialidade integra o conjunto de garantias constitucionais representadas pela isonomia, pela garantia do juiz natural e, como já antes indicado, a observância do devido processo legal, todas resguardadas no rol de direitos e garantias fundamentais descritos no artigo 5º da Constituição. Do ponto de vista material e dogmático, de outra banda, a imparcialidade apresenta-se como pressuposto da própria existência constitucionalmente válida da relação jurídica processual, tanto da jurisdição pública quanto da arbitragem e, como tal, matéria de ordem pública¹¹.

10 Sobre o tema, ver: “Imparcialidade, nesse contexto, significa acentuar que o magistrado (o juiz, propriamente dito, e não o juízo, que é indicativo do órgão jurisdicional) seja indiferente em relação ao litígio. Seja, no sentido comum da palavra, um terceiro, totalmente estranho, totalmente indiferente à sorte do julgamento e ao destino de todos aqueles que, direta ou indiretamente, estejam envolvido nele” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 150).

11 Importa observar crítica estabelecida por José Roberto dos Santos Bedaque ao conceito de *pressuposto de existência*. Para o autor, “se verificarmos os denominados ‘pressupostos de existência’ do processo – pelo menos os assim considerados pela doutrina –, veremos que todos, a exceção de um [a investidura da jurisdição], são examinados no seu interior. A falta de algum deles pode impedir o julgamento do mérito, mas o fenômeno jurídico ao qual convencionou denominar ‘processo jurisdicional’ já existe. Eles, portanto, não são requisitos sem os quais o processo não se forma” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efeti-*

Ao lado da imparcialidade figura como elemento de igual nuclear relevância o princípio da independência. Segundo Carmona, a independência pressupõe que “o árbitro não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social que o liguem a alguma das partes. Espera-se que o julgador seja autônomo e livre, não tenha laços de subordinação”¹². Prossegue o autor afirmando que “O valor em jogo é a liberdade e a autonomia para julgar, de modo que é preciso encontrar limites objetivos para o estudo dessa garantia inserida na Lei de Arbitragem”¹³.

A independência e imparcialidade¹⁴ do julgador se baseiam, assim, no conjunto de garantias e impedimentos

vidade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 216). Não obstante o reconhecimento da pertinência da crítica semântica, o reconhecimento da imparcialidade como pressuposto da relação processual, ainda que nos moldes propostos pelo autor para a classificação dos pressupostos internos ou externos à formação da relação jurisdicional, é inafastável.

12 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 242.

13 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 243.

14 “O árbitro deve ser independente e imparcial, isto é, não deve ter vínculo com as partes (independência) e interesse na solução do conflito (imparcialidade)”, como explica Selma Ferreira Lemes, como forte apoio conceitual na lição de Klaus Peter BERGER (O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, v. 50, jul-set/2016, p. 372. Segundo a nova regência processual civil brasileira, pode-se adicionar que a independência toca à ausência de vínculo com as partes e com os seus advogados.

que emanam da própria ordem constitucional¹⁵ e se expressam na lei infraconstitucional, por regras descritas tanto no Código de Processo Civil quanto na Lei de Arbitragem, cuja inobservância atinge a própria existência válida da relação jurisdicionalmente estabelecida, podendo ser anulada a sentença arbitral e criminalmente processado o árbitro (artigo 32, VI, Lei de Arbitragem).

Sobre o tema anota-se a lição de João Bosco e Maria Cláudia Procopiak:

Independência e imparcialidade são as garantias essenciais de um processo justo e equitável. Essa dupla exigência concerne a toda instância que exerce função jurisdicional, ela é, portanto, inerente a função de julgar. Se tais exigências são a garantia de um processo equitável, num processo arbitral não há de ser diferente. Assim, admite-se universalmente que o árbitro também está sujeito às exigências da independência e imparcialidade¹⁶.

15 É o está disposto no artigo 95 da Constituição da República: "Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I".

16 LEE, João Bosco. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal?. In: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo (Orgs.). *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 296-297.

Tais garantias se expressam na lei infraconstitucional, por regras descritas tanto no Código de Processo Civil quanto na Lei de Arbitragem, cuja inobservância atinge a própria existência válida da relação jurisdicionalmente estabelecida.

Em consonância com os princípios constitucionais incidentes na tutela constitucional da igualdade, a isonomia da jurisdição é garantida, no âmbito infraconstitucional, pelas regras de suspeição e impedimento do julgador. Em relação à jurisdição estatal, tais regras estão dispostas nos artigos 144 e 145¹⁷ do Código de Processo Civil de

17 Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

2015, com redação aprimorada em relação ao texto da codificação revogada.

Segundo tais critérios, fundamentalmente o juiz está impedido de atuar o poder jurisdicional do Estado em determinada demanda quando não for possível objetivamente estabelecer distanciamento entre interesse possível de se atribuir ao magistrado e o resultado da demanda. Relacionam-se, pois, tais critérios com os limites objetivos de isenção do julgador em relação ao objeto da demanda ou seus sujeitos.

Nesse diapasão, as novas regras processuais que seguramente trarão maior impacto na arbitragem são aquelas que impedem o juiz e o árbitro de atuar (VIII, artigo 144)

§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§ 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando: I - houver sido provocada por quem a alega; II - a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório. Não se ignora a dificuldade que tal dispositivo gerará para grandes escritórios de advocacia, como diversos advogados, para os escritórios que atuam há vários anos ou décadas e, além disso, em várias jurisdições nacionais. Todavia, a importância do dispositivo e a sua finalidade, que é a de estabelecer a paridade de armas entre os litigantes, em busca da independência e imparcialidade, não pode receber interpretação restritiva¹⁸, competindo ao árbitro indicado o inafastável dever de revelação, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

No plano da suspeição, o artigo 145, inciso I, fica prejudicada a atuação do juiz ou árbitro que seja amigo da parte ou do advogado da parte, inovando a lei processual uma vez que o Código de Processo Civil de 1973 trazia similar hipótese somente em relação à parte. Essa particular objeção já havia sido arguida e acolhida na Apelação Cível do TJSP 292.912-4/3-00, da 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Ambra, j. 15/02/2007.¹⁹

18 BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo código de processo civil na arbitragem. In: WALD, Arnold; NANNI, Giovanni Ettore. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, v. 49, abr-jun 2016, p. 182.

19 LUDWIG, Marcos de Campos. Impedimento e suspeição de árbitro no direito brasileiro por falta de independência e imparcialidade: análise legislativas, pesquisa jurisprudencial e esboço de melhores práticas. In: CAMPOS

Cumpra aos escritórios de advocacia e advogados que também atuam como árbitros desenvolver sistemas internos de investigação e pesquisa em seus escritórios sobre a relação de amizade entre advogado e árbitro, mesmo que indicado pela parte *ex adversa*, para que o dever de revelação seja eficiente e responsável, sendo esta uma nova e necessária boa prática da arbitragem nacional.

Em brevíssima distinção prática, pode-se alegar que enquanto para o impedimento há presunção *iuris et iure* e a parcialidade é absoluta, nas hipóteses de suspeição a presunção de parcialidade é relativa. A despeito desta distinção com repercussões para o processo civil estatal, nas arbitragens nacionais a Lei de Arbitragem impõe pena de preclusão indistinta, caso não alegada a suspeição ou o impedimento na primeira oportunidade que puder ser manifestada pela parte impugnante, após a instituição da arbitragem (artigo 20), ou seja, após constituído o tribunal arbitral, mesmo que composto por árbitro *solo*.

Muito embora a preclusão na hipótese seja tratada sem maiores requintes técnicos, sempre será garantido à parte prejudicada manejar Ação Declaratória de Nulidade da sentença arbitral, nos termos do artigos 32, II e 33 da Lei de Arbitragem, pois *emanada de quem não podia ser árbitro* ou, ainda, porque violado o princípio da imparcialidade do árbitro, nos termos dos artigos 32,

MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 131.

VIII e 21, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem. Mais excepcionalmente, e conforme já enfrentado, as hipóteses criminais de prevaricação, concussão e corrupção também podem motivar o pedido anulatório (artigo 32, VI, da Lei de Arbitragem), conquanto igualmente afrontem o princípio da independência.

Todavia, adverte Beraldo²⁰ que a regra preclusiva do artigo 20 é irremediável e que por este motivo cumpre ao autor da ação anulatória demonstrar o fato impeditivo (impedimento ou suspeição) e as razões pelas quais não impugnou a nomeação do árbitro no tempo limite previsto pela Lei de Arbitragem, especialmente porque a *dúvida justificada* somente lhe acometeu após a sentença. Ao seu turno, cumpre ao réu desqualificar a impugnação e a incidência da preclusão consumativa.

Assim como na jurisdição estatal, a incidência do princípio do tratamento isonômico das partes na arbitragem é inafastável, o que demanda, nesta linha, a observância da imparcialidade do árbitro, pelo que se fazem incidir iguais critérios objetivos de verificação da isenção do julgador. Trata-se de postulado descrito no artigo 21, §2º, da Lei de Arbitragem, ao dispor que “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

20 BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da lei 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 490.

Ainda que se compreenda, a partir da dicção do artigo 14 da Lei de Arbitragem²¹, que a garantia da imparcialidade do árbitro é aferível pelos mesmos critérios objetivos que o Código de Processo Civil elencou ao estabelecer as causas de impedimentos aos juízes, a Lei 9.307/96 ampliou o escopo de restrições, a partir de adoção de critério metodológico distinto estabelecido pelo parágrafo primeiro do mencionado artigo, as possibilidades de caracterização de situações de impedimentos dos árbitros: “[o] caput e os parágrafos contêm normas de proibição/obrigação: estão impedidos de funcionar (proíbe-se), têm o dever de revelar (estão obrigadas ou proibidas de omitir), somente poderá ser recusado (é proibido recusar).”²²

Trata-se de método casuístico, que além de englobar as hipóteses descritas no Código de Processo Civil impõe ao árbitro, por dever de boa-fé e preservação da confiança depositada pelas partes no árbitro e na arbitragem, declarar todo e qualquer fato que possa, ainda que de modo remoto, objetivamente colocar em dúvida a sua imparcialidade, a fim que dê as partes condições de avaliar a existência e a

21 Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

22 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. In: WALD, Arnold (Org). *Doutrinas essenciais. Arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, p. 981.

extensão de eventual comprometimento²³. Nessa quadra, afirma Cahali que “cabe ao indicado expor abertamente acontecimentos pessoais e profissionais envolvendo as partes em conflito, que aos olhos dos interessados possa gerar alguma dúvida quanto à imparcialidade e independência”²⁴. No mesmo sentido, João Bosco Lee e Maria Claudia Procopiak afirmam que “qualquer fato ou circunstância que possam afetar a imparcialidade ou independência do árbitro, deve ser revelado. A garantia dessa independência e imparcialidade é o dever de revelação”²⁵.

Referido procedimento é integralmente confluyente com a própria natureza da jurisdição arbitral. De um lado, preserva a autonomia da vontade das partes e o caráter negocial do estabelecimento da jurisdição específica, dando

23 Asseveram João Bosco Lee e Maria Cláudia Procopiak que “A melhor forma de prevenir a independência e a imparcialidade dos árbitros é prevenir, o mais cedo possível, um conflito de interesse. Isto é, de revelar um conflito que exista ou possa vir a existir” (LEE, João Bosco. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal?. *In*: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo (Orgs.). *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Jurua, 2008. p. 296). Nesse sentido estabeleceu-se a Lei 9.307/96, em seu artigo 14, § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

24 CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 192.

25 LEE, João Bosco. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal?. *In*: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo (Orgs.). *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Jurua, 2008. p. 296

guarida ao princípio gestor da arbitragem que é a confiança empenhada nos árbitros para a adjunção da pretensão controvertida. Nesse sentido, realizada a devida revelação, nada obsta que as partes, em conjunto, admitiam a permanência do árbitro que possa ter revelado fato que coloque em dúvida a sua parcialidade de julgar, segundo sua autonomia e interesse no caso concreto, por tratar-se de modo mais adequado de solução da controvérsia. De outro ângulo, “[...] a regra é a de que boa parte das circunstâncias listadas na Lei de Arbitragem por referência ao diploma processual civil inibirá a atuação do árbitro, por questão lógica e moral.”²⁶

Portanto, além dos critérios objetivos estabelecidos pela legislação processual civil a própria Lei de Arbitragem já se encarregava de atribuir ao árbitro indicado o dever de revelação de modo mais amplo, pois subjetivo, uma vez que a *dúvida justificada* a que alude o artigo 14, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem poderá ser tanto do árbitro, como das partes (teste subjetivo ou “*in the eyes of the parties*”²⁷), de terceiros (teste objetivo ou *from a third person’s point of view*, com ênfase mais na justificação do que na dúvida²⁸) e mesmo da Câmara Arbitral, pois em última *ratio*, será esta a decidir eventual impugnação contra a nomeação do árbitro, quando se estiver diante de arbitragem institucional.

26 LEMES, Selma Ferreira. *O procedimento de imugnação ...*, p. 380.

27 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. In: WALD, Arnold (Org). *Doutrinas essenciais. Arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, p. 982.

28 *Ibidem*, p. 983.

De outro, permite que a jurisdição arbitral como um todo se mantenha estável, uma vez que a função de árbitro é majoritariamente exercida por advogados que, em outros procedimentos, figuram como procuradores de litigantes. Com efeito, somente por meio da imposição da integral revelação é possível garantir a não contaminação escalonada de todo o sistema de jurisdição arbitral.

Uma vez estabelecido os critérios teóricos abstratos que definem as hipóteses de quebra da imparcialidade do árbitro – inclusive de forma integrativa às regras de impedimento e suspeição dos juízes – resta em aberto delimitação concreta do tema.

O conceito jurídico propositalmente aberto de dúvida justificável, cunhado no artigo 14, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem, demanda, tanto quanto possível, preenchimento concreto, que pode ser buscado, como se faz adiante, no labor da jurisprudência estatal que se presta, a um só tempo, de guia mestra e de limite para efetividade das soluções arbitrais.

3. Uma hipótese de aplicação concreta

Os limites práticos do arcabouço teórico a respeito da concretização do princípio da isonomia, por meio do estabelecimento de critérios objetivos e casuísticos de verificação da imparcialidade de árbitro foi tema recente de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Homologação de Sentença Estrangeira nº 9.412/US julga-

do pelo Órgão Especial daquela Corte²⁹. Quando do julgamento, decidiu-se pela “presença de elementos objetivos aptos a comprometer a imparcialidade e independência do árbitro presidente, que não foram revelados às partes como determina a lei”, negando-se, por tal razão, a homologação da sentença arbitral estrangeira.

Para melhor compreender o sentido e alcance da decisão do STJ, cumpre breve exposição do caso. Tratou a questão de pedido de homologação de Sentença Arbitral Estrangeira formulado por ASA BIOENERGY HOLDING A. G., ABENGOA BIOENERGIA AGRÍCOLA LTDA, ABENGOA BIOENERGIA SÃO JOÃO LTDA, ABENGOA BIOENERGIA SÃO LUIZ e ABENGOA BIOENERGIA SANTA FÉ – vencedoras da demanda arbitral –, em desfavor de ADRIANO GIANNETTI DE DINI OMETTO e ADRIANO OMETTO AGRÍCOLA LTDA, sucumbentes na arbitragem havida com sede em Nova Iorque, realizada perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional do Comércio e seguindo o regulamento dessa câmara.

Ao contestar o pleito os requeridos afirmaram, em primeiro plano, a impossibilidade de homologação diante da alegação de ausência de imparcialidade do árbitro pre-

29 SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US, Relator Ministro Felix Fisher, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, publicado em 30/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1456133&num_registro=201302788725&data=20170530&formato=PDF>. Acesso em 30 de maio de 2017.

sidente do painel Arbitral, sob o fundamento de que seria o julgador sócio de firma de advocacia que teria prestado serviços e recebido honorários de empresas pertencentes ao grupo econômico da parte adversa.

Importante peculiaridade do caso diz respeito ao fato de que a alegada ausência de imparcialidade do árbitro fora apreciada, primeiramente, por provocação feita perante o próprio tribunal arbitral, porém somente após a prolação da sentença. Na oportunidade, o painel arbitral formado após afastamento e substituição do árbitro presidente impugnado rejeitou o pedido, mantendo a sentença antes prolatada. Posteriormente, novo pedido de nulidade da sentença arbitral foi formulado perante a Justiça Federal norte-americana, ação essa julgada improcedente – sendo a decisão confirmada pelo Tribunal de Apelação dos Estados Unidos, Segundo Circuito.

Assim, a contestação ao pedido de homologação não enfrentou apenas o óbice do resultado contrário ao pleito fixado pela jurisdição arbitral, mas também a apreciação jurisdicional do tema pelo órgão competente do país sede da arbitragem. Tal circunstância impôs ao Superior Tribunal de Justiça, de plano, revisitar o alcance de sua atuação em procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras, levando-se em conta a posição consolidada acerca dos requisitos para tal homologação³⁰.

30 É exemplo a seguinte ementa: “HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA. RE-

Isso porque, já restou estabelecido de forma firme pela Corte como limite para homologação a observância de critérios formais, sem adentrar no mérito da sentença homologanda, exceção feita à análise de circunstâncias que, mesmo contidas no mérito, representem afronta à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes.

Destarte, a superação do primeiro óbice levantado se deu pelo reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, que a matéria relativa ao impedimento do julgador representa tema afeito às normas de ordem pública, sendo passíveis de apreciação verticalizada quando do ato jurisdicional homologatório.

Com efeito, as regras nacionais sobre a imparcialidade do árbitro, insculpidas no artigo 14 da Lei de Arbitragem, atingem também sentenças estrangeiras sujeitas à

QUISITOS FORMAIS PREENCHIDOS. DEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005/STJ; (i) prolação por autoridade competente; (ii) devida citação do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) trânsito em julgado; (iv) chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública. 2. Na situação específica de homologação de sentença arbitral estrangeira, a cognição judicial, a despeito de manter-se limitada à análise do preenchimento daqueles requisitos formais, inclui a apreciação das exigências dos arts. 38 e 39 da Lei nº 9.037/1996. 3. Em linhas gerais, eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena, salvo se atinentes à eventual ofensa à soberania nacional, à ordem pública e/ou aos bons costumes (art. 17, LINDB), são estranhos aos quadrantes próprios da ação homologatória. 4. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deferido.” (SEC n. 6.761/EX, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 16.10.2013.)”

homologação pelo Judiciário Brasileiro. De fato, a posição adotada pelo STJ se alinha com vários outros instrumentos legais nacionais e internacionais, regulamentos de câmaras arbitrais e soft laws³¹, conforme já ilustrava comparativamente Selma Ferreira Lemes, pois “Somente a instauração do juízo arbitral subtraído de influências estranhas pode garantir um julgamento justo”.

Além disso, em relação à objeção de já ter a matéria sido apreciada e esgotada por órgão jurisdicional público tido como competente, posicionou-se a Corte brasileira no sentido de ser irrelevante a decisão do Poder Judiciário norte-americano ao decidir questão de modo incompatível com o sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro. Sendo a decisão do país estrangeiro contrário à ordem pública brasileira, decidiu o Superior Tribunal de justiça ser impossível a internalização de seus efeitos sem o controle soberano do Estado Brasileiro por meio de seu Poder Judiciário.

Quanto ao objeto central da controvérsia, foi relatado no voto condutor do Acórdão³² que “o escritório de advo-

31 *In*: Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. WALD, Arnold (Org.). Doutrinas essenciais. Arbitragem e mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v 1, p. 215-245.

32 SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US, Relator Ministro Felix Fisher, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, publicado em 30/05/2017. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ITA&sequencial=1456133&num_registro=201302788725&data=20170530&formato=PDF>. Acesso em 30 de maio de 2017.

caria Debevoise & Plimpton LLP, do qual o árbitro presidente, David Rivkin, é sócio sênior, recebeu da empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa, no período da arbitragem, o montante de US\$ 6,5 milhões a título de honorários”. Além disso, indicou-se que “o escritório de advocacia do árbitro presidente representou a empresa SCHNEIDER ELECTRIC na operação de aquisição das ações que a Abengoa S/A detinha na companhia Telvent GIT S/A, avaliada em US\$ 2 bilhões”. Finalmente, registrou-se que “em outra operação, o fundo de investimentos First Reserve, cliente habitual do escritório Debevoise, adquiriu, no curso da arbitragem, ações da sociedade Abengoa S/A, que é a holding controladora do grupo Abengoa”. Prossegue o relato apontando que, a mencionada operação foi avaliada em quatrocentos milhões de dólares americanos e “o escritório do árbitro presidente igualmente prestou assessoria ao Departamento de Energia dos EUA para a aprovação da operação, com todos os envolvimento daí decorrentes”.

Diante dos fatos relatados, o Superior Tribunal e Justiça verificou, no caso concreto, o preenchimento do tipo objetivo descrito na Lei de Arbitragem, em consonância com o Código de Processo Civil, que delineia a ultrapassagem dos limites da imparcialidade do árbitro.

Levou em conta o Superior Tribunal de Justiça, para estabelecer o critério do impedimento, interpretação do então vigente artigo 135, inciso II do Código de Processo Civil de 1973, substituído em iguais termos pelo artigo 145, inciso III do diploma em vigor. Para o Tribunal, o fato de

ter o escritório de advocacia da qual o árbitro presidente do painel arbitral é sócio recebido honorários por serviços prestados por empresas do grupo econômico de uma das partes, caracteriza o impedimento calçado na hipótese de ser a parte devedora do juiz. Afirma-se no voto condutor do Acórdão, ademais, que:

Tais fatos evidenciam que o escritório do árbitro presidente teve contatos relevantes com sociedades do grupo Abengoa e com questões de alta importância para o grupo econômico no curso da arbitragem. Ainda que não se trate de relações cliente-advogado, por certo que não podem ser desconsideradas, sobretudo se levados em conta os valores nelas envolvidos, o que autoriza seu enquadramento na cláusula aberta de suspeição prevista no inciso V do art. 135 do CPC³³.

Além disso, ganhou relevância na análise da Corte brasileira a ausência de declaração do fato na oportunidade do *disclosure*, ainda que tenha afirmado posteriormente o árbitro que a ausência de declaração tenha se dado por falha na verificação das informações internas de sua firma de advocacia.

Nesse passo, a Corte brasileira deu guarida ao sentido do resguardo da confiança que a Lei de Arbitragem

33 SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US, Relator Ministro Felix Fisher, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, publicado em 30/05/2017. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ITA&sequencial=1456133&num_registro=201302788725&data=20170530&formato=PDF>. Acesso em 30 de maio de 2017.

estabelece ao impor o critério da integral declaração, nos termos do já mencionado artigo 14, § 1º. É o que consta no voto vista da Ministra Nancy Andrighi, ao acompanhar o entendimento expressado no voto condutor do Acórdão, onde se lê:

A Lei de Arbitragem brasileira, ao estabelecer que o árbitro tem o dever de revelar ‘qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade’, não trata a questão da imparcialidade do árbitro em *numerus clausus*, pelo contrário, estabelece uma dimensão aberta, muito ampla desse dever, em razão das peculiaridades mesmas da arbitragem, forma privada de composição de litígios, sem previsão de recurso a uma segunda instância e da possibilidade, em tese, de qualquer pessoa capaz ser árbitro (art. 13 da Lei n.º 9.307/96) mas sem sujeição a qualquer tipo de órgão corregedor propriamente dito, apto a coibir eventuais violações ao amplíssimo dever de imparcialidade do árbitro³⁴.

A decisão comentada está em consonância com o entendimento doutrinário. Leciona Selma Maria Ferreira Lemes, sobre o tema, que:

O que deve ser relevado pelo árbitro não é apenas o que ao seu juízo deve ser mencionado, mas essencialmente deve se colocar no lugar das partes e

34 SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US, Relator Ministro Felix Fisher, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, publicado em 30/05/2017. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/? Componente=ITA&sequencial=1456_133&num_registro=201302788725&data=20170530&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ITA&sequencial=1456_133&num_registro=201302788725&data=20170530&formato=PDF)>. Acesso em 30 de maio de 2017.

indagar a si, se fosse parte, se gostaria de conhecer tal fato. Portanto, a amplitude e razoabilidade do que se revela deve ser avaliada na visão do árbitro cumulada com a das partes³⁵.

O que se revela na doutrina e foi acolhido na decisão do Superior Tribunal de Justiça é que essa possibilidade de influência não pode ser tomada sob critério subjetivo. Trata-se, isso sim, de compreensão objetiva, vale dizer, detecção de circunstância capaz de produzir em qualquer sujeito que tome parte em um procedimento arbitral, em condições materialmente equivalentes, a mesma quebra da confiança de um julgamento imparcial causado por conflito de interesses³⁶.

35 LEMOS, Selma Maria Ferreira. A independência e a Imparcialidade do árbitro e o Dever de Revelação. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre. Ano VI. n. 26. Abril-mail-junho. 2010. p. 26.

36 Sobre a circunstância específica do caso, Selma Lemes já antes havia se pronunciado em tese, ao afirmar que: “Diante de uma indicação para atuar como árbitro, o provável árbitro deve verificar todos os seus relacionamentos presentes e passados com as partes e, se for o caso, com os grupos societários aos quais as partes estão vinculadas. No caso de advogados que integram bancas, devem efetuar verificação adequada em seus arquivos para ter certeza de que não há nenhum motivo que o impeça de atuar. Por exemplo, em casos de advogados membros da sociedade de advogados, uma das partes pode ter se valido dos serviços de seu escritório ou de uma filial. Esse fato deve ser revelado, pois pode ocorrer que, em razão da matéria, do tempo decorrido e da periodicidade serem irrelevantes, poder ser considerados e classificados como substanciais e representar um impedimento para o árbitro indicado atuar (conflito de interesse)” (LEMOS, Selma Maria Ferreira. A independência e a Imparcialidade do árbitro e o Dever de Revelação. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre. Ano VI. n. 26. Abril-mail-junho. 2010. p. 26-27). Em trecho diverso da obra prossegue a autora: “Com a globalização dos negócios, cada vez mais se faz necessária a transparência do árbitro no ato de revelar fatos importantes

4. Notas conclusivas.

A expansão dos meios alternativos de solução de controvérsia revela diagnóstico acerca da adaptação do ordenamento jurídico, com dinamismo, às demandas especialmente dos atores econômicos. Importante desafio, nesse cenário jurídico de constantes alterações e adaptações, é a manutenção hígida das normas e procedimentos que resguardem as garantias fundamentais de acesso à justiça, representadas, nuclearmente pelo princípio do devido processo legal.

Elemento fundamental na tutela de tais interesses é a construção de mecanismos que, especialmente no âmbito das soluções privadamente geridas de solução jurisdicional de conflitos, como a arbitragem, não permitam o desguardo da imparcialidade conferida ao julgador. Trata-se de concretização do conteúdo constitucional expressado pelo agir ético, que se sustenta, igualmente, na necessária independência substancial do árbitro.

O método casuístico e aberto de verificação e garantia da imparcialidade e independência dos árbitros, estabeleci-

que possam comprometer toda arbitragem, especialmente considerando que os partícipes dos negócios internacionais são grandes grupos com sociedades coligadas em todas as partes do globo, bem como de sociedades de advogados om filiais em todos os continentes. Essas redes são campo fértil para o surgimento de conflitos e poderão redundar no aumento de casos de impugnações de árbitros, especialmente em arbitragens internacionais (LEMOS, Selma Maria Ferreira. A independência e a Imparcialidade do árbitro e o Dever de Revelação. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre. Ano VI. n. 26. Abril-maio-junho. 2010. p. 34).

do pela Lei brasileira de Arbitragem demanda do judiciário, nas múltiplas formas de controle das decisões arbitrais, a fixação de standards de conduta, previsíveis e exigíveis sem afetação da autonomia das partes na escolha e formação do painel arbitral e no estabelecimento metodológico e regulamentar da solução do conflito.

Nesse sentido, o dever de revelação imposto ao árbitro ganha especial relevo, fundamentado no compromisso com a boa-fé objetiva e a manutenção da confiança. É papel do árbitro, como agir ético, trazer à luz todos os fatos potencialmente comprometedores da confiança, a eles olhando não apenas com olhar seu, mas também se substituindo no olhar das partes. Desse proceder revela-se a guarida ao devido processo legal, fortalecendo a arbitragem como meio moderno, eficiente, confiável e juridicamente seguro de solução de conflitos.

Referências Bibliográficas.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da lei 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O impacto do novo código de processo civil na arbitragem. In: WALD, Arnold; NANNI, Giovanni Ettore. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, v. 49, abr-jun 2016.

BERGER, Klaus Peter. O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, v. 50, jul-set/2016.

BONAMIGO, Heloisa Führ. O negócio jurídico processual no Novo Código de Processo Civil – Aspectos formais, controle jurisdicional e limites controversos. 51f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55931/HELOISA%20FUHR%20BONAMIGO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 30 de maio de 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. In: WALD, Arnold (Org). *Doutrinas es-*

senciais. Arbitragem e mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II.

HUCK, Hermes Marcelo; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. *In*: WALD, Arnold (Org). *Doutrinas essenciais. Arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II.

LEE, João Bosco. A homologação da Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Sila Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal?. *In*: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo (Orgs.). *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

LEMOS, Selma Maria Ferreira. A independência e a Imparcialidade do árbitro e o Dever de Revelação. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre. Ano VI. n. 26. Abril-mai-junho. 2010.

LUDWIG, Marcos de Campos. Impedimento e suspensão de árbitro no direito brasileiro por falta de independência e imparcialidade: análise legislativas, pes-

quisa jurisprudencial e esboço de melhores práticas. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PINTO, José Emilio Nunes. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da Arbitragem e de Meios Extrajudiciais de solução de controvérsias. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Sila Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US, Relator Ministro Felix Fisher, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, publicado em 30/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1456133&num_registro=201302788725&data=20170530&formato=PDF>. Acesso em 30 de maio de 2017.

WALD, Arnaldo. A evolução do direito e a arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Sila Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

PRINCIPAIS ASPECTOS DA PEC 6/2019 - REFORMA PREVIDENCIÁRIA

Marco Aurélio Serau Junior

Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). Diretor Científico do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Autor de diversas obras jurídicas, dentre elas "Seguridade Social e Direitos Fundamentais" (Juruá, 2019).

Resumo: Este artigo debate as linhas gerais da proposta de Reforma Previdenciária trazida pela PEC 6/2019. Demonstra-se a nova estrutura geral que se pretende dar à Seguridade Social, passando pelo novo arranjo constitucional e, quanto ao conteúdo, as principais regras que se pretende inserir no Direito Previdenciário nacional, seja no âmbito do RGPS, seja em relação aos regimes próprios, bem como as principais questões contributivas e concernentes à Assistência Social.

Palavras-chave: Direito. Previdenciário. Reforma. Limites.

1. Introdução

A Reforma Previdenciária é assunto que sempre emerge nas disputas políticas e há alguns anos vêm sendo cogitada pelo Governo Federal e diversos setores políticos.

No raiar de 2019 apresentou-se ao Congresso Nacional a PEC 6/2019, que visa promover uma profunda reforma previdenciária, com o escopo de estabelecer uma “nova previdência”.

A PEC 6/2019 vai muito além do que trazer novas regras previdenciárias, embora também cumpra essa função: altera regras de Direito Administrativo e dos Regimes Próprios de Previdência Social; transforma o sistema de custeio e financiamento da Seguridade Social, bem como as regras para obtenção das aposentadorias no RGPS, a partir da fixação da idade mínima e da maior rigidez na metodologia de cálculo; enrijece os critérios para obtenção do benefício de Assistência Social, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, dentre outras mudanças paradigmáticas e profundas.

Porém, como dito acima, a PEC 6/2019 acaba por desestruturar o sistema constitucional de Seguridade Social inaugurado pela Constituição Federal de 1988, sinalizando para o regime de capitalização pura, em abandono do modelo de solidariedade existente desde sempre no Brasil.

Todos estes elementos da PEC 6/2019 serão apresentados no presente texto, começando, no próximo tópico, pela nova arquitetura constitucional da proteção social.

2. Nova arquitetura constitucional da Seguridade Social

A PEC 6/2019, no intuito de estabelecer uma “nova previdência”, faz muito mais do que trazer novas regras previdenciárias e pretende desestruturar o sistema constitucional de Seguridade Social inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

A PEC 6/2019 apresenta uma nova estrutura jurídica, bem diversa do que aquela existente até hoje.

A PEC 6/2019 divide-se em dois grandes grupos de regras: *regras de transição*, para as pessoas que atualmente se encontram vinculadas aos regimes previdenciários (sejam servidores públicos ou trabalhadores da iniciativa privada) e ainda não preencheram os requisitos para se aposentar, e de outro lado, *regras transitórias*, que valerão até que venha, efetivamente, o *novo regime previdenciário* pretendido pelo Governo Federal.

As regras transitórias abrangem todas as matérias que compõem a Seguridade Social: Regimes Próprios de Previdência Social; Regime Geral de Previdência social; novo Regime de Capitalização e, finalmente, Assistência Social.

Em todas essas matérias, a sistemática proposta traz regras que ficarão no Texto Constitucional ou na própria PEC 6/2019, e que valerão, com *status* de norma constitucional, até que futuras Lei Complementares, de iniciativa privativa do Poder Executivo Federal,

venham a regrar a matéria. Essas vindouras Leis Complementares, todavia, devem obedecer aos critérios pré-determinados pela própria PEC 6/2019.

Em movimento paralelo, *eleva-se para o status de Lei Complementar as Leis ordinárias 8.212/91, 8.213/91 e 9.717/98*, respectivamente Lei de Custeio da Seguridade Social, Plano de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social e Lei Geral dos Regimes Próprios de Previdência Social.

Estas leis valerão, a partir de então, com força de Lei Complementar, até que sobrevenham as novas Leis Complementares mencionadas na PEC 6/2019, subtraindo-se ao Poder Legislativo a possibilidade de legislar a respeito, visto que essas futuras Leis Complementares serão de iniciativa exclusiva do Poder Executivo Federal.

Por outro lado, a PEC 6/2019 promove a *desconstitucionalização* de algumas garantias previdenciárias e, no mesmo passo, a *constitucionalização de inúmeras regras de Direito Previdenciário*, normalmente destinadas ao legislador ordinário, que se verá privado de poder legislar a respeito.

A PEC 6/2019 traz para o corpo do Texto Constitucional regras como as seguintes: cálculo do valor do benefício; forma de rateio da pensão por morte; critérios para cálculo do benefício assistencial, inclusive composição do núcleo familiar e valor de seu patrimônio; valor mínimo para contribuição previdenciária, dentre outras.

Veja-se, a título de exemplo, a definição trazida pela PEC 6/2019 a respeito da condição de hipossuficiência econômica, necessária à obtenção do BPC – Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social:

Condição de miserabilidade

Art. 42. Até que entre em vigor a nova lei a que se referem os incisos V e VI do caput do art. 203 da Constituição, serão observados os seguintes critérios, em complemento ao disposto no § 1º do referido dispositivo:

I - para verificação da condição de miserabilidade, o patrimônio familiar deverá ser inferior a R\$ 98.000,00 (noventa e oito mil reais); e

II - para fins do disposto neste artigo, considera-se que a família é composta pelo requerente e, desde que vivam sob o mesmo teto, por:

- a) cônjuge ou companheiro;
- b) pai ou mãe;
- c) irmãos solteiros;
- d) filhos e enteados solteiros; ou
- e) menores tutelados

Parágrafo único. Na ausência dos membros da família a que se refere a alínea “b” do inciso II, a família poderá ser composta por madrasta e padrasto do requerente, desde que vivam sob o mesmo teto.

Como se vislumbra de simples leitura, a PEC 6/2019 se vale da estratégia de constitucionalizar *minúcias*, tais

como quais são os componentes do grupo familiar, bem como precificar o patrimônio familiar que será parâmetro para aferição da possibilidade de concessão do BPC.

Tais matérias, doravante, ficarão pré-determinadas na Constituição Federal até que as vindouras Leis Complementares venham a dispor a respeito; porém, essas futuras Leis Complementares, além de ficarem sob a iniciativa exclusiva do Poder Executivo Federal, deverão obedecer aos critérios gerais previstos nessas regras transitórias fixadas pela PEC 6/2019 no corpo das normas constitucionais.

Esta arquitetura constitucional é completamente nova, visto que, até o presente momento, a Constituição Federal, embora prolixa, cuidou de apenas determinar parâmetros gerais de determinação do nível de proteção previdenciária a ser adotada no país; doravante, os requisitos e os contornos pormenorizados para obtenção de benefícios da Seguridade Social já serão rigorosamente fixados no próprio Texto Constitucional.

VIEIRA (2018, p. 10) explica o complexo processo de formação da Constituição Federal de 1988:

“A transição para a democracia no Brasil exigiu um grande processo de coordenação política entre diferentes classes, forças políticas e setores da sociedade, que resultou num ambicioso compromisso constitucional firmado em 1988. O alto grau de desconfiança entre essas diversas forças presentes na Assembleia Constituinte favoreceu a elaboração de um documento amplo e detalhista.”

O (inegável) alto grau de detalhamento das normas constitucionais decorreu, como explicado lucidamente no parágrafo anterior, de um processo político complexo, em que as disputas políticas foram resolvidas a partir da previsão minuciosa de regras no próprio corpo da Constituição Federal, *a fim de os direitos fossem resguardados*.

O novo detalhamento que se procura imprimir agora à Constituição Federal possui escopo diverso, de segregar e dificultar o acesso aos direitos.

3. Aposentadorias: estabelecimento de idade mínima e nova metodologia de cálculo do benefício.

Uma das principais mudanças pretendidas pela PEC 6/2019 reside na fixação de idade mínima para alcance das aposentadorias na iniciativa privada (nos Regimes Próprios de Previdência esse requisito já é exigido, além do tempo de contribuição).

Atualmente, o art. 201, da Constituição Federal, estabelece duas formas de aposentadorias: a) somente por idade ou, b) somente por tempo de contribuição. A PEC 6/2019, de certo modo, funde as duas modalidades de aposentadoria e cria um único formato de aposentadoria, que exigirá, ao mesmo tempo, idade mínima e tempo de contribuição:

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS RELACIONADAS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Aposentadoria por idade e por tempo de contribuição

Art. 24. Até que entre em vigor a nova lei complementar a que se refere o § 1º do art. 201 da Constituição, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de promulgação desta Emenda à Constituição será aposentado quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - sessenta e dois anos de idade, se mulher, e sessenta e cinco anos de idade, se homem, reduzidos em dois anos, se mulher, e em cinco anos, se homem, para os trabalhadores rurais de ambos os sexos, inclusive aqueles a que se refere o § 8º do art. 195 da Constituição; e

II - vinte anos de tempo de contribuição.

§ 1º O titular do cargo de professor de ambos os sexos poderá se aposentar com sessenta anos de idade, desde que comprove trinta anos de contribuição exclusivamente em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 2º O valor das aposentadorias de que trata este artigo corresponderá a sessenta por cento da média aritmética definida na forma prevista no art. 29, com acréscimo de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder o tempo de vinte anos de contribuição, exceto para os trabalhadores rurais a que se refere o § 8º do art. 195 da Constituição, cujo valor será de um salário-mínimo.

Em linhas gerais, passa-se a exigir 65 anos de idade para aposentadoria dos homens e 62 anos para a das

mulheres, requerendo-se em ambos os casos ao menos 20 anos de contribuição previdenciária.

Para os professores a idade será reduzida proporcionalmente, mas em ambos os gêneros se exigirá a idade mínima de 60 anos de idade para aposentadoria.

Essas disposições encontram-se nas regras transitórias da PEC 6/2019, isto é, valerá até que sobrevenha um efetivamente novo e definitivo regime previdenciário, a partir de Lei Complementar de iniciativa exclusiva do Poder Executivo Federal, nos moldes vistos no capítulo anterior.

Em paralelo a estas regras a PEC 6/2019 traz uma miríade de regras de transição, mesclando sistema de pontos, pedágio e tempo mínimo de contribuição somado a idade mínima intermediária, formando um complexo de regras bastante extenso, cuja exame extrapolaria os limites deste artigo.

Apresentam-se também regras de transição para a aposentadoria especial, que também passa a ser dotada de idade mínima.

A idade mínima para a aposentadoria, de 65 e 62 anos, conforme visto acima, será elevada sempre que se constatar aumento da expectativa de vida e de sobrevida média dos brasileiros e brasileiras.

Esse é o sistema de *gatilho etário* previsto anteriormente na PEC 287/2016 e que é reproduzido na PEC 6/2019. Veja-se a redação do § 3º do art. 24 *supra* transcrito:

§ 3º As idades previstas neste artigo serão ajustadas em 1º de janeiro de 2024 e, a partir dessa data, a cada quatro anos, quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir os sessenta e cinco anos de idade, para ambos os sexos, em comparação com a média apurada no ano de promulgação desta Emenda à Constituição, na proporção de setenta e cinco por cento dessa diferença, apurada em meses, desprezadas as frações de mês.

Esse sistema de gatilho etário cria uma regra constitucional que introduz grande insegurança jurídica, visto que uma regra em branco e com grande propensão a ser extremamente variável.

Afetará drasticamente o planejamento previdenciário de quem quer que seja, visto que não se saberá ao certo qual a regra aplicável ao caso concreto, e que idade será efetivamente exigida.

Essa regra proporcionará transtornos certos para os segurados e empresas, além de possuir duvidosa constitucionalidade (pelos aspectos de razoabilidade e proporcionalidade).

4. Regime de capitalização.

Outro elemento bastante novo trazido pela PEC 6/2019 é a pretensão de introdução, no Direito Previdenciário brasileiro, do *regime de capitalização pura*.

Esse novo formato pretendido encontra-se no art. 201-A que consta da PEC 6/2019 com a seguinte redação:

Art. 201-A. Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal instituirá novo regime de previdência social, organizado com base em sistema de capitalização, na modalidade de contribuição definida, de caráter obrigatório para quem aderir, com a previsão de conta vinculada para cada trabalhador e de constituição de reserva individual para o pagamento do benefício, admitida capitalização nocional, vedada qualquer forma de uso compulsório dos recursos por parte de ente federativo.

O objetivo do art. 201-A, transcrito acima, é estabelecer um novo modelo previdenciário no ordenamento jurídico brasileiro, baseado unicamente no regime financeiro de capitalização individual, ao contrário do modelo atual, baseado no regime de repartição e fundado na ideia de solidariedade, conforme se verifica da atual redação dos artigos 194 e 195 da Constituição Federal:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

A concepção de solidariedade, especialmente conforme demonstrado pelo art. 195, caput, da Constituição Federal, consiste na ideia de que toda a sociedade, direta ou indiretamente, a partir do recolhimento das diversas contribuições sociais e tributos em geral, participa do custeio da Seguridade Social. A partir deste financiamento coletivo e integrado é que serão estruturadas as políticas públicas quanto aos benefícios e serviços de Seguridade Social.

A Assistência Social e a Saúde estruturam-se a partir de sistemas de custeio indireto, de responsabilidade de toda a população, mediante a arrecadação tributária geral, posteriormente organizada a partir das regras orçamentárias e financeiras.

Especificamente em relação ao sistema previdenciário, que é eminentemente contributivo, o sistema de custeio é tripartido entre o Estado, que participa com dotações do orçamento público, os segurados, que contribuem com parcela de sua remuneração, e os empregadores, com contribuições incidentes geralmente sobre a folha de salários ou sobre o lucro.

Pois bem, a PEC 6/2019 pretende alterar as bases estruturais da Seguridade Social no Brasil estabelecendo esse novo regime previdenciário, pautado pela capitalização individual.

No sistema de capitalização “é a contribuição do próprio segurado, potencial beneficiário, que deverá cumprir o número de cotas ou o valor estabelecido para garantir a

proteção pelo sistema para si e seus dependentes” (CASTRO, LAZZARI, 2015, p. 32).

Esse regime de capitalização valerá também para os servidores públicos, no âmbito dos regimes próprios, conforme redação proposta para o art. 40, § 6º, da Constituição:

§ 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão para o regime próprio de previdência social o sistema obrigatório de capitalização individual previsto no art. 201-A, no prazo e nos termos que vierem a ser estabelecidos na lei complementar federal de que trata o referido artigo.

Todavia, o novo modelo (de capitalização) não é totalmente apresentado à sociedade por ora, pois se remete o tema à legislação futura, exigindo Lei Complementar que trate de certos aspectos que serão as suas características principais: contribuição definida (sabe-se o quanto é recolhido, mas não se delimita o benefício a receber, que dependerá do saldo constante da reserva individual); conta vinculada para cada trabalhador (isto é, capitalização individual, sem qualquer perspectiva de solidariedade); proibição da utilização desses recursos pelo Governo.

Como ainda não existe o regime de capitalização pura mencionado no art. 201-A da PEC 6/2019, não há que se falar em regras de transição, mas apenas em regras transitórias. Assim, altera-se o ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para que seja inserido um novo artigo 115.

Esse art. 115 que se busca inserir no ADCT é expresso no sentido de que esse regime de capitalização que se quer criar é alternativo ao RGPS e ao RPPS, isto é: ou a pessoa estará inserida nesse novo regime previdenciário ou nos tradicionais modelos de Previdência Social (INSS ou regimes próprios de previdência destinados aos servidores públicos).

Além disso, o art. 115, § 1º, faz menção expressa aos “segurados obrigatórios do novo regime de previdência social”, trazendo um formato que colide frontalmente com o que já se encontra previsto no artigo 202 da Constituição Federal: regimes de previdência complementar que são expressamente autônomos, mas facultativos e complementares aos regimes básicos de proteção social.

5. Contribuições previdenciárias.

A proposta de Reforma Previdenciária se baseia quase que exclusivamente na ideia de um suposto déficit orçamentário.

Porém, a PEC 6/2019 promove a desoneração tributária das empresas, a partir da redução da base de cálculo da contribuição previdenciária patronal.

Veja abaixo a redação que se pretende dar ao art. 195, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, que prevê as contribuições previdenciárias a cargo da empresa:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos

orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos, devidos ou creditados, a qualquer título e de qualquer natureza, *salvo exceções previstas em lei*, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (grifamos)

Essa proposta de alteração do formato das contribuições previdenciárias patronais se vincula à alteração do art. 457, § 2º, da CLT, promovida pela Reforma Trabalhista em 2017, que já havia modificado o conceito de remuneração na expectativa de reduzir os encargos patronais:

§ 2º. As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

Segundo CASTILHO (2018, p. 142):

“Na prática, o que se fez, foi tentar alterar a natureza jurídica dessas verbas citadas no § 2º, do art. 457 da CLT, transformando-as em uma espécie de verba indenizatória, evitando-se sua repercussão no cálculo de outros direitos trabalhistas. Uma tentativa infundada, pois a mudança legislativa não

altera sua natureza jurídica, que decorre de uma análise lógica do sistema normativo.”

Esta alteração efetuada pela Reforma Trabalhista não possui respaldo constitucional perante a atual redação do art. 195, inciso I, a, da Constituição Federal de 1988:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos, devidos ou creditados, a qualquer título e de qualquer natureza, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

Conforme comentário ao art. 457, § 2º, da CLT, efetuado por LIMA e MARTINI (2017, p 139):

“O art. 195, I, “a”, da CF, por seu turno, institui como base de cálculo das contribuições previdenciárias ‘a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço’. Segue daí que todos os rendimentos pagos ou creditados à pessoa física, ao trabalhador inclusive, configuram-se como salário, independentemente do título a que pago, uma vez presente a propriedade contraprestativa. Essa base de cálculo do tributo con-

tribuição previdenciária não pode ser fraudada ou contornada pelo legislador ordinário, até porque é ontológica, referindo-se a um fato da vida com essência própria (pagamento com natureza contraprestativa), independentemente do nome atribuído.

Nestes termos, não há como recusar natureza salarial a parcelas com pronunciado atributo contraprestativo, a exemplo das gratificações ajustadas, percentagens, abonos e prêmios, sobretudo quando habituais.”

A PEC 6/2019, como se pode verificar, aprofunda o sistema de desoneração patronal efetuado anteriormente pela Reforma Trabalhista, em total contradição com os termos que vêm sendo apresentados para defesa do projeto de reforma previdenciária.

De outra parte, impõe-se aumento de alíquotas e alíquotas progressivas para os segurados da Previdência Social, conforme se vê abaixo:

Alteração das alíquotas de contribuição devidas pelos segurados do Regime Geral de Previdência Social

Art. 34. Até que entre em vigor a nova lei que altere o plano de custeio do Regime Geral de Previdência Social, a contribuição devida pelo segurado empregado, inclusive o doméstico, e pelo trabalhador avulso ao Regime Geral de Previdência Social incidirá de acordo com os seguintes parâmetros:

I - até um salário-mínimo, alíquota de sete inteiros e cinco décimos por cento;

II - acima de um salário-mínimo até R\$ 2.000,00 (dois mil reais), alíquota de nove por cento;

III - de R\$ 2.000,01 (dois mil reais e um centavo) até R\$ 3.000,00 (três mil reais), alíquota de doze por cento; e

IV - de R\$ 3.000,01 (três mil reais e um centavo) até R\$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos), alíquota de quatorze por cento.

§ 1º As alíquotas previstas no caput serão aplicadas de forma progressiva sobre o valor do salário de contribuição do segurado.

Ademais, passa-se a exigir contribuição previdenciária recolhida diretamente pelos trabalhadores rurais, conforme se vislumbra da proposta de alteração do Texto Constitucional abaixo transcrita:

§ 8º O produtor rural, na condição de proprietário ou possuidor, o extrativista e o pescador artesanal, e os seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de dezesseis anos que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a previdência social com o valor resultante da aplicação de alíquota sobre o resultado da comercialização da produção rural, observado o valor mínimo anual previsto em lei.

§ 8º-A Se não houver comercialização da produção rural ou não for atingido o valor mínimo a que se refere o § 8º, deverá ser feito o recolhimento do valor integral ou da diferença, para fins de manu-

tenção da qualidade de segurado no Regime Geral de Previdência Social, do cômputo do tempo de contribuição e carência do segurado e de seu grupo familiar, nos termos, nos limites e nos prazos definidos em lei.

Contribuição do segurado especial rural

Art. 35. Até que entre em vigor a nova lei a que se referem os § 8º e § 8º-A do art. 195 da Constituição, o valor mínimo anual de contribuição previdenciária do grupo familiar será de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

§ 1º Na hipótese de não haver comercialização da produção rural durante o ano civil, ou de comercialização da produção insuficiente para atingir o valor mínimo a que se refere o caput, o segurado deverá realizar o recolhimento da contribuição pelo valor mínimo ou a complementação necessária até o dia 30 de junho do exercício seguinte.

§ 2º Na hipótese de não ser recolhido o valor mínimo anual da contribuição previdenciária do grupo familiar até o prazo a que se refere o § 1º, o período correspondente não será considerado como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social.

A grande mudança que se opera em relação ao segurado especial, como se pode perceber, é a exigência de contribuição previdenciária como seu encargo tributário direto, e não mais indireto, tal qual ocorre na sistemática atual, em que é recolhida pelo adquirente, consignatário ou beneficiário da produção agrícola.

Outra sorte de alterações no campo das contribuições previdenciárias diz respeito ao montante mínimo de contribuição a ser recolhida pelos segurados. É o que se dá com a inserção dos §§ 14 e 15 ao art. 195 da Constituição Federal:

§ 14. O segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social a competência cuja contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima mensal exigida para sua categoria.

§ 15. O segurado que, no somatório de remunerações auferidas no período de um mês receber remuneração inferior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição de que trata o § 14, poderá, observada a periodicidade máxima e os demais critérios previstos em lei:

I - complementar a sua contribuição, de forma a alcançar o limite mínimo exigido, hipótese em que poderá utilizar o valor da contribuição que exceder o limite mínimo de contribuição de uma competência em outra; ou

II - agrupar contribuições inferiores ao limite mínimo de diferentes competências, para aproveitamento em contribuições mínimas mensais.

Em síntese, a contribuição previdenciária recolhida mensalmente só valerá, efetivamente, caso a base de cálculo seja igual ou superior ao salário mínimo. Em caso negativo, a competência não será computada para fins previdenciários, caso em que deverá ser complementada pelo segurado ou agrupados vários meses até que se atinja o montante mínimo.

Essa modalidade de arrecadação de contribuições previdenciárias parece afetar, sobremaneira, os empregados que estejam submetidos ao contrato intermitente (art. 452-A, da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho).

6. Competência judicial para ações previdenciárias.

A PEC 6/2019 também apresenta alterações importantes em relação à competência para processamento e julgamento das ações previdenciárias.

Eis a proposta de redação prevista para o art. 109, inciso I, da Constituição Federal:

I - as causas em que a União, a entidade autárquica ou a empresa pública federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Essa nova redação que se quer dar ao art. 109, I, retira a menção às causas de “acidentes de trabalho”, que hoje são de competência da Justiça Estadual e passarão à esfera de jurisdição federal.

Essa mudança é oportuna, visto que permitirá uniformização de entendimentos, e não prejudica em nada aos segurados.

O art. 43, das regras de transição da PEC 6/2019, prevê que as ações relativas a benefícios previdenciários decorrentes de acidentes do trabalho permanecerão

na Justiça Estadual, até que sobrevenha lei que disponha a respeito da transferência desses processos para a Justiça Federal:

Art. 43. Permanecerão na justiça estadual as causas relativas a acidentes de trabalho que envolvam a União, entidade autárquica ou as empresas públicas federais, ajuizadas até a data de promulgação desta Emenda à Constituição, hipótese em que lei poderá dispor sobre a transferência dos processos em tramitação para a Justiça Federal.

Por outro lado, a PEC 6/2019 introduz regra no art. 109, § 3º, do Texto Constitucional, que restringe a competência delegada em matéria previdenciária:

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal, em que forem parte instituição de previdência social e segurado, possam ser processadas e julgadas na justiça estadual, quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

A atual redação do art. 109, § 3º, do Texto Constitucional, deixa fora de dúvida que a Justiça Estadual julgue matéria previdenciária nas situações em que o município onde mora o segurado não seja sede de Vara Federal:

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permi-

tir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

A competência delegada atualmente prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, é uma forma de assegurar o amplo acesso à justiça, pois facilita o acesso “físico” à jurisdição, encurtando distâncias em um país de notórias dimensões continentais (SERAU JR., 2014).

Neste aspecto, essa pretensão da Reforma Previdenciária esbarra nitidamente na garantia de amplo acesso à justiça, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como na cláusula do devido processo legal (inciso LV do mesmo dispositivo constitucional), que também assegura, de modo bem amplo, um procedimento adequado ao jurisdicionado – o que pode ser interpretado também pelo aspecto de acesso presencial à jurisdição mais próxima do domicílio do segurado.

Por fim, a fim de amenizar essa restrição ao acesso à justiça, o art. 44, das regras de transição da PEC 6/2019, estabelece que, até que seja regulamentado o novo art. 109, § 3º, da Constituição Federal, continuará a competência delegada nas hipóteses em que a Vara Federal se localizar a mais de 100 km da Comarca de domicílio do segurado:

Art. 44. Até que seja publicada a lei a que se refere o § 3º do art. 109 da Constituição, poderão ser processadas e julgadas na justiça estadual as causas previdenciárias, acidentárias ou não, ajuizadas pelos segurados ou por seus dependentes, de

competência da Justiça Federal, quando a comarca de domicílio do segurado distar mais de cem quilômetros da sede de vara do juízo federal.

7. Conclusões

A Reforma Previdenciária foi proposta no albor do novo Governo Federal e, ao que parece, tornou-se seu principal projeto político.

A proposta foi apresentada ao Congresso Nacional no início de fevereiro, consubstanciada na PEC 6/2019, que visa estabelecer uma “nova previdência”.

Além de alterar determinadas regras previdenciárias, a PEC 6/2019 acaba por reestruturar totalmente o sistema constitucional de Seguridade Social inaugurado pela Constituição Federal de 1988, sinalizando a adoção do regime de capitalização pura, em abandono do modelo de solidariedade existente desde sempre no Brasil.

Ademais, a PEC 6/2019 altera regras de Direito Administrativo e dos Regimes Próprios de Previdência Social; transforma o sistema de custeio e financiamento da Seguridade Social, bem como as regras para obtenção das aposentadorias no RGPS, a partir da fixação da idade mínima e da maior rigidez na metodologia de cálculo; enrijece os critérios para obtenção do benefício de Assistência Social, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, dentre outras mudanças paradigmáticas e profundas.

Tais mudanças propostas pela PEC 6/2019 devem ser analisadas e refletidas com devido vagas e necessário dialogo com todos os setores da sociedade, visto que são alvo de críticas em virtude de incongruências jurídicas e também por, muitas vezes, descolarem-se da realidade social nacional.

Referências

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. **Remuneração na Reforma Trabalhista**, in: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). **Reforma Trabalhista ponto a ponto – de acordo com a MP n. 808 (14.11.2017). Estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 18ª ed., rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LIMA, Bruno Choairy Cunha de; MARTINI, Vanessa. **Das inovações no contrato individual de emprego**, in: ZIMMERMAN, Cirlene Luiza (coord.). **Reforma Trabalhista interpretada – Lei 13.467/2017**. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

SERAU JR., MARCO AURÉLIO. **Curso de Processo Judicial Previdenciário**, 4 ed., rev. e atual., São Paulo: Método, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilherna. **A batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

COMISSÕES DE LICITAÇÃO: LIMITES DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Luíza Hey Toscano de Oliveira

Advogada. Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná.

Resumo: Como meio de viabilizar as contratações do Poder Público com terceiros, adotou-se a licitação, atualmente prevista na Lei n.º 8.666/1993, para efetivar aquelas. O órgão que dirige todo o procedimento licitatório é a comissão de licitação, dentro de suas atribuições encontra-se a realização de diligências, prevista no § 3.º, do art. 43, daquela Lei, para dirimir eventuais dúvidas causadas pela documentação e propostas apresentadas pelos licitantes. O trabalho aprofundou-se na realização de diligência. Assim, analisou a composição da comissão de licitação, a natureza do ato de diligenciar, se discricionários ou vinculados e quais seus limites. Indubitavelmente o diligenciamento é ato vinculado, havendo pontos

obscuros ou dúvidas acerca da documentação fornecida é dever da comissão de licitação realizar diligências. Quanto aos limites, são os princípios da legalidade, razoabilidade, da igualdade e da supremacia do interesse público que respaldam a atuação do órgão colegiado. A razoabilidade determina que a atuação dos administradores esteja dentro do limite e do escopo da lei e que haja equilíbrio entre os meios empregados e o fim buscado. A igualdade preceitua que nenhum licitante deve ser privilegiado ou preterido em face dos outros. O interesse público visa alcançar a proposta mais vantajosa. A conclusão vai no sentido de que em havendo falhas, pontos obscuros, controvérsias ou dúvidas a comissão de licitação é obrigada a promover diligências para sanar o vício, desde que este não altere substancialmente a proposta e nem que seja de elemento essencial, previsto no edital.

Palavras-chave: Licitação, comissão de licitação, diligência, razoabilidade, igualdade, interesse público.

1. Introdução

Com embasamento constitucional, (art. 37, XXI) tem-se o imperativo de que a administração pública direta e indireta só poderá contratar obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública. A matéria é de competência legislativa privativa da União, com relação às normas gerais (art. 22, XXVII, da CF).

Foi em decorrência dos artigos acima mencionados que a Lei Federal n.º 8.666/1993 (Lei de Licitação e Contratos Administrativos) foi criada, regulamentando e disciplinando todo o procedimento licitatório. Esta Legislação informa, disciplina e orienta o trâmite das licitações públicas, dando eficácia ao texto constitucional com relação às contratações propriamente dita e aos fins almejados pela Carta Magna, dentre eles o interesse público.

Assim, traz em seu corpo os princípios norteadores, suas fases, estipula quais são as modalidades e tipos de licitação, cada um deles possuindo sua peculiaridade e regime distinto.

Foi com vistas a ordenar o expediente que o texto normativo instituiu a comissão de licitação para ordenar, coordenar e dirigi-lo sempre garantindo a isonomia entre os concorrentes e tendo como fim maior o atingimento do interesse público primário.

Ocorre que, ocasionalmente, no exercício de suas funções surgem dúvidas acerca dos documentos (de habilitação ou da proposta), tabelas, projetos, dados fornecidos pelos concorrentes. Diante dessa situação, o colegiado decidirá se é hipótese de diligência para corrigir e elucidar informações da documentação, ou se é caso de inabilitação ou de desclassificação do concorrente.

O principal tópico do presente trabalho é quanto ao exame dos limites da atuação da comissão de licitação em relação à promoção de diligências no procedimento do cer-

tame. Para tanto, será examinada a comissão de licitação quanto aos aspectos de seus membros; aos atos que são de sua competência; realização de diligências do § 3.º, do art. 43 (explicando seu conceito e nuanças) e ao final, propõem-se os limites que devem ser respeitados pelo colegiado.

2. O processo de contratação pública

Para o poder público contratar obras, serviços, compras e alienações é mister seguir procedimentos específicos, que buscam a melhor condição e vantajosidade para a Administração. O procedimento adotado no Brasil é o das licitações públicas, que, via de regra, são indispensáveis¹. Conforme dito acima, é a Constituição Federal que prevê a necessidade de licitação pública para que a Administração Pública possa contratar.

Para cada objeto existe uma modalidade e um tipo de licitação diferentes. Assim, conforme a peculiaridade de cada procedimento, são delimitadas as regras do jogo licitatório que devem ser respeitadas tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares.

A Lei n.º 8.666/93 não traz explicitamente o conceito de licitação pública. Modernamente tem-se definições doutrinárias assinadas por Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Roberto Dromi, entre outros.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14.ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade e MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2006a. p.26.

O Tribunal de Contas da União² define licitação como “procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços”.

Celso Antonio Bandeira de Mello explana que

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.³

Portanto, é por meio da licitação que se tem a validade de contratação de particulares pela Administração. Seus principais pilares estão na Constituição Federal (incluindo os princípios nela contidos) e na Lei Federal n.º 8.666/93, que estabelecem o passo-a-passo a ser seguido pelo ente público e pelo participante.

A primeira parte do caput do artigo 3.º, da Lei de

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p.16.

3 BANDEIRADE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. p.517

Licitações, discrimina os objetivos da licitação, sendo três: observar o princípio da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Frise-se que, em decorrência do desenvolvimento nacional sustentável, a proposta mais vantajosa nem sempre será a mais barata. O Poder Público é visado por muitos empreendedores, assim, quando deseja influenciar condutas pode fazê-lo mediante a licitação. Explica-se: a Constituição Federal tem como um de seus princípios o desenvolvimento sustentável, desta forma, pode (a Administração) abrir certame licitatório para compra de materiais biodegradáveis (canetas esferográficas).

Tais objetivos beneficiam e contemplam a Administração Pública, o particular e a sociedade como um todo (já que é o fim público primário). A Administração se satisfaz em contratar a melhor oferta; os participantes, com a competição em igualdade de condições e a sociedade tendo suas necessidades saciadas⁴.

Essa harmonia de interesses se dá mediante a obediência, durante a licitação, dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e seus princípios correlatos, conforme a segunda parte daquele art. 3º.

4 SUNDFELD, 1995 apud OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. **Diligências nas licitações públicas**. Curitiba: JM, 2001. p.25.

Assim, justamente pelos objetivos propostos pela Lei Federal (seleção da proposta mais vantajosa, obediência ao princípio da igualdade e estímulo ao desenvolvimento nacional sustentável), é que não se admite a atuação do servidor público baseada no seu subjetivismo, seja na exigência dos documentos a serem apresentados na disputa, seja em qualquer julgamento ou decisão que se faça necessário. A discricionariedade do administrador é delimitada nas hipóteses em que não há prescrição legal fechada.

3. Atuação da comissão de licitação: limites

Para o procedimento licitatório ser efetivado tem de haver responsáveis por ele, que cuidem da sua lisura, do fiel cumprimento de suas fases, do recebimento ou não dos documentos que serão entregues pelos licitantes. Ou seja, é necessário que a Administração Pública coordene o certame licitatório para que atinja seu fim (qual seja a contratação pública, para que o objeto licitado seja executado). Tal coordenação é feita por meio da comissão de licitação.

Ela é a responsável por conduzir e zelar pelo bom funcionamento da licitação. A Lei Federal de Licitações, em seu art. 6.º, inciso XVI, conceitua-a como o colegiado que tem a função de recolher, analisar e julgar os documentos e os procedimentos referentes às licitações e ao cadastramento dos licitantes.

Mais adiante o art. 51 traz os requisitos e as características desse “órgão”, que serão estudadas mais adiante.

As regras contidas nesse artigo são gerais, assim, devem ser respeitadas por todos os entes da Administração, proporcionando uma mínima identidade organizacional e segurança jurídica.

3.1 Composição da comissão de licitação

O Estatuto das Licitações traz algumas regras quanto à comissão de licitação. Não são muito específicas, trançando apenas parâmetros gerais de composição e atuação, prevenindo algumas restrições, mas nada sobre a sua organização.

Portanto, é o órgão licitante quem define as especificidades e como se dará o funcionamento interno da comissão de licitação. O Diploma Licitatório age como uma moldura, podendo a pintura ser completada pelo ente público.

Apesar de nem todas as regras a seu respeito estarem contidas na lei, a comissão não é composta aleatoriamente. Se assim fosse, estaria o procedimento fadado à corrupção e, muito provavelmente, os vencedores seriam escolhidos não por conta de terem apresentado a melhor proposta, mas sim porque atenderam aos interesses particulares dos funcionários da Administração.

Assim, deve ser composta por um número mínimo de 3 (três) membros, não sendo delimitado o número máximo de integrantes (art. 51). O número mínimo existe para que a tomada de decisões não seja influenciada por nenhum fator externo proporcionando julgamentos mais transparente possíveis. Marçal Justen Filho explica que:

A Lei estabelece número mínimo de membros. Não há número máximo. A pluralidade de membros visa a reduzir a arbitrariedade e os juízos subjetivos. Amplia-se a publicidade de decisões, na medida em que a pluralidade de membros dificulta o sigilo. Enfim, partilha-se o poder entre diversas pessoas, na presunção de que essa solução reduz o arbítrio.⁵

Excepcionalmente, a Lei admite a troca da comissão de licitação por um único funcionário. Essa substituição somente é permitida atendidos os seguintes requisitos (i) se tratar de unidade administrativa pequena, (ii) houver carência de pessoal e (iii) a modalidade da licitação for convite (art. 51 *caput* e § 1.º).

O art. 51 instituiu, também, a necessidade de que haja agentes com conhecimento técnico. Isto é, numa comissão de 3 (três) pessoas, 2 (duas) delas serão, obrigatoriamente, qualificadas. Aumentando o número de participantes, o número de servidores deve aumentar proporcionalmente. Isto é, existindo 7 (sete) membros ao total, 5 (cinco) deles devem ser qualificados e todos do quadro permanente.

Dita regra aplica-se de igual maneira aos suplentes. As qualidades que os substitutos possuem devem ser as mesmas que os titulares têm. Saindo um titular qualificado, o suplente que assumirá o seu cargo deverá ser igualmente qualificado. Caso contrário, o Estatuto Licitatório

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 909.

estaria violado, visto que o órgão colegiado estaria carente de servidor apto, e todos os atos a partir de sua posse seriam nulos por falta de agente capaz.

Via de regra, a habilitação do membro qualificado não é requerida, apenas é exigida *expertise* sobre o objeto da licitação, ou seja, que o sujeito tenha conhecimento do assunto que será licitado.⁶ Já nos casos de comissão de julgamento dos pedidos de inscrição, modificação ou cancelamento em registro cadastral de obras, serviços ou aquisições de equipamentos⁷ a habilitação de seus integrantes se faz devida. Todos os membros, sejam eles habilitados ou não, devem ter conhecimento e competência para analisar e julgar as propostas, que normalmente contém informações técnicas.

Ademais, não podem ser eleitos para compor o colegiado pessoa que possua algum tipo de vínculo de caráter técnico, comercial, econômico, financeiro ou trabalhista com o licitante encarregado pelos serviços, fornecimentos e obras (incluindo os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários), pois configuraria participação indireta na licitação, conduta vedada pela Lei (art. 9.º, § 4.º cumulado com § 3.º). A nomeação e a função dos membros são feitas pela autoridade competente, representante do órgão público.

6 Contra, Marçal Justen Filho (2014, p.909).

7 O exemplo mais comum da comissão de registros cadastrais é em licitações que sejam pela modalidade tomada de preços, pois exige-se dos licitantes que sejam cadastrados.

Quanto ao quórum de instalação para deliberação, a regra é simples. O mínimo, como acima exposto, é de três membros, então, numa comissão com esse número, as deliberações e votações somente acontecerão quando os três estiverem presentes, em respeito ao *caput* do art. 51. Esse quórum se repete nas comissões com mais de três membros. Assim, numa comissão com cinco membros o número de instalação será de três membros e desses três, dois devem ser qualificados (art. 51 *caput*). Desrespeitados tais preceitos as decisões serão nulas e os atos deverão ser refeitos desde a ilicitude, tendo em vista que a tecnicidade e a lisura do procedimento estarão em jogo. Se houver deliberação irregular (sem o quórum de instalação válido ou sem um mínimo de integrantes qualificado) e nela a proposta vencedora for eleita, a classificação restará inválida.

Os integrantes do colegiado respondem civil, penal e administrativamente pelos atos que praticaram em desacordo com os princípios e com as disposições legais (art. 82 e art. 84), sem descartar a hipótese de serem processadas por improbidade administrativa.

Mais, o Diploma das Licitações fixa a responsabilidade solidária entre todos os membros por suas condutas, com exceção daquele que discordou fundamentadamente e registrou o desacordo em ata lavrada na reunião da decisão ilícita (art. 51, § 3.º). A responsabilidade dos membros, além de se exigir a conduta ilegal e da sua consequência, somente será imputada se a comissão

agiu com culpa lato sensu (imprudência, negligência, imperícia ou dolo)⁸.

Havendo a autoridade competente homologado⁹ a licitação com o ato vicioso, responderá igualmente com os membros da comissão (TCU, acórdão n.º 4791/2013). A autoridade competente tem função de garantir a correção do procedimento. Homologando-o concorda inteiramente com as decisões nele tomadas e, portanto, será igualmente responsabilizada.

Segundo o Estatuto Federal, a comissão de licitação pode ser especial ou permanente (art. 51 *caput*). Especial é aquela em que seus integrantes são designados para determinadas licitações (encarregados de procedimentos licitatórios predeterminados). Normalmente existem quando o objeto licitado requer conhecimentos técnicos muito específicos, como por exemplo, uma obra de engenharia em uma hidroelétrica. Existindo duas ou mais licitações contendo exigências similares nada impede que sejam gerenciadas pela mesma comissão especial. Terminada a licitação, isto é, com a sua homologação pela autoridade competente, a comissão é extinta de plano, visto que seu fim foi atingido (presidir determinado certame).

8 GASPARINI, Diogenes. **Comissões de licitação**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2002. p. 51.

9 A homologação é um ato de fiscalização e controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o que foi realizado pela comissão de licitação, e equivale a aprovar os procedimentos até então adotados.

É permanente quando ao invés de designações de licitações, é fixado um período de tempo¹⁰. O objeto licitado não tem peculiaridades, nem especialidades, ele é genérico e comum. Então, a característica da comissão permanente é a continuidade de sua existência¹¹. Entretanto, apesar ser determinada ao longo de um lapso temporal, a equipe que a integra (tanto os titulares quanto os suplentes) é dissolvida quando completado 1 (um) ano da data de sua nomeação, sendo vedado o retorno integral dos mesmos indivíduos no período imediatamente posterior para aquela mesma comissão (art. 51, § 4.º). Apenas após um ano de sua desvinculação é que o mesmo grupo poderá voltar a presidir a comissão em que já atuaram. Quanto à reeleição, só é admitida a parcial, tendo em vista que a finalidade da lei é proporcionar a alternância de pessoal.

Diferentemente ocorre nas comissões especiais em que a vedação da Lei de um ano não é regra cogente. Seus participantes atuarão nela independentemente do tempo, ou seja, se a licitação durar mais de um ano, o mandato dos integrantes será de mais de um ano, se menos de um ano, as funções exercidas pelos membros durarão menos de um ano. Da mesma forma esta proibição não envolve a designação dos mesmos membros de uma comissão permanente para outra, por se tratar de nova comissão, apesar de estar

10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 21.

11 GASPARIANI, Diogenes. **Direito administrativo**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 573.

indo contra a mens legis.¹²

Não prevê a Lei n.º 8.666/93 a época exata de instituir a comissão. O ideal é já existir e estar funcionando desde a fase interna, mas o limite está na data de recebimento das propostas, podendo o edital ser lançado e o colegiado ainda não estar definido.¹³

A comissão permanente sempre deve existir e a especial, como já explicada, é instituída quando o objeto da licitação for peculiar. Assim, é proibida a existência apenas de colegiados especiais. Cabe aqui a lição de Diogenes Gasparini:

Atente-se que num dado momento podem existir várias comissões especiais, consoante o vulto das primeiras e a simultaneidade das últimas. Podem coexistir uma comissão permanente e uma ou mais comissões especiais, sempre que se desejar atribuir a habilitação e o julgamento das propostas a pessoas qualificadas, circunstância esta não considerada na constituição da comissão permanente. [...]. O que nos parece vedado é a existência apenas de comissões especiais.¹⁴

A discricionariedade está em estatuir pluralidade de comissões permanentes ou especiais (dependendo do caso), com o intuito de dividir a carga de serviço, repartindo as licitações do órgão público entre elas.

12 GASPARINI, 2002. p. 42.

13 JUSTEN FILHO, 2014, p. 910.

14 GASPARINI, 2006, p. 574.

Além da multiplicidade de comissões num mesmo ente, uma licitação pode conter mais de uma comissão, cada uma com atribuições distintas. O Regulamento das Licitações implicitamente no art. 51, § 2.º, oportuniza essa diversidade de colegiados. Por exemplo, é permitido haver comissão para analisar os documentos de habilitação preliminar e registros cadastrais (sua alteração ou cancelamento) e outra apenas encarregada com o julgamento das propostas. Não há restrição do número de comissões existentes.

Especificamente quanto ao colegiado que julga os pedidos de inscrição em registro cadastral, sua modificação ou cancelamento, de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, será composto por especialistas devidamente habilitados (§ 2.º, do art. 51). Em decorrência deste último requisito, há possibilidade de variadas comissões de recebimento: uma para obras de engenharia, outra para receber materiais hospitalares, mais outra para artigos de informática, por exemplo.¹⁵

Portanto, é plenamente possível a convivência de várias comissões de licitação num mesmo órgão público e num mesmo procedimento licitatório. As características e necessidades de cada licitação são os fatores determinantes para a autoridade competente designar uma ou mais comissões e suas atribuições.

15 RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**: decreto-lei n.º 2300 de 21/11/1986. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 123.

As comissões são vinculadas ao ente da Administração que pretende licitar. Mas têm liberalidade em na condução do certame e na tomada de decisões, sempre respeitando o ordenamento jurídico. Não há prévia aprovação dos atos do colegiado pelo órgão administrativo. Em suma, inexistente submissão da comissão em relação à Administração. A autoridade competente somente manifesta seu posicionamento (i) nos casos de recurso interposto por licitante em que a comissão manteve seu posicionamento (art. 109, §§ 2.º e 4.º) e (ii) quando for homologar e/ou adjudicar o certame (art. 43, inciso VI).

As comissões de licitação (de registro cadastral e julgamento das propostas; permanentes ou especiais) não são as únicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Há, também, comissão de concurso, de recebimento de materiais e na modalidade pregão, o senhor pregoeiro faz às vezes da comissão de licitação. Embora menos mencionadas, todas têm previsão legal.

A comissão de concurso é prevista no § 5.º, do art. 51, tendo como fim de julgar os trabalhos apresentados no concurso e/ou selecionar prestador de serviços técnicos, variando de acordo com o objeto do certame licitatório. Também é função desse colegiado entregar o prêmio ou remuneração que foi definido no edital.

Em decorrência da especificidade do concurso, a comissão será sempre especial, sendo integrada por pessoas de reputação ilibada e com *expertise* no assunto em

exame, independentemente de serem servidores públicos ou não (§ 5.º, do art. 51). Mas, frise-se que terceiros à Administração só serão avocados na impossibilidade ou inexistência de indivíduos para integrar o colegiado. Não menciona a Lei número mínimo para sua composição.

Existindo mais de uma licitação na modalidade concurso num mesmo ente do poder público, o objeto definirá quantas comissões existirão; se de objetos similares uma; se de objetos distintos; mais de uma.

Quanto à comissão de recebimento de materiais, a Lei n.º 8.666/93 apenas a institui de maneira indireta. Prescreve que os materiais de valor acima de cento e cinquenta mil reais nos casos de obras e serviços de engenharia e de oitenta mil reais para compras e serviços que não os de engenharia deverão ser entregues a uma comissão de três membros, no mínimo (§ 8.º, do art. 15). Sua função é basicamente decidir se os materiais entregues pelo(s) contratado(s) estão de acordo com o edital ou não.

Como é obrigatória a existência de pelo menos uma comissão de recebimento quando licitados insumos caros, essa comissão tem caráter permanente. Entretanto, facultase a criação de mais de uma. Optando pela pluralidade de colegiados, a autoridade competente definirá quais as competências de cada uma. Por exemplo, a comissão A receberá material de engenharia e a comissão B insumos de escritório.

Como nada menciona a Lei Federal sobre os membros, presume-se que deverão, necessariamente, ser servidores públicos.

Por fim, quando a modalidade utilizada for o pregão não haverá comissão de licitação ou comissão de pregão e, sim, pregoeiro e respectiva equipe de apoio, nomeados pela autoridade competente, todos servidores do órgão licitante, mas não de seu quadro permanente (inciso IV, art. 3.º, da Lei n.º 10.520/02).

O pregoeiro tem funções de receber as propostas e os lances das competidoras, aceitá-los ou não (conforme o instrumento convocatório); de classificar de acordo com os lances; de verificar se os documentos de habilitação estão em conformidade com o edital; receber eventuais recursos interpostos pelos licitantes e de adjudicar o objeto.

A Lei do Pregão silenciou sobre o mandato do pregoeiro e da equipe que o auxilia. Presume-se que a nomeação do gestor e de seus assistentes poderá ser para pregões determinados ou por um lapso temporal certo. Ou seja, se nomeado para pregão determinado equipara-se à comissão especial, se nomeado por certo período de tempo equipara-se à comissão permanente.

A proibição de recondução, prevista no diploma das licitações, não foi reproduzida na Lei n.º 10.520/02. Deste modo, é permitida a reeleição tanto do pregoeiro quanto da equipe de apoio, dependendo exclusivamente

da autoridade competente.¹⁶

E, por razão de lógica, não há quórum de instalação para funcionamento, já que o pregoeiro é figura única com atribuições decisórias (a equipe que o auxilia não tem condão decisório), via de consequência a responsabilidade por eventual ilegalidade é apenas dele.¹⁷

Como última observação, as comissões, quaisquer que forem elas, e a figura do pregoeiro não possuem personalidade jurídica, não sendo permitido contrair obrigações ou possuir direitos. Contudo, possuem capacidade processual, podendo figurar como parte autora ou ré de uma ação judiciária, representadas sempre por seu Presidente.

3.2 Promoção de diligências: previsão legal

A comissão de licitação é a gerenciadora do certame licitatório. Sua atuação é vital para o seu correto desenrolar, prezando sempre pelo respeito às normas e aos princípios que regem o certame.

Ela dirime eventuais dúvidas tidas pelos (futuros ou efetivos) licitantes acerca dos termos do edital, dos documentos requeridos, da elaboração da proposta; coordena e decide sobre os documentos de habilitação apresentados, sobre as propostas e ao final elege a oferta mais vantajosa

16 GASPARINI, 2002, p.124

17 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 322.

para a Administração. A coordenação do certame abrange incontável quantidade de atos que serão praticados. Pertinente aqui a lição do doutrinador Ivan Barbosa Rigolin:

O art. 41 do Estatuto “simplifica” imensamente, em seu enunciado, as atribuições das comissões de licitação; dá a falsa ideia de que elas são singelas, velozes e de resultado previsível, quando a prática do trabalho das comissões evidencia realidade quase inversa: um sem-número de dificuldades de toda ordem, incidentes, tropeços, omissões, lacunas, surpresas, desatualizações quanto às fontes de direito, desinformações generalizadas tanto pelos membros das comissões quanto pelos licitantes; enfim, toda sorte de obstáculos e empecilhos à boa fluência dos trabalhos das comissões, que a teor da lei parecem de uma simplicidade encantadora.¹⁸

São algumas de suas atribuições: presidir a sessão de recebimento dos envelopes com os documentos de habilitação e dos envelopes contendo as propostas técnicas; abrir e analisar os envelopes de habilitação; devolver os envelopes das propostas técnicas, lacrados, dos concorrentes inabilitados; abrir e julgar as propostas técnicas; qualificar ou desqualificar estas; refazer seus atos quando irregulares ou danificados, de ofício ou por ordem da autoridade competente; receber os recursos em oposição aos seus atos, dirigindo-os à autoridade superior em caso de improvimento e comunicar aos demais concorrentes sobre tal interposição; emitir certidões eventualmente requeridas; realizar diligências;

18 RIGOLIN, 1991, p. 129.

aceitar desistência da proposta do licitante vencedor, desde que fundada em motivo plausível e superveniente; chamar os ganhadores para assinar ou retirar o termo de contrato.¹⁹

Analisar-se-á, neste tópico, uma atuação em especial, tendo em vista discussões relacionadas com a discricionariedade ou não do órgão colegiado.

Prevista no § 3.º, do art. 43, da Lei Federal, a promoção de diligências é facultada à comissão ou à autoridade superior, em qualquer fase da licitação, com o fim de esclarecer ou complementar a instrução do processo, proibida a adição posterior de documento que deveria ter sido apresentado na proposta do ofertante.

Migrando para lei de contratação específica, o Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Lei nº 12.462/11 no §2º, do art. 24, determina que é possível a realização de diligências para checar a exequibilidade das propostas. O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, menciona, como na Lei 8.666/93, que a realização de diligências é uma faculdade da comissão de licitação para esclarecer, corrigir ou complementar a instrução do processo, mas proíbe a alteração relevante da proposta (art. 7º, §2º).

Tanto na Lei Geral de Licitações como no RDC, o legislador prescreveu a realização de diligências pela comissão de licitação, tendo as mesmas finalidades.

19 Funções elencadas por Diogenes Gasparini. Comissões de licitação. 2002. p.14-15 e por Ivan Barbosa Rigolin. Manual prático das licitações. 1991. p.129-32.

As normas acima citadas trazem algumas dúvidas, dentre elas: quais ações podem ser elencadas como diligências? Eventuais falhas cometidas pelos licitantes podem ser sanadas com fundamento no § 3.º, do art. 43, da Lei nº 8.666/93. As diligências podem ser requeridas, ou só são possíveis de ofício? Apesar de a Lei mencionar faculdade, são elas mera discricionariedade ou um poder-dever do colegiado em promovê-las? Quais os limites e casos que acarretarão as diligências? O que se entende por alteração relevante da proposta?

Essas indagações serão respondidas ao longo deste capítulo, tendo em vista as regras e princípios que regem as licitações e o Direito Administrativo.

Inicie-se com a conceituação da palavra diligência. Do latim *diligentia*, sinônimo de busca, procura, pesquisa, investigação, providência, averiguação, sindicância, é conceituada pelo Dicionário Aurélio como pesquisas ou averiguações tomadas para elucidar algum assunto²⁰. Na licitação, a comissão utiliza-se da realização de diligências para verificar a conformidade dos documentos apresentados pelos participantes para posterior habilitação ou inabilitação; qualificação ou desqualificação.

Do conceito, abstrai-se que diligenciar é requerer/fazer perícias, pareceres técnicos, vistorias, exames de falsi-

20 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 682.

dade documental, documentos constantes de outros órgãos da Administração, atestar certidões, entrar no sítio dos órgãos públicos para verificar a regularidade da licitante, solicitar informações do próprio licitante. Ou seja, são todas as medidas necessárias que proporcionem segurança e certeza nas decisões.

Nem sempre os membros do colegiado são peritos acerca do assunto que será analisado por meio da diligência. Por isso é imprescindível assessoria para que nas questões em que aqueles sejam leigos ou, até mesmo, impossibilitados de fazer por falta de material adequado (por exemplo, exame de falsidade de certidão) haja um grupo de pessoas que os ajude enviando pareceres, respostas a dúvidas, exames sobre a veracidade de algumas informações fornecidas, entre outros. Mesmo que não expressamente enunciada, como na Lei n.º 10.520/02, a equipe de apoio é peça fundamental da licitação.

A consulta feita à equipe de apoio será entregue e apreciada pela comissão, que a utilizará ou não como fundamento de seu julgamento. Frise-se que o assessoramento não tem o caráter vinculante. Como a decisão é atribuição exclusiva da comissão de licitação, pode ela basear-se no documento expedido pelo grupo de assessoramento (compara-se com o juiz de direito que quando realizada perícia não é obrigado a sentenciar de acordo com a conclusão do laudo pericial). Claro que todo e qualquer veredicto emitido deve ser fundamentado, seja na documentação da equipe de apoio, seja por outro meio de convicção.

Ademais, o embasamento da promoção de diligências está no princípio da verdade material. Isto quer dizer que o legislador previu tal procedimento com vistas à realidade dos fatos. Nas palavras de Odete Medauar:

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.²¹

Claro, se com a realização de diligência um licitante é mantido no certame licitatório, maior o número de propostas e, assim, a obtenção da proposta mais vantajosa será conquistada.

Supondo que haja dúvida quanto a inexistência de débitos perante a Justiça do Trabalho, em virtude do princípio da verdade material a Comissão de Licitação averiguará tal informação para verificar se realmente o concorrente possui dívidas trabalhista, por meio de um simples acesso no sítio da Justiça do Trabalho.

O colegiado não fica adstrito apenas aos documentos anexados no procedimento administrativo. Diferentemente do processo civil em que é vedado ao juiz o conhecimento

21 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131.

de fato ou matéria que não está nos autos do processo, a licitação, que tem o objetivo de escolher a melhor oferta, permite a prevalência da verdade material (do que realmente aconteceu) em face da verdade formal.²²

Em conclusão, além de a execução de diligências estar prevista na Lei de Licitações e na Lei do RDC (em respeito ao princípio da legalidade), tal conduta está também abarcada pelo princípio do processo administrativo da verdade material.

Quanto à questão de quem pode requerer diligências, normalmente são feitas de ofício, advindas de uma urgência do colegiado em ver suas dúvidas sanadas. Evidentemente que a realização de diligências se dá por meio da comissão, todavia, não há óbice para os licitantes postular sua execução, com o propósito de manterem-se no certame.

Pleiteado o pedido de diligência pode a comissão acolhe-lo ou rejeitá-lo, sempre fundamentando a decisão. Não aceito o requerimento do concorrente, cabe recurso de representação²³ à autoridade superior, que resolverá se pertinente ou não a providência.

22 DALLARI DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 109.

23 “Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

[...]

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;” (Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993).

3.3 Poderes investigativos e instrutórios da comissão

Como já mencionado, muitas são as tarefas atribuídas às comissões de licitação, visto que comandam todo o certame, desde a publicação do edital até a escolha da oferta mais vantajosa, excetuando os atos de homologação e adjudicação que são feitos pela autoridade competente (art. 43, inciso VI).

Em face de todas essas funções de competência do colegiado, estar-se-á diante de atuação discricionária ou vinculada? Preliminarmente os dois conceitos serão diferenciados.

O poder discricionário do agente público é aquele em que o legislador deixou mais de uma atuação, todas válidas, a ser escolhida pelo executor da lei. Surge, muitas vezes, em decorrência de situações imprevisíveis de serem legisladas, de conceitos jurídicos indeterminados, de expressões vagas, dos multissignificados de conceitos. É uma ferramenta célere e rápida objetivando um agir eficaz do Poder Público. Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira:

Discricionariedade é, pois, a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.²⁴

O agente público possui certa liberdade, mas que é restringida pela Carta Magna, pelos princípios gerais do

24 OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. **Ato administrativo**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

direito, pela finalidade e pela própria norma, pelo interesse público em geral, pela observância da conveniência e oportunidade de cada uma das opções deixadas.

Todos esses elementos balizadores são somados aos requisitos indispensáveis do ato administrativo: competência (ser o agente capaz de praticar o ato e quando o fizer estar no exercício de suas funções), finalidade (o fim que a norma busca), forma (como o ato deve ser externado), motivo (as justificativas do por que agir de determinada maneira) e objeto (resultado imediato que o ato proporcionará, é a alteração no mundo fático).²⁵

A discricionariedade encontra-se nos componentes motivo e objeto, posto que são tidos como o mérito do ato administrativo; os demais elementos serão sempre vinculados à lei²⁶. Em outras palavras, a causa e a consequência esperada pela prática do ato discricionário são os pontos que dão a liberdade (restringida) ao administrador.

Imperioso lembrar, que a atuação discricionária não é sinônima de arbitrariedade. Na primeira, há várias medidas que podem ser adotadas, todas possíveis, válidas e lícitas. Já na segunda, a atuação não tem limites e nem parâmetros, o servidor age de forma abusiva (em desrespeito à lei), de acordo com seus interesses pessoais. A arbitrariedade é in-

25 MEDAUAR, 2008. p. 112-113.

26 MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Amadeu do Carmo; GUIMARÃES, Marcelo. **Casos concretos de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 289.

concebível no Estado Democrático de Direito. Se os requisitos da discricionariedade não são contemplados pelo administrador estar-se-á diante de ato arbitrário, portanto, nulo.²⁷

O poder vinculado é aquele que não deixa margem para escolhas. Constatada a situação descrita na norma jurídica, só existe uma solução juridicamente válida. O legislador não deixou opção ao executor, delimitou as diretrizes e determinou a exata conduta a ser adotada. Conforme Eduardo Ganymedes Costa²⁸, “o poder vinculado se caracteriza pela atuação dentro dos exatos limites impostos pela norma aplicada a cada caso concreto, com requisitos e elementos determinados, em face do que o agente fica inteiramente submetido (vinculado)”.

Voltando à comissão de licitação, cabe analisar se as funções exercidas durante o procedimento licitatório são vinculadas ou discricionárias.

No bojo do instrumento convocatório estão elencados quais os documentos que assegurarão (i) a habilitação do concorrente (habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica e econômico-financeira) e (ii) a qualificação da proposta (técnica e preço). Os documentos são fornecidos e entregues ao colegiado que os analisará e verificará sua conformidade e regularidade com o edital.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009b. p. 47.

28 COSTA, Eduardo Ganymedes. **Noções gerais de direito**. Curitiba: IESDE Brasil, 2008. p. 161.

Assim, um dos poderes da comissão é o de instruir regularmente o procedimento, recebendo e analisando toda a documentação de todos os pretendentes. Simples seria se estas não gerassem qualquer tipo de questionamento, pois a decisão de habilitação, inabilitação, qualificação ou desqualificação não demandaria maiores problemas. Ocorre que muitas vezes essa documentação gera dúvida por ser omissa, incompleta, ininteligível, confusa, duvidosa, entre outros.

Afora a instrução do processo, cabe à comissão pesquisar, esclarecer, buscar sobre determinados documentos, ou informações que lhe provoquem dúvidas ou que não estejam bem demonstrados. Essas inquirições fazem parte da competência investigatória da gerenciadora da licitação.

Utiliza-se, então, do diligenciamento para eventual complementação da documentação entregue e para verificar a veracidade das alegações fornecidas e até mesmo a autenticidade de documentos. O primeiro caso pertence ao poder instrutório da comissão; o segundo e o terceiro, ao poder investigatório.

Então, apesar do § 3.º, do art. 43, utilizar a expressão faculdade (o que erroneamente, dá a entender que é caso de poder discricionário), a diligência é um dever e por isso é caracterizada como poder vinculado.

Observada situação que enseja dúvidas, omissões, ambiguidades ou confusões nos documentos é caso de realização de diligência. Leciona Marçal Justen Filho que:

[...] não existe uma competência discricionária para escolhe entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados –, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha subjetiva. Portanto, a realização de diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes.²⁹

Na mesma toada Jessé Torres Pereira Junior³⁰ postula que quando a falha ou irregularidade na documentação é resultado do não entendimento plausível do ato convocatório, pelo licitante ou pelo colegiado, estar-se-á diante de necessária realização de diligências.

Arrematando sobre a regra do § 3.º, do art. 43, Edmur Ferreira de Faria³¹ enfatiza que no caso de dúvida, necessário será o diligenciamento para alcançar segurança nas decisões.

Dessume-se que a realização de diligências pela comissão, seja no intuito de instruir o procedimento ou de

29 JUSTEN FILHO, 2014. p. 805.

30 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43.

31 FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**: atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41/03. 6.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 376.

investigar sobre determinados fatos, é cumprimento de um dever legal, previsto no § 3.º, do art. 43 (ou no art. 24, §2º da Lei do RDC), com vistas a esclarecer eventuais dúvidas e colher informações ocorridas durante o procedimento licitatório. Não há margem para escolhas. A decisão feita sem absoluta convicção dos membros não é tolerável pelo mundo jurídico, por isso a regra aqui estudada é caracterizada como poder vinculado.

3.4 Definição dos limites

Evidentemente que não são todas as hipóteses de insuficiência ou deficiência na documentação que autorizam a realização de diligências. Tem-se restrição legal no sentido de proibir diligência que resulte na juntada de documento ou informação que deveriam constar da documentação original do licitante (art. 43, § 3.º, segunda parte). O legislador prestigiou o princípio da legalidade e da isonomia. Por isso, muitos documentos exigidos pelo edital não podem ser complementados ou adicionados posteriormente em razão da sua essencialidade. Ocorre que o formalismo não pode ser encarado como soberano em virtude dos grandes prejuízos que pode causar. Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais

vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento.³²

Somado à legalidade moderada, tem-se que os limites para promoção de providências são pautados na razoabilidade, igualdade entre licitantes e, por óbvio, na supremacia do interesse público, tendo em vista o interesse da Administração em contratar com a proposta mais vantajosa.

Cabe ainda ressaltar que por mais que haja diferença de redação entre a Lei nº 8.666/93 e a do Regime Diferenciado de Contratação, as regras estipuladas naquela legislação, no que tange à realização de diligências, são plenamente aplicadas no RDC³³. Portanto, é ato vinculado que não pode resultar em adição de escritos que deveriam constar da proposta original, sempre em observância ao formalismo moderado.

Adiante, estudará os balizadores supracitados, para ambos os regimes, e explicará como são aplicados na hipótese de realização de diligência pela comissão de licitação.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Revisão. Fatos. Súmula 07/STJ. Licitação. Habilitação. Pregão. Prova. Regularidade fiscal. Previdência social. Edital. Rigorismo formal. Desproporcionalidade. Interpretação teleológica. Propostas mais vantajosa. **Recurso Especial nº 997.259/RS**. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 17 de agosto de 2010.

33 CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 109.

3.4.1 Razoabilidade, Igualdade e Supremacia do Interesse Público

O princípio da razoabilidade³⁴ é princípio estruturante do ordenamento jurídico, abrangendo não só o direito constitucional e o administrativo, como também todas as áreas do direito, como o processo penal, processo civil, civil, consumidor, etc.

Na nossa estrutura jurídica existem diversas leis, decretos, portarias, artigos ambíguos, obscuros, com expressões vagas, em que não se consegue identificar o fim almejado, bem como há casos inimagináveis de previsão pelo legislador. Em decorrência, são utilizadas técnicas hermenêuticas para chegar à intenção da norma jurídica. É precisamente o caso da regra que traz a realização de diligências.

É nesse contexto que a razoabilidade entra como instrumento de interpretação do texto normativo, captando seu real significado e possibilitando a exata aplicação daquele pelo administrador.

No âmbito administrativo, especificamente, o princípio veda a atuação dos administradores que vai além ou

34 Em outra acepção o doutrinador Humberto Ávila afirma que “a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente regras”. Continua, elencando as principais acepções que o critério possui: diretriz da relação da norma abstrata com o caso concreto; diretriz entre os meios utilizados com o fim pretendido; e “diretriz de equivalência entre duas grandezas”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.151-152).

aquém dos ditames legais; obriga o desempenho de condutas adequadas entre os meios e os fins perquiridos³⁵. O equilíbrio é critério para verificar se a razoabilidade está ou estava presente em determinado ato.

Ao lado do princípio da razoabilidade está o princípio da proporcionalidade. São previstos em separado na Lei do Processo Administrativo, mas não se pode negar a sua interdependência. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶ trata o princípio da proporcionalidade como um dos elementos do princípio da razoabilidade, ou seja, um fazendo parte do outro.

Da mesma maneira que a razoabilidade, a proporcionalidade é aplicada, não só no Direito Administrativo, como em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Leva-se em conta o fim buscado na norma jurídica, a atuação deve estar conforme os preceitos estabelecidos pelos princípios, normas, regras e interpretações consolidadas no país. Portanto, o agir do agente público deve ter ambas características: ser razoável e proporcional.

O fim proposto pelo conjunto de regras de direito deve ser alcançado mediante a harmonia no proceder com a adequação e equilíbrio nos meios de atuação. Em resumo, são estes os mandamentos da razoabilidade e proporcionalidade.

35 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 80 – 82.

Já o princípio da igualdade disciplina que os concorrentes devem ser tratados desigualmente na medida de suas diferenças e igualmente quanto aos aspectos idênticos. É um dever dos entes públicos e um direito dos licitantes, que estão na mesma situação, de usufruírem tratamento equânime. Deve haver correlação lógica entre os fatores de *discrîmen* e a diferenciação do regime jurídico que é feita pela norma jurídica.³⁷

Por fim, o princípio da supremacia do interesse público abarca dois conceitos: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público³⁸.

O primeiro objeto relaciona-se com o bem comum, isto é, o interesse da sociedade se sobrepõe ao individual. Mas lembrando que o bem comum não é a soma de todas as vontades individuais e sim a necessidade daquela sociedade como um todo. Cabe aqui a ideia de solidariedade, fraternidade e cooperação entre os membros de uma nação.³⁹

As legislações, decretos, emendas, códigos buscam não a satisfação de um indivíduo ou uma determinada classe e, sim, a justiça social, a satisfação da população como um todo, *verbi gratia*, erradicar a pobreza.

37 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41

38 BERTONCINI. 2002. p. 181

39 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Bem comum, bem de todos. **Cidade Nova**, n.10, p.30-31, 2012. Disponível em: <http://www.mppu.org.br/novo/download/pdf/bem_comum_bem_de_todos.pdf>. Acesso em 10 abr. 2016.

Os interesses particulares não são ilegais ou errados. Porém, na impossibilidade de compatibilizar os dois desejos (o público com o particular), a urgência da coletividade justapõe-se em relação À vontade do indivíduo.

Já a indisponibilidade do interesse público vem no sentido de proibir a disposição dos interesses da sociedade. É o caso da inalienabilidade, da imprescritibilidade dos bens públicos, em que só permite vendê-los mediante licitação; dos pagamentos de dívidas contraídas pela Administração por meio de precatório, entre outras.

3.4.2 Aplicação dos Limites

Apresentados os limites para executar a diligência, tratar-se-á de sua aplicação. Não resta dúvida sobre a indispensabilidade de condutas razoáveis e proporcionais do agente público, de tratamento igualitário entre os licitantes e da sobreposição do interesse público ante o individual.

A única vedação explícita que consta da Lei de Licitações é a de inclusão de documento ou informação que deveria constar da proposta. Percebe-se a importância da inalterabilidade da proposta e certa flexibilidade quanto à habilitação. Ou seja, a rigidez maior em fazer diligências encontra-se na alteração da proposta.

Mas, como não são todas as situações que ensejam a promoção de diligências, não é todo e qualquer documento que se veda a inclusão. Neste sentido, a lição de Edgar Guimarães:

É obvio que não está vedada a juntada de qualquer documento, até mesmo porque, se a diligência é procedimento administrativo investigatório com finalidade elucidativa, não raro haverá a necessidade de se produzir, apresentar e juntar aos autos novos documentos.

Ademais, se fatos existentes à época da licitação ou até mesmo a ela anteriores, porém não documentados nos autos, puderem eventualmente ensejar a inclusão ou exclusão de licitante em determinada competição, tais circunstâncias deverão ser investigadas e, fatalmente, haverá a necessidade de se produzir e juntar ao processo novos documentos, sem que este procedimento afronte ou contrarie os limites impostos pela lei.⁴⁰

Utilizando dos princípios supracitados, a decisão de efetuar diligência, além de estar fundamentada, tem que vir envolta em avaliação equilibrada e calibrada entre a sua atuação e o efeito desejado, sem contradição e, sobretudo, sem desvio de poder⁴¹. As informações que vierem a complementar a documentação do licitante deve ser meramente explicativa ou informativo, não podendo uma falha de proposta ou habilitação ser indevidamente sanada a pretexto de realização de diligência.

40 GUIMARÃES, Edgar. **Diligências nas licitações**. Disponível em: <http://www.edgarguimaraes.com.br/v2/arquivos/download/PUBLICACOES_DILIGENCIAS_NAS_LICITACOES.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014.

41 GORDILLO, Agustín A. **Tratado del derecho administrativo y obras selectas**: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. p. vi-32.

Assim, tem-se como insanável a falha que versa sobre condições de execução do objeto, quantidades, prazos, preço proposto. A *contrario sensu*: é possível diligenciar sobre questões que não integrem a medula dorsal da proposta.⁴²

Além dos limites acima já explicitados, todos os licitantes devem ser noticiados sobre a diligência (informando data, hora, local). A publicidade proporciona a ampla defesa e o contraditório, bem como a transparência da atuação da comissão. Irresignado cabe ao licitante interpor em face da decisão.

A publicidade não se resume em avisar sobre a realização da diligência. O seu andamento e desdobramentos devem ser integralmente documentados, esclarecendo o que foi vistoriado, testado ou analisado; se utilizado parecer de equipe de apoio, este deverá ser anexado e disponibilizado aos concorrentes que, querendo, apresentarão recurso.

Não são cabíveis investigações confidenciais, pareceres e telefonemas sigilosos ou qualquer tipo de diligência secreta. A transparência nas condutas dos servidores é essencial para a obtenção da melhor oferta e para garantir a isonomia dos participantes, inclusive proporciona a proibição da atuação da Administração.

Além da igualdade entre os licitantes ser verificada no direito da ampla defesa e do contraditório, é encontrada quando proporciona paridade de oportunidades. Por exem-

42 OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. **Diligências nas licitações públicas**. Curitiba: JM, 2001. p. 89.

plo, se a comissão de licitação realizou diligências para verificar a idoneidade da documentação de um concorrente, não pode a mesma desclassificar outro ofertante por conta de apresentação de documentos obscuros. Havendo dúvida na documentação de habilitação de um, dois ou todos os concorrentes, é dever da Administração investigar sobre a veracidade das alegações.

Saneando falhas não substanciais da documentação, esclarecendo dúvidas, investigando informações, vistoriando equipamentos a comissão de licitação permite um maior número de concorrentes na disputa (objetivo pretendido pelo órgão licitante). Com maior número de competidores mais acirrada e bem preparadas serão as propostas e, assim, a Administração contratará nas melhores condições possíveis.

A realização de diligências é exatamente a exteriorização do princípio do formalismo moderado. Portanto, pode o licitante ter pecado na apresentação da sua proposta, mas essa falha em nada comprometer os termos apresentados à Administração Pública. O edital continua sendo a lei interna da licitação, mas é interpretado de acordo com a sua finalidade, com a boa-fé do licitante, com a razoabilidade do documento faltante, sempre prestigiando a ampla concorrência e a igualdade entre disputantes.

Essa foi a conclusão que o que o Tribunal de Contas da União vem aplicando nos casos concretos:

É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que

possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3.º, da Lei de Licitações. [...] a jurisprudência deste Tribunal é clara em condenar a desclassificação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista [...]. concluiu, por fim, que não houve prejuízo à competitividade decorrente da ausência de registro do modelo cotado pela vencedora do certame. [...]. O conhecimento do produto do concorrente possibilita o controle da verificação do atendimento das condições editalícias, fato que se tornou possível com a diligência realizada pela pregoeira.⁴³

No mesmo sentido o Supremo Tribunal de Federal, em recurso ordinário em mandado de segurança, privilegiou o diligenciamento ao invés do rigorismo formal e habilitou empresa, tendo em vista que a falha não alterou o modo de entrega do objeto, nem o preço estipulado, não prejudicou os demais licitantes e não obstaculizou o julgamento objetivo da proposta:

Verifica-se, pois, que o vício reconhecidamente praticado pela ora recorrida, embora reflita desobediência ao edital, consubstancia tão-somente irregularidade formal, incapaz de conduzir à desclassificação de sua proposta. Se de fato o edital é a “lei interna” da licitação, deve-se abordá-lo fren-

43 BRASIL. Tribunal de Contas da União. É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3.º, da Lei de Licitações. Informativo de jurisprudência n.º 151. **TC 007.501/2013-7**. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília. 15 de maio de 2013 apud REIS, 2013, p.563.

te ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis, os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício.⁴⁴

Diferentemente foi a situação enfrentada pelo Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, num agravo de instrumento. A realização de diligências feita pela comissão foi invalidada, pois a informação anexada posteriormente à abertura das propostas sobre o índice de produtividade da empresa era requisito indispensável do edital. Ademais, o documento apresentado pela empresa foi insuficiente e não esclarecedor, tendo que ser feita diligência da diligência.

3. Ademais, a Comissão não poderia ter aceito, após a abertura das propostas, justificativas das empresas licitantes com relação ao índice de produtividade (fls. 296/327), superior ao previsto no Edital, já que tal justificativa, prevista no item

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por as irrelevância, não gera nulidade. **Recurso no mandado de Segurança n.º 21.714/ DF**. Recorrente: Unisys Brasil Ltda. Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de outubro de 2000.

5.5.2 do Edital, deveria constar da própria proposta; assim procedendo a Comissão, além de criar, com ou sem razão, uma situação de flexibilidade no mínimo inusitada, violou o disposto no art. 43, parág. 3.º da Lei 8.666/93 [...]

5. A não observância da parte final do referido dispositivo viola o princípio da legalidade, além de ferir a isonomia entre os licitantes, já que as empresas que puderam apresentar suas justificativas em momento posterior à abertura das propostas foram favorecidas em detrimento das demais, máxime quando a Comissão, não satisfeita com a justificativa apresentada pela empresa licitante tida como vencedora do certame, a contacta por meio telefônico para apresentar, de forma detalhada, esclarecimentos à sua justificativa, ou seja, para apresentar uma justificativa da justificativa (fls. 326); tal conduta viola flagrantemente o princípio da isonomia.⁴⁵

Esses diligenciamentos feriram não só a igualdade entre licitantes e a razoabilidade, como também o princípio da publicidade (tendo em vista que o segundo expediente foi feito via telefone, não havendo comunicação prévia aos demais concorrentes) e proporcionou insegurança jurídica sobre a capacidade econômico-financeira da empresa (duas prestações de informação sobre o mesmo assunto).

45 BRASIL. Tribunal Regional Federal. (5.ª Região) Administrativo. Licitação. Concorrência. Justificativas aceitas após a abertura das propostas. Informação que deveria constar da proposta. Art. 43, § 3.º da Lei 8.666/93. Impossibilidade. AGTR provido. **Agravo de Instrumento n.º 63072 AL**. Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho. Recife, 13 de setembro de 2005.

Conquanto a capacidade da concorrente não foi demonstrada, torna-se impossível ao ente licitante permitir a sua participação no certame.

Como conclusão, e conforme os princípios supra analisados, tem-se que os documentos que podem ser incluídos por meio de diligências são os comprobatórios de fatos acontecidos após a entrega da proposta; os que sejam utilizados como contraprova daqueles; os complementares à documentação fornecida e os que rebatem argumentações da autoridade competente, da comissão, dos outros licitantes e de provas ou documentos constituídos no procedimento, visando o atingimento do interesse público, respeitada a igualdade e a razoabilidade/ proporcionalidade nas decisões^{46, 47}

Desta forma, nenhum documento essencial será incluído tardiamente na documentação de qualquer licitante, possibilitando ampla concorrência no certame, sem afrontar a isonomia entre os participantes.

4. Conclusão

Com previsão constitucional e federal (art. 37, inciso XXI e Lei Federal n.º 8.666/93) a licitação é ferramenta necessária para a Administração Pública concretizar

46 OLIVEIRA. 2001. p. 87.

47 Em sentido diverso Carlos Ari Sundfeld “permitir a um deles (licitantes) a complementação posterior seria privilegiá-lo no confronto com os outros, pondo a perder o caráter igualitário do certame” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2.ed. 1995. p.111).

ajustes com terceiros privados, em benefício da coletividade. Foi a Lei de Licitações que trouxe as regras e a sistemática de tal procedimento.

E é dentro do certame licitatório que a figura da comissão de licitação se faz presente. Ela é responsável pela licitação, sendo responsável pela sua regência e a direção. Composta por no mínimo três membros, a comissão tem as funções de receber, analisar e julgar os documentos e o trâmite relativo à licitação e ao cadastramento dos licitantes, conforme o art. 6º da Lei 8.666/93.

A documentação entregue pelos concorrentes ao colegiado pode causar dúvidas, conter omissões, falhas e obscuridades. Em decorrência, o Diploma regente estipula que a comissão de licitação pode realizar diligências, em qualquer fase da licitação, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão de documento que já deveria constar da documentação (de habilitação e proposta). O legislador decidiu por incluir o expediente em virtude do princípio administrativo da verdade material enfatiza a importância da veracidade das informações e documentos. É no sentido de que a comissão não está presa somente aos escritos do processo licitatório que a promoção de diligências foi incluída na Lei Federal.

O ato de realizar diligência é tido como ato vinculado. Em outras palavras, a diligências é poder-dever do colegiado. Independentemente da expressão “é facultada”, do § 3.º, do art. 43, havendo dúvida ou confusão quanto ao

documento enviado pelo ofertante, a comissão de licitação tem o dever de investigar, buscar informações complementares com a finalidade de elucidar os pontos obscuros e habilitar/qualificar o concorrente.

Por óbvio, não é qualquer situação que enseja a execução do expediente. A Lei Federal já coíbe a inclusão tardia de informe tido como indispensável. A razoabilidade, a proporcionalidade, a igualdade entre os licitantes e a supremacia do interesse público também restringem e instruem a medida.

No que tange à razoabilidade e à proporcionalidade, leva-se em conta o que o instrumento convocatório traz em seu corpo os documentos necessários para uma proposta idônea, desta forma, estatui, a contrário senso, a extensão da irregularidade e a possibilidade de reparação do erro. Todos esses aspectos são ponderados para conferir a viabilidade da diligência. Assim, depreende-se que o edital não é absoluto, e nem pode ser entendido de tal forma, visto que a jurisprudência (do Tribunal de Contas da União, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal) repudia o formalismo exacerbado; e que as falhas não podem ser substanciais, isto é, as condições da proposta devem permanecer intactas.

No mesmo sentido, o princípio da igualdade reprime as diligências quando resultarem em alteração do preço, prazo e disposições da proposta. Ora, todos os concorrentes tiveram o mesmo lapso temporal para apresentarem

suas ofertas, injusto é a atuação da comissão para reformar termos da proposta, privilegiando um participante em detrimento dos demais. Nenhuma decisão pode beneficiar um licitante e prejudicar os outros. Ainda, a isonomia também preceitua que os concorrentes têm direito às mesmas oportunidades.

Ademais, por conta do princípio da publicidade, todos os participantes devem ser comunicados sobre a realização da diligência para, caso queiram, contraditá-la, acompanhá-la e fiscalizá-la. Em hipótese alguma são admitidas investigações e averiguações sigilosas.

No que respeita ao princípio do interesse público, quanto maior o número de licitantes, em tese, os preços e as condições serão melhores, por conta do aumento da competitividade. Ou seja, a inabilitação ou a desclassificação de concorrente por erro formal, dúvida ou omissões irrelevantes na proposta ou na documentação de habilitação não é plausível. Tais falhas devem ser consertadas, sob pena de estar se excluindo a oferta mais rentável. Tudo que não tenha cunho essencial deve ser passível de correção por meio de diligências.

Os documentos novos que não mudem a espinha dorsal da proposta ou que não sejam indispensáveis na documentação do licitante podem ser anexados ao certame por meio da diligência, com vistas a habilitar ou a classificá-lo, promovendo, desta forma, melhores oportunidades para a Administração contratar.

Dessume-se que as diligências são deveres da comissão de licitação. Uma vez constatadas as circunstâncias de sua efetivação (questionamentos, falhas, incompreensões sobre os documentos) o colegiado é obrigado a procedê-las. Uma comissão que zela pelo bom funcionamento da licitação realiza as diligências dentro dos parâmetros estipulados, mas nunca inclui documento essencial que foi requerido no edital, mas não foi apresentado, bem como aqueles que vão alterar as condições propostas inicialmente.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009a.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Revisão. Fatos. Súmula 07/STJ. Licitação. Habilitação. Pregão. Prova. Regularidade fiscal. Previdência

social. Edital. Rigorismo formal. Desproporcionalidade. Interpretação teleológica. Proposta mais vantajosa. **Recurso Especial n.º 997.259/RS**.

_____. Supremo Tribunal Federal. Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por as irrelevância, não gera nulidade. **Recurso no mandado de Segurança n.º 21.714/ DF**. Recorrente: Unisys Brasil Ltda. Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de outubro de 2000.

_____. Tribunal de Contas da União. É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3.º, da Lei de Licitações. Informativo de jurisprudência n.º 151. **TC 007.501/2013-7**. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília. 15 de maio de 2013 apud REIS, 2013, p.563.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. 3.ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

_____. Tribunal Regional Federal. (5.ª Região) Administrativo. Licitação. Concorrência. Justificativas aceitas após a abertura das propostas. Informação que deveria contar da proposta. Art. 43, § 3.º da Lei 8.666/93. Impossibilidade. AGTR provido. **Agravo de Instrumento n.º 63072 AL**. Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho. Recife, 13 de setembro de 2005.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COSTA, Eduardo Ganymedes. **Noções gerais de direito**. Curitiba: IESDE Brasil, 2008.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**: atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41/03. 6.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GASPARINI, Diogenes. **Comissões de licitação**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2002.

_____. **Direito administrativo**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado del derecho administrativo y obras selectas**: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GUIMARÃES, Edgar. **Diligências nas licitações**. Disponível em: <http://www.edgarguimaraes.com.br/v2/arquivos/download/PUBLICACOES_DILIGENCIAS_NAS_LICITACOES.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Amadeu do Carmo; GUIMARÃES, Marcelo. **Casos concretos de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **A processualidade do direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14.ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade e MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. **Diligências nas licitações públicas**. Curitiba: JM, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. **Ato administrativo**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**: decreto-lei n.º 2300 de 21/11/1986. São Paulo: Saraiva, 1991.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Bem comum, bem de todos. **Cidade Nova**, n.10, p.30-31, 2012. Disponível em: <http://www.mppu.org.br/novo/download/pdf/bem_comum_bem_de_todos.pdf>. Acesso em 10 abr. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2.ed. 1995.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO NA SUPERAÇÃO DE RECURSOS REPETITIVOS: UM ESTUDO ATRAVÉS DA RECLAMAÇÃO Nº 36.476 DO STJ

Gilberto Andreassa Junior

Doutorando,¹Mestre e Especialista em Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado e professor universitário (FAE Centro Universitário e cursos de pós-graduação). Coordenador adjunto no curso de Direito da FAE Centro Universitário.

Introdução

Importante criação legislativa, a fim de gerar estabilidade e segurança jurídica no Brasil, foi o julgamento por

1 Bolsista no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD-PUC/PR), com auxílio da Fundação Araucária/CAPES.

meio de recursos repetitivos, existente sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito.

Pensando em estabilidade, integridade e coerência, devem os tribunais superiores, sempre que possível, manter pelo máximo de tempo a tese jurídica firmada; somente assim o precedente criará força vinculante e será considerado parte integrante do ordenamento jurídico.

Por outro lado, como devem proceder ministros do STJ e STF quando i) a decisão do tribunal local for contrária ao que delimitam os tribunais superiores em seus precedentes; ii) a decisão do tribunal local não fizer a devida distinção, ou seja, aplicar equivocadamente o precedente no caso concreto; ou iii) houver motivos para que a tese firmada no julgamento de recurso repetitivo seja superada?

As respostas são demonstradas no presente texto, tendo como perspectiva o julgamento da reclamação nº 36.476 que ocorrerá na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Reclamação nº 36.476/SP: do julgamento à afetação

No dia 26 de junho do corrente ano, a segunda seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, afetar para julgamento na Corte Especial processo que trata do cabimento de reclamação para discutir aplicação de recurso repetitivo.

A demanda judicial que gerou a reclamação trata de cumprimento de sentença – individual – de decisão proferida em ação coletiva de consumo, na qual a empresa Telefônica Brasil S/A foi condenada a ressarcir os consumidores pelo pagamento a menor dos valores de ações por eles adquiridos em planos de expansão.

Durante o processo foi proferida decisão interlocutória que terminou sendo agravada. Já no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi proferido acórdão que negou provimento ao recurso. Em seguida, embargos de declaração foram opostos, mas sem sucesso de resultado.

Entendendo que houve violação aos artigos 502, 503 e 927 do Código de Processo Civil, os reclamantes interpuseram recurso especial que, posteriormente, foi inadmitido ao fundamento de que incidiria, na espécie, a tese firmada no recurso especial nº 1.301.989/RS, julgado sob o rito dos recursos especiais repetitivos.

Os reclamantes interpuseram o recurso cabível (agravo interno) que foi prontamente negado pelo tribunal local.

Como última “arma processual”, a parte reclamante ajuizou reclamação,² afirmando que o entendimento do re-

2 Criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a reclamação (constitucional) é uma ação de competência originária de tribunal, prevista na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e no Código de Processo Civil, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais. Prevista nos artigos 102, I, “f”, e 105, I, “f”, da Constituição Federal, a reclamação ainda se encontra presente nos regimentos internos dos tribunais e em normas específicas, como

curso especial nº 1.301.989/RS se refere à hipótese distinta da dos autos, razão pela qual seu recurso especial deveria ascender ao STJ.

Feita a distribuição da reclamação, os autos foram direcionados para relatoria da ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, que chegou a proferir o seu voto. Após, o ministro Luis Felipe Salomão sugeriu afetação à Corte Especial, a fim de garantir a uniformização do tema.

No voto inicial, proferido antes da afetação, a ministra relatora propôs o indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução de mérito, ante a inadequação da via eleita.

Traçando um histórico do instituto da reclamação, de sua concepção até a positivação no ordenamento jurídico, Nancy Andrighi mencionou o fato de que a implementação da sistemática dos repetitivos teve o efeito de aumentar consideravelmente o número de reclamações ajuizadas no STJ, gerando novos debates quanto ao instituto. Para a jurista, “no mesmo ato normativo, o legislador visivelmente excluiu uma hipótese de cabimento da reclamação e, passo seguinte, regulamentou essa hipótese que acabara de excluir, agregando-lhe um pressuposto de admissibilidade”.

por exemplo, no artigo 988 e seguintes do Código de Processo Civil. Cf. ANDREASSA JR., Gilberto. Reclamação Constitucional e sua efetividade no Direito Processual Contemporâneo. 1ª ed. Curitiba: Prottexto, 2011.

A partir daí a ministra narra a construção legislativa do CPC/15 e da lei, para afirmar que em todas as manifestações, os legisladores ratificaram a opção de extinguir o cabimento da reclamação voltada ao controle da aplicação dos temas repetitivos e de repercussão geral: “aos tribunais superiores compete a fixação da tese e uniformização do direito, sendo dos tribunais locais, onde efetivamente ocorre a distribuição da justiça, a aplicação da orientação paradigmática (...)”. “Não se consegue conceber que seja admitido o cabimento da reclamação para que seja examinada a aplicação supostamente indevida de precedente oriundo do recurso especial repetitivo. A admissão da reclamação em tal hipótese atenta contra a finalidade da instituição do regime próprio dos repetitivos”.

Citou-se, também, o perigo de comprometer a celeridade e qualidade dos processos no tribunal superior. Finalmente, a relatora declarou que “a reclamação constitucional não trata de instrumento adequado para o controle de aplicação dos entendimentos firmados pelo STJ em repetitivos. Este controle é próprio do sistema recursal, ressalvada a via excepcional da rescisória, como bem desenhou o legislador no CPC. Não é o cabimento da reclamação que torna obrigatória a observância da orientação firmada por esta Corte em seus precedentes. O efeito obrigatório decorre do próprio sistema de precedentes do CPC”.

Análise crítica ao voto da ministra Nancy Andrighi e soluções para o problema que será enfrentado na Corte Especial do STJ

Conforme exposto na introdução, o sistema recursal brasileiro passou por sensíveis modificações voltadas a imprimir segurança jurídica, celeridade e efetividade processual. Estabeleceu o novo Código de Processo Civil, de forma clara, em seu artigo 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. *Coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Já a integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao direito, em uma efetiva perspectiva de ajuste de substância.*³

Referidas modificações surgem, de certa forma, através de estudos comparados, sobretudo de países que trabalham no sistema de precedentes. Embora o termo *precedente seja polissêmico, em uma breve leitura dos seus requisitos formais já se pode distingui-lo da jurisprudência. De forma sucinta, pode-se delimitar o precedente como decisão anterior que funciona como modelo (potencialidade de influência)*⁴ para decisões posteriores (isonomia – *treat like cases alike*).⁵

3 DWORIKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137-139.

4 Quem firma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará diante de novos casos, mas adquire uma grande responsabilidade em relação ao futuro. Cf. BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 95.

5 “*Precedents are prior decisions that function as models for later deci-*

Uma das espécies de precedente elencada no Código de Processo Civil de 2015 foi o chamado *recurso repetitivo, onde existirá sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito.*

O problema surge a partir do momento em que esta nova construção jurídica impossibilita ao jurisdicionado a superação de alguns precedentes emanados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Dispõem os artigos 102 (III) e 105 (III) da Constituição Federal as possibilidades para interposição de recurso especial e recurso extraordinário. Estando o caso concreto dentro do que demarcam os dispositivos, poderia as partes pleitear a análise às Cortes Superiores.

Em cumprimento ao art. 1.029 do CPC, o recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão a exposição dos fatos, a demonstração do cabimento e as razões do pedido de reforma. Recebida a petição e apresentadas as contrarrazões, os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal local, que deverá: **i)** realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal; **ii)** sobrestar o recurso que

sions". Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). Interpreting precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997, p. 1.

versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida; **iii)** selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional; **iv)** encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; ou **v)** negar seguimento ao recurso.

O que interessa ao presente artigo diz respeito ao último exemplo citado, isto porque, no caso de negativa de seguimento, serão cabíveis duas possibilidades de recurso:

1) Agravo em REsp/RE (art. 1.042): possibilidade mais corriqueira, trata da inadmissibilidade por eventual rediscussão de matéria fática ou probatória (súmula 279, STF, e súmula 7, STJ); eventual ausência de divergência, quando a orientação do STJ se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (súmula 83, STJ); quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário (súmula 126, STJ); quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles (súmula 283, STF); e assim por diante.

2) Agravo interno ao próprio tribunal local, com julgamento realizado por órgão indicado no regimento

interno (**art. 1.030, § 2º**): aqui, trata-se da inadmissibilidade quando o recurso extraordinário discutir questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; e nos casos de sobrestamento de recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida.

Pois bem, problematizando o tópico ‘2’, pergunta-se: após a decisão proferida no agravo interno, e não sendo cabíveis embargos de declaração, qual meio de impugnação deverá ser utilizado pelas partes? Ao que parece, a vontade do legislador – que, inclusive, está sendo seguida pela ministra Nancy Andrichi – foi a de impedir qualquer outra espécie de manejo recursal, ou seja, após o julgamento do agravo interno ficam as partes impedidas de debater o caso concreto no STJ ou STF.

Feitas as considerações, não se pode admitir a falta de acesso às partes aos tribunais superiores. Isto iria à contramão do pleno acesso à justiça e, pior, deixaria o nosso sistema jurídico completamente “engessado”.

A solução para o caso merece ser enfrentada no artigo, pois, sem uma opção consolidada por parte da doutrina, corre-se o risco de aviltamento do devido processo constitucional.

Para o caso concreto – improvimento de agravo interno protocolado após inadmissibilidade de REsp ou RE – deveriam ser cabíveis dois tipos distintos de procedimento:

1) Reclamação se a decisão do tribunal local for contrária ao que delimitam os tribunais superiores em seus precedentes, ou melhor, em seus recursos de caráter repetitivo.

O artigo 988, inciso II do CPC, elenca que “caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a autoridade das decisões do tribunal”. Ora, o dispositivo é bastante claro e procura reforçar a aplicação homogênea de precedentes em todo território nacional. Por mais que, via de regra, seja exigido pelo inciso II que o descumprimento tenha se dado em um mesmo processo judicial, quando se cuida de *recursos repetitivos, tem-se a expansão dos efeitos do acórdão a todo território nacional e a todos os processos* com fundamento em idêntica questão de direito.

Destaque-se, entretanto, a ressalva de que, antes do ajuizamento da reclamação, a parte deve esgotar, através de recursos próprios (art. 994, CPC), todas as instâncias ordinárias nos casos de descumprimento de recursos repe-

titivos (art. 988, § 5º, II, CPC).⁶

2) Recurso especial se a decisão do tribunal local não fizer a devida distinção⁷ ou houver motivos para que a tese firmada no julgamento de recurso repetitivo seja superada.

O caso que será julgado pela Corte Especial (RCL 36.476/SP) diz respeito à aplicação supostamente equivocada de um precedente. É completamente insensato defender a impossibilidade de interposição de recurso quando a decisão de um recurso repetitivo não tiver qualquer relação com o caso concreto. O próprio art. 1.037, § 9º do CPC traz uma das hipóteses de *distinguishing* ao mencionar que “demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”. Ainda, é norma jurídica (art. 503, CPC) o fato de que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. Parece simples: se a questão decidida não

6 (Art. 988, CPC) § 5º É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

7 Ressalte-se que alguns doutrinadores entendem ser cabível reclamação nos casos de aplicação indevida do recurso repetitivo, fazendo analogia ao disposto no art. 988, § 4º do CPC. Cf. Enunciado 138 do Conselho da Justiça Federal: “É cabível reclamação contra acórdão que aplicou indevidamente tese jurídica firmada em acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, por analogia ao quanto previsto no art. 988, § 4º, do CPC”.

diz respeito ao caso concreto, automaticamente estará sendo violado o artigo 503 do Código de Processo Civil.⁸

No presente artigo não se procura retirar força normativa aos precedentes dos tribunais. Busca-se, sim, sempre possibilitar eventual revisão, ou ainda, superação do precedente, seja pelo transcurso de tempo, seja pela mudança cultural da sociedade, seja por qualquer outro motivo justificável. Como dito em momento anterior, o próprio CPC determina, como verdadeiro princípio, que os tribunais devem manter sua jurisprudência íntegra. Se, por qualquer dos motivos exemplificados, o precedente perdeu a *integridade*, certamente caberia a interposição de recurso especial por ofensa à lei federal (fundamento no art. 926, *caput*, que exige que a jurisprudência seja íntegra).

Sem a possibilidade de interposição de recurso, após a decisão do agravo interno (art. 1030, §2º), seria impossível realizar a superação (*overruling*) de quaisquer precedentes. Isto, inclusive, violaria o Estado Constitucional e todos os princípios basilares do novo Código.

O saudoso ministro Teori Zavascki, ainda quando atuava no Superior Tribunal de Justiça, já alertava para o tema do “bloqueio recursal”.⁹ Na época, ainda em vigor o CPC/73, a maioria dos ministros entendeu que o único

8 Também há violação ao art. 1.039 (CPC) que pressupõe, para prejuízo dos recursos, que a matéria analisada seja *idêntica* a controvérsia proveniente do recurso repetitivo.

9 STJ. Questão de ordem no agravo de instrumento nº 1.154.599/SP. Julgamento em 16 de fevereiro de 2011.

recurso cabível contra a decisão do presidente do tribunal de origem que negava seguimento ao recurso especial com base no art. 543-C seria o agravo interno. Já Teori Zavascki foi o único a votar contra a decisão proferida no recurso. Na visão do jurista, a decisão instituiu um requisito negativo de admissibilidade de recurso especial não contemplado na Constituição, fonte normativa primária desta matéria, nem previsto na lei processual.

Zavascki argumentou que se negando acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, “é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C (CPC/73) não apenas um efeito vinculante *ultra partes*, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado”. Mais adiante, o julgador discorreu que “essa deficiência não seria compatível com o nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato”.

Não é demais ressaltar que, hodiernamente, o STJ atua fortemente com sua jurisprudência defensiva, criando diversos obstáculos para a ascendência de recursos. Além disso, é questão de tempo para que seja aprovado, no Congresso Nacional, o pressuposto da *relevância da questão federal*.

O tema é controverso, mas precisa ser mais debatido pela doutrina. Repita-se: não se pode negar ao cidadão pleno acesso aos tribunais superiores, por mais louvável que tenha sido a opção do legislador em efetivar as Cortes Superiores como verdadeiras cortes de precedentes, mesmo nos casos abstratos.

Conclusão

Percebe-se que apesar de uma busca incessante pela segurança jurídica, cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro sente a instabilidade das decisões prolatadas pelos tribunais. Atuações defensivas, visando claramente reduzir o volume de processos dos tribunais superiores, geram uma automática violação a diversas garantias do jurisdicionado.

Vale lembrar que a constante criação de súmulas – que por muitas vezes são dissonantes da realidade social – e recursos repetitivos apenas filtraram parte dos recursos, mas não trouxeram a tão sonhada razoável duração do processo. Parece bastante claro que a implementação de uma jurisprudência altamente defensiva trará benefícios por um curto período de tempo, sendo que em alguns meses novas propostas serão remetidas ao Congresso Nacional ou, simplesmente, serão geradas através de novos precedentes.

Não se pode perder de vista que a prestação jurisdicional é um bem tão essencial como saúde, educação e segurança, não sendo, portanto, razoável que a popu-

lação seja dela privada. Em síntese, celeridade e eficiência não devem ser confundidas com o trancamento injustificado de recursos.

Referências

ANDREASSA JR., Gilberto. **Reclamação Constitucional e sua efetividade no Direito Processual Contemporâneo**. 1ª ed. Curitiba: Prottexto, 2011.

BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent. Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

Gilberto Andreassa Junior
Gustavo Alberine Pereira
João Rafael de Oliveira
José Luiz de Mendonça Galvão Junior
Luciano Knoepke
Luíza Hey Toscano de Oliveira
Marcos Alberto Rocha Gonçalves
Marco Aurélio Serau Junior
Paulo Nalin
Samuel Ebel Braga Ramos