



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Adriana Alves dos Santos Cruz

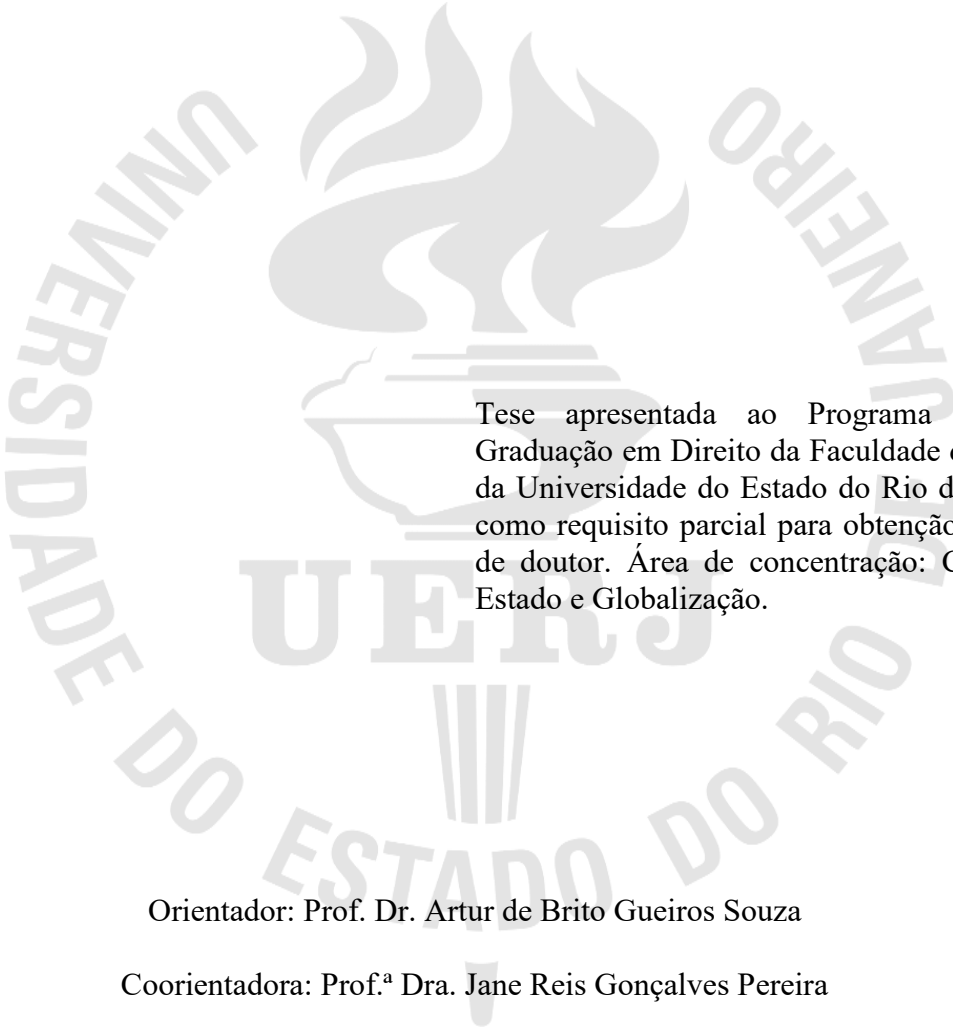
***Compliance* penal nos partidos políticos: possibilidades e limites**

Rio de Janeiro

2018

Adriana Alves dos Santos Cruz

***Compliance* penal nos partidos políticos: possibilidades e limites**



Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de doutor. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Coorientadora: Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C957

Cruz, Adriana Alves dos Santos.

Compliance penal nos partidos políticos: possibilidades e limites /
Adriana Alves dos Santos Cruz. - 2018.
274 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza.

Coorientadora: Prof^ª Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Compliance - Teses. 2.Partidos políticos – Teses. 3.Direito penal –
Teses. I.Souza, Artur de Brito Gueiros. II. Pereira, Jane Reis Gonçalves. III.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 329

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Adriana Alves dos Santos Cruz

***Compliance* penal nos partidos políticos: possibilidades e limites**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de doutor. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 30 de janeiro de 2018.
Banca Examinadora:

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira (Coorientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Adriano Japiassu
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli
Instituto de Direito Público de São Paulo

Prof.^a Dra. Silvana Batini Cesar Góes
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

Para Jorginho, Julia, Layla, Pedro Henrique e quem mais vier: o que o ventre não me deu meu coração transborda.

Para Celina Cruz e todos os meus ancestrais, que me olhavam daquela janela.

AGRADECIMENTOS

Valter Hugo Mãe diz que as palavras são objetos magros, incapazes de conter o mundo. É assim que me percebo neste momento, inabilitada para comunicar em toda profundidade o sentimento de gratidão por todos os corações generosos que me trouxeram até aqui. Cursar o programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro só foi possível porque esse sonho foi alimentado e incentivado pela minha família e amigos. Ainda não foram inventadas as palavras capazes de traduzir o sentimento por quem nos ajuda a transformar os sonhos em realidade. Me contentarei, portanto, em impregnar no vocábulo gratidão todo o incomunicável afeto. Agradeço ao PPGD- UERJ a oportunidade e apoio. A existência e resistência da Universidade no cenário atual é a prova viva da resiliência e qualidade de seu corpo docente e discente. O ensino público de excelência é possível. Graças a ele exerço o ofício que amo e pude aprofundar meus estudos. A Universidade é mais que um prédio físico ou local de produção de saberes. É um corpo vivo e que transforma vidas. Preservá-la é um imperativo de dignidade e amor. Ao meu Orientador, Professor Artur de Brito Gueiros Souza agradeço a confiança e compreensão. Para minha Co-Orientadora Jane Reis Gonçalves Pereira, minha gratidão pelo incentivo, paciência e acolhimento. Foi um grande privilegiado poder contar com professores tão qualificados. Um agradecimento especial para a Professora Ana Paula de Barcellos pela generosidade, que é característica dos mestres vocacionados. Ao Professor João Paulo Martinelli, obrigada pela atenciosa ajuda no acesso à bibliografia. O doutoramento pode ser um processo bastante solitário, mas tive a honra de ser acolhida pela turma de mestrado de 2014.1. Ali encontrei amigos e companheiros de trocas e debates, que já guardo para a vida. Aos queridos André, Carlos, Henrique, João Guilherme, Julia, Larissa, Werther e Wilson, e também, ao amigo de Doutorado Humberto, agradeço por todo carinho e apoio. Com vocês o caminho foi mais suave. Jamais teria conseguido conciliar as atividades profissionais e acadêmicas sem o apoio incondicional de toda a equipe da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, pelo que registro meu obrigada a todos, especialmente aos servidores e servidoras Andrea Pinto Barreto, Erika C. S. Bayão, Fabiano Xavier Fontinatti Correa e Pedro Lins Dornelas. Aos colegas e amigos Paulo Cesar Vilella Souto Lopes e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva pela ajuda nas primeiras horas. Às minhas queridas amigas Aline Osório, Cristina Telles e Patrícia Perrone, pelo incentivo constante. Ao Rizoma, sem vocês, amigas muito amadas, a estrada não seria suportável e a beleza do mundo, menos bela. A todos os meus amigos, agradeço a compreensão por minhas ausências. Cada não

compreendido foi um sim fruto de sua generosidade. Como canta Gloria Bomfim, “é muito peso, muito desdém, muito desprezo. Precisa ter pavio aceso, pro lampião do coração não se apagar”. Minha família é meu tudo. O meu chão e o meu ar, a luz que me fortalece. Vocês me formam e me constituem. Sem o amor que nos envolve nada teria sentido. Aos meus irmãos Eliana, Paulo Vicente e Bárbara, à minha cunhada Erika pelos conselhos carinhosos, aos meus primos e primas: vocês são bênçãos de Deus, milagres diários na minha vida. Minhas tias e sobrinhos amados, obrigada por existirem. Ao meu pai Eloá, muito obrigada por me ensinar, pelo exemplo, o valor do estudo e por inculcar em mim o amor pela Justiça. Para minha mãe Lina Maria (*in memoriam*), meu eterno agradecimento por me ensinar a lutar.

EPÍGRAFE

Aprendi neste ofício que os que mandam não só não se detêm diante do que nós chamamos absurdos, como se servem deles para entorpecer as consciências e aniquilar a razão.

José Saramago

RESUMO

CRUZ, Adriana Alves dos Santos. ***Compliance* penal nos partidos políticos**: possibilidades e limites. 2018. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Considerando a essencialidade dos partidos políticos para o funcionamento da democracia brasileira, o estudo buscou avaliar a adequação do *compliance* penal à estrutura desses entes. A partir da noção de que a captura das pautas públicas pela prática de crimes envolvendo a atividade partidária enfraquece a deliberação e compromete a qualidade da democracia, foi analisada a utilização dessa ferramenta na prevenção de crimes relacionados à captação de financiamento pelos partidos. Foi exposto como o *compliance*, originalmente pensado para governança corporativa, pode assumir feições voltadas ao interesse público e consentâneo com a essência híbrida dos partidos políticos. A partir do marco teórico da autorregulação regulada, e com base nos estudos de Manuel Maroto Calatayud e Adán Nieto Martín, foi sustentada a necessidade de que os partidos adiram ao *compliance* penal, como meio complementar de rendição de contas e transparência para com a sociedade. Ao longo do trabalho foram problematizadas a fragilidade do sistema vigente de responsabilização dos partidos, a pertinência e limites de futura opção político-criminal de atribuição de capacidade penal e a possibilidade de criminalização do financiamento ilegal como tipo penal autônomo. Para o desenvolvimento do argumento, foram analisadas ações penais que ilustraram a relação existente entre o financiamento da atividade política e a prática de crimes. Foram, ainda, indicadas as tensões que o Direito Penal insere na dinâmica política quando precisa ser acionado e a precedência da prevenção para que seja preservada a funcionalidade dos partidos políticos no regime democrático.

Palavras-chaves: *compliance* penal. Partidos políticos. Atividade político-partidária.

Financiamento de campanha. Financiamento de partidos. Crimes de poder.

Prevenção.

ABSTRACT

CRUZ, Adriana Alves dos Santos. **Criminal Compliance in the political parties**: possibilities and limits. 2018. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Considering the essentiality of political parties for the functioning of Brazilian democracy, the study has sought to evaluate the adequacy of criminal compliance to the structure of such entities. Based on the notion that the capture of public agenda by the practice of crimes involving party activity weakens the deliberation and compromises the quality of democracy, the use of this tool in the prevention of crimes related to the fundraising of the parties has been analyzed. It has been pointed out how compliance, originally intended for corporate governance, can take on public-interest features and in agreement with the hybrid essence of political parties. Based on the theoretical framework of regulated self-regulation, and on the studies of Manuel Maroto Calatayud and Adán Nieto Martín, the need for parties to adhere to criminal compliance has been supported as a complementary means of rendering accountability and transparency towards society. Throughout the work, the fragility of the current system of accountability of the parties, the pertinence and limits of future political-criminal option of attribution of criminal capacity, and the possibility of criminalization of illegal funding as an autonomous criminal offense have been problematized. For the development of the argument, criminal proceedings that illustrated the relationship between the funding of political activity and the practice of crimes have been analyzed. It has also been indicated the tensions that the Criminal Law inserts in the political dynamics when it needs to be activated and the precedence of the prevention so that the functionality of the political parties in the democratic regime is preserved.

Keywords: criminal compliance. Political parties. Political-party activity.

Campaign finance. Parties finance. Crimes of power. Prevention.

RÉSUMÉ

CRUZ, Adriana Alves dos Santos. ***Compliance pénale dans les partis politiques***: possibilités et limites. 2018. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Compte tenu de l'essentialité des partis politiques dans le cadre du fonctionnement de la démocratie brésilienne, ce travail de recherche a cherché à évaluer l'adéquation de la *compliance* pénale à leur structure. Partant du principe que la capture de l'action publique passant par la pratique de crimes liés aux activités politiques des partis affaiblit la délibération et compromet la qualité de la démocratie, on a analysé l'utilisation de ce programme dans le cadre de la prévention de crimes en lien avec la levée de fonds par les partis. On a exposé de quelle façon la *compliance* (la conformité), originalement conçue pour la gouvernance d'entreprise, est en mesure d'assumer des caractéristiques s'appliquant à l'intérêt public, et est appropriée à l'essence hybride des partis politiques. Sur la base du cadre théorique de l'autorégulation régulée, ainsi que des travaux de Manuel Maroto Calatayud et d'Adán Nieto Martín, on a mis en avant le besoin des partis d'adhérer à la *compliance* pénale, en tant que moyen de reddition de comptes et de transparence vis-à-vis de la société. Au cours de cette tâche, ont été problématisées la fragilité du système en vigueur de responsabilité des partis, la pertinence et les limites de la future alternative politico-criminelle d'attribution de capacité pénale et de possibilité de criminalisation du financement illégal, en tant que type de responsabilité pénale indépendante. Afin de développer cet argument, des actions pénales illustrant la relation existante entre le financement des activités politiques et la pratique de crimes ont été analysées. Par ailleurs, ont également été relevées des tensions lorsque le Droit pénal intervient dans la dynamique politique, ainsi que la précedence de la prévention afin de préserver la fonctionnalité des partis politiques dans le régime démocratique.

Mots-clés: *Compliance* pénale. Partis politiques. Activités politiques des partis.

Financements des campagnes politiques. Crimes du pouvoir politique.

Prévention.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	12
1	CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA E DEMOCRACIA.....	24
1.1	Considerações preliminares.....	24
1.2	Democracia deliberativa: um modelo a ser protegido.....	40
1.2.1	<u>Democracia: um conceito polissêmico.....</u>	40
1.2.2	<u>Democracia deliberativa.....</u>	45
1.3	Os partidos políticos na democracia brasileira.....	57
1.3.1	<u>Os partidos políticos como espaços de deliberação.....</u>	57
1.3.2	<u>Os partidos políticos no Brasil.....</u>	60
1.4	Presidencialismo de coalização: um vetor de instabilidade.....	67
2	ESTUDO DE CASOS.....	72
2.1	O método.....	73
2.2.	Ação penal 307.....	79
2.3	Ação penal 470.....	86
2.3.1	<u>Capítulo V da denúncia: das imputações de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/1986).....</u>	91
2.3.2	<u>Capítulo VI da denúncia: da imputação do crime de corrupção passiva aos parlamentares da base aliada.....</u>	95
2.4	Operação Lava Jato.....	98
2.4.1	<u>Ação penal nº 5083838-59.2014.404.7000/PR e Ação penal nº 5026212-82.2014.404.7000/PR.....</u>	102
2.4.2	<u>Ação penal nº 5083838-59.2014.404.7000/PR e Ação penal nº 5026212-82.2014.404.7000/PR.....</u>	105
2.5	A relação entre corrupção e doações eleitorais: algumas considerações.....	108
3	PARTIDOS POLÍTICOS E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	120
3.1	Considerações sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	120
3.1.1	<u>A responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição Federal de 1988...</u>	122
3.1.2	<u>A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a dogmática penal.....</u>	136
3.1.2.1	A existência da pessoa jurídica e sua capacidade de agir.....	137
3.1.2.1	Culpabilidade.....	140

3.1.2.2	Finalidade da responsabilização.....	152
3.2	Responsabilidade penal e partidos políticos.....	154
3.2.1	<u>Os partidos políticos e os poderes privado.....</u>	156
3.2.2	<u>Partidos políticos: a salvaguarda das funções nucleares.....</u>	159
4	COMPLIANCE PENAL.....	169
4.1	Considerações preliminares.....	169
4.2	Compliance como autorregulação regulada.....	172
4.3	O contexto jurídico-penal do compliance: o Direito Penal Econômico.....	179
4.4	Orientação penal dos programas de <i>compliance</i>.....	184
4.5	Compliance no ordenamento jurídico brasileiro.....	190
5	COMPLIANCE PENAL NOS PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEIROS..	198
5.1	O sistema brasileiro de responsabilização dos partidos políticos.....	198
5.1.2	<u>Responsabilização administrativa dos partidos.....</u>	201
5.2	Os partidos políticos e a autorregulação.....	208
5.3	Os partidos políticos como zona de interseção entre o público e o privado: o compliance penal e seus limites.....	211
5.4	Compliance penal e partidos políticos: um diálogo possível.....	217
5.5	O foco do compliance penal: financiamento da atividade partidária.....	220
	CONCLUSÃO.....	224
	REFERÊNCIAS.....	252

INTRODUÇÃO

O mundo do que é não basta. Como humanos pretendemos sempre mais e, por isso, a busca pela realização do dever ser alimenta o desejo por uma sociedade mais justa, igualitária e honesta. A realidade que impõe a violência cotidiana, naturalizando a barbárie, é a mesma que diz que o mundo da política é e sempre foi “terra sem lei”. O que é pretende se impor, estar e ficar, intimidando o desejo pulsante por mudança. Porém, aquele que escolhe o Direito como ferramenta de vida precisa nutrir as sementes da inquietação e do inconformismo. O Direito tem uma pretensão normativa de transformar a realidade que, a despeito de seus limites, precisa ser fomentada. A reflexão constante sobre meios que tornem a sociedade mais democrática e viabilizem o desenvolvimento de sua dimensão plural não deve ser contingenciada.

A Constituição Federal de 1988 marca, sob o ângulo jurídico, o restabelecimento do regime democrático no Brasil, após a ruptura institucional pelo golpe militar de 1964. A expectativa pelo primeiro governo eleito pelo voto direto, em mais de vinte anos, nas eleições de 1989, foi embaçada pelo *impeachment* do Presidente da República, na sequência de escândalos que envolveram acusações de corrupção e malversação de recursos de campanha (Caso Collor). As sucessivas alterações legislativas que se seguiram visando a controlar o financiamento da atividade partidária parecem não ter sido suficientes para impedir outros eventos criminosos envolvendo a classe política. Processos criminais como o do chamado Mensalão e o da atual Operação Lava Jato sinalizam para a opinião pública a noção de que há uma expansão de práticas corruptas perpassando a atividade político-partidária. O fortalecimento das instituições responsáveis pela persecução penal pós 1988 é um fator fundamental para que os eventos recentes tenham vindo à luz, cenário diferente daquele que vigorava no período ditatorial. Não há, assim, parâmetro simétrico de comparação com o passado para se aferir o grau crescente ou não dos ilícitos que hoje se busca combater. O fato é, no entanto, que se identificam práticas criminosas no âmbito dos partidos políticos e isso tem efeitos deletérios para a democracia.

A apuração de crimes contra a Administração Pública pode, eventualmente, trazer à luz problemas estruturais que tornam visível a especial vulnerabilidade de determinado espaço ou atividade à prática de delitos. Esse parece ser o caso das investigações nas quais atores do sistema político são alvos de escrutínio por condutas relacionadas às suas atividades partidárias. Os “escândalos” que se sucedem no tempo, alguns dos quais sintetizados nas ações penais e

inquéritos citados, desafiam a adoção de estratégias que se associem à repressão penal para proteção não só do patrimônio e moralidade públicas, mas também do sistema representativo e partidário. Apesar da normatização existente sobre o controle de contas dos partidos políticos (Lei nº 9.096/1995; Lei nº 9.504/1997; e resoluções diversas do TSE sobre a matéria), o tratamento penal das condutas que envolvem a malversação desses recursos é difusa. Não há no Brasil a tipificação do financiamento corrupto de campanhas ou partidos como crime autônomo.

A atividade político-partidária é essencial para o funcionamento das democracias ocidentais contemporâneas em geral e para a democracia brasileira em particular. Os partidos são, ainda, expressão do pluralismo político, que se coloca como um dos fundamentos da República brasileira (BRASIL, 1988, art. 1º, V). A possibilidade de que diversos grupos se organizem e influenciem, por meio da representação política, a condução dos negócios públicos é uma expressão do caráter democrático pelo qual se organiza o Estado. Acresce, ainda, que a composição de alguns órgãos do Estado está estruturada a partir da existência e atuação coordenada desses entes. Assim se verifica, por exemplo, com a nomeação de membros de órgãos de controle vinculados ao Poder Legislativo e do Poder Judiciário. O funcionamento do Poder Legislativo está assentado no sistema partidário (BRASIL, 1995a). A vulnerabilidade dos partidos à prática de crimes pode afetar, portanto, a qualidade da democracia.

Os partidos gerem recursos financeiros e promovem interesses de grupos. Para que possam desenvolver suas atividades de forma autônoma e regular, é necessária uma estrutura normativa que respeite seu espaço de autonomia, mas igualmente imponha deveres funcionalizados para a transparência e lisura de sua gestão. A presença de recursos financeiros e a intermediação de interesses de grupos na sociedade, atividade que é por essência legítima ao partido político, podem atrair a atuação de agentes criminosos. Ou seja, os partidos políticos podem ser desvirtuados para ou pela prática de crimes, o que aciona o Direito Penal. É inequívoco que nessa hipótese a atuação dos agentes deve ser enfrentada pelo aparelho repressivo do Estado, mas o exercício do poder punitivo relativamente a condutas que interseccionam com a política gera um deslocamento de forças entre os Poderes estatais que merece atenção.

A afetação do partido por práticas criminosas pode se dar em graus diferentes de intensidade. Em um plano aparentemente superficial, podem ser identificadas ações isoladas ou eventuais. Em um plano mais profundo, pode ocorrer a completa captura da instituição para a prática de delitos, de tal forma que sua própria essência seja maculada.

Um determinado grupo, travestido sob o manto da institucionalidade, organiza-se exclusivamente para a prática de condutas ilícitas. O partido político, infiltrado pela atividade criminosa, torna-se apenas uma fachada ou instrumento para fins ilícitos. Nesse plano mais profundo, as práticas criminosas violam os processos de formação da vontade dos entes capturados, constituindo-se em ameaça concreta à democracia. Esse processo de deformação pode verificar-se por duas vertentes, que eventualmente podem tangenciar-se, mas não necessariamente se confundir: (i) as relações estabelecidas com organizações criminosas que se aproximam de forma parasitária do Estado; e (ii) as relações decorrentes da criminalidade política e econômica que podem, ou não, apresentar-se sob a forma organizada.

Na primeira vertente, tem-se a atuação de grupos constituídos para práticas ilícitas que aderem parasitariamente ao Estado e de instituições que o circundam para garantir sua atuação livre de interferências. As organizações criminosas constituem forma específica de manifestação da criminalidade. Seu conceito não é unívoco, mas apresenta traços característicos que as identificam, a despeito das particularidades determinadas pelas condições de tempo e espaço nas quais suas atividades são desenvolvidas. Como leciona Laura Zúniga Rodríguez (2009, p. 126), esses grupos não são identificados pelos delitos que praticam, mas pela forma como se estruturam para realizá-los. O termo organização criminosa é, assim, associado aos poderes criminosos, entendidos como aqueles em que a força de seus agentes é haurida da atividade criminosa. Nesses casos, os atores políticos, partidos e eleitores, assim como os agentes econômicos, são obrigados a conviver e estabelecer interlocução com os membros da organização¹. As relações daí advindas deterioram a dinâmica social, instalando um outro nível de influência nas decisões que afetam a esfera pública e à margem dos mecanismos legitimados pelo Estado de Direito.

A influência das organizações de tipo mafioso na Itália é um exemplo desse tipo de conexão espúria. A legislação italiana contempla, inclusive, a hipótese de dissolução das autonomias locais, quando as administrações são capturadas por essa espécie de organização criminosa, conforme consta do Decreto Legislativo 267 (ITALIA, 2000, art. 143). A Itália não é uma federação, mas a administração das autonomias locais, por força constitucional (ITALIA, 1947, art. 5º), é formada pela manifestação da soberania popular. O mecanismo de dissolução por infiltração mafiosa reflete a preocupação de preservar os espaços de formação da vontade política da ação predatória de agentes criminosos.

¹ Nesse sentido, cf. ARAÚJO, 2016, p. 50.

A segunda dimensão do problema é aquela que decorre da captura indevida das pautas públicas pelo poder econômico. O presente estudo está centrado nesse plano. A existência digna do ser humano deve ser o referencial primeiro e último de qualquer sistema normativo. Todo poder que interfira na capacidade de vida plena deve ser controlado. O projeto da Ilustração europeia organizou e conteve o poder do estado, mas não se espalhou como o mesmo vigor sobre outras formas de poder, como o econômico-financeiro. As corporações empresariais, nacionais e multinacionais buscam se manter imunes ao sistema legal e essa é uma faceta de sua pulsão de atuar sem limites e de pautar a cena pública conforme seus interesses, mesmo que sejam exercidos em detrimento do que tenha sido deliberado pelos indivíduos como interesse comum. Um dos pontos de contato que estabelecem com o sistema político para alcançar seus objetivos é o financiamento da atividade partidária. Os financiados, por seu turno, oferecem como moeda de troca a condução dos negócios públicos em favor de seus “benfeitores”. Nesse sentido, o financiamento da atividade partidária se converte em veículo para trocas ilegítimas que propiciam a dilapidação da coisa pública. É evidente que existem relações lícitas de financiamento da atividade política. É legítimo que o cidadão aporte recursos para oferecer suporte ao grupo político que se afine com sua percepção de mundo e promova seus interesses. Esse financiamento pode, em tese, se dar também sob a vertente corporativa. A dificuldade está em separar este movimento de participação daqueles de captura ilícita das pautas políticas. É sob esse último ângulo que surgem as preocupações das quais se ocupa este trabalho.

Há uma intensa rede de normas que disciplinam a criação e o funcionamento dos partidos políticos, condensadas na legislação eleitoral e referenciadas na Constituição Federal. Apesar de a atuação do partido como pessoa jurídica, ou de seus dirigentes em seu nome, ser uma constante nos recorrentes problemas que envolvem o financiamento ilegal, não há, paradoxalmente, o correspondente protagonismo desse ente no sistema de combate a essas práticas ilícitas. Essa é uma ausência incômoda e injustificada na cena contemporânea que motiva este estudo. O poder econômico-financeiro resiste a se submeter a controles. No entanto, a conjuntura na qual a atividade empresarial é desenvolvida atualmente tem gerado uma crescente regulação por parte do Estado com o objetivo de controlar os riscos que geram para a sociedade. As próprias empresas passaram a desenvolver ferramentas de controle interno visando a prevenir a prática de ilícitos administrativos e penais. No entanto, os partidos políticos que, por sua natureza, concentram poder da sociedade civil, com possibilidade real de ascendência sobre os órgãos do Estado, têm se mantido, inexplicavelmente, à margem de esforço análogo. Estão sujeitos aos controles exercidos pela Justiça Eleitoral em suas contas, mas os seus membros, que integram os corpos parlamentares, têm utilizado a pauta da

autonomia partidária para aumentar o perímetro de impunidade dessas pessoas jurídicas. Esse é um vetor que se dissocia do Estado de Direito.

Por essa razão, é preciso que se debruce sobre as possibilidades e os limites de programas preventivos de crime no âmbito dos partidos políticos. As práticas que ocorrem nesse contexto estão associadas aos crimes de poder. Aqueles praticados por agentes que ocupam posição de relevo político e econômico e, por força dessa posição, praticam condutas relacionadas à chamada criminalidade de colarinho branco. O tema, como será exposto, exclui do campo de análise as organizações políticas estruturadas na sua essência com objetivos ilícitos. No caso brasileiro, a Constituição Federal pressupõe que a criação, fusão ou incorporação dos partidos políticos tenha por norte o respeito à soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais. Ainda, veda expressamente a utilização pelos partidos de organização paramilitar. Os partidos políticos formados sob essa vertente proibida devem ser analisados sob outro marco conceitual. Apesar de sua formação também envolver a prática de condutas penalmente tipificadas, o exame nesses casos deve ocorrer no plano dos mecanismos internos de defesa da democracia, na moldura conceitual da democracia militante. (LOEWENSTEIN, 1937; MERSEL, 2006)

O tema proposto é relevante porque o poder político, assim como o poder econômico, como já mencionado, resiste à contenção. As sociedades contemporâneas ocidentais, quadro no qual o Brasil se insere, organizam-se sob o modelo de democracias constitucionais, fundadas na noção de Estado de Direito. O pressuposto dessa forma de organização e relação social é a submissão de todos à lei e a preservação do indivíduo contra abusos do poder. A representação política é uma das ferramentas centrais para o funcionamento da democracia brasileira e esta pressupõe a intermediação de partidos políticos (BRASIL, 1988, art 14, V). A participação dos cidadãos nos processos de formação da vontade do Estado não ocorre exclusivamente por meio de representantes eleitos, mas é por esse mecanismo que a cidadania se expressa ordinariamente nos canais formais. Uma vez inviabilizado o modelo de democracia dos antigos, em que os cidadãos poderiam ocupar-se integralmente das coisas da *polis* (CONSTANT, 1985), o modelo representativo é uma via adequada para compatibilizar a necessidade de legitimidade popular das decisões do Estado e vida moderna. A atuação de grupos organizados como mediadores entre sociedade e Estado concretiza-se formalmente pela instituição dos partidos.

A democracia, contudo, não se esgota no exercício do voto e na eleição de representantes. A legitimidade democrática haure suas forças do processo de deliberação, em que todos tenham a possibilidade de contribuir, em condições equânimes, na definição das pautas públicas e na construção da vontade do Estado. Dito de outra forma, as instâncias de

deliberação democrática não se limitam aos canais formais de representação, pois devem ser complementadas pelo reconhecimento da centralidade da autodeterminação do cidadão nesse processo. Para o desenvolvimento do estudo, será adotado como marco teórico o conceito de democracia deliberativa nos termos definidos por Jürgen Habermas (1995). As interações estabelecidas na esfera pública precisam encontrar “vasos comunicantes” para que as instâncias formais de representação as percebam e absorvam. Os partidos políticos podem ser definidos como um desses canais, além de serem, eles próprios, instâncias de deliberação. Nesse contexto, a captura das pautas públicas pela prática de crimes por meio dos partidos políticos pode enfraquecer a deliberação e comprometer a qualidade da democracia.

A sucessão de processos criminais nos quais o financiamento da atividade política intersecciona com práticas corruptas indica que os crimes de poder no ambiente político-partidário assumem caráter sistêmico. A atividade criminosa nos ambientes partidários é um fator que, por si só, pode contaminar os fins dos entes afetados. Além disso, os meios estabelecidos para o enfrentamento da atividade ilícita podem enfraquecer, ao invés de fortalecer, a entidade em suas fundações. Há uma crescente interseção entre os crimes praticados no âmbito das empresas privadas e o setor público. Nesse sentido, o estudo adota um conceito amplo de Direito Penal Econômico para abranger os crimes contra a Administração Pública, com repercussão patrimonial para um universo indeterminado de pessoas, e que se realizam nessa zona cinzenta entre o público e privado.

Nessa medida, estabelecida a premissa de que é necessário, se for o caso, acionar o Direito Penal para reprimir a prática de crimes no ambiente político-partidário e que essa intervenção, embora indispensável, é também ela fonte de desestabilização política, é pertinente refletir sobre medidas preventivas a serem adotadas pelos partidos políticos, como figuras essenciais que são na dinâmica democrática. A noção de que o financiamento da atividade política deve ser transparente, transcorrer conforme o Direito, mas que, no entanto, está envolvido com a prática de crimes, não é original. O tema é abordado especialmente nos debates sobre o melhor modelo de financiamento de campanhas e da atividade partidária em geral, assim como naqueles relacionados à pertinência de criminalização autônoma do financiamento ilegal. Este trabalho, no entanto, busca uma outra perspectiva, menos explorada. A presente tese tem por objeto o *compliance* penal² relacionado ao financiamento dos partidos políticos.

A hipótese elaborada é a de que a adoção de programas de *compliance* penal, em analogia com aqueles existentes no meio empresarial, é uma ferramenta que fortalece esse

² O termo advém do verbo inglês to *comply* (cumprir).

espaço de deliberação e auxilia no incremento da qualidade democrática. Por tratar-se de estrangeirismo, ao longo do trabalho, o termo *compliance*, que se refere em linhas gerais a cumprimento normativo, será grafado em itálico. A expressão “*compliance* penal” foi preferida em detrimento de “*compliance* criminal” para guardar simetria com a terminologia utilizada pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional com o ramo do Direito que se debruça sobre prática de condutas eleitas como criminosas. Qual seria o limite de transposição da lógica dos programas de *compliance* penal idealizados no contexto empresarial para os partidos políticos?

Os partidos políticos brasileiros têm *status* constitucional e assumem a forma de pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 1988, art. 17, *caput* e § 2º). A função que desempenham os coloca em posição *sui generis* em relação a outras pessoas jurídicas envolvidas com o interesse público. Estão submetidos a regime jurídico específico quanto à sua constituição e controle financeiro (legislação eleitoral), mas desfrutam de autonomia necessária para garantir as liberdades políticas que são intermediadas por sua atuação. Por outro turno, o papel de viabilizar a representação política demonstra que sua existência e legitimidade devem ser preservadas pelos instrumentos disponíveis ao Direito, seja para garantir sua autonomia, seja para prevenir e reprimir sua desfuncionalização por práticas criminosas. Tendo presente essa realidade, busca-se analisar a inserção dos partidos políticos no marco teórico da autorregulação regulada, para definir as possibilidades e limites da adoção de programa de *compliance* penal por esses entes e sua relação com o sistema jurídico.

A prática do crime é uma expressão de desequilíbrio na sociedade. Não se ignora que não só as condutas que violam bens caros de forma quase unânime ao grupo social, mas também a vida, são tutelados penalmente. A proteção oferecida pelo sistema penal dirige-se, também, a bens e valores que não são consensualmente partilhados pela sociedade, ao menos em intensidade tal para essa particular forma de proteção. A eleição de determinadas condutas típicas pelo legislador revela valores e também relações de poder. Feita essa ressalva, cujo exame não é pertinente ao presente estudo, pode-se afirmar de forma genérica que o crime praticado é prejudicial à vida social plena, no entanto a resposta do Estado ao agente do delito, se não observados determinados parâmetros, também pode sê-lo, em um ciclo vicioso que corrompe o tecido social.

Este trabalho avalia ferramenta que previna a prática de condutas criminosas no âmbito dos partidos políticos e, ao mesmo tempo, preserve sua existência e funcionalidade para a democracia. Ao longo de seu desenvolvimento, busca-se produzir conhecimento sobre a relação entre criminalidade e democracia, tendo como vetor de análise o sistema partidário brasileiro.

São objetivos específicos analisar o contexto em que se desenvolve a criminalidade contemporânea; fundamentar a necessidade de proteção dos partidos políticos como entidades essenciais à democracia contra a ação predatória da criminalidade de poder; examinar o papel dos partidos políticos no enfrentamento da criminalidade que lhe tangencia e sua eventual responsabilização. Nesse contexto, serão avaliadas as possibilidades e os limites da adoção de programas de *compliance* penal pelos partidos políticos.

Para este estudo, que visa a contribuir para a produção do conhecimento relacionado à criminalidade econômica e política (aqui definida como crimes de poder) sobre os partidos políticos, que são instituições essenciais à democracia, propõe-se o recorte específico da compatibilidade do *compliance* orientando a prevenção de crimes no âmbito dessas organizações para prevenção de fraudes que viabilizem a prática de crimes circundantes como corrupção e lavagem de dinheiro.

Os delitos de corrupção e fraude não são novos. De forma diversa, o delito de lavagem de capitais, introduzido nas legislações contemporâneas para fazer frente a uma criminalidade que se sofisticava dia-a-dia é comumente classificado no âmbito da chamada criminalidade econômica. Não é excessivo afirmar que os crimes tidos por tradicionais também adquiriram nova faceta em um mundo de maior e mais fácil trânsito de bens e pessoas. Assim, o corrupto do passado não dispunha das ferramentas de que hoje dispõe para acumular e ocultar, de forma mais eficiente, os recursos indevidamente auferidos. Nesse cenário, embora integrantes de categorias aparentemente diversas (antiga e nova criminalidade), esses delitos implementam-se no mundo contemporâneo em uma perspectiva que reclama, em algumas situações, as mesmas ferramentas de combate.

O enfoque proposto viabilizará, em um mesmo estudo, abordar os seguintes aspectos relevantes do problema: a relação entre criminalidade e democracia; os efeitos da atividade criminosa sobre a democracia em sua perspectiva substantiva e formal; a necessidade de mecanismos de prevenção e sua relevância penal. Será possível explorar questões correlatas ao tema da criminalidade de poder sobre as instituições democráticas, com enfoque na prevenção criminal por meio de programas de *compliance*.

Os programas de *compliance* objetivam estabelecer diretrizes éticas e padrões de atuação conforme o direito no ambiente empresarial. Apresentam-se como ferramenta adequada tanto para a prevenção de delitos designados por novos (na perspectiva da expansão do Direito Penal), quanto para aqueles que são tradicionais, mas hoje se expressam de maneira mais vigorosa e lesiva para o meio social. Seu objeto de proteção é variado. Abarca interesses da empresa, dos dirigentes, de acionistas majoritários ou minoritários ou ainda de terceiros com

quem contrata. A ideia-força presente no argumento é que o programa pode englobar interesses colidentes. Essa realidade parece ser presente no âmbito dos partidos, em que o ambiente de disputa entre os integrantes de uma mesma agremiação pode colocá-los, em tese e eventualmente, em rota de colisão.

A hipótese proposta desenvolve-se ao longo de seis capítulos, sendo o último uma relação tópica das principais ideias expostas. O capítulo 1 abordará a relação entre criminalidade e democracia. Serão feitas considerações gerais sobre os desafios do Direito Penal em face da criminalidade contemporânea e sua relação com o Estado Democrático de Direito, com vistas a contextualizar os debates teóricos no cenário atual. O avanço do Direito sobre novos e mais amplos espaços da vida se reflete no Direito Penal pela contraposição entre os paradigmas expansivo e minimalista. É referida, também, a aparente dicotomia entre garantia e segurança, no contexto da sociedade de risco. O objetivo é estabelecer o paradigma normativo que se compatibiliza com o estado democrático de direito e, ao mesmo tempo, atenda a necessidade de defesa social. Refere-se, ainda, ao conceito de democracia que se adota no estudo e ao papel dos partidos políticos na democracia brasileira, para que se possa delimitar a relevância de sua proteção contra a ação predatória de agentes criminosos. Para esse fim, serão tecidas considerações sobre a democracia deliberativa, com ênfase no marco teórico de Jürgen Habermas; sobre o arranjo institucional brasileiro designado por presidencialismo de coalizão e sua possível relação com práticas corruptas.

O capítulo 2 será dedicado ao estudo de casos que revelam a relação entre o financiamento da atividade política e a prática de crimes. Três episódios da jurisdição criminal foram selecionados, sendo eles: Ação Penal 307; Ação Penal 470 (Mensalão); e Operação Lava Jato. O recorte dos casos não se traduz pela existência de condenações ou eventual efetividade da aplicação da lei penal, mas no que esses casos revelam de interseção entre crime e funcionamento do regime democrático, bem como na pluriofensividade dos eventos criminosos. O objetivo do estudo é ilustrar, sob a perspectiva do Direito Penal, as condutas típicas imputadas a agentes políticos e a resposta oferecida pelo Poder Judiciário em três momentos diferentes da história recente. A escolha desses episódios não é aleatória: (i) todos envolvem imputações de crimes contra a Administração Pública a agentes políticos; (ii) os fatos sob apuração afetam bens de interesse da sociedade que transcendem, inclusive, aqueles declaradamente protegidos pelas normas penais invocadas. O sistema político-representativo é abalado pela só apuração dos fatos. No caso do Mensalão, a análise será restrita ao chamado núcleo político. No tocante à Lava Jato, que ainda se encontra em curso, o estudo está limitado ao exame de três acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em recursos de apelação

de sentença. Foram selecionados dois julgados que apontam mecanismos de captação de recursos de empresa com participação da União (recursos públicos) por meios espúrios para beneficiar agentes políticos e um julgado que seria ilustrativo do meio de repasse de recursos ao agente político. Em todos os feitos, já há trânsito em julgado relativamente a alguns réus, o que confere algum grau de certeza aos fatos analisados. Ao final, reflete-se sobre a relação entre corrupção e financiamento de campanha e sobre o debate quanto à criminalização autônoma do financiamento ilegal.

A longo do capítulo 3 é proposta reflexão sobre os limites da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, com ênfase na aplicação de princípios instrumentais próprios da hermenêutica constitucional. Serão, também, desenvolvidas algumas considerações acerca dos debates travados sob a perspectiva dogmática sobre a adequação dessa espécie de responsabilidade a pessoas não naturais. Ao final do capítulo, propõe-se um critério para avaliar e delimitar eventual opção político-criminal de responsabilização penal dos partidos políticos, considerada sua condição de poder privado e a função que desempenham na democracia. Nos debates que se desenvolvem sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é relevante que se introduza a reflexão sobre as bases de eventual inclusão ou fundamentos para imunidade dos partidos políticos. Serão adotadas como referências teóricas as reflexões desenvolvidas relativamente ao sistema jurídico espanhol, que foi alterado em 2015 para incluir determinação expressa aos partidos de adoção de sistema de prevenção de condutas contrárias ao ordenamento jurídico e de supervisão, para os fins do art. 31 bis do Código Penal espanhol, ante a escassez de produção doutrinária sobre a matéria.

Na sequência, capítulo 4, expõe-se o conceito de *compliance* e sua relação com o marco conceitual da autorregulação regulada. É apresentado um panorama do Direito Penal econômico – como o contexto jurídico penal no qual essa ferramenta de governança das empresas se desenvolveu originalmente, assim como a orientação penal de programas dessa natureza – e os instrumentos legais no Brasil que conferem relevância jurídica ao *compliance* ou ferramentas análogas, que podem ser úteis para a realidade dos partidos políticos.

No penúltimo capítulo, após a exposição crítica do sistema brasileiro de responsabilização dos partidos políticos brasileiros no plano administrativo, abordam-se os limites e possibilidades da adoção de programas de integridade penal (*compliance*) pelos partidos políticos. A partir da noção de que esses entes se encontram na fronteira entre o público e o privado, são analisados alguns parâmetros do chamado *compliance* público para avaliar sua adequação a um possível modelo aplicável aos partidos. Ao final, é indicado qual deveria ser o foco do *compliance* penal nos partidos políticos.

Ao longo do período em que esse estudo foi elaborado, houve uma alteração importante no sistema de financiamento de campanhas do Brasil, instituindo Fundo Público, e foi introduzida, no texto constitucional, a cláusula de barreira, cujo objetivo declarado seria reduzir os efeitos negativos da fragmentação partidária. Nas considerações finais, são feitas algumas observações a esse propósito. No capítulo final, como mencionado, foram relacionadas, em tópicos, as principais ideias desenvolvidas no trabalho.

É preciso ter presente que o crime é um fenômeno inerente à dinâmica das sociedades. O reconhecimento de que as diversas manifestações criminosas estão visceralmente ligadas às instituições estatais permite uma abordagem mais realista e eficiente dos problemas que acarretam. O Direito Penal é uma forma de expressão da soberania interna e o exercício do direito de punir é uma ferramenta potente para reafirmá-la. Há, no entanto, centros de poder privado capazes de fomentar e implementar estratégias para se manter imunes aos mecanismos de contenção de poder próprios das democracias constitucionais. Nesse quadro, a criação de tipos penais relativos à áreas mais amplas da vida social e a atribuição de capacidade penal para pessoas jurídicas de direito privado podem representar esse esforço de estatal de limitação do poder. De outro lado, as dificuldades em tornar efetiva essa política pode redundar na criação de estratégias de cooperação com os próprios centros de poder privado. É nessa lógica que são feitas as considerações sobre o *compliance* penal e sua relação com a autorregulação regulada.

Não é excessivo dizer que a crise de representatividade pela qual passam os partidos políticos brasileiros foi agravada pelo que se pode designar de questão criminal. A dissociação entre representantes e representados, ou o desinteresse dos cidadãos pela política, não é um fenômeno exclusivo da sociedade brasileira, mas este estudo é referenciado a ela e contingenciado por suas particularidades. Um olhar cínico sobre a política não é o caminho mais promissor para que possamos superar o momento presente. O trabalho acadêmico precisa se conectar com as necessidades das pessoas reais. Este estudo está contingenciado pelo contexto em que foi elaborado, mas também oferece linhas gerais para que se pense a posição dos partidos políticos sob outro enfoque. A influência dessas pessoas jurídicas na vida dos cidadãos deveria acarretar uma exigência crescente de atuação conforme o Direito. É preciso desconstruir a noção naturalizada de que os partidos são espaços intocáveis nos quais a incidência performativa do Direito é absolutamente ineficaz.

1 CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA E DEMOCRACIA

1.1 Considerações Preliminares

A complexidade das relações sociais, políticas e econômicas nas sociedades contemporâneas também se reflete nas práticas criminosas. Os avanços tecnológicos, a integração de mercados econômicos e financeiros, assim como a intensificação do trânsito de pessoas no mundo tornaram-se vetores para a transnacionalidade das atividades ilícitas, propiciaram a emergência de novos riscos para as populações e reconfiguraram as práticas delitivas em associação de pessoas.

O exercício da atividade econômica por meio de organizações empresariais cada vez maiores e mais complexas, que geram riscos à coletividade antes inexistentes na mesma escala, também é um fenômeno atual. Como explicita Ulrich Beck (2015), o risco sempre esteve presente na história da humanidade, mas nova é a incapacidade da sociedade de controlar os riscos gerados por si mesma. O conceito de sociedade de risco foi delineado por esse sociólogo e tem por escopo funcionar como marco teórico de um modelo de sociedade no qual a tecnologia se tornou a base do funcionamento social, conferindo novas dimensões de risco, com implicações sócio-econômicas e políticas. Em suas palavras:

a idéia da sociedade de risco se baseia menos na suposição de que temos de viver, hoje e no futuro, num mundo de perigos inéditos e mais na idéia de que vivemos num mundo que tem de decidir o seu futuro nas condições de insegurança produzida, fabricada por si próprio (BECK, 2015, p. 19).

Paz M. de Cuesta Aguado (2005, 161-179), na mesma linha, pontua a categoria do perigo, no lugar do risco, como traço característico da sociedade contemporânea. Essa noção permite a compreensão do risco em dois planos, ou “frente dupla”, o individual e o mundial. No primeiro, vida e saúde do indivíduo são fragilizadas a partir de decisões de terceiros; no segundo, o risco se globaliza e desaparecem as “fronteiras e os estados frente ao enorme potencial destruidor dos riscos.”

Beck (2015, p. 22) desenvolveu, posteriormente, a categoria da sociedade de risco mundial alargando a teoria do risco com base em algumas inovações conceituais. Para tanto, agregou a perspectiva da globalização para estabelecer a distinção entre risco e catástrofe. Segundo sua percepção, o risco é a antecipação da catástrofe. O esforço de evitá-la faz com que a ameaça temida determine e paute nossas ações, “transforma-se em uma força política que muda o mundo”. Introduce diferentes tipologias de riscos (ecológicos, econômicos e terroristas).

Apresenta um elemento chave para a compreensão de como é “construído o presente de catástrofes futuras”. O autor centra suas preocupações em descortinar como se constrói esse risco mundial e conclui que é fruto da encenação do risco, que se torna real pela encenação. O termo não é adotado em sua acepção vulgar, de alteração dolosa da realidade, mas sim, como explica, no sentido de atualizar para o presente um evento temido e vislumbrado no futuro. A prospecção do risco vislumbrado e os consequentes reflexos das medidas preventivas.

Essa realidade impõe desafios tanto àqueles envolvidos na análise doutrinária e aplicação da dogmática penal, como aos agentes responsáveis pelo desenvolvimento da política criminal.³ A exposição de bens jurídicos não individualizados a riscos, gerados pela forma ordinária com a qual a atividade econômica se desenvolve⁴, e a prática de crimes no seio de organizações empresariais complexas e sob o manto do poder econômico-financeiro, são alguns problemas a serem confrontados pelo Direito Penal. Como refere Jesús-María Silva Sánchez (2013), o Direito Penal, em sua concepção clássica, foi estruturado para lidar com o crime praticado por agente único ou, no máximo, em associação de vontades eventual. O crime praticado sob a forma organizada transnacional e os danos que emergem de crimes no seio das organizações empresariais, gerando efeitos em cadeia em algumas situações, tensionam a forma como o direito punitivo deve ser estruturado pelo Estado. Em obra seminal sobre os efeitos da globalização sobre o Direito Penal, Silva Sánchez (2001) prospectou a crescente unificação do Direito, a redução de garantias, a flexibilização de regras de imputação, bem como a relativização de garantias político-criminais substantivas e processuais para lidar com o combate à criminalidade.

³ Christine Lazerges relaciona como a política criminal se apresenta compreendida no conjunto da política como condução dos assuntos da cidade (*affaires de la cité*). São as estratégias para implementar respostas ao fenômeno criminoso. Não se restringe, nesse passo, ao Direito Penal e Processual Penal ou à criminologia, mas se insere em uma perspectiva mais global da política social de determinado Estado. Explica a autora que a expressão foi empregada pela primeira vez nos trabalhos de Kleinshrod e de Feurbach. Ambos consideravam o termo sob a ótica restrita da política legislativa. Von Litz, posteriormente, ampliou a compreensão do conceito, para considerá-la como os princípios sistemáticos pelos quais se organiza a luta contra o crime. Diz a autora que “a política criminal é uma reflexão epistemológica sobre o fenômeno criminoso, uma decodificação do fenômeno criminoso e dos meios eficazes para combater os comportamentos desviantes ou a delinqüência; é igualmente uma estratégia jurídica e social, fundamentada sobre escolhas políticas para responder com pragmatismo aos problemas postos para a prevenção e a repressão do fenômeno criminoso, entendido em sentido amplo.” (LAZERGES, 2000, p. 8-9, tradução nossa).

⁴ Sobre a proteção de bens jurídicos universais e a inadequação de uma teoria de bem jurídico que apenas privilegie a perspectiva individual liberal clássica (vida, propriedade) cf. “o consumo abusivo e desenfreado de recursos ocorrido neste século, junto com a superpopulação da terra que a este acompanha, tem conduzido a beco sem saída que proíbe qualquer dúvida acerca do caráter dominante dos bens jurídicos ecológicos (17), o que acarreta que a funcionalização individualista proclamada pela escola de Frankfurt (e o que significa: redução aos interesses predatórios dos indivíduos que vivem neste momento) apareça em certo sentido uma verdadeira perversão do ordenamento de bens jurídicos.” (SCHÜNEMANN, 1996, p. 17-49).

A contraposição fática entre as garantias individuais e a segurança no enfrentamento da criminalidade apresenta-se em cenários que demandam respostas estatais norteadas por eficiência. Utiliza-se a expressão “contraposição fática” no plano descritivo e não prescritivo. Como se explicitará adiante, há, normativamente, uma falsa dicotomia entre segurança e garantia no âmbito das sociedades democráticas. O Estado Democrático de Direito não pode prescindir de conferir as garantias formais e substantivas ao sujeito submetido ao poder punitivo estatal. Sustenta-se como premissa desse estudo que o ponto de tensão não está na alternativa entre essas duas categorias, mas sim nos limites de sua coordenação.

O prognóstico desenvolvido por Silva Sánchez não está distante do que se verificou, por exemplo, nos Estados Unidos no período posterior aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. É interessante notar que as restrições diretas à liberdade individual pelo Estado com o fim de prevenir a prática de crimes foram incrementadas, em alguns aspectos, ao largo de procedimentos criminais. A chamada *No-Fly List* (lista dos proibidos de voar) é um exemplo de norma produzida nesse cenário. A lista é gerada pelo *Terrorist Screening Center* (TSC), centro de monitoramento de atividades terroristas vinculado ao *Federal Bureau of Investigation* (FBI), e contém a relação de pessoas sob razoável suspeita de serem terroristas proibidas de embarcar em voos com origem, destino ou sobrevoos nos Estados Unidos da América.⁵

Manuel Cancio Meliá (2011), com olhos postos no sistema penal espanhol, empreende uma análise crítica acerca dos motivos que têm levado o legislador a alterar o ordenamento jurídico-penal. O autor busca compreender se essas transformações correspondem a adaptações necessárias à uma sociedade em evolução ou, ao contrário, se são estranhas a essa estrutura social em mutação. Nesse sentido, analisa se seriam fruto de influxos que não deveriam se projetar sobre o Direito Penal. Reconhece que o Direito Penal positivo tem sido objeto de expansão. Refere-se à citada obra de Silva Sanchez (2001), que destaca não apenas o aparecimento de novas figuras, mas também de novos setores regulados, associados à reforma de tipos penais já existentes. Em sua ótica, é possível identificar um Direito Penal de risco e um Direito Penal securitário.

⁵ O procedimento de inclusão na lista não contempla a notificação do interditado de voar, e previa limitados procedimentos de impugnação, quando constatada a impossibilidade de viagem. A *America Civil Liberties Union* (ACLU) desafiou judicialmente a inclusão de treze cidadãos americanos e residentes permanentes nos EUA. A ação, inicialmente rejeitada por falta de jurisdição, teve seguimento por determinação da Corte de Apelação Federal do 9º Circuito. Em 2014, houve a determinação para que o Governo americano informasse aos demandantes sobre sua inclusão ou não na lista e lhes desse a oportunidade de desafiar, se o caso, a inclusão. Cf a decisão da Juízo Federal do Oregon em primeiro grau de jurisdição em PORTLAND, 2014. Nos desdobramentos, constatou-se que apenas seis dos reclamantes estavam interditados de voar. Os procedimentos de impugnação material também foram considerados limitados pelos autores e também foram desafiados como inconstitucionais. O debate segue em aberto. Sobre o tema veja-se ainda CHRISTY, 2012.

O primeiro dialoga com o conceito de sociedade de risco delineado por Beck e tem por objeto a proteção de bens jurídicos transindividuais. Traduziria, na esfera penal, a transição do Estado liberal para o Estado social. O Direito Penal adequado ao liberalismo visaria a proteção de bens individuais contra a interferência de terceiros, garantindo, assim, o espaço máximo de autonomia pessoal. O paradigma do Estado social, por sua vez, demandaria prestações positivas em favor dos cidadãos e isso deveria se refletir no direito punitivo. O autor cita como exemplo as leis de proteção ao meio ambiente, de combate à lavagem de bens e capitais, e dos mercados econômico-financeiros, naquilo que extrapolem meramente interesses individuais são exemplos do que se menciona, como refere o autor. Identifica-se também na legislação brasileira o que exposto: Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; Lei nº 7.492/1986, define crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; e Lei nº 9.613/1998, relativa à lavagem de dinheiro.

O segundo – Direito Penal securitário – seria parte de um processo qualitativo de expansão. Paralelamente à criação de novas figuras típicas, os sistemas jurídicos tenderiam a endurecer as sanções e criar regimes jurídicos próprios processuais próprios para determinados grupos de agentes e delitos. Este processo estaria direcionado para condutas criminosas que se voltam contra bens jurídicos classicamente protegidos pelo Direito Penal. A legislação espanhola antiterrorista, contra a criminalidade organizada, e a reação penal relacionada ao fenômeno migratório seriam exemplos desse processo na Espanha (CANCIO MELIÁ, 2011). Nessa toada, pode-se dizer que no Brasil a Lei de Drogas, de nº 11.343/2006, bem como a Lei nº 12.850/2013, que dispõe sobre as organizações criminosas e terroristas e sobre a investigação, meios de obtenção de prova e procedimento criminal correlatos, estariam incluídas nessa categoria.

Bernardo Feijoo Sánchez (2011, p. 23), por seu turno, sintetiza os pontos cruciais dessa controvérsia explicitando que na análise do Direito Penal das sociedades modernas o reconhecimento do caráter expansivo tornou-se “topos característico do atual debate político criminal”. Ressalta que por expansão compreende-se a crescente criminalização de condutas que visam a fazer frente às novas demandas da denominada sociedade de risco. Em linhas gerais, os críticos à expansão, comumente agrupados sob a chamada Escola de Frankfurt⁶,

⁶ A efetiva existência de uma corrente doutrinária uniforme que possa ser abrangida sob a denominação Escola de Frankfurt é controvertida. Bernardo Feijoo Sanchez não deixa de fazer o registro acerca de tal controvérsia, explicitando a dificuldade de se identificar “elementos teóricos e enfoques comuns entre os diversos autores que são incluídos normalmente nesta escola. Registra que estariam nesse grupo tanto abolicionistas como Peter-Alexis Albrecht, como reducionistas ou minimalistas da linha de Winfried Hassemer. O autor destaca, ainda, que vários autores designados como integrantes da pretensa Escola questionam sua consistência e mesmo existência, a exemplo de Hassemer, enquanto outros a reconhecem. Menciona Pittwitz, para quem há um contorno comum

indicam os seguintes pontos de tensão como o Direito Penal clássico: a) criação de novos bens jurídicos, com perfil em geral vago e impreciso; b) ênfase na prevenção orientada para a transformação social; c) prevenção orientada à redução de riscos, prevalência da proteção de situações problemáticas, em detrimento de lesões concretas; d) corrosão de garantias materiais e processuais clássicas.

Neste quadro de ideias, tanto as novas tipificações, quanto os modelos adotados pelo Estado para proteção dos novos bens jurídicos⁷ eleitos, são o foco da crítica a essa concepção expansiva do Direito Penal. A contraposição ao paradigma da expansão remete à tensão entre garantias individuais e segurança. Como lidar com o fenômeno criminoso que não se adequa em sua inteireza ao Direito Penal clássico e, ao mesmo tempo, preservar um modelo de garantias individuais que é promotor da dignidade humana? Esse desafio não deve conduzir a soluções excludentes. Por um lado, é preciso ter presente a compreensão de que, no contexto da sociedade de risco mundial, a própria noção do que deve ser objeto de atenção pelo Direito Penal necessita estar sob constante problematização. No entanto, não se pode ignorar que há questões que efetivamente reclamam de forma nova a incidência do direito punitivo. Essa é uma espécie de enfrentamento permanente que a criminalidade contemporânea carrega para o interior das sociedades democráticas.

Outra característica neste cenário em que se desenvolvem as reflexões sobre a criminalidade contemporânea é a transnacionalidade das práticas delitivas. Seu enfrentamento demanda o aumento de ferramentas de cooperação entre os países, tanto para a investigação, quanto para a aplicação da lei penal. Nesse sentido, a referência que segue sobre o instituto da extradição pode ser derivada para outros instrumentos, como os acordos de cooperação jurídica em matéria penal para fins probatórios e transferência de presos:

Contudo os fatos sociais não respeitam os limites territoriais e soberanos que são, na realidade, mera ficção política. As fronteiras são porosas e as relações pessoais são transnacionais. A facilidade no trânsito de pessoas na contemporaneidade permite que um agente criminoso fuja para as partes mais remotas do mundo com objetivo de não ser capturado. De nada adianta valer-se de todos os recursos para manter a paz e a segurança no ambiente interno se os problemas enfrentados podem adquirir dimensões transnacionais. Pode-se dizer, então, que cooperação com outros países é fundamental para dar efetividade extraterritorial ao poder que os Estados estão autorizados a exercer apenas nacionalmente (FERREIRA, 2004, p.147-165).

nos trabalhos críticos ao Direito Penal desse grupo, qual seja, o ceticismo acerca da capacidade de resposta, a remição constante ao seu potencial de terror e a afirmação incondicional do domínio do direito em seu interior. Sobre a controvérsia, veja-se em detalhes no texto referido: FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 26, nota 14.

⁷ Paz M. de La Cuesta Aguado (2005, p. 169) anota que intervenção penal no contexto do risco se estrutura sobre a antecipação da barreira penal por três formas: tipificação de delitos de perigo com condutas cada vez mais distantes da lesão; aumento dos tipos imprudentes; e criação de bens jurídicos macrosociais ou coletivos.

A despeito da existência de blocos regionais com alto grau de integração político-jurídica-econômica, como a União Europeia, subsistem, generalizadamente, barreiras estruturadas na concepção de Estado-nação⁸. No entanto, os agentes de condutas criminosas não estão contingenciados pelas fronteiras com as quais as autoridades, responsáveis pela aplicação das regras punitivas dos países, precisam lidar. O enfrentamento de fenômenos como organizações criminosas transnacionais, corrupção e terrorismo exige, por esse motivo, o estabelecimento de mecanismos de cooperação cada vez mais eficazes entre os Estados.⁹ Instrumentos tradicionais de cooperação jurídica internacional precisam ser aperfeiçoados e mais bem compreendidos, assim como novos instrumentos merecem ser incorporados na relação entre os países.

A cooperação jurídica internacional, considerada em sentido amplo, está fundada na mesma raiz. A necessidade de cada país de alcançar criminosos que transbordam suas fronteiras e de tornar efetiva sua própria jurisdição penal pressupõe o compartilhamento mínimo de valores e confiança recíproca. Tudo o que é produzido nessa matéria, como princípios e ferramentas, influencia a comunidade internacional e se reflete concretamente nos instrumentos normativos e na práxis. Como exemplo, mencione-se o Mandado Mercosul de Captura, inspirado na experiência europeia do mandado de detenção.¹⁰

⁸ A Europa integrada, como hoje a conhecemos, começou a ser estruturada quando dois grandes contendores durante a guerra, França e Alemanha, se uniram para a produção de carvão, produto que tanto pode ser utilizado para fins bélicos, quanto pacíficos. A perspectiva de que esse encontro de forças teve uma dimensão não só econômica, mas direcionada à paz entre as nações não deveria ser menosprezada pela sociedade contemporânea, embora a estrutura que dele emanou esteja hoje superada. Sobre o marco fundacional da União Europeia, veja-se a declaração Schuman (UNIÃO EUROPEIA, 1950). O crescente fluxo migratório para a Europa, especialmente de refugiados de territórios conflagrados no continente africano, intensificado nos últimos anos por pessoas oriundas também do conflito na Síria, aliados a ataques terroristas no território europeu (associados a conjunturas políticas não vinculadas ao tema dos refugiados), fez ressurgir a perspectiva do Estado-nação, em detrimento da concepção integracionista. A saída do Reino Unido da União Europeia é emblemática do que se expõe. Sobre o tema cf. Del'olmo; Rotta, 2016.

⁹ Sobre a relevância e imprescindibilidade da cooperação jurídica internacional para o enfrentamento de desafios globais e detalhamento sobre suas ferramentas, cf. RODRÍGUEZ GARCÍA, 2011.

¹⁰ O mandado de detenção europeu, instrumento de cooperação que tem por escopo a entrega de pessoa para ser submetida a procedimento criminal ou cumprimento de pena ou medidas de segurança privativas de liberdade. Está previsto na decisão-quadro 2002/584/JAI, de 13.6.2002. Entrou em vigor em 2004 e substituiu a Extradicação no âmbito da União Europeia. O cumprimento da medida, com a entrega da pessoa, faz-se apenas por meio da fase judicial, suprimindo-se a etapa política do processo. A decisão quadro, por seu turno, é o meio pelo qual, em matéria de cooperação jurídica em matéria penal, a União Europeia estabelece parâmetros que devem ser observados e absorvidos pelos Estados-membros em sua ordem interna, visando a aproximação de leis e regulamentos. O mandado de detenção é o primeiro instrumento a dar concretude ao princípio do reconhecimento mútuo, que foi estabelecido como uma ferramenta eficaz em prol da cooperação jurídica em matéria penal. Mencionado pela primeira vez nas conclusões do Conselho da Europa em Tampere, em 1999, e, posteriormente, expresso no Tratado de Lisboa (Tratado de Funcionamento da União Europeia), o princípio informa que decisões e sentenças proferidas pelos países da União sejam reconhecidas e executáveis sem maiores formalidades. Sobre reconhecimento mútuo, cf. Parlamento Europeu, 1999.

O Conselho do Mercado Comum, órgão do Mercosul (2010), aprovou, em 2010, acordo que prevê o Mandado Mercosul de captura (MMC), a ser utilizado pelos Estados-partes em substituição à extradição. O instrumento ainda não se encontra em vigor, dependendo de se ser internalizado pela legislação de todos os membros. Esse instrumento de cooperação internacional teria por finalidade viabilizar o processamento criminal de pessoas, assim como a execução de penas impostas, de forma mais ágil, relativamente àqueles que se encontrassem no território dos países partes do acordo, e tem clara inspiração no mandado de detenção que vigora no espaço europeu.

Somam-se aos instrumentos tradicionais de cooperação jurídica internacional, como a carta rogatória e a extradição, outros mecanismos para o intercâmbio de informações e trânsito de pessoas para fins de processamento criminal. Os acordos bilaterais¹¹, disciplinando o regime jurídico especificamente aplicável em matéria de auxílio para os países envolvidos visando a maior celeridade e eficácia da cooperação jurídica; a figura do auxílio direto¹² e o aumento na troca de informações entre autoridades passaram a ser o horizonte normativo¹³ e de atuação dos órgãos responsáveis pela persecução penal. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional¹⁴ (Palermo) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹⁵ (Mérida) indicam a cooperação jurídica internacional como essencial nessa empreitada. Vale

¹¹ O Brasil é parte de acordos bilaterais em matéria penal com a China, Colômbia, Coreia do Sul, Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Honduras, Itália, México, Nigéria, Panamá, Peru, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Suíça, Suriname, Turquia e Ucrânia. Sobre a fonte legislativa dos acordos bilaterais de que o Brasil é parte, cf. Brasil, [s.d.]. Exemplo de instrumento multilateral tem-se a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa internalizada pelo Decreto n.º 8.833 de 4 de agosto de 2016.

¹² O auxílio direto caracteriza-se pelo intercâmbio de pedidos entre as autoridades centrais dos países indicados como ativo (requerente) e passivo (requerido). Recebido o pedido, cabe à autoridade central proceder ao encaminhamento da medida requerida à autoridade competente internamente para a diligência solicitada. No Brasil atuam como autoridade central o Ministério Público Federal, Ministério da Justiça ou Advocacia-Geral da União, a depender da matéria envolvida e a previsão do Acordo correspondente. Difere da carta rogatória na medida em que nesta há precedente decisão judicial oriunda do Estado rogante, que precisa ser submetida ao juízo de deliberação do Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, I, *i*, da Constituição Federal de 1988, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Sobre a cooperação jurídica internacional, cf. ARAS, 2010; ARAUJO, 2010; PERLINGEIRO, 2006.

¹³ Exemplo da porosidade de informação entre os países é a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária ratificada pelo Brasil e internalizada pelo Decreto Legislativo 105, de 14 de abril de 2016. A Convenção permite ampla troca de informações em matéria tributária entre os países e inclui fiscalizações tributárias simultâneas e a participação em fiscalizações tributárias conduzidas no exterior. No momento em que o Brasil depositou a Convenção, 96 outros países já haviam ratificado o documento, o que indica a dimensão do intercâmbio doravante viabilizado. Os efeitos internos dessa movimentação já se fizeram sentir, pois a Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, instituiu regime especial de regularização cambial, oferecendo, assim, ponte de ouro para o retorno à legalidade daqueles que possam vir a ser alcançados pela transparência viabilizada pela Convenção.

¹⁴ Promulgada no Brasil, 2004a.

¹⁵ Promulgada no Brasil, 2006a.

destacar, inclusive, que a Convenção de Mérida expressamente contempla a hipótese de auxílio direto na figura da comunicação não provocada, ou espontânea, como instrumento a ser considerado pelos Estados-partes.¹⁶

A persecução penal é contingenciada pelas fronteiras. Para o crime e seus agentes os limites territoriais são mais porosos. Essa assimetria não pode ser superada pelo Estado a qualquer custo e os instrumentos mencionados indicam o esforço para aumentar a capacidade de resposta estatal.

M. Cherif Bassiouni (2015), em estudos no âmbito do Direito Penal Internacional, anota o paradoxo do fenômeno da globalização. Ao tempo em que o mundo se torna mais interconectado, há um declínio no grau de comprometimento com a identificação e implementação do bem comum. Acentua, também, as assimetrias geradas por esse fenômeno nos níveis de submissão aos instrumentos de responsabilização internacional existentes. O autor registra, com acerto, que a globalização não é um fenômeno novo. É um processo em andamento conjugado com o desenvolvimento da espécie humana em sociedades organizadas como hoje a conhecemos. O que se destaca como característica do tempo presente é a predominância da ciência e tecnologia encolhendo fronteiras e distâncias. A facilidade na mobilidade humana, os sistemas financeiro e econômico mundialmente integrados, a velocidade das redes de comunicação, incrementaram em grau e intensidade a interconexão entre Estados e pessoas, com efeitos positivos e negativos.

Os resultados dessa interdependência não se consolidam de forma homogênea. Alguns países, corporações multinacionais e outros atores não estatais (como agências de segurança e inteligência), que desenvolvem mais poder e riqueza nessa relação globalizada, têm invocado a prerrogativa de um tratamento excepcional. Bassiouni pontua que, “para todos os efeitos práticos, muitas dessas entidades multinacionais têm crescido além do alcance do direito, nacional ou internacional” (BASSIOUNI, 2015, p. xxix). O autor reconhece que a proteção internacional de Direitos Humanos nunca foi consistente, pois alguns países sempre se beneficiaram de excepcionalismos e outras formas de se furtar à responsabilidade pela violação de proibições internacionais, independentemente do mal que causem. Registra, no entanto, que essa assimetria teria se intensificado com a globalização.

¹⁶ Sem menosprezo à legislação interna, as autoridades competentes de um Estado-Parte poderão, sem que se lhes solicite previamente, transmitir informação relativa a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado-Parte se creem que essa informação poderia ajudar a autoridade a empreender ou concluir com êxito indagações e processos penais ou poderia dar lugar a uma petição formulada por este último Estado-Parte de acordo com a presente Convenção.

Wolfgang Naucke (2015, p. 37), sob outro ângulo, analisa a reação penal contra processos econômicos poderosos “acompanhado pela dúvida de se um sector autoritário e poderoso da sociedade – aquele que detém o sistema econômico-financeiro – permitirá (...) seu julgamento pelo Direito Penal”. Reflete sobre a necessidade de se conceber um conceito de delito que faça frente a condutas capazes de destruir a economia em escala coletiva, tendo por pano de fundo de sua análise a crise financeira de 2008¹⁷. O evento desnudou a fragilidade do sistema financeiro mundial e a ausência de mecanismos de reação punitiva do Estado para os agentes responsáveis por danos à coletividade em escala global. Para tanto, sustenta a construção do conceito de delito econômico-político como apto a atender a essa lacuna.

Sua construção parte da concepção kantiana de que a liberdade é um direito individual de que toda pessoa é titular em decorrência de sua condição humana. Essa liberdade se traduz na independência de ser coagido pela arbitrariedade de terceiros. É indiferente que a violação da liberdade advinha de um agente do Estado, de uma organização vinculada ao mercado econômico-financeiro, ou por agentes da criminalidade comum, organizada ou terrorista. O crime econômico-político, para Naucke, seria aquele que subjuga a liberdade individual com a ajuda de uma organização econômica que se apresenta como poder sem controle apoiado, ou tolerado, pelo Estado.¹⁸

As reflexões de Naucke têm como premissa que todo e qualquer poder que interfira na vida do indivíduo deve estar sob controle. No entanto, como explicita, apesar do

¹⁷ Eugenio Sarrabayrouse fornece um panorama descritivo da crise financeira de 2008 desencadeada pelo que se pode designar “estouro da bolha” imobiliária nos Estados Unidos da América (EUA) ou crise dos *subprime*. Empréstimos imobiliários em larga escala foram concedidos a pessoas sem capacidade econômica para as operações, com alto risco de inadimplência. Os tomadores de crédito não eram, em geral, alertados dos riscos da operação realizada e lhes era acenada a possibilidade de refinanciamento das hipotecas, pois os juros inicialmente baixos subiam drasticamente ao longo da execução do contrato. Os *subprime* foram negociados entre agentes do sistema financeiro e por complexos mecanismos se espalharam entre outros bancos, extrapolando as fronteiras dos EUA. Com desregulamentação de mercado estabelecida pelos governos republicanos nos EUA as taxas *subprime* dispararam, gerando altíssimo grau de inadimplência e pânico ao sistema financeiro, eis que a essa altura os títulos nocivos haviam “contaminado” a carteira de diversas instituições (SARRABAYROUSE, 2015, p. 11-31).

¹⁸ O autor traça um paralelo entre a criminalidade econômico-política e a criminalidade de Estado. Para construir o conceito de delito econômico-político, Naucke parte de elementos extraídos dos julgamentos econômico-penal de Nuremberg (1947-1948), nos quais foi debatida a responsabilidade penal dos dirigentes econômicos relacionada ao regime nazista; do caso Erich Honecker (1989-1990), ex- presidente do Conselho de Estado da República Democrática Alemã, acusado de utilizar o sistema econômico para cometer crimes contra a cidadania; e o processo contra o ex-Primeiro Ministro da Islândia (2010), responsabilizado penalmente por participação na crise financeira de 2008 e suas consequências negativas para os cidadãos. Afirma que “deve inferir-se seriamente que o emprego do poder econômico em prejuízo da liberdade individual é um problema penal. Se trata do mesmo fenômeno, tanto para o caso dos dirigentes estatais como os econômicos. Ambos têm poder. Se o empregam contra a liberdade do indivíduo despossuído, então o Direito Penal, conforme o Estado de Direito, está chamado a cumprir sua tarefa mais importante: reprová-lo mediante o castigo de seu exercício carente de fundamento.” (NAUCKE, 2015, p. 44-45).

desenvolvimento de controles restritos sobre aqueles que exercem poderes estatais, especialmente a partir da segunda metade do século XVIII, o projeto de submissão de todos os poderes ao Estado de Direito não está completo. O poder econômico é onipresente na sociedade contemporânea e, ao mesmo tempo, seus agentes estariam muitas vezes imunes à ação punitiva do Estado, mesmo que causem danos graves:

O projeto de controlar o poder organizado, que os juristas remetem à Ilustração européia, parece concluído. Mas só aparenta. O projeto da Ilustração européia se ocupa exclusivamente de uma espécie de poder, o estatal. A divisão de poderes e o domínio da lei, esperanças principais para controlá-lo, visam unicamente aquele proveniente do Estado. Os juristas mais importantes do século XVIII – Montesquieu e Rousseau – não discutiram a possibilidade de que outras forças sociais obtenham igual poder sobre os cidadãos individuais que o Estado. (...) grandes porções de poder fora do âmbito estatal, facilmente visíveis, não são identificadas. (...) Uma forma desse poder é o atual sistema econômico e sua subespécie, o financeiro. Não vejo nenhuma outra forma de poder que intervenha tão profunda e intensamente na nossa vida diária, como o sistema econômico-financeiro (NAUCKE, 2015, p. 42-43).

No que se refere ao poder econômico-financeiro de empresas multinacionais, Klaus Tiedemann (1983) observa que o Direito Penal não foi o ponto de partida das reflexões relacionadas à atuação dessas corporações. O foco sob meios administrativos de controle e códigos de conduta auto impostos são mais desenvolvidos. No entanto, os danos causados por essas corporações no plano nacional e internacional incrementaram a consciência pública sobre a necessidade de tratamento dessas questões também sob o viés punitivo penal. É relevante anotar a observação de Tiedemann de que o uso do Direito Penal, pelo seu traço intrínseco de expressão mais vigorosa da soberania nacional, é um meio de revigorar a soberania dos Estados. Uma vez afetados por condutas nocivas praticadas por meio de corporações que tentam transcender a noção de soberania, os Estados lançariam mão do Direito Penal como forma de reafirmar sua autoridade e tentar, assim, restringir em alguma medida o poder econômico.

O autor destaca ainda a maior danosidade da corrupção relacionada às empresas multinacionais. A despeito de a corrupção ser um problema essencialmente doméstico, as práticas corruptas no âmbito de empresas com poderes que transcendem fronteiras teriam maior potencialidade de influenciar nas decisões governamentais dos países “infiltrados”, não só, mas também, por seu poder econômico:

O dano social da corrupção não afeta só o estado cujo funcionário é subornado, mas também a nação do subornador, cuja política exterior e sistema competitivo se vêem afetados e que perderão a confiança internacional na sua indústria. Os problemas políticos e as reações contra certas firmas americanas no Irã, que anteriormente estavam subornando funcionários, ilustram o fato de que o sistema democrático ocidental pode ir-se à ruína por práticas corruptas de seus representantes nos países do terceiro mundo (TIEDEMANN, 1983, p. 299).

Assim, às questões relacionadas ao poderio econômico-financeiro associam-se os problemas ligados à captura dos bens públicos para fins privados, tanto por parte de agentes

públicos em sentido amplo (incluídos nesse sentido funcionários responsáveis pela burocracia estatal e agentes políticos), como por agentes particulares que com estes se relacionam. A grande ameaça à democracia e aos direitos fundamentais na atualidade não adviria da criminalidade de varejo, fragmentada ou relacionada à subsistência. As ameaças mais preocupantes seriam oriundas das práticas criminosas identificadas como crimes de poder. Essa é uma categoria de análise utilizada por Luigi Ferrajoli para distinguir as manifestações criminosas unidas por seu caráter organizado. De um lado, haveria os poderes abertamente criminosos constituídos pelas organizações criminosas de tipo mafioso e as organizações terroristas; de outro, grandes poderes econômicos e privados transnacionais e dos poderes públicos e políticos. Os primeiros seriam os poderes criminosos; os segundos, os crimes de poder (FERRAJOLI, 2011, p. 352-354).

Os poderes abertamente criminosos não raro estabelecem interface com a criminalidade econômica e política. No entanto, cada uma dessas manifestações criminosas tem características próprias. A criminalidade econômica relaciona-se aos chamados crimes de colarinho branco, nos quais se incluem as fraudes em geral, os crimes tributários e aqueles contra a concorrência. A violência não constitui marca característica dessa forma de manifestação criminosa, e a atividade base é, por essência, lícita. Como expõe Alexander Araújo (2016, p. 50), entre os crimes de poder, a criminalidade econômica é aquela que mais diretamente ameaça a democracia e os direitos fundamentais, porque impõe a primazia da economia sobre a política com prejuízos para o Estado.

Desse quadro é possível extrair que as assimetrias geradas pelo poder econômico-financeiro em um mundo globalizado se espraiam para a ordem jurídica interna dos Estados. No plano internacional, como já referido por M. Cherif Bassouini, Estados e atores não estatais colocam-se em posição de reclamar tratamento diferenciado pelas riquezas que geram e buscam eximir-se de qualquer forma de responsabilização por condutas eventualmente danosas. No plano interno, essa assimetria é revelada pelo esforço, muitas vezes vitorioso, em manter suas atividades ao largo de qualquer regulação ou responsabilização.

Como menciona Naucke (2015, p. 43), os debates concentram-se sobre “quanta Constituição jurídica” o sistema econômico-financeiro suporta. A captura das pautas políticas também é expressão desse descompasso. Tal realidade representa um grande problema para sociedades que se revelam como democracias constitucionais porque nesse regime: a) deliberação pública deve ser livre de vícios e orientada para os interesses da maioria; b) todas as condutas causadoras de dano devem estar submetidas a alguma espécie de responsabilização, independentemente do agente causador.

A influência dos poderes abertamente criminosos na dinâmica das democracias contemporâneas também não deve ser ignorada. Como consta de análise desenvolvida pelo *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*¹⁹ (IDEA), o fenômeno do crime organizado é sempre tratado sob a perspectiva da segurança e a corrupção sob o ângulo da governabilidade e debilidade das instituições. Essa abordagem descuida do fato de que a presença do crime organizado nos cenários públicos e políticos é uma das diversas formas de se fortalecer e camuflar suas atividades (BRISCOE; PERDOMO; BURCHER, 2014). A corrupção, prossegue o estudo, é o meio mais comum de infiltração, mas não o único, nem o mais criativo. Ter em conta as estratégias utilizadas para essa infiltração pressupõe uma revisão da normativa aplicável aos setores público e privado para enfrentá-las adequadamente.

O estudo pontua que os vazios normativos e a incoerência da disciplina existente explicariam, em parte, a influência crescente da criminalidade no espaço político. Outro elemento facilitador seria a ausência de instituições suficientemente robustas para implementar os regramentos existentes. Os autores apontam quatro grupos de ferramentas legais que têm sido consideradas pertinentes na prevenção, detecção, sanção e erradicação da relação entre o crime organizado e a política nos sistemas democráticos. Não são as únicas, mas resumem as iniciativas principais: (i) regulação do comportamento de funcionários públicos; (ii) mecanismos para promover a transparência do Estado; (iii) ferramentas para fomentar partidos políticos mais legítimos; e (iv) instrumentos para lutar contra o crime organizado (BRISCOE; PERDOMO; BURCHER, 2014, p. 25-6).

Interessa ao presente estudo tratar especificamente das ferramentas relacionadas ao fomento de partidos políticos mais legítimos relacionadas aos aportes do Direito Penal. Como destacado pelo estudo referenciado, a debilidade dos partidos facilita que as redes ilícitas estabeleçam relações com políticos e pessoas do setor público. Esta debilidade se expressa pelos baixos ou nulos mecanismos de democracia interna, períodos curtos de existência e fachada para aspirações meramente eleitorais. Ainda, os mecanismos débeis para estabelecer uma gestão transparente dos partidos permitem que essas alianças passem despercebidas.

Sustenta, assim, quatro mecanismos de fortalecimento dos partidos contra a atuação criminosa: (i) vigilância sobre o financiamento; (ii) mecanismos de transparência; (iii) controle de seus representantes; e (iv) responsabilidade política, administrativa e penal ao comportamento indevido dos partidos e seus representantes. Esse quadro analítico foi contrastado com os sistemas normativos de cinco países latino-americanos (Honduras,

¹⁹ Instituição intergovernamental com *status* de observador,, cf. Organização das Nações Unidas, 2014.

Guatemala, Colômbia, Equador e Peru). A fragilidade dos sistemas sancionatórios dirigidos aos partidos é apontada como uma frente a ser trabalhada pelos ordenamentos jurídicos. A Colômbia, entre todos, teria destaque em face da alteração legislativa introduzida em 2011, com vistas a fazer frente à influência dos grandes cartéis dedicados ao narcotráfico, assim como aos reflexos da luta contra as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) em seu processo eleitoral (p. 238-245). A Ley 1475 de 2011, que organiza o funcionamento dos partidos e movimentos políticos, assim como os processos eleitorais, corresponderia ao que no Direito brasileiro se designaria como pertinente ao Direito Eleitoral. O que se destaca de interessante ao argumento ora desenvolvido são as disposições que claramente buscam “blindar” a atividade político-partidária do poder econômico e de recursos ilícitos (COLÔMBIA, 2011).

Os crimes de poder tensionam a democracia sob duas vertentes. De um lado, são prejudiciais à vida plena dos indivíduos em sociedade²⁰, pois criam obstáculos à consecução dos objetivos coletivos democraticamente acordados. A Assembléia-Geral das Nações Unidas adotou, por meio da Resolução A/65/230, a Declaração de Salvador sobre estratégias amplas diante de desafios globais relativos à prevenção do crime, sistema de justiça criminal e seu desenvolvimento em um mundo em evolução. O documento reconhece a centralidade da proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na prevenção do delito e administração da justiça e, também, a importância da prevenção e de um sistema de justiça penal eficientes para o desenvolvimento econômico e social sustentáveis.

Nesse sentido, os Estados-partes afirmaram estar gravemente preocupados com o “impacto negativo da delinquência organizada nos Direitos Humanos, no estado de direito, na segurança e no desenvolvimento (...)” (NAÇÕES UNIDAS, 2011), os quais têm sido assentados pela comunidade internacional como elementos indissociáveis.²¹ Conforme explicitado pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas à época:

Paz e estabilidade, direitos humanos e efetiva governança fundada no estado de direito e em instituições transparentes, são fruto e facilitadores do desenvolvimento. Não pode haver paz sem desenvolvimento e não há desenvolvimento sem paz. A paz

²⁰ A eleição de determinadas condutas típicas pelo legislador revela valores e também relações de poder. A criminalidade “de varejo”, ou comum, também afeta a vida dos indivíduos. Refere-se aqui aos crimes de poder apenas para dimensionar os dados que podem ser causados em escala. Não se ignora que não só as condutas que violam bens caros de forma quase unânime ao grupo social, como a vida, são tutelados penalmente. A proteção oferecida pelo sistema criminal dirige-se, também, a bens e valores que não são consensualmente partilhados pela sociedade, ao menos em intensidade tal para essa específica espécie de proteção, a exemplo do aborto. No entanto, esse aspecto do problema não é pertinente ao argumento que será desenvolvido.

²¹ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção relacionam expressamente em suas disposições a repercussão da atividade delitiva sobre o desenvolvimento.

duradoura e o desenvolvimento sustentável não podem ser plenamente alcançados sem o respeito aos direitos humanos e ao estado de direito.²² (NAÇÕES UNIDAS, 2013, tradução nossa).

Por outro ângulo, os meios empregados pelo Estado para reprimir as condutas ilícitas são outra vertente de tensão com a democracia. A inobservância de determinados parâmetros pode ser tão deletéria para a democracia quanto a conduta criminosa, em um ciclo vicioso que pode corromper as instituições que a sustentam. Sobre o paradigma de enfrentamento ao fenômeno criminoso que privilegia as garantias individuais, a abordagem de Luigi Ferrajoli (2011) é essencial. Ao discorrer sobre o que denomina ser a questão criminal contemporânea, o autor destaca que o Direito Penal foi o terreno onde se construiu o paradigma do Estado de Direito e da democracia liberal como “sistema de limites da lei do mais forte” (FERRAJOLI, 2011, p. 347). Este sistema opera em dois sentidos: limita a liberdade do indivíduo, pela proibição de ataque e violação de direitos de terceiros; e conforma limites ao poder do Estado para imposição de castigos.

Ferrajoli designa como modelo normativo ideal e compatível com as democracias constitucionais o Direito Penal mínimo²³, dimensionado como paradigma (i) metateórico e (ii) normativo. Na primeira dimensão, o Direito Penal somente se justifica se é hábil a minimizar a violência e arbitrariedade que se verificariam em sua ausência, tanto no que se refere às ofensas, como na imposição dos castigos. Como paradigma normativo, referencia o sistema de normas penais e processuais aptas a atender a esse fim metateórico (FERRAJOLI, 2011, p. 346-8).

É sob a perspectiva do paradigma normativo que se busca no presente estudo identificar a aproximação mais adequada ao Estado Democrático de Direito para o enfrentamento dos crimes praticados no âmbito dos partidos políticos. Ferrajoli sustenta que a função garantista do Direito Penal é dúplice. Não se associa exclusivamente à proteção do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, mas também se relaciona com a defesa social, segurança e prevenção dos delitos. Não haveria, assim, oposição entre garantia e segurança, pois ambas as funções estariam logicamente vinculadas. Da mesma forma, não haveria antinomia entre garantia e liberdade, eficiência ou democracia. A construção

²²Essa assertiva foi reafirmada pelo Secretário-Geral em seu pronunciamento de abertura do 13º Congresso Mundial da ONU na Prevenção do Crime e Justiça Criminal realizado em Doha entre os dias 12 e 19.4.2015. Na ocasião, Sua Excelência pontuou que o crime ameaça a paz e a segurança, constitui entrave ao desenvolvimento e viola os direitos humanos. O fortalecimento dos direitos viabiliza o combate às desigualdades. Não há desenvolvimento sustentável sem direitos humanos e sem Estado de Direito.

²³ A expressão, conforme mencionado por Ferrajoli, remete ao teorema construído por Cesare Beccaria ao final da obra *Dos delitos e das penas*. A máxima, que deveria ser o “legislador ordinário das nações”, dispõe sua literalidade: [É] que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor possível das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 2006).

desenvolvida pelo autor conduz à conclusão de que o menosprezo das garantias processuais ou substanciais configura um déficit democrático.

Diante dos desafios impostos pela criminalidade contemporânea, a resposta adequada à tutela das garantias individuais e à defesa social seria, para Ferrajoli, o desenvolvimento de um Direito Penal supranacional (globalizado) e correspondentes instituições para sua aplicação (policiais e judiciais). A tendência expansionista, seja qualitativa seja quantitativa, geraria um déficit para a função garantista do Direito Penal. No tocante especificamente aos crimes de poder, o autor descreve a inefetividade primária e secundária do Direito Penal ante o seu conjunto. As ferramentas que os agentes dessa espécie de crimes possuem para se manter em espaço de impunidade seriam um relevante fator criminógeno, por fomentar a ideia de normalidade dessas condutas. A criminalidade de poder, particularmente aquela designada como de colarinho branco, produz danos gravíssimos, como “devastações ambientais, catástrofes ecológicas, adulterações de alimentos, acidentes de trabalho [...] malversações em prejuízo de bens e finanças públicas”, que não são percebidos pela sociedade com a mesma virulência com que são percebidos os crimes comuns. (FERRAJOLI, 2011, p. 364). O Direito Penal estaria, em sua percepção, perpetuando um sistema classista e racista de reprodução de desigualdades, ao absorver normativamente privilégios jurídicos, por meio de políticas legislativas lenientes com o poder. Na prática, há um “um direito penal mínimo e flexível para os ricos e poderosos; direito penal máximo e inflexível para os pobres e marginalizados”. (FERRAJOLI, 2011, p. 364).

Não se pode desprezar a precisão de diagnóstico do autor sobre a realidade presente, nem tampouco sua leitura do paradigma normativo que deve nortear um Direito Penal compatível com uma sociedade democrática. Embora Ferrajoli defenda uma massiva despenalização como caminho para resgate da dúplici função garantista do Direito Penal, que avalia como desgastada, é interessante notar que, em seu modelo minimalista de punir, os crimes de poder se manteriam entre aqueles merecedores da atenção estatal. Embora refute a adoção da construção típica dos crimes de perigo abstrato como meio legítimo de criminalização e, portanto, instrumento adequado para enfrentamento dessa espécie de criminalidade²⁴, reconhece os bens jurídicos violados pelos crimes de poder como dotados de dignidade penal.

²⁴ Os crimes de perigo abstrato antecipam a barreira penal, na medida em que criminalizam condutas potencialmente danosas, sem exigir a realização de qualquer resultado naturalístico. Este é o termo mais corrente utilizado pela doutrina, embora haja anotação de outras expressões como de perigo presumido, hipotético ou implícito. Alguns doutrinadores, como Pierpaolo Cruz Bottini, pontuam que a expressão perigo deveria estar referida a situações concretas, enquanto o risco deveria ser restrito a um perigo em potencial. No entanto, como

Equivale dizer que, independentemente de se adotar um paradigma expansivo ou minimalista, é preciso reconhecer que as dificuldades empíricas de aplicação do Direito Penal aos agentes que detêm poder não podem implicar, por si, na rejeição dessa ferramenta como meio de defesa social. Sustenta-se, assim, que o enfrentamento dos crimes praticados sob o manto dos poderes econômico e político reclama a adoção de estratégia que garanta a aplicação da lei com o mesmo padrão aplicável à criminalidade comum. A criação de mecanismos de prevenção e punição compatíveis e proporcionais às práticas ilícitas que se confronta é meio para dar densidade ao princípio da igualdade, base da democracia.

A presente exposição busca explicitar que o fenômeno criminoso, como se apresenta na atualidade, acarreta tensões fáticas entre garantias individuais, liberdade, eficiência e democracia. Adere-se à concepção de Ferrajoli de que a flexibilização das garantias materiais e processuais como construídas pelas democracias constitucionais contemporâneas implica necessariamente em um déficit democrático que não deve ser acolhido. O paradigma minimalista proposto pelo autor é amplo e propõe a refundação do Direito Penal: (i) para reduzir seu espaço material de incidência; (ii) reconfigurar a estrutura de tipos penais, com o banimento de tipos de perigo abstrato; (iii) excluir a centralidade da pena de prisão e remodelar sua aplicação, quando necessária; (iv) reforço de garantias processuais, como a independência dos órgãos de investigação. (FERRAJOLI, 2011, p. 366-71) Este estudo não está alinhado com todos os pressupostos delineados pelo autor, especialmente no que se relaciona com o espaço material de que o Direito Penal deve se ocupar. Não se pretende selecionar da teoria de Ferrajoli, sem critério, aquilo que é conveniente ao argumento, mas sim destacar que a criminalidade contemporânea apresenta desafios que demandam algum grau de expansão do Direito Penal para fazer frente às necessidades de defesa social. O que não significa uma expansão irracional e pautada por mera percepção de insegurança. A política criminal deve pautar-se por critérios objetivos, racionais, amparar-se em dados e “dialogar” com outros saberes para definir a melhor forma de enfrentar fenômenos criminosos específicos. A demanda genérica por punição não deve ser o norte daqueles que gerem a questão criminal.

registrao o aAutor, a terminologia tradicional divide-se dicotomicamente em crimes de perigo concreto e perigo abstrato, distinguir ambas as situações (BOTTINI, 2011, p. 88-9). Um ponto sensível que envolve os crimes de perigo abstrato diz respeito à sua relação com o princípio da lesividade, que norteia o Direito Penal. Sobre o tema, são pertinentes as reflexões desenvolvidas por Luis Greco, no sentido de que o problema dessa categoria de crimes não está em se indagar sobre o que proteger, mas sim em no como proteger. A verdadeira questão estaria na estrutura eleita para proteger determinados bens e a eventual criação “pseudo” bens jurídicos suscetíveis de proteção penal, c. Cf. Greco, 2004.

1.2 Democracia Deliberativa: um modelo a ser protegido

1.2.1 Democracia: um conceito polissêmico

O estudo sobre ferramentas de prevenção e proteção de mecanismos que efetivam a cidadania contra os crimes de poder pressupõe a definição prévia do conceito de democracia que se adota. A identificação dos elementos centrais para caracterização e funcionamento do regime democrático permite, sob o ângulo político-criminal, o estabelecimento das melhores estratégias para sua proteção.

Sob o prisma metodológico, é conveniente anotar, com apoio em Jürgen Habermas (2007, p. 293-303), que democracia, Estado de Direito e direito são usualmente objeto de disciplinas diversas. A democracia seria objeto da ciência política e o direito, da “jurisprudência” (na semântica brasileira, Direito). O Estado de Direito seria abordado por cada um desses saberes sob óticas diferentes. Enquanto a ciência política o abordaria sob o ângulo empírico, o Direito se ocuparia da abordagem normativa. Tal divisão adviria do fato de que todo domínio político se reveste de uma ordem jurídica. Assim, há formas políticas que ainda não assumiram a conformação de Estado de Direito, bem como há governos não democráticos. Dito de outra forma, as ordens jurídicas que lhes são correspondentes não conterão “instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem constituições democráticas” (293).

A divisão de trabalho acadêmico, conforme o autor, não corresponde à possibilidade de cisão normativa entre Estado de Direito e democracia. A pretensão de legitimidade do Direito não pode ser dissociada do seu processo de produção. A relação interna entre Estado de Direito e democracia justifica que se estabeleça neste estudo, sob o ponto de vista normativo, o modelo de democracia que se pressupõe apto a produzir uma ordem jurídica legítima. A deturpação da funcionalidade do modelo por práticas criminosas, portanto, deve ser objeto não só de repressão, mas de prevenção.

O conceito de democracia não é unívoco ou imune às disputas de significado.²⁵ Há perspectivas que consideram aspectos estritamente formais²⁶, enquanto outras invocam

²⁵ Jane Reis Gonçalves Pereira destaca que, a despeito da multiplicidade de significados incidentes sobre o conceito, não há obstáculo a que se busque delimitar alguns de seus contornos. Sobre a noção de que o conceito de democracia tornou-se contestado, a autora remete o leitor aos trabalhos de Gallie, Freedon e Connolly (2016).

²⁶ Joseph A. Schumpeter (1961, p. 291) é representante paradigmático da definição procedimental da democracia. Diz o autor que a democracia “é um método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para chegar a uma decisão política (legislativa ou administrativa) e, por isso mesmo, incapaz de ser um fim em si

elementos substanciais²⁷ para sua caracterização. Os modelos podem ser descritos como idealmente puros, mas na prática das sociedades são identificáveis elementos que se conjugam. Há condições circundantes ao procedimento democrático, de caráter substancial, que são essenciais à sua existência. O ataque a qualquer desses elementos por condutas delituosas afeta a própria democracia. Por outro turno, a deliberação pelos integrantes de dada comunidade para formação da vontade política é o elemento base sobre o qual qualquer conceito de democracia que se adote precisa considerar. Nesse sentido é que serão expostos neste capítulo, alguns critérios analíticos da democracia para apontar o modelo deliberativo como paradigma que pode associar a expressão de autonomia dos indivíduos na coletividade à necessidade de interação com os espaços formais de deliberação. Este modelo é apresentado para acentuar como o desempenho dos partidos políticos, sob essa perspectiva, tem papel relevante e, por conseguinte, a preservação de sua funcionalidade.

A democracia, considerada sob a perspectiva formal, consiste no procedimento de formação das decisões que afetam a coletividade. Como menciona Luigi Ferrajoli (2011, p. 9)²⁸, é “o conjunto das regras que atribuem ao povo, ou melhor, a maioria de seus membros, o poder, direto ou mediante representantes, de assumir tais decisões”. A abordagem exclusivamente formal, ou procedimental, da democracia apresenta insuficiências das quais a teoria democrática tem-se ocupado, entre elas a impossibilidade de resolver o que se pode denominar de paradoxo democrático interno: a decisão da maioria que suprima as próprias condições de existência dos mecanismos de deliberação.

Ferrajoli sustenta a necessidade de que o conceito seja integrado por algum vínculo substancial. Para tanto, aponta quatro fundamentos vinculados a algumas aporias que

mesmo, sem relação com as decisões que produzirá”. Ainda na linha procedimental, Adam Przeworski (1991, p. 10): “democracia é um sistema em que partidos perdem eleições. Há partidos: divisões de interesses, valores e opiniões. Há competição organizada pelos concorrentes. E há ganhadores e perdedores periódicos.”
“[d]emocracy is a system in which parties lose elections. There are parties: divisions of interests, values, and opinions. There is competition organized by rules. And there are periodic winners and losers.”

²⁷ Nessa perspectiva, a definição de dada sociedade como democrática não se resumiria ao método de deliberação que adota, mas estaria condicionada, também, pelo resultado material do processo deliberativo. Nas palavras de Bobbio (1998, p. 329), “nas duas expressões ‘Democracia formal’ e ‘Democracia Substancial’, o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar.”

²⁸ Elegeu-se a descrição do autor em razão da articulação que faz sobre os efeitos nocivos da criminalidade de agentes dotados de poder econômico e político para a democracia. No entanto, as questões que suscita sobre o conceito e limites da democracia sob o aspecto formal são objeto de reflexão de diversos teóricos da democracia tanto no âmbito do Direito Constitucional como da Ciência Política, cuja revisão bibliográfica não é pertinente a este trabalho.

confirmariam sua tese. Em primeiro lugar, indica a ausência de alcance empírico e capacidade explicativa do conceito formal diante das democracias contemporâneas. Ao conceituar a democracia apenas como exercício dos poderes públicos pelo povo, a perspectiva formal estaria desconsiderando o paradigma do Estado de Direito, que não admite poderes não sujeitos à lei. Como o constitucionalismo introduziu, nas democracias atuais, a concepção de poderes limitados, inclusive ao legislativo, que está vinculado em forma e conteúdo em sua atuação, o conceito procedimental conduziria à conclusão de que os regimes dotados de constituições rígidas, com direitos fundamentais amparados por salvaguardas especiais, não são democráticos (2011, p.10).²⁹

A segunda questão proposta pode ser traduzida pelo paradoxo democrático já delineado, interno à própria democracia. A ausência de limites substanciais poderia ensejar sua não sobrevivência. Registra o autor que a hipótese não é abstrata, pois já ocorreu nas experiências do fascismo e do nazismo, quando regimes totalitários ascenderam pelos procedimentos formalmente previstos. O terceiro aspecto indicado diz respeito às condições da deliberação. A manifestação da vontade popular autêntica pressupõe liberdade por meio do direito ao voto e das liberdades consideradas fundamentais, como do pensamento, imprensa, informação e associação. Nesse sentido, a soberania popular e a própria democracia estão condicionadas pelo exercício dessas liberdades. O autor associa, inclusive, o direito ao mínimo existencial como pressuposto do exercício efetivo dessas liberdades. Nesse sentido, uma abordagem meramente formal não alcança esse conteúdo mínimo necessário à própria viabilidade de deliberação popular legítima (FERRAJOLI, 2011, p. 11).

Por fim, destaca uma aporia de cunho filosófico-político. A democracia está assentada na ideia de autonomia ou autogoverno popular. Seria a liberdade positiva de não estar sujeito a outras decisões, ou limites, que não aqueles autoimpostos. No entanto, o povo seria um ente coletivo que decide por maioria e, no caso das democracias representativas, a decisão limita-se à escolha dos representantes. Essa concepção, por seu turno, pressupõe o povo como macro-sujeito, dotado de vontade autônoma e homogênea. Se, por outro lado, se abandona essa miragem da homogeneidade, percebe-se que o autogoverno é, na verdade, não de cada um sobre si mesmo, mas de cada um pelos demais. Acrescenta a essa constatação que a aderência entre representantes e representados é cada vez menor, especialmente em um mundo onde as

²⁹ Sobre o paradoxo da democracia constitucional, configurado na dificuldade de conciliação entre autogoverno e limitação da soberania popular, veja-se Chueiri e Godoy (2010). Este paradoxo não se confunde com aquele interno à própria democracia e já referido, segundo o qual pela própria definição de que as deliberações legítimas no regime democrático seriam aquelas adotadas pela maioria, haveria a probabilidade de deliberação pela eliminação das condições necessárias à própria subsistência dos processos de deliberação.

interdependências geradas pela globalização estabelecem que o destino de países mais frágeis sofra influência importante das superpotências. Nesse cenário, na identificação de um sistema político como governo do povo, o fortalecimento dos direitos fundamentais como poderes contenção deve ser tão essencial quanto a forma representativa (FERRAJOLI, 2011, p. 12).

Ferrajoli avança para a compreensão de espaços decisórios imunes à ingerência da maioria, como meio de proteção e garantia de resultados substancialmente democráticos. Diz o autor:

(...) o que não está permitido decidir (ou está proibido) decidir, determinada pelo conjunto dos direitos individuais que excluem, enquanto expectativas negativas, decisões que podem causar-lhes danos ou reduzi-los; e (...) o que não está permitido não (ou é obrigatório) decidir, determinada pelo conjunto dos direitos sociais que impõem, enquanto expectativas positivas, decisões idôneas para satisfazê-los (2011, p. 22).

Em estudo anterior analisei critérios analíticos sobre a democracia (CRUZ, 2010), a partir da moldura teórica de Guillermo O'Donnell (2007). O trabalho deste autor objetiva fixar parâmetros hábeis a permitir a análise não só das democracias chamadas tradicionais, mas também daquelas que emergiram em tempo mais recente, entre as quais pode-se incluir o Brasil. Nesse sentido, destaca que, no nível do regime, é possível identificar duas características únicas às democracias: eleições justas e institucionalizadas e uma aposta universal e inclusiva. A partir do conceito de poliarquia desenvolvido por Robert Dahl (1989), o autor afirma que democracia não é apenas um regime político, mas igualmente uma forma de relacionamento do Estado com os cidadãos e destes entre si. Não seria possível, assim, analisá-la apenas no nível do regime político, pois é preciso que se avance para sua relação com o Estado, especialmente o Estado enquanto sistema legal, e para certos aspectos da sociedade como um todo.

No que concerne à democracia sob a dimensão do Estado, pode-se destacar a existência de um sistema legal que dá suporte aos direitos vinculados ao regime e o caráter global desse sistema, que deve ser aplicado a todas as pessoas e instituições, inexistindo, assim, pessoa, cargo ou instituição *de legibus solutus*.

O grau de efetividade do sistema legal que ampara os direitos civis e sociais está relacionado com o vigor da cidadania política e, por reverberação, da democracia. A efetividade tem uma dimensão vertical, referente à autoridade das instituições sobre os indivíduos, e outra horizontal, relativa às relações internas ao regime e ao Estado. Nesta dimensão, nenhum agente público deve estar a salvo da ação estatal na responsabilização de seus atos, nem tampouco deve estar eximido de controles. O problema, para o autor, não está tanto no campo legislativo, mas na operacionalização da complexa rede de instituições responsáveis por dar efetividade a essa

dimensão do Estado. A fragilidade, sob esse ângulo, seria uma das características mais perturbadoras das novas democracias.

A violação sistemática de direitos fundamentais a que estão sujeitos jovens negros (entre 15 e 29 anos) no Brasil poderia ser indicada como exemplo do problema apontado por Guillermo O'Donnel. Segundo dados do *Atlas da Violência 2017*³⁰, em cada 100 vítimas de homicídio no Brasil, 71 são negras. Os negros têm 23,5% mais chances de ser assassinados no Brasil em relação a brasileiros de outras raças. A persistência desses números ao longo dos anos, conforme apontam os dados consolidados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), indica que este segmento da população não tem conseguido estabelecer sua segurança e direito à vida como política relevante no debate público em igualdade de condições com outros grupos.

Há a tipificação legal do homicídio (BRASIL, 1940, art. 121) como crime e estruturas policiais e judiciárias visando à punição dessas condutas, contudo a ausência de um plano efetivo de redução de homicídios e o baixo índice de solução desse tipo de crime³¹ demonstram que o problema está na implementação da rede de instituições responsáveis por dar efetividade à dimensão legal já estabelecida.

No que tange ao componente eleitoral, Guillermo O'Donnel (2007) considera que, no regime democrático, as eleições são competitivas, livres, igualitárias, decisivas e inclusivas³². Os votantes são cidadãos políticos que também têm o direito de ser votados. Outros regimes podem levar eleições a efeito, mas apenas no regime democrático ou poliarquia³³, todos os elementos mencionados, juntos, serão identificados.

Esses atributos nada dizem, em princípio, acerca da composição do eleitorado. Contudo, O'Donnell ressalta, como consequência do processo histórico de democratização dos países do

³⁰ Sobre o Mapa da Violência produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, cf. IPEA (2017).

³¹ A despeito do *Atlas da Violência 2017* indicar que o Brasil responde por 10% dos homicídios praticados no mundo e que em três semanas morrem no Brasil o equivalente a todas as pessoas mortas em ataques terroristas nos cinco primeiros meses de 2017, os dados do Ministério da Justiça disponibilizados em 2016, com dados de dezembro de 2014, indicam que o número de presos pela prática de homicídio corresponde a 10% da população carcerária (BRASIL, 2014a).

³² A competitividade implica para o autor em ser franqueado para o eleitor ao menos seis opções, quais sejam, escolher entre ao menos dois partidos, não votar, votar em branco, votar invalidamente, adotar um procedimento aleatório que determine uma das opções precedentes. Ademais, a competição deve se estabelecer entre ao menos dois partidos, que devem ter a oportunidade de levar ao conhecimento do eleitor sua visão. A liberdade da eleição deve estar garantida pela não coerção do eleitor para escolher e para votar. Para ser igualitária, cada voto deve contar igualmente, independentemente de condição social ou partidária, e sem fraude. As eleições devem ser decisivas em três dimensões; ao vencedor incumbe o papel de governança relativo ao cargo para o qual concorreu; o eleito pode legitimamente tomar decisões vinculantes autorizadas pelo quadro normativo que o ampara e os mandatos expiram nos termos fixados por esse mesmo quadro normativo.

³³ O autor utiliza os termos “regime democrático”, “poliarquia” e “democracia política” como equivalentes.

ocidente, que se difundiu para outras partes do mundo, que a democracia assumiu uma nova característica, a inclusão. Assim, pressupõe no conceito de eleições justas aquelas que também abrangem no eleitorado todos os adultos de dado país, excluindo, assim, uma concepção oligárquica. Por fim, as eleições, além de justas, devem ser institucionalizadas. Equivale dizer que não devem se referir, portanto, a um evento único no tempo, mas a uma série de eleições a serem repetidas indefinidamente no tempo.³⁴

Para os fins aqui pretendidos, o que foi exposto até este ponto revela os elementos adotados neste estudo como essenciais para que um regime político seja tido por democrático: (i) contar com direitos fundamentais fortalecidos para limitação do poder; (ii) prever mecanismos que impeçam deliberações democráticas autofágicas; (iii) garantir as liberdades circundantes ao processo deliberativo e que condicionam sua própria existência; (iv) estarem todos submetidos em igualdade de condições ao sistema legal; e (v) haver um regime de controles e prestação de contas pelos agentes e órgãos do Estado.

1.2.2 Democracia deliberativa

A possibilidade de os membros da comunidade deliberarem para a formação da vontade política mostra-se, como já mencionado, fundamental em qualquer modelo ou ideal de democracia. A manifestação livre da vontade, nesse sentido, é essencial e qualquer conduta ou processo tendente à sua deformação ou captura ilegítima configura um déficit democrático que deve ser prevenido. O Direito Penal brasileiro protege o exercício do direito de voto livre por meio dos crimes eleitorais previstos na legislação especial. É um meio de proteção direta do processo deliberativo formal e das liberdades que o circundam.

O Direito Eleitoral, coloca-se, assim, como microsistema jurídico direcionado à regulação do exercício dos direitos políticos e da organização das eleições.³⁵ Há proteção penal contra condutas que violem a formação do colégio de eleitores; que criem embaraços ao exercício do direito de voto e ao desenrolar dos dias de deliberação; que corrompam a vontade

³⁴ No que concerne à democracia como regime, O'Donnell (2007) discorre, ainda, sobre as dificuldades de se fixar os exatos contornos das liberdades circundantes necessárias a seu funcionamento. Registra que a existência de tais dificuldades não retira a importância de se relacionar tais liberdades, na medida em que sua ausência diminui a possibilidade de eleições competitivas. Considera como caminho mais produtivo compreender e teorizar as implicações das dificuldades de se fixar os limites externos e internos de tais liberdades, do que ignorá-las ou de fixá-las artificialmente.

³⁵ Sobre a autonomia do Direito Eleitoral e seu objeto, cf. Gomes (2017).

do voto livre mediante o pagamento ou solicitação de vantagem, coação ou violência ou fraude; fraudem os resultados das urnas; deformem a opinião do eleitorado de modo fraudulento ou impeçam a livre e legítima propaganda, como manifestação da liberdade de expressão (BRASIL, 1965, arts. 289 e 345). O Direito Eleitoral não abarca, contudo, outros meios de deformação da vontade livre que se manifestam de forma indireta pela captura insidiosa das instituições relacionadas ao processo de deliberação. Nem por isso tais condutas deixam de afetar a democracia em seu pilar de sustentação (manifestação livre de vontade daqueles que deliberam os negócios da cidade).

Veja-se, a propósito, os ataques à imprensa livre e plural ou ao direito de associação de trabalhadores. Ainda que não vinculados ao procedimento eleitoral em sentido estrito, qualquer limitação a processos e mecanismos que incrementem a deliberação e o debate públicos afeta negativamente a qualidade da democracia a que se refere. Seria possível contrapor que, com certo esforço, qualquer violação a direitos fundamentais seria reconduzível a uma lesão à democracia. No entanto, aqui se cuidam de lesões praticadas por agentes dotados de poder econômico ou político e capazes de capturar ou deformar os processos de deliberação.³⁶

Está posto, portanto, que a violação a aspectos materiais e circundantes ao processo de deliberação também configura déficit democrático a ser combatido. Os corpos parlamentares e administrativos são os meios nos quais as decisões sobre a condução dos negócios da polis se traduzem em leis e atos formais. Ocorre que a deliberação sobre as questões que afetam a sociedade não ocorre exclusivamente nos espaços institucionalizados. Um conceito mais amplo de democracia, que transcende a perspectiva exclusiva da representação, é o da democracia deliberativa. Idealmente associado às construções teóricas de Jürgen Habermas (SOUZA NETO, 2003), esse modelo normativo não é concebido de forma homogênea entre os teóricos que o adotam, embora encontrem uma raiz comum³⁷.

As teorias democrático-deliberativas se assentam na noção de que as sociedades são plurais e que seus membros abraçam diferentes concepções de mundo. A legitimidade democrática emana do processo de deliberação em que todos tenham a possibilidade de

³⁶ É preciso anotar que a violação sistemática de direitos fundamentais, ainda que relacionados à chamada criminalidade clássica, também pode ser indicativa de déficit democrático, como já referido no que concerne à lesão à vida de jovens negros. Sobre o Mapa da Violência produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, cf. IPEA (2017).

³⁷ Nesse sentido Jane Reis Gonçalves Pereira registra diversos autores relevantes dessa corrente do pensamento político como James Bohman, James Fishkin, Seyla Benhabib, Simone Chambers, Joshua Cohen, John Drysek, Jon Elster, Amy Gutmann, o próprio Jürgen Habermas, David Held e o já também citado John Rawls. (2016, p.1749-1750). Para um panorama sobre os principais teóricos e seus pontos de convergência e divergência cf. Cunningham (2002).

contribuir, em igualdade de condições, na definição das pautas relevantes e na construção das normas que os afetarão. A democracia “não se exaure em votos ou nos partidos e espaços estatais, mas pressupõe justificações discursivas e deliberação contínua” (PEREIRA, 2016, p. 1749). Diante da multiplicidade de concepções religiosas, morais, e de mundo e a consequente impossibilidade de consenso geral sobre os projetos a serem adotados pela sociedade, as teorias dessa vertente têm o seu foco em fixar as condições nas quais a cooperação entre os grupos divergentes pode ocorrer (SOUZA NETO, 2003). O ideário de Rousseau está na base dessa construção teórica. Carlos Santiago Nino (1997), ao discorrer sobre as concepções de democracia que têm a pretensão de transformar as preferências e interesse individuais, em contraposição àquelas que estruturam seus arranjos tendo o autointeresse como imutável, assim explica a questão:

Por trás destas teorias se encontra o espírito de Rousseau. Apesar de sua justificação geral das estruturas políticas se apoiar sobre a base do consentimento que surge do contrato social, fundamenta a regra da maioria sobre a base da transformação da vontade de cada indivíduo em uma vontade geral que se propõe alcançar o bem comum. O mecanismo a ser utilizado para alcançar esta transformação tem intrigado desde sempre os filósofos políticos. Estes têm proposto interpretações que [] incorporam pressupostos coletivistas, aspirações perfeccionistas ou os méritos da deliberação pública. (Nino, 1997, p. 132).

Diversos autores se ocupam em teorizar a democracia deliberativa e não é pertinente a esse estudo discorrer sobre todas as nuances envolvidas.³⁸ É suficiente para os fins aqui delimitados indicar que, entre as variações, há diferentes abordagens sobre o arranjo institucional ideal para que a deliberação ocorra e seus resultados sejam absorvidos pelos canais formais. A visão habermasiana estrutura um modelo de democracia discursiva que se apóia na sociedade e no sistema político-administrativo. O fluxo de comunicação entre a sociedade e os espaços institucionalizados é que viabilizará a tradução da opinião pública em decisões institucionalizadas. (HABERMAS, 2003, v.II). Uma crítica à essa perspectiva é a de que não contempla um formato institucional à democracia deliberativa (AVRITZER, 2000). Além disso, a esfera pública estaria voltada apenas para o poder legiferante. Joshua Cohen, com seu conceito de Poliarquia Diretamente Deliberativa, apresenta uma outra forma de conceber a esfera pública que responderia à essa lacuna. Os cidadãos buscariam institucionalizar a solução de seus problemas e não apenas debatê-los, na expectativa futura de influenciar as instâncias formais. Organizacionalmente, a esfera pública se voltaria também para outras instituições adicionais ao legislativo, como comitês públicos e escolas (COHEN, apud, FARIA, 2000).

³⁸ cf. nota 39

Leonardo Avritzer busca compor essas concepções e conclui que o *locus* para articulação da democracia deliberativa deve ser os “fóruns entre o Estado e a sociedade que tem surgido em países tão diferentes quanto o Brasil, a Índia e os Estados Unidos” (AVRITZER, 2000, p. 43), pois partilham de três características essenciais à argumentação deliberativa. São elas, segundo o autor: (i) cessão de espaços decisórios pelo Estado em prol de uma participação mais ampla; (ii) o pressuposto de que as informações detidas pelos atores são incompletas, precisam ser mutuamente compartilhadas e debatidas e; (iii) a versatilidade das experiências em contraposição à rigidez institucional. Converte com Habermas na percepção de que são necessários arranjos, que denomina de administrativos, fora do Estado, porém pontua a necessidade de “vincular atores de forma tal que os resultados das suas discussões gerem instituições capazes de acomodar o pluralismo próprio às sociedades democráticas do século XXI.” (AVRITZER, 2000, p. 45).

A análise do modelo deliberativo é relevante para este trabalho porque explicita que a captura de espaços de deliberação por práticas criminosas corrói a legitimidade democrática. A adesão parasitária de agentes criminosos à espaços institucionalizados, ou não, e que sejam essenciais ao processo de construção das decisões, como os partidos políticos, pode afetar a democracia em seus pilares. Esta contaminação ocorre não apenas sob o ângulo da representação que se torna viciada, mas pelo ataque direto ao procedimento que legitima as decisões. Em razão desse enfoque, a teoria de Habermas é adequada para dialogar com a hipótese desenvolvida. O enfoque dado por este autor à legitimação pelo procedimento, e a relevância que confere às condições necessárias ao consenso, converge com a preocupação central deste trabalho, que é a de refletir sobre uma ferramenta que venha a preservar os espaços decisórios de influências pautadas por práticas ilícitas. Neste tópico são feitas, também, referências a algumas considerações de Amy Gutmann (GUTMANN, 1995), sobre a democracia deliberativa, na medida em que ressaltam como esse modelo pode ser uma chave para identificar problemas e um meio de reforçar a prestação de contas por agentes públicos.

Jürgen Habermas desenvolve a concepção procedimental de política deliberativa pela associação de elementos dos tipos ideais liberal e republicano como concebidos por Frank Michelman (apud HABERMAS, 1995, p. 39-56) e tem por foco prevenir “crises de legitimidade política”, assim como “integrar de forma pragmática as dimensões morais” conflitantes em sociedades plurais. Adota como parâmetro de análise em cada um desses paradigmas a respectiva concepção de processo democrático, bem como os conceitos de cidadão e direito que adotam. Destaca que a forma como se concebe o processo democrático é decisiva na distinção entre os modelos liberal e republicano.

No âmbito liberal, o Estado (Administração Pública) tem função programática, no interesse da sociedade (sistema integrado por economia, mercado, relações de sujeitos privados e do seu trabalho social). Nessa acepção, a política, entendida como formação da vontade política dos cidadãos, tem a função de “agregar interesses e impô-los perante o Estado” (HABERMAS, 1995, p. 39).

Na concepção republicana a política não se exaure como mediação entre interesses privados e o Estado. É meio de reflexão no qual os membros da comunidade percebem sua dependência recíproca e avançam nessa relação. Formam, desse modo, uma associação de sujeitos de direitos livres e iguais. Além da regulação vertical existente na regulação hierárquica do Estado e da regulação descentralizada do mercado, surge uma terceira fonte de integração social, horizontal, a solidariedade, orientada para o bem comum. Na medida em que os sujeitos se percebem dependentes é consequente a primazia, que Habermas considera necessária, à relação horizontal, inclusive sob o ponto de vista normativo.

É imprescindível neste quadro uma base de sociedade civil autônoma, fortalecida, infensa às influências da Administração Pública e do mercado, porque “o espaço público e político e a sociedade civil como sua infraestrutura assumem significado estratégico” (p. 40), já que têm a função de atuar como garantes do entendimento intersubjetivo. Há relação direta entre a desconexão da comunicação política com a sociedade econômica e a conexão efetuada entre poder administrativo e poder comunicativo que emerge da formação da vontade política.

Quanto ao *status* de cidadão, o conceito liberal está baseado nos direitos subjetivos titularizados perante o Estado e a comunidade política. A concepção é negativa, no sentido da existência de um campo de atuação do sujeito no qual está isento de coações externas. Os direitos políticos não diferem dessa acepção, visto que são compreendidos como o direito de o sujeito “fazer valer seus interesses privados”, agregá-los com outros interesses concorrentes com o escopo de formar uma vontade política hábil a exercer influência sobre a administração. Contudo, esta influência tem por fim a realização/ manutenção dos interesses privados que representa (HABERMAS, 1995, p. 40).

Em oposição, a concepção republicana concebe os direitos de cidadania como liberdades positivas, das quais se destacam os direitos de participação e comunicação políticas. Há o Estado para garantir a existência de um processo no qual todos, de forma livre e igualitária, possam participar na formulação de normas que dizem respeito ao interesse comum. Nesse contexto, o Estado não existe apenas para salvaguardar um espaço de atuação do sujeito livre de coação externa (p. 41).

A distinta concepção do conceito de direito por republicanos e liberais, por seu turno, está embutida na polêmica acerca da personalidade jurídica como portadora de direitos subjetivos (p. 42-3). Enquanto na concepção liberal a ordem jurídica limita-se a uma função atributiva de direitos, em casos particulares, construindo-se a partir dos direitos subjetivos, os republicanos, ao revés, assentam a fundamentação da ordem jurídica na legitimidade do procedimento democrático, na medida em que se referem à ordem jurídica prevalente. A ordem jurídica liberal tem, assim, o objetivo de fornecer estruturas e limites ao poder para que os interesses plurais, atomizadamente considerados, possam ser realizados. Na perspectiva republicana, o direito visa a garantir o convívio da comunidade, com base no respeito mútuo, em igualdade de direitos.

Habermas destaca o caráter emblemático do direito de voto, pois expressa tanto a dimensão do sujeito que se autodetermina politicamente, quanto sua inclusão em uma comunidade de iguais, onde se posiciona e contribui. Em consonância com o conceito de direito e de cidadania desenvolvido pela concepção liberal está sua percepção acerca do processo político. Da mesma forma que os direitos políticos, singularmente considerados, são compreendidos em dimensão gregária e concorrente com outros interesses com o escopo de formar uma vontade política hábil a exercer influência sobre a administração para realização/manutenção de interesses privados, aqui o processo político é considerado como um todo e segue a mesma diretriz (HABERMAS, 1995, p. 42-3).

A formação da vontade política, tanto na esfera pública quanto no espaço institucionalizado (parlamento), ocorre pela ação estratégica de atores que visam a adquirir ou conservar poder e cujo sucesso na empreitada é mensurado pelo êxito nas eleições. Os votos dos que aderem ao programa têm a mesma estrutura “dos participantes do mercado” na medida em que eles também buscam a satisfação de interesses privados. A correlação de forças que se estabelece entre votos e poder se dá no plano da ação estratégica, dirigida ao fim de manutenção/realização de interesses privados (p. 43).

Para os republicanos, a formação da vontade política e a formação da opinião, no parlamento e no espaço público, ocorrem em lógica diversa da do mercado e possuem estrutura própria. Nessa concepção, a base é o entendimento e o paradigma é o diálogo. A política é compreendida como atividade, campo de debate de valores e não de preferências referenciadas a interesses exclusivamente privados. Idealiza o caráter normativo da política como “processo de argumentação racional” (p. 43) para fixação de normas adequadas a regular a convivência social.

A relação entre o poder comunicativo, que emerge da comunicação política na forma de opiniões da maioria formadas com base no diálogo e o poder administrativo é atingida por uma diferença estrutural, na medida em que os partidos que atuam na disputa por poder institucionalizado se veem compelidos a adotar também o estilo deliberativo. O poder administrativo, por seu turno, apenas poderá adotar, legitimamente, medidas com base em políticas que emergem do processo democrático.

Habermas adere ao sentido democrático-radical, existente no modelo republicano, que privilegia a auto-organização dos cidadãos que deliberam e cujos fins não estão exclusivamente voltados aos interesses privados conflitantes pois dão um sentido mais amplo aos fins coletivos. Objeta, contudo, que esse modelo se calca, em demasia, na virtude dos cidadãos, porque pressupõe estarem orientados para o bem comum. Afirmar que a política não se resume a isso. É o que chama de “estreitamento ético dos discursos políticos”.

O autor discorre sobre os discursos éticos de autocompreensão, aqueles em que os seus participantes tentam esclarecer como devem entender a si mesmos como membros de dada comunidade e relacionar-se mutuamente e com minorias, embora também façam parte da política. Acentua que, em sociedades cultural e socialmente plurais, há, subjacente às metas relevantes atinentes à questão identitária, outras, com carga e orientações valorativas, que lhe são estranhas. Essas questões impossibilitam que o consenso seja atingido apenas por meio de discursos éticos, pois também reclamam equilíbrio.

O equilíbrio de interesses ocorre entre partidos calcados “em potenciais de poder e em potenciais de sanção” (HABERMAS, 1995, p. 44), pela assunção de compromissos. Estes decorrem de negociações pressupostas na disponibilidade do alcance de resultados passíveis de aceitação por todos os envolvidos, por produto de processo regular (entendido este como regras aceitas previamente por todos).

Não é pela exclusão da ação estratégica que se define a equidade do compromisso, mas pela observância do procedimento e pela existência de condições, racionalmente justificadas, como justas ou injustas. As questões de justiça não estão relacionadas a um grupo determinado, como as questões éticas. A legitimidade do direito politicamente posto tem de estar assente em princípios morais cuja pretensão de validade transcende uma comunidade jurídica concreta.

Habermas afirma que o conceito de política deliberativa apenas reclama “uma referência empírica” quando se considera no processo de formação da vontade comum a pluralidade “de formas de comunicação” que se dá por meio de discursos de autocompreensão, assim como por meio do equilíbrio de interesses e compromissos subjacentes que extrapolam a questão identitária dos grupos sociais (p. 45).

Nesse passo, os tipos ideais republicano e liberal poderiam correlacionar-se racionalmente. Tanto a política dialógica quanto aquela estruturada para um fim específico (instrumental) podem interconectar-se, desde que ambas formas comunicativas estejam suficientemente institucionalizadas. Posta a questão nesses termos, Habermas propõe um terceiro modelo de democracia calcado em condições comunicativas que gerem um processo político do qual emanem resultados pretensamente racionais, pois derivados de ampla deliberação.

O autor retoma a análise do processo de formação da vontade política nos modelos liberal e republicano para tornar evidentes as diferenças que emergem da adoção do modelo procedimental de política deliberativa como núcleo normativo de uma teoria da democracia. Se o processo de formação da vontade na concepção liberal está assente na coordenação de compromissos entre interesses privados, a concepção republicana está calcada na autocompreensão ética. Tanto a coordenação de compromissos entre interesses privados de cunho liberal como a autocompreensão ética se interconectam no modelo deliberativo, o que fundamenta a pretensão de que, sob essas condições, é possível a obtenção de resultados racionais.

O autor também analisa a relação que se estabelece em cada um dos modelos entre a compreensão da política pela sociedade e o aparato estatal. No âmbito republicano, a prática da autodeterminação dos cidadãos conduz a que a política seja o meio pelo qual a sociedade se auto-organize e se reconheça como tal. Desse modo, a compreensão da política pela sociedade volta-se contra o aparato estatal. Em contrapartida, na seara liberal, a necessidade de equilíbrio de interesses reclama a intermediação do aparato estatal, o que impede sua eliminação. O exercício da cidadania no processo de formação da vontade política é apenas um elemento aliado a outros (separação de poderes, vinculação do administrador à lei). Nessa equação, confere-se maior peso ao poder normatizador do Estado do que à autodeterminação da cidadania.

O modelo proposto por Habermas associa, como já mencionado, elementos liberais e republicanos, porém o faz de forma diferenciada. A teoria do discurso encampa o aspecto normatizador do Estado presente no modelo liberal, sem, contudo, desprezar a centralidade da autodeterminação do cidadão na formação política da vontade. No entanto, esta não fica, como na crítica ao modelo republicano, dependente da virtude dos cidadãos. Há a preocupação de institucionalizar os pressupostos comunicativos, o que se dá por meio dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de Direito.

A teoria do discurso não opera segundo a lógica republicana, em que a cidadania é exercida tendo em conta o todo social, centrando-se no Estado, nem tampouco segundo a lógica liberal em que os atores agem com vistas à assunção de compromissos para o equilíbrio de interesses privados. A teoria do discurso opera na “intersubjetividade de ordem superior de processos de entendimento”. O processo se dá nos espaços públicos ou institucionalizados (parlamentos), onde a comunicação não subjetivada permitirá a formação de vontade presumidamente racional que provocará uma reação em cadeia: decisões eleitorais, redundando em decisões legislativas, cujo poder gerado comunicativamente poderá concretizar-se em medidas administrativas.

A exemplo do modelo liberal, há limites entre Estado e sociedade, contudo, no modelo discursivo a sociedade civil está dissociada da esfera econômica e administrativa (Estado). Disso decorre que a integração e regulação da sociedade não mais se centram, neste modelo, no poder que emana do dinheiro e do Estado. A solidariedade social deve haurir forças também dos procedimentos de formação democrática, cuja existência não está calcada na virtude dos cidadãos, mas na institucionalização dos procedimentos decorrentes do Estado de Direito.

A adoção do modelo deliberativo pressupõe o fortalecimento das instâncias de deliberação por seus próprios atores, como expressão de autonomia e, ao mesmo tempo, sua proteção pelo Estado contra condutas que visem a sequestrar as pautas públicas artificialmente. O Direito Eleitoral, como já mencionado, está estruturado para proteger os processos formais de deliberação para formação da vontade política formais (eleições). A proteção constitucional e legal ao direito à livre manifestação do pensamento e à associação também se vincula aos processos deliberativos em geral, tanto na sociedade civil, como nos espaços institucionalizados. É preciso refletir, ainda, sobre a proteção aos processos de deliberação interna nos partidos políticos. A prática de crimes por meio ou no seio da estrutura partidária gera disfunções para a democracia.

Como anota Adán Nieto Martín (2016, p. 351-81), a concepção de democracia de Jürgen Habermas está calcada em dois critérios qualitativos essenciais: deliberação e participação. A participação não se esgota na representatividade por agentes eleitos, mas inclui a possibilidade de integrar o debate que redundará na construção da norma em igualdade de condições. A deliberação é um elemento essencial para conferir legitimidade à norma. Não se cuida, assim, apenas de contagem de voto das maiorias. A participação sob condições de igualdade pressupõe que o processo seja, ao máximo, protegido do lobby e da corrupção. Segundo o autor, o lobby ameaça o espaço ideal de comunicação, e o mesmo ocorre, embora em outro plano, no que concerne à corrupção. Materialmente, ambas as situações laboram contra a democracia

deliberativa, na medida em que, cada qual em seu plano, abala o plano de igualdade que deve imperar entre aqueles que deliberam. Além disso, o segundo pilar, a deliberação, também fica comprometida quando a omissão de informações e a falta de transparência sobre as forças que operam no processo comprometem o processo decisório dos participantes (NIETO MARTÍN, 2016, p. 361-2).

Amy Gutmann (1995) também aponta a democracia deliberativa como modelo apto a compatibilizar as pretensões de autonomia individual com resultados democraticamente legítimos para a maioria. Adota como parâmetros de análise os conceitos de democracia popular, entendida como ideal de governo da maioria, e liberalismo negativo.

No que se refere à deliberação, a concepção populista parte da premissa de que o governo pertence ao povo, e não a seus representantes ou à Justiça, e ressalta a possibilidade de revisão judicial. Qualquer procedimento que mitigue a vontade da maioria seria, a princípio, antidemocrático. Há, nessa perspectiva, uma visão que rejeita o elitismo nos processos decisórios, no sentido de desprestigiar instâncias de decisão que limitem a participação de todos. Embora no plano ideal possa apresentar-se como uma concepção que atenda plenamente ao ideal democrático, não resolve seu paradoxo interno. Como salienta Gutman (1995, p. 17):

Diante do desacordo razoável acerca do valor da liberdade pessoal em comparação ao de outros bens, os democratas dizem que são as majorias, e não as minorias, que devem decidir. Em situações de desacordo razoável, os democratas dão mais peso à legitimidade das decisões políticas, isto é, à questão moral de quem deve decidir e como, do que à justificação dessas decisões, isto é, à questão moral concernente ao mérito do que deve ser decidido.

O liberalismo, como doutrina política, teria posição diversa do processo decisório. Ao adotar a proteção da esfera individual contra a ingerência de terceiros como valor máximo, seu compromisso com a democracia (entendida como governo da maioria) seria apenas contingente. A defesa do ideal democrático pelo liberalismo estaria limitada aos espaços em que a democracia protege as liberdades individuais. A tensão não seria constante porque as restrições democraticamente decididas que não se dirigem à liberdade individual não conflitariam com o ideal liberal, bem como em razão da defesa que a democracia faz dos processos que exprimem a vontade popular, que são, em si, expressões da liberdade pessoal. Contudo, o conflito pode se instalar quando a maioria invade espaços de liberdade individual o conflito. Nesse sentido, o “liberalismo negativo evita o paradoxo da democracia populista subordinando o valor do governo da maioria ao da liberdade pessoal.” (GUTMAN, 1995, p. 15).

O problema nessa equação é que o liberalismo não oferece um procedimento alternativo e legitimamente mais satisfatório do que a decisão da maioria. Posta a questão nesses termos, a democracia deliberativa revela-se como ideal democrático que oferece ferramentas mais

adequadas à solução do paradoxo apresentado. A vontade popular e a liberdade individual ficam em contraste eventual na conjugação liberalismo e democracia populista. A democracia deliberativa afasta essa contradição, ao considerar que ambas devem ser valorizadas na medida em que expressem a autonomia das pessoas, no sentido de autoderminação. A vontade da maioria tem sentido e legitimidade quando expressa e garante a autonomia individual.

A autonomia não se limita à possibilidade de definir escolhas pessoais. Estas, muitas vezes, são contingenciadas por contextos mais amplos. A possibilidade de influir nas decisões coletivas também é expressão de autonomia:

Muitas de nossas escolhas de vida mais importantes, assim como muitas das mais triviais, sofrem influência e são limitadas pelo contexto social, sobre o qual a autoridade política detém grau mais elevado de controle. Se somos excluídos dessa autoridade, então não dispomos de autonomia em uma dimensão importante de nossas vidas. Uma parte da liberdade, percebida como tal sobretudo por pessoas que são privadas dela, é a liberdade de participar da determinação do próprio contexto político. Em uma democracia representativa, esse aspecto da autonomia envolve as liberdades políticas necessárias para tomar parte na eleição dos próprios representantes e na responsabilização destes e de outras autoridades por suas ações. (GUTMAN, 1995, p. 22).

A autora não faz referência de forma específica, como Jürgen Habermas, aos espaços institucionalizados e não institucionalizados de deliberação, mas, com base em ambas as reflexões, é possível estabelecer a premissa de que a fragilização dos partidos políticos debilita a deliberação e, conseqüentemente, a democracia. Por essa razão é preciso estabelecer o mais amplo leque de proteção a essa espécie de associação de pessoas. Ao defender o modelo, a autora acentua que a proteção da autonomia individual contra interferências indevidas não recorre à mitigação do princípio democrático da maioria, mas ao aperfeiçoamento das instituições que reforçam a prestação de contas públicas e a capacidade de deliberação dos cidadãos.

A pretensão de influência na formação da vontade política pelas instâncias de deliberação não pautadas pela competição, como os partidos políticos, ou guiadas pelo dever de correção legal, como as organizações públicas, precisa encontrar nas instâncias de representação espaço de diálogo. Os partidos políticos, nessa dinâmica, têm funcionalidade que deve ser preservada.³⁹

Considerado o modelo deliberativo de democracia nos termos delineados por Jürgen Habermas, a soberania popular manifesta-se como poder pela interação entre as redes da esfera pública⁴⁰ e os canais constitucionalmente institucionalizados para formação da vontade. “O

³⁹ Sobre críticas e limites ao modelo deliberativo, cf. Offe (2011) e Ryfe (2005).

⁴⁰ Utiliza-se aqui o conceito nos limites definidos por Jürgen Habermas. “Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é

cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados” é essencial para que as influências que dela procedem sejam transformadas em “em poder comunicativo pelos processos democráticos” (HABERMAS, 2003, p. 186). No que se refere à estatização dos partidos políticos, a crítica do autor se dirige contra a instrumentalização das duas funções que lhe são inerentes: (i) catalisadores da opinião pública para formação da vontade política e; (ii) estruturas de recrutamento de pessoal para envio ao sistema político. Pondera o autor que “na perspectiva dos detentores do poder administrativo, os partidos assumem seu poder de participação como se fosse uma função de regulação e consideram a esfera pública política como um ambiente do qual eles extraem a lealdade das massas” (HABERMAS, 2003, 186). Na percepção do autor, esta é uma inversão indevida, pois esses entes deveriam estar ocupados em escolher pautas relevantes e propor melhores soluções para os problemas.

A legitimidade dos partidos políticos pode ser incrementada, no plano interno, pela absorção de práticas deliberativas; no plano interrelacional, por meio da ocupação da esfera pública política como verdadeiros fóruns gregários das pretensões pluralmente dispersas na sociedade. A pretensão de influência na formação da vontade política pelas instâncias de deliberação pautadas ou não pela competição, como os partidos políticos, ou guiadas pelo dever de correção legal, como as organizações públicas, precisam encontrar nas instâncias de representação espaço de diálogo. Os partidos políticos, nessa dinâmica, têm funcionalidade que deve ser preservada.⁴¹ Nesse sentido e contexto é que esses entes devem conter mecanismos internos de prevenção de crimes, ainda que em moldes não necessariamente simétricos àqueles existentes nas organizações empresariais, respeitadas suas particularidades.

1.3 Os partidos políticos na democracia brasileira

1.3.1 Os partidos políticos como espaços de deliberação

arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, etc. (...) A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*.” (HABERMAS, 2003, v.II p. 92.).

⁴¹ Sobre críticas e limites ao modelo deliberativo, cf. Offe (2011) e Ryfe (2005).

O modelo deliberativo não prescinde das instituições da democracia representativa para que as questões debatidas na esfera pública se traduzam em normas e decisões pelos canais formais. As instâncias não formais de deliberação buscam “espaço e voz” para influenciar as instâncias políticas institucionalizadas, que hoje estão centradas em grupos organizados em partidos que lutam pelo direito de governar. Miguel Pérez-Moneo (2012) discorre sobre como o partido se encontra no centro da questão política e se sobrepõe à participação do cidadão para vencer eleições. A democracia representativa teria evoluído para um Estado de partidos e sua evolução jurídica se encaminharia para colonizar os espaços sociais e os processos de formação da vontade do Estado.

O confronto entre a concepção ideal de democracia deliberativa e a descrição do processo pelo qual a representação política se implementa mostra-se apenas aparente porque o modelo deliberativo é complementar à representação política. Além disso, o fortalecimento de ambas as formas de manifestação da vontade política tende a diminuir o déficit de representação que é inerente a um sistema que está sob a permanente tensão de extrair e aplicar a vontade da maioria; e, ainda, preservar os direitos das minorias.

Manuel Maroto Calatayud (2015a), ao explorar a relação entre corrupção e financiamento de partidos na Espanha sob o enfoque político-criminal, sustenta que as normas jurídicas de organização e financiamento dos partidos estão predeterminadas pelo modelo histórico do partido de massas. Ocorre que esse modelo de partidos estaria diretamente associado a uma específica concepção de democracia e organização social, que não se verificaria nas sociedades pós-industriais. Vale mencionar que mesmo os referenciais teóricos sobre o tema e ainda hoje evocados são antigos.⁴²

O partido de massa, na definição de Maurice Duverger (2014), está assentado principalmente na educação política de seus membros e no pagamento de cotas por seus integrantes. Haveria, desse modo, a busca por um financiamento democrático da atividade partidária em substituição ao capitalista. A forte vinculação entre o partido e seus integrantes é marca desse modelo. Na análise de Otto Kirchheimer⁴³, esse modelo evoluiu para o do partido *catch-all*. Neste não há mais a exclusiva concentração de esforços no alistamento de forças

⁴² A esse propósito merece referência, por exemplo, obra de Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, cuja primeira edição em francês data de 1951.

⁴³ “Depois da Segunda Guerra Mundial, o antigo estilo de partido burguês de representação individual tornou-se a exceção. Enquanto alguns sobreviveram, eles não mais determinaram a natureza do sistema partidário. Pela mesma razão, os partidos de massa, produto de uma era de divisões de classe mais severas (...) se transformaram em partidos *catch-all* (...) tentando trocar a efetividade na profundidade por uma audiência mais ampla e um sucesso eleitoral mais imediato.” (KIRCHHEIMER, 1966, p. 177-200).

marcadas pela identidade de classe, como no pós I Guerra Mundial. A despeito do agrupamento partidário observar alguma vinculação com sua “clientela específica”, há a preocupação em atrair um leque maior de aderentes. Como pontuam descritivamente Richard S. Katz e Peter Mair (2009, p. 753-66), tornou-se um modelo empírico e normativo que a tipologia de partido de massa ou de *catch-all* corresponde à organização e comportamento ideais dos partidos. A não observância desse modelo significaria a debilidade ou mesmo falência da organização política, pela fragilidade dos laços com seus membros.

Em ambos os conceitos, em maior ou menor grau, está pressuposto um estreitamento na relação entre o partido e seus membros que se amolda ao ideal de representação política identificado nos modelos constitucionalizados. A prescrição normativa, contudo, não convergiria com a realidade que deve reger, pois, na concepção de Catalayud, os partidos políticos atuam como grandes corporações semiestatais. Isso em razão do sistema de decisões, hierarquias verticais, estudos quantitativos e assessoria de *experts* que adotam. A profissionalização dos partidos e o esgarçamento de seus laços com a sociedade civil teriam gerado essa dissonância normativa.⁴⁴

Como expõe Miguel Pérez-Moneo (2012, p. 1-13), a seleção de candidatos que se apresentam ao eleitorado para que escolha seus representantes constitui uma das chaves de qualquer sistema de democracia representativa. Em suas palavras, o sistema tem por um dos objetivos básicos conseguir a identidade entre governantes e governados, o controle político e a exigência de responsabilidade ao poder público, a participação ativa dos cidadãos e o reconhecimento de direitos fundamentais dos indivíduos. À essa prescrição idealizada sobre o desenho do sistema se contrapõe a realidade, na qual, como explica, o protagonismo da participação não estaria no indivíduo, mas sim nos grupos que integra e nos partidos políticos. A análise de Miguel Pérez-Moneo relativamente ao sistema constitucional espanhol convergiria com a noção generalizada de que na atualidade não há aderência ideal entre representantes e representados.⁴⁵

⁴⁴ O surgimento da sociedade de massa e do Estado de bem estar também seriam fatores de esgarçamento da figura dos partidos como referenciais singularizados para conexão de eventuais membros. A homogeneização de expectativas e experiências por grande parcela da sociedade ensejadas pela mídia, cultura e educação de massa, e questões relacionadas à empregabilidade e previdência, teriam reduzido o “valor do apelo de classe ou solidariedade cultural.” (KATZ; MAIR, 2009, p.758).

⁴⁵ “Segundo a literatura especializada, um importante componente do sistema democrático reside na conexão entre partidos e eleitores (DALTON et al, 2003; MACKUEN & RABINOWITZ, 2003), e uma medida para avaliar a amplitude dessa vinculação foi elaborada a partir do conceito de identificação partidária. (...) No entanto, o declínio das taxas de partidarismo, juntamente com o aumento das tendências anti-partidárias, a partir da década de 70 nas chamadas democracias consolidadas, levaram muitos analistas a revisarem a idéia da identificação partidária como fator explicativo do voto (...) A queda nas identificações partidárias e o aumento dos sentimentos anti-partidários não parecem ser fenômenos restritos às democracias industriais avançadas, pois

Os sistemas de partidos das democracias latino-americanas, como o Brasil, reconstruídas a partir dos anos 80 do século passado, apresentariam, ainda, especificidades em relação àqueles das democracias consolidadas, em especial na Europa e América do Norte. Os vínculos entre eleitores e candidatos teriam características mais personalistas e as bases programáticas e ideológicas dos partidos não estariam tão arraigados na sociedade, como nas democracias consolidadas há mais tempo (MAINWARING; TORCAL, 2005).

Se a representatividade dos partidos normativamente prescrita e idealizada não corresponde totalmente à realidade, coloca-se o problema de qual seria a função dos mecanismos que preservam esses entes de condutas criminosas? Maroto Calatayud (2015a) enfrenta a questão sob a ótica mais geral da legislação regulatória dos partidos políticos e nesse sentido indaga: deve-se buscar a legitimação do modelo do partido de massas ou reconhecer as novas formas de organização de forma pragmática e realista?⁴⁶

De logo, é preciso reconhecer as limitações performativas de qualquer processo de regulação. Se é certo que a forma de estruturação do sistema político tem efeitos sobre os resultados do processo democrático, especialmente em razão da proporção ou desproporção que estabelecem em termos de representação formal, não é viável definir por lei o grau de engajamento dos cidadãos na política. É preciso ter presente, portanto, o horizonte passível de regulação e seus limites. A crise de representatividade dos partidos políticos não os desqualifica como espaços legítimos de deliberação.⁴⁷ Assim, prevalece, a despeito de seus problemas, a necessidade de sua preservação contra condutas ilícitas para fins de proteção da democracia. E não só por esse motivo, mas também porque as relações que o partido acaba por estabelecer com o Estado quando assume o poder (governo), ou por meio de membros eleitos, são espaços eventualmente permeáveis a agentes criminosos, o que, de *per si*, justificaria a existência de mecanismos internos de *compliance* penal. Em países como o Brasil, em que há o financiamento público desses entes, essa necessidade se reforça.

As medidas de autocontrole, com vistas à prevenção da corrupção ou da ação de agentes estruturadamente organizados para a prática de crimes, podem, ainda que de forma limitada,

têm sido observados também em democracias recentes. (...) No Brasil, parte da literatura especializada aponta para o baixo conhecimento das lideranças, para políticos apartidários, forte aversão às legendas e baixa identificação com os partidos políticos.” (BRAGA; PIMENTEL JR, 2011, p. 271-303).

⁴⁶ O autor delinea o problema a partir dos contornos que há haviam sido antevistos por Kirchheimer “ (...) os eleitores podem, por suas mudanças de humor ou apatia, transformar o instrumento do partido *cath-all* em algo tão fraco para servir de elo com aqueles que funcionalmente detêm o poder na sociedade. Então poderemos vir a nos arrepender do fim – mesmo que inevitável – do partido de massa e do partido denominativo, como já nos arrependemos de outras instituições no passado da civilização ocidental.” (KIRCHHEIMER, 1966, p. 200.).

⁴⁷ Nesse sentido, cf. Alcántara-Sáez (2012).

fortalecer o sistema de responsabilização e prestação de contas que é inerente a todos os agentes e instituições que têm alguma relevância na gerência da coisa pública (os partidos políticos incluídos). O foco no controle sobre o fluxo de recursos que abastecem os partidos pode, reflexamente, dificultar a prática de crimes que derivam da relação política-dinheiro, como a corrupção ativa e passiva.

1.3.2 Os partidos políticos no Brasil

No Brasil, o acesso dos cidadãos aos cargos de poder no Executivo e Legislativo, mesmo aqueles submetidos ao princípio majoritário, está subordinado à prévia filiação partidária⁴⁸. O partido político é, nesse contexto, a instituição intermediária que condensa a representação política formal dos cidadãos (BRASIL, 1988, art. 17). As agremiações partidárias são, ainda, um dos instrumentos pelos quais o pluralismo político se concretiza na dinâmica social. Esse, que é um dos fundamentos da República brasileira, privilegia o embate e o convívio de ideologias e forças diversas, e às vezes antagônicas, para disputa do exercício do poder e formação da vontade do Estado.

Como expõe Norberto Bobbio (1998), o pluralismo, como gênero, é uma corrente do pensamento político que se opõe à ideia de concentração e unificação de poder. Embora não se confunda com as teorias da separação de poderes, do liberalismo clássico e democrática, a elas não se opõe. Haveria uma articulação própria com cada uma dessas categorias. Diz o autor no verbete relacionado ao pluralismo:

(...) as proposta das doutrinas pluralistas são perfeitamente compatíveis; já com as propostas da doutrina constitucionalista, uma vez que a divisão horizontal do poder não obsta mas integra a divisão vertical, já com as da doutrina liberal, visto a limitação da ingerência do poder estatal constituir, de *per si*, condição de crescimento e desenvolvimento dos grupos de poder diversos do Estado, já com as da doutrina democrática, pois a multiplicação das associações livres pode constituir um estímulo e uma contribuição para o alargamento da participação política. Todas elas são compatíveis, porquanto visam ao mesmo alvo comum: o Estado como único centro de poder. O Pluralismo impugna-lhe a tendência à concentração, o constitucionalismo

⁴⁸ Poucos são os países que prescindem dos partidos na organização de seu sistema político. Ainda que existam sistemas que admitam candidaturas avulsas nos processos eleitorais, isto não significa o alijamento do sistema partidário de seus regimes. Nesse sentido, cf. Pope (2002, p. 19-24). No Brasil, a pretensão a cargos eletivos é necessariamente mediada pelos partidos políticos.,cf. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

“(...) § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I – a nacionalidade brasileira; II – o pleno exercício dos direitos políticos; III – o alistamento eleitoral; IV – o domicílio eleitoral na circunscrição; V – a filiação partidária.” (BRASIL, 1988).

a indivisibilidade, o liberalismo o caráter absoluto, a democracia a concepção descendente e não ascendente do poder. (BOBBIO, 1998, p. 928).

Nessa toada, todo o aparato normativo do Estado brasileiro deve viabilizar que as diversas forças existentes no meio social concorram, em igualdade de condições, pelo exercício do poder. A institucionalização dos partidos políticos na Constituição Federal de 1988 concretizou-se pela fixação de parâmetros mínimos para sua existência e funcionamento, bem como pelo reconhecimento de espaço de autonomia infenso à atuação legislativa do Estado⁴⁹.

No desenho institucional brasileiro, o papel dos partidos políticos como entidades mediadoras entre o Estado e a sociedade não se resume a viabilizar o acesso de indivíduos aos cargos de representação. A própria composição de alguns órgãos do Estado pressupõe a existência e atuação dos partidos. A nomeação de membros de órgãos de controle, como os Tribunais de Contas; de órgãos do Poder Judiciário, como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal Militar; e da chefia do Ministério Público submete-se ao escrutínio prévio do Senado Federal, por arguição e votação (BRASIL, 1988, arts. 52; 89, I e IV; art. 140).

A influência dos partidos é pressuposta, na medida em que o próprio funcionamento da Casa legislativa é pautado pela formação dos blocos parlamentares e pela atuação dos respectivos líderes (BRASIL, 1995a). É certo que a Constituição Federal remete o funcionamento parlamentar ao regramento da lei ordinária (art. 17). No entanto, cabe destacar o fato de que a formação da maioria e da minoria, assim como a existência dos líderes partidários, é indispensável para o cumprimento de algumas funções constitucionais. Nesse sentido se constata as disposições sobre a composição do Conselho da República; da Comissão para acompanhamento e fiscalização do estado de defesa e estado de sítio. A relevância institucional dos partidos também é acentuada pela previsão constitucional de representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa, da constituição das Mesas e das Comissões temporárias e permanentes do Congresso Nacional (art. 58, *caput* e § 1º).

⁴⁹ CF. “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional; II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III – prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006) § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.” (BRASIL, 1988).

Assim, ainda que o legislador ordinário possa dispor sobre o funcionamento parlamentar, o papel que os partidos políticos desempenham no processo democrático, por força da arquitetura constitucional, é fundamental e indispensável. Equivale dizer, a regulamentação infraconstitucional não pode, direta ou indiretamente, alijar os partidos do processo eleitoral, nem tampouco inviabilizar a existência do sistema partidário.

A centralidade dos partidos para o sistema político brasileiro foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos limites da fidelidade partidária. O Partido da Frente Liberal (PFL), atualmente extinto, havia formulado ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a Consulta nº 1398 (BRASIL, 2007a), por meio da qual indagava se os partidos e coligações tinham o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, nas hipóteses de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito para outro partido ou legenda. A Consulta fundou-se no pressuposto de que a eleição dos candidatos aos cargos proporcionais resulta do quociente eleitoral apurado em entre os partidos e coligações que participam das eleições. O Tribunal, em resposta, afirmou, em linhas gerais, o direito de o partido conservar a vaga, ressalvadas situações excepcionais em que a desvinculação do eleito se justificasse para preservar a vontade manifestada pelo corpo eleitoral.

Posteriormente, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impetrou mandado de segurança (BRASIL, 2008a) em face do Presidente da Câmara dos Deputados, que havia negado provimento ao pedido administrativo para que fosse declarada a vacância dos mandatos, por renúncia presumida, dos parlamentares que se desfiliam do PSDB. O indeferimento fundamentou-se na ausência de previsão no art. 239, § 1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989b).

A tese do impetrante, baseada no entendimento delineado na Consulta nº 1398 formulada ao TSE, sustentou-se nas seguintes alegações: (i) viabilidade do *mandamus*, sem qualquer ofensa à separação de poderes, ante a plena atuação do Poder Judiciário quando constatada violação a direito assegurado pela Constituição; (ii) direito líquido e certo do partido de manter as vagas obtidas nas eleições e ocupadas por candidatos a ele filiados; e (iii) impossibilidade de os demais partidos encamparem representantes vinculados a outras ideologias político-partidárias, pois o sistema representativo proporcional pressupõe que o partido político preserve as vagas obtidas em decorrência do quociente eleitoral.

O voto condutor do acórdão, de relatoria do Ministro Celso de Mello, pontuou que a controvérsia envolvia diversos aspectos de natureza constitucional, entre os quais a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e conformação do regime democrático, a importância do postulado da fidelidade partidária e o significado das relações

entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência entre o eleitor, o partido político e o representante eleito:

A essencialidade dos partidos políticos, no estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal (...) (BRASIL, 2008^a).

O STF reconheceu o acerto do que assentado pelo TSE, pois o fortalecimento do vínculo dos candidatos eleitos com o partido preserva a legitimidade do processo eleitoral e impede deformações no modelo representativo. Por outro lado, a fixação de critérios legítimos de desfiliação, mediante procedimento específico, também preserva a fidelidade do candidato eleito com o corpo de eleitores.

Ainda que no plano normativo se tenha uma organização idealizada da representação política e que a dinâmica social real demonstre distanciamento entre o eleitorado e seus representantes, o sistema normativo não deve prescindir de ferramentas que viabilizem o fortalecimento dessa relação. Estabelecida em linhas gerais a função mediadora do partido político entre sociedade e Estado, bem como seu *status* constitucional no sistema brasileiro, cabe discorrer sobre a relevância do arranjo partidário no sistema de representação brasileiro.⁵⁰

A Constituição Federal brasileira adotou um presidencialismo forte, no qual o Poder Executivo tem muitas atribuições, aliado ao sistema eleitoral proporcional⁵¹ para acesso às Casas Legislativas. Este dado impacta diretamente as bases nas quais os Poderes Legislativo e Executivo se relacionam. O denominado presidencialismo de coalizão foi categorizado por Sergio Henrique Hudson de Abranches (1988) e representa o arranjo institucional que emergiu da combinação de multipartidarismo, presidencialismo forte e representação proporcional. O

⁵⁰ Deve-se anotar posição que estabelece diferenças entre o papel dos partidos políticos na América Latina daquele desempenhado nas democracias ocidentais consolidadas. Ao mencionar a escassez de estudos acerca da congruência ideológica dos partidos latino-americanos, Leticia M Ruiz Rodriguez e Mercedes García Montero registram que os primeiros estudos sistemáticos datam do ano 2000. Desde então, há o crescente reconhecimento da importância dos partidos sob o ângulo da unidade programática. “Vários são os motivos que explicam a desatenção quase sistemática para as questões relacionadas com programa e ideologia dos partidos, em geral, e para o grau de congruência nas posturas programáticas e ideológicas dos membros dos partidos latino-americanos, em particular. O primeiro motivo se refere ao papel secundário dos partidos em muitos sistemas políticos da região. Isso levou a enfatizar, após os processos de (re)democratização, variáveis relacionadas com a consolidação dos sistemas partidários, segundo a lógica de que somente quando existisse um sistema de partidos identificável e institucionalizado se poderia discutir outras dimensões, como o grau de coerência dos partidos que o compõem.” (RODRIGUEZ; MONTERO, 2002).

⁵¹ Para a eleição dos chefes do Poder Executivo em todos os níveis da federação e para os membros do Senado foi adotado o sistema majoritário. Brasil (1988), art. 28, *caput*; 29 II; 32, § 2º; 46 ; e 77, §2º. Sobre o sistema proporcional, cf. Brasil (1988), arts. 27, §1º; 29; 32, §3º ; e 45.

autor reconhece que a coalização intrapartidária é característica presente em outros modelos de democracia do pós-guerra e decorre da fragmentação partidária-eleitoral que, por seu turno reflete a heterogeneidade sócio-cultural. A formação de alianças, aliás, seria um imperativo lógico de governabilidade em sociedades plurais.

O arranjo institucional brasileiro, no entanto, teria o traço singular de associar ao multipartidarismo, o presidencialismo imperial e proporcionalidade, a organização do Executivo em grandes coalizões⁵². Esse desenho, presente na Constituição Federal de 1988, já teria se apresentado na Constituição de 1946 e assenta-se no pilar partidário e regional.⁵³ Cabe anotar que o presidencialismo de coalizão, como categoria analítica do arranjo institucional brasileiro, é objeto de críticas. A análise feita por Sergio Abranches é contemporânea ao período constituinte. Além disso, as alianças estabelecidas no desenho institucional brasileiro não seriam diversas daquelas presentes em outras democracias. O uso da categoria sob a perspectiva descritiva, no entanto, é reconhecido.

No que concerne à centralidade dos partidos políticos nesse arranjo, é possível identificar um efeito de fluxo e refluxo ou, sob outra ótica, de esvaziamento e fortalecimento desse ente. Sob a perspectiva ideológica, haveria a tendência de enfraquecimento do partido. O motivo pelo qual determinado grupo se organiza sob certa legenda é preterido em prol da razão instrumental de participar e dar sustentação ao governo, atingindo o fim último do partido que é alcançar o poder. Por outro lado, há o fortalecimento da ideia de que é preciso estar agrupado para que haja poder de barganha. Sob esse viés, os partidos mais robustos teriam maior protagonismo na cena política.

Essa especial forma de organização do sistema político brasileiro incita estudos no âmbito da ciência política para melhor compreensão de seu funcionamento. De um lado, há o grupo de estudiosos concentrados em analisar a forma de governo e os sistemas eleitoral e partidário. Esses defendem a tese de que o arranjo institucional posto conduz à instabilidade e pouca governabilidade; de outro, há os estudiosos focados nas regras do processo legislativo e

⁵² O autor faz a distinção entre o que denomina de presidencialismo de gabinete (identificados nos regimes de Áustria e Finlândia), onde o presidencialismo é mitigado pelo controle do parlamento sobre o gabinete, que também o constitui, “eventual ou freqüentemente, através de coalizões”. No presidencialismo de coalizão, há hegemonia do Executivo, a despeito da independência entre os poderes, em que “os ministérios são organizados como amplas coalizões.” (ABRANCHES, 1988, p. 10).

⁵³ A propósito, cf. Limongi (2006) e Martuscelli (2010).

que sustentam a existência de mecanismos institucionais que permitem a governabilidade e estabilidade das decisões no âmbito do Poder Legislativo.⁵⁴

As análises sobre a relação existente entre sistemas eleitorais⁵⁵, representatividade e resultados democráticos são objeto recorrente de atenção da ciência política. Maurice Duverger (2014), em sua obra seminal, anotava que as formas de coexistência entre os partidos de um país configuravam seu “sistema de partidos”. Estes, por sua vez, seriam fruto de fatores locais, relacionados à realidade contingente das sociedades a que se referem, associados a fatores gerais, que influenciariam a forma de organização independentemente de onde se aplicassem. O regime eleitoral seria um fator geral e determinaria, inclusive, o número, as alianças e a representação. Seria ele também reflexamente influenciado pelo número de partidos. Assim, por exemplo, um sistema de dois partidos favoreceria a adoção do regime majoritário. Sob o aspecto analítico, ambos, sistema de partidos e regime eleitoral, estariam associados de tal forma que seria difícil uma separação exata.⁵⁶

Os defensores da tese de que o arranjo institucional brasileiro gera instabilidade sustentam, em resumo, que a rigidez institucional do presidencialismo gera dificuldades para o regime democrático. Isso ocorreria ante a ausência de ferramentas constitucionais que possam resolver os frequentes conflitos entre o Presidente da República e o Poder Legislativo. A situação se agravaria, ainda, pela existência de um sistema eleitoral altamente personalizado, bem como um sistema partidário ultrafragmentado. As coalizões ideologicamente frágeis e incoerentes não seriam ambiente fértil para a produção de políticas públicas ou mesmo para a governabilidade. A fragmentação conduziria, também, a partidos pouco ideológicos e congressistas individualistas. O aspecto positivo desse multipartidarismo seria o incremento dos freios e contrapesos e a diluição de poder entre grupos. A fragmentação partidária, por seu turno, seria tributária não apenas do sistema eleitoral, como apontando por Duverger, mas também de outros fatores, como a possibilidade de migração entre partidos.

Aqueles que defendem a estabilidade partem da análise da atuação em concreto dos partidos e da organização da Câmara dos Deputados. Extraem conclusões empíricas de que o

⁵⁴ Sobre os principais cientistas políticos que tratam do tema, suas respectivas posições e alinhamento com cada um das teses expostas, cf. Felisbino (2011).

⁵⁵ “Por sistema eleitoral, eu denoto as regras que especificam como votos são traduzidos em assentos por representações nas principais casas legislativas.” (EZROW, 2010, p.7, tradução nossa).

⁵⁶ O autor indica três fórmulas que representariam tendências de base: i) representação proporcional tendendo para um sistema de partidos múltiplos; rígidos e independentes; (ii) eleições majoritárias de dois turnos relacionadas a partidos múltiplos, flexíveis, dependentes e relativamente estáveis ; e (iii) eleições majoritárias de um turno tendendo a um sistema dualista, com alternativas dos grandes partidos independentes (DUVERGER, 2014, p. 232-233).

processo legislativo é centralizado e favorável à aprovação dos projetos do Governo. Os problemas gerados pelos sistemas eleitoral e partidário seriam anulados pelo cenário institucional do Poder Legislativo. Nesse ambiente, os congressistas atuariam sob a influência dos partidos em suas votações. Além disso, o processo legislativo, muito influenciado pelo colégio de líderes, restabeleceria o equilíbrio das tensões decorrentes da relação entre Executivo-Legislativo.

Sob a ótica da atuação dos partidos, as conclusões sobre a disciplina partidária não podem ser desconsideradas, pois encontram base em dados empíricos. Os desdobramentos da política brasileira nos últimos anos, especialmente a partir dos dados trazidos à luz com as Ações Penais 470 e 536⁵⁷, respectivamente conhecidas como Mensalão e Mensalão Mineiro, indicam, no entanto, que a disciplina partidária identificada pelos cientistas políticos foi contaminada por práticas criminosas. Diz-se contaminada porque não há estudos empíricos que possibilitem afirmar que os mecanismos institucionais que em tese gerariam aquela estabilidade seriam absolutamente inúteis na ausência dos mecanismos de “compra” de apoios identificados nas referidas ações penais.

Leonardo Avritzer (2016) avalia que a democracia brasileira estaria diante de um impasse. Apesar do fato de, em sua ótica, desde 1985, não ter havido tentativas de intervenção militar, o que comparativamente ao período 1946-1964 indicaria maior estabilidade; do melhor desempenho comparado com países da região; dos avanços institucionais pelo respeito às prerrogativas de outros Poderes; e ainda dos avanços substanciais em termos de redução da pobreza; haveria um “incômodo em relação à performance da democracia”, que se expressou inicialmente com as manifestações de junho de 2013 e culminou com a divisão do país pelo inconformismo com o resultado das eleições de 2014. O impasse, posto como “crise de crescimento e de evolução da cultura democrática do país, estaria baseado em cinco fatores:

limites do presidencialismo de coalizão; da participação popular na política (...); os paradoxos do combate à corrupção, que avança e releva elementos dramáticos da privatização do setor público no país, que terminam por deslegitimar ainda mais o sistema político; as conseqüências da perda de status das camadas médias (...); o novo papel do Poder Judiciário na política (AVRITZER, 2016, p. 6-7).

⁵⁷ Os números referem-se à identificação dos procedimentos criminais no Supremo Tribunal Federal. Na Ação Penal 470, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, *DJE* de 19.4.2013, todos os denunciados foram julgados perante aquele Corte, com exceção do réu Carlos Alberto Quaglia, em relação a quem houve a decretação de nulidade do processo e determinação de baixa para julgamento pelo primeiro grau de jurisdição. Na Ação Penal 536, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, *DJE* de 8.8.2014, houve decisão de declínio de competência do Supremo Tribunal Federal para o primeiro grau de jurisdição, em decorrência da renúncia do réu que ostentava foro por prerrogativa de função antes do final da instrução.

1.4 Presidencialismo de coalizão: um vetor de instabilidade

Passa-se a discorrer especificamente sobre os limites do presidencialismo de coalizão, como apontado pelo autor, porque esse arranjo institucional estaria sendo terreno fértil para trocas ilícitas. Retomando o quanto mencionado sobre os limites performativos dos processos de regulação, a possibilidade de uma reforma do sistema político brasileiro é um dos meios possíveis para que se tente amenizar ou neutralizar essas condutas. Este tema, no entanto, não é pertinente ao Direito Penal. Cuida-se, portanto, de compreender em que medida esse arranjo institucional é, em tese, fomentador de condutas criminosas para, em sequência, analisar a viabilidade de mecanismos preventivos a partir da realidade existente.

O presidencialismo de coalizão estaria gerando insatisfação da sociedade com o desempenho democrático em decorrência dos custos da excessiva fragmentação partidária; da desorganização administrativa gerada pela distribuição de cargos e da tendência à corrupção por ela gerada.

A fragmentação partidária foi debatida pelo Poder Judiciário por ocasião do exame de constitucionalidade da cláusula de desempenho, ou de barreira, introduzida pela Lei nº 9.906/1995. O dispositivo legal vinculava o funcionamento parlamentar, o acesso a recursos do fundo partidário e o tempo gratuito de rádio e televisão à obtenção de um piso de votos.⁵⁸ O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351 e nº 1.354. Prevaleceu a tese de que a regra inviabilizaria a existência de pequenos partidos, com a consequente asfixia da representação da minoria pela maioria (BRASIL, 2006c; BRASIL, 2006d).⁵⁹

O entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal vai de encontro à crítica desenvolvida por Leonardo Avritzer. A proliferação de pequenos partidos ensejaria a configuração de legendas meramente figurativas (ou de “aluguel”), com a exclusiva função de atuar em cenário de barganha política. A distribuição de cargos para atender aos partidos

⁵⁸ “Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.” (BRASIL, 1995a).

⁵⁹ Na oportunidade, o relator pontuou que, quando a Constituição Federal consignou o pluralismo político como um dos fundamentos da República e a livre criação, fusão e incorporação dos partidos políticos como regime a ser obrigatoriamente observado em relação a essas pessoas jurídicas de direito privado, deu especial relevo à multiplicidade de partidos.

integrantes da base aliada também seria um fator limite desse arranjo. A desorganização para a burocracia gerada pela inflação de Ministérios e instabilidade nos respectivos cargos geraria tensão entre governo e sociedade. Tão ou mais relevante seria a permeabilidade à corrupção que essa dinâmica ensejaria.

Avritzer alinha-se àqueles que sustentam que o presidencialismo de coalizão não retira do Executivo a capacidade de governar.⁶⁰ Considera, porém, que isso se dá com alto custo para a capacidade administrativa e com comprometimento da reputação do Congresso Nacional, o que poderia redundar, por via reflexa, em ingovernabilidade. Em seu diagnóstico, a ingovernabilidade detectada no governo da ex-Presidenta Dilma Roussef é exemplo desse quadro. As denúncias de corrupção contra políticos de seu partido e da base aliada tornaram mais acirrados os questionamentos sobre a legitimidade das negociações inerentes ao presidencialismo de coalizão.

A maior identificação dos casos de corrupção de agentes públicos, por seu turno, seria fruto do fortalecimento de estruturas de controle no interior do Estado. O Tribunal de Contas da União, a Controladoria-Geral da União e a Polícia Federal teriam incrementado os controles de despesas em andamento, abandonando-se o modelo de prestação de contas *post-factum*. Embora o Tribunal de Contas da União tenha sido instituído com a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), apenas com o desenho instituído pela Lei Orgânica (BRASIL, 1992c) de 1992, sob o regime da Constituição Federal de 1998, sua atuação teria se tornado mais efetiva.

Embora Avritzer não relacione, o Ministério Público é um dos atores de maior protagonismo no combate aos crimes contra a Administração Pública em geral e à corrupção em particular. A Constituição Federal de 1988 conferiu à instituição prerrogativas e atribuições que a colocam em posição de destaque na defesa da coisa pública. Sua atuação, por certo, não ocorre de forma isolada e tem tanto maior sucesso quanto amparada e coordenada por outros órgãos e instituições de controle. No entanto, o monopólio da ação penal pública e a possibilidade de investigação autônoma, esta reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015e) após longamente contestada, são fatores que colocam o Ministério Público como elemento catalizador do aumento das ações de combate à corrupção.

A centralidade da atividade político-partidária nas democracias ocidentais contemporâneas em geral e para a democracia brasileira em particular demanda uma estrutura normativa que garanta o funcionamento regular e autônomo desses entes. Por outro turno, a

⁶⁰ Veja-se Limongi e Figueiredo (1998). A capacidade de governar é medida nessa perspectiva pela habilidade do Executivo em fazer aprovar medidas legislativas que implementem sua agenda.

gestão de recursos financeiros pelos partidos políticos, seja para sua manutenção cotidiana, seja para a realização das campanhas eleitorais periódicas, impõe a adoção de mecanismos de controle externo. Além disso, a existência de recursos a gerir e a própria promoção de interesses de grupos na sociedade, atividade que é por essência legítima ao partido político, podem atrair a atuação predatória de agentes criminosos. A desfuncionalização do partido pela prática de crimes por meio de sua estrutura necessariamente atrai o Direito Penal para reprimir essas condutas.

A incidência de práticas criminosas na gestão da coisa pública e no ambiente político acarreta consequências que transcendem, em muito, o universo das comunidades que eventualmente sejam afetadas. O malferimento da democracia como processo e da classe política podem abalar os próprios fundamentos de legitimidade do Estado. Ocorre que a repressão das condutas criminosas no ambiente partidário não é imune a efeitos colaterais. O Direito Penal é estruturado no nosso sistema para, em regra, reprimir condutas individuais. As práticas corruptas, por seu turno, exigem para o seu enfrentamento, abordagem não apenas individual, mas também sistêmica.

O Direito não está estruturado para atuar de forma coordenada nessas duas frentes e uma grande tensão se estabelece quando o Direito Penal é acionado no terreno político. As condutas típicas precisam de uma resposta, porém o Direito Penal não tem ferramentas, e nem é essa sua função, para reequilibrar a dinâmica política abalada pelo evento crime. Não é possível ignorar, inclusive, a possibilidade de que o foco na sanção penal possa obscurecer a necessidade de alterações estruturais, se o enfrentamento de problemas sistêmicos se restringir à apuração fragmentada da responsabilidade individual.

Desdobramentos mais recentes da política nacional, especialmente quando se centra a análise nos reflexos da jurisdição criminal sobre os atores políticos, conduzem a uma análise menos positiva do quadro geral da democracia brasileira do que aquele desenhado em linhas gerais por Avritzer (2016). Os impasses gerados entre Poder Legislativo e Poder Judiciário no cumprimento de decisões do Supremo Tribunal Federal em processos criminais indicam que a estabilidade institucional vislumbrada pelo autor em termos gerais é menos sólida do que se poderia desejar.

Exemplo do que se menciona é o episódio relacionado à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 402, proposta pela Rede Sustentabilidade, por meio da qual postula que o Supremo Tribunal Federal declare, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, a incompatibilidade de que réus em ações penais exerçam cargos em cujas atribuições figure a substituição do ou da Presidente da República, por força de interpretação sistemática e

teleológica da Constituição Federal. Pretende, assim, que o impeditivo do art. 86, § 1º, da Constituição Federal se expanda aos ocupantes da linha sucessória. Recebida denúncia contra o Senador Renan Calheiros nos autos do Inquérito 2.593, de relatoria do Ministro Edson Fachin, foi requerida medida cautelar nos autos da ADPF 402, pelo afastamento do parlamentar, então Presidente do Senado, de suas funções. Deferida medida liminar por decisão monocrática do Ministro relator, Marco Aurélio Mello, a Mesa do Senado deliberou por não cumprir a decisão até a deliberação do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que acabou por não referendar a liminar integralmente, limitando-se a declará-lo inapto para assumir a Presidência da República em substituição eventual (BRASIL, 2016c).

Independentemente do acerto ou desacerto da decisão de afastamento inicialmente determinada ou daquela posteriormente definida pelo STF por sua composição plena, a resistência da Mesa do Senado Federal em dar cumprimento a uma decisão do Supremo Tribunal Federal indica o tipo de tensão institucional que a prática de condutas criminosas relacionadas ao sistema político pode significar para a estabilidade democrática.

Como menciona Julio Fernández Garcia (2011), o descumprimento reiterado da lei por práticas corruptas fere de morte o Estado Democrático de Direito. Esses efeitos deletérios acentuam-se quando evoluem a corrupção política em razão do papel institucional dos partidos políticos.

A prestação de contas e a assunção de responsabilidade são intrínsecas ao Estado Democrático de Direito. Se a governabilidade do país pressupõe, institucionalmente, a formação de coalizações, que, pela troca de favores e cargos, têm-se tornado campo fértil para a prática de atos de corrupção e outros crimes circundantes, é preciso estabelecer estratégia de enfrentamento tanto no campo repressivo, quanto no campo preventivo.

A soma das negociações inerentes ao presidencialismo de coalização com o fortalecimento da estrutura de combate à corrupção poderá tender a mais instabilidade política. Se a relação institucional, como estabelecida, tem sido terreno fomentador de trocas ilícitas, a exposição e consequentes medidas persecutórias de natureza penal necessariamente serão elemento desestabilizador do sistema político. A esse quadro, é de se acrescentar a eventual reação dos agentes políticos aos controles do Direito Penal, o que pode ensejar o *backlash effect*⁶¹, de todo indesejável quando se cuida de proteção da coisa pública. Essa questão

⁶¹ Utiliza-se o termo de empréstimo nos limites do fenômeno descrito pelo Direito Constitucional para as reações contrárias a avanços sociais adjudicados por decisões judiciais. “Decisões judiciais da Suprema Corte têm gerado significativo *backlash*, conduzindo a mudanças doutrinárias e intensa mobilização e contra-mobilização social e política.” (WATERSTONE, 2015, tradução nossa). Vale registrar textos contemporâneos de Robert Post e Reva B. Siegel (POST; SIEGEL, 2007) e Cass R. Sunstein (SUNSTEIN, 2007) abordando o conceito.

reconduz ao problema proposto por Wolfgang Naucke (2015, p. 37) acerca das dificuldades de setores que detêm o poder se deixarem limitar e controlar pelo Direito Penal. No caso dos partidos políticos, em que os sujeitos destinatários das normas estão diretamente associados ao processo legislativo, a questão acentua-se.

Como a impunidade de práticas criminosas deve ser obviamente descartada no Estado Democrático de Direito, as possibilidades de transformação devem estar centradas em mudanças na organização das forças (reforma política) e no fomento de instrumentos de controle. O enfrentamento dos crimes de poder demanda algumas estratégias adicionais por parte do Estado, diferentes daquelas usualmente pensadas para a chamada criminalidade comum. O que não significa que seja viável, no atual estágio das sociedades, que se dispense o uso do Direito Penal nesse terreno. Embora o poder político, assim como o econômico, resistam à contenção que o sistema legal busca impor, o fortalecimento das democracias está associado à submissão de todos à legalidade. Apesar dos limites performativos do Direito, que existem, parece necessário que sejam pensados instrumentos que aproximem a pretensão de eficácia em algo factual.

2 ESTUDO DE CASOS

A sucessão de processos em que há agentes políticos condenados e/ou acusados pela prática de crimes contra a Administração Pública, especificamente corrupção ativa e passiva, contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de bens e capitais, tem abalado a credibilidade das instituições democráticas em geral e do sistema partidário em particular.⁶² Como expõe Ricardo Román Gómez Vilchis, existe uma relação inversamente proporcional entre a percepção nos níveis de criminalidade e a satisfação democrática pelos cidadãos. A relação entre a cidadania e as instituições políticas não se limita àquela desenvolvida nas urnas. A percepção sobre a possibilidade de o Estado dar conta das necessidades da população e sua satisfação ou insatisfação com o sistema político ganha especial relevo nas democracias recentes, onde o apoio popular é essencial para fazer frente à sempre presente sombra do autoritarismo que ronda. (VILCHIS, 2014)

Vilchis, ao revisar a literatura sobre o tema, relata que a confiança da população no sistema político é algo complexo e sujeito a uma plêiade de variáveis que influenciariam o apoio do cidadão às instituições democráticas: crescimento e desenvolvimento econômico, real ou percebido; desempenho de líderes partidários, até fatores demográficos (educação, gênero, idade). Sob a perspectiva do crime, os estudos estariam mais centrados nas consequências sobre a economia, a comunidade e a vida pessoal. No que se refere ao mercado, o crime afetaria o valor dos ativos, ensejaria queda na produtividade, além de limitar os recursos públicos disponíveis aos interesses de todos pelo desvio criminoso. No plano comunitário, haveria o esgarçamento dos laços e uma diminuição dos desejos de socialização. Por fim, no nível individual, afetaria o bem viver autônomo dos indivíduos.

Embora a criminalidade não deva, por si só, ser um fator hábil a medir a confiabilidade ou legitimidade de uma democracia,⁶³ não deve ser desprezada quanto ao impacto que causa sobre as instituições. O grau de eficiência do Estado em dar conta dos índices de criminalidade que assolam a população, assim como da prática de crimes nas instituições estatais, é um fator que pode afetar a relação da cidadania com a democracia.

⁶² Segundo o Informe Latinobarómetro (CORPORACIÓN LATINBARÓMETRO, 2016), a corrupção é percebida como o principal problema a ser enfrentado no Brasil. A questão não só deu um salto na escala de prioridade, como mudou a agenda do país. Sua maior percepção pela sociedade pode ser tido como um dado positivo para a democracia porque indica a demanda pelo seu combate. Por outro lado, tal fato demanda estruturas cada vez mais sólidas para fazer face a esse fenômeno.

⁶³ Nesse sentido, cf. Linde e Ekman (2003).

Os partidos políticos no Brasil estão sujeitos, de *lege lata*, à responsabilização administrativa sob a moldura da legislação eleitoral não oferece mecanismos eficientes de punição, como se demonstrará em tópico próprio. Na prática, identificam-se medidas neutralizadoras das sanções previstas, o que redundará em um quase imobilismo. As medidas sancionatórias direcionadas aos agentes individualmente considerados têm a limitação de alcançar de forma mais contundente apenas aqueles que alcançaram sucesso na corrida eleitoral, pela eventual cassação do mandato. No entanto, as sucessivas ações penais envolvendo agentes políticos, e, por via transversa, os partidos a que estão vinculados, parecem indicar que o enfrentamento individual de condutas ilícitas não é, por si só, suficiente para dar conta de questões sistêmicas. Considerando a hipótese desenvolvida neste estudo, segundo a qual os partidos podem e devem ser chamados a criar programas de prevenção de crimes, a análise de casos concretos pode ser adequada sob duas vertentes: (i) para ilustrar alguns mecanismos pelos quais a criminalidade se infiltra nesse ambiente; e (ii) funcionar como ferramenta para o mapeamento de riscos.

Nesse cenário, o exame de ações penais que envolvem a atividade política, os partidos políticos como beneficiários de condutas penalmente tipificadas, ou como ferramenta⁶⁴ para sua prática, parece ser adequado aos fins propostos. A identificação dos delitos que circundam a atividade que se visa a proteger é essencial para a definição de um programa de *compliance* penal. Além das consequências deletérias que a prática do crime enseja, é intuitivo que apenas a admissibilidade de uma ação penal, independentemente de seu resultado, gera ônus para aquele colocado na posição de réu. Por essa razão, a mera existência do processo penal é um risco a ser evitado e o exame de ações penais admitidas, ainda que não encerradas, mostra-se também pertinente.⁶⁵

2.1 O método

⁶⁴ Utiliza-se aqui a expressão ferramenta no sentido penal de meio para consecução da conduta individual, na medida em que não há na previsão legal de responsabilização penal dos partidos políticos no Brasil de forma a se estabelecer um conceito de fato próprio da organização para fins penais.

⁶⁵ Nesse sentido, Silva Júnior (2008, p. 455-456): “O processo criminal, diferentemente do civil, possui, ele mesmo, caráter punitivo, na medida em que se presta a estigmatizar o acusado perante a sociedade, em nada modificando essa situação a sua eventual absolvição. [...] O sempre lembrado BECCARIA impressionou-se com a desonra que acompanhava, por toda a vida, as pessoas que tinham sido sujeitas à prisão, o que ele atribuiu ao fato de a pessoa ser submetida, no processo, a toda sorte de arbitrariedade (...). Daquele tempo para cá, é verdade, muita coisa mudou: o acusado é mais respeitado, até mesmo com o direito de não ser considerado culpado a não ser depois de sentença condenatória transitada em julgado. Porém, ainda assim, o estigma gerado pelo processo criminal permanece [...]”

A análise da jurisprudência como meio de investigação no Direito pode atrair algumas objeções inerentes àquelas direcionadas, em geral, ao método de estudo de caso. Em verdade, a noção sobre em que consiste o conteúdo do método não é unívoca. Robert Yin (2015)⁶⁶, por exemplo, conceitua esse método de pesquisa a partir de seu escopo e metodologia utilizada. Robert Stake (apud JOHANSSON, 2017), por seu turno, concentra-se no objeto selecionado, ou seja, o caso. Yin sugere que o recurso a esse método padeceria, para alguns, de ausência de rigor na pesquisa. No seu entender, no entanto, essa avaliação pode ser imputada ao fato de alguns pesquisadores não observarem procedimentos sistemáticos e não ao método em si. A resistência adviria, ainda, da confusão entre os conceitos de pesquisa de estudo de caso com os estudos de caso usados como ferramenta pedagógica. Para o autor, nesta última acepção, que designa por estudo de casos de ensino, não haveria a necessidade de “uma apresentação rigorosa e justa dos dados empíricos” (YIN, 2015, p. 35). Prossegue descrevendo, ainda, algumas outras questões, mas entre elas parece pertinente destacar aquela relacionada à generalização, ou seja, “uma aparente incapacidade para a generalização a partir de descobertas de estudos de caso” (p. 51). Esse ponto seria resolvido pela compreensão de que investigação dessa natureza tem por objetivo a generalização analítica e “não inferir generalizações estatísticas” (p. 52). Equivale dizer, a partir do exame qualitativo, busca-se extrair proposições teóricas passíveis de generalização.

Alfredo de J. Flores registra como Friedrich Carl von Savigny reconhecia a função da análise de casos para o Direito, especialmente no que se refere ao lugar da história para a elaboração legislativa. O rígido enquadramento a que o conhecimento jurídico foi submetido pela prevalência da Escola Exegética e do positivismo do século XIX teria sido a causa da forte ruptura contemporânea (partindo da análise dos casos, em que o contexto histórico demandava reais transformações sociais) com o discurso dogmático de caráter realista” (FLORES, 2011). A conjugação da práxis e da teoria no círculo específico da pesquisa jurídica refletiria, no entanto, o protagonismo judicial em “um contexto ávido de grandes mudanças, em que são demandadas respostas caso a caso” (p. 822). O autor defende que este renovado interesse não

⁶⁶ “1. O estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo (‘o caso’) em profundidade e em seu contexto de mundo real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto puderem não ser claramente evidentes. [...] 2. A investigação do estudo de caso enfrenta a situação tecnicamente diferenciada em que existirão muito mais variáveis de interesse do que pontos de dados, e, como resultado, conta com múltiplas fontes de evidência, com dados precisando convergir de maneira triangular, e como resultado beneficia-se do desenvolvimento anterior das proposições teóricas para orientar a coleta e a análise de dados.” (YIN, 2015. p. 48-49).

constituiria qualquer inovação, pois na história do Direito, o pensamento particular nunca teria sido relegado. “[N]a ciência jurídica, sempre se busca a relação entre o particular e o universal” (FLORES, 2011, p. 822).

Adota-se, neste trabalho, a concepção de estudo de casos em um de seus usos – o de ferramenta pedagógica para compreensão do Direito. Busca-se, a partir de decisões judiciais selecionadas, explicitar alguns meios pelos quais condutas penalmente tipificadas orbitam em torno da atividade partidária e como o Direito Penal as enquadra. Como destacado por Robert Yin, neste contexto metodológico, a análise não exige o mesmo rigor, nem tampouco observa a mesma metodologia, do estudo de casos tomado como experimento ou levantamento de dados empíricos. Sem embargo, para os fins aqui propostos, uma sistematização mínima dos casos selecionados é de rigor. Uma questão que pode ser oposta aos objetivos ora delineados seria a da impossibilidade de generalização a partir dos casos estudados, o que também é, analogamente, suscitado quanto ao estudo de casos como experimento (FLYVBJERG, 2006). Ocorre que, por esse meio, é possível apreender as diversas circunstâncias que envolvem um certo evento, e sua singularidade também pode agregar elementos importantes para o desenvolvimento científico. Anota Bent Flyvbjerg o famoso exemplo do cisne negro de Karl Popper (2012, p. 28), segundo o qual a afirmação de que todos os cisnes são brancos cede à vista de um único cisne negro (FLYVBJERG, 2006, p. 227). Menciona sua própria experiência, quando desenvolveu estudo de caso sobre política e planejamento urbano em uma cidade dinamarquesa. Suas concepções teóricas estavam construídas a partir do modelo do homem econômico, da competição e do mercado livre. Ao mergulhar na realidade de uma dada comunidade, deparou-se com uma dinâmica diferente, como negociações ilícitas de comerciantes poderosos com políticos e administradores visando a bloquear a competição e criar reservas de mercado privilegiadas para si. A ideia de democracia representativa da Dinamarca não se fazia presente naquela cidade. As formas de burla à representação legítima estavam institucionalizadas. Esse foi, no dizer do pesquisador, o seu cisne negro (p. 228).

A relevância e a validade do método não eliminam o desafio que representa, primeiro porque a escolha do universo examinado pode, por si só, viciar o resultado. Além disso, a depender do modelo de análise, este pode redundar em mera exposição opinativa. Não parece viável superar esses obstáculos de forma inquestionável, na medida em que o Direito não é uma ciência exata, aferível pela experimentação. A única forma de minimizar o problema, portanto, é buscar a objetividade possível, com escolhas fundamentadas e claramente definidas para que o destinatário da análise esteja apto a compreender o caminho percorrido e suas razões. A

fixação de critérios objetivos permite que evite o indesejável efeito *cherry-picking*⁶⁷, pelo qual apenas as amostras que ratificam o argumento são selecionadas, deixando de fora aquelas que o confrontariam. Nesse sentido, optou-se por analisar o tratamento judicial conferido a imputações penais relacionadas à atividade político-partidária. As informações foram extraídas de acórdãos proferidos em processos criminais. A pertinência da análise das decisões justifica-se para os fins aqui propostos porque a norma concretizada que emana dessas decisões parametriza e conforma a aplicação prospectiva do Direito Penal. Foram selecionados três marcos da jurisdição criminal vinculados à atividade política: (i) Ação Penal 307 – caso Collor (BRASIL, 1994); (ii) Ação Penal 470 – caso Mensalão (BRASIL, 2013c)⁶⁸; e (iii) a Operação Lava jato.⁶⁹ O recorte dos casos não se traduz pela existência de condenações ou eventual efetividade da aplicação da lei penal, aferida pela imposição de condenações. A escolha justifica-se porque todos estão no marco temporal pós Constituição Federal de 1988; revelam intercessão entre crime e funcionamento do regime democrático; caracterizam-se pela multiplicidade de violações à lei penal em um mesmo contexto fático, o que se extrai das conexões processuais⁷⁰ que envolveram e envolvem seu processamento; e encerram eventos criminosos pluriofensivos. Estes últimos elementos são indicativos de um *modus operandi* que se reproduz no tempo e que insinua uma situação de violações sistemáticas. A escolha justifica-se, ainda, porque (i) todos envolvem imputações de crimes contra a Administração Pública por

⁶⁷ O termo pode ser traduzido como colher cerejas, no sentido de apenas selecionar as “boas frutas”. O conceito é mencionado em estudos de direito comparado e de análises jurisprudenciais (FRIEDMAN, 2011) e (NIBLETT, 2010).

⁶⁸ Há, ainda, o chamado mensalão tucano, envolvendo imputações de peculato, corrupção passiva e lavagem de dinheiro envolvendo o ex-governador de Minas Gerais Eduardo Azeredo. A despeito de a denúncia ter sido recebida em 2007, por diversas razões processuais, apenas em 23 de agosto de 2017, houve o julgamento do recurso de apelação, que manteve, por maioria, a condenação do réu há mais de vinte anos de reclusão. O atraso no processamento pode ser imputado, também, à alteração do foro por prerrogativa perante o Supremo Tribunal Federal para o juízo comum, em razão de renúncia do réu ao cargo de Deputado Federal, quando já estava em curso o prazo para alegações finais. Considerando que ainda pendem embargos declaratórios; que a decisão não unânime desafia embargos infringentes, e que no mesmo contexto dispõe-se da Ação Penal 470 já transitada em julgado, esta ação penal não será incluída no universo analisado (BRASIL, 2014b; BRASIL, 2017p).

⁶⁹ Inquérito Policial inicialmente em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, que redundou em diversos outros inquéritos e ações penais atualmente em curso perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Seção Judiciária de São Paulo e Seção Judiciária do Distrito Federal, que hoje passariam da casa do milhar, conforme dados do Ministério Público Federal (BRASIL, 2017l). Sobre a ação penal matriz, cf. Brasil (2015a).

⁷⁰ Nos termos do art. 76 do Código de Processo Penal brasileiro, os critérios de conexão se firmam a partir da ligação intersubjetiva pelo concurso de agentes, pela reciprocidade ou simultaneidade; objetiva pela teleologia (crimes praticados para potencializar o resultado de outro pela ocultação, vantagem, impunidade) ou probatória. A vinculação entre feitos por algum desses critérios é indicativa de que os fatos a eles subjacentes se conectam em algum grau, atraindo um mesmo contexto.

agentes políticos⁷¹; e (ii) os fatos sob apuração afetam bens de interesse da sociedade que transcendem, inclusive, aqueles declaradamente protegidos pelas normas penais invocadas. O sistema político-representativo é abalado pela só apuração dos fatos sob escrutínio.

O objetivo do presente capítulo é ilustrar, *contrario sensu*, a afirmação de que, na perspectiva do partido, a criação de um programa preventivo pode apresentar-se como um obstáculo à prática de crimes que o circundam. Considerada a notoriedade dos casos, seu exame não tem a pretensão de originalidade, mas sim de agregar elementos da práxis ao argumento desenvolvido. Os processos selecionados envolvem pluralidade de réus e imputações. Optou-se por discorrer, em cada um deles, sobre aquelas que tangenciam, de forma mais próxima, o financiamento da atividade partidária. As recentes alterações no modelo de financiamento de campanha no Brasil, já mencionadas, tendem a reduzir a participação do setor privado. Sem embargo, é preciso considerar que a interferência do poder econômico no poder político não cederá por essa razão. Se, por um lado, a nova moldura normativa pode vir a determinar que os meios pelos quais essa relação se estabelece sejam ressignificados e redesenhados; por outro, não é desarrazoado considerar a necessidade de uma estrutura mais eficiente para evitar a burla ao novo modelo posto.

A abordagem do caso Lava Jato reflete uma decisão metodológica difícil, por algumas razões. Inicialmente porque envolve diversas ações penais e inquéritos ainda em curso e em diversos graus de jurisdição. Além disso, a diversidade de procedimentos que surgiram da investigação e da ação penal matriz torna complexa a tarefa de definir quais deveriam ser objeto de atenção e o porquê. Essa realidade não recomendaria a inclusão desse episódio na análise que ora se leva a efeito. Contudo, não parece possível ignorar essa operação, quando se cuida de abordar o tema da criminalidade econômica e sua relação com os partidos políticos. Não se dispõe de distanciamento temporal suficiente para avaliar a efetiva influência dessas investigações no curso da história, mas, por agora, já seria possível afirmar que, em alguma medida, ela existiu. A tensão entre os Poderes da República resultantes de procedimentos vinculados à operação; medidas processuais inéditas contra parlamentares; e a proeminência da colaboração premiada como meio de obtenção de provas geraram reflexos diretos nos mais

⁷¹ Com exceção da Ação Penal 307, todos os casos escolhidos envolvem também imputação de lavagem de bens e capitais. De registrar que, à época do chamado Caso Collor, não havia o crime de lavagem de dinheiro no Brasil, visto que a lei que o instituiu é de 1998. No entanto, diversas operações identificadas e reconhecidas como efetivamente realizadas no contexto dos fatos apurados naquele processo se adequariam, em tese, hoje, ao que dispõe o art. 1º da Lei 9.613/1998.

recentes desenvolvimentos da cena política.⁷² Tendo isso em consideração, qualquer caminho escolhido redundaria em alguma perda. Se, por um lado, o exame de casos a partir de decisões judiciais sem trânsito em julgado pode representar um problema, o silêncio, de outro, implicaria em desconsiderar por completo um conjunto de fatos com impacto significativo para a sociedade, em momento recente. Tendo tudo isso em consideração, mas também zelando-se pela racionalidade que um exame dessa natureza requer, vislumbra-se adequado restringir o exame da Operação Lava Jato a dois processos que ilustram o sistema de corrupção nas contratações da Petrobras S/A, que já contam com trânsito em julgado, e um processo que envolve repasse de verbas ilegais para partidos políticos, por meio de parlamentares. O estudo limita-se ao exame dos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em recursos de apelação, com algumas referências à sentença de primeiro grau. A escolha se faz especialmente porque em grau de apelação os fatos estão certificados⁷³, o que permite a análise pertinente a este estudo. Embora a matéria de direito ainda possa ser reavaliada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, a dinâmica dos fatos está dada. Ainda que os processos selecionados para análise fossem anulados ou as condenações neles exaradas revertidas, seu exame permaneceria relevante. Isso porque, como mencionado, sob a perspectiva do impacto sobre os partidos, apenas o fato de haver uma ação penal em curso envolvendo seus membros, especialmente com relação à atividade fim, já carrega reflexos importantes para o equilíbrio das forças políticas em jogo. É de se destacar, por fim, que os processos selecionados envolvem acusados que firmaram acordo de colaboração premiada,

⁷² Além do tensionamento gerado pela decisão de afastamento do Senador Renan Calheiros já mencionado no capítulo precedente, vale citar, também, o episódio da decisão proferida em 24.10.2015, na AC 4039, por meio da qual o então relator da Lava Jato no Supremo Tribunal Federal, o falecido Ministro Teori Zavascki, reconheceu o estado de flagrância do Senador Delcídio do Amaral relativamente ao crime tipado no art. 2º da Lei 12.850/2013: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa organização criminosa” e decretou sua prisão cautelar. No dia seguinte, em sessão extraordinária, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal referendou a decisão monocrática então proferida. STF, AC 4039, Ministro Teori Zavascki, 25 de novembro de 2015. Deve-se anotar, também, que o instrumento da colaboração premiada representou alteração na equação de forças entre investigados e investigadores, assim como entre coinvestigados ou corréus, no processo penal. Tem-se apresentado, ao longo da operação, não só como instrumento de investigação, mas também como ferramenta defensiva, inaugurando dinâmica negocial inédita, ao menos em termos de profundidade, no campo do processo penal. Registre-se, como exemplo, a aderência ao regime de colaboração do doleiro Alberto Youssef e do ex-Diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa, que se apresentam como um dos fatores essenciais ao desenvolvimento da operação Lava Jato.

⁷³ No sistema processual brasileiro, o duplo grau nos processos criminais é garantido, ordinariamente, pela devolução da matéria ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, conforme a matéria. O Superior Tribunal de Justiça, como instância especial com competência constitucional para uniformizar a interpretação da lei federal (art. 105, III, *a*, da Constituição Federal). O verbete sumular 7 daquela Corte estabelece que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Ressalva-se, apenas, as hipóteses de competência originária do Tribunal, para as pessoas que detêm foro por prerrogativa de função, o que também ocorre relativamente ao Supremo Tribunal Federal.

confessaram seus delitos e retornaram recursos aos cofres públicos, o que agrega elementos não só de autoria, mas de materialidade aos crimes processados, bem como com trânsito em julgado parcial.

2.2 Ação Penal 307

O chamado caso Collor⁷⁴ teve duas vertentes: o julgamento por crime de responsabilidade, no âmbito do processo de *impeachment* (BRASIL, 1992e) perante o Senado Federal; e o julgamento por crimes comuns, processado perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1994). Em maio de 1992, o então Presidente da República Fernando Afonso Collor de Mello foi acusado por seu irmão, em revista de grande circulação (PEDRO COLLOR DE MELLO, 1992), de estar associado a um esquema de corrupção gerenciado por Paulo César Cavalcante Farias, que havia sido tesoureiro de sua campanha à presidência. De acordo com as acusações, haveria uma associação ilícita entre o Presidente da República e o ex-tesoureiro, que seria seu “testa-de-ferro”. Paulo César Cavalcante Farias teria grande influência nas decisões do governo, além de adquirir bens em nome próprio, mas em benefício do Presidente da República. Os valores seriam oriundos da arrecadação feita por Paulo César Cavalcante Farias por meio de exploração de prestígio e tráfico de influência.

Instalada a Comissão Parlamentar Mista de Inquerito (CPMI)⁷⁵, vieram à tona alegações de que as despesas do Presidente e de alguns membros de sua família eram custeadas por valores sem origem lícita comprovada. Os valores teriam sido adimplidos por meio de depósitos em conta da secretária particular do Presidente ou pela realização de benfeitoriais em bens imóveis

⁷⁴ Fernando Collor de Mello atualmente está no exercício do mandato de Senador da República (legislatura 2015-2023). Foi o primeiro presidente escolhido por eleições diretas após o promulgação da Constituição Federal de 1988. Já foi réu em quatro ações penais perante o Supremo Tribunal Federal: AP 305, Celso de Mello, (Crimes contra a honra – calúnia e difamação, remetidos ao juízo de origem para processo e julgamento à época), 12 de agosto de 1993; AP 307, Ilmar Galvão, 13 de dezembro de 1994 (denunciado por corrupção passiva – art. 317 do CP. Absolvido por atipicidade da conduta em relação a alguns fatos e insuficiência de provas em relação a outros). AP 451, Luís Roberto Barroso, 26 de setembro de 1993 (denunciado por crime tributário – art. 2º, II, da Lei 8.137/1990. Extinta a punibilidade pelo pagamento); e AP 465, Cármen Lúcia, 24 de abril de 2014 (denunciado por peculato – art. 312 do CP; corrupção passiva – art. 317 do CP; e falsidade ideológica – art. 299 do CP, absolvido por não haver prova suficiente para a condenação). Nunca foi condenado. Atualmente é investigado em Inquéritos perante o Supremo Tribunal Federal no âmbito da operação Lava Jato (Inq 4.167 e 4.166). Sobre as ações penais e inqueritos distribuídos perante o Supremo Tribunal Federal em nome do ex-Presidente, cf. Brasil (1992d). A análise aqui feita restringe-se à Ação Penal 307, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, cuja denúncia concentrava os fatos relacionados ao processo de *impeachment*.

⁷⁵ A Comissão foi criada com base em requerimento do Congresso Nacional do então Senador Humberto Lucena. RQN 52/1992. Consulta ao relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquerito (BRASIL, 1992d).

de sua propriedade. De acordo com o relatório final da CPMI, Paulo César Cavalcante Farias associou-se de forma estável e permanente com mais sete pessoas, entre elas o secretário particular do então Presidente, Claudio Vieira, para cometer delitos. Por sua conduta, teria, também, levado o Presidente da República a omitir-se no dever funcional de zelar pela moralidade pública e de impedir a utilização de seu nome, o que se comprovaria pelo volume de recursos repassados à sua secretária particular, Ana Acioli, bem como à primeira-dama, por correntistas “fantasmas” e pela pessoa jurídica EPC. Relacionou ainda que teriam sido cometidos crimes tributários e contra o Sistema Financeiro Nacional.

No tocante ao Presidente da República, a CPMI concluiu que não haveria “uma só alternativa de compreensão de certos fatos que envolvem o Sr. Paulo César Cavalcante Farias que não inclua o Sr. Presidente da República” (BRASIL, 1992e). O recebimento de valores por meio de seus familiares, de recursos para aquisição de bens ou de benfeitorias e acréscimos em bens imóveis de sua propriedade teriam configurado omissão no zelo pela moralidade pública e em impedir a indevida utilização de seu nome para enriquecimento sem causa de terceiros. A apuração e julgamento dos fatos no campo político, relativamente ao Presidente da República, redundou em sua inabilitação para o exercício de função pública por oito anos, a teor do art. 52 da Constituição Federal. A aplicação da pena de afastamento do cargo ficou prejudicada porque, na abertura da sessão de julgamento no Senado, houve a renúncia ao mandato presidencial (BRASIL, 1992d).

O processo penal foi concluído posteriormente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.⁷⁶ A denúncia foi oferecida contra o ex-Presidente da República, Paulo César Cavalcante Farias e todas as pessoas que, em tese, participaram do esquema que teria viabilizado a criação das contas fictícias e os repasses de dinheiro.⁷⁷ No que se refere ao ex-

⁷⁶ Todas as informações foram extraídas do acórdão proferido em Brasil (1994).

⁷⁷ Foram ainda denunciados pela prática em tese das seguintes condutas: Claudio Francisco Vieira, por orientar a transferência da conta destinada à administração das despesas do ex-Presidente para o Banco Rural, onde contas fictícias foram abertas por Paulo César Farias, assim como por intermediar o recebimento de vantagens indevidas em favor do ex-Presidente; Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo, gerente da BRASILJET, responsável pela transferência de recursos para obras na residência do ex-Presidente e entrega de valores ao candidato Sebastião Curió, materializada pela emissão de cheques-fantasmas de contas mantidas no Banco Rural. Ainda teria aberto contas bancárias com nomes fictícios; Marta Vasconcelos, Rosinete Silva de Carvalho Melanias, Severino Nunes de Oliveira, Giovani Carlos Fernandes de Melo, todos pela abertura e/ou movimentação de contas-fantasmas na qualidade de empregados da empresa BRASILJET ; e Roberto Carlos Marcial de Barros (motorista), por ter, em concurso com Paulo Cesar Farias e Cláudio Francisco Vieira diligenciado a exclusão do nome da BRASILJET de contrato de locação de veículo utilizado por Ana Acioli (secretaria do ex-Presidente). Ao final, foram condenados Paulo César Farias, Rosinete Silva de Carvalho Melanias, Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo, Severino Nunes de Oliveira, todos pela prática do crime de falsidade ideológica pela abertura e/ou movimentação de contas-fantasmas (BRASIL, 1994).

Presidente, a imputação restringiu-se ao crime de corrupção passiva, na forma continuada.⁷⁸ De acordo com a inicial acusatória do Procurador-Geral da República, no período entre a posse na Presidência da República e junho de 1992, Fernando Collor teria recebido vantagens indevidas proporcionadas por Paulo César Farias, pessoalmente, por pessoas fictícias ou pela pessoa jurídica EPC, por ele (Paulo César) controlada. Em contrapartida, o à época Presidente da República teria cooperado comissiva ou omissivamente para que o corruptor obtivesse favores indevidos. A denúncia narrou três episódios que teriam caracterizado a cooperação: (i) a nomeação de Secretário Nacional dos Transportes, cuja indicação por Paulo César Farias teria rendido a este o recebimento de quinze milhões de cruzeiros da Construtora Tratex; (ii) gestões na Petrobras, por intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, para que fosse concedido financiamento de combustível à Viação Aérea São Paulo (VASP), de interesse de seu presidente e do denunciado Paulo César Farias; (iii) solicitação da quantia de dez milhões de cruzeiros à empresa Mercedes-Benz destinadas à campanha do candidato à Câmara dos Deputados Sebastião Curió, por intermédio do denunciado Paulo César Farias. A vantagem indevida teria sido recebida pelo ex-Presidente Collor pelo pagamento de suas despesas particulares, assim como de familiares. O sistema de repassadas envolveria a utilização de cheques vinculados a contas bancárias de pessoas fictícias (contas-fantasma) depositados na conta de sua secretária Ana Acioli.

A tese da acusação contra o ex-Presidente foi extraída da análise conjunta do acervo probatório. A Procuradoria-Geral da República concluiu que Paulo César Farias atuava como longa *manus* do então Presidente. A forma subreptícia pela qual os valores teriam sido repassados, aliada à ausência de origem incontestada dos valores (a tese da sobra de campanha), formaram para a acusação a convicção de que as contas bancárias do agente político eram abastecidas com recursos arrecadados em decorrência de solicitações indevidas feitas por interposta pessoa. A defesa do Presidente, por seu turno, sustentou que os recursos recebidos de Paulo César Farias tiveram duas fontes: empréstimo tomado de uma *Trading* uruguaia e sobras da campanha eleitoral de 1989. Por ocasião do processo de *impeachment*, o Ministério Público teria reconhecido o empréstimo, mas não o volume de sobra de campanha, que,

⁷⁸ “Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (redação vigente à época dos fatos). Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.” (BRASIL, 1940).

oficialmente, alcançaria três mil dólares. Consta da decisão que, ainda que se deduzisse o empréstimo dos valores repassados ao ex-Presidente, restaria um déficit a descoberto de dois milhões e setecentos e cinquenta mil dólares repassados por Paulo César Farias ao ex-Presidente e seus familiares. Esse montante foi justificado pela defesa a partir da revelação, no curso da instrução, do que seria o valor real arrecadado durante a campanha eleitoral à presidência da República: cem milhões de dólares⁷⁹, que teriam sido centralizados em conta mantida em nome de fictício junto ao Banco BMC.

Definida a origem dos recursos, segundo sua versão, a defesa sustentou que sua utilização constituía indiferente penal, porque a ajuda solicitada e recebida durante a campanha eleitoral por quem não exerce a função pública não poderia ser caracterizada como corrupção passiva, nem tampouco o aproveitamento dos recursos que sobejassem. Em reforço de seu argumento, invocou o tratamento da matéria pela Lei 8.713/1993 (BRASIL, 1993b)⁸⁰, que disciplinou as eleições de 1994. Houve, na época, a criminalização de condutas relacionadas ao financiamento de campanha, mas não do recebimento de valores acima dos limites legais. Relativamente ao candidato, havia a tipificação, apenas, da conduta de gastar os recursos que ultrapassassem o limite na campanha eleitoral. No seu entender, portanto, não se poderia cogitar de criminalizar a utilização das sobras de campanha relativas ao pleito de 1989. É interessante destacar, da linha defensiva adotada pelo ex-Presidente, a afirmação de que no máximo caberia admitir que, na qualidade de Presidente de Honra do Partido da Reconstrução Nacional (PRN), do qual era figura de destaque, tivesse tido ciência de que o Partido, por meio do corrêu Paulo César Farias, estaria arrecadando recursos para a campanha eleitoral.

As imputações direcionadas ao ex-Presidente da República foram julgadas improcedentes por maioria, vencidos os Ministros Néri da Silveira, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Sua absolvição fundamentou-se em atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal (CPP), relativamente à solicitação de valores à empresa Mercedes-Benz e às alegadas gestões na Petrobras em favor da Vasp. De acordo com o entendimento prevalecente, a denúncia não teria indicado a vantagem indevida auferida, nem

⁷⁹ A referência em moeda estrangeira é a expressão monetária que consta do acórdão do STF. Em razão do cenário de hiperinflação no final dos anos 80 e início da década de 1990, não era incomum que as referências a valores, para fins de atualização de grandeza, se fizessem em dólares americanos. É notório o fato de que em março de 1990, às vésperas da edição do chamado Plano Collor, a inflação alcançou o inacreditável patamar de 84,32% relativo à variação do Índice de Preço ao Consumidor (IPC).

⁸⁰ Lei 8.713, de 30 de setembro de 1993: “Art. 57. Constitui crime eleitoral: I – doar, direta ou indiretamente, a partido, coligação ou candidato, recurso de valor superior ao definido em lei para aplicação em campanha eleitoral: Pena: multa de valor igual ao do excesso verificado; II – gastar recursos acima do valor definido nesta lei para aplicação em campanha eleitoral: Pena: multa de valor igual ao do excesso verificado; [...]”

tampouco o ato de ofício prometido ou praticado, indispensáveis à configuração da conduta típica descrita no art. 317 do Código Penal (CP). Especificamente no que concerne ao pedido de ajuda financeira à Mercedes-Benz em favor do candidato Sebastião Curió, o Tribunal decidiu, como fundamento adicional à ausência de indicação de ato de ofício, que não havia prova de que a solicitação partiu do então Presidente Fernando Collor de Mello. No tocante ao episódio de nomeação do Secretário Nacional de Transportes, a absolvição fundamentou-se na dúvida sobre a existência do crime, na forma do art. 386, VI. De acordo com o voto do Relator, a conta a partir da qual fluíam os recursos para o Presidente da República, administrada por Paulo César Farias em nome de pessoa fictícia, agregava valores de origem múltipla. Os contratos apresentados para justificar pagamentos feitos pela empresa Tratex, com a qual o Secretário nomeado mantinha vínculos antes de integrar o governo, foram considerados hábeis para o fim pretendido pela defesa.

Quanto à matéria de direito relativa à imputação de corrupção passiva, com reflexos na análise da prova, a questão ficou centrada na necessidade ou não de a configuração do tipo do art. 317 do CP conter como elementar a identificação do ato de ofício objeto da mercância venal. A tese vencedora, propugnada pelos Ministros Relator e Revisor, foi aquela segundo a qual a identificação e descrição do ato de ofício é indispensável. O silêncio do tipo a respeito não excluiria a imprescindibilidade de sua indicação, *uti verbis*:

Por fim, tem razão a defesa de FERNANDO COLLOR DE MELLO quando acentua que, da interpretação sistemática dos tipos dos artigos 333 e 317 do Código Penal, decorre que, este o ato de ofício está inserido na expressão solicitar ou receber... em razão da função. (BRASIL, 1994).

O Ministro Sepúlveda Pertence, compondo a corrente minoritária e vencida à época, estabeleceu como baliza de análise dos fatos sob julgamento a compreensão de que o art. 317 do CP dispensa a identificação do ato de ofício esperado ou oferecido como contrapartida da vantagem indevida. Na ocasião, parecendo antever situações que se repetiriam em processos criminais posteriores, ponderou a situação dos que designou como altos dignatários públicos. Não raro, não são estas figuras as competentes para a prática formal do ato de ofício, sem embargo de que poderiam fazer mercancia com a função “fechando as portas do governo”, ou garantindo sua abertura, para determinada empresa. A questão havia sido enfrentada pelo Ministro já no recebimento da denúncia, pois considerava que, caso fosse exigida a descrição do ato de ofício, a inicial acusatória deveria ter sido rejeitada, por inepta. Superada aquela fase e processado o feito, reafirmou sua posição. O impacto da interpretação prevalecente em contraste com a que adotou foi assim resumido em seu voto, replicando o quanto decidido na fase de juízo deliberatório da ação penal:

14. É inegável que, entre essas duas correntes, o Código brasileiro optou pela segunda, a minoritária, que não exige que a contraprestação do funcionário à vantagem cogitada seja um ato de ofício predeterminado, mas, somente, que haja uma relação genética, uma relação de causa e efeito entre a função do agente e o ato de corrupção visado, auferido ou prometido: ainda que não haja originariamente, no momento da oferta, do recebimento ou da solicitação, conexão com um ato específico, com um ato determinado a praticar. A diferença é extremamente significativa. [...] É claro que, na corrupção de contínuos, de mensageiros, a diferença prática é insignificante; é óbvio que no âmbito do funcionário subalterno, o que se compra, o que se pretende comprar, o que se oferece é um ato específico. Mas, o mesmo não ocorre, quando se trata de altos dignatários, sobretudo na área fértil de oportunidades de corrupção, que é a da intervenção do Estado no domínio econômico: Presidente da República – estou falando só em tese – Presidente da República não celebra contratos pelo BNDES, nem pela Caixa Econômica; o Presidente da República não põe projetos da SUDENE, nem os retira; o Presidente da República não dá licença de importação... (BRASIL, 1994).

Como já mencionado, não se pretende neste capítulo substituir a avaliação das provas feita pela maioria do Supremo Tribunal Federal nesse julgamento, mas apenas descrever analiticamente o que dele emanou. O que se extrai dos elementos constantes do acórdão, de forma incontroversa⁸¹, é que havia movimentação paralela de recursos captados pelo candidato à Presidência da República pelo PRN para fins eleitorais (vulgarmente conhecido por Caixa Dois), mantidos em “contas-fantastamas”, que não permitiam o rastreamento dos reais responsáveis e beneficiários das movimentações. De notar que, à época dos fatos, ainda não havia lei tipificando como crime a lavagem de bens e capitais, como ocorre hoje nos termos da Lei nº 9.613/1998. Aqueles envolvidos com a conduta de ocultar os recursos contabilizados em paralelo foram denunciados e condenados à época por falsidade ideológica (BRASIL, 1940, art. 299). O efeito prático é que pessoas envolvidas com a parte operacional da movimentação de recursos foram condenadas, ficando impunes aqueles que dela se beneficiaram. A ausência, à época, de legislação detalhada sobre o financiamento de campanha, sua contabilização e destino dos valores não utilizados, aliada à interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de corrupção passiva, redundou no seguinte quadro: o agente político que fosse sustentando por um particular ou empresa, para atender aos seus interesses gerais no exercício do cargo, poderia ficar impune. Mais, a “reserva” prévia do agente político para fins ilegais poderia ser feita ainda no curso da campanha, pela doação de valores repassados a esse título e que sobejassem, sem qualquer outra consequência.

⁸¹ Ação Penal 307, Ilmar Galvão. Relator, p. 2.283: “Como se vê, repita-se, não negam os dois primeiros acusados [Fernando Collor de Mello e Paulo Cesar Farias] o fato de haver o primeiro, no período de julho de 1990 a abril de 1992, recebido das mãos do segundo, sob a forma de depósitos bancários e pagamento direto de contas de sua responsabilidade, substanciais suprimentos em dinheiro, como descrito na denúncia. Entretanto, enquanto a denúncia atribui tais recursos a pagamentos, após a posse do primeiro acusado na Presidência da República, por diversas empresas privadas que mantinham relações negociais com o Governo Federal ou dele dependiam, para o normal exercício de sua atividade econômica, entre a quais a TRATEX, os acusados apontam, como origem desse dinheiro, as sobras da campanha eleitoral.”

As despesas do Presidente da República, o mais alto dignatário do Executivo Federal, foram pagas com significativo volume de recursos oriundos de conta bancária registrada em nome de pessoa inexistente e, ainda, por meio de movimentações bancárias que também envolviam outras contas-fantasma. Essa conta-fonte (mantida em nome da pessoa fictícia Alberto Alves Miranda) teria centralizado as sobras de campanha, cuja movimentação estava sob a responsabilidade de Paulo César Farias, mas também teria sido abastecida por valores recebidos por ele próprio e pela sua empresa ECP, em fase posterior à posse presidencial. A real separação das fontes de custeio dessa conta centralizada não foi dirimida pela acusação, segundo os julgadores, e a confusão patrimonial gerada constituiu um dos fatores para a absolvição dos acusados. Mais do que presumidamente inocentes, os acusados de corrupção passiva na Ação Penal 307 foram assim declarados por decisão transitada em julgado. Sem embargo, essa absolvição assenta-se, também, na atipicidade da conduta, atestada como ocorrida, de utilização de sobras de campanha para fins pessoais, sem qualquer identificação da origem.

Outro dado que se extrai do acórdão diz respeito à forma de atuação de Paulo César Farias, identificado como Tesoureiro das campanhas do ex-Presidente. Além da imputação de corrupção passiva em concurso de pessoas com Fernando Collor de Mello, esse acusado também foi denunciado por corrupção ativa, coação no curso do processo, supressão de documento e falsidade ideológica (arts. 317, 343, 344, 305 e 299, todos do Código Penal, respectivamente). O réu apenas foi condenado pela prática do crime de falsidade ideológica, em razão da abertura e movimentação de contas bancárias em nome de pessoas fictícias. Em trecho de seu depoimento transcrito no voto do Ministro Relator, consta que Paulo César Farias, Tesoureiro das campanhas de Fernando Collor ao governo de Alagoas em 1986 e à Presidência da República em 1989, afirmou que, à luz da legislação então vigente, não era possível fazer campanha com obediência à legislação. Sustentou que a proibição de doação por pessoas jurídicas jamais foi levada a sério e que todas as campanhas eram realizadas com Caixa Dois. Segundo declarou à época, “as campanhas eleitorais no Brasil são feitas com o Caixa Dois das empresas e assim o foram, e assim continuam, enquanto não houver uma legislação séria neste País”. A imputação de falsidade ideológica feita pela Procuradoria-Geral da República, à época, tinha como substrato fático, além das contas bancárias fantasmas, notas fiscais que sustentariam recebimentos pela empresa EPC por serviços de consultoria em fase posterior à posse presidencial. As declarações prestadas pelas empresas pagadoras sobre a efetiva prestação dos

serviços foram consideradas suficientes para a absolvição, sob a perspectiva do ônus probatório.⁸²

O resultado do processo penal não espelhou os achados da Comissão Mista Parlamentar de Inquérito. É desnecessário, por evidente, tecer considerações sobre a diferença do âmbito cognitivo de cada espaço de análise. Há limitações inerentes à jurisdição criminal quanto à adequação típica das condutas, assim como quanto à carga probatória necessária ao juízo condenatório. Mesmo com essas ressalvas, observa-se que não é incorreto extrair da decisão judicial a afirmação de que havia um trânsito intenso de recursos privados para agente político, arrecadados sob pretexto de financiamento de campanha, a despeito de não se ter conferido tipicidade a essa conduta. A legislação que regulou as eleições imediatamente posteriores a esses eventos – a Lei nº 8.713/1993 (BRASIL, 1993b) – acolheu propostas apresentadas pela Comissão Parlamentar, especialmente no que se refere ao controle das contas com o fim de fiscalizar a arrecadação e gastos relativos às eleições de 3 de outubro de 1994. O relatório final da Comissão indicou a proposição de projeto de lei, cujo texto contemplava dispositivo específico sobre a criminalização de financiamento e gastos ilegais, que veio a ser reproduzido na lei de referência.⁸³ Foi introduzido naquela lei temporária o tipo do art. 57, que criminalizou a doação – direta ou indireta, a partido, coligação ou candidato – de recurso superior ao definido em lei para aplicação em campanha eleitoral. Tipificou-se, também, a conduta daquele que gastasse tais recursos. Além disso, foram estabelecidos limites para as doações. Em 1995, adveio a Lei dos Partidos Políticos e, em 1997, a Lei nº 9.504, chamada Lei Geral das Eleições. A despeito dessas alterações legislativas, a corrida eleitoral voltou a estar no epicentro de rumorosos processos criminais, como se expõe em sequência.

2.3 Ação Penal 470

⁸² A imputação relacionava-se a notas fiscais por serviços prestados às empresas Tratex, Mercedes-Benz, Grupo Votorantin, Construtora Norberto Odebrech S.A, Cetenco Engenharia S.A, Mendo Sampaio S/A e Cooperativa Regional de Produtores de Açúcar e Alcool de Alagoas, conforme consta do voto do Relator (BRASIL, 1994).

⁸³ BRASIL, Câmara dos Deputados, Comissão Especial. Projeto de Lei nº 3.831 de 1993, Relator Deputado João Almeida: “Em primeiro lugar, salientamos o Capítulo que trata da arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais. Ali estão propostas medidas que aperfeiçoam a legislação de controle financeiro, de modo a torná-la eficaz, já que não se admite que, após todas as irregularidades de campanha largamente denunciadas recentemente, o Congresso Nacional permaneça inerte, sem oferecer à sociedade mecanismos saneadores de práticas por ela condenadas.”

A forma pela qual foram deflagradas as investigações que redundaram na Ação Penal 470 parece reeditar parcialmente o roteiro seguido no chamado caso Collor. Os fatos são complexos, porém notórios. Resumidamente, em maio de 2005, durante o primeiro mandato do ex-Presidente Luis Ignácio Lula da Silva, um empregado da Empresa Correios e Telégrafos (ECT) foi flagrado recebendo vantagem indevida (dinheiro) de empresários, aparentemente para beneficiá-los em contratações com a empresa pública e receber contrapartida a ser direcionada ao grupo político que afirmava representar. A filmagem, feita por seus interlocutores, foi veiculada em matéria de revista de grande circulação (POLICARPO JUNIOR, 2005). Na gravação, o empregado público indicado como corrompido relata que atuaria sob o comando do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Implicado, o Presidente do partido, Roberto Jefferson, acabou por ir a público denunciando a existência de um sistema de pagamentos aos parlamentares da base aliada do governo. Segundo sua versão, o Tesoureiro do Partido dos Trabalhadores (PT) teria feito repasses mensais a Deputados Federais, entre 2003 e 2004, com o fim de garantir o apoio necessário aos projetos do governo, que seria sustentado, também, pelo loteamento político de cargos públicos (EDITORIA, 2005).

Na sequência das denúncias, foi instaurada Comissão Parlamentar Mista de Inquérito direcionada a apurar os indícios de ilicitude nos Correios (BRASIL, 2005), assim como a notícia de recebimento de vantagem indevida por membros do Congresso Nacional, com a finalidade de aprovar as matérias do Poder Executivo e a Proposta de Emenda à Constituição 1/1995 (reeleição para mandatos executivos) (BRASIL, 2005). Especificamente no que se refere às notícias de compra de apoio parlamentar para o governo em curso à época, o trabalho das comissões convergiu e teve como fio condutor as atividades de Marcos Valério Fernandes de Souza, proprietário das empresas de publicidade DNA Propaganda e SMP&B Comunicação, que surgiu nas notícias como de fato responsável pelos repasses financeiros.

Paralelamente, tramitou o Inquérito 2.245 (BRASIL, 2007b), sob a supervisão do Supremo Tribunal Federal, para apuração dos mesmos fatos, que redundou em denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República em face de quarenta pessoas⁸⁴, agrupadas por

⁸⁴ Foram denunciados: José Dirceu de Oliveira e Silva; José Genoíno Neto, Delúbio Soares, (arts. 333 e 288 do CP); Silvio Pereira (art. 288 do CP); Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz (arts., 288, 333, 312, do CP, art. 1º da Lei 9.613/1998 e art. 22 da Lei 7492/1986); Rogério Lanza Tolentino (arts., 288, 333, do CP, art. 1º da Lei 9.613/1998); Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Geiza Dias dos Santos (arts 288 e 333 do CP, art. 4º e 22 da Lei 7492/1986, art. 1º da Lei 9.613/1998); Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinicius Samarane (arts 288 do CP, art. 4º e 22 da Lei 7.492/1986, art. 1º da Lei 9.613/1998); Ayanna Tenório Torres de Jesus (arts 288 do CP, art. 4º da Lei 7.492/1986, art. 1º da Lei 9.613/1998); João Paulo Cunha, Henrique Pizzolato (arts. 317 e 312 do CP e art. 1º da Lei 9.613/1998); Luiz Gushkien (art. 312 do CP); José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry Neto, João Cláudio de Carvalho Genu, Valdemar Costa Neto, Jacinto de Souza Lamas (arts. 288, 317 e art. 1º da Lei 9.613/1998); Antônio Lamas, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg, Carlos Alberto Quaglia (arts. 288 CP e art. 1º da Lei 9.613/1998); Carlos Alberto Rodrigues Pinto –

campo de atuação: núcleo político central, composto por ex-dirigentes do PT, que seriam responsáveis por estabelecer as diretrizes de atuação para a distribuição dos recursos aos parlamentares; núcleo publicitário, encarregado de operacionalizar a captação e repasse dos recursos; e núcleo financeiro, operadores vinculados a instituições financeiras e orientados à obtenção de vantagens indevidas e lavagem de dinheiro. Foram denunciados, também, parlamentares do PP, PL, PTB, PMDB e PT, como beneficiários dos repasses indevidos. Entre os denunciados, 25 réus foram condenados, incluídos três réus que haviam ocupado a cúpula do PT.

Consta da denúncia da Procuradoria-Geral da República que houve a estruturação de um esquema de desvio de recursos públicos visando a custear o pagamento de apoio parlamentar em favor dos interesses do Governo Federal, bem como financiar campanhas do PT e saldar suas dívidas pretéritas. A captação e repasse das vantagens patrimoniais teria sido implementada por um núcleo operacional e outro financeiro, garantindo a lavagem de capitais e a entrega dos valores e vantagens aos beneficiários. Nesse sentido, a inicial acusatória afirma:

Os denunciados operacionalizaram desvio de recursos públicos, concessões de benefícios indevidos a particulares em troca de dinheiro e apoio político, condutas que caracterizam os crimes de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas. (BRASIL, 2017j).

A partir de alguns parâmetros, pode-se identificar traços de singularidade no desenvolvimento dessa ação penal. Sob o aspecto formal, o julgamento em si, como é sabido, ocupou mais de cinquenta sessões do plenário do Supremo Tribunal Federal. Após a lavratura do acórdão e julgamento dos embargos de declaração, travou-se intensa divergência acerca do cabimento de embargos infringentes nas ações penais originárias perante aquela Corte, que findaram por ser recebidos, processados e julgados. Sob o aspecto subjetivo, figuras proeminentes da República e do mercado, como o ex-Ministro da Casa Civil e dirigentes de instituições financeiras, foram julgadas e condenadas, algumas em regime fechado, o que, até

Bispo Rodrigues, Roberto Jefferson Monteiro Francisco, Emerson Ely Palmieri, José Rodrigues Borba (art. 317 do CP e art. 1º da Lei 9.613/1998); Romeu Queiroz, Paulo Roberto Galvão da Rocha, Anita Leocádia Pereira da Costa, Luis Carlos da Silva – Professor Luizinho, João Magno de Moura, José Luiz Alves (art. 1º da Lei 9.613/1998); Anderson Adatao (art. 317 do CP e art. 1º da Lei 9.613/1998); José Eduardo Cavalcanti de Mendonça – Duda Mendonça e Zilmar Fernandes Silva (art. 22 da Lei 7.492/1986 e art. 1º da Lei 9.613/1998). Anderson Adatao, Antônio Lamas, Anita Leocádia, Ayanna Tenório, Duda Mendonça, Geiza Dias, João Cláudio Genu, João Magno, José Luiz Alves, Luiz Gushiken, Paulo Rocha, Professor Luizinho e Zilmar Fernandes foram absolvidos. Carlos Alberto Quaglia foi o único com o feito desmembrado e remetido à primeira instância, José Janene faleceu no curso do processo e, conseqüentemente, teve sua punibilidade extinta, e Silvio Pereira fez acordo para suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995. A referência a quadrilha ou bando diz respeito ao *nomen iuris* conferido ao tipo penal do art. 288 do Código Penal antes da alteração introduzida pela Lei 12.850/2013, que, além de alterar a indicação para associação criminosa, reduziu a composição mínima de integrantes para três pessoas.

então, não se havia registrado naquela ordem de grandeza. Por fim, e esse é um ponto que importa ao presente estudo, o próprio sistema político foi, em certa medida, colocado no banco dos réus.

Conforme a tese da acusação, o núcleo político central, formado pelos ex-dirigentes do PT, teria utilizado os mecanismos criminosos colocados à disposição pelo operador Marcos Valério e seu grupo, que formava o núcleo publicitário, para o fim de garantir o apoio da base aliada.⁸⁵ Esse operador teria recebido “carta-branca” para adotar as medidas que considerasse necessárias para angariar os recursos indispensáveis ao esquema de corrupção que se pretendia instalar. A Ação Penal 470 limitou-se objetivamente a apurar desvios de recursos que teriam ocorrido na Câmara dos Deputados e no Banco do Brasil, todos por meio da execução de contratos publicitários firmados com empresas de Marcos Valério (SMP&B e DNA Propaganda).

Ficou assentado no julgamento que os desvios no Banco do Brasil ocorreram de duas formas: apropriação pela contratada do chamado bônus de volume e repasses à DNA Propaganda, sem cobertura contratual, de verbas de publicidade do Visanet colocadas à disposição do Banco do Brasil. Na Câmara dos Deputados, por seu turno, firmou-se que os serviços de comunicação contratados jamais foram prestados, a despeito de pagos. Os pagamentos aos beneficiários indicados pelo ex-Tesoureiro do PT eram feitos mediante saque de vultosas quantias em espécie nos Bancos Rural e BMG, registrados no Banco Central do Brasil como pagamentos da SMP&B a fornecedores. Ficou assentado, também, que o esquema criminoso lançou mão do artifício de empréstimos simulados, concedidos às empresas de Marcos Valério e ao Partido dos Trabalhadores, como forma de “esquentar” o dinheiro.

A tese das defesas foi assim resumida pelo Ministro Relator:

Os réus encarregados da entrega do dinheiro aos intermediários dos beneficiários finais alegaram que os recursos haviam sido adquiridos licitamente, por empréstimos bancários, não tendo, por isso, origem criminosa, o que afastaria a incidência do tipo penal de lavagem de dinheiro. Negam, ainda, a acusação de que os empréstimos seriam fraudulentos.

Os gestores do Banco Rural alegaram, por sua vez, que todo o procedimento foi feito com observância das normas do Banco Central.

O réu DELÚBIO SOARES admite a prática de caixa dois de campanha, conduta que preenche o tipo penal do art. 350 do Código Eleitoral, cuja penal é de até 5 anos de reclusão.

⁸⁵ Essa estrutura já teria sido arquitetada e usada na esfera estadual relativamente à campanha do governador Eduardo Azeredo. A apuração relativamente a esses fatos, que ficaram conhecidos como o mensalão tucano, se processou na Ação Penal 536, perante o STF, conforme já referido.

Os Réus que receberam os recursos por meio dos intermediários do esquema alegaram que se tratava de ajuda financeira repassada pelo Tesoureiro do partido dos Trabalhadores, destinada ao pagamento de fornecedores de campanhas.

Os acusados de peculato negaram a posse ou disponibilidade sobre os recursos em tese desviados e afirmaram que os contratos publicitários mantidos pelos órgãos públicos envolvidos com as empresas SMP&B e DNA Propaganda eram lícitos e foram cumpridos.

Os réus DUDA MENDONÇA e ZILMAR FERNANDES alegaram que tiveram de se submeter à sistemática de pagamento imposta pelos réus DELÚBIO SOARES e MARCOS VALÉRIO e que só por essa razão receberam recursos em espécie e em contas abertas no exterior.⁸⁶ (BRASIL, 2013c, p. 51.820).

No curso do julgamento, diversas questões dogmáticas foram debatidas e enfrentadas: a relevância do ato de ofício no crime de corrupção passiva, que havia sido enfrentada no Caso Collor; os critérios para atribuição de autoria aos integrantes do núcleo político no crime de corrupção⁸⁷; a natureza dos recursos do fundo Visanet para fins de definição do crime de peculato.⁸⁸ Todos esses pontos são extremamente relevantes e merecem ser revisitados pela doutrina sempre que possível. No entanto, não seria viável, nos limites e para os propósitos deste estudo, analisar cada um desses aspectos. Em consonância com o que se pretende pontuar para a hipótese desenvolvida nesta tese, mostra-se pertinente centrar a atenção nas imputações de gestão fraudulenta e corrupção ativa contidas nos capítulos V e VI da denúncia da Procuradoria-Geral da República.⁸⁹

⁸⁶ As páginas referem-se à numeração que consta do arquivo da decisão disponível ao usuários na página de consulta jurisprudencial do STF.

⁸⁷ Especificamente quanto a este ponto, o voto do relator afirmou a condição de autor dos dirigentes políticos pelo crime de corrupção ativa a partir da teoria do domínio da organização, ou teoria por aparato organizado de poder. Desenvolvida na década de 60 do século XX por ocasião do julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, visava a “fundamentar a punição a título de autor mediato, daquele ou daqueles que se encontram no ápice [...] de uma ordem para delinquir, em uma estrutura organizada à margem do Estado de Direito” (SOUZA, 2013). Sua transposição para o âmbito da criminalidade econômica não é infensa a críticas pela doutrina, a despeito de adotada pelos tribunais. A literatura sobre o tema é inabarcável, *eg.* Dutra (2012); Feijoo Sánchez (2009, p. 31-8); Roxin (2000); Schünemann (2002, p 9-38).

⁸⁸ A defesa de Henrique Pizzolato sustentava a natureza privada dos recursos do Fundo Visanet, com o fim de afastar a imputação de peculato (art. 312 do CP). No entanto, firmou-se o entendimento de que este Fundo era composto de recursos disponibilizados pela Companhia Brasileira de Meios de Pagamento, da qual o Banco do Brasil teria participação acionária. Tendo em conta a natureza de sociedade de economia mista dessa instituição financeira, estaria atendida a natureza pública dos recursos apropriados. Em reforço de argumentação, afirmou-se, também, que ocorreria a adequação típica da conduta do peculato mesmo que os recursos fossem privados, eis que o tipo alcança o funcionário público em sentido amplo (art. 327, § 1º, do CP) que tem a posse de recursos privados em razão do cargo. Veja-se a propósito o voto da Ministra Rosa Weber no julgamento em referencia. p. 52.760.

⁸⁹ A denúncia foi estruturada em sete capítulos, acrescida de uma introdução que contextualiza os fatos a partir da ótica da acusação, assim divididos: II – descreve o crime de quadrilha (atualmente designado por associação criminosa); III – desvio de recursos públicos, que detalha os mecanismos pelos quais valores do erário ou postos sob a guarda de funcionários públicos foram desviados para abastecer as práticas corruptas; IV – lavagem de dinheiro; V – gestão fraudulenta de instituição financeira; VI – corrupção ativa, corrupção passiva, quadrilha e lavagem de dinheiro por parte de agentes vinculados aos Partidos da base aliada do Governo; VII – lavagem de dinheiro por agentes vinculados ao Partido dos Trabalhadores e o ex Ministro dos Transportes ; e VIII – evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

2.3.1 Capítulo V da denúncia: das imputações de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/1986)

O capítulo V da denúncia descreve a conduta dos dirigentes do Banco Rural relacionada a quatro operações de crédito com as empresas do chamado núcleo publicitário e com o Partido dos Trabalhadores, cuja classificação de risco⁹⁰ foi refeita pelo Banco Central do Brasil em razão da grande discrepância com aquela originalmente atribuída. Essas quatro operações haviam sido classificadas pela instituição financeira nos níveis de risco mais baixos da escala (A, B e C), embora sua situação de total inadimplência as configurasse no nível H, o último e pior. Segundo a tese da acusação, esse enquadramento deu-se de forma deliberada, com o intuito de simular uma situação contábil inexistente e com aumento irreal de sua capacidade operacional. Dos quatro contratos, um foi diretamente concedido ao Partido dos Trabalhadores e havia sido classificado no nível A, o de mais baixo risco a despeito, repita-se, da situação de inadimplência total.

Alguns artifícios teriam sido utilizados pelos dirigentes do Banco Rural para viabilizar as operações e apagar seus reflexos negativos na capacidade operacional da instituição. Por esse motivo, a ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente e um ex-executivo do Banco foram condenados pelo crime de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/1986).⁹¹ Embora a imputação neste capítulo tenha sido direcionada aos agentes vinculados ao sistema financeiro, o detalhamento das operações relacionadas ao empréstimo concedido ao PT foi tido como provado no julgamento que o Banco Rural concedeu empréstimo de três milhões de reais àquela agremiação política por meio de Cédula de Crédito Rural, em maio de 2003, que foi renovado por dez vezes, sem pagamento e com incorporação de encargos. Assinaram o contrato pelo PT seu Tesoureiro e o Presidente, à época. As garantias foram avais concedidos pelo próprio Tesoureiro e pelo empresário Marcos Valério. Mesmo com indicação negativa do Comitê Executivo de Crédito, por ocasião das quinta e sexta renovações, a rolagem da dívida foi concretizada. Os outros três empréstimos analisados, concedidos às empresas do chamado núcleo publicitário, também

⁹⁰ Os critérios para classificação de risco das operações era regulado à época pela Resolução BACEN (BRASIL, 1999), que estabelecia escala com base no período de inadimplência, bem como os percentuais de provisão para fazer face aos créditos de liquidação duvidosa (arts. 4º e 6º).

⁹¹ Brasil (1986): “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.”

foram, segundo a prova dos autos, concedidos e sucessivamente renovados a partir de garantias frágeis. Em um deles, a inadimplência ensejou cobrança judicial. Sem embargo, a prova pericial veio a comprovar que a quitação, homologada em juízo, foi feita com recursos oriundos da própria instituição financeira, por triangulação com outra empresa do grupo publicitário.

Como consignado pelo Relator, “empréstimos nunca cobrados ou concedidos ou renovados sem qualquer preocupação com o mutuante podem ser considerados como tais?” (BRASIL, 2013c). Toda a análise da prova deste tópico da denúncia foi voltada para os parâmetros que deveriam ter sido observados pelos dirigentes da instituição financeira com vistas à preservação de seu interesse, mas o que se extrai de relevante para a hipótese aqui desenvolvida é a perspectiva do tomador.⁹² A condenação dos dirigentes pelo crime de gestão fraudulenta expôs a utilização de um simulacro de empréstimo formal ao partido. Equivale dizer, a estrutura do partido político foi utilizada para a arrecadação de valores que a princípio deveriam ter ingressado em seus cofres por outra via. Dito de outro modo, embora os dirigentes da instituição financeira tenham sido denunciados apenas por gestão fraudulenta, o reconhecimento judicial de que o repasse dos recursos foi, de fato, gracioso e apenas se revestiu da aparência de recursos, conduz à conclusão de que houve um financiamento ilegítimo da atividade partidária. Os votos proferidos relativamente a esse tópico mencionam, pontualmente, a expressão temerária para adjetivar a concessão dos empréstimos, o que conduziu a algumas críticas quanto a ter o Tribunal confundido as figuras da gestão temerária e fraudulenta.⁹³ A imputação, no entanto, que foi acolhida, refere-se expressamente à atuação dolosa para conferir à instituição uma capacidade operacional fictícia.

É preciso registrar que se extrai do julgamento que o Banco Rural possuía um departamento de *compliance* que foi instrumentalizado para encobrir a realização das operações ilícitas, o que, a princípio, poderia depor contra a hipótese sustentada neste estudo, ou seja, programas preventivos seriam ineficazes para o fim a que se destinam. No entanto, é certo afirmar, também com base no julgamento sob análise, que essa instrumentalização indevida foi um dos elementos que tornou explícita a atuação contrária ao direito que havia se desenvolvido (BRASIL, 2013c). O réu Vinícius Samarane era Diretor de Controles internos do Banco Rural, que deveria funcionar como um *compliance officer*. Sua responsabilização individual pelos empréstimos considerados simulados deu-se em decorrência das omissões dolosas acerca das

⁹² Diz-se formalmente, porque, de acordo com a denúncia do Ministério Público Federal, diversos empréstimos foram feitos em nome das empresas do núcleo publicitário para repasse ao Partido dos Trabalhadores, por interpostas pessoas.

⁹³ Sobre críticas à adequação típica feita pela Corte, cf. Vila-Nova (2013).

inconformidades constatadas nos contratos da SMP&B e do PT. A decisão do Supremo Tribunal Federal por sua condenação assentou-se especialmente no fato de que, segundo prova testemunhal, as irregularidades eram inseridas nos relatórios produzidos pelo Departamento e excluídas em sua versão final, revisada pelo réu.

Sobre essa imputação, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz avaliam que a condenação dos dirigentes da instituição financeira por condutas previstas no art. 1º da Lei 9.613/1998 fundamentou-se basicamente no descumprimento dos deveres previstos na legislação de regência. Objetam que as disposições da mencionada lei fixam responsabilidade administrativa pelo não cumprimento de regras de *compliance*, o que não poderia corresponder a deveres de vigilância para fins penais. Consoante ressaltam, as figuras de lavagem por equiparação, especialmente aquelas do art. 1º, § 2º, da lei, não seriam aptas a permitir um decreto condenatório nas circunstâncias, porque não há referência ao descumprimento de regras de *compliance* para esse fim. O dolo eventual, embutido no tipo com a redação da Lei nº 12.683/2012 (BRASIL, 2012a),⁹⁴ não se faria presente pelo mero descumprimento normativo (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 109). Na percepção dos autores, a análise judicial deveria ter perquirido acerca da cadeia de comunicação sobre as operações, a persistência dos dirigentes em prosseguir e a possibilidade real do responsável pelo *compliance* de estabelecer medidas corretivas, para fixar, ou não, sua responsabilidade por omissão.

A condenação do responsável pelo departamento de *compliance* da instituição financeira enseja, de fato, reflexões acerca da relevância da omissão para aquele que deve acompanhar/garantir a conformidade dos procedimentos com a legislação.⁹⁵ Mas não se pode desconsiderar que a indicação de uma atuação voltada ao encobrimento, por quem tem o dever de zelar pelo cumprimento, é relevante na composição do conjunto probatório, como parece ter sido o caso julgado. A hipótese posta envolvia empréstimos que sequer indicavam ser reais e o encobrimento desse fato para que pudessem desenvolver-se sem entraves das autoridades fiscalizadoras. Tanto que houve uma classificação extremamante díspare em termos de risco.

Do que exposto até aqui, observa-se que os recursos financeiros comprovadamente transferidos a diversos partidos políticos foram captados, conforme se apurou nos autos, a partir

⁹⁴ O art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998 estatui que incorre nas mesmas penas cominadas à ocultação e dissimulação de bens, direitos e valores aquele os utiliza na atividade econômica ou financeira. O texto atual tem redação conferida pela Lei 12.683/2012 e em sua versão original continha a expressão “que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes”. A supressão da expressão “que sabe” remete à noção de que o tipo em vigor contempla o dolo eventual e não apenas o direito.

⁹⁵ Sobre a relação dos programas de *compliance* e a atribuição de responsabilidade individual, cf. Souza (2010); Costa e Araújo (2014).

de desvio de recursos públicos ou dos empréstimos simulados concedidos ao Partido dos Trabalhadores pelo Banco Rural, diretamente ou por meio de contratações com as empresas de Marcos Valério. A acusação sustentou que esses repasses ocorreram a título de compra de apoio político. A tese das defesas foi de que configuravam ajuda financeira aos partidos sem a devida contabilização (Caixa Dois). Tanto as defesas de José Genoíno como de José Dirceu assentaram-se, também, no desconhecimento acerca das questões financeiras e completa autonomia do Tesoureiro do Partido. Consta do acórdão que a defesa do ex-Tesoureiro Delúbio Soares não negou a existência dos empréstimos pelo PT por meio das empresas de Marcos Valério, afirmou sua licitude e invocou prova testemunhal para atestar que os repasses, além de lícitos, “fazem parte da estrutura política do PT e de suas agremiações” (BRASIL, 2013c). Ainda que se considere a versão mais favorável⁹⁶ aos réus para a análise que aqui se empreende, ignorando-se, por um momento, o que transitou em julgado, a excessiva independência do Tesoureiro no trato dos recursos do partido e o trânsito de valores de forma paralela entre os partidos sem qualquer controle interno seriam elementos por si só a gerar imensa inquietação. A prevalecer a tese defensiva, restaria ainda evidente a ausência de transparência quanto às fontes de financiamento da agremiação política, que estava sendo abastecida por via transversa com ajuda de empresa que mantinha contratos com a Administração Pública.

A condenação dos dirigentes da instituição financeira por gestão fraudulenta pressupôs a simulação dos empréstimos firmados. Na prática, pela compreensão do julgado, os valores foram graciosamente repassados para o partido político, redundando, portanto, em financiamento de suas atividades. A imputação por crime contra o sistema financeiro significou, ao final, o meio pelo qual o financiamento ilícito foi indiretamente punido. É de se indagar, no entanto, se apenas a perspectiva do sistema financeiro nacional é relevante nesse contexto e se a conduta dos agentes não afetou outros bens jurídicos que deveriam estar resguardados pelo Direito Penal.

2.3.2 Capítulo VI da denúncia: da imputação de corrupção passiva aos parlamentares da base aliada

⁹⁶ A consideração da versão mais favorável leva em consideração a pena abstratamente prevista no preceito secundário dos tipos imputados na denúncia e aquele que a defesa pretendia que prevalecesse. Os réus do núcleo político foram acusados de corrupção ativa e lavagem de dinheiro, mas afirmavam atipicidade das condutas ou a adequação típica ao delito de que trata o art. 350 do Código Eleitoral: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.”

Ficou assentado no julgamento que valores depositados nas contas das empresas de Marcos Valério, integrante do núcleo publicitário, foram repassados a parlamentares da base aliada do governo com a intermediação do Banco Rural, que viabilizava saques de vultosas somas em dinheiro e os registrava como pagamentos a fornecedores das empresas. Consoante a tese da acusação, tais pagamentos configuraram compra de apoio político e, por isso, imputou aos beneficiários o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). Para sustentar sua versão, a denúncia invocou a votação das reformas previdenciária e tributária. Os políticos denunciados integravam os partidos da base aliada e votaram, conforme a orientação das bancadas, pela aprovação das Emendas Constitucionais 40 e 41 de 2003. Diante desse fato, a controvérsia assentou-se sobre o fundamento dos pagamentos por eles recebidos. O Tesoureiro do PT afirmou que os valores haviam sido distribuídos para custear dívidas e despesas de campanha. Os parlamentares, por seu turno, ou negaram os recebimentos ou os justificaram sob a rubrica de acordos financeiros entre os partidos.

O que importa para a análise ora desenvolvida é que a ausência de fundamento idôneo para os repasses aos parlamentares foi um elemento central para a elaboração do juízo condenatório. Além disso, a regularidade dos pagamentos e sua dissonância com períodos de campanha conduziram à recusa da versão de que os pagamentos se limitavam à contabilidade paralela e não configuravam corrupção. Destacou-se, especialmente, que ainda que se destinassem a custear despesas de campanha, tal fato não seria suficiente para descaracterizar o delito de que trata o art. 317 do CP.

O voto da Ministra Rosa Weber enfrentou detalhadamente a relação entre corrupção passiva e doações eleitorais. O recebimento escamoteado da doação eleitoral, por outra ótica, afastaria eventual lavagem de capitais, na medida em que não haveria a conversão em ativo lícito para fins de configuração do tipo. Consta de trecho do voto:

Se o agente público solicita ou recebe vantagem indevida em razão de seu ofício, ela não se converte em vantagem devida por destinada a gastos com eleições, em absoluto restando inibida a concretização do tipo da corrupção passiva do art. 317 do CP. []

Do ponto de vista do corruptor, se este, para angariar apoio político, promete o concorda em pagar por ele, ainda que destinado posteriormente o numerário para campanha eleitoral, não fica desnaturada a vantagem indevida e, por conseguinte, o crime de corrupção ativa do art. 333 do Código Penal. [...]

Assim, se o repasse foi ou não determinante para o apoio político, se os votos dos parlamentares seriam ou não os mesmos sem repasse, trata-se de questão irrelevante ao presente julgamento, com suposições a título meramente especulativo, mergulho no oceano incerto das intenções humanas. O fato relevante é que o acordo político para sustentação do Governo Federal envolveu, segundo o conjunto probatório, o

repassa de dinheiro a parlamentares, de forma sub-reptícia, pelas empresas de Marcos Valério. (BRASIL, 2013c).

O elemento de mercancia para a configuração da corrupção passiva foi um tema central na análise dessa imputação. Como já havia ocorrido no julgamento da Ação Penal 307, surgiu o debate acerca de ser o ato de ofício uma elementar implícita do tipo do art. 307 do CP. A prevalecer esse entendimento, seria necessária a descrição na denúncia da contrapartida oferecida pelo agente para a vantagem solicitada, recebida ou aceita. Os limites dessa compreensão teriam sido alargados no julgamento da AP 470. Os votos da Ministra Rosa Weber, e dos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e Dias Toffoli teriam sido incisivos em considerar que o ato de ofício não constitui elementar do tipo de corrupção passiva e, por isso, teriam considerado prescindível a sua indicação para dar trânsito a eventual condenação por esse delito. De toda sorte, mesmo na concepção dos Ministros que expressamente se posicionaram por uma compreensão mais literal do tipo, o ato de ofício não deixou de ser relevante no contexto típico, na medida em que a solicitação da vantagem indevida deve ser motivada por um ato passível de ser praticado ou omitido no universo de atribuições do funcionário público. O crime de corrupção passiva, nesse cenário, estaria centrado na mercancia da função e não de um ato específico a ser praticado. Esse posicionamento pode gerar algumas questões de ordem prática, pois enseja um ônus argumentativo maior e uma carga probatória mais elevada para acusação, a fim de que não se redunde em condenar alguém apenas pela posição que ocupa. Como não há no Brasil o crime de enriquecimento ilícito⁹⁷, o agente público que apresentasse patrimônio a descoberto poderia, em tese, e dado certo contexto fático, ser de pronto acusado de corrupção, caso a lei não exigisse alguma correlação entre a vantagem solicitada e o ato a ser praticado.

É preciso pontuar que os acórdãos dos tribunais são compostos, na maioria das vezes, pelo voto de cada um dos julgadores que o compõem. A ausência de documento consolidado que sintetize a compreensão do problema examinado e os fundamentos para sua solução pode gerar dificuldades para extrair-se a tese base que deve orientar as instâncias inferiores na

⁹⁷ A Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, e a Convenção Interamericana contra Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, contemplam disposições para que o Estados-Partes, observados os limites de sua ordem jurídica interna, criminalizem a conduta do funcionário que aumente, sem justificativa, seu patrimônio. O Projeto de Lei do Senado Federal nº 236/2012, que visa a instituir novo Código Penal brasileiro, prevê a conduta típica do enriquecimento ilícito (Art. 277). O tema ganhou destaque recente por conta de sua inclusão nas Dez Medidas Contra a Corrupção apresentadas pelo Ministério Público Federal e foi encampado em projeto de lei autônomo, que assumiu o nº 2.811/2015, na Câmara dos Deputados. Esse PL visa a alterar o vigente Código Penal introduzindo o Art. 312-A, igualmente para tipificar o enriquecimento ilícito. A doutrina é crítica quanto à adequação do tipo à presunção de inocência constitucionalmente assegurada. Nesse sentido, Medina Salas (2009). Sustentando a necessidade de criminalização da conduta, Rossetto (2009).

aplicação do Direito. Essa dificuldade é exacerbada no julgamento de ação penal originária pelo Supremo Tribunal Federal. Primeiro porque a natureza da ação demanda que cada um dos Ministros se debruce sobre a prova de fato e questões de direito; segundo porque um julgado que emana do pleno da Corte, ainda que não vinculante, deve orientar todo o sistema judicial.⁹⁸ No ponto sob reflexão, não é fácil identificar os limites de compreensão da Corte acerca do crime de corrupção passiva. Melhor dizendo, quais elementos precisam ser descritos na denúncia e comprovados pela acusação para que se considere configurado o delito. De notar, por exemplo, que José Paulo Baltazar Júnior relaciona a Ação Penal 470 entre os precedentes que corroboram a compreensão do tipo exposta no julgamento da Ação Penal 307. Diz o autor que a interpretação prevalecente torna o tipo mais fechado, pois demanda a indicação, “já por ocasião da denúncia, do ato pretendido.” (BALTAZAR JÚNIOR, 2014, p. 274).

A Ministra Rosa Weber estabeleceu como premissa de seu voto que “a indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva”, pois para a adequação típica é suficiente que o agente tenha poder para praticá-lo. A prova do ato somente seria exigível, nesse sentido, na hipótese de aumento de pena de que trata o § 2º (BRASIL, 2013d). A despeito disso, no juízo condenatório proferido no voto, fundamentou-se que sequer seria necessária a incursão nesse debate, pois a denúncia teria apontado o apoio aos projetos do Governo Federal, expresso em votos, que configuram o ato de ofício para os fins invocados. No mesmo sentido seguiu o voto do Ministro Luiz Fux, ao afirmar que a norma já incide pelo tráfico da coisa pública, independentemente da posterior prática de ato, mas ressaltou, também, que o agente, ao receber a vantagem indevida, deveria saber para que o está recebendo (BRASIL, 2013c).

Como explicitado por Gustavo de Oliveira Quandt (2014), o Ministro Gilmar Mendes também afirmou que o ato de ofício necessário à configuração do tipo é potencial. A esses votos se seguiram as manifestações dos Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que avaliaram essa leitura como dissonante do entendimento firmado na Ação Penal 307, embora aqueles que afirmaram a suficiência do ato potencial não considerassem qualquer divergência com o precedente já estabelecido. De acordo com o autor, da leitura dos votos extrai-se que a aparente divergência entre os Ministros estaria centrada mais no nível de determinação do ato de ofício do que na sua dispensabilidade no cenário da corrupção passiva (QUANDT, 2014, p. 207). O Ministro Luiz Fux não teria sido claro no ponto, porque, como já mencionado, afirmou que a definição do ato era dispensável, mas, ao mesmo tempo, sustentou a necessidade de o

⁹⁸ Deve-ser mencionar que o Supremo Tribunal Federal tem rotineiramente fixado teses ao final dos julgamentos, ainda que relacionados a processos sem repercussão geral ou diversos do controle concentrado de constitucionalidade, visando a conferir maior clareza aos resultados, conforme disponível em Brasil ([s.d.]).

corrompido ter ciência do que dele se esperava. O Ministro Ayres Britto, por sua vez, asseverou ser suficiente a possibilidade de dedução da classe de atos esperados em troca da vantagem. O autor conclui que é correto o reconhecimento do ato de ofício na órbita do crime de corrupção passiva, porém sustenta que algum grau de vagueza deve ser admitido, pois a precisão absoluta tornaria imprestável a previsão legal. Em suas palavras, “é preciso transigir com algum grau de indeterminação do ato de ofício mercenciado, com o cuidado de não aniquilar a própria exigência desse elemento dos tipos de corrupção ativa e passiva” (p. 210).

A análise desenvolvida pelo autor parece precisa ao identificar o ponto da controvérsia, porque a denúncia da Ação Penal 470 indicou ato de ofício (voto de parlamentar) que teria sido “vendido”. A hipótese sob análise parece convergir com aquelas situações nas quais o agente público é custeado pelo corruptor para estar à sua disposição e atuar em seu favor. Quando a Corte menciona que o ato de ofício é potencial, ou que deve estar na esfera de competência do agente corrompido, pressupõe-se que o foco da mercancia abjeta é referido a um benefício a ser extraído da Administração por meio de ato do agente corrupto. A dúvida, portanto, estaria em quanto definido deve ser esse ato para fins de caracterização do tipo. Extraí-se do julgamento que o debate não deveria estar centrado na essencialidade do ato de ofício para configuração do tipo, mas sim se a identificação desse ato pode equivaler à “venda” das competências do agente ou sua colocação à disposição do corruptor. Parece que essa foi a compreensão da maioria do Tribunal, que considerou suficiente para o juízo condenatório o fato de os parlamentares terem recebido recursos para colocar seus votos à disposição das pautas do Governo Federal. Houve a determinação da classe de atos esperados, para usar a expressão utilizada pelo Ministro Ayres Britto, mas sem a vinculação ponto a ponto entre votações e recebimentos.

2.4 Operação Lava Jato

O conjunto de procedimentos investigatórios e ações penais designados como componentes da Operação Lava Jato tem origem na investigação de práticas de lavagem de dinheiro do narcotráfico de quatro organizações criminosas e que utilizariam, entre várias empresas, um posto de gasolina em Brasília (o que “batizou” as investigações) para ocultar suas transações. A raiz desses procedimentos, por seu turno, teria sido a notícia de que Alberto Youssef, conhecido pelas autoridades como operador de transações de câmbio à margem da legislação (doleiro), havia violado acordo de colaboração premiada homologado perante a 13ª Vara Federal de Curitiba. Instaurado inquérito para apurar eventuais infrações ao acordo,

identificou-se a utilização de pessoa jurídica com sede em Londrina/PR, para lavagem de dinheiro, o que conduziu à apuração de condutas relacionadas à lavagem de recursos recebidos pelo ex-Deputado José Janene no contexto da AP 470.⁹⁹

A punibilidade do ex-parlamentar naquela ação penal originária que tramitou perante o STF havia sido extinta por seu falecimento. No entanto, as provas produzidas relativamente a seus correligionários (Pedro Henry e Pedro Correa) embasaram o convencimento de que os valores a ele repassados também tinham origem criminosa. No julgamento do Mensalão, houve a condenação de João Claudio Genu, assessor do Deputado falecido, que seria responsável por efetuar o saque dos valores em espécie. Segundo restou definido naquela ação penal, José Janene e Pedro Correa ordenavam a movimentação dos valores pelo funcionário. No total, mais de quatro milhões de reais teriam sido repassados ao Partido Progressista, por meio dos parlamentares, do qual eram figuras destacadas. Houve, inclusive, o rastreamento de valores com identificação de depósitos em benefício de parente do Deputado falecido.

A denúncia que apurou a lavagem dos recursos ilícitos auferidos por José Janene foi direcionada, entre outros acusados, em face de Carlos Alberto Pereira da Costa, que teria sido autor do contrato que ocultou o envolvimento de José Janene no empreendimento industrial, e Alberto Youssef, controlador da empresa *CSA Project Finance* Consultoria e Intermediação de Negócios Empresariais Ltda, que teria sido utilizada para encobrir a posição de real investidor do ex-Deputado. Ambos foram condenados em primeiro e segundo grau de jurisdição, já com trânsito em julgado.

A investigação das atividades do doleiro Alberto Youssef conduziu à identificação de intenso fluxo financeiro entre a empresa *CSA Project Finance*, por ele controlada, e empresas sob o controle de outro doleiro, Carlos Habib Chater. Direcionada a investigação também às atividades desse indivíduo, suas redes de conexão foram expostas, com a identificação de outros núcleos de doleiros. No tocante à apuração das atividades do doleiro Youssef, interceptações telefônicas teriam revelado que valores por ele operados se relacionavam ao pagamento de “propina” pelo Consórcio liderado pela empresa Camargo Corrêa na implantação de refinaria para a Petrobras Petróleo Brasileiro S/A. A interceptação de dados telemáticos identificou a compra de carro de luxo pelo doleiro em benefício do Diretor de Abastecimento daquela

⁹⁹ O restospecto consta do relatório da AC 5047229-77.2014.4.04.7000/PR, que tramitou perante o TRF 4ª Região e apurou a lavagem dos recursos recebidos pelo ex-Deputado José Janene no contexto da Ação Penal 470, que tramitou perante o STT.

empresa. Autorizada busca e apreensão nos endereços desse profissional, teriam surgido elementos de um esquema de corrupção de grande porte.¹⁰⁰

A partir dessa descoberta e com o avanço das investigações, diversos investigados firmaram acordos de colaboração premiada, sob o regime da Lei 12.850/2013, entre eles o ex-Diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, que afirmou que sua atuação teria se dado em concerto com grupos políticos. Haveria um cartel de empresas que previamente ajustariam os termos da disputa dos contratos perante a Petrobras, com o correspondente pagamento de vantagem indevida aos funcionários públicos da empresa para garantir a divisão de mercado estabelecida. Além disso, a inserção de sobrepreço¹⁰¹ nos contratos teria agregado recursos indevidos às empresas beneficiadas, que dividiriam parte dos ganhos com políticos e partidos políticos. Todas as operações teriam tido o suporte de doleiros, laranjas e empresas de fachada.¹⁰²

Ante a complexidade dos fatos sob apuração, o Ministério Público Federal fracionou a persecução penal em diversos procedimentos e promoveu ações penais em face dos doleiros, que seriam responsáveis pela lavagem de dinheiro; dos construtores que atuaram em cartel, corromperam agentes públicos, superfaturaram ou aplicaram sobrepreço nos contratos; e de políticos que teriam angariado parte dos recursos e viabilizariam todo esquema pelo loteamento político de cargos das empresas.

A multiplicidade de condutas e agentes envolvidos, alguns com foro por prerrogativa de função perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, redundou na pulverização dos procedimentos, que atualmente não mais se processam exclusivamente perante o Juízo Federal do Paraná, onde os primeiros atos de lavagem teriam sido identificados. No que é mais pertinente a este estudo, interessa analisar como a persecução penal tratou as condutas dos agentes políticos, que não só teriam feito as indicações para os cargos de direção da empresa, como se beneficiariam dos recursos oriundos dos contratos superfaturados ou com

¹⁰⁰ A identificação resumida de cada um dos procedimentos criminais que compuseram essa fase preliminar pode ser verificada no voto vista do Desembargador Victor Luiz dos Santos Laus, nos autos da AC 5047229-77.2014.4.04.7000/PR, que, como já referido, cuida da apuração de lavagem de dinheiro dos valores indevidamente auferidos pelo ex-Deputado Federal José Janene.

¹⁰¹ Considera-se aqui como sobrepreço aquele que supera o preço praticado no mercado, considerado o contrato como um todo ou relativamente a unidades que o compõe. Não se confunde com a noção de superfaturamento, que é mencionada em sentido mais amplo, quando há pagamento por serviço não executado, executado parcialmente ou com sobrepreço.

¹⁰² As informações constam de confissão de Paulo Roberto Costa, feita sob o regime de colaboração premiada, nos autos da Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba, na qual foi prolatada sentença com trânsito em julgado para o réu.

sobrepreço.¹⁰³ Como mencionado nas considerações iniciais deste capítulo, a análise de processos relacionados à Operação Lava Jato decorre da decisão metodológica de não excluir do trabalho a referência a procedimentos que são significativos na relação entre jurisdição criminal e política. Os feitos que contam com trânsito em julgado (para todos ou ao menos alguns réus) referem-se, no geral, às imputações de corrupção passiva, ativa e lavagem de dinheiro nas contratações pela Petrobras S/A, limitadas aos operadores da lavagem, aos corruptores e aos agentes públicos (Diretores da Petrobras) corrompidos. Os processos relacionados aos agentes políticos ainda não contam com trânsito em julgado, mas já se identificam condenações em segundo grau por unanimidade.

Dentro desses limites, elegeu-se para análise o acórdão proferido no Processo nº 5023135-31.2015.4.04.7000/PR, que envolve a apuração de condutas que configurariam o repasse de recursos captados ilícitamente na Petrobras S/A para o Partido Progressista. Esse feito ilustraria o *modus operandi* pelo qual os valores, após captados, chegariam a políticos. As condenações proferidas em primeiro grau de jurisdição foram mantidas por unanimidade em grau de apelação, o que, a princípio, certifica judicialmente os fatos sob análise. De toda sorte, um dos pontos já salientados neste trabalho refere-se à ausência de parâmetros específicos para se enfrentar a prática de crimes por meio da atividade partidária, o que leva o sistema a “buscar” a adequação dessas condutas sob alguma moldura. Nesse sentido, por abstração, ainda que no futuro o julgado sofra alguma alteração substancial – como, por exemplo, decorrente de anulação do processo ou extinção da punibilidade pela prescrição –, sua análise segue proveitosa. Será útil para supedanear a compreensão de como, sob a perspectiva da acusação e dos julgadores que então se manifestaram, a dinâmica da alegada burla ao financiamento político ilegal foi, ou não, enfrentada. Esclarecidos os critérios eleitos, passa-se à análise do julgado. Antes, porém, consta referência a dois processos (Ação Penal nº 5083838-59.2014.404.700/PR e Ação Penal nº 5026212-82.2014.404.7000/PR) que indicam o modo pelo qual era feita a captação de recursos da Petrobras para fins ilícitos.

2.4.1 Ação Penal nº 5083838-59.2014.404.7000/PR e Ação Penal nº 5026212-82.2014.404.7000/PR

¹⁰³ Considera-se aqui como sobrepreço aquele que supera o preço praticado no mercado, considerado o contrato como um todo ou relativamente a unidades que o compõe. O superfaturamento, por seu turno, está aqui mencionado no sentido do contrato pago por serviço não executado, executado parcialmente ou com sobrepreço.

O Ministério Público Federal denunciou quatro pessoas, entre elas o ex-Diretor Internacional da Petrobras, pela prática dos crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de bens e capitais, evasão fraudulenta de divisas e fraude em contratos de câmbio¹⁰⁴ no contexto da aquisição de navio sonda para a empresa, fatos que foram apurados nos autos da Ação Penal nº 5083838-59.2014.404.700/PR. De acordo com a tese da acusação, a Petrobras S/A contratou a compra de dois navios sonda com um mesmo estaleiro coreano. A contratação teria sido firmada em razão de oferecimento de vantagem indevida ao Diretor da Área Internacional da empresa, no valor de trinta e cinco milhões de dólares, com a intermediação de um lobista. Ao final da instrução, ficou comprovado que, no âmbito interno da Petrobras, a contratação foi irregular, entre outros motivos, porque não houve um processo competitivo para escolha do construtor dos navios, nem tampouco a formação de uma comissão de negociação de preço, como seria de rotina. Para acrescentar, a Diretoria Internacional teria assumido as tratativas sem autorização da Diretoria Executiva.

Ficou assentado nos autos, também, que um lobista atuava perante a empresa fornecedora dos navios, mas que houve a intermediação também de um agente que atuava como lobista perante a Diretoria Internacional da Petrobras. A prova documental que comprovou as transferências de recursos, por mecanismos de ocultação, para o Diretor Petrobras S/A foi considerada idônea para descaracterizar a atuação do lobista como tal e inseri-la na esfera da conduta típica do art. 333 do CP. Os agentes que intermediaram o recebimento dos valores em benefício do ex-Diretor da Área Internacional foram condenados, juntamente com este, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Apurou-se que vantagem indevida transferida ao agente público se originou da comissão recebida pelo lobista para a realização do contrato. O pagamento da comissão, por seu turno, foi feito após os pagamentos da Petrobras à construtora dos navios. Equivale dizer, os valores pagos a título de vantagem indevida foram custeados pela própria empresa lesada.

No curso da instrução desta ação penal, o réu Júlio Camargo, denunciado por intermediar a compra dos navios entre a empresa coreana e a Petrobras e repassar parte de sua comissão a título de “propina” ao Diretor da Área Internacional, revelou, após se tornar colaborador, que parte da vantagem indevida havia sido paga a Eduardo Cunha, à época Presidente da Câmara dos Deputados. O acordo de colaboração, firmado perante o Supremo Tribunal Federal, redundou em investigações naquele foro quanto ao parlamentar, que, após a

¹⁰⁴ Art. 317 e 333 do CP; Art. 1º, V, da Lei 9.613/1998 (BRASIL, 2006b); Art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 e art. 21 da Lei 7.492/1986 (BRASIL, 1986).

perda do mandato, passou a ser processado perante a Seção Judiciária de Curitiba. Embora esses dados não tenham sido considerados relevantes para os limites objetivos da ação penal, o registro se faz aqui para exemplificar a interseção que se anunciava entre as atividades criminosas no âmbito de contratações da empresa e atuação de políticos.

A Ação Penal nº 5026212-82.2014.404.7000, por seu turno, foi direcionada em face de Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa e outros oito acusados pela prática de lavagem de dinheiro e organização criminosa¹⁰⁵, em razão do desvio de recursos públicos na construção da Refinaria Abreu e Lima (RNEST), no Estado de Pernambuco. De acordo com o que ficou assentado na sentença penal condenatória, a obra, inicialmente orçada em 2,5 bilhões, de reais teria custado 20 bilhões de reais, em decorrência do superfaturamento dos contratos de serviços diretos e indiretos firmados pelas empresas que contrataram com a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras).

Paulo Roberto Costa foi denunciado por sua atuação como Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A durante 2004 e 2012, posição na qual seria o responsável pelos contratos de construção da refinaria e acompanhamento da obra. A obra seria conduzida por um consórcio, liderado pela empresa Construções Camargo Corrêa S/A, que contratou as empresas Sanko Sider Ltda e Sanko Serviços de Pesquisa e Mapeamento para fornecer materiais e serviços. Identificou-se que essas empresas fizeram dezenas de transferências, totalizando mais de 25 milhões de reais, para empresa controlada, de fato, por Alberto Youssef. Essa sequência de operações objetivaria ocultar os valores desviados pelo superfaturamento, que nada mais seria do que um meio de desvio de recursos públicos. Os outros acusados teriam funções em outras etapas da lavagem. Para o exame que aqui se pretende, é suficiente a análise do contexto das condutas praticadas pelos dois réus em destaque.

A prova colhida nos autos, de acordo com a sentença, indicou que o Consórcio Nacional Camargo Correa aplicou sobrepreço aos contratos com as empresas Sanko Sider e Sanko Serviços de ao menos 15 milhões de reais. Um valor superior a esse foi repassado a Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, por meio de operações tipificadas como lavagem de dinheiro.

¹⁰⁵ Os fatos apurados no processo transcorreram entre 2009 e 2014. Até o advento da Lei 12.683/2012, o crime de lavagem de bens e capitais pressupunha rol taxativo de crimes antecedentes, o que foi revogado. Assim, a imputação refere-se ao art. 1º, *caput* e inciso V da Lei 9.613/1998. O inciso V relacionava como crime antecedente apto a caracterizar a lavagem, aqueles contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou pré; o para prática ou omissão de atos administrativos. O tipo de organização criminosa, por sua vez, foi introduzido com a Lei 12.850/2013, art. 2º. Embora houvesse o conceito de organização criminosa na Convenção de Palermo, do qual o Brasil é parte, era prevalente o entendimento quanto à atipicidade da conduta até o advento de lei em sentido estrito descrevendo o tipo e o preceito secundário correspondente. Essa foi, inclusive, a compreensão assentada pelo STF na Ação Penal 470, multiplamente citada.

De acordo com os colaboradores, sobre os contratos firmados pela Petrobras S/A incidia uma taxa de 3% de ajuste político, que era distribuída entre agentes políticos conforme o loteamento dos partidos pelas diversas Diretorias, assim como apropriado por dirigentes da empresa.¹⁰⁶

Conforme o *decisum*, transitado em julgado para Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, ficou comprovado o sobrepreço dos contratos relacionados à construção da refinaria em Pernambuco, assim como o repasse do ágio em benefício de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa. Apurou-se, ainda, a partir de quebra de sigilo telemático, que Alberto Youssef adquiriu um veículo de luxo, efetuou o pagamento por interpostas pessoas e colocou-o em nome de Paulo Roberto Costa. Por essa conduta, ambos foram condenados por lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei 9.613/1998). Alberto Youssef foi condenado, ainda, com outros cinco acusados, pela engenharia financeira que resultou no repasse, ocultação e dissimulação dos recursos oriundos do superfaturamento na obra da refinaria. Ainda, os dois réus cujas condutas se analisa foram condenados por pertencerem à organização criminosa, destacando-se, no ponto, que a posição de beneficiário dos valores repassados é que ensejou o juízo condenatório em relação ao ex-Diretor da Petrobras, já que não havia sido condenado pela lavagem dos valores recebidos indevidamente.

Esses dois processos, portanto, fornecem uma noção de como os recursos da Petrobras S/A eram drenados ilicitamente em benefício de lobistas, empresas e agentes públicos. O avanço ilícito sobre os recursos da empresa somente era viável porque havia a corrupção de um agente público e a prática de operações de lavagem de bens e capitais que ocultavam o trânsito ilegítimo dos valores. O crime de corrupção passiva, assim, apresenta-se mais uma vez central na dinâmica. De notar que, embora dogmaticamente não haja um enquadramento específico, as hipóteses anunciadas nos mencionados processos indicam um desvalor de conduta ainda mais amplo do que o da corrupção passiva, porque abrangem também a apropriação de valores, a título de vantagem indevida, oriundos da própria empresa. O agente corrompido não apenas

¹⁰⁶ Consta de trecho do depoimento de Paulo Roberto Costa extraído da fundamentação da sentença: “Paulo Roberto Costa: - Olha, em relação à Diretoria de Serviços, era, todos, todos sabiam, que tinham um percentual desses contratos da área de Abastecimento, dos 3%, 2% eram para atender ao PT. Através da Diretoria de Serviços. Outras diretorias como gás e energia, e como exploração e produção, também eram PT, então você tinha PT na Diretoria de Exploração e Produção, PT na Diretoria de Gás e Energia e PT na área de serviço. Então, o comentário que pautava lá dentro da companhia é que, nesse caso, os 3% ficavam diretamente para, diretamente para o PT. Não era, não tinha participação do PP porque eram diretorias indicadas, tanto para execução do serviço, quanto para o negócio, PT com PT. Então, o que rezava dentro da companhia é que esse valor seria integral para o PT. A Diretoria Internacional, tinha indicação do PMDB. Então, tinha também recursos que eram repassados para o PMDB, na Diretoria Internacional.” A colaboração premiada de Paulo Roberto Costa foi homologada pelo STF no bojo da Pet 5.209, Teori Zavascki. Não consta publicação da decisão homologatória.

agiu para franquear acesso especial a determinada empresa, como o fez em desacordo com as condições do mercado (sobrepço) e, por meio do recebimento da vantagem indevida, desviou para si parte do fruto criminoso espoliado da empresa. Nesse sentido, os contratos firmados em condições espúrias eram meio não só de enriquecimento dos fornecedores, mas verdadeira ferramenta de extração de recursos da empresa em favor de terceiros.

2.4.2 Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000/PR

A relação de agentes políticos com as contratações espúrias identificadas no âmbito da Petrobras S/A tem sido apurada a partir das imputações de corrupção passiva a parlamentares federais. Cada Diretoria da empresa seria ocupada por indicações políticas de partidos específicos, em espécie de loteamento, e a sustentação desses agentes públicos nos cargos dependeria do suporte financeiro que dessem em contrapartida. Essas informações teriam sido extraídas dos depoimentos prestados no bojo de acordos de colaboração premiada (BRASIL, 2015d) e ratificados pelo fluxo de pagamentos sem causa específica para diversos políticos. Detalha-se, nesse ponto, a ação penal que buscou apurar essa vertente investigada quanto a repasses que teriam sido feitos a agente político vinculado ao Partido Progressista (PP).

A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Federal contra Pedro da Silva Correa de Oliveira Andrade Neto (conhecido por Pedro Correa), que integrava a liderança do PP, e mais cinco réus, imputando ao político a responsabilidade pela articulação que levou Paulo Roberto Costa à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Ainda, juntamente com José Janene, já falecido, seria o responsável por definir o percentual de vantagem indevida a ser pago pelas empresas cartelizadas nos contratos firmados com empresa de petróleo. Nesse sentido, ao longo de quase dez anos, o ex-parlamentar, em concurso com Paulo Roberto Costa e outros líderes do PP, teria solicitado, recebido e aceitado promessas de vantagens de diversas construtoras no valor de mais de 350 milhões de reais. Desse total, em torno de 40 milhões, relacionados a 119 operações, teriam beneficiado diretamente Pedro Correa. Os recebimentos teriam continuado mesmo após a condenação do parlamentar na Ação Penal 470 e sua consequente perda de mandato. A acusação imputou, ainda, ao acusado o crime de corrupção por 161 condutas que visavam a beneficiar integrantes do PP e Paulo Roberto Costa. Nesse feito, também houve réus colaboradores, que apresentaram a relação de pagamentos ao parlamentar e das contas por ele

indicadas para os depósitos. O confronto dessas informações com os dados oriundos de quebra de sigilo bancário indicou identidade entre as informações.¹⁰⁷

A denúncia, como mencionado, foi direcionada a outros réus, como o doleiro Alberto Youssef, e a agentes responsáveis pela operacionalização dos repasses, mas o foco recai aqui na imputação relativa ao ex-parlamentar. A sentença proferida em primeiro grau de jurisdição julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva em face de Pedro Correa para reconhecer a prática do crime de corrupção passiva por 72 vezes, em continuidade delitiva. O réu foi condenado, ainda, por lavagem de dinheiro, em 328 condutas, reconhecidas em continuidade delitiva, o que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou por unanimidade. A Corte adotou como parâmetro de julgamento o critério mais conservador adotado pelo Juízo de primeiro grau para delimitar o universo de condutas. A imputação da denúncia abrangia alegação de valores passíveis de rastreamento, assim como outros pretensamente pagos em espécie ao ex-parlamentar. Nesse sentido, apenas aqueles amparados pela prova documental de corroboração dos depoimentos dos colaboradores foram considerados para fins de quantificação das condutas. Um elemento que também foi considerado para a formulação do juízo condenatório e acolhimento da tese acusatória foi o maior vulto dos pagamentos no ano de 2010, que coincidiu com o ano eleitoral. Tal fato, associado aos depoimentos dos colaboradores, levou à compreensão de que os repasses aos parlamentares não estavam associados a obras específicas, mas sim à distribuição de um “caixa” para o partido.

Nesse julgamento, o exame da continuidade delitiva¹⁰⁸ no crime de corrupção passiva envolveu a posição particular do acusado como agente político no esquema criminoso. Como consignado no voto do relator, nos processos que envolveram os dirigentes da Petrobras S/A, a

¹⁰⁷ De acordo com o voto do relator, os seguintes elementos de convicção foram considerados: “3.2.3. Como já mencionado no tópico em que se inicia a análise do mérito, um conjunto de indícios que se conjugam e convertem para o mesmo resultado, é suficiente a justificar um juízo condenatório, porquanto tem valor jurídico assim como prova a prova direta. O caso dos autos, somando-se (i) os registros das entradas de PEDRO CORRÊA e de FABIO CORRÊA nos prédios em que localizados os escritórios de Youssef; (ii) as anotações na planilha de RAFAEL ANGULO de pagamentos feitos a PEDRO CORREA em valores coincidentes com depósitos fracionados nas contas destes; (iii) a anotação de pagamento na agenda de Paulo Roberto Costa; (iv) os laudos periciais apontando a existência de diversos depósitos fracionados nas contas de PEDRO CORREA e de terceiros a ele relacionados; (v) os *e-mails* trocados entre PEDRO CORREA e Alberto Youssef em que aquele solicita o pagamento de quantias em contas por ele indicadas; (iv) a existência de registros desses valores na planilha de ANGULO e nas quebras de sigilo bancário e (vi) o depoimento da testemunha Jonas Aurélio no sentido de que PEDRO CORREA movimentava valores em suas contas, pode-se concluir com tranquilidade pela presença do delito em questão.”

¹⁰⁸ Código Penal: “Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.” (BRASIL, 1940).

Corte considerou que o recebimento de vantagem indevida por cada nova contratação com empreiteiras, envolvendo diferentes objetos, configurava conduta e desígnios autônomos¹⁰⁹, de molde a atrair a regra do concurso material¹¹⁰. Nesse caso, porém, a prova de envolvimento do parlamentar em cada uma das contratações não foi feita pela acusação. O que se considerou provado foi a pressão por ele exercida para que parte dos valores recebidos pelo Diretor de Abastecimento a título de vantagem indevida fossem repassados a ele e a seus correligionários. Por isso, o Tribunal confirmou a sentença para reconhecer a continuidade, em detrimento do concurso material. Os recebimentos fracionados ao longo dos anos foram tidos no bojo de um mesmo contexto fático para fins de aplicação da reprimenda. A solução oferecida pela Corte parece dogmaticamente pertinente para a situação, mas é interessante observar que o resultado não se apresenta equilibrado em relação àqueles agentes públicos que teriam sido colocados na Petrobras S/A para obter os recursos a serem repassados. A dosimetria de suas penas observou, segundo mencionado, a regra da cumulatividade e não da exasperação, ou seja, àqueles agentes que, segundo a tese adotada pelo Tribunal para a condenação, foram colocados em posições estratégicas para garantir o funcionamento do cartel e drenar recurso em benefício dos políticos foram aplicadas regras de dosimetria de pena mais severas do que aos agentes políticos que os coordenavam. Consta do voto do relator:

Pode-se dizer que era uma sucessão de solicitações de vantagens indevidas. Com o poder da manutenção de Paulo Roberto Costa no cargo como barganha, os agentes políticos determinavam que o dirigente solicitasse as vantagens indevidas das empreiteiras em troca da não intromissão no funcionamento do cartel.

Ao contrário do que ocorre com os dirigentes da Petrobrás, diretamente envolvidos na assinatura de cada contrato, não é possível relacionar a efetiva ingerência dos agentes políticos em cada obra.

A pressão que os políticos exerciam sobre Paulo Roberto Costa era sobre o fluo de dinheiro. A preocupação deste núcleo era saber se estavam entrando recursos para o “caixa” do partido e não sobre quais contratos estavam sendo assinados ou quanto havia se estipulado como propina em cada acerto. Ou seja, os parlamentares pressionavam pelo seu recebimento mensal, sem questionar quais ou quantos contratos estavam dentro do esquema ou tampouco de qual obra provinha o dinheiro. (BRASIL, 2017g)

¹⁰⁹ A propósito, a condenação de Paulo Roberto Costa pelo crime de corrupção passiva relacionado à sua atuação como Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A, com trânsito em julgado para este réu em 13 de setembro de 2017. TRF 4ª. AC 5083376-05.2014.404.7000/PR, João Pedro Gebran Neto, 26 de novembro de 2016.

¹¹⁰ Código Penal: “Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.” (BRASIL, 1940).

Essa pode ser considerada uma lacuna de punibilidade indireta. Embora exista a tradução típica das condutas realizadas pelos agentes políticos, os critérios de aplicação da reprimenda que decorrem da continuidade delitiva não operam de forma lógica. Essas considerações são feitas de olhos postos nas regras em abstrato definidas pelos julgadores para a dosimetria, concurso material para cada uma das contratações por dirigentes/continuidade delitiva para o agente político, e não com base no *quantum* de pena aplicado a cada um desses agentes em concreto. O que ocorre na prática é que aqueles que se encontram na base da operação têm sobre si critérios mais severos do que aquele que está no ápice da pirâmide.

O ex-parlamentar foi cassado em 2006 após sua condenação pelo STF na Ação Penal 470. No processo perante a Justiça Federal do Paraná, sua condição de funcionário público, como sujeito ativo do crime de corrupção passiva, foi considerada até aquele marco. Os valores recebidos a *posteriori* foram levados em conta para fins de configuração do delito sob dois fundamentos: por extensão da condição de funcionário público para fins penais a Paulo Roberto Costa; e por configurarem recebimento de valores decorrentes de ajuste feito quando ainda exercia a função, o que se insere na construção do tipo do art. 317.

A relevância da ultratividade do ajuste prevista no tipo penal torna-se patente no caso sob análise, porque comprova a necessidade de alcançar-se aquele que difere o recebimento da vantagem indevida para após a saída da função ou que impõe sua influência de tal forma durante o exercício do cargo que permanece recebendo vantagens indevidas em razão dele. Por fim, cabe registrar que o acórdão menciona recebimentos pelo parlamentar no ano de 2012, época na qual já estava sendo processado perante o Supremo Tribunal Federal.

2. 5 A relação entre corrupção e doações eleitorais: algumas considerações

Como se observa nos casos relatados, a relação entre dinheiro e atividade política pode ter relevância penal em duas vertentes, não necessariamente paralelas: a do poder econômico, que busca interferir no curso das decisões administrativas e de Estado à margem das regras estabelecidas e em seu próprio benefício; e a do poder político, que faz mercancia da função e/ou se utiliza de ardid para sobrepor-se na corrida eleitoral. A forma pela qual essas situações se entrecruzam nem sempre é evidente, e seu correto dimensionamento é indispensável para definir o regime jurídico aplicável. Sob o primeiro aspecto, no Brasil o tipo penal da corrupção ativa é o que se adequaria para enfrentar a conduta daquele que corrompe ou tenta corromper o agente público. No tocante aos agentes corrompidos que exercem poder político, a adequação

típica ao crime de corrupção passiva configura o tratamento previsto no ordenamento jurídico. Por outro turno, as estratégias relacionadas à exclusiva obtenção de vantagem na corrida eleitoral têm tratamento nos delitos previstos na legislação especial. Na interseção desses cenários (práticas corruptas contra a Administração Pública e crimes eleitorais¹¹¹), uma questão apresenta-se particularmente problemática – a da corrupção relacionada às doações eleitorais. Não existe, de *lege lata*, o tipo autônomo de financiamento ilegal de campanha. Equivale dizer, o pagamento de valores ao arrepio da legislação eleitoral não configura crime para o doador. Já o recebimento de recursos em desacordo com a lei pode atrair a incidência do tipo do art. 350 do Código Eleitoral (CE), o chamado Caixa Dois.¹¹² Nesse sentido, a repressão de práticas corruptas por meio de abastecimento de campanhas eleitorais apresenta desafios importantes aos órgãos de persecução penal. Diante dos indícios de sua ocorrência, cabe aos órgãos de persecução identificar os elementos caracterizadores do crime de corrupção ativa e passiva (BRASIL, 1940, arts. 317 e 333) e distinguir essas situações daquelas em que há, exclusivamente, o dolo de falsear, omitindo doações recebidas (sem contrapartida espúria) das autoridades competentes, para fins eleitorais. O problema aumenta de complexidade diante da possibilidade de o pagamento da vantagem indevida¹¹³ ocorrer por meio de doações com aparência de legalidade e contabilizadas perante a Justiça Eleitoral.

Diante desse quadro e dos processos criminais de grande repercussão envolvendo imputações de corrupção e o financiamento de campanhas e partidos, tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.850/2016 (BRASIL, 2017m), de iniciativa popular, que encampou parte das chamadas Dez Medidas contra a Corrupção promovidas pelo Ministério Público Federal. O projeto contém proposições que alteram não apenas a legislação penal e processual penal, como também dispositivos da lei de improbidade, do funcionalismo público e eleitoral. Após a aprovação na Câmara dos Deputados, foi enviado ao Senado Federal onde tramita sob o número PLC 27/2017. Vale registrar que, no Senado Federal, o projeto assumiu

¹¹¹ Os crimes eleitorais, na lição de José Jairo Gomes, seria uma especificação do crime geral, tendo por nota especial a proteção dos “bens e valores político-eleitorais” caros à vida coletiva.” Teria por objetivo resguardar a lisura do processo eleitoral, criminalizando as condutas que ataquem todos os aspectos que a ele relacionados, como a livre manifestação do voto, a regularidade da campanha, assim como a arrecadação e dispêndio de recursos que dão suporte às campanhas (GOMES, 2015, p. 3).

¹¹² Brasil (1965), art. 350: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dê deva constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.”

¹¹³ Como é sabido, a vantagem indevida constitui elemento do crime de corrupção passiva e ativa. A doutrina e jurisprudência conferem um conteúdo amplo a esse elemento normativo. Desta feita, a vantagem pode ter natureza patrimonial ou não. Nesse sentido, Bitencourt (2012, p. 283).

novo “apelido” – Lei de Abuso de Autoridade – com indicação de giro no foco da proposta originada da Câmara dos Deputados. No ponto de interesse aqui tratado, está prevista a introdução do art. 354-A no CE, que criminaliza o que designa por Caixa Dois eleitoral. As condutas descritas no *caput* do artigo relacionam-se à arrecadação, uso, gasto de recursos, valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro à margem da contabilidade exigida pela legislação eleitoral. Há previsão de causa especial de aumento nas hipóteses de a não contabilização referir-se a fontes vedadas, e o § 2º do artigo estende a tipicidade à conduta daquele que financia nas mesmas condições mencionadas no *caput*.¹¹⁴ Na apresentação do projeto, a fundamentação elaborada para a criminalização centrou-se na repercussão dessas condutas na disputa eleitoral, assim como na insuficiência das sanções extrapenais existentes para coibi-las.

Em severa crítica aos fundamentos do PL nº 4.850/2016, Alaor Leite e Adriano Teixeira pontuam não haver relação normativa, mas apenas contigencialmente empírica, entre a contabilização paralela, corrupção ativa e passiva (LEITE; FERRAZ, 2017). Registram o intenso debate na doutrina internacional sobre o tema, especialmente em razão da recente criminalização do financiamento de campanha na Espanha (1995, art. 304 bis), assim como do enfrentamento do problema na Alemanha por meio do delito de infidelidade patrimonial. A despeito das considerações laterais à atuação do Ministério Público Federal, que não são relevantes para a análise do tema aqui tratado, os autores pontuam, com propriedade, a necessidade de clareza conceitual no tratamento do problema e um olhar sobre o Direito comparado. Ainda que não se faça uma indesejável mera importação de modelos alheios à realidade interna, alertam sobre a necessidade de não se ignorar o que tem sido produzido alhures. Mesmo em grau diferenciado, a afetação do sistema representativo pela ocorrência de escândalos políticos é um fenômeno que se identifica em múltiplas sociedades.

A análise dos autores parte da proposta, já aprovada na Câmara dos Deputados. É certo que esse projeto pode frustrar-se e nunca vir a ser convertido em lei. Sem prejuízo, as reflexões desenvolvidas a partir de suas proposições são válidas para o aprofundamento do tema, em

¹¹⁴ Diz o texto aprovado na Câmara dos Deputados: “Art. 354-A. Arrecadar, receber ou gastar o candidato, o administrador financeiro ou quem de fato exerça essa função, ou quem atuar em nome do candidato ou partido, recursos valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela lei eleitoral. Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa. § 1º As penas serão aumentadas de um terço se os recursos, valores, bens ou serviços de que trata o *caput* forem provenientes de fontes vedadas pela legislação eleitoral ou partidária. § 2º Incorre nas penas previstas no *caput* e no § 1º quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores bens ou serviços nas circunstâncias estabelecidas. § 3º Aplicam-se as penas previstas no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo sem prejuízo das sanções previstas no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e na legislação extravagante cujos crimes sejam de competência da justiça comum.”

gênero. A preocupação em estruturar mecanismos coerentes para lidar com a sempre presente influência do poder econômico sobre o poder político perpassa, necessariamente, a questão do tratamento penal às condutas relacionadas ao financiamento dos partidos políticos e suas campanhas. Alaor Leite e Adriano Teixeira sustentam que a criação de um novo tipo penal pode estar centrada em um destes dois fundamentos: lacuna de punibilidade ou autonomia de bem jurídico a ser tutelado. Afirmam que a primeira hipótese não se verificaria no caso do chamado Caixa Dois, porque essas condutas podem concretizar, em tese, diversos outros tipos penais já existentes. Haveria, no entanto, a possibilidade de reconhecer-se a existência de bem jurídico autônomo passível de tutela, o que, no entanto, não teria sido apresentado como substrato da proposta (LEITE; FERRAZ, 2017, p. 155-6).

A ausência de lacuna de punibilidade é exposta pelos autores pela incidência contingente dos crimes de corrupção ativa, passiva, falsidade ideológica eleitoral, lavagem de dinheiro, assim como de delito tributário. Quanto à corrupção passiva, pontuam, como argumento central, que a doação eleitoral pode, eventualmente, caracterizar-se como a “vantagem indevida” apta a compor o tipo do art. 317 do CP. Como se sabe, o tipo da corrupção passiva decompõe-se em elementares essenciais quanto à posição do agente¹¹⁵ e à natureza da vantagem negociada. Reconhecem que a caracterização da vantagem como indevida requer atenção, mas concluem que, para os fins da legislação penal, indevida não se equipara a ilegal sob o ângulo extrapenal, mas sim àquela que não pode ser paga. No caso da doação eleitoral solicitada, aceita ou recebida pelo funcionário público em razão da função ou antes de assumi-la, o que a qualifica como apta a se adequar à elementar do tipo é “o fato de o receptor não ter uma pretensão a ela” (LEITE; FERRAZ, 2017, p. 142). Por outro turno, esse elemento, por si só, não configuraria, para os autores, o tipo da corrupção passiva, pois a ele deve agregar-se o pacto do injusto, que equivale à relação entre vantagem e contrapartida. O Direito brasileiro teria adotado um elemento amplo para caracterizar essa relação – o aceite, solicitação ou recusa agregada ao termo “em razão do cargo”. Esse *quid pro quo* não se constituiria na prática do ato de ofício nem, por outro turno, pela só titularidade da função ou cargo, mas pela perspectiva de a vantagem indevida “influenciar ou remunerar o exercício da função por parte do servidor” (p. 143). Luis Greco e Adriano Teixeira (apud LEITE; FERRAZ, 2017, p. 20-51) lembram que a corrupção tem por cerne a perversão da coisa pública em prol do interesse privado, e o injusto está na atividade e não no resultado que produz. Por essa razão, o conceito de pacto do injusto

¹¹⁵ Código Penal (BRASIL, 1940): “Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

é central em delitos dessa natureza e significaria uma relação de equivalência entre a vantagem e o exercício da função pública acrescida do “componente normativo” da irregularidade ou não permissividade (p. 32-3). Essa concepção, própria do Direito alemão, traduzida para o Direito Penal brasileiro, conduziria à conclusão de que o tipo do art. 317 do CP somente se aperfeiçoa com a possibilidade de contraprestação do funcionário público. O STF chegou a conclusão similar no julgamento da Ação Penal 470.

A elementar eleita pelo legislador brasileiro para a caracterização do chamado pacto do injusto é bastante flexível e, como pontuam os autores, nada obsta que uma doação eleitoral seja oferecida com vistas à obtenção de benefícios futuros para a empresa doadora, ainda que não se delimite, de pronto, a que licitação se referiria (GRECO; FERRAZ apud LEITE; FERRAZ, 2017, p. 144). Cumpre destacar que a vedação ao financiamento de campanhas por pessoas jurídicas, já explicitada, não altera esse quadro, mormente porque os pagamentos podem ser feitos em nome de pessoas físicas a esta relacionadas. A consideração do pacto do injusto, por outro turno, tornaria possível excluir do campo de incidência do tipo da corrupção as situações nas quais doações não contabilizadas não estivessem parametrizadas pela perspectiva da contrapartida indevida. Resumem, assim, que uma doação ilegal não é suficiente, por si só, para a caracterização do tipo da corrupção, assim como uma doação legal pode ser caracterizada como a elementar vantagem indevida (p. 145). Em razão da zona cinzenta que situações como essas podem ensejar, prosseguem os autores lecionando que o *Bundesgrichtshof* (BGH), Tribunal Federal da Alemanha, fixou alguns parâmetros para punibilidade:

a) uma relação entre a doação e um futuro ato funcional concreto do servidor; e b) a exigência de que o ato funcional beneficie apenas o doador ou interesses individuais. A adoção desses critérios restritivos de interpretação teria a vantagem de trazer mais controlabilidade para a aplicação do direito e também a de evitar uma criminalização generalizada da prática de doações eleitorais, tendo em vista sobretudo a amplitude da letra do tipo penal da corrupção passiva em nosso ordenamento. (p. 147).

A descrição feita por esses autores sobre a natureza empírica entre corrupção e financiamento ilegal/Caixa Dois é correta. De fato, não há, normativamente, interseção entre as condutas de solicitar ou receber vantagem indevida, no desenho estabelecido pelo art. 317 do CP, e a de não contabilizar recursos recebidos perante a Justiça Eleitoral. Do mesmo modo, em relação ao art. 333 do CP¹¹⁶, que tipifica a corrupção ativa. Há, é certo, o tipo da falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do CE), que se amoldaria àquelas situações nas quais se constatasse

¹¹⁶ Código Penal (BRASIL, 1940): “Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a partidar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

apenas o dolo de falsear. Poderia haver, ainda, uma relação entre as doações e lavagem de dinheiro, funcionando a doação legal como uma forma de introduzir em circulação recursos de proveniência ilícita, conferindo-lhe aparência de legalidade. Tal conduta, se comprovada, poderia configurar o tipo de que trata o art. 1º, I e II, da Lei nº 9.613/1998.¹¹⁷ Por fim, a contabilização paralela pode ensejar a adequação típica da conduta aos delitos tributários de que trata a Lei nº 8.137/1990, em especial o art. 1º, I e II (BRASIL, 1990a).¹¹⁸ A partir dessas considerações, os autores ratificam seu argumento de que a questão das doações ilegais e contabilidade paralela não se enquadra, propriamente, na hipótese de lacuna de punibilidade. Sob esse ângulo, esse não seria o fundamento mais apropriado para eventual criminalização autônoma do financiamento ilícito de partidos e campanhas eleitorais. Para Alaor Leite e Adriano Teixeira, a opção legislativa pela criminalização do financiamento ilegal e da contabilização paralela deveria considerar dois fundamentos: o funcionamento transparente e correto dos partidos políticos como bem jurídico autônomo passível de proteção e a compreensão do “financiamento ilegal dos partidos como um foco de perigo para a corrupção.” (LEITE; FERRAZ, 2017, p. 157).

Os debates travados na Espanha parecem adequados para subsidiar as reflexões aqui propostas. Considerado seu amplo sistema de responsabilização da pessoa jurídica e as alterações legislativas mais recentes relacionadas à criminalização do financiamento ilegal, seu ordenamento jurídico merece atenção. A Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, introduziu, no Código Penal espanhol (ESPANHA, 1995), os arts. 304 bis e 304 ter.¹¹⁹ Conforme as novas

¹¹⁷ Lei 9.613, de 3 de março de 1998 (BRASIL, 2006b): “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena que, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – [...]”

¹¹⁸ Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; [...]”

¹¹⁹ “Artículo 304 bis: 1. Será castigado con una pena de multa del triple al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la [Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio](#), sobre financiación de los partidos políticos. 2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triple al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la [Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio](#), sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido. b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la [Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio](#), sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros. 3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. 4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o

disposições, aquele que recebe aportes destinados a um partido político, federação ou coalizão de eleitores com infração da Lei Orgânica 8/2007, que dispõe sobre financiamento de partidos, será punido com pena de multa do triplo ao quántuplo do seu valor. As penas aplicam-se de igual forma a quem faz a doação ou pagamento. Dessa feita, há a criminalização de ambas as condutas, receber e doar. Há expressa previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive os partidos, quando houver a atuação de seus administradores ou possam tomar decisões, ter faculdade de controle e organização e o façam em benefício direto ou indireto da pessoa jurídica. Ainda, incide a responsabilidade do ente coletivo quando ocorra atuação de pessoa submetida à autoridade de administradores ou pessoas com capacidade de controle e decisão, em decorrência de descumprimento por estes dos deveres de supervisão, vigilância e controle. Houve a tipificação, também, da conduta daquele que participa de estruturas ou organizações, independentemente de sua natureza, destinadas ao financiamento ilegal. Os dirigentes dessas organizações têm previsão de pena mais agravada, assim como, relativamente ao financiamento e doação de que trata o art. 304 bis, também está previsto aumento de pena nas hipóteses de as consequências do financiamento ilegal serem especialmente graves.

Manuel Maroto Calatayud (1995b, 755-68), ao discorrer sobre a alteração legislativa, ressalta que este tipo penal parece ter alcançado o “derradeiro baluarte da *ultima ratio*” ao alcançar a finança dos partidos. Embora considere cedo para avaliar os efeitos dessa criminalização, se transcenderá o caráter simbólico, pontua de toda sorte o estranhamento da opinião pública no sentido de que tal conduta ainda não fosse tipificada, especialmente pelo fato de “que se tem assumido os escândalos de corrupção como uma narrativa fundamental de sua compreensão da política” (p. 756). Sob a perspectiva político-criminal, o autor explicita que a tipificação do financiamento ilegal na Espanha foi premida mais pela pressão interna decorrente de sucessivos escândalos do que pela presença de uma diretriz internacional nesse sentido, que somente contemplaria dispositivo específico, embora singelo, na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.¹²⁰ Prossegue desenvolvendo uma perspectiva crítica à

agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores. 5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. Artículo 304 ter: 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

¹²⁰ “7.3: Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios

tipificação do financiamento como delito autônomo pois avalia que, sob o ângulo político-criminal, essa estratégia geraria um efeito indesejado. Ao aumentar o campo de incidência da matéria penal no campo partidário, haveria um enfraquecimento do sistema de responsabilidade política e de autorregulação das organizações políticas. Os partidos eventualmente implicados utilizariam a jurisdição penal como escudo, pois toda atividade que não vier a ser considerada criminosa pelo Judiciário será oposta como legítima. Para o autor, “em termos democráticos tudo isto sobre o funcionamento dos partidos tem um efeito realmente empobrecedor.” (MAROTO CALATAYUD, 1995b, 758).

A questão do bem jurídico autônomo a ser tutelado, que deveria ser o fundamento da nova criminalização, também é objeto de crítica. Topologicamente, o delito de financiamento ilegal de partidos está posto em título imediatamente seguinte da lavagem de dinheiro. Durante o processo legislativo, teriam sido apresentadas diversas proposições no sentido de situar o delito entre aqueles contra a Administração Pública ou mesmo relativo ao mercado e aos consumidores, como um “subtipo do 286 bis, que tipifica a corrupção entre particulares” (p. 761). Para Maroto Calatayud, essa imprecisão topológica indicaria falta de consistência quanto ao que se pretende tutelar.

Inés Olaizola Nogales (apud LEITE; FERRAZ, 2017, p. 167-203) também tece crítica sobre a estrutura adotada pelo legislador espanhol quanto ao financiamento ilegal de partidos e sustenta que essa conduta viola as funções constitucionais que as agremiações políticas desempenham, e não o patrimônio ou a ordem socioeconômica (título que precede aquele no qual o art. 304 bis está inserido). A autora estabelece distinção conceitual entre financiamento irregular, ilegal e corrupto. O primeiro refere-se a estratégias de evasão legal, pelas quais os partidos, sem violar a lei, buscassem meios de financiamento heterodoxos, aproveitando-se de lacunas legislativas. Cita, como exemplo, a ausência de limites para doações às fundações dos partidos, no regime da Lei Organica 8/2007, agora alterado pela Lei Organica 3/2015.¹²¹ O segundo – financiamento ilegal – é aquele que transgride expressamente as hipóteses legais. O problema para a autora estaria, em verdade, no terceiro – financiamento corrupto –, no qual quem recebe em nome do partido o faz pelo compromisso de decidir ou influir na decisão de terceiros em benefício do doador. Nesse caso, o sinalagma espúrio ou o *quid pro quo* seria o traço característico e são a essas hipóteses que se refeririam a maior parte dos escândalos.

fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.”

¹²¹ Sobre as alterações da Ley Organica 3/2015. Disponível em:

<http://www.elderecho.com/actualidad/EDL_EDEFIL20150422_0001.pdf>. Acesso em: 25 out 2017.

Sustenta, assim, que o financiamento irregular deveria ser tratado no âmbito da responsabilidade política e o ilegal na seara administrativa. O Direito Penal somente deveria ocupar-se do financiamento corrupto porque apenas nesta hipótese haveria bem jurídico autônomo a ser protegido (OLAIZOLA NOGALES, 2014, p. 137).

Toda a argumentação desenvolvida por Inés Olaizola Nogales parte da premissa de que o poder punitivo somente deve intervir naquelas situações em que a interferência irregular do poder econômico sobre o poder político represente o “favorecimento de interesses particulares, em detrimento da vontade programática e/ou popular” (OLAIZOLA NOGALES apud LEITE; FERRAZ, 2017, p. 186). A democracia interna dos partidos é essencial para reduzir o poderio de oligarquias políticas e o clientelismo, porém a autora avalia que não constitui isoladamente um bem jurídico a ser protegido penalmente. Estabelece paralelo com a Administração Pública, que é protegida como um ente prestacional.

Do mesmo modo, a transparência não deveria por si só acionar o gatilho da proteção penal. As normas que garantem visibilidade sobre a contabilidade, origem e destino de recursos seriam, conforme a autora, um instrumento para evitar que as formações políticas atendam interesses de quem paga em desfavor do interesse geral (p. 187). Nessa toada, desenvolve análise dos novos dispositivos legais para concluir que merecem críticas técnicas e de fundo. O cerne de sua crítica parece assentar-se no fato de que a regulação do financiamento ilegal deve ter por norte e critério distintivo as hipóteses em que há ou não envolvimento da Administração Pública, o que não teria sido observado pelo legislador ao estruturar os arts. 304 bis e 304 ter do CP espanhol. Propõe, assim, um modelo de regulação penal da matéria que adote como técnica legislativa a criação de causas especiais de aumento de pena aos delitos de suborno (*cohecho*), tráfico de influências e malversação, tornando explícita a pluriofensividade do financiamento ilegal. Em outras palavras, naquelas situações em que o financiamento ilegal esteja diretamente relacionado a práticas corruptas, aqui adotado o termo em sentido amplo, serão protegidas a função constitucional do partido e a Administração Pública.

Para as situações em que o financiamento ilegal não implicar essa relação direta, a autora propõe a criação de um tipo autônomo. A despeito de ter enunciado não avaliar a transparência e a democracia interna dos partidos como bens jurídicos passíveis de proteção por si, finda por reconhecer essa autonomia, quando propõe a tipificação de condutas que embaçam a transparência. Embora fundamente no sentido de que “se trata de evitar condutas que possam supor um perigo para este bem jurídico por aproximar a possibilidade de um pacto corrupto” (OLAIZOLA NOGALES apud LEITE; FERRAZ, 2017, p. 197), fato é que a estrutura típica

que sugere¹²² se direciona à proteção da publicidade e clareza das relações de financiamento. Por coerência, aponta que as penas, nessas hipóteses, sejam menores que aquelas abstratamente cominadas quando há o envolvimento da Administração Pública (p. 199).

Adán Nieto Martín (2006, p. 117-138) sustenta a necessidade de tipificação autônoma do financiamento ilegal dos partidos e afirma que a linha político-criminal que se dirige a enfrentar o problema pela ampliação do alcance dos tipos de corrupção ativa, tráfico de influências e malversação não é suficiente. Primeiro porque a racionalidade legislativa não deve ser pautada por vazios penais. Equivale dizer, ao Direito Penal não importa punir qualquer um de qualquer forma, mas sim estabelecer sanções correlatas a condutas que violem os bens jurídicos especificamente para proteção. Nesse sentido, o financiamento ilegal ataca a transparência, o equilíbrio de forças e a democracia interna dos partidos de forma suficiente para não ser tomado como mero instrumento de violação à Administração Pública. Diz o autor:

Se com o suborno se tutela a submissão da administração pública ao princípio da legalidade, com o financiamento ilegal se tutela a igualdade de oportunidades entre as distintas forças políticas e a transparência patrimonial e financeira do partido, como requisito indispensável para que o voto possa ser verdadeiramente responsável. (p. 123).

Em havendo a caracterização do tipo de corrupção nas hipóteses de financiamento ilegal, o autor invoca a aplicação das regras do concurso ideal de delitos, pois há pluriofensividade e autonomia dos bens atingidos. Pondera, inclusive, que entendimento reverso conduziria à indesejável confusão entre partidos e Administração Pública “tão ligada

¹²² Propõe a autora: “1. Será sancionado com.. quem com o fim de ocultar sua identidade, a quantia de uma doação ou qualquer outro benefício econômico, de forma contrária à regulação relativa ao financiamento de partidos políticos e de maneira reiterada (aqui caberia indicar o número de vezes), a favor de uma formação política: a) fragmente a doação que efetua ou utilize uma pessoa interposta. b) informe dados falsos ou incorretos à pessoa encarregada legal ou estatutariamente de tratar da contabilidade do partido. Não se exigirá que a conduta seja reiterada, bastando que se realize uma única vez, quando a quantia da doação supere de maneira muito notável (aqui se pode dar a quantidade concreta da superação) a quantidade legal permitida. 2. Com a mesma pena se sancionará que, em nome do partido ou por conta do partido, solicite ou aceite de forma reiterada (aqui se pode indicar o número de vezes), de um mesmo doador, doações que não cumpram a regulação relativa ao financiamento dos partidos políticos. Não se exigirá que a conduta seja reiterada, bastando que se realize uma única vez, quando a doação solicitada supere de maneira muito notável (aqui se pode dar a quantidade concreta da superação) a quantidade legal permitida. 3. Será sancionado com.. o encarregado legalmente de efetuar a contabilidade do partido político ou qualquer outra documentação ou comunicação que realize de forma reiterada (aqui caberia indicar o número de vezes) anotações ou comunicações incorreta ou fora do prazo estabelecido, a favor de um mesmo doador, com o fim de ocultar a existência de uma doação, sua quantia, a identidade do doador ou qualquer outro benefício econômico, de forma contrária à regulação relativa ao financiamento de partidos políticos. Não se exigirá que a conduta seja reiterada, bastando que se realize uma única vez, quando a doação supere de maneira muito notável (aqui se pode dar a quantidade concreta da superação) a quantidade legal permitida. 4. Será sancionado com...o auditor de contas ou qualquer outra pessoa encarregada do controle externo do financiamento ou situação patrimonial do partido político que informe incorretamente ou silencie circunstâncias relevantes com o fim de ocultar a existência de uma doação, sua quantia, a identidade de um doador ou qualquer outro tipo de relação econômica entre o partido e terceiros.” (OLAIZOLA NOGALES apud LEITE; FERRAZ, 2017, p. 199-200, tradução nossa).

ao autoritarismo” (p. 124). Para reforçar sua tese, invoca que há situações de financiamento ilícito, como o irregular, que não se amoldam aos delitos de corrupção, o que também não recomendaria a opção de mera ampliação do alcance desses crimes. Aqui reside, inclusive, uma divergência clara entre as linhas adotadas entre Inés Olaizola Nogalez e Adán Nieto Martín, pois aquela não avalia, sob a tutela penal, o financiamento classificado como irregular.

Tecidas essas considerações de ordem teórica, a partir da moldura espanhola e retomando a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a compreensão do problema, como apresentada por Adán Martín Nieto, mostra-se consentânea com a moldura constitucional. Sob a perspectiva da chamada lacuna de punibilidade, a noção de “vazio” está intrinsecamente ligada ao que se pretende proteger. Tome-se, por exemplo, o crime de falsidade ideológica eleitoral, que é dotado de elemento subjetivo especial¹²³. A omissão ou inserção dolosa de informações deve ter por escopo fins eleitorais, orientando-se, portanto, a escamotear dados que conferem ao candidato ou a seu partido vantagem na corrida.¹²⁴ Parece ficar evidente que, quando as informações ocultas ou falsificadas se relacionam a registros contábeis, esse especial fim fica de pronto estabelecido.

Com efeito, o financiamento da atividade político-partidária sem a transparência devida anuncia-se como um dano em si ao processo democrático. Os atores sociais têm o direito de interferir na condução dos negócios públicos, mas é imperioso que isso ocorra conforme as regras acordadas e à vista de todos. Além disso, a utilização de recursos às margens das regras postas, ainda que não relacionada a uma troca espúria que venha a configurar corrupção, está associada à acumulação de recursos dos quais, de ordinário, aquele agente não poderia dispor. Por conseguinte, a concorrência desleal na disputa já está estabelecida. Isto, de *per si*, parece justificar a necessidade de um tratamento autônomo e mais detalhado dessa conduta e que alcance também aquele que financia. A interferência econômica na disputa eleitoral, à margem dos parâmetros definidos pela legislação, representa malferimento ao jogo democrático que deveria ser coibido pelo Direito Penal de forma direta (OLAIZOLA NOGALES, 2014). Com a eventual prova de que esse financiamento foi meio, também, para escambo da função pública,

¹²³ Seriam características subjetivas elementares do tipo. Como leciona Cezar Roberto Bitencourt (207, p. 179), o especial fim de agir não confunde com o dolo, que se esgotaria na consciência e vontade de praticar a conduta. É um elemento autônomo e que “condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato”.

¹²⁴ Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, HC 96233, Ellen Gracie, 7 de maio de 2009 (BRASIL, 2009b).

as regras do concurso formal impróprio¹²⁵ deveriam ser acionadas, pois haveria duplicidade de violações por conduta única.

O substrato fático dos casos estudados parece convergir para esta análise. O recebimento de vantagem indevida por políticos e a indicação de que esses valores teriam sido utilizados não apenas para enriquecimento pessoal, mas também para o financiamento da atividade partidária, em especial campanhas eleitorais, revelam violação à moralidade pública, vilipêndio ao erário e deslealdade na disputa eleitoral. Nos casos sob apuração na Lava Jato, por exemplo, há indicação de que os agentes políticos não se limitaram a buscar recursos à margem das regras no setor privado, mas utilizaram a estrutura de empresa com capital público para seus fins espúrios. Há indicação, assim, de ataque a bens jurídicos distintos e que emanaria de desígnios autônomos.

¹²⁵ Código Penal (BRASIL, 1940): “Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. **As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.**” (grifei).

3 PARTIDOS POLÍTICOS E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A relevância dos partidos políticos no sistema democrático brasileiro deveria fazer-se acompanhar do correspondente peso da pessoa jurídica na dinâmica de responsabilização. Nesse sentido, é preciso refletir sobre a natureza da responsabilidade que deve ser invocada nesse cenário, tendo em consideração, também, o impacto que essa escolha pode ter no equilíbrio de forças políticas. Não se deve ignorar que a posição institucional que os partidos ostentam demanda um regime jurídico que preserve sua funcionalidade constitucionalmente estabelecida, porém disso não decorre a criação de um espaço absoluto de imunidade. A tensão que se estabelece no limite entre um sistema de responsabilização dos partidos que garanta as liberdades circundantes ao processo deliberativo e a preservação da autonomia desse meio de representação política apresenta-se como um grande desafio.

Se o partido político, como ente personalizado, tem papel fundamental no processo de representação, é importante que o sistema de cumprimento normativo também o considere em sua dinâmica. Os mecanismos de prevenção e de repressão de ilícitos que envolvam a atividade política precisam considerar as agremiações políticas seriamente, para que sejam internamente coerentes. As atividades que envolvem o manejo de recursos financeiros e poder estão expostas à atuação parasitária de agentes criminosos e os partidos políticos associam esses dois elementos no exercício de suas atribuições. O estudo de casos demonstrou que a prática de crimes envolvendo a atividade política é uma realidade que demanda enfrentamento pelos órgãos responsáveis pela persecução penal no Brasil no plano da responsabilidade individual, mas também suscita reflexões sobre o papel da pessoa jurídica nessa dinâmica. Nos debates que se desenvolvem sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, parece relevante que se introduza a reflexão sobre as bases de eventual inclusão ou os fundamentos para imunidade dos partidos políticos.

3.1 Considerações sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica

Desenvolve-se, neste estudo, a hipótese de que os partidos políticos precisam engajar-se na prevenção de crimes, sendo legítimo ao Estado estabelecer para essas pessoas jurídicas de direito privado obrigações nesse sentido. Tal estrutura preventiva não interferiria no espaço de autonomia constitucionalmente assegurado às agremiações políticas, que seriam aptas a ser

chamadas a colaborar com a atividade persecutória do poder público para a identificação da responsabilidade penal individual. Ocorre que não há como se debruçar sobre esse tema sem que se reflita sobre a capacidade de a pessoa jurídica vir, ou não, a ser sujeito ativo de crime. Se o ente coletivo é introduzido no cenário da prevenção delitiva, o grau de sua adesão ao sistema será maior e terá mais ou menos sentido, na medida em que também puder ser responsabilizado. A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica não é um requisito essencial para conferir sentido a programas de prevenção delitiva no âmbito das organizações. Sem prejuízo, para uma abordagem mais ampla do tema, passa-se a tecer considerações sobre alguns aspectos da responsabilidade de natureza penal para os entes coletivos.

No que se refere especificamente aos partidos políticos, parece necessária a estruturação de um sistema de responsabilização que supere a insuficiência das ferramentas hoje existentes na legislação eleitoral. Isso porque a dinâmica social não suporta, na prática, o vácuo de resposta quanto às práticas ilícitas que envolvem essas associações. Nesse cenário, a ausência de um sistema racionalmente estruturado para esse fim enseja reações que podem ser deletérias para a democracia, resultando, eventualmente, em efeito reverso ao idealmente pretendido. Pode-se mencionar a esse propósito o manejo de ações de improbidade administrativa em face dos partidos políticos (BRASIL, 2017h). A natureza das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992, especialmente aquelas relacionadas ao exercício de direitos políticos e interdição de acesso a recursos públicos, pode representar, na prática, a suspensão das atividades do partido político eventualmente condenado por via lateral àquela prevista na legislação eleitoral. Esse efeito, decorrente da interpretação judicial que se possa conferir ao alcance da lei de improbidade a essa pessoa jurídica, pode ter impacto significativo sobre o equilíbrio de forças políticas, sem que tenha sido debatido e amadurecido sistematicamente. Equivale dizer, é preciso evitar a consolidação de um sistema amorfo, em que a funcionalidade dos partidos possa ser vulnerada de forma mais pungente do que eventual responsabilização penal devidamente delineada. Não se afirma, *a priori*, o descabimento das ações civis públicas de improbidade nessas hipóteses, apenas se pondera que a gravidade das sanções que podem decorrer, sem as salvaguardas do processo penal, e os efeitos sobre a funcionalidade dos partidos, não foi amadurecida e sistematicamente pensada. A utilização dessa ferramenta pode representar um deslocamento de forças inesperado, ante a ausência de um sistema pensado, discutido e deliberado racionalmente sobre os contornos e limites da responsabilidade dos partidos por atos ímprobos e que, sob o plano dos indivíduos, podem configurar também crimes.

A responsabilização penal da pessoa jurídica, no geral, é objeto de atenção sob os ângulos constitucional e penal. O primeiro refere-se ao alcance dos dispositivos sob a perspectiva da hermenêutica constitucional; e o segundo à possibilidade e conveniência de superação do postulado *societas deliquere no potest*¹²⁶, com ênfase em questões dogmáticas e de política criminal. Em nenhum desses cenários, debate-se eventual responsabilidade penal dos partidos políticos, a despeito de sua condição de pessoa jurídica de direito privado não o excluir, *a priori*, de figurar como sujeito ativo de crime em um sistema que admita esse tipo de responsabilização. Tendo em conta o papel dos partidos políticos para a funcionalidade do regime democrático, é preciso refletir sobre esse aspecto.

Uma questão prévia que precisa ser enfrentada diz respeito à admissibilidade ou não da responsabilização penal da pessoa jurídica no sistema jurídico brasileiro e seus limites. Passa-se à abordagem do tema no aspecto constitucional sob um ângulo geral para, em sequência, tecer as considerações relacionadas aos partidos políticos em particular. Busca-se contribuir com as reflexões existentes no tocante à definição de sentido das normas que tratam da matéria sob o aspecto sistemático, assim como à aplicação de princípios instrumentais, próprios da hermenêutica constitucional.

3.1.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica relativamente a atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º), o que foi condensado no plano infraconstitucional pela edição da Lei nº 9.605/1998. A redação do art. 173, § 5º, da Constituição Federal¹²⁷ abriria flanco, também, para que o legislador ordinário pudesse vir a estabelecer sua responsabilização penal por atos praticados contra a ordem econômico-financeiro e contra a economia popular. A natureza penal da responsabilidade relativamente aos danos ambientais e sua ampliação para os delitos econômico-financeiros, porém, não é imune a divergências doutrinárias.

¹²⁶ O postulado é referido ao direito romano segundo o qual os entes coletivos não podem delinquir e que remete à exclusiva capacidade penal da pessoa humana. Nesse sentido, veja-se Aboso e Abraldes (2000, p. 3).

¹²⁷ “Artigo 173. (...) § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade penal dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” (BRASIL, 1988).

No que concerne ao aspecto constitucional, são multicitadas¹²⁸ as posições de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. Todos reconhecem a opção do constituinte de encampar a responsabilidade penal da pessoa jurídica relativamente à questão ambiental. José Afonso da Silva, em análise sistemática, reconhece, inclusive, que o art. 173, § 5º, da Constituição Federal também contempla hipótese de responsabilidade penal (SILVA, 2017), no que é secundado por Paulo Affonso Leme Machado (SILVA, 2017, p. 856; MACHADO, 2014). Walter Claudius Rothenburg (ROTHENBURG, 1995) também está entre aqueles que reconhecem a existência de base constitucional para imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica. O autor, aliás, avança no ponto, para vislumbrar que a autorização constitucional não se limita às matérias relacionadas nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º. No seu entender, outros bens podem ser protegidos penalmente pelo reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito ativo da lesão ou exposição a risco, “espaço aberto na própria Constituição, do que dá mostras o art. 216, § 4º: “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei.” (ROTHENBURG, 1995, p. 362).

Como acentua Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 432-3), na visão dos constitucionalistas, a responsabilidade a que se remete a Constituição Federal, nos arts. 225, § 3º, e 173, § 5º, é penal, considerada inclusive a referência contida às punições compatíveis com sua natureza. O autor diverge dessa interpretação e está entre os penalistas que rejeitam a possibilidade de responsabilização pela ótica constitucional e não somente dogmático-penal. Considera que o texto do art. 173, § 5º, menciona a responsabilidade dos entes morais sem adjetivações e refere-se a atos e não crimes contra a ordem econômica, financeira e economia popular. Consoante entende, a superação da responsabilidade penal pelo constituinte não se daria de forma camuflada e indireta, como a interpretação contrária exige. Relativamente aos danos ao meio ambiente, Santos confere relevância à diferença semântica entre os termos “condutas” e “atividades lesivas”, contidos no art. 225, § 3º. Nesse sentido, as condutas (humanas) estariam sujeitas à responsabilidade penal, e as atividades (de pessoas jurídicas) ensejariam sanções administrativas (p. 432-3). René Ariel Dotti (1995), na mesma toada, afirma a ausência de lastro constitucional para se estabelecer a capacidade da pessoa jurídica de ser sujeito ativo de crime, pois avalia que a interpretação literal do art. 225, § 3º, não oferece a melhor resposta ao problema. O autor faz uma interpretação sistemática deste dispositivo com o art. 173, § 5º, que estabeleceria “outra regra constitucional de responsabilidade” (DOTTI, 1995, p.188), impondo às pessoas jurídicas apenas as punições compatíveis com sua natureza.

¹²⁸Menciona a posição desses autores, por exemplo, Santos (2008, p. 432).

Como a responsabilidade penal é para o autor exclusivamente pessoal, por força do art. 5º, XLV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)¹²⁹, a responsabilidade penal da pessoa jurídica ofenderia de forma intransponível os princípios constitucionais da igualdade, humanização das sanções, personalidade da pena, bem como inviabilizaria o exercício do direito de regresso previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (DOTTI, 1995, p.188-90).¹³⁰

Em sentido oposto coloca-se Sérgio Salomão Schecaira (2011), que, alinhando-se à interpretação do texto constitucional desenvolvida por José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, considera que ambos os dispositivos constitucionais (arts. 173, § 5º, e 225, § 3º) estariam inseridos em um mesmo contexto orgânico e de interpretação indissociável. O autor afasta óbices de natureza dogmática ou jusfilosóficas que possam ser contrários, de forma ontológica, à capacidade penal das pessoas jurídicas e afirma que apenas a Constituição representa barreira intransponível (p. 122). Estabelecida, em seus estudos, a premissa de que essa responsabilização é constitucionalmente autorizada e convergente com uma tendência internacional de criminalização das condutas das empresas¹³¹, o autor aponta critérios de imputação e culpabilidade específicos para o ente coletivo, paralelos às categorias existentes para a responsabilidade individual.

Em resumo, para alguns, a responsabilidade penal da pessoa jurídica sequer foi autorizada pelo texto constitucional brasileiro¹³²; para outros, há base constitucional para estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não só para os crimes contra o meio ambiente, conforme posto de forma mais explícita no texto, mas também para atos contra a ordem econômica, financeira e economia popular. Tendo presente o fato de que já existe legislação infraconstitucional relativamente a condutas e atividades danosas ao meio ambiente,

¹²⁹ “Artigo 5º (...): XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (BRASIL, 1988).

¹³⁰ Posicionam-se também contrariamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, entre outros, Bitencourt (2012); Mestiere, (1999); Batista, (2010).

¹³¹ O autor apresenta um retrospecto de como o tema foi tratado pelos congressos da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), desde sua primeira edição, quando se mencionou a responsabilidade penal dos Estados por violação de normas internacionais, passando pelas conclusões do VI Congresso (Roma, 1953), quando se reconheceu que a repressão à criminalidade econômica não prescindiria da aplicação de sanções penais à pessoa jurídica, até o XV Congresso da AIDP (Rio de Janeiro, 1994), que sinalizou a responsabilização penal, inclusive, de entes públicos. Registra, ainda, em sentido convergente, conclusões extraídas do VI Congresso das Nações Unidas (Nova Iorque, 1979), assim como a recomendação do Congresso sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas em Direito Comunitário (MESSINA, 1979). As conclusões desses encontros apontariam a tendência da comunidade acadêmica (SCHECAIRA, 2011, p. 22-7).

¹³² A produção sobre o tema é abundante. Menciona-se para registro, além daqueles já citados que não identificam base constitucional para a responsabilização penal da pessoa jurídica, Cernichiaro (1995, p. 262); Cretella Junior (1993. pp. 3989-4045); Bitencourt (2012, pp. 87-98).

o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de manifestar-se sobre esse aspecto da matéria, prevalecendo o reconhecimento da natureza penal da responsabilidade nesses casos.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181 (BRASIL, 2013e), a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal avaliou se a persecução penal da pessoa jurídica se condiciona à concomitante persecução penal da pessoa física. Na oportunidade, cuidava-se de vazamento de óleo ocorrido em unidade subsidiária da Petrobras S.A, imputado à pessoa jurídica, seu Presidente e ao Superintendente responsável pela unidade envolvida. Excluídos os corréus pessoas físicas da ação penal, a matéria levada a exame do Supremo Tribunal Federal limitava-se à possibilidade de prosseguimento do feito exclusivamente quanto à pessoa jurídica, ao que a Corte respondeu afirmativamente. Houve, por ocasião desse julgamento, modificação do entendimento prevalente sobre a matéria, que se regia pelo critério da dupla imputação (VALENTE, 2015, p.252). De acordo com esse entendimento, por ora superado¹³³, haveria entre as pessoas física e jurídica um concurso necessário, não sendo possível a persecução penal da pessoa jurídica isoladamente. Sem embargo das questões dogmáticas envolvidas no debate, que serão adiante desenvolvidas, pretende-se destacar neste momento que o voto condutor do acórdão estabeleceu seus fundamentos sobre a premissa de que, em princípio, compete ao legislador o juízo de conveniência e oportunidade sobre a criminalização de condutas ou definição de sujeitos ativos para a prática de crimes. No tocante ao meio ambiente, a decisão assim expressa: “o princípio da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental está consagrado constitucionalmente”. Extraí-se do voto condutor:

As pessoas jurídicas tornaram-se destinatárias da lei penal desde 1988, há 25 anos portanto, em decorrência de imposição expressa da norma constitucional acima transcrita. A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1988, conferiu a possibilidade de concreção da Constituição, ao estipular os pressupostos e as penas aplicáveis às pessoas jurídicas. Não cabe retomar, portanto, a discussão sobre a legitimidade jurídica substancial da atribuição de responsabilidade penal dos entes morais (BRASIL, 2013e).

O recurso extraordinário foi provido por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio Mello e Luiz Fux, este acompanhando a divergência daquele. No ponto de interesse, embora ambos tenham votado pelo desprovimento do recurso e afirmado a decisão impugnada do Superior Tribunal de Justiça, baseada na tese da dupla imputação, as razões de decidir dos dois julgadores foram diversas. O voto do Ministro Marco Aurélio Mello assentou-se sobre a existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem qualquer questionamento quanto

¹³³ Diz-se por ora porque, a despeito de esta tese ter sido afastada pelo Supremo Tribunal Federal pelo julgamento da Primeira Turma a que se fez referência, ao que aderiu o Superior Tribunal de Justiça, não houve, ainda, pronunciamento do Supremo Tribunal Federal por sua composição plena.

ao tópico. Diferentemente, o voto do Ministro Luiz Fux questionou a própria possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, sinalizando seu possível alinhamento com aqueles que não a extraem do art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Embora o Supremo Tribunal Federal¹³⁴ e o Superior Tribunal de Justiça¹³⁵ reconheçam atualmente a natureza penal dessa responsabilidade, a reflexão sobre o tema certamente não fica bloqueada. O registro sobre a posição das Cortes é feito para que se tenha a referência acerca da forma como o Direito está sendo aplicado, bem como para indicar que a controvérsia sobre o tema transborda o campo da reflexão acadêmica e penetra na afetação concreta dos destinatários da norma constitucional. É preciso notar, também, que o legislador infraconstitucional ainda não se manifestou sobre o mandado de incriminação que derivaria do art. 173, § 5º, da Constituição Federal.¹³⁶ A interpretação constitucional, como de resto qualquer atividade hermenêutica, tem como ponto de partida a literalidade do texto (LARENZ, 1997, p. 451), mas nele não se esgota. O sentido da norma não pode ser extraído exclusivamente da construção gramatical com a qual se apresenta ao intérprete. Como leciona Luís Roberto Barroso (1999, p. 130), “a equivocidade do Texto deve ser remediada com a busca do espírito da norma e o recurso a outros métodos de interpretação.” É preciso extrair endogenamente o “contexto significativo da lei”¹³⁷ a partir do quadro em que cada termo e cada frase estão inseridos. A polissemia pode ser superada também pela reconstrução histórica do dispositivo a

¹³⁴ Há julgados precedentes ao RE 548.181, o qual foi referido pelo específico debate travado sobre a natureza da responsabilidade envolvida, bem como por ter alterado o paradigma de imputação. Nesse sentido, por exemplo, HC 85.190, Joaquim Barbosa, 2ª Turma, 8 de novembro de 2005.

¹³⁵ Afirmando a natureza penal dessa responsabilidade, veja-se, exemplificativamente: Superior Tribunal de Justiça, RHC 53.208, Sebastião Reis Junior, 6ª Turma, 21 de maio de 2015; HC 248.073, Laurita Vaz, 5ª Turma, 1º de abril de 2014.

¹³⁶ Tramita no Senado Federal o projeto do Novo Código Penal brasileiro, PLS 236/2012. A proposta legislativa contempla em seu art. 41 a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado “pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” O projeto ainda tramita na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. O tópico relativo à responsabilidade penal é objeto de algumas Emendas. A Emenda n.5, de autoria do Senador Romero Jucá (PMDB/RR), objetiva restringir a possibilidade de responsabilização à matéria ambiental; as Emendas n. 11, 12 e 14, do Senador Armando Monteiro (PTB/PE), propõem alterações no sistema de imputação, para fazer prevalecer o entendimento hoje superado dos tribunais superiores do concurso necessário como condição para a persecução penal. Propõe, também, limitação temporal para a pena de suspensão da obtenção de subsídios, subvenções ou doações, assim como a supressão da pena de publicidade. A Emenda n. 17, de autoria do Senador Luiz Henrique (PMDB/SC), também pretende que o texto contemple a responsabilidade da pessoa jurídica associada à da pessoa física. Sobre a tramitação do projeto de lei e o inteiro teor das emendas, veja-se em Brasil (2012b).

¹³⁷ “O contexto significativo da lei determina, em primeiro lugar, da mesma maneira, a compreensão de cada uma das frases e palavras, tal como também, aliás a compreensão de uma passagem do texto é co-determinada pelo contexto. Até aqui não se trata mais do que da forma mais simples do anteriormente mencionado (cap. I, 3b) ‘círculo hermenêutico. [...] O sentido de cada proposição só se infere, as mais das vezes, quando se considera como parte da regulação a que pertence.” (LARENZ, 1997, p. 457).

interpretar¹³⁸, bem como pelos critérios sistemático e teleológico.¹³⁹ A adoção do método teleológico para identificação da *ratio legis* é, segundo alguns doutrinadores¹⁴⁰, o que deveria preponderar na interpretação constitucional, estabelecendo-se o cuidado, no entanto, para que esse elemento não se transmude em utilitarismo ou consequencialismo em detrimento ou “afronta aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente” (BARROSO, 2013, p. 320). A esse propósito Jane Reis Gonçalves Pereira apresenta a concepção de que, a despeito da impossibilidade de serem totalmente expurgados da interpretação, “argumentos de ordem pragmatista ou consequencialista” não devem sobrepor-se quando direitos entram em conflito com bens e metas coletivos.¹⁴¹ Além das ferramentas tradicionais, o texto constitucional demanda a aplicação de uma “hermenêutica pautada por critérios específicos” (PEREIRA, 2006, p. 67). Para o deslinde da questão aqui enfrentada – a de determinar a natureza da responsabilidade atribuída pela Constituição Federal às pessoas jurídicas –, deve-se concentrar nos princípios instrumentais (BARROSO, 2013) à particular compreensão do texto constitucional, com enfoque em um que se mostra especialmente pertinente à hipótese: da unidade da Constituição¹⁴².

Este estudo perfilha-se com aqueles que extraem da literalidade, bem como da análise sistemática e teleológica dos enunciados normativos multiplamente citados, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. A diferenciação semântica entre os termos “atos” e “atividades” contidos no texto constitucional não indica o significado atribuído por aqueles que rechaçam essa interpretação. Isso porque o constituinte parece ter utilizado duas fórmulas distintas para atingir a mesma finalidade: enviar comando de atuação ao legislador

¹³⁸ Como anota Luís Roberto Barroso (1999, p. 127), a despeito da pouca relevância conferida pela doutrina e jurisprudência aos elementos que os trabalhos de elaboração da norma podem agregar à interpretação, no plano constitucional o elemento histórico tem outro destaque, especialmente no que se refere a Constituições mais recentes. Disso não decorre um completo atrelamento ao passado. O originalismo, diz o autor, é a “patologia da interpretação histórica”.

¹³⁹ Sobre interpretação constitucional, cf. as obras essenciais de Barroso (1999) e PEREIRA (2006).

¹⁴⁰ Nesse sentido Luís Roberto Barroso menciona as posições de Carlos Maximiliano, Joseph Story, alinhando-se ele também a esse enfoque (BARROSO, 1999, p. 137-138).

¹⁴¹ Embora a autora desenvolva seu argumento centrado no pragmatismo judicial, a ideia-força que apresenta tem aplicação para o ponto que se pretende ressaltar relativamente aos limites do legislador infraconstitucional. Como, segundo afirma, nas constituições contemporâneas o direito é direcionado não apenas para resultados “socialmente positivos”, mas contemplam rol de direitos fundamentais que traduzem escolhas éticas, a interpretação não pode esvaziar essas escolhas. Esse raciocínio, desenvolvido para a interpretação judicial, pode sim, ser extrapolado para a hipótese que se examina (PEREIRA, 2016).

¹⁴² Este princípio fora destacado porque adequado para a solução da questão proposta. Sem embargo, outros princípios instrumentais devem ser adotados como “premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas” na interpretação constitucional segundo o autor, entre os quais: (a) a supremacia da Constituição; (b) presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; (c) interpretação conforme a Constituição; (d) efetividade; e (e) razoabilidade ou proporcionalidade (BARROSO, 2013, p. 323).

infraconstitucional para impor responsabilidade em sentido amplo à pessoa jurídica visando à tutela de bens jurídicos. No primeiro plano da construção do enunciado do art. 173, § 5º, está o comando de imposição de responsabilidade à pessoa jurídica. O foco da construção do enunciado é tornar evidente que os entes coletivos também devem ser chamados a responder. A ressalva contida no texto de que essa responsabilidade é independente daquela imposta à pessoa física parece apenas acentuar a exceção ao princípio *societas delinquere non potest*, relativamente às matérias que elenca na sequência. O argumento de que a responsabilidade ali expressa está a salvo de adjetivações, e, por isso, não poderia ser estendida à responsabilidade penal, não soa consistente, na medida em que não se questiona a possibilidade de responsabilização civil ou administrativa, como regra. O art. 225, § 3º, por seu turno, está estruturado com ênfase nas condutas e atividades a serem objeto de tutela para, em seguida, mencionar que o sujeito ativo das infrações pode ser tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica. A relevância semântica à ausência de adjetivação à natureza da responsabilidade contida no texto do art. 173, § 5º, da Constituição Federal poderia no máximo conduzir à compreensão de que o constituinte conferiu ao legislador maior espectro de discricionariedade na eleição da forma de proteger os bens ali relacionados, no que se refere ao papel das pessoas jurídicas. Discricionariedade esta inexistente no que concerne à matéria ambiental. No entanto, disso não se extrai a proibição de que o Direito Penal seja acionado para a proteção dos bens jurídicos contra graves lesões ou exposição insuportável a perigo reconhecendo a condição de sujeito ativo aos entes coletivos.

A literalidade do texto constitucional não parece ser suficiente para definir indubitavelmente seu alcance, tendo em vista as divergências doutrinárias já expostas, que devem ser respeitadas e seriamente consideradas. Posta a questão nesses termos, a tomada de posição sobre o conteúdo e o alcance dos dispositivos constitucionais que dariam lastro à responsabilização penal da pessoa jurídica exige que se considere, também, o contexto no qual estão inseridos os bens jurídicos que a norma constitucional pretende tutelar. Dito de outro modo, para que a interpretação se concretize a contento, é preciso levar em conta o sistema em que estão insertos os enunciados normativos e a contingência de sua aplicação. Os limites do exercício do direito de punir do Estado pela criminalização de condutas é um tema de Direito Penal que se relaciona com seu próprio fundamento de legitimidade. Como anota Jorge de Figueiredo Dias (2012, p. 106), a busca por uma concepção material de crime não encontra resposta em uma perspectiva própria do positivismo legalista de que crime é aquilo que o legislador assim elege como tal. A necessidade de identificar ou delimitar a atuação do legislador é o que norteia a busca pelo sentido substancial das condutas passíveis de acionar a

ferramenta mais severa de controle social disponível ao Estado. Consoante Claus Roxin (1997, p. 51), o conceito material de delito é prévio ao Código Penal e oferece “critérios de política criminal sobre o que o mesmo [legislador] pode apenar ou deve deixar impune.” Nesse sentido foi desenvolvida a teoria do bem jurídico, que expressa a preocupação de conferir conteúdo e sentido à atividade incriminadora pelo legislador. Segundo essa construção teórica, a criminalização só poderia estar referenciada à proteção de bens juridicamente tuteláveis, o que difere o problema à delimitação desses bens (p. 55). Os desafios impostos pela chamada sociedade de risco, como já exposto em tópico próprio, estariam desafiando o paradigma do Direito Penal existente, pois este não forneceria ferramentas suficientes para responder às novas formas de violações de direitos a que as sociedades estão expostas (DIAS, 2012, p. 133-54).

A proteção da atividade econômica pelo Direito Penal é um dos meios pelos quais o Estado contemporâneo tem respondido às novas formas de ataque a bens que transcendem a esfera individual. O aumento da possibilidade de trânsito dos indivíduos entre as fronteiras nacionais e o avanço constante da tecnologia têm potencializado o efeito lesivo de condutas que outrora se circunscreviam a raio limitado de atingidos, como se discorreu no capítulo 2. Artur de Brito Gueiros Souza ensina que uma série de fatores conduziu à estruturação, no primeiro quarto do século XX, do que atualmente se concebe como Direito Penal Econômico¹⁴³. No mesmo sentido pontua John Vervaele (2011), para quem “se poderia afirmar que o Direito Penal Econômico e Financeiro é tão velho como a humanidade”, mas que apenas se integrou ao Direito Público com os contornos que hoje conhecemos a partir da ilustração e do processo de codificação. O autor anota que, no período precedente à Revolução Francesa, o Direito Penal não era sistematizado. A *Constitutio Criminalis* de 1532 para o Sacro Império Romano de Carlos V ou as Ordenações Criminais francesas de 1670 não continham uma parte geral ou princípios básicos como o da legalidade. Ao prosseguir na análise, registra que, em seu desenho primitivo, o direito de punir incidia sobre a atividade econômica e financeira como expressão do poder do soberano ou, ainda, relacionado às corporações e sociedades, no âmbito do Direito

¹⁴³ “As grandes guerras mundiais; as alterações de um modelo de Estado liberal, característico do século XIX, para um Estado social e interventor no contexto socioeconômico, conforme, é claro, as circunstâncias de cada país; a ampliação do referencial criminológico, até então focado em tipologias de pobreza ou patologias biológicas psíquicas ou sociais; uma voz mais ativa na defesa dos interesses de grupos explorados economicamente, tais como pequenos investidores ou consumidores; a incapacidade de outros ramos do Direito para imposição de limites aos abusos *no e do* mercado; a constatação, por parte dos penalistas, da existência de peculiaridades destoantes do paradigma clássico do *homicídio de autoria individual*; o incremento das relações comerciais e financeiras internacionais, que redundaram no fenômeno da globalização e do Direito Comunitário; a constatação de que a *criminalidade organizada* possui, de fato, estreita conexão com a *criminalidade econômica*, ao lado de tantos outros fenômenos e fatores, expressam e justificam o *Direito Penal Econômico*.” (SOUZA, 2011, p. 115-142).

Privado (p. 10). A estruturação e sistematização do Direito Penal é acessória do processo de formação dos Estados-nação do século XVI, que se desenvolveu até o fim do século XVIII, marco no qual outro fator se apresenta na condensação do Direito Penal – a resistência ao poder arbitrário do Antigo Regime. A concepção do Estado de Direito, como fruto da racionalidade da Ilustração, fortalece a ideia do Estado como única fonte de produção do Direito (p. 11). John Vervaele assim detalha a questão:

A racionalidade da Ilustração e a influência da lei natural e da razão, fazem sentir sua influência. Os escritos de Bentham, Voltaire, Beccaria, Montesquieu e Feuerbach também ressoam na Europa e um pouco mais tarde nas Américas. Para Bentham, o pai intelectual da ideia de codificação, o Estado é a única fonte legítima da autoridade da violência pública. O Estado tem o monopólio do direito de castigar (*ius puniendi*) e assegurar o bem estar público. A ordem jurídica não se baseia mais na lei metafísica ou natural derivada de fontes religiosas, mas na razão humana e na racionalidade. A *Declaração francesa dos direitos do homem e dos cidadãos* de 1789 consolida o conceito de Estado de Direito e seus princípios gerais de Direito Penal, inclusive o princípio da legalidade de Direito Penal.” (p. 11).

A crise do modelo liberal, de fins do século XIX, decorrente da chamada “questão social”, esta por sua vez fruto da Revolução Industrial, atraiu a intervenção do Estado no campo socioeconômico, pois não seria mais viável o “desenvolvimento autônomo da sociedade, com a simples garantia da intervenção política de ‘polícia’ (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 402). Como destaca John Vervaele, a primeira intervenção de que se tem notícia ocorre na Alemanha de Bismarck, por meio de leis direcionadas às condições de remuneração dos trabalhadores, proteção do mercado de valores e qualidade dos alimentos.¹⁴⁴ Tipos penais econômicos e financeiros, assim como ilícitos administrativos teriam sido introduzidos no ordenamento daquele país como salvaguarda da política adotada (VERVAELE, 2011, p. 18). Nos Estados Unidos da América, por seu turno, seria possível identificar, relacionada ao crescimento econômico de finais do século XX (*Progressive Era*), uma legislação intervencionista massiva e a criação de agências regulatórias com poder sancionador. As medidas intensificam-se após a quebra da Bolsa de Valores de 1929, e a utilização do Direito Penal para proteção do cidadão contra práticas desleais passa a ser foco da política criminal. John Vervaele pontua que o Direito Penal não estava, nesse período, estruturado como um

¹⁴⁴ Norberto Bobbio (apud BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 403) relata como a Alemanha articulou intervenções para estruturar um sistema previdenciário a ser consolidado entre 1883 e 1889. Esse sistema de seguridade foi replicado por Dinamarca, Bélgica e Suíça. Bismarck, segundo Norberto Bobbio, teria contado com o relevante apoio do Verein für Sozialpolitik, uma associação que reunia todos aqueles que convergiam com as reformas. Existente até hoje, o *Verein* apresentou-se, na visão do autor, como o primeiro esforço “de oposição do Estado legislativo de direito à difusão do marxismo na Europa”.

conjunto coerente, mas já era possível identificar dispositivos de natureza penal especificamente direcionados àquele universo material.¹⁴⁵

Adán Nieto Martín, por seu turno, registra que o fato de os ordenamentos jurídicos europeus estarem sob a pressão da harmonização ensejou que o princípio histórico *societas delinquere non potest*, que constituía o núcleo essencial do Direito Penal continental, sucumbisse. Anota o autor que todos os acordos internacionais, ou procedentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ONU, Conselho da Europa ou Decisões Marco da União Europeia, contêm disposições orientadas ao estabelecimento de sanções à pessoa jurídica. A despeito disso, reputa que o verdadeiro fundamento está na influência poderosa que emanou do ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, que, desde a era das grandes ferrovias, já havia reconhecido o poder das corporações e a conseqüente necessidade de controlá-las pela imposição de responsabilidade coletiva (MARTÍN NIETO, 2008, p. 126). História que, àquela época, a Europa não vivenciava a mesma realidade, ou porque não tinha “gigantes empresariais ou os que haviam eram públicos ou produto do processo de cartelização incentivados pelo próprio Estado” (p. 126). Aliado a isso, os marcos jurídicos existentes pareciam suficientes para lidar com os problemas que se apresentavam. A realidade, no entanto, alterou-se. O poder econômico das grandes corporações, que equivale ou supera a de alguns países, passou a atingir a todos indistintamente. O modelo de produção fordista, no qual toda a produção se concentrava em um único território, foi substituído pela pulverização espacial da produção, com a figura do *forum shopping* e a “possibilidade de escolha do soberano”. Materialmente, os problemas a serem enfrentados também se tornaram mais complexos, em razão das características da sociedade de risco e da própria complexidade da sociedade. A importação do modelo de controle americano mostra-se, assim, uma solução inserida em um contexto maior, que o autor aponta como de americanização do Direito Penal.¹⁴⁶ Um novo pacto é estabelecido entre público e privado, colocando-se este ao lado daquele para evitar a prática de ilícitos.

Os debates que envolvem os fundamentos de legitimidade do Direito Penal pela construção de um conceito material de crime não são objeto de atenção neste estudo, nem tampouco uma detalhada reconstrução histórica de como o Direito Penal foi inserido na órbita

¹⁴⁵ Para uma descrição detalhada do desenvolvimento histórico da intervenção estatal no domínio econômico e seus reflexos na estruturação do direito penal econômico, veja-se Vervaele e Quintero (2011); Souza (2011).

¹⁴⁶ Nesse mesmo contexto, para o autor, estão as categorias da boa governança corporativa, o direito dos mercados financeiros, o sistema de prevenção de riscos laborais e as normas de organização e controle de lavagem de capitais.

econômico-financeira da forma como hoje se verifica. O que se pretende pontuar para os fins aqui propostos é que a mudança de paradigma do Estado vigilante, garantidor das liberdades, para o Estado intervencionista, promotor de direitos, mesmo que em distintos graus conforme países e regiões, gerou reflexos no âmbito penal. Ainda, o alto grau de desenvolvimento tecnológico, a intensa interação humana, física e virtual, gerada pela facilidade nos deslocamentos, associados às acentuadas assimetrias que os benefícios e custos deste modo de conviver em sociedade geram para os diversos grupos que a integram¹⁴⁷, ensejaram a percepção sobre bens a serem preservados e tutelados pelo Direito Penal e que transcendem a esfera individual.¹⁴⁸ É nesse contexto que se inserem as determinações constitucionais de proteção ao

¹⁴⁷ Cita-se como exemplo da assimetria entre os custos e benefícios do que a sociedade de risco produz o episódio que envolveu o transporte de carga tóxica navio Probo Koala, de propriedade da empresa grega *Prime Marine Management Inc.*, registrado no Panamá e fretado pela empresa do setor de energia inglesa Transfigura Beheer BV. Relatório da Missão Especial da ONU para apurar os danos aos Direitos Humanos ocasionados pela liberação de lixo tóxico e material perigoso noticia que, entre abril e junho de 2006, o navio recebeu, no Mediterrâneo, estoques de mistura de gasolina que foram tratados a bordo com soda cáustica. Em junho de 2006, a embarcação atracou no porto de Amsterdã, Holanda, para reabastecer e descarregar os tanques de resíduos tóxicos. Um navio operado pela Amsterdã Serviços Portuários, empresa especializada na descarga em uma vasta gama de resíduos, recolheu parte do material do Probo Koala. Durante o processo, o produto descarregado exalou cheiro tão forte que levou as autoridades portuárias a retirar uma amostra. O exame revelou a presença de componentes químicos proibidos em níveis superiores ao permitido e adequado ao processo de descarga. A taxa de tratamento foi recalculada, em razão da maior toxicidade do produto e a necessidade de que a descarga fosse feita em Rotterdam adequadamente. A empresa se recusou ao pagamento, solicitou o retorno da carga e o navio deixou o porto de Amsterdã três dias após sua chegada, dirigindo-se o porto de Padinski na Estônia, onde teria descarregado 3.300 toneladas de gasolina e carregado 26.000 toneladas métricas de gasolina sem chumbo com destino à Nigéria. Em agosto de 2006, a Transfigura, por meio de sua subsidiária, Puma Energy Côte d'Ivoire, e auxílio de um agente marítimo em Abidjan, Costa do Marfim, organizou a descarga e tratamento dos resíduos neste país, com uma empresa recém-criada, Tommy Ltd. Durante a noite e madrugada dos dias 19 e 20 de agosto de 2006, doze caminhões alugados pela Tommy Ltd. dispensaram os resíduos pontos diversos do Distrito de Abidjan. Os locais de despejo eram inapropriados e a população foi exposta em um primeiro momento ao odor sufocante, contato direto com o lixo tóxico e exposição às substâncias voláteis. Após, houve a contaminação da água, dos lençóis freáticos e, eventualmente, de alimentos extraídos do solo ou regados por água contaminados. No dia 20 de agosto daquele ano, centenas de pessoas procuraram socorro médico. As estimativas oficiais reportam 15 mortes, 69 internações e mais de 108.000 consultas resultantes dos incidentes (vômitos, náuseas, reações na pele, olhos, nariz e garganta, problemas pulmonares e gástricos). Após longa resistência, a empresa Transfigura acabou por pagar à Costa do Marfim pela limpeza da área e um valor à família dos falecidos, admitindo o erro. Em contrapartida, o governo comprometeu-se a não processar a companhia. Em 2008, foi proposta na Inglaterra uma ação por quase 30 mil cidadãos da Costa do Marfim, que resultou em acordo. Ao final, a empresa pagou um total de 33 milhões de euros ao conjunto de demandantes. Na Holanda, a empresa foi condenada a multa de um milhão de euros por violar as leis europeias de exportação de resíduos; o capitão do navio sentenciado a 5 anos de prisão, com o cumprimento de pena suspenso e o empregado da empresa que coordenou a operação no porto de Amsterdã multado em 25 mil euros. Merece ser referido que no episódio do navio Probo Koala foi localizada correspondência interna dos executivos da empresa que indicava a ciência sobre o destino que estava sendo conferido ao lixo tóxico. Confirma-se o relatório da ONU sobre o episódio, que está disponível em Nações Unidas ([s.d.]). Informações sobre a correspondência interna da empresa responsável em <http://image.guardian.co.uk/sys-files/Guardian/documents/2009/09/16/Final_emails.pdf> Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁴⁸ A possibilidade de tutela penal de bens diferentes daqueles tradicionalmente tratados por esse ramo do Direito não é livre de resistências. A ideia de que o poder punitivo estaria se ampliando indevida e desnecessariamente está posta por diversos doutrinadores que deslegitimam o que seria um novo Direito Penal. Esse embate é descrito em detalhes por diversos autores e não constitui, como mencionado, o foco do presente estudo. O cerne do debate é explicado com propriedade por Souza (2011); Simões (2005).

meio ambiente e à ordem econômica, financeira e à economia popular. A previsão de imputar responsabilidade às pessoas jurídicas pelos atos e atividades danosos a esses bens é tributária de sua centralidade na própria produção dos danos e riscos que se pretende coibir ou punir.

A aplicação das ferramentas específicas da interpretação constitucional também parece ratificar a compreensão já exposta. Dois princípios substanciais regentes do Direito Penal serviriam de óbice à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição Federal de 1988: (i) a pessoalidade ou responsabilidade pessoal; e (ii) a culpabilidade.¹⁴⁹ O primeiro estaria vulnerado porque terceiros responderiam por atos que não praticaram, ou para os quais não contribuíram. O segundo porque não seria viável pensar em uma culpabilidade própria da empresa, o que implicaria punição penal com responsabilidade objetivamente apurada. Sérgio Salomão Schecaria resolve a questão a partir das ferramentas tradicionais de interpretação, para afastar ambos os obstáculos. Por meio da interpretação sistemática, conclui que a Constituição Federal afirma como regra a responsabilidade subjetiva das empresas, o que é excepcionado pelo art. 37, § 6º, relativamente às pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados a terceiros por seus agentes. Disso extrai que a Constituição volta a mencionar a responsabilidade da pessoa jurídica nos capítulos “Da Ordem Econômica e Financeira” e “Do Meio Ambiente”, porque também neste cuida de situação não abarcada pela regra da responsabilidade civil, qual seja, a penal. Rejeita, ainda, a violação ao princípio da pessoalidade, que só seria maltratado, no seu entender, se a pessoa física fosse chamada a responder sem que efetivamente tivesse atuado/contribuído para a prática do delito. Por fim, invoca o critério histórico para sustentar que a participação do Deputado Federal Fábio Feldman na relatoria do capítulo “Do Meio Ambiente” é indicativa do sentido da norma, em razão da notória posição do parlamentar pela possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, especialmente em trabalhos pós-constituinte (SCHECAIRA, 2011, p. 132-3).

Apesar da pertinência da interpretação tradicional, como já anotado, um ponto relevante para análise da questão parece ser o de que a tese de vulneração aos princípios da pessoalidade e culpabilidade aparentemente parte da premissa de que as categorias de Direito Penal aplicáveis à pessoa jurídica devem observar, sem qualquer espécie de adaptação, os mesmos parâmetros secularmente adotados para as pessoas físicas. Ainda que sob a perspectiva da ciência do Direito essa adaptação represente um desafio, não se poderia extrair a inviabilidade

¹⁴⁹ Nesse sentido, Sergio Salomão Schecaira sumariza objeções de Rene Ariel Dotti, Luiz Vicente Cerchicchio e Paulo José Costa Jr. (SCHECAIRA, 2011, p. 127-129).

de o constituinte avançar no tratamento do tema, nem tampouco interpretar a Constituição Federal a partir da concepção de que tais categorias dogmáticas são inalteráveis. Não se propugna neste estudo o esfacelamento de garantias individuais ou de conquistas importantes para a proteção do indivíduo em face da atuação punitiva do Estado e consolidadas pelo Direito Penal designado por nuclear. Apenas se sustenta que a interpretação da Constituição Federal não está contingenciada, no que se refere à pessoa jurídica, por parâmetros dogmáticos construídos para a pessoa física, pois não guardam simetria integral entre si. A interpretação dos enunciados normativos contidos nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição Federal reclama a aplicação do princípio da unidade da constituição. Luís Roberto Barroso (2013, p. 326) expõe que o princípio da unidade “é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas”. Na empreitada da harmonização, compete ao intérprete identificar o sentido que preserve ao máximo os bens jurídicos protegidos pelas normas em aparente conflito (p. 327).

O aumento substancial da potencialidade lesiva de atos, condutas ou atividades contrárias ao direito com o envolvimento de entes coletivos é o elemento determinante para os enunciados constitucionais sob disputa. Vale notar que, em um sistema que preze pela preservação de direitos, quanto mais graves os fatos e as sanções a serem aplicadas a seus agentes, maiores devem ser as garantias do processo apuratório, mais amplos os meios de investigação, bem como daqueles disponíveis à defesa dos imputados. Isso ocorre, com maior profundidade, na seara penal. Assim, sob a perspectiva de máxima preservação dos bens tutelados pela norma constitucional (meio ambiente, ordem econômica, financeira e economia popular), é preciso concluir pela possibilidade de responsabilização penal. Equivale dizer, se o comando tem por objetivo proteger os bens jurídicos que relaciona, e o Direito Penal é aquele que oferece os mecanismos mais amplos para apuração dos fatos e para a defesa dos imputados¹⁵⁰, a interpretação que conduz à exclusão desse meio reduz o alcance pretendido pela

¹⁵⁰ A propósito merece referência precedente do Supremo Tribunal Federal no qual se mencionou que o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica deveria ensejar, paralelamente ao “alargamento de categorias dogmáticas tradicionais”, a extensão, também aos entes coletivos das medidas de garantia, como o *habeas corpus*. Este entendimento não prevaleceu sob o fundamento de que o *habeas corpus* tutela exclusivamente direito de locomoção, o qual apenas é titulado por pessoas físicas. Confirma-se em Supremo Tribunal Federal, HC 92.921, Ricardo Lewandowski, 19 de agosto de 2008. A interpretação restritiva do *habeas corpus* nesta matéria vai ao encontro da tendência limitadora do instrumento que tem sido sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal, do que é exemplo a rejeição do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Quanto ao ponto, veja-se por todos, Supremo Tribunal Federal, HC 109.956, Marco Aurélio, 1ª Turma, 11 de novembro de 2012. A Corte será eventualmente confrontada novamente com a matéria acerca do instrumento adequado a trancamento de ação penal por crime ambiental, pois afastada a responsabilidade vicarial, poderão se multiplicar hipóteses de ações penais tramitando apenas em face da pessoa jurídica. A estruturação de um sistema de garantias coerente será imperioso.

norma. A leitura que redunde na exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica em decorrência do princípio da personalidade da pena parece vislumbrar nesse dispositivo o que nele não se pode conter diante da unidade da Constituição.

A intranscendência da pena pressupõe a impossibilidade de que qualquer pessoa, física ou jurídica, responda por terceiro, observado seu âmbito ou sistema próprio de apuração. Em outras palavras, o princípio não cuida de estabelecer impedimento absoluto a que, a partir de categorias próprias e adequadas à individualização, a pessoa física e a pessoa jurídica sejam responsabilizadas, cada uma em sua esfera de atuação. Isso não se confunde com a ideia, esta sim vedada pelo princípio, de impor a uma pessoa a responsabilidade apurada relativamente à outra, nem tampouco de impor a terceiro estranho a essa relação as penas correspondentes. Como menciona Walter Claudius Rothenburg, a maior dificuldade para se admitir a capacidade de sujeito ativo de crime pela pessoa jurídica é o reconhecimento “de uma consciência e de uma vontade daquelas requeridas para o cometimento de crimes, sem as quais não é possível atuar com relevância para o Direito criminal” (ROTHENBURG, 1995, p. 363). O princípio da culpabilidade é extraído do art. 5º, LIII, LIV e LVII.¹⁵¹ No entanto, a construção de uma categoria própria de culpabilidade da pessoa jurídica que atenda ao desiderato de vinculação do fato imputado à decisão do responsável não parece confrontar com a concepção dos direitos e garantias previstos nos referidos incisos do art. 5º para fins de compatibilização com os demais enunciados contidos no texto constitucional.

Adán Nieto Martín (2008, p. 130-1) enfrenta essas objeções, com referência ao modelo espanhol, afirmando que o princípio da pessoalidade da pena não resta violado, porque qualquer sanção tem efeitos colaterais sobre terceiros inocentes. Além disso, os sócios prejudicados poderiam voltar-se contra os administradores, sem desconsiderar que o risco a que estão sujeitos nessa situação não diverge de outros inerentes ao negócio.¹⁵² No tocante à culpabilidade, rejeita a ideia de que, ainda que se tome a responsabilidade como objetiva¹⁵³, não se poderia trasladar

¹⁵¹ “Art. 5º [...]. LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]; LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]” (BRASIL, 1988)

¹⁵² A esse propósito, o autor invoca o precedente estruturado no Direito americano que estabelece as bases pelas quais os acionistas eventualmente prejudicados pelos efeitos da responsabilização criminal da pessoa jurídica possam buscar compensação financeira. Nesse sentido o caso *Caremark (Court Chancery of Delaware)*. A despeito de não ter reconhecido, em concreto, o dever de indenização, foi estabelecido precedente judicial no sentido de que a falha no dever de supervisão pode ensejar a responsabilização individual de diretores, com o ressarcimento dos acionistas. Disponível em: <<http://www.wlrk.com/docs/INRECAREMARKINTERNATIONALINC DERIVATIVE LITIGATION.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

¹⁵³ Embora o autor faça essa ressalva, não se adota neste estudo a premissa de ser viável a adoção de responsabilidade objetiva relativamente às pessoas jurídicas, mas sim da necessidade de construção de uma

a objeção que essa espécie de responsabilidade encontra relativamente ao indivíduo para a pessoa jurídica. Considera que, a exemplo de outros direitos fundamentais, como dignidade humana, não há como estabelecer um paralelo absoluto. De toda sorte, esse não seria um obstáculo ontológico à adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo superável pela construção de uma categoria própria de culpabilidade da empresa.

Cabe mencionar, também, que a Constituição Federal brasileira não cuida, como regra, de relacionar os sujeitos aptos à prática de determinados crimes, mas apenas fixa critérios de imputabilidade penal ou espaços de imunidade. A única regra expressa de inimputabilidade penal absoluta é aquela contida em seu art. 228¹⁵⁴, relativamente aos menores de dezoito anos. As imunidades penais estão postas no art. 53, *caput* e § 2º, do texto constitucional, como mecanismo de proteção da liberdade necessária ao exercício do mandato. A submissão de todos à lei e a possibilidade de o Estado utilizar o Direito Penal para proteger bens jurídicos de forma igualitária relativamente aos agentes que os lesionem constituem a regra. A criação de zonas de não incidência do direito de punir, quando necessário, demanda um sistema de compensação para o desequilíbrio causado por aquela lesão. A imunidade parlamentar é um exemplo. A rigor, a inviolabilidade dos Deputados e Senadores, civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos, assim como a insuscetibilidade de prisão preventiva após a diplomação, deveria ser compensada por meio dos controles feitos pelas próprias Casas legislativas nos procedimentos de quebra de decoro¹⁵⁵. Repugna ao sistema a ideia de que a violação da esfera de terceiros, em abuso, não encontre qualquer tipo de resposta. Também por esse motivo, para compreensão orgânica e uma do texto, não se deve retirar potência dos dispositivos que versam sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, com a exclusão do Direito Penal de seu campo de incidência.

3.1.2 A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a dogmática penal

A concepção de que o Direito Penal somente pode ser acionado em face de pessoas físicas porque suas categorias dogmáticas são incompatíveis com a pessoa jurídica é defendida

dogmática específica para essa espécie de responsabilidade, considerada a previsão constitucional que se avalia estabelecida.

¹⁵⁴ “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” (BRASIL, 1988).

¹⁵⁵ CF. “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar.” (BRASIL, 1988).

essencialmente a partir de três categorias: (a) capacidade de agir; (b) culpabilidade; (c) fins da pena (MARTÍN NIETO, 2008, p. 127). Os entes coletivos não teriam aptidão para agir por si ou vontade própria, razão pela qual seria inviável que fatos típicos lhe fossem imputados, nem tampouco seria concebível em relação a eles a formação de um juízo de culpabilidade, pressuposto essencial para aplicação da sanção. Também não haveria sentido em aplicar sanção penal a pessoa jurídica, já que o fundamento das teorias dos fins da pena está assentado na vontade do autor, que, diga-se mais uma vez, apenas poderia emanar da pessoa física (BACIGALUPO, 2011, p. 79-80).

3.1.2.1 A existência da pessoa jurídica e sua capacidade de agir

A questão afeta à aptidão da pessoa jurídica para ser sujeito ativo de delito está em algum grau associada à concepção que se adote sobre sua natureza como uma ficção ou algo de real. Anotam Gustavo Eduardo Aboso e Sandro Fabio Abraldes (2000, p. 10-1) que a resistência em dissociar a pessoa jurídica das pessoas físicas a ela vinculadas remonta ao direito romano, mas foi Savigny que estruturou essa concepção em maior profundidade, em seu Tratado de Direito Romano. Em sua teoria da ficção, afirmava que apenas as pessoas físicas tinham existência real, sendo as pessoas jurídicas criações decorrentes da necessidade social.¹⁵⁶ Em oposição, desenvolveu-se a teoria da realidade, de Gierke¹⁵⁷, para quem a pessoa jurídica é tão real quanto a física. Como assevera Pontes de Miranda:

Pessoas jurídicas, quaisquer que sejam, criam-se. É o homem que as cria; ainda em se tratando do Estado: alguns homens o criaram, no passado; talvez um só, ou alguns, ou, por alguns, todos, conforme lhes pertencia o *poder estatal*. Quando os homens têm de constituir as pessoas jurídicas, praticam atos prévios, que são o *dado fático*, com que operam. A pessoa jurídica é tão oriunda do fático quanto a pessoa física. (MIRANDA, 2012, p. 400).

¹⁵⁶ Os autores prosseguem discorrendo sobre as críticas à teoria, que encontra seu maior problema na impossibilidade de responder à questão sobre a titularidade de bens e direitos que não pertencem a qualquer pessoa física. Para tentar resolver o problema, algumas abordagens foram desenvolvidas, todas redundando em aporias. Um primeiro enfrentamento considerava os bens e direitos sem titular e uma segunda aproximação sugeria que os bens e direitos pertenceriam às pessoas físicas, o que negaria a própria separação e independência da pessoa jurídica. Na linha da negação da pessoa jurídica, ainda citam as teoria do patrimônio de afetação e da função social (ABOSO; ABRALDES, 2000, p. 10-2). Sobre as teorias sobre a natureza da pessoa jurídica, veja-se também Miranda (2012, p. 400-456).

¹⁵⁷ Silvina Saggese Bacigalupo (1997, p. 50) anota que outros autores precederam Gierke na crítica à teoria da pessoa física como único sujeito de direito eticamente responsável, porém registra sua importância por ter sido a partir de sua obra que se desenvolveram as novas concepções sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nessa concepção, a vontade da pessoa jurídica transcende as vontades individuais para a consecução dos fins comuns propostos, assumindo, portanto, individualidade separada e independente das pessoas físicas que se organizaram para sua formação. A constituição desse organismo, que não se confundiria com o conceito biológico do termo, conduziria à ideia “órgãos e partes cujo funcionamento, combinado, constitui o funcionamento do todo” (ABOSO; ABRALDES, 2000, p. 14). A possibilidade da prática de atos, assunção de direitos e obrigações que daí decorreriam viabilizariam a construção normativa de uma culpabilidade própria dos entes coletivos. Como anota Walter Claudius Rothenburg, o reconhecimento de que há deliberações e decisões tomadas coletivamente que não se dariam no contexto individual permite, no seu entender, que se reconheça que os indivíduos “comportam-se enquanto ‘presentantes’ do ente coletivo que integram, não como sujeitos tomados em suas individualidades, razão pela qual os comportamentos devem então ser atribuídos ao próprio organismo coletivo” (ROTHENBURG, 1995, p. 363). Silvina Bacigalupo destaca que Gierke estabeleceu indevidamente isonomia entre a vontade da pessoa jurídica e “o fenômeno psicológico próprio das pessoas individuais” (BACIGALUPO, 2011, p. 52), mas ressalta a influência que exerceu sobre autores que sustentavam, contra majoritariamente à época, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Nesse sentido, cita Von Litz (2006)¹⁵⁸, para quem a capacidade civil da pessoa jurídica para contrair contratos ilícitos e usurários, ou descumpri-los, não deveria afastar a possibilidade de responsabilização penal. Acentua a autora que as categorias de ação e culpabilidade construídas por Von Litz são, por sua vez, estruturadas na concepção de pessoa física. Conclui, assim, que as razões para aplicação de sanção para este autor somente poderiam estar fundadas em um sistema duplo, calcado em razões de segurança e utilidade e, portanto, limitado a medidas de segurança, que prescindem do exame de uma culpabilidade psicologicamente considerada.¹⁵⁹

A teoria da realidade, também designada por vontade real, como concebida por Gierke, assume a vontade da pessoa jurídica como análoga à vontade que emana da psique humana. Zitelmann (RAO, 1991, p. 670), por seu turno, elabora a existência real da pessoa jurídica sob

¹⁵⁸ “Entretanto deve-se afirmar que o reconhecimento da responsabilidade criminal do corpo colectivo, até onde vae a sua capacidade de obrar, e a punição de tal entidade, em tanto quanto figura como sujeito independente de bens jurídicos, é não só Possível, como conveniente. Esta these encontra numerosas confirmações tanto na legislação allemã como na estrangeira.” (LIZT, 2006, p. 190).

¹⁵⁹ A autora aponta outros doutrinadores que, apoiados em Gierke, reconhecem a realidade social das organizações e a possibilidade de sua responsabilização penal como Hafter, Busch e Saldaña, ressaltando que, em relação a este último, não há um aprofundamento dogmático sobre as bases de imputação dessa responsabilidade. Pontua, também, que Hafter acaba por abandonar essa a ideia de sanção penal baseada em culpabilidade, mantendo, no entanto, sua concepção sobre a aplicabilidade das medidas de segurança (BACIGALUPO, 2011, p. 55-108).

a perspectiva da vontade de seus criadores: “a vontade é complexiva, distinta da vontade individual de seus membros ou do somatório destas” (ROCHA, 2003, p. 36). Para Fernando A.N. Galvão da Rocha (2003, p. 36), a artificialidade com a qual Zitelmann elabora o conceito de vontade se equipara àquela adotada pela teoria da ficção. A pessoa jurídica, prossegue o autor, jamais será integralmente equiparável à existência de uma pessoa natural.¹⁶⁰ Por essa razão, considera que a teoria da realidade jurídica, como estruturada pela doutrina francesa, é a que melhor explica a existência da pessoa jurídica. Segundo essa construção, a pessoa jurídica existe em realidade, mas não de forma equivalente às pessoas físicas. No entanto, a realidade é “meramente técnica, jurídica, nunca uma realidade ontológica” (ROCHA, 2003, p. 36). Há uma concentração de interesses direcionados para determinado fim, os quais, ordenados pelo Direito, compõem uma realidade “na ordem jurídica e para a ordem jurídica, nunca uma realidade naturalística” (p. 37).

A capacidade de ação da pessoa jurídica pela atuação de seus órgãos é defendida, entre outros, por Klaus Tiedmann, Günther Jakobs, e Hans Joachim Hirsch.¹⁶¹ A concepção da pessoa jurídica como uma realidade nesses termos permite a construção de um conceito normativo de ação que prescinde da vontade como elemento essencial (SANTOS, 2005, p. 106). Como pontua Jorge de Figueiredo Dias, a rejeição à responsabilidade penal da pessoa jurídica somente pode fundar-se em “uma *ontologifcação e autonomização* inadmissíveis do conceito de ação, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipo de ilícito exigências normativas que o conformem com uma certa unidade de sentido social” (DIAS, 2012, p. 298).¹⁶²

A possibilidade de uma categoria própria de ação para a pessoa jurídica viável. e demonstrada. Por meio de sua estrutura performata alterações no mundo e afeta bens jurídicos de interesse do ser humano, fim primeiro e único do sistema jurídico. Apenas uma aproximação essencialista do tema gera um impasse insuperável. A consideração de que os entes coletivos têm um modo específico de interagir e transformar a realidade circundante pode ser tranposta

¹⁶⁰ Enrique Bacigalupo (2011, p. 89) também destaca essa fragilidade da teoria da realidade, ao afirmar que sua debilidade argumentativa é similar à da teoria da ficção.

¹⁶¹ Para uma revisão detalhada da posição desses autores, veja-se Santos (2005).

¹⁶² Outra abordagem sobre a teoria da ação para a pessoa jurídica é apresentada por Miguel Bajo Fernández, que citando Sivina Bacigalupo, sustenta que a readequação das categorias ação e culpabilidade exige uma mudança no paradigma “no modelo de sujeito de Direito penal que permite a construção de um novo conceito de ação e culpabilidade. Com base na teoria de sistemas de Luhmann, o sistema jurídico poderia deixar de ser descrito a partir do sujeito individual autoconsciente. Nessa perspectiva, o foco está em verificar se o sujeito cumpriu com o rol de atribuições que lhe foram atribuídas pela sociedade e “a alteração do mundo exterior será consequência de como o sujeito organizou seu âmbito de competência”. Nessa lógica, a culpabilidade derivaria do fato de a pessoa jurídica “como sistema autorreferente” ser competente para todas as suas comunicações, falsas ou não, e portanto viável de ser sujeito ativo no âmbito penal (BAJO FERNÁNDEZ, 2016, p. 36, tradução nossa).

para o Direito Penal. A necessidade de estruturar-se um sistema de imputação compatível como o Estado de Direito e as dificuldades inerentes a essa tarefa não redundam em sua impossibilidade.

3.1.2.2 Culpabilidade

A culpabilidade seria outro obstáculo dogmático à submissão das pessoas jurídicas à responsabilização penal. Para os objetivos aqui propostos, que não se concentram em exaurir as questões que envolvem o tema porque a abordagem se faz como suporte à hipótese apresentada, é suficiente expor que a culpabilidade, como categoria dogmática, expressa um juízo de censura sobre a conduta juridicamente contrária ao Direito. Anota-se, também, como resume Paulo César Busato, que o termo culpabilidade é frequentemente utilizado pela doutrina em três acepções: (i) como princípio sinônimo de limitação à responsabilidade penal objetiva; (ii) como limite da pena associado ao grau de reprovabilidade da conduta; e (iii) como “elemento do delito, configurada pelo conjunto de características pessoais do sujeito que conduzem ao reconhecimento da culpabilidade” (BUSATO, 2013, p. 524). As digressões que passam a ser desenvolvidas dizem respeito à culpabilidade como elemento do delito, categoria dogmática indissociável da configuração do crime.

Para Paulo Cesar Busato, a culpabilidade refere-se à atribuição e vinculação de um fato a um agente específico, o que demanda uma análise também tópica, ou seja, caso a caso (p. 540). A censurabilidade pressupõe, na dogmática corrente relacionada à pessoa física, a possibilidade de um agir de outro modo, ou seja, a capacidade de decidir livremente, atuar em conformidade com o Direito. Como leciona Davi de Paiva da Costa Tangerino:

O juízo de responsabilidade em face da ação e das suas conseqüências, assim, acabou recebendo outra denominação: a de culpabilidade. O sufixo “-idade” a propósito, designa ‘condição de’, ou seja, maturidade designa a condição de maduro; racionalidade, a de racional e assim sucessivamente. Culpabilidade é a condição de culpa, isto é, a condição de responder pela prática de uma ação e pelas conseqüências dela advindas. [...] A tipicidade a antijuridicidade são juízos de valor sobre um fato, isto é, se o fato se mostra em oposição ao Direito. Vencida esta constatação, é preciso aferir se o autor do fato se pode opor reprovação diante de sua conduta. Eis o conteúdo central da categoria dogmática da culpabilidade: um juízo de censura endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (TANGERINO, 2014, p. 20).

Prossegue o autor resumindo que a função desempenhada por essa categoria dogmática está associada ao papel que se vier a atribuir ao Direito Penal. Este oscila entre prevenir delitos e “garantir os direitos do delinqüente, limitando ou disciplinando o *jus puniendi* por meio da

aplicação de uma série de princípios de garantia” (TANGERINO, 2014, p. 187). Menciona que, para alguns, como Günther Jakobs (apud TANGERINO, 2014, p. 187), a culpabilidade teria função exclusivamente preventiva, “pois o Direito penal de culpa deve sê-lo com vistas à manutenção da ordem”. Para outros, como Claus Roxin, a culpabilidade seria a síntese de ambas as funções. De fato, Roxin aponta que a sanção deve ter correspondência com a culpabilidade, mas também encerra um aspecto preventivo. O agente do delito, segundo este autor, “deve submeter-se às exigências do Estado, mas não a seu arbítrio, que não no marco da culpabilidade do sujeito” (ROXIN, 1997, p. 100, tradução nossa). A vinculação da culpabilidade à função preventiva se manifestaria especialmente, segundo Claus Roxin, nas causas de exclusão da culpabilidade. Refere-se, por exemplo, ao estado de necessidade exculpante do Direito Penal alemão: “Se [...] o mesmo renuncia em caráter geral segundo o § 35, I, 1 à punição, o faz apesar da existência de culpabilidade (diminuída), porque considera que em tais situações excepcionais só se dá uma necessidade preventiva de punição nos casos especiais do §35, I, 2” (p. 792).¹⁶³

É preciso apontar que, na teoria de Claus Roxin, a culpabilidade está centrada no ser humano e insere-se em sua concepção funcional-teleológica das categorias dogmáticas. Para o autor, “as categorias básicas do sistema tradicional apresentam-se como instrumentos de valoração político-criminal” (ROXIN, 1997, p. 217-8, tradução nossa). Anotada essa ressalva – de que o autor não está se pautando ou referindo a pessoas jurídicas –, acolhe-se aqui a ideia de que é possível adotar perspectiva preventiva e limitadora da culpabilidade também para a pessoa jurídica, sem embargo de que seu conteúdo possa ser diverso daquele estruturado pelo autor para as pessoas físicas. O reconhecimento de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica como medida limitadora da sanção a ser imposta e o reconhecimento de seu conteúdo preventivo vão ao encontro da possibilidade, apontada neste estudo, sobre o papel dos programas de cumprimento normativo em sua relação com o Direito Penal. Se o objetivo desses programas é evitar o delito ou, quando ocorrido, a aderência da organização para atuar em convergência com o Estado para viabilização da resposta, é preciso reconhecer que haverá situações em que a relação culpabilidade-sanção será valorada a partir do critério da

¹⁶³ “§ 35. Estado de necesidad disculpante (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica. (2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1 (ALEMANHA, 1999).

necessidade e utilidade preventiva de aplicação da pena, melhor dizendo, pela possibilidade de mitigação da culpabilidade como medida da sanção a partir de critérios preventivos.

O exame da culpabilidade da pessoa jurídica está intrinsicamente associado ao sistema de imputação que se reconheça como adequado. Adán Martín Nieto, manifestando-se nesse sentido, sumariza que não é viável ignorar que o sistema vicarial, no qual a responsabilidade da pessoa física é transferida à pessoa jurídica, encerra em si uma responsabilidade objetiva (MARTÍN NIETO, 2008, p. 131). No modelo vicarial, há a transferência da culpabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica. Anota o autor (p. 132), por exemplo, que esse é o modelo adotado pelas legislações francesa e do Reino Unido.¹⁶⁴ A legislação espanhola foi alterada com a reforma do Código Penal de 2015¹⁶⁵, que introduziu a categoria de responsabilidade própria da pessoa jurídica e afastou dúvidas quanto à persistência de um modelo vicarial de imputação.¹⁶⁶ A conduta da pessoa física seria apenas um pressuposto, mas não fundamento da responsabilização da pessoa jurídica, apontando a doutrina, inclusive, o que se contém na exposição de motivos da reforma penal no sentido de que “é incompatível com um modelo vicarial ou por estrita transferência que as pessoas jurídicas possam responder sem a correspondente responsabilidade de uma pessoa física” ou, ainda, possam ter sua culpabilidade excluída por razões “desvinculadas do comportamento individual” (BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 68).

Prossegue Adán Nieto Martín explicitando que há duas fórmulas sob o signo do modelo vicarial. A primeira, de origem norte-americana, lastreada na doutrina da autoridade superior, estrutura-se sob três condicionantes para que um fato seja imputável à organização: (i) culpabilidade do agente; (ii) atuação na empresa; e (iii) prática da conduta em benefício do ente coletivo. A segunda seria a estrutura de imputação adotada no Reino Unido e calcada na teoria da identificação, conforme a qual a conduta deve ter sido praticada por um superior e não por qualquer membro da organização. Diz o autor:

¹⁶⁴ No mesmo sentido, exemplificativamente: Machado (2014, p. 834-47); Souza (2016, p. 143-59).

¹⁶⁵ ESPANHA (2015), Ley Orgánica 01, de 30 de março de 2015. “Art. 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. [...]2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; [...]”

¹⁶⁶ Nesse sentido Bajo Fernández, Feijoo Sánchez e Gómez-Jara Diez, 2016.

Algumas versões deste modelo se caracterizam por sua vez por relaxar o grau de conexão entre o ente superior e o delito. Deste modo, se conformam que o superior tenha autorizado, tolerado ou consentido com a prática do ato delitivo, inclusive nas versões mais flexíveis da teoria da identificação, basta que a infração tenha sido realizada como consequência de um exercício defeituoso de suas atividades de vigilância e controle (MARTÍN NIETO, 2008, p. 133, tradução nossa).

Para ele, o modelo vicarial, em qualquer de suas versões, iria de encontro a uma das finalidades estabelecidas para a responsabilidade da pessoa jurídica, que é a de incrementar a responsabilidade individual. A identificação entre empresa e o superior conduziria a que este buscasse um terceiro intermediário para suportar eventual responsabilidade. O autor também aponta como desvantagem a incidência assimétrica do modelo em grandes e pequenas empresas, estando estas mais vulneráveis que aquelas (MARTÍN NIETO, 2008, p. 133). A inadequação desse modelo de imputação para a finalidade precípua da responsabilidade penal da pessoa jurídica seria, por fim, manifesta por não estabelecer incentivo ao cumprimento normativo por parte da organização. A objetividade da imputação reforçaria o pacto de silêncio quanto a ilícitos, em detrimento do pacto de colaboração com o Poder Público, que é perseguido. Ressalva ainda que não vislumbra a princípio a paridade entre pessoas físicas e jurídicas para fins de interdição à responsabilização objetiva, porque avalia que a culpabilidade, como outros direitos fundamentais, estaria referida apenas à dignidade da pessoa humana e, portanto, à pessoa física. No entanto, reconhece que essa questão seria superável pela só construção de um modelo de imputação pautado na culpabilidade da empresa (p. 131).

Vale registrar também a crítica de autores como Santiago Mir Puig (2015, p. 155-74) e Bernd Schünemann (1988, p. 529-58), que rejeitam a possibilidade de adaptação dogmática da categoria da culpabilidade, embora reconheçam, em alguma medida, a necessidade de intervenção penal no marco da atuação das pessoas jurídicas. Isso porque, como aponta Santiago Mir Puig (2015, p. 169), “quando fatos delitivos cometidos dentro da empresa aparecem como manifestação de uma atitude criminal coletiva, é necessário tomar medidas que neutralizem sua periculosidade.” A adoção de medidas dissociadas da noção de culpabilidade seria suficiente nessa lógica, aproximando-se do conceito de medidas de segurança relacionadas a inimputáveis.

A doutrina indica¹⁶⁷, em síntese, dois sistemas tipicamente idealizados de responsabilização punitiva da pessoa jurídica: (a) a responsabilização exclusivamente administrativa; e (b) a responsabilização criminal. Este segundo modelo, por seu turno, se subdivide entre aqueles nos quais a atribuição de responsabilidade se estabelece de forma

¹⁶⁷ Nesse sentido, veja-se um apanhado sobre o estado da arte da questão em Gonzáles Cussac (2013, p.379-91).

independente da imputação das pessoas físicas que integram o ente coletivo e aqueles outros estruturados na responsabilidade por derivação ou transferência (GONZÁLES CUSSAC, 2013, p. 381). Paulo Cesar Busato anota que a discussão técnica do tema não pode negligenciar uma tomada de posição quanto à definição de se a pessoa jurídica é responsável por si (autorresponsabilidade) ou se sua responsabilização se dá por crimes praticados por seu intermédio ou com suporte em sua estrutura (heterorresponsabilidade) (BUSATO, 2012, p. 98-128-34).

A posição que mais se coaduna com os princípios constitucionais que norteiam a aplicação de sanção penal parece ser aquela no sentido de que a culpabilidade da pessoa jurídica há de estar assentada em seus próprios atos e partir de um conteúdo adequado à sua conformação. Estabelecida a premissa de que essa culpabilidade, com suas especificidades, desempenha funções preventivas e também limitadoras do poder punitivo, a imputação subjetiva para os entes coletivos não é prescindível. O desenho da categoria dogmática de forma autônoma surgiria, então, como alternativa e construir-se-ia a partir de elementos extraídos do próprio funcionamento da organização.¹⁶⁸ Não é pertinente neste ponto uma digressão sobre as diversas construções doutrinárias acerca da culpabilidade individual, mas vale mencionar que o estabelecimento de um paralelo da culpabilidade da empresa com a culpabilidade individual não deve implicar em fragilização das garantias que a dogmática penal confere ao ser humano, mas sim no fortalecimento da ideia de que a aplicação de uma sanção pelo Estado há de estar, necessariamente, pautada em critérios racionais e intrinsecamente conectados de responsabilização do sujeito (definido pela norma como destinatário apto da sanção penal) e dosagem da reprimenda.¹⁶⁹

Segundo José L. Gonzáles Cussac, o modelo de autorresponsabilidade não havia sido adotado por nenhum sistema positivo, até a edição da lei anticorrupção britânica, embora restrita à delinquência organizada (GONZÁLES CUSSAC, 2013, p. 381). É preciso anotar que alguns autores, como Carlos Gómez-Jara Díez (apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 153), consideram que esse modelo foi assumido na Espanha com a reforma do Código Penal de 2015. A citada decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto à independência da imputação individual e da pessoa jurídica nos

¹⁶⁸ Essa construção não se confunde com a noção de culpabilidade coletiva, que se fundamentaria na identificação da culpabilidade da pessoa jurídica com a de todos os seus membros, pessoas físicas, os quais fomentariam o “espírito normativo da pessoa jurídica”.

¹⁶⁹ Sobre o paralelo a ser estabelecido entre a função da culpabilidade individual e das pessoas jurídicas, veja-se Hirsch (1993, p. 1099-1124); Heine, 2017; e Dias (2012).

crimes ambientais também sinaliza a tendência à construção de um sistema de culpabilidade próprio nessas hipóteses. A culpabilidade da empresa poderia derivar de: (i) ação imprudente, por não se estruturar adequadamente para prevenir o ilícito; (ii) ausência de indicação de um responsável individual decorrente de desorganização interna; e (iii) falta de utilização de todos os elementos disponíveis para evitar a prática do delito (MARTÍN NIETO, 2008, p. 134). Carlos Gómez-Jara Díez, por seu turno, agrupa as principais teorias sobre a culpabilidade própria da pessoa jurídica nos seguintes termos: (a) culpabilidade pela consciência especial da pessoa jurídica; (b) culpabilidade pelo espírito normativo da pessoa jurídica; (c) culpabilidade funcional do órgão; (d) culpabilidade pela não evitação das falhas organizacionais da empresa; (e) culpabilidade pela não evitação das influências criminógenas da pessoa jurídica; (f) culpabilidade pelo caráter da empresa; (g) culpabilidade pela condução da atividade empresarial; (h) culpabilidade pela reprovabilidade ético-social empresarial; (i) culpabilidade por defeito da organização; e (j) culpabilidade da pessoa jurídica por sua cultura de *compliance*.¹⁷⁰

A teoria da culpabilidade pela consciência especial da pessoa jurídica, estruturada por Ernst Hafter, baseava-se na concepção de que a vontade formada pelo acordo das pessoas que integram os órgãos tem autonomia e, por conseguinte, uma “inteligência especial, [...] uma consciência da pessoa jurídica” diferenciada (GÓMEZ-JARA DÍEZ apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 153). Carlos Gómez-Jara Díez explica que, para Ernst Hafter, que elaborou essa concepção no início do século XX, o querer autônomo necessário à imputação penal está associado à sua percepção sobre a formação da vontade da pessoa jurídica. Uma vez diverso e independente da vontade das pessoas físicas, ele abriria flanco à imputação subjetiva. Já a culpabilidade pelo espírito da pessoa jurídica, de Richard Busch,¹⁷¹ estrutura-se na culpa coletiva daqueles que a integram. O desvalor sobre a atuação do ente coletivo se orientaria como expressão de uma pessoa jurídica que “atua orientada a certos valores” e a ação punível decorre do espírito que domina o ente coletivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 154). A culpabilidade funcional do órgão, por seu turno, decorreria de sua disfuncionalidade no processo de formação da vontade da pessoa jurídica, que se expressa coletivamente. A teoria, desenvolvida por Hans-Jürgen Schroth, buscaria superar o problema

¹⁷⁰ Uma análise crítica sobre essas construções teóricas é desenvolvida por Busato (2012, p. 98-128).

¹⁷¹ Sobre os desenvolvidos de Busch, veja-se também Aboso e Abraldes (2000, p. 36).

da imputação por fato alheio ao afirmar a independência da responsabilidade individual e fixar a culpabilidade da pessoa jurídica como “decisão coletiva do injusto” (p. 155).

No que concerne à culpabilidade pela não evitação das falhas organizacionais da pessoa jurídica, Gómez-Jara refere-se à doutrina Hirsch, para quem “à corporação se aplica plenamente um parâmetro moral” (HIRSCH, 1993, p. 1109, tradução nossa). O autor menciona, em sua argumentação, que se observa na realidade social referências à culpabilidade da pessoa jurídica, a exemplo de uma empresa química que venha a destruir peixes pelo vazamento de produtos ou, ainda, no que tange à conduta de estados. Destaca, inclusive, o art. 231 do Tratado de Versalhes, no qual as potências vencedoras imputam à Alemanha a culpabilidade pela I Guerra Mundial, e as consequências históricas daí decorrentes para a República de Weimar. Na sua avaliação, esses exemplos demonstram que “a culpabilidade de modo algum significa, em tais casos, algo eticamente indiferente” (p. 1109). Sustenta que a culpabilidade das corporações não se configura como culpabilidade coletiva, porque a pessoa jurídica não é uma mera soma de personalidades individuais, mas constitui-se em estrutura independente. A definição da culpabilidade para Hirsch se estabelece a partir da evitabilidade da ação contrária ao Direito. A culpabilidade da pessoa jurídica, portanto, estaria calcada nas falhas “na seleção e controle dos órgãos, outras falhas organizativas, política de negócios criminógena e etc.” (p. 1123)

Na teoria de Hirsch, como pontua Gómez-Jara Díez (apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 154), há a necessidade de identificar um elemento, uma parte na corporação, para que se ateste o elemento subjetivo (p. 156). Isso porque o autor agrega, à evitabilidade, a culpabilidade do fato vinculante, ou seja, aquele que amalgama a lesão do bem jurídico ao ente coletivo. Desse modo, não haveria, própria e exclusivamente, uma culpabilidade da organização.

A culpabilidade pela não evitação de influências criminógenas, registrada por Hirsch, é aprofundada por Anne Ehrhardt como critério de imputação subjetiva. Conforme a autora, a corporação pode influenciar o comportamento do indivíduo positiva ou negativamente no que se refere ao cumprimento normativo. Desse modo, pode ser estabelecida uma relação interna entre a conduta do sujeito pessoa física e a imputação que subjetivamente será feita à pessoa jurídica. A existência de controles internos não é admitida como causa de exculpação em sua doutrina, porque, no seu entender, a ocorrência do delito demonstra que esses controles falharam em neutralizar essas influências (p. 157). Uma outra abordagem sobre o defeito organizacional é feita por Ernst Lampe, porém centrada na ideia de que haveria um caráter empresarial defeituoso. Para o autor, a culpabilidade é sempre fruto de uma falha de caráter, o que poderia ser aplicável no âmbito das pessoas jurídicas sob a vertente de ter criado ou

cultivado uma cultura criminógena (p. 157). Paulo Cesar Busato sinaliza, com razão, que a construção de Lampe converge com a culpabilidade por condução de vida¹⁷², cuja integração à dogmática, sob qualquer perspectiva, deve ser rejeitada (BUSATO, ano, p. 122). A teoria da culpabilidade pela condução da atividade empresarial, desenvolvida por Günter Heine (2017), estabelece a responsabilização do ente coletivo a partir do gerenciamento dos riscos que cria por seu funcionamento. Dois seriam os critérios a apurar: (i) a deficiência da administração; e (ii) a materialização do perigo típico da empresa. Para o autor, o resultado penalmente relevante para as empresas derivaria de um processo no tempo relacionado a uma administração deficiente, que expressaria uma cultura empresarial (HEINE, 2017).

Gómez-Jara Díez relata ainda os aportes desenvolvidos por Gehard Dannecker (apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 159), para quem uma filosofia empresarial deficiente ou um déficit organizativo seria a fonte da reprovabilidade ético-social da empresa por suas prestações defeituosas. Isso se espriaria para a categoria da culpabilidade, na medida em que, nesse cenário, “não criou as condições favoráveis para a realização do injusto”. A aplicação de sanção à empresa encerraria a reprovação por não haver criado o ambiente próprio a evitar a prática do injusto e, por isso, seria viável a hipótese exculpação, caso demonstrasse essa condição. No que se refere à culpabilidade por defeito da organização, Klaus Tiedemman (1995, p. 627) aponta que o Direito norte-americano, assim como o japonês e o holandês, por exemplo, estabelece a culpa pelo fato de a organização permitir a prática do delito em seu favor. A fruição desse benefício seria o fundamento da responsabilização. Afirma que concebeu tese análoga referida à legislação civil alemã, que pressupunha o defeito da organização para justificar a responsabilidade da pessoa jurídica. Para o autor, como resume Gómez-Jara Díez, a responsabilidade da pessoa jurídica pelos chamados fatos de conexão (aqueles praticados pelo indivíduo) verificar-se-ia por sua omissão em adotar medidas de segurança necessárias a que a organização funcionasse em parâmetros lícitos. Em sua teoria, a imputação dá-se por critérios normativos decorrentes da omissão de um atuar que se estabelece como devido, e a reprovabilidade é vinculada a uma culpabilidade antecedente, que se apoiaria na categoria da *actio libera in causa* (BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 161). As principais críticas referem-se, inicialmente, à impossibilidade de ação da pessoa jurídica, o que retoma, em alguma medida,

¹⁷² Na culpabilidade pela condução de vida, o juízo de censura é estabelecido a partir do agente e não de sua conduta. Como resume Francisco de Assis Toledo (1994, p. 235), “Censurável não seria o agente pelo seu comportamento, pelo injusto típico, mas sim pela sua conduta de vida, pelo seu caráter, pela sua personalidade; numa palavra: pelo seu modo de ser e de viver.”

as reflexões já expostas sobre a capacidade de agir. A necessidade de um fato de conexão também representaria um problema, pois uma entre as questões de política-criminal envolvidas na responsabilização da pessoa jurídica estaria exatamente na dificuldade em identificar um sujeito concreto. Por fim, o não reconhecimento de causas excludentes de culpabilidade¹⁷³ configurar-se-ia como uma contradição em termos à própria construção do autor.

Para tentar superar esses óbices, Carlos Gómez-Jara Diez propõe que a culpabilidade da empresa esteja assentada em sua cultura de *compliance*, que denominou de modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. Nessa concepção, a disposição do sujeito reconhecido como apto a receber a sanção é o foco, em detrimento do conceito de defeito da organização. A concepção de que as organizações podem gerar uma cultura direcionada ao cumprimento normativo propiciaria sua culpabilidade quando a ausência dessa cultura enseja a prática de delitos. O aporte do autor está baseado na teoria dos sistemas sociais autopoieticos (LUHMANN, 2010; MELO JUNIOR, 2013) e, assim, considera a pessoa jurídica como um sistema fechado, que cria e reproduz suas regras. Se um ilícito ocorre, a culpabilidade é extraída da cultura que existe nesse sistema. Embora esse marco teórico seja expressamente referido por Carlos Gómez-Jara Diez, ele próprio indica que conclusões similares podem ser alcançadas a partir de molduras diferentes. Nesse sentido, sustenta que essa postura orientada à licitude é exigível no ambiente democrático e, assim, estabelece os equivalentes funcionais que fundamentariam a culpabilidade do cidadão corporativo que viola a norma.

Em um primeiro plano, o chamado desencantamento do mundo, teria se refletido no plano empresarial pela desmistificação do Estado como instância reguladora absoluta. Nesse cenário, surge o fenômeno da autorregulação, como reflexo da incapacidade de o Estado lidar com todos os aspectos dos riscos que emanam da sociedade pós-industrial. Não há, assim, uma intervenção estatal direta, mas apenas, como designa o autor, uma intervenção de contexto. A exigência de fidelidade ao Direito apresenta-se, nesse ambiente, como algo necessário e pertinente. A conjugação de autonomia com fidelidade ao Direito faz surgir o cidadão corporativo, cuja ausência de incorporação dessa cultura de *compliance* configura manifestação de culpabilidade jurídico-penal própria. O segundo equivalente funcional se extrairia do binômio liberdade de auto-organização/responsabilidade pelas consequências. Toda empresa

¹⁷³ “[...] TIEDEMANN, entende que a empresa não pode liberar-se da sanção mediante prova de organização suficiente, nem que tampouco deve provar-se que o fato de conexão deve reconduzir-se casualmente ao déficit organizativo/ Seu conceito de culpabilidade por defeito da organização constitui um princípio de responsabilidade (*Haftungsprinzip*) que serve de fundamento ao parágrafo 30 da lei de Contravenções (OWiG) em um sentido análogo ao artigo 31 do Código Civil alemão.” (BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 162).

deve organizar-se de forma a não causar dano a ninguém. Assim, “a lógica racional de custos/benefícios deve converter-se em uma pessoa jurídico-penal orientada pelo esquema direitos/deveres” (BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 162). Por fim, um *status* de cidadania configuraria o terceiro equivalente funcional. A partir da consideração de que a pessoa jurídica participa na produção de sentido comum e intervém nos negócios públicos, reconhece-se um *status* de cidadania à pessoa jurídica. Isso se extrairia do fato de ser portadora de liberdades cujo conteúdo, mais do que o reconhecimento, configuram essa participação no processo de criação e definição das normas sociais. Invoca, em reforço de seu argumento, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *First National Bank of Boston vs Bellot*,¹⁷⁴ na qual se reconheceu que a liberdade de expressão é essencial no processo de decisão democrático, esteja ela vinculada a um indivíduo ou a uma corporação (p. 166-8).

Paulo Cesar Busato e Tracy Joseph Reinaldet (2013) elaboram crítica ao modelo construtivista de culpabilidade sob o fundamento central de que se assemelharia, em seus elementos essenciais, ao injusto imprudente. A culpabilidade da empresa estaria assentada na omissão de um dever de cuidado que deveria ter-se concretizado pela criação do programa de *compliance*. Destacam que, além da omissão, ambos os institutos convergiriam nos seguintes pontos: (i) incremento do risco não permitido pelo Direito Penal decorrente da omissão; (ii) ausência de elemento volitivo evidente; (iii) configuração de uma estrutura normativa de violação de dever de cuidado e aumento de risco não permitido; e (iv) resultado lesivo ou potencialmente lesivo. Os autores consideram que a teoria construtivista representa um retrocesso na teoria penal do injusto porque concretiza “uma importação desautorizada e retrógrada do conceito de imprudência para a seara da culpabilidade” (p. 174). Apontam, ainda, problemas de ordem prática e rejeita a base de orientação político-criminal adotada, que alija o ser humano como centro de organização da teoria do delito.

As questões práticas relacionar-se-iam aos meios de aferição da existência do programa de *compliance* para fins de exculpação ou reconhecimento da culpabilidade da empresa.

¹⁷⁴ Trata-se de julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que deliberou pela existência de direito das corporações, sob o marco da Primeira Emenda, à liberdade de expressão para participação no debate público que não se limitavam a seus interesses comerciais diretos. O processo sob julgamento envolvia uma lei do estado de Massachusetts que ampliou restrições existentes na legislação federal, proibindo às corporações a compra de anúncios para influenciar o resultado de referendos, ressalvada a hipótese de que seus interesses estivessem diretamente envolvidos. É interessante notar que um dos Juízes que divergiram anotou que a decisão implicava em especial perigo para a esfera política. EUA. Suprema Corte. *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765 (1978). Outra decisão que merece ser referida diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da proibição de gastos independentes com comunicação por pessoas jurídicas de qualquer natureza, sindicatos e associações. A decisão amplia a possibilidade de esses entes interferirem no processo eleitoral com a utilização de seus recursos. EUA. Suprema Corte. *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 US 310 (2010).

Questionam a aptidão do jurista para essa avaliação; problematizam o conceito de efetividade do programa e a possibilidade ou não de se impor sua eventual inefetividade a pessoa jurídica ou a terceiros; e, por fim, anotam a possibilidade de que tais programas se constituam em válvulas de escape à responsabilidade penal, minando, portanto, o propósito perseguido pela política-criminal (BUSATO; REINALDET, 2013, p. 174-9). A teoria construtivista, na concepção de Gómez-Jara Díez, está assentada no dever de fidelidade ao Direito Penal. A inobservância da norma representaria a quebra da estabilidade normativa, o que remete à teoria de Günther Jakobs (2014), para quem, em apertada síntese, o que resulta lesionado pelo delito é a vigência real do ordenamento jurídico, e a pena tem por escopo a manutenção de sua vigência. A centralidade da norma na teoria do delito para Jakobs e a concepção de que existe um cidadão fiel ao Direito em contraposição ao inimigo estariam replicadas na teoria de Gomez-Jara Díez pela desconsideração das diferenças entre as pessoas jurídicas de fato e de direito, ou de pequeno e grande porte (BUSATO; REINALDET, 2013, p. 175).

De tudo que se expôs, é possível identificar o esforço da doutrina em preservar a culpabilidade como categoria dogmática essencial ao Direito Penal. A opção político-criminal feita por alguns países de acolher a responsabilidade penal da pessoa jurídica não parece deixar margem para que se ignore a culpabilidade como categoria dogmática relevante também essa espécie de sujeito. A crítica apresentada à teoria construtivista funda-se contra algumas de suas bases que parecem pertinentes, mas que, aparentemente, não invalidam de todo a sua contribuição. Como mencionado, a teoria buscava superar a rejeição às causas de exculpação por Klaus Tiedemann ao tratar da culpabilidade por defeito da organização. Ainda, apontava que essa teoria acabaria por assentar-se em fato de terceiro, por não prescindir da identificação do fato de conexão. A pessoa jurídica representa uma realidade autônoma das pessoas físicas que a compõem, mas, evidentemente, a modificação no mundo que opera, lícita ou ilicitamente, perpassa a atuação de um ser humano. Sem embargo disso, tem sua própria lógica e dinâmica de funcionamento. A depender do grau de complexidade da organização, os processos decisórios serão diferentes, assim como diferenciada será a influência da organização sobre o indivíduo em seus diversos estratos de atuação. Assim, um técnico executor de uma empresa de grande porte, o diretor de uma multinacional, ou o sócio-gerente de uma sociedade de pequeno porte não terão a mesma relação com as organizações que integram. O desconforto apontado relativamente à possibilidade de a causa de exculpação funcionar como válvula de escape talvez esteja associado à noção de que deva ser aplicada de forma linear, ou em termos binários de tudo ou não. No entanto, mesmo em relação às pessoas físicas, isso não ocorre. No

Direito brasileiro, por exemplo, o erro de proibição vencível enseja a diminuição da culpabilidade.¹⁷⁵

No Direito brasileiro, como se disse, a responsabilidade penal da pessoa jurídica existe de *lege lata* apenas no que se refere aos crimes ambientais. O precedente do Supremo Tribunal Federal de fixar a possibilidade de imputação autônoma da pessoa jurídica não se aprofundou quanto aos critérios de culpabilidade que devem ser adotados. Por outro turno, a Lei Anticorrupção, embora referida a ilícitos de outra natureza e visando à aplicação de sanções de natureza administrativa, aponta a existência de mecanismos internos de integridade como parâmetro de medida das sanções aplicáveis. Menciona-se essa legislação para destacar que, na legislação nacional, já há, ainda que no âmbito do Direito Administrativo sancionador, um dispositivo que adota esse critério como régua para dosagem da sanção devida. Acolhem-se, em parte, as objeções feitas por Paulo Cesar Busato e Tracy Joseph Reinaldet, especialmente quanto à premissa teórica relacionada ao funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs. No entanto, seria possível admitir a culpabilidade da pessoa jurídica a partir de seus programas de integridade, sem necessariamente recorrer à concepção de fidelidade ao Direito desenvolvida por esse autor. O fato de a pessoa jurídica ser reconhecida como sujeito de direito, e, portanto, fruir o que decorre dessa condição nas relações com o Estado e com os demais atores sociais, já fundamentaria, por si só, o dever de relacionar-se em sociedade sem causar danos a ninguém.

As dificuldades práticas postas pelos autores, assim como as objeções pela convergência com o delito imprudente, podem ser superadas pela construção de tipos específicos para esses entes. A objeção de ordem prática de que a adoção de programas preventivos pode ser válvula de escape para a impunidade não parece pertinente, sobretudo se considerada a lógica de que a incidência da norma penal deve ser, de fato, a *ultima ratio*. Se, com base nos critérios normativos preestabelecidos, a hipótese de exculpação for aplicável, esse fato não deveria ser lido como fuga à aplicação da lei. Por fim, a centralidade do ser humano não seria preterida pela eleição da pessoa jurídica como agente do delito, mas sim pela definição dos bens que se pretenda proteger por meio dessa capacitação para delinquir. Ou seja, o ser humano deve ser o fim último de qualquer sistema e eventual responsabilização penal da pessoa jurídica deveria ter por norte sua proteção, ainda que mediata. Paralelo à construção de um conteúdo próprio para a culpabilidade da empresa, é preciso pensar em tipos penais que também se adéquem a suas especificidades. Apenas o balanceamento dialógico entre as categorias da parte geral e de

¹⁷⁵ Sobre a teoria do erro, cf. Souza e Japiassú (2015. p. 302-18).

uma parte especial própria poderá atender com eficiência a opção político-criminal de atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

3.1.2.3 Finalidade da responsabilização

Enrique Bacigalupo diferencia com propriedade a possibilidade teórica de impor responsabilidade penal a pessoa jurídica, de sua conveniência político-criminal. Citando M.E. Mayer, anota que não se deve duvidar da possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica, mas pondera que, embora se possa fazê-lo, disso não decorre que essa responsabilização seja recomendável. Não é apropriado, conforme o autor, confundir as dificuldades teóricas apresentadas pelo tema com a inviabilidade de sua solução (BACIGALUPO, 2011, p. 79). Pontua, em sua análise, que os penalistas alinhados à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas afirmam a insuficiência das sanções civis e da apuração da responsabilidade individual relativamente a certos danos, razão pela qual esse debate se desenvolveu com especial vigor no âmbito do Direito Ambiental e do Direito Econômico. A impossibilidade de reparação de certos danos exigiria a ameaça penal para sua prevenção (p. 79). Outro aspecto merece ser ponderado nessa questão: a complexidade de certas organizações e a dinâmica nas quais estão inseridas podem gerar uma engrenagem de práticas ilícitas que transcendem a atuação dos agentes individualmente envolvidos. É certo que a responsabilidade individual deve ser sempre apurada, porém não é recomendável desconsiderar a fungibilidade dos agentes em determinados contextos. Assim, a efetiva alteração de determinadas práticas demandaria não só um combate granulado, porque direcionado às individualidades, mas também uma atuação voltada à estrutura que as geram e mantêm.

Uma objeção posta por René Ariel Dotti (1995, p. 186), e que deve ser enfrentada, diz respeito à possibilidade de o modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica conduzir ao enfraquecimento da responsabilidade individual. Afirma, inclusive, traços abolicionistas nessa opção teórica. Com efeito, as dificuldades na apuração da responsabilidade individual por atos praticados no âmbito das organizações poderiam gerar o maior aporte de recursos e esforços do sistema persecutório direcionado à pessoa jurídica. É preciso pontuar, como já dito, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, quando presente, não deve excluir a responsabilidade individual, na medida em que, como anotado por Adán Nieto Martín (2008, p. 129), tem por objetivo torná-la mais efetiva e não enfraquecê-la. Na visão do autor, tem por finalidade compelir a organização a adotar medidas que impeçam a ocorrência do ilícito e, na hipótese de

sua ocorrência, estimulem a apuração e denúncia. A crítica de Rene Ariel Dotti não merece acolhida também, porque o abolicionismo é uma teoria deslegitimadora do sistema punitivo¹⁷⁶, enquanto o esforço de se estruturar a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem por pressuposto a maior efetividade dos objetivos desse mesmo sistema.

Especificamente quanto à utilidade da responsabilização penal dos entes coletivos, Adán Nieto Martín aponta três argumentos que indicariam a pertinência de sua adoção. Primeiro, um Direito Penal de duas vias – focado, portanto, na pessoa jurídica e no indivíduo – atingiria a meta de controle de forma mais eficiente. A responsabilidade pelos delitos praticados no âmbito das organizações tende a espalhar-se de forma difusa entre níveis intermediários de atuação, mantendo os altos escalões blindados da ação persecutória do Estado. A responsabilização da pessoa jurídica teria o condão de torná-la um elemento adicional na prevenção daqueles atos. Equivale dizer, a possibilidade de também ser responsabilizada atrairia o maior compromisso com o cumprimento normativo e a prevenção de delitos. Segundo, o aumento na probabilidade de aplicação da sanção, decorrente do maior engajamento das organizações na prevenção e detecção de delitos, permitiria a redução das penas individualmente previstas em abstrato. A relação é estabelecida a partir da concepção de que quanto maior a certeza da punição, menor o castigo a ser idealmente estabelecido, para fins de prevenção geral. Por fim, a imposição de sanções à empresa compensaria a vantagem indevida sobre os concorrentes advinda do delito e ensinaria a redução do gasto público com administração da justiça pela colaboração empresarial decorrente das medidas preventivas autoimpostas (MARTÍN NIETO, 2008, p. 130).

3.2 Responsabilidade penal e partidos políticos

Todas as reflexões desenvolvidas até este ponto foram feitas no marco dos ilícitos praticados no âmbito de organizações empresariais, aqui definidas como pessoas jurídicas voltadas para a prática de atividade econômica. Em nenhum desses cenários, questiona-se em detalhe a possibilidade de responsabilização de partidos políticos, os quais, aprioristicamente, não deveriam ser excluídos de tratamento idêntico ou análogo às corporações empresariais. Nos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, em que os partidos políticos são constituídos sob a mesma forma jurídica das empresas e nas hipóteses de fato em que com elas se interrelacionem,

¹⁷⁶ Sobre abolicionismo penal, bem como as distinções entre o abolicionismo radical, que apregoa a completa eliminação do sistema penal, e o abolicionismo moderado, que reconhece a necessidade pontual e restrita de intervenção estatal, veja-se Hulsman (2012); Christie; Oliveira (1998); Anitua (2008).

é de se indagar qual seria o fundamento, se existente, para excluir aqueles do regime de responsabilização aplicado a estas. Ainda, no caso de o legislador vir a ampliar essa responsabilidade para crimes praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, qual a razão da prática de lavagem de capitais envolvendo organização empresarial e um partido político ter consequências diversas para uma ou outra pessoa jurídica? A autonomia constitucional conferida aos partidos políticos e o grau de interferência desses entes na dimensão cidadã da vida dos seres humanos que compõem a sociedade os sujeitam, como já exposto, a regime jurídico específico. A tensão que se estabelece quanto à conveniência ou não de se fixar a capacidade penal dos partidos está entre a necessidade de se fixar salvaguardas em seu favor, como proteção da natureza de sua atividade fim, e a possibilidade de colocá-los em situação de imunidade ou irresponsabilidade quase absoluta.

Na moldura constitucional brasileira, em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista para determinadas categorias de delitos, entendimento adotado neste estudo, cabe aos teóricos estruturar categorias dogmáticas adequadas à pauta de garantias e direitos aplicáveis a esses entes e a um Direito Penal que os resguarde do arbítrio estatal. Compete também à doutrina parametrizar essa criminalização para harmonizá-la organicamente com a Constituição Federal. A partir da interpretação aqui adotada quanto à natureza da responsabilidade prevista no art. 173, § 5º, da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional não poderia deixar a descoberto da proteção penal as violações aos bens jurídicos ali elencados, quando envolvam pessoa jurídica. Apesar disso, o âmbito de incidência do comando não prescinde de interpretação, pois, como exposto, precisa estar em coordenação com o restante do corpo constitucional. Posta a questão nesses termos, o fiel da balança para fixação dos limites dessa criminalização no caso dos partidos políticos deve ser o papel que desempenham na arquitetura constitucional, ou seja, a imputação de crimes a essa espécie de pessoa jurídica deve ser feita com a preocupação de estabelecer salvaguardas à sua função essencial.

Aleksandar Marsavelski (2014) expõe que o papel dos partidos políticos no sistema de justiça criminal é visto, como regra, por meio da participação de seus membros, em suas atuações parlamentares ou como ocupantes de cargos executivos, fixando a política criminal. Porém, essas agremiações envolvem-se, elas próprias, em atividades criminosas “abusando do poder [...], como partido governante, ou se engajando em atividades anti-governamentais como partidos de oposição (crimes políticos, terrorismo, suporte a organizações criminosas)” (p. 500). O leque de atuação pode abarcar desde crimes econômicos ao crime organizado. O autor destaca que, em tempos de crise, aumenta a demanda por uma responsabilização penal que transcenda

a individual e alcance, também, as pessoas jurídicas. A vinculação de políticos a mercados ilegais e transações custosas e aparentemente ilícitas com recursos públicos seriam o combustível para essa situação. A referência feita pelo autor sobre o âmbito de possível atuação criminosa dos partidos converge com a classificação feita por Luigi Ferrajoli sobre crimes de poder e poderes criminosos, abordada no primeiro capítulo. Os primeiros relacionados à criminalidade econômica e política e os segundos afetos às atividades abertamente criminosas, como as de tipo mafioso ou terrorista. Ambos marcados pelo traço da organização.

O tratamento de determinada matéria pela via do Direito Penal promove uma reorganização na esfera de poder correspondente. A criminalização desloca uma parcela substancial de poder para o âmbito do Poder Judiciário, que, nas democracias constitucionais contemporâneas, tem o monopólio para aplicação da sanção penal. A interferência na equação de forças entre os Poderes do Estado que a criminalização dos partidos políticos pode propiciar é uma questão relevante nesse cenário. Marsavelski destaca a necessidade de atenção ao que designa por “processamentos viciados”, que teriam por escopo desacreditar determinados partidos políticos (MARSVELSKI, 2014, p. 500).

Diante da ausência de um referencial teórico específico sobre a pertinência de atribuição de capacidade penal aos partidos políticos, é preciso buscar elementos em outros debates que possam subsidiar essa reflexão. Considerado o papel que os partidos desempenham e que já foram delineados em tópicos próprios, é pertinente indagar se o enfrentamento de crimes que aconteçam no âmbito desses entes também deve contemplar sua responsabilização penal. Partindo da premissa de que os partidos se constituem em centros privados de poder, que desempenham função institucionalizada da democracia brasileira, dois tópicos são adequados para a discussão: (1) a criminalização de pessoas jurídicas de direito público – que envolve a questão da divisão funcional do poder – por promover um deslocamento acentuado de poder ao Judiciário; e (2) o significado da atribuição de capacidade penal a pessoas jurídicas de direito privado que opõem Estado e os centros de produção de poder privado. Ambos os planos agregam inquietações para a democracia, que precisam ser sopesadas com a necessidade de enfrentamento das práticas criminosas as quais, elas também, desequilibram o jogo democrático.

No que se refere ao primeiro tópico, cabe mencionar que os países que seguem a tradição *Civil Law* estabelecem, no geral, algum grau de imunidade a determinadas pessoas jurídicas, como órgãos internacionais, governos e suas agências (PIETH; IVORY, 2010). Considerando que, no critério proposto, o rol de ordenamentos jurídicos é amplo, passa-se à análise do tratamento do tema pela Espanha, que recentemente alterou sua legislação penal e incluiu os

partidos políticos entre as pessoas jurídicas imputáveis; Holanda, um dos primeiros países a estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica e onde o debate sobre a responsabilização penal do Estado se estabeleceu em sua Corte Suprema; e França, em cujo ordenamento o legislador brasileiro claramente se espelhou para estruturar a responsabilização penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. Por fim, faz-se referência aos Estados Unidos da América que, embora siga a tradição *Common Law*, tem um sistema federativo forte, cuja preservação demanda que os temas sejam tratados sob a perspectiva da divisão funcional de poder. Antes de tratar desses aspectos, serão feitas algumas considerações adicionais à natureza dos partidos a fim de fixar o campo de imunidade de que deveriam ou não ser tributários.

3.2.1 Os partidos políticos e os poderes privados

A funcionalidade dos partidos políticos já foi multiplamente mencionada ao longo deste trabalho, assim como a forma jurídica de que se revestem na atualidade (pessoas jurídicas de direito privado). Já houve tempo em que a legislação conferiu a essas organizações a natureza de pessoas jurídicas de direito público interno¹⁷⁷, o que conduziu a doutrina a vislumbrar esses entes como “autarquias **sui generis** pelo fato de estarem insertadas na representação política [...] em vez de terem sede administrativa” (COTRIM NETO, 1976, p.). A forma como os ordenamentos jurídicos institucionalizam os partidos, contudo, não determina sua real natureza. A imposição de formato análogo a pessoas públicas ou privadas pode conferir especificidades às relações partido/Estado/sociedade, em decorrência do regime jurídico aplicável, mas disso não decorre alteração de substância ao que esse tipo de organização representa no contexto social. Como lecionam Joseph Lapalombara e Myron Weiner (1966), os partidos são criações da modernidade e, independentemente do sistema político no qual estejam inseridos, expressam algumas funções comuns, pois espera-se que “organizem a opinião pública e comuniquem demandas ao centro governamental de poder e decisão” (p. 3-4). Ainda, o partido estará envolvido no recrutamento de dirigentes governamentais, que concentram o poder de decisão sobre a comunidade.

Nessa concepção, seria possível afirmar que os partidos se apresentam como núcleos de condensação de poder da sociedade civil com significativa ascendência sobre os órgãos do Estado e influência na esfera de direitos de pessoas independentemente de convergirem ou não

¹⁷⁷ Assim a Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1971, editada durante o regime militar (BRASIL, 1971).

com seus interesses. As relações dessas agremiações políticas com seus membros desenvolvem-se em bases assimétricas¹⁷⁸, com déficit democrático interno, o que é uma questão relevante para os sistemas políticos que se pretendam democráticos. Esse fenômeno, identificado nos partidos políticos, é reverberado em outras formas condensadas de exercício de poder extra-estatal e pode ser definido, como pontua Jane Reis Gonçalves Pereira, como poderes privados (PEREIRA, 2006 p. 455-6). De acordo com Pedro de Vega García (2002), a premissa de igualdade e liberdade entre os indivíduos que pautou o edifício jurídico liberal não mais se sustenta. A ideia de que todos os indivíduos se relacionam com o mesmo grau de autonomia se apresenta como uma “falsa premissa [...]”. À noção formal de igualdade correspondia, de fato uma idéia de liberdade também meramente formal” (PEREIRA, 2006, p. 454). O autor alinha-se àqueles que qualificam as sociedades contemporâneas como corporativas, ou seja, sociedades nas quais ao *ethos* do individualismo liberal teria se sobreposto uma existência inserida nas corporações e outros grupos que integram o tecido social. Diz o autor:

Obrigados os homens, por um lado a desenvolver sua existência nos âmbitos das corporações e dos grupos que conformam o tecido social, e constringidos, por outro, a aceitar a disciplina que essas corporações impõem, a relação poder-liberdade não poderá ser interpretada nos termos que restritivamente o fazia o constitucionalismo clássico. O aparecimento no seio da sociedade corporativista de poderes privados, capazes de impor sua vontade e domínio com igual ou maior força que os poderes públicos do Estado, determina, como com acerto pontuou Giorgio Lombardi – um novo e mais amplo entendimento da dialética poder-liberdade. (GARCÍA, 2002, p. 33).

A análise desenvolvida por Pedro Viega de García, assim como por Jane Reis Pereira Gonçalves Reis, sobre a matéria tem por foco identificar a incidência de direitos fundamentais não apenas nas relações do indivíduo com o Estado, mas também com os poderes privados. A assimetria existente nessa dinâmica de poder justificaria o mesmo catálogo de proteção, já que, ao final e ao cabo, o que importa é a máxima proteção do espaço de autonomia do indivíduo, independentemente do agente violador.

¹⁷⁸ A pretensão de que os partidos sejam internamente democráticos é uma decorrência lógica de sua natureza. O artigo 6º da Constituição espanhola, por exemplo, contém disposição expressa sobre o funcionamento democrático dos partidos políticos (ESPAÑA, 1978). No Brasil, o funcionamento dos partidos está submetido aos interesses do regime democrático (Brasil, 1988, art. 17). Nessa toada, a organização interna deve ela também se estruturar em bases democráticas e que permitam a pluralidade de correntes de pensamento e alternância na condução do ente. “A democracia interna dos partidos é fundamental para que o partido possa representar realmente sua base social, dado que permitirá aos afiliados envolverem-se ativamente nos processos de tomada de decisões” (PÉREZ-MONEO, 2012, p.92. tradução nossa). A tendência à concentração de poder, no entanto, é uma realidade cujas raízes podem ter bases sociológicas - como a apatia na participação dos afiliados- e também organizacionais. A distribuição interna das competências pode formar oligarquias. O sistema de competição eleitoral pode ser um vetor divergente da democratização, porque o sentido de unidade a ser passado para o eleitor demandaria um grau de disciplina e uma estrutura por respostas rápidas (PÉREZ-MONEO, 2012, p. 93-106).

O partido político, como poder privado, alinhar-se-ia à posição do Estado, no que se refere às violações à esfera do indivíduo, para fins de acionar o catálogo de direitos fundamentais em prol daqueles que com ele se relacionem em situação de sujeição.¹⁷⁹ A inserção dos partidos nessa categoria pode conferir clareza analítica para desvendar o lugar que esse centro de poder ocupa na relação com o Estado e com a sociedade civil. Porém, estariam as agremiações políticas no mesmo plano de outros centros de poder, também enquadráveis como poderes privados, na perspectiva adotada?¹⁸⁰ A resposta parece ser negativa, na medida em que os partidos agregariam um elemento diferenciador, que é precisamente o fato de essas organizações funcionarem como o *medium* entre o Estado e a sociedade civil para a formação das classes dirigentes e interferência formal na condução dos negócios públicos. Em resumo, os partidos políticos aliam a condensação de poder própria da sociedade corporativa, como definido supra, ao poder formal de interferência nos negócios públicos e de efetivação de um aspecto relevante da cidadania. Desse modo, independentemente da forma jurídica de que venham a revestir-se, esse aspecto nuclear de sua atuação deve ser preservado. Abstraindo a lógica do raciocínio para o ponto de interesse aqui enfrentado, os partidos se constituiriam como centros de condensação de um poder específico, que os alinharia, quanto às funções essenciais, com aquelas desenvolvidas pelas pessoas jurídicas de direito público por excelência.

Se assim é, seria forçoso reconhecer que há um espaço de atuação dos partidos que precisa ser imunizado da incidência penal sob duas vertentes: (i) direta, pela interdição objetiva à atuação legislativa; e (ii) indireta, pelo estabelecimento de salvaguardas, para que a atuação legislativa no campo não interdito não venha a avançar sobre o campo de atuação proibida.

3.2.2 Partidos políticos: a salvaguarda das funções nucleares

A eventual atribuição de capacidade penal aos partidos políticos suscita a questão acerca da natureza das pessoas jurídicas passíveis de responsabilização. Para subsidiar essa reflexão, é interessante recorrer ao Direito comparado para avaliar se existe diferenciação no trato da

179 As noções de poder e sujeição nesse contexto são definidas por Jane Reis Gonçalves Pereira a partir das construções de Michel Foucault, que desfez o mito do Estado como detentor exclusivo de Poder, assim como de Boaventura Souza Santos, para quem a relação de poder é medida pelo grau com que um dos pólos de uma relação afeta a esfera de interesses do outro (FOUCAULT, 2013; SANTOS, 2007).

180 Nesse sentido (PEREIRA, 2006, p. 456): “[E]m termos mais concretos, é possível pensar nas multinacionais, nos grupos de pressão, nas empresas de assistência à saúde, nas associações, nas instituições de ensino, nas organizações religiosas, nos partidos políticos...”

matéria em razão da natureza do ente ou da atividade que desenvolve. No Brasil, a legislação silencia no ponto, mas é relativamente trivial a ideia de que o Estado seria imune à jurisdição penal, no marco da soberania. Marc Engelhart (2014), referindo-se à realidade europeia, menciona que a responsabilidade de empresas por condutas criminosas é acolhida no plano internacional, cujos marcos regulatórios preveem sanções para essas corporações. Conforme ressalta, o documento central sobre a matéria no âmbito comunitário é o Segundo Protocolo da Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias.¹⁸¹ Este documento nada refere quanto à qualidade da pessoa passível de responsabilização, restando em aberto a posição das pessoas de direito público nesse cenário. Alguns países, segundo o autor, excluem os entes públicos da esfera penal, enquanto outros não regulam a questão ou incluem-nos de forma genérica. A maior parte dos países, no entanto, adota solução intermediária, no sentido de apenas responsabilizá-los naquilo em que se igualam aos atores privados. Esse modelo evitaria que entes públicos nessa situação se beneficiassem de privilégio indevido, bem como que “as ações públicas no exercício do monopólio estatal não sejam submetidas à jurisdição criminal” (ENGELHART, 2014, p. 59).

Para Aleksandar Marsavelski, o enfrentamento do tema será diferenciado conforme se cuide de organização política legal ou ilegal. Extrai-se do texto que o autor se refere a partido político, nesse contexto específico, em sentido amplo. A expressão “partidos” é utilizada nesse ponto não apenas em relação àqueles legalmente constituídos, mas também às associações de pessoas para fins políticos que procurem interferir na condução dos negócios do Estado¹⁸² e usem, para esse fim, meios penalmente tipificados. Por essa razão, conclui que aos “partidos” com *status* de ilegal¹⁸³ é usualmente atribuída a condição de organizações criminosas, especialmente, mas não só, terroristas (MARSAVELSKI, 2014, p. 500). Como aponta José

¹⁸¹ OJ C 221, 19.7.1997, “Artigo 3º.1: Cada Estado-membro deve tomar as medidas necessárias para que as pessoas coletivas possam ser consideradas responsáveis por fraude, corrupção ativa e branqueamento de capitais cometidos em seu benefício por qualquer pessoa, agindo individualmente ou enquanto integrando um órgão da pessoa coletiva, que nela ocupe uma posição dominante baseada - nos seus poderes de representação da pessoa coletiva, ou - na sua autoridade para tomar decisões em nome da pessoa coletiva, ou - na sua autoridade para exercer controlo dentro da pessoa coletiva, bem como por cumplicidade ou instigação de fraude, corrupção ativa ou branqueamento de capitais ou por tentativa de fraude.”

¹⁸² Para fins de precisão terminológica e visando a distinguir ambas as situações, passa-se a designar por associações políticas os grupos que atuem politicamente, mas que não estejam formalmente constituídos.

¹⁸³ As formações políticas ilícitas, no caso brasileiro, são aquelas que constituídas para fins contrários àqueles estabelecidos no art. 17, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “[é] livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos [...]”. Ainda, no Brasil o crime de terrorismo é tipificado pela Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, e as organizações terroristas, que também alterou a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, para incluir a definição de organização terrorista.

Miguel Zugaldía Espinar (2014), não se deve confundir o tratamento conferido a uma associação constituída para fins lícitos daquela constituída, de fato, para fins ilícitos. Nesta última sequer há de se perquirir sobre defeitos da organização, “antes, ao contrário, trata-se de realidades perfeitamente organizadas, mas só para delinquir” (p. 378, tradução nossa).

O Código Penal espanhol, com a reforma de 2015 (ESPANHA, 1995), reconheceu a capacidade penal dos partidos políticos no mesmo marco das demais pessoas jurídicas e parece ter adotado a via intermediária supramencionada. A legislação penal espanhola não contempla definição de pessoa jurídica com efeitos jurídico-penais próprios. Há dois regimes¹⁸⁴ relativamente aos entes coletivos em geral: (a) imposição de penas para aqueles dotados de personalidade jurídica; e (b) submissão a medidas acessórias para organizações carentes de personalidade. Ainda, a lei arrolou as pessoas jurídicas que não são penalmente passíveis de imputação (Estado, Administrações públicas territoriais e Entidades públicas Empresárias, organizações internacionais de direito público, ou outras que exerçam potestades públicas de soberania ou administrativas) (ESPANHA, 1995, art. 31). Como registra José Miguel Zugaldía Espinar (2014), o art. 31 bis do Código Penal, com a redação da Lei Orgânica 5/2010 (ESPANHA, 2015), expressamente contemplava os partidos políticos e os sindicatos no rol de pessoas jurídicas excluídas de imputação penal. Se, por um lado, o tratamento diferenciado conferido às pessoas jurídicas de direito público encontrou consenso na sociedade espanhola, decorrente da perspectiva de que o Estado não poderia se autopunir; por outro, anota o autor, estabeleceu-se alguma discussão sobre o privilégio conferido aos partidos políticos, vistos “em muitas ocasiões como ilegítimos grupos de pressão, como focos de corrupção ou como entes com certa inclinação ao financiamento ilegal e a irregularidades eleitorais” (ZUGALDÍA ESPINAR, 2014, p. 366). O fundamento desse tratamento estava na necessidade de preservação do espaço de autonomia necessário à consecução das funções democráticas dos partidos. O mesmo raciocínio seria aplicável aos sindicatos, cuja relevância na proteção do trabalhador também autorizaria um tratamento em apartado (p. 367).

Ainda na vigência da Lei Orgânica 5/2010, Zugaldía Espinar defendia uma interpretação restritiva dessa imunidade, para considerar viável a responsabilidade penal dos partidos e sindicatos quando se referisse a uma atuação voltada para seu interior, ou seja, fatos vinculados a sua gestão. A imunidade apenas se relacionaria à atuação funcional dessas pessoas jurídicas,

¹⁸⁴ “[e]xceções a esta decisão se encontram isoladamente na parte especial em determinados preceitos como o art. 318 que especificamente contempla a imposição das medidas previstas no art. 129 CP de forma indistinta a pessoas jurídicas ou a entidades carentes de personalidade jurídica.” (FEIJOO SÁNCHEZ apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 57, tradução nossa)

com vistas a preservá-las. A dúvida sobre a inclusão dos partidos políticos e sindicatos no universo de pessoas jurídicas imputáveis penalmente ficou superada, de todo modo, com o advento da LO 1/2015. O autor pontua a justificativa apresentada pelo Grupo Parlamentar União, Progresso e Democracia à Emenda 21, que redundou na alteração legislativa. Um dos fundamentos postos seria a necessidade de adesão dos partidos, de forma mais concreta, ao dever de combate à corrupção, “com o estabelecimento de filtros e medidas necessárias para erradicar aos corruptos de suas listas eleitorais, a criação de protocolos de redução de riscos e códigos de ética e conduta de seus cargos públicos e seus órgãos responsáveis.” (ZULGADÍA ESPINAR, 2014, p. 369).

Bernardo José Feijoo Sánchez destaca que o critério distintivo para que uma pessoa jurídica tenha sido excluída do universo de pessoas passíveis de responsabilização penal parece ter sido a titularidade pública ou o exercício de potestades públicas. A versão anterior dos artigos que tratam da matéria, na conformação da LO 5/2010, estruturava-se sob o critério do desempenho de políticas públicas ou de interesse geral. Conforme o autor expõe:

O decisivo para efeito de determinar o alcance do art. 31 *quinquies* é a cláusula aberta final que se refere a organizações que exerçam potestades públicas de soberania ou administrativas. A referência expressa a Organismos Reguladores, Agências e Entidades Públicas Empresariais não seria mais que uma referência àqueles organismos ou entidades que claramente entram neste conceito, já que têm reconhecido pela lei o exercício de potestades públicas. (FEIJOO SÁNCHEZ apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 64, tradução nossa).

A Carta-Circular 1/2016 da *Fiscalia General del Estado* (ESPANHA, 2016)¹⁸⁵ identifica que o art. 31 *quinquies* excluiu o Estado do rol de imputados, porém utilizou terminologia imprecisa que se divide em público administrativo, público empresarial e público fundacional. Entre os primeiros estariam os organismos estatais, as entidades de direito público e os consórcios, em consonância com a cláusula de abertura contida na parte final do dispositivo. No campo público empresarial, as sociedades mercantis haviam sido excluídas na versão da LO 5/2010, porém, a partir da reação da OCDE sobre a matéria, a LO 1/2015 as incluiu, estabelecendo, no entanto, um rol limitado de sanções aplicáveis nas hipóteses em que executem políticas públicas ou prestem serviços de interesse geral. As fundações públicas também ficariam excluídas, em razão de seu regime e fins públicos.¹⁸⁶ As fundações e entidades com personalidade jurídica vinculadas aos partidos, por seu turno, foram incluídas no rol das

¹⁸⁵ Extrai-se do art. 124 da Constituição espanhola que o *Ministerio Fiscal* equivale institucionalmente ao Ministério Público brasileiro e a *Fiscalia General del Estado*, por seu turno, à Procuradoria Geral do Estado. Espanha. Constituição, de 31 de outubro de 1978.

¹⁸⁶ Espanha. Carta-Circular 1, de 22 de janeiro de 2016. *Consideranda*.

peças penalmente imputáveis, por força das alterações introduzidas pela LO 3/2015 (ESPANHA, 2015). Além disso, foi acrescentado comando expresse (art. 9 bis) quanto à necessidade de os partidos políticos adotarem um sistema de prevenção de condutas contrárias ao ordenamento jurídico e de supervisão, para os fins do art. 31 bis do Código Penal espanhol.¹⁸⁷

O tratamento da legislação espanhola para as corporações de direito público pode fornecer subsídios relevantes à articulação do tema. Os Conselhos Profissionais, as Câmaras de Comércio, assim como outras entidades que congregam a administração e defesa de interesses privados ou de um grupo, são formalmente públicas, mas não integram a Administração Pública e, por isso, eram consideradas passíveis de responsabilização penal a priori, com a possibilidade de exclusão casuística das atividades submetidas ao regime administrativo. Com a inclusão dos partidos políticos e sindicatos, a Fiscalía General del Estado houve por bem alterar sua compressão sobre o ponto, para avaliar a ausência de fundamento para o tratamento diferenciado. De acordo com o contido da Carta-Circular 1/2016:

Esta interpretação restritiva é plenamente conforme com todas as Decisões Marco e Diretivas setoriais que só excluem do conceito de pessoa jurídica responsável aos Estados, aos organismos públicos em exercício de sua potestade pública e as organizações internacionais públicas.

Os critérios pelos quais um crime praticado por uma pessoa física pode ser imputado a um partido político na legislação espanhola são os mesmos aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 31 bis do Código Penal. Há duas “portas de entrada” pelas quais essa vinculação ocorre: (i) quando o delito é praticado em nome ou por conta do partido, e em seu benefício direto ou indireto, por seus representantes legais ou por aqueles que, atuando individualmente ou como órgão da pessoa jurídica, estejam autorizados a tomar decisões em seu nome ou ostentem faculdades internas de organização e controle; (ii) quando uma pessoa submetida à autoridade de alguma das pessoas antes citadas pratique o crime no exercício das atividades sociais e em benefício da pessoa jurídica, graças à grave violação dos deveres de supervisão, vigilância e controle. O rol de pessoas físicas cujas condutas abre flanco à responsabilização dos partidos, nesse viés, é bastante amplo. Como anota Feijoo Sánchez, na redação da Lei Orgânica 5/2010, essa vinculação perpassava sempre a atuação da Administração ou representante legal. A redação vigente parece evidenciar a intenção do legislador de alcançar também aqueles agentes que, sem exercer a função de administrador,

¹⁸⁷ Espanha. Ley Orgánica 8, de 4 de julho de 2007.

possuem poder decisório no seio da organização (FEIJOO SÁNCHEZ apud BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2016, p. 76, tradução nossa). Nesse passo, o legislador espanhol indica sua intenção de ampliar o leque de situações nas quais uma pessoa jurídica pode ser chamada à responsabilidade penal, o que pode vir a trazer reflexos importantes no campo político-partidário, pelo deslocamento de forças que implica.

A Holanda foi um dos primeiros países europeus a adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu ordenamento. Menciona John Vervaele (2007) que, embora o art. 51 da legislação holandesa não contemple expressamente os órgãos ou instituições de direito público como passíveis de responsabilização, a Exposição de Motivos dispõe que a exclusão desses entes na esfera penal poderia ensejar indesejável violação do princípio da igualdade. No entanto, esse emparelhamento deve limitar-se aos atos praticados no marco de uma atividade empresarial que pode ser exercida em iguais condições por particulares. O autor diferencia os atos imputados ao Estado daqueles vinculados à administração descentralizada. No que concerne ao Estado, cita o precedente *Volkel*, no qual a Suprema Corte daquele país afirmou a imunidade do Estado holandês e a conseqüente impossibilidade de ser penalmente responsabilizado pela contaminação do solo pelo vazamento de querosene, ocorrido em aeroporto militar (VERVAELE, 2007, p. 45). Erik Gritter e Berend F. Keulen (2010) esclarecem que, em 1998, a jurisprudência holandesa definiu que um órgão público, nos termos delineados pela Constituição, apenas fruirá de imunidade quando os atos forem praticados por um servidor civil nos limites das atribuições legais do órgão. John Vervaele questiona esse critério e pontua que a própria definição do que venha a ser função pública é equívoca diante das mudanças que se tem operado no papel desempenhado pelo Estado. Nesse sentido, diz o autor:

No curso dos últimos decênios, a função pública e a maneira com que é executada e exercida tem mudado de tal maneira sob a perspectiva de forma e de conteúdo, que a diferença funcional entre função pública e função privada e a diferença orgânica entre órgão público e órgão privado não constituem um critério suscetível de ser utilizado em numerosas diferenciações jurídicas.” (VERVAELE, 2007, p. 52).

A despeito disso, a jurisprudência do Tribunal Supremo holandês consolidou-se no sentido da persistência de um espaço de imunidade para os órgãos descentralizados quando envolva o exercício de um dever administrativo. Dois eventos especialmente graves naquele país, contudo, suscitaram o debate sobre a eliminação dessa imunidade, inclusive relativamente ao Estado: um incêndio na cidade de Enschede, que redundou na morte de mais de vinte pessoas e destruição de parcela da cidade, cuja responsabilidade foi atribuída a erros cometidos pela municipalidade nos procedimentos de autorização e controle administrativo; e um incêndio na

cidade Volendam, com a morte de dez pessoas, também atribuído a falhas nos procedimentos de autorização e fiscalização (VERVAELE, 2007, p. 58-9). A amplitude do projeto de lei proposto, caso aprovado, colocaria pessoas de direito público em posição de igualdade total com as pessoas jurídicas de direito privado, no que concerne à jurisdição criminal. Ainda, geraria a inusitada situação de o Estado processar a si próprio, com todos os problemas materiais e instrumentais que isso envolve, como se autoconferir um julgamento justo e autoimpor as sanções que decorram do processo. De destacar, também, que as consequências de eventual afastamento da imunidade estatal seriam ainda mais profundas porque na legislação holandesa a pessoa jurídica pode ser responsabilizada por qualquer tipo de crime. Historicamente, a responsabilização penal desses entes foi instituída apenas em relação aos crimes econômicos, o que foi alterado com a reforma penal de 1976.¹⁸⁸ Ainda, a eventual interferência da jurisdição criminal na condução da coisa pública seria significativa, na medida em que, naquele país, o Ministério Público, responsável pela persecução penal, tem um amplo espaço de discricionariedade, ante o princípio da oportunidade (VERVAELE, 2007, p. 53).

A legislação belga também se estruturou para impor responsabilidade penal a qualquer tipo de corporação, inclusive as de natureza pública. No entanto, igualmente ressalvou a incidência da jurisdição penal a alguns entes, como o Estado Federal e suas regiões, as províncias e as comunas.¹⁸⁹ No mesmo sentido, o Código Penal francês estabelece que as pessoas jurídicas, com exceção do Estado, são criminalmente passíveis de responsabilização por crimes de qualquer natureza.¹⁹⁰ Segundo Katrin Deckert (2010), uma das principais questões enfrentadas pela Assembleia Nacional e pela Comissão de Revisão do Código Penal foi fixar quais pessoas jurídicas teriam capacidade penal. A inclusão daquelas cujos objetivos estavam voltados para atividade econômica e financeira não suscitou muitos problemas, pois o debate centrou-se nas pessoas jurídicas constituídas para atividades sem fins lucrativos, assim como as de natureza pública. Prevaleceu no texto legal o conceito mais amplo, sob as bases do princípio da igualdade de tratamento. Sem embargo, três pontos foram ressalvados pelo legislador: (i) a incompatibilidade de determinadas sanções a certas pessoas de direito público, tal como a de dissolução ou supervisão judicial; (ii) a imunidade absoluta do Estado,

¹⁸⁸ A propósito, confirmam-se as considerações de Gritter e Keulen (2010).

¹⁸⁹ Cf. em <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl> Acesso em: 2 out. 2017.

¹⁹⁰ Código Penal francês: “Art. 121-2 As pessoas morais, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis segundo as disposições dos arts. 121-4 a 121-7 pelas infrações cometidas por sua conta e por seus órgãos ou representantes. Entretanto, as coletividades territoriais e seus agrupamentos não são culpáveis penalmente, senão pelas infrações cometidas no exercício de atividades suscetíveis de serem objeto de convenção de delegação do serviço público. [...]”

referenciada à soberania e ao princípio da separação entre as autoridades judicial e administrativa; e (iii) a imunidade parcial das autoridades territoriais apenas no que se refere às atividades públicas delegadas (p. 155-6).

Por fim, relata como os Estados Unidos da América enfrentam o tema da responsabilização penal dos chamados governos locais¹⁹¹. Stuart Green (1994) esclarece que, entre 1819 e 1975, esses entes eram passíveis de responsabilização, mencionando em suporte a seu argumento diversos precedentes nesse sentido. As transformações que reduziram as municipalidades a “meras subdivisões dos estados sob sua completa regulação teria[m] alterado esse quadro”. O autor busca, em seu estudo, afirmar que os governos locais devem ser imunes em algumas circunstâncias, conforme os precedentes que se estabeleceram naquele país, porém não de forma generalizada. O que se extrai de interessante de sua análise é, primeiro, a avaliação de que, no passado, os Estados vislumbravam a responsabilização penal dos Municípios como um mecanismo de controle. De acordo com o autor, a despeito do crescente controle político dos Estados sobre os Municípios, havia limites para que estes fossem obrigados a alinhar-se de forma absoluta com as políticas estaduais, ou adotar providências de seu interesse, como, por exemplo, a construção de uma estrada. Prossegue em seu argumento no sentido de que as limitações relacionadas à doutrina da responsabilidade civil¹⁹² ou ausência de remédios adequados conduziam o Estado a buscar seus objetivos pela via transversa da persecução penal. Um segundo aspecto levantado, e que é pertinente ao exame que ora se faz, é a razão mais recorrente pela qual processos penais dessa natureza passaram a ser rejeitados, pois os Municípios foram considerados imunes nas hipóteses em que estivessem atuando com capacidade governamental. Stuart Green desafia esse argumento em certa medida, sobretudo nas hipóteses em que o governo local adota políticas que sistematicamente conduzem a violações de direitos.¹⁹³ Como a análise está inserida no contexto do federalismo americano, o

¹⁹¹ Em razão do sistema federativo que confere efetiva autonomia aos Estados, os governos locais nos Estados Unidos da América assumem diversas denominações e conformações. A propósito confira-se em: <<https://www.whitehouse.gov/1600/state-and-local-government>> Acesso em: 2 out. 2017.

¹⁹² O autor refere-se ao precedente *Mower Inhabitants v. Leicester*, pelo qual se estabeleceu o princípio do demandante único (*single plaintiff principal*). Nas hipóteses em quem toda a comunidade é afetada e não apenas alguém em particular, o princípio do devido processo legal autoriza que o réu não seja inundado por ações, o que autoriza que a lei não conceda legitimidade ao particular. No entanto, para que eventual ilícito não fique impune, pode ser enfrentado pela jurisdição criminal. É certo, como menciona o autor, que a solução para o problema da multiplicidade de demandas poderia ser resolvida por outra via que não a penal, mas o precedente indica a viabilidade de indiciamento penal da municipalidade, e esse é o ponto que busca acentuar (GREEN, 1994).

¹⁹³ A propósito o autor anota dois episódios que ilustrariam essa preocupação. Primeiro menciona os questionamentos que surgiram por ocasião do espancamento de Rodney King (*United States v. Koon*, 833 F. Supp. 769 (1993), que redundou nos notórios desdobramentos para toda a cidade de Los Angeles. Menciona que, à época do julgamento, uma das testemunhas afirmou em juízo que a surra para submissão de suspeitos seria uma política da polícia. Depois, cita o precedente *Webster v. City of Houston*. De acordo com as evidências, 78%

autor afirma que a responsabilização penal dos governos locais, quando efetuada pelo governo federal, não incidiria no problema da autopunição.

Do exposto, extrai-se que o critério de imunidade penal para as pessoas jurídicas de direito público está circunscrito às atividades estatais típicas. Por essa razão, a imunidade fruída pelo Estado é absoluta. Diversamente ocorre com entes descentralizados, que, de acordo com as diversas formas de organização dos países, podem vir a exercer atividades idênticas a dos entes privados e, nesse âmbito, estariam sujeitos à responsabilização penal. Alguns países resolvem o problema da compatibilidade das sanções à natureza do ente, pelo estabelecimento de rol adequado à sua conformação. A preservação das atividades estatais, no que se refere às pessoas jurídicas de direito público descentralizadas, parece colocar em relevo que a imunidade incide muito mais em razão da matéria do que das dificuldades “operacionais” que a responsabilização do Estado pelo Estado ensejaria. Não fosse assim, as mesmas objeções à responsabilização penal do Estado deveriam ser opostas, em alguma medida, a esses entes. Desse raciocínio deriva-se a ideia de que há um espaço a ser protegido da interferência da jurisdição penal com o objetivo de garantir o equilíbrio de forças dentro do Estado. Os partidos políticos, a despeito de sua natureza privada, têm locus constitucional e por isso não se confundem com os demais centros privados de poder porque estão relacionados a uma atividade que é expressão do próprio poder constituinte. Por isso, caberia fazer um paralelo da preservação dessa atividade com a imunidade relativa conferida aos órgãos da administração descentralizada quando exercem atividades típicas de Estado.

Assim, eventual reconhecimento da responsabilização penal dos partidos no Brasil deveria ser adstrito aos atos relacionados à sua gestão financeira, no que concerne ao trato de recursos públicos ou privados que lhe sejam confiados ou que transitem em seu benefício por meios ocultos, como nas hipóteses de lavagem de capitais. Ao atuar na gestão dos seus recursos, pelos meios oficiais ou oficiosos, o partido político em nada se diferencia de uma outra pessoa jurídica de direito privado, o que não justificaria um tratamento diferenciado. A questão relacionada ao rol de sanções compatíveis também não se apresentaria como óbice porque, atualmente, a legislação eleitoral brasileira prevê, em tese, a dissolução do partido. Se é assim em procedimento que não envolve o reconhecimento de atividade criminosa, não haveria razão

a 80% dos policiais portavam uma arma não registrada para ser deixada junto à vítima nas hipóteses de tiroteio. Dessa forma, justificariam uma morte eventualmente injustificável. Demonstrou-se, ainda, que tal prática era ensinada pelos instrutores da academia de polícia. Nenhum desses casos envolveu a responsabilização penal dos municípios, mas formam parte do argumento do autor para afirmar que a imunidade como estabelecida não seria adequada (GREEN, 1994, 1197-9).

para considerá-la incompatível quando aplicada pela jurisdição penal, com todas as garantias que lhe são inerentes.

A possibilidade de eleger uma conduta como criminosa, ou de fixar determinado sujeito como penalmente capaz, apresenta-se como expressão interna da soberania, de um poder que se coloca ou que se pretende acima de qualquer outro. No plano interno, a soberania significa a prevalência da ordem estatal sobre qualquer outra forma de organização ou sobre qualquer outra forma de poder; no plano externo, a insubmissão do poder do Estado a qualquer outro, equivale dizer, a possibilidade de autodeterminação plena. Nas palavras de José Afonso da Silva, “a soberania do Estado [...], que implica, a um tempo, independência em confronto com poderes exteriores [...] e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal” (SILVA, 2017, p. 109). É certo que esse conceito está em crise, especialmente em razão da influência de outros atores na construção do Direito interno e da demanda por colaboração internacional entre os Estados.¹⁹⁴ O poder de produzir leis no âmbito interno do Estado e o monopólio do uso da força são conteúdos vinculados ao conceito clássico de soberania. Assim, é pertinente refletir como o Direito Penal, que é um mecanismo por excelência de afirmação desse conceito em crise, opera quando o Estado se debilita. Uma hipótese imediata seria a de que a ferramenta do *jus puniendi* é acionada como medida de autopreservação. Outro viés, que não exclui o primeiro, é o de que os meios de intervenção penal são reestruturados para absorver as demandas de mudança e, assim, resgatar essa forma de poder que está em crise.

A atribuição de capacidade penal às pessoas jurídicas de direito privado em geral parece estar relacionada com a crise de soberania. Na medida em que o Estado não consegue regular completamente determinadas parcelas da realidade que são governadas por poderes privados, a criminalização surgiria como um meio de reafirmação desse poder. A transposição dessa ideia de soberania para o plano interno traduzir-se-ia na reorganização do modo de intervenção penal. Assim, como se explicita adiante, a adoção de modelos de autorregulação regulada e atribuição de efeitos penais aos programas de cumprimento poderia ser considerada uma forma de reordenação dos meios de intervenção coercitivos do Estado, de molde a não perder espaço de poder e reafirmar sua presença, ainda que em bases dialógicas com os poderes privados.

¹⁹⁴ A esse propósito, veja-se Barroso e Tiburcio (2013, p. 17-18); Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 1187): “No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional. Para o fim deste monismo, contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como novo caráter as relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político e ideológico.”

José Esteve Pardo faz interessante analogia com a queda de Tróia, que não teria sido causada pelo cavalo de madeira carregado de seus inimigos. A introdução da quilha teria sido a ruída daquele império, uma vez que os barcos podiam entrar no Mar Negro, resistindo aos ventos sem fundear em seus portos e pagar-lhe tributos. Estar ao largo do rumo seguido pela civilização teria sido sua desgraça. Da mesma forma, embora sejam necessárias cautelas, os sistemas jurídicos não deveriam resistir à autorregulação, mas sim reconhecer um mundo em mudança, sob pena de serem suplantados por ele (ESTEVE PARDO, 2015).

4 COMPLIANCE PENAL

4.1 Considerações preliminares

A complexidade das relações contemporâneas espelha-se no mundo empresarial embutindo riscos na atividade econômica que transcendem aqueles tradicionalmente reconhecidos como do negócio. Esses são usualmente compreendidos como econômicos e relacionados à capacidade de competição e sobrevivência da empresa em sua área de atuação. No entanto, a profusão de regras, regidas por subsistemas normativos, aos quais as organizações estão submetidas se apresentam como mais um elemento a ser considerado nos cálculos de desempenho empresarial (BACIGALUPO; HERMIDA, 2011).

A obrigatoriedade de cumprimento de normas de segurança do trabalho, ambientais, entre outras diretamente vinculadas à atividade fim da organização empresarial, gera riscos pelo descumprimento tanto no âmbito do Direito Administrativo sancionador, como no do Direito Penal. Essa seria, como menciona Enrique Bacigalupo (BACIGALUPO; HERMIDA, 2011), a dimensão normativa do risco empresarial. A legitimidade de intervenção do Direito punitivo, sob a vertente penal, na atividade econômica, foi abordada no tópico relacionado à relação entre criminalidade e democracia.

Os danos que determinadas condutas podem impor à coletividade podem ser potencializados quando inseridos no contexto empresarial. Por outro turno, é relevante acrescentar que a sanção administrativa nem sempre será suficiente para prevenir e reprimir certas práticas. A imposição de sanções que não atinjam o indivíduo e que recaiam exclusivamente sobre a organização poderá não ser suficientemente dissuasória. Afinal, a responsabilidade que recai difusamente sobre todos não é assumida por ninguém. O fato é que hoje as empresas se deparam com a possibilidade de sanções¹⁹⁵ pelo descumprimento de deveres impostos em uma miríade de normativos, o que enseja, por sua vez, o mapeamento dos

¹⁹⁵ “Observe-se, ademais, que nos últimos anos, tem-se forte tendência padronizadora decorrente da globalização econômica, o que não é ignorado pelo direito penal. Atualmente, três são os sistemas que imperam no mundo no que concerne à responsabilização das pessoas jurídicas. Um, seguido basicamente pelos países da *Common Law*, mas que hoje recebe a adesão de outros países da *Civil Law* em que se reconhece plenamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O segundo sistema, refuta frontalmente tal responsabilidade. A maioria dos países da Europa continental adota tal postura. Uma terceira posição, hoje dominante na Alemanha e em outros países, adota posicionamento intermediário. Às pessoas jurídicas podem ser impostas sanções pela via do chamado direito penal administrativo, ou contravenção à ordem. Estas se constituem em infrações de menor gravidade. Sua sanção não é uma multa penal (*Geldstrafe*), mas sim uma multa administrativa (*Geldbusse*): por essa via são punidas as infrações econômicas. (...)” (SCHECAIRA, 2011. p. 27-8).

riscos a que estão expostas por essa desconformidade e a definição de práticas que evitem sua realização. Como expõe Enrique Bacigalupo:

A nova visão propõe uma intervenção preventiva do penalista mais ampla que a habitual: não só orientada à defesa no processo penal, mas prévia ao processo e a toda decisão econômica juridicamente controvertida, orientada, por tanto, a evitar o processo, dado o custo, não só em dinheiro, mas sobretudo, em termos de prestígio na opinião pública, que o processo e a exposição pública que este implica e leva para a empresa e seus diretores pessoalmente (BACIGALUPO, 2011, p. 22, tradução nossa).

As medidas orientadas ao cumprimento de normas e implementadas por procedimentos internos em determinada organização denominam-se *compliance*. Lothar Kuhlen registra que o conceito abarca as medidas direcionadas à identificação de infrações para assegurar eventual sanção (KUHLEN, 2013, p. 51-76).¹⁹⁶ O termo advém do verbo inglês *to comply* (cumprir). Os programas referidos à prevenção de práticas de crimes seriam designados por *compliance* criminal e orientados, portanto, ao cumprimento das normas jurídicas de natureza penal, visando à sua não violação (BOCK, 2013, p. 107-20).¹⁹⁷ Artur de Brito Gueiros anota que parte da doutrina evita a expressão inglesa e adota, em substituição, os termos cumprimento ou conformidade. O primeiro mais afeto à doutrina de língua espanhola e o segundo utilizado pela francesa (*conformité*) (SOUZA, 2016). Utiliza-se neste estudo o termo *compliance*, por ser aquele que vem se incorporando à linguagem da doutrina e adjetiva-se com o termo penal, para estabelecer simetria com a designação que se faz a esse ramo do Direito no Brasil.

Segundo Martín Nieto (2013, p. 21-46), o conceito poderia ser singelo quando considerado como mero programa de cumprimento de obrigações civis ou de diretrizes internas de uma empresa, mas que ganha enorme complexidade e riqueza quando se agrega a perspectiva de um “sistema autônomo de *enforcement*”¹⁹⁸. Nesse sentido, no mundo econômico, esse é um elemento de consideração relevante para aquisição de empresas e realização de *joint venture*. Pode-se extrair dessa assertiva que o grau de observância normativa de uma empresa se agrega, em certa medida, como ativo intangível¹⁹⁹, acrescentando valor em sua área de atuação. Sob outro

¹⁹⁶ Sobre a definição de *compliance*, veja-se ainda Benedetti (2014).

¹⁹⁷ O autor registra o caráter polissêmico do termo *compliance*. “Segundo uma compreensão restritiva do conceito, o *compliance* aludiria ao dever de lograr uma estrutura de implementação – como um conjunto de medidas – tendente a garantir essa fidelidade ao Direito.” (BOCK, 2013, p.107, tradução nossa).

¹⁹⁸ O verbete da língua inglesa *enforcement* contido na citação não encontra correspondente em vocábulo único no português, mas pode ser traduzida como dar ou efetivar cumprimento a uma norma ou comando de autoridade e, nesse sentido, será utilizado no texto. A expressão *joint venture* designa a reunião de empresas para fins determinados, podendo, ou não, se dar por meio de fusão ou criação de pessoa jurídica autônoma para o fim pretendido.

¹⁹⁹ O conceito é afeto à contabilidade financeira. De difícil delimitação, teria correlação com o patrimônio imaterial. Embora tenham expressão econômica, não são corporificados, como o fundo de comércio, patentes, marcas. Utiliza-se analogicamente o conceito para designar que o grau de cumprimento normativo de uma organização e o padrão ético pelo qual norteia sua atividade se soma à sua atuação e é vetor que passou a ser

ângulo, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz também pontuam as complexidades que envolvem a noção de *compliance*, na medida em que esta transcende concepções sobre sistemas de auditoria interna ou arbitragem, por exemplo:

Ela vai além: mostra-se como aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com estratégias de perigos futuros (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 145).

Os programas de *compliance* estariam inseridos no contexto mais amplo das práticas de boa governança corporativa. Ulrich Sieber destaca a indeterminação de conteúdo dos programas de boa governança empresarial. Conclui que não é possível uma diferenciação precisa e definição clara de conceitos como *compliance*, *risk management*, *value management* e *corporate governance*. A análise de conteúdo permite, no entanto, extrair alguns aspectos característicos. A concepção de *business ethics* estaria relacionada à orientação da direção da empresa a valores que transcendem as exigências legalmente normatizadas. Da mesma forma, o conceito de *Integrity Code* estaria vinculado a um espectro amplo de metas estabelecidas. A *Corporate Social Responsibility* abarcaria, por sua vez, as responsabilidades sociais da empresa (SIEBER, 2013, p. 292).

Esses conceitos não são voltados apenas a valores, mas tem por escopo a proteção organizativa por meio de procedimentos. Os códigos de conduta (*conducts of code*) dizem respeito às pautas gerais de comportamento. As práticas de boa governança corporativa (*corporate governance*) têm por objetivo, a princípio, reduzir a assimetria no nível de conhecimento sobre o negócio existente entre os administradores e proprietários (acionistas/cotistas)²⁰⁰, incrementar a transparência, prestação de contas e responsabilização (*accountability*) por parte dos dirigentes em relação a todos os envolvidos com a empresa. Segundo Antonio Gledson de Carvalho, a questão apresenta-se para minimizar os problemas de agência, ou seja, aqueles que se estabelecem quando a preservação dos interesses de uma

considerado no mercado em razão dos riscos (inclusive financeiros) do descumprimento. Sobre ativos intangíveis, cf. Ensslin (2009).

²⁰⁰ Interessante notar que a Bolsa de Mercadorias e Futuros de São Paulo (B&MFBOVESPA, 2016) estabeleceu níveis diferenciados de governança corporativa (1, 2 e Novo Mercado). O IGC-NM, índice Novo Mercado, tem por objetivo ser o indicador do desempenho médio das cotações dos ativos de emissões de empresas que apresentem bons níveis de governança corporativa. O conceito de *corporate governance*, portanto, tem tradução de ordem prática nas relações da empresa com o mercado, sendo este um exemplo concreto de tal situação. Sobre o enquadramento conceitual de governança corporativa, no âmbito da ciência da administração, cf. Marques (2007).

parte depende das decisões tomadas por outra. O autor anota que a literatura sobre a matéria parte do modelo pressuposto de grandes empresas, com composição acionária dispersa.

O foco, portanto, estaria na proteção dos acionistas contra decisões dos administradores que não potencializassem o valor de suas ações. Essa, no entanto, seria uma realidade limitada aos Estados Unidos da América e Grã-Bretanha, não se aplicando à realidade brasileira. A realidade da maioria dos países, inclusive o Brasil, seria a de concentração acionária, com dirigentes nomeados pelo controlador. Nesse cenário, as práticas de boa governança devem ter por norte evitar o vilipêndio dos interesses dos minoritários pelo controlador (DE CARVALHO, 2002).

Adotando-se como paradigma a concepção de que as práticas de boa governança têm por objetivo proteger o grupo com participação minoritária nas organizações empresariais, seria possível considerar os programas de *compliance* como instrumentos adicionais de controle em favor desse grupo. Essa perspectiva impacta o universo das normas objeto de atenção para cumprimento. A orientação não se daria, assim, exclusivamente, para evitar a aplicação de sanções pelo Estado e apenas reflexamente atender os interesses dos acionistas/cotistas. Haveria, também, a preocupação dirigida a preservar diretamente os interesses destes contra condutas dos controladores e dirigentes.

Thomas Rotsch apresenta a definição de *compliance* sob três vertentes. Uma primeira, mais elementar, relacionada à concepção de conformidade ou cumprimento, como já assinalado. Na sequência, distingue o conceito em sua perspectiva organizativa. Refere-se, assim, ao departamento na empresa encarregado de assegurar as regras de cumprimento. E, por fim, o *compliance* como conjunto de medidas, um programa estabelecido para garantir o comportamento lícito, o que compreenderia o conceito de “*Compliance-Management-System* (CMS).” (ROTSCH, 2015, p. 4)

4.2 *Compliance* como autorregulação regulada

Os programas de prevenção criminal no âmbito das empresas estão intrinsecamente vinculados à concepção de autorregulação, que, por seu turno, corresponde a experiências variadas. Incluem desde programas de certificação de conformidade, passando por códigos de autocontrole de anunciantes²⁰¹, a códigos internos de conduta empresarial. No marco do

²⁰¹ Cite-se como exemplo no Brasil o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que tem por objetivo zelar pela liberdade de expressão e defender os interesses dos envolvidos no mercado publicitário. As

Direito anglo-saxão (Estados Unidos e Inglaterra), a autorregulação envolve estruturas relacionadas à “autoimposição voluntária de padrões de conduta”, bem como a delegação de prerrogativas públicas a entidades privadas relacionadas a certa atividade a ser regulada. Em outro viés, no marco designado por europeu continental, apenas considera-se presente a autorregulação quando o grupo que se autogere normativamente deve assumir como próprios os resultados dela advindos, ou, sob a perspectiva jurídica, o resultado em si já está definido como a ser alcançado por esse meio, e não pela regulação estatal direta. Portanto, atividades e sujeitos públicos não estariam abarcados pelo conceito (ARROYO JIMÉNEZ, 2015).

Do confronto dessas concepções, Luis Arroyo Jiménez extrai que as hipóteses de colaboração particular no exercício de funções públicas são tidas na Espanha (e na tradição jurídica que lhe corresponde) como espécie de regulação pública, enquanto, no marco do direito americano ou inglês, seriam típicas situações de autorregulação (privada). Essa concepção da Europa continental estaria fundada na pré-compreensão de que sujeitos, atividades públicas e regimes jurídicos de Direito Público estariam vinculados, de um lado e sem interconexão, com as atividades, sujeitos e regime jurídico de Direito Privado posicionados em outro pólo. Assim, qualquer atividade de autorregulação social assumiria contornos públicos. No Direito anglo-saxão, por sua vez, o conceito de autorregulação abrangeria hipóteses em que há a imbricação entre público e privado. De toda sorte, o autor pontua que a opção a priori e em abstrato por uma ou outra forma de aproximação do fenômeno perde relevância quando se tem o cuidado de definir o contexto em que se está utilizando o conceito em cada análise. Isso porque, no seu entender, pode-se aproveitar a precisão sistemática da concepção de Direito europeu continental para análises dogmáticas, especialmente sob a perspectiva do Direito Administrativo. Por outro turno, a compreensão do fenômeno no marco do Direito anglo-saxão é mais ampla e contextualizada (ARROYO JIMÉNEZ, 2015, p. 33-4).

Adotando-se como parâmetro a relação com o poder público, ou do produtor da regulação, é possível distinguir, como aponta Ulrich Sieber (2013, p. 299-300), três modelos: (i) autorregulação; (ii) correção estatal e privada; e (iii) regulação exclusivamente estatal. Na primeira forma, o Estado está completamente alijado do processo regulatório, em contraposição ao terceiro modelo, em que a regulação estatal é exaustiva. A correção, também designada por autorregulação regulada, caracteriza-se pela fixação pelo Estado de marcos relacionados a conteúdos ou estruturas de autorregulação de adoção obrigatória.

controvérsias são dirimidas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, uma organização não-governamental. Os próprios integrantes do setor e destinatários das normas definem as regras éticas de atuação do setor e garantem sua aplicação. Cf. <http://www.conar.org.br>. Acesso em: 10 jul. 2017, e Monteiro (2012).

Cada um desses modelos corresponde a uma particular concepção de gerenciamento dos riscos criados pela atividade empresarial. À maior ou menor intervenção²⁰² do Estado na economia associa-se o correspondente regime jurídico que lhe dá suporte e a consequente estratégia político-criminal preventiva. Como anota Artur de Brito Gueiros de Souza, a regulação exclusivamente estatal vincular-se-ia aos modelos intervencionistas, contrapostos ao liberalismo extremado, vigente até o início do século XX. A regulação privada estaria associada às demandas do neoliberalismo, que preconiza e máxima liberdade no fluxo financeiro e de mercadorias, com a intervenção mínima do Estado, especialmente em matéria regulatória. A correção, por seu turno, seria uma resposta aos escândalos²⁰³ decorrentes da liberdade selvagem que se estabeleceu no mercado. Assim, ante as dificuldades de o Estado, por si, fiscalizar e prevenir a criminalidade econômica, as organizações empresariais seriam chamadas a participar ativamente desse processo, estabelecendo mecanismos internos de controle orientados à prevenção de crimes (SOUZA, 2016). 204

Posta a questão nesses termos, a própria concepção do que estaria ou não abarcado pelo conceito de autorregulação não é unívoca nas duas diferentes tradições jurídicas.²⁰⁵ O debate sobre a “autorregulação regulada” tem tido uma repercussão, intensidade e um teor muito diferentes no seio das diversas culturas jurídicas que integram a União Europeia. Nos países em que o fenômeno que designa essa locução tem sido estudado com maior intensidade e, em particular, na Alemanha, existem importantes desacordos doutrinários sobre a extensão conceitual da autorregulação regulada. Ulrich Sieber anota que geralmente os programas de compliance se inserem no âmbito da correção estatal-privada, “despertando interesse dessa análise também nas fronteiras entre direito, teoria do direito, criminologia (...)”. Ainda, segundo

²⁰² “Todo e qualquer Estado é e terá sido interventor na Economia. Portanto, o critério ‘intervenção’ não será útil para apartar diversas tipologias de Estados. Contudo, é possível falar de graus de intervenção. Assim, ao Estado liberal corresponde a representação de um Estado de intervenção mínima, de uma intervenção econômica bastante simples. (...) Embora o Estado do bem-estar social seja um Estado que, obviamente, promova a intervenção, não é caracterizado assim por qualquer intervenção, mas, antes, por uma modalidade qualificada dela, qualificada exatamente pela busca de um bem social com prestações econômicas positivas do Estado nesse sentido.” (TAVARES, 2011, p.45).

²⁰³ Ulrich Sieber (2013, p. 291) anota que escândalos como a falsificação de balanços pela empresa Worldcom, com danos estimados em US\$ 107 bilhões; fraudes que ensejaram a insolvência de várias empresas na Euron, com danos em torno de US\$ 60 bilhões; negócios de “fachada” pela empresa Flowtexas, com prejuízos de 1,5 bilhões de dólares. Merece referência que as fraudes contábeis que geram escândalos não são fenômenos recentes. Identificadas desde a antiguidade, passando pela *South Sea Bubble em 1720, e chegando aos eventos contemporâneos*, todos têm na contabilidade um apoio essencial para dar aparência de saúde e credibilidade aos negócios, maquiagem fraudes e atrair investidores. Nesse sentido, cf. Jones (2011).

²⁰⁴ Souza (2010) desenvolve detalhado histórico entre os processos regulatórios orientados à prevenção da criminalidade e a atuação interventiva do Estado.

²⁰⁵ Sobre as dificuldades conceituais relacionadas à autorregulação cf. ainda GARDELLA, 2015.

o autor, o tema levanta questões sobre a “privatização da prevenção da criminalidade e de seu controle com sistemas autorreferenciais” (SIEBER, 2013, p. 291). A imposição de deveres preventivos na Alemanha, país a partir do qual o autor desenvolve suas reflexões, é direcionada especialmente às instituições de crédito no marco da lavagem de bens e capitais, bem como no que concerne a obrigações de controle interno nas atividades negociais envolvendo crédito e mercado de ações (p. 297). São notórias, no âmbito dos Estados Unidos da América, as imposições de medidas preventivas decorrentes do Sarbanes-Oxley Act²⁰⁶, editado na esteira dos escândalos envolvendo as fraudes fiscais e contábeis da empresa Euron e sua auditora Arthur Andersen.

No Brasil vigora o sistema de civil law, alinhado, portanto, à tradição da Europa continental (LOSANO, 2007, p. 252)²⁰⁷. Assim, no marco conceitual delineado por Luis Arroyo Jiménez, os programas de compliance criminal, espécie de autorregulação, que se incluem no rol daqueles de adoção mandatória, estariam em alguma medida no marco da regulação pública. A autonomia das organizações para internamente implementar seus mecanismos não afastaria a incidência de aspectos do regime jurídico público a eles relacionados. Da mesma forma seriam interpretados os instrumentos de colaboração e interface com a atividade fiscalizatória do Estado.

Ao presente estudo importa definir que os modelos nos quais há imposição legal para adoção de normas de controle interno orientadas para a prevenção de crimes no Brasil não estão alijados do âmbito da autorregulação. Isso significa dizer que é reservado ao destinatário da norma espaço para criação de procedimentos com a preservação de sua autonomia e que, portanto, não ferem os marcos de independência de que certas atividades são dotadas. Por outro turno, o status mandatório da existência dos procedimentos confere a esses mecanismos caráter de cooperação com o Poder Público e implica em algum grau de afetação ao regime jurídico público.

²⁰⁶ Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁰⁷ Apesar da tradição jurídica brasileira, institutos mais próximos ao sistema *Common Law* têm sido introduzidos no Direito Penal demandando esforço de adaptação interno. O exemplo mais notório seria a transação penal de que trata a Lei 9.099/1995, que introduziu espaço de consenso no processo penal brasileiro antes inexistente. Guardadas as devidas proporções e limites, a transação penal brasileira remete ao instituto norte-americano do *plea bargain*, no qual acusado e acusador transacionam sobre culpa assumida e punibilidade aplicada. A imposição de pena sem julgamento é transacionada pela assunção de culpa por delito menos grave (NEVES, 2013). Ainda sobre a influência anglo-saxão nos sistemas romano-germânicos, anote-se “que a introdução de institutos próprios de países de tradição anglo-saxã (v.g., responsabilidade penal da pessoa jurídica, *compliance*, *gatekeepers*, etc) em ordenamentos de tradição romano-germânica, tem fortes implicações na teoria do delito e, especialmente no que tange à responsabilidade penal, gera evidentes tensões dogmáticas.” (PANOIRO, 2014, p.155)

A interconexão entre os sistemas público e privado em matéria de prevenção criminal desafia a adoção de um paradigma de análise que extrapole a lógica binária que separa de forma absoluta esses dois campos de construção normativa. Embora a questão da autorregulação com vistas ao cumprimento normativo não seja exclusivamente orientada para o campo jurídico-penal, é nessa órbita que a distensão entre público e privado talvez se apresente de forma mais acentuada e, por conseguinte, a interação entre os sistemas se torne mais complexa.²⁰⁸ Isso porque a transposição do direito de definir condutas proibidas para o Estado, estabelecer e aplicar sanções remonta ao século XIII, quando se iniciou o processo de retirada da solução dos conflitos do âmbito da vítima. O monopólio do direito de punir pelo Estado tem a perspectiva de contenção e rejeição do sistema de vingança privada, mas igualmente atendeu a propósitos de fortalecimento de seu poder, que naturalizaram uma específica e determinada forma de administrar justiça.

Como menciona Gabriel Ignácio Anitua, sob a perspectiva do pensamento criminológico:

(...) o confisco do conflito à vítima e o aparecimento do Estado dizendo “essa conduta me afeta mais do que afeta ao indivíduo particular que expressa sua queixa” significaram uma mudança transcendente nas questões vinculadas à ordem, aos conflitos e às violências. Surge, então uma nova atitude para determinar a vontade. A forma de poder vinculada ao Estado impõe que a busca da verdade se realize através do método de “inquisição”. Esta é uma “averiguação” que quem exerce o poder sobre o objeto estudado realiza a partir de uma posição privilegiada e que não se encontra em diálogo com o outro (ANITUA, 2008, p. 24).

O autor sustenta que o processo de expropriação do conflito e sua transferência para a estrutura burocratizada do Estado não reduziu as violências, mas apenas as tornou mais visíveis. O que tradicionalmente é designado pela doutrina penal por processo de racionalização corresponde ao estabelecimento de instituições, formas e práticas jurídicas para administração da justiça em substituição à concepção medieval, servindo, também, como ferramenta de empoderamento do Estado nascente, expresso nas monarquias absolutas (ANITUA, 2008, p. 37).

O afastamento da vítima e, portanto, da esfera privada da estrutura de punir também converge com essa tomada de posição pelo Estado e reflete-se, em alguma medida, em sua exclusão da construção do injusto penal, na percepção do titular do bem violado pelo delito e na construção do conceito de bem jurídico a partir do século XIX. João Paulo Martinelli e

²⁰⁸ Ulrich Sieber (2013, p. 24) refere-se à cooperação funcional entre os sistemas de regulação privado e estatal, especialmente quando a regulação privada “obtem um efeito vinculante ao sistema jurídico estatal”. Isso se daria não apenas nas hipóteses de aplicação de sanções penais ou contravencionais aos programas de *compliance*, mas também pelo descumprimento das “premissas de organização” de caráter vinculante e coercitivamente imponíveis, como por exemplo o dever de comunicação.

Leonardo Schmitt de Bem apontam, no processo penal, que a neutralização da vítima se dá, inicialmente, fundada nas teorias seculares do contrato social. Os particulares “confiaram ao Estado a tutela penal de valores”, para em sequência esse mesmo Estado avocar a condição de beneficiário dessa proteção (MARTINELLI, 2016, p. 63). Como registra Albin Eser, o conceito de bem jurídico foi construído em contraposição à teoria de base kantiana de Feurbach, a qual considerava que a violação de espaços de liberdade que compromettesse o ser cidadão caracterizar-se-ia como lesão ao Direito. O delito, por sua vez, estaria restrito àquelas violações que implicassem na quebra do contrato social e estivessem submetidas a uma lei penal. A construção, inicialmente formatada para o indivíduo, teria ampliado para incluir “ações imorais ou formalmente antijurídicas ao grupo de lesões ao Direito” (ESER, 1998, p. 7-43):

Deste modo, sua posição inicial, orientada em princípio, à proteção da liberdade individual, oferecia flanco desprotegido pelo qual rapidamente penetrou um novo paradigma de concepção mais geral da proteção do injusto, que é o que domina até hoje em dia (ESER, 1998, p. 18).

Albin Eser registra a seguir as contribuições de Birnbaum, Binding e Von Lizst para a teoria do bem jurídico em sua fase nascente. Destaca que a perspectiva de Birnbaum ao introduzir a categoria bem em substituição a de direito subjetivo teve por escopo ampliar o raio de alcance da tutela jurídico-penal para além de pessoas e coisas, o que não seria viável com a utilização do conceito de direito subjetivo. No entanto, anota o autor, essa construção não necessariamente deveria conduzir à despersonalização do conceito de delito por Birbaum, na medida em que a própria ideia de incluir sob a tutela penal outras categorias já pressuporia o reconhecimento de um âmbito delitivo “pessoal” e outro “despersonalizado”. Binding teria avançado nesse segundo sentido, ao definir bem jurídico como aquilo que é valioso para uma vida saudável em comunidade e criticar qualquer traço de individualismo na teoria. Von Litz, por seu turno, teria resgatado em alguma medida a atenção à vítima em sua concepção de bem jurídico como interesse juridicamente protegido²⁰⁹, contudo a introdução da categoria “objeto de ataque”²¹⁰ apartada do bem protegido teria favorecido a concepção de bem jurídico como algo a ser institucional e não individualmente considerado (ESER, 1998, p. 25).

²⁰⁹ “Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse *juridicamente protegido*. Todo os bens jurídicos são interesses humanos, ou do individuo ou da colectividade. É a vida e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção juridica converte o interesse em bem jurídico. (...)” (LIZT, 2006, p. 93-4).

²¹⁰ O conceito de objeto de ataque ou objeto da ação foi acolhido pela dogmática penal que o distingue do bem jurídico protegido pela norma. “Em relação ao *bem jurídico* é importante ter presente que ele se não confunde com um outro possível elemento do tipo objectivo de ilícito como é o *objecto da acção*. (...) Sabemos já (supra, 6º, Cap., § 16) que o bem jurídico é definido como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. Ao nível do tipo objectivo de ilícito o objecto da acção aparece como

O bem jurídico foi teorizado na perspectiva limitadora e justificadora do direito de punir do Estado. A perspectiva de proteção do indivíduo contra o poder está presente em sua matriz. No entanto, como exposto, essa teoria também foi concebida no contexto de rejeição de soluções privadas de conflito e, em certo grau, reflete essa realidade pelo alijamento da vítima em sua construção fundacional. As reflexões expostas de Albin Esser estão circunscritas à relação entre bem jurídico e vítima no que se relaciona à concepção de delito. Não avançam sobre outras considerações acerca do aspecto mais ou menos liberal de um ou outro teórico, nem tampouco sobre a diferenciação entre bem jurídico como objeto de direitos individuais e estes direitos considerados em si. O que se busca sublinhar com a restrita exposição para o presente tópico é que o Direito Penal tradicionalmente operava no paradigma exclusivamente público. Elegeu-se a exposição da relação bem jurídico-vítima para exemplificar tal quadro (i) pela oportunidade de trazer à reflexão o tema mesmo sobre o bem jurídico, essencial em qualquer debate de Direito Penal²¹¹; e (ii) como uma perspectiva que acentua mais evidente a face da relação do âmbito privado com o direito de punir, ou seja, a da vítima.

O monopólio do direito de punir deve ser inequivocamente mantido com o Estado. Este é um avanço civilizatório que as sociedades precisam diligentemente defender. O que se pretende pontuar é que os mecanismos para prevenir a prática do crime, e eventualmente identificar rastros de seu cometimento, podem exigir a interação com o setor privado, em movimento oposto àquele que configurou as instituições responsáveis pela persecução penal como hoje as conhecemos.

4.3 O contexto jurídico-penal do *compliance*: o Direito Penal Econômico

A percepção de que os empreendedores da atividade econômica, no exercício de suas atribuições, também deveriam ser objeto de atenção do Direito Penal é tributária dos estudos de Edwin Hardin Sutherland (SUTHERLAND; CRESSEY, 1947, p. 1). A criminologia, para ele, é “o corpo de conhecimentos relacionados ao delito como fenômeno social” e que inclui no seu objeto não apenas o processo de produção legislativa, mas a violação da lei e a reação

manifestação real desta noção abstracta, é a realidade que se projecta a partir daquela idéia genérica e que é ameaçada ou lesada com prática da conduta típica.” (DIAS, 2010. p. 308).

²¹¹ A necessidade de definir o conceito material de crime e consequentemente os limites do Estado para exercer seu direito de punir pela criação de tipos penais é o campo fértil onde se estabelecem os debates sobre a teoria do bem jurídico. Para um apanhado sobre o tema, veja-se Gomes (2014, p. 110-114); Roxin (1997, p. 61-70); Dias (2012, p. 104-54); e Jakobs (2001).

correlata. Seu trabalho desenvolveu-se em oposição à Escola Positivista, que percebia o agente do delito como alguém anormal, com causas biológicas para seu comportamento anti-social e identifica, em resumo, a existência de um “homem delinqüente” (ANITUA, 2008, p. 297). Para Sutherland, o comportamento criminoso é aprendido a partir da interação com outras pessoas por processos de comunicação. A delinquência, na sua visão, advém de um ambiente favorável à violação à lei, que se sobrepõe às condições desfavoráveis. Esse é o cerne do princípio da associação diferencial e refere-se “tanto aos comportamentos criminosos, como aos não criminosos.” (SUTHERLAND; CRESSEY, 1947, p. 6).

A teoria de Edwin Sutherland deita raízes na sociologia psicológica de Gabriel Tarde. Opositor do modelo organicista e centrado na interação entre os indivíduos, Tarde desenvolveu seu estudo mais relevante na obra *As leis da imitação*, em que aponta que os indivíduos se imitam por proximidade; que aquele que se encontra em posição inferior tenderia a imitar o de maior hierarquia; e que, cronologicamente, os novos comportamentos substituem os antigos. A prática de delitos seguiria esta lógica²¹² e a teoria da associação diferencial de Sutherland teria seguido essa diretriz ao desenvolver os estudos sobre o que designou por crime de colarinho branco (hoje também designados por *corporate crimes*, *crime de caballheros*), definidos como aqueles cometidos “por pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade” (SUTHERLAND, 2015, p. 34). O giro copérnico estabelecido por sua análise propiciou a percepção de que a criminalidade não era algo privativo das classes menos favorecidas economicamente. Ainda, os danos causados pela criminalidade de alto escalão não estariam sendo adequadamente sopesados pela sociedade. Sutherland distinguiu os crimes de colarinho branco (*white collar crime*) da criminalidade comum ou de rua (*street crime*).

Como registra Guilherme Gouvêa de Figueiredo, o Direito Penal não prescinde de contribuições de disciplinas afins. A trilogia dogmática-criminologia-política criminal integra-se na perspectiva de uma “ciência conjunta” (FIGUEIREDO, 2015, p. 277-320). Desde que Von lizt primeiro concebeu essa ideia, não se estabeleceu um consenso sobre o *status* que caberia a cada um dos elementos dessa tríade (DIAS, 2010, p. 21). O Estado de Direito contemporâneo transcende o aspecto meramente formal. Jorge de Figueiredo Dias pontua que, materialmente, tem a pretensão de garantir os direitos e liberdades do indivíduo, bem como promover condições e ambiente para seu pleno desenvolvimento. A dogmática penal, assim, deve estar informada teleologicamente para o oferecimento de soluções de conflitos que promovam justiça. O “**pensamento do problema** se pode introduzir no (ou mesmo se sobrepor

²¹² Sobre o tema, veja-se Anitua (2008, p. 433-8) e Souza (2011, p. 105-41).

ao) **pensamento do sistema**, em geral dominante na dogmática jurídico-penal” (p. 27). Conclui o autor que política criminal e dogmática penal atuam em cooperação, intermediadas pela criminologia. Sem embargo da autonomia desses âmbitos, a dogmática não pode avançar sem atenção ao trabalho prévio de índole criminológica; a política criminal, por seu turno, é imprescindível para lançar luzes sobre o que é esperado da aplicação da lei, para fins de definição da pauta penal (p. 41).

A teoria de Sutherland é subjetivamente centrada, pois está focada nas razões de delinquir de integrantes das classes sociais altas no exercício da atividade profissional, diversamente de outros segmentos da criminologia que centram sua análise na funcionalidade do sistema repressivo e das instituições que o compõe.²¹³ A exposição da seletividade do sistema penal é feita, assim, sob o viés da leniência para com os crimes praticados pelos detentores do poder econômico.

O *compliance* criminal está especialmente relacionado à essa criminalidade. Nesse sentido, é relevante que sejam tecidas algumas considerações sobre o Direito Penal Econômico, que vem a ser objeto de mapeamento de risco normativo pelas empresas. Como menciona Carlos Martínez-Bujan Pérez, as expressões Direito Penal Econômico, da economia, socioeconômico, empresarial e outras análogas não se referem a um Direito Penal diverso, mas sim referido a um objeto de proteção específico (MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 77). Klaus Tiedemman anota que um conceito limitado de Direito Penal Econômico “abarca aquelas partes do direito penal que tutelam primordialmente o bem constituído pela ordem econômica estatal.” (TIEDEMANN, 1975, 471). Um sentido mais amplo, alcançaria as condutas que lesionam a fabricação, produção e divisão de bens econômicos (p.471).

O conceito não é unívoco e seu tratamento total ou relativamente autônomo também não é livre de dissenso. Feijoo Sanchez (2009) defende que as normas que configuram o Direito Penal Econômico têm a mesma natureza das demais normas penais e estão submetidas às mesmas categorias gerais da teoria do delito. Carlos Martínez-Bujan Pérez, por seu turno, menciona que os delitos econômicos compõem “uma família delitiva que oferece determinadas peculiaridades ou características que permitem individualizá-la” (MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 78, tradução nossa). Os delitos econômicos têm denominadores comuns que autorizariam, sob a perspectiva acadêmica, o estudo de algumas categorias sob a ótica de uma

²¹³ Não é objeto deste trabalho arrazoar as diversas correntes criminológicas existentes. Sobre o tema há extensa bibliografia. Remete-se a Anitua (2008); Baratta (1999); e Batista (2011).

teoria geral. No entanto, como expõe o autor, a efetiva autonomia desse ramo seria condicionada pelo direito positivo.

Bernardo Feijoo Sanchez reconhece um Direito Penal Econômico em sentido estrito relacionado aos delitos praticados no subsistema econômico e que, eventualmente, podem afetar bens jurídicos coletivos (SÁNCHEZ, 2008, p. 207-8). Para Ignacio Benítez Ortuzar, é o conjunto de figuras delitivas “que giram em torno da tutela da ordem econômica do Estado e das relações derivadas dos sistemas de produção, distribuição e acesso dos consumidores a bens e serviços (...)” (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2017, s.n.). Carlos Martínez-Bujan Pérez (2014, p. 100), no mesmo sentido, registra essa concepção dúplici do conceito para definir naquele mais abrangentes “infrações vulneradoras de bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico”. Engloba, assim, condutas e omissões que, a despeito de não atingirem diretamente a atividade reguladora do Estado na economia, afetam “interesses de amplos setores ou grupos de pessoas”.

O conceito amplo de Direito Penal Econômico permite considerar que alguns problemas e medidas a ele relacionados podem ser identificados ou aplicados no contexto desse rol mais alargado de crimes. Recente levantamento realizado por empresa de Consultoria de prevenção à lavagem de dinheiro identificou que no Brasil, entre as 714 mil empresas e pessoas ligadas a crimes financeiros e infrações antecedentes à lavagem de dinheiro, 281 mil são Pessoas Politicamente Expostas (PEPs)²¹⁴, equivale dizer, possuem algum grau de conexão com instituições públicas ou políticas. De acordo com o levantamento, em torno de 10% das PEPs estariam envolvidas com corrupção e peculato, sendo vereadores, deputados federais, estaduais e vice-prefeitos os cargos mais presentes na listagem. Especificamente no que concerne à operação Lava Jato, o estudo identificou 547 PEPs relacionadas aos crimes sob investigação ou processados. Neste universo, deputado federal é o cargo identificado com maior frequência, seguido de prefeito estadual e vereador.(RODAS, s.d.).

²¹⁴ A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) estabeleceu como Meta 1 de 2006 a regulamentação do rol de pessoas politicamente expostas, para cumprimento do quanto exposto no art. 52 da Convenção de Mérida e na Recomendação nº 6 do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Nesse sentido, foram editados normativos pelo Banco Central do Brasil (BACEN) (Circular 3.461/2009), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (Instrução 463/2008), Secretaria de Previdência Complementar (SPC) (SPC 18/2007) e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) (Resolução 16/2007). As definições são similares entre os normativos, mas não idênticas e relacionam-se, em geral, àqueles que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiras, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, como seus representantes, familiares e estreitos colaboradores. No caso de brasileiros, os normativos detalham os cargos e funções abrangidos, como detentores de mandato eletivo e Membros de Tribunais Superiores. Sobre a ENCCLA, veja-se Brasil (2017f).

A interconexão entre a criminalidade econômica de caráter privado nas empresas e os delitos contra a Administração Pública com repercussão patrimonial, como a corrupção e o peculato, desafia uma outra perspectiva na abordagem da questão criminal que supere essa dicotomia entre o crime praticado no ambiente público e privado, também quanto aos mecanismos de prevenção.

O nó górdio relacionado aos delitos econômicos, sob a perspectiva dogmática, está em definir se as categorias da teoria do delito como tradicionalmente consideradas aplicam-se às normas penais referidas à atividade econômica que afetam bens transindividuais. Equivale dizer, se há ou não autonomia, absoluta ou relativa, do Direito Penal Econômico em relação ao chamado Direito Penal clássico. Essa consideração tem relevância para o tema tratado neste estudo porque, como será explicitado mais adiante, o modo de estruturação dos tipos penais econômicos agrega algumas dificuldades no mapeamento do risco de realização das condutas que se pretende prevenir pelos programas de *compliance*.

Como expõe Ricardo Robles Planas (2015, p. 204), “se a teoria do delito é uma teoria dos pressupostos gerais a partir dos quais uma pessoa pode ser declarada responsável pela comissão de um fato que então se define como delito”, as partes deste sistema precisam decodificar os elementos desse fato. Segundo o autor, a potência da atividade dogmática reside exatamente em vincular os pressupostos gerais do delito ao fundamento de legitimidade da pena. A sistematização da dogmática, pois, pressupõe uma determinada concepção de legitimidade do Direito Penal. Daí se explica, em suas palavras, que não exista uma única teoria possível sobre a sistemática do Direito Penal, nem tampouco uma única forma de derivar de um fundamento de legitimação às categorias ou pressupostos do delito. Aqui se coloca a função criadora da dogmática.

A estabilização de determinados pressupostos, compartilhados por uma comunidade dogmática, faz surgir, também, sua função crítica perante o legislador e a jurisprudência. A existência de um método sistemático compartilhado e assentado, por outro turno, faz surgir o que se denomina de “proibição da negação”. Os enunciados dogmáticos não podem simplesmente ser rejeitados ou negados pelos aplicadores. É certo que esse princípio limita o jurista, mas não reduz sua função a mero reproduzidor de dogmas. O dissenso sobre uma determinada solução dogmática pressupõe um especial esforço argumentativo, ou seja, é necessário contribuir com melhores argumentos.

Os desafios apresentados para a tutela penal de bens referenciados à atividade econômica estão inseridos neste contexto. As categorias e instituições do sistema penal estão tradicionalmente estruturadas para a proteção de bens classicamente individuais. Os bens de

natureza transindividual passaram a ser objeto de atenção do Direito Penal e, por isso, tensionam as categorias com as quais tradicionalmente se trabalhava. A possibilidade de tutela penal de bens diferentes daqueles tradicionalmente tratados pelo Direito Penal clássico não é livre de resistências. A ideia de que o poder punitivo estaria se ampliando indevida e desnecessariamente está posta por diversos doutrinadores que deslegitimam o que seria um novo Direito Penal²¹⁵.

Assim, na perspectiva de que não é possível simplesmente negar as soluções dogmáticas tradicionais para estabelecer se uma pessoa pode ser declarada responsável pela comissão de um fato que se define como delito, mas também considerando que a dogmática tem um papel crítico que não interdita o debate e a reflexão e impõe o especial esforço argumentativo para adoção de novas soluções, citam-se alguns pontos de tensão estabelecidos pelo Direito Penal Econômico sobre a teoria do delito, mas sem avançar na questão, que está fora do objeto do presente estudo.

Um deles diz respeito ao modelo de proteção dos bens jurídicos selecionados. A estruturação de tipos de perigo abstrato suscita questionamentos acerca da existência de tipos sem conduta e sem bens jurídicos a proteger devidamente delimitados. Em consequência, haveria uma excessiva antecipação da barreira penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, decorrentes desse modelo de estruturação típica. A criminalização de infrações de dever estabelecidas em normas heterônomas tensionaria com o princípio da taxatividade. É certo que a complexidade e dinamismo da atividade econômica não recomenda o engessamento de determinados conceitos no próprio tipo penal, mas não se pode ignorar que a técnica de reenvio normativo incrementa a possibilidade de erro penalmente relevante, com reflexos, inclusive, na atuação preventiva eficaz. A imprecisão das normas penais em branco, exigidas neste cenário em decorrência da extrema tecnicidade de algumas questões, enseja, ainda, problemas de aplicação de lei no tempo. De todos, talvez o mais tormentoso seja aquele relacionado aos critérios para imputação de autoria de crimes praticados no âmbito das pessoas jurídicas.

Esses são apenas alguns dos pontos de tensionamento do Direito Penal Econômico na teoria do delito e que nos desafiam à reflexão em um mundo de constantes mudanças, numa sociedade que exige respostas, mas que igualmente não pode ignorar os postulados básicos das garantias cidadãos que estão delimitados, no caso brasileiro, no plano constitucional. Nesse

²¹⁵ Esse embate é descrito em detalhes por diversos autores e não constitui o foco do presente estudo. O cerne do debate é explicado com propriedade por Souza (2011); e Simões (2005).

cenário, a introdução de ferramentas que possam minimizar o risco de prática dessas condutas é relevante, pois também reduz, sob uma perspectiva *ex ante*, as pressões sobre o sistema jurídico que o cumprimento coercitivo demandaria.

Crimes como corrupção e peculato, praticados contra a Administração Pública, especialmente quando relacionados a práticas posteriores de lavagem de dinheiro, podem ser inseridos no conceito amplo de Direito Penal Econômico e, assim, integrar o espectro de mapeamento de riscos normativos referidos também à atividade empresarial. Não apresentam desafios da mesma ordem no campo da dogmática-penal, como aqueles que tutelam diretamente a atividade econômica do Estado. Porém, quando praticados em conexão com estes, e no contexto organizado, o cenário começa a se alterar. Ainda, se a prática das condutas típicas se desenvolve no âmbito de partidos políticos, que estão na zona intermediária entre a natureza privada de sua constituição e a função pública que desenvolvem, a complexidade se avulta. Juan M. Terradillos Basoco (2015, p. 23) pontua que a corrupção não é somente aquela que envolve as autoridades e agentes públicos em sentido estrito, mas pode englobar a corrupção política. Nesse sentido, “os partidos políticos podem assumir protagonismo de primeiro nível.” Os problemas de imputação de responsabilidade individual detectados no âmbito das organizações empresariais também podem ser identificados nas condutas praticadas sob o aparato do partido político em sua relação com o poder público e interface com o setor privado.

Sob a perspectiva do risco normativo, é certo que não se pode transpor para os partidos políticos, por sua função constitucional para a democracia, a mesma lógica construída pelas organizações empresariais. Assim, a questão para os partidos não deve ser a de simplesmente administrar sua imagem e afastá-la de práticas criminosas para resguardar sua competitividade, na mesma racionalidade da lógica empresarial. O cumprimento normativo no ambiente partidário deve ter pressupostos relacionados ao regime público de resguardo à moralidade pública, transparência e prestação de contas.

4.4 Orientação penal dos programas de *compliance*

O estabelecimento de padrões de ética e cumprimento normativo interno às organizações empresariais somente adquire relevância jurídico-penal quando envolve, evidentemente, a prevenção de crimes (SIEBER, 2013, p. 298). O dever de atuar conforme o Direito, assim como de abster-se de praticar condutas e incidir em omissões criminosas não advém, evidentemente, da existência de programas de *compliance*. O dever de atuação

responsável por parte de pessoas físicas ou jurídicas perante a comunidade emana do sistema jurídico, que a todos impõe sujeição. Thomas Rotsch acentua o aspecto relacional do *compliance*. Basicamente, estar em conformidade pressupõe um paradigma a ser observado. Se o objeto estiver exclusivamente em conformidade com o Direito positivo, o conceito de *compliance* não agregaria, a princípio, nada de novo. No entanto, ao se ampliar o objeto para regras e mandamentos de comportamento autoimpostos, ainda que desprovidos de “vinculação jurídica direta”, o cenário se altera (ROTSCH, 2015, p. 13-30). Outro aspecto destacado pelo autor diz respeito à natureza do Direito cujo cumprimento se pretende garantir pelos programas. Estes deveriam direcionar-se, no seu entender, aos mandatos normativos equívocos e não internalizados. Por essa razão, afirma, na Alemanha, o mercado de valores e o Direito Penal Econômico, em razão de suas complexidades, geraram em primeiro lugar a necessidade de assessoria profissional, o que teria impulsionado o *compliance*.

Adota-se, neste estudo, quanto ao ponto, uma posição diferente. Os programas de *compliance* devem estar orientados ao cumprimento de normas independentemente de sua complexidade ou pretensão grau de internalização por seus destinatários. Embora as medidas adotadas para prevenção devam ser adequadas ao maior ou menor grau de risco de descumprimento identificado, não é viável que um programa consistente passe ao largo de medidas preventivas relacionadas a questões tidas por elementares, para apenas se ocupar daquelas concebidas como complexas. Assim, tome-se, por exemplo, uma empresa responsável por sofisticados mecanismos potencialmente poluentes e sujeitos a diversas normas de segurança. Ainda que o programa de *compliance* esteja voltado, em tese, ao cumprimento das normas ambientais, eventual descuido com a área comercial pode ensejar a compra de insumos que comprometam o desempenho da empresa e joguem por terra todo o esforço concentrado na atividade fim.

O *compliance* criminal está orientado a prevenir omissões ou condutas criminosas que venham a acarretar responsabilidade penal para os envolvidos. Como explicita Thomas Rotsch, isso pressupõe a possibilidade de antecipar a relevância jurídico-penal de um certo comportamento, o que se mostraria especialmente problemático, embora não insuperável, no campo do Direito Penal Econômico, que seria pródigo em tipos penais flexíveis, com rasgos de indeterminação. Por essa razão, a análise *ex ante* do comportamento penalmente relevante seria dificultada pelos responsáveis pelo *compliance*, o que não se verificaria naquelas condutas relacionadas ao que designa por criminalidade comum, com suas fronteiras claras e bem delimitadas (ROTSCH, 2015, p. 5).

Consideradas as dificuldades relacionadas à prospecção do comportamento ilícito, o autor indaga se a conduta duvidosa deve ser evitada, especialmente se considerado o fato de que as práticas comerciais no âmbito empresarial cada vez mais ocorrem sob a jurisdição multinacional. A necessidade de precaução, nesse cenário, deveria ser incrementada. Não parece ser cabível uma resposta linear à indagação proposta. Esta há de variar na mesma medida em que serão diversos os sistemas jurídicos e atividades em que os sujeitos envolvidos estiverem inseridos. Sustenta-se, neste trabalho, que o modelo de autorregulação regulada é aquele que melhor se adéqua ao programa de *compliance* criminal. Para que este programa seja efetivo e não meramente de aparência, bem como para garantir segurança jurídica aos destinatários da norma, a regulação que advém do Poder Público deve estabelecer padrões mínimos de atuação, especialmente para o caso de operações suspeitas.

Rotsch aponta, ainda, uma outra dimensão do *compliance*. A mitigação dos riscos relacionados à responsabilização penal da pessoa física ou jurídica também abrangeria medidas pós-delito. O foco da empresa seria dirigido não apenas à prevenção do crime, mas especial e primariamente, à “aparência de uma conduta jurídico-penal ilícita” (ROTSCH, 2015, p. 8). O parecer honesto teria extrema relevância no ambiente concorrencial, e, assim, medidas direcionadas de abreviar ou mitigar processos criminais também teriam significado para os programas dessa natureza. Não haveria limitação, assim, à matéria preventiva, influenciando, também, a matéria repressiva. Conforme o autor, há aqueles que consideram que esse “aspecto repressivo tem sido decisivo no triunfo do *compliance* ao redor do mundo.” (p. 8).

A modulação do programa de *compliance* há de ser feita de acordo com a especificidade de cada empresa/atividade.²¹⁶ Não há aprioristicamente um procedimento detalhadamente definido que possa ajustar-se a toda e qualquer organização. Acresce a esse elemento que é preciso definir a orientação geral do programa, que será definida, também, pela existência, ou

²¹⁶ Ulrich Siber (2013, p. 298) indica os elementos estruturais que deveriam integrar um programa de *compliance* penal “definição e comunicação das finalidades e valores a serem observados pela empresa, análise dos riscos específicos correspondentes nas empresas assim como as determinações e as advertências dos preceitos a serem observados e do procedimento para as empresas e seus empregados; fundamentação da responsabilidade do plano de direção mais elevado em relação aos objetivos, valores e procedimento para evitar a criminalidade de empresa; determinação das responsabilidades em relação ao plano intermediário da direção com a criação de uma seção especializada na empresa (Seção *Compliance*), assim como o esclarecimento e capacitação dos empregados da empresa; criação de um sistema de informação para a descoberta e esclarecimento de delitos, especialmente para o controle interno pessoal e material, deveres de informação, ‘sistema de informante’ (*Hinweisgebersystem*) para a recepção de informações anônimas, determinação do canal de denúncias para casos suspeitos a serem esclarecidos (com inclusão da Seção de *Compliance* e também das autoridades estatais) e de adaptações em curso e desenvolvimento posterior dos programas de *compliance*; introdução de controladores externos e controles em relação aos elementos individuais dos programas de *compliance* e avaliação externa dos programas; estabelecimento de medidas sancionatórias internas em face de abusos; criação de estruturas efetivas de incentivo para realização e desenvolvimento posterior das medidas anteriormente mencionadas.”

não, de coparticipação do Estado no ramo de atividade a que se refere. Há programas em que o cumprimento será orientado pela implementação de mecanismos de vigilância e controle; outros em que o controle se dará exclusivamente pela afirmação de uma cultura interna de respeito à legalidade. Esses modelos corresponderiam a tipos ideais de programas de *compliance*. Como anota Adán Nieto Martín, no modelo com foco no fomento à cultura da legalidade há controles, mas esses são restritos àqueles usualmente existentes nas empresas (medidas contábeis, seleção de fornecedores e de pessoal, *due diligence*, etc). Está orientado a valores, e sua base é o código ético. Em outra perspectiva, no modelo de controle baseado em vigilância (cão de guarda), há medidas específicas voltadas ao cumprimento normativo e prevenção delitiva (vigilância por câmeras, rastreamento de mensagens eletrônicas e acessos à *internet*, entre outros) (MARTÍN NIETO, 2013, p. 33).

O autor apresenta algumas objeções ao modelo de vigilância, especialmente no marco das relações trabalhistas da Europa, pelo grau de invasão de privacidade que encerrariam. No seu entender, haveria grave afetação de direitos fundamentais como intimidade, proteção de dados e comunicações. Ressalva, no entanto, que tais procedimentos deveriam ser rejeitados como estratégia preventiva (*fishing*²¹⁷), sendo, no entanto, letígitimos sob o viés relativo a delitos já detectados. Ocorre que o contorno assumido pelo *compliance program* será definido pela maior ou menor incidência de regulação estatal na matéria a que se refere. A possibilidade de flexibilização de sigilo (de correspondência, bancário, fiscal), e conseqüente relativização do direito à privacidade, dependerá do regime jurídico no qual a atividade sob prevenção está inserida.

Não se deve perder de vista que, sob a ótica de política criminal, a adoção de programas de *compliance* na perspectiva de autorregulação regulada tem por norte incrementar as possibilidades de *enforcement* das normas jurídico-penais, evitando sua violação. É uma estratégia complementar aos tradicionais e exclusivos mecanismos de punição com aplicação de sanções pelo Estado. Nessa toada, faz sentido que os espaços que o Estado decida corregular

²¹⁷ O termo é associado a técnicas de investigação não direcionadas a fato ou informação específica. A metáfora remete a ideia de se jogar a rede ao mar para que algo indeterminado venha a ser encontrado. Exemplo europeu relacionado a *fishing expeditions* e ilustrativo do que se menciona. Em 2005 sete países europeus assinaram o Tratado de Prüm, que estabelecia o compartilhamento de material de DNA, impressões digitais e matrículas de veículos entre os Estados-partes com foco na prevenção da criminalidade organizada, terrorismo e imigração ilegal. Os termos do Tratado foram integrados na legislação europeia pelas Decisões Quadro 2008/615/JHA e 2008/616/JHA. Esta realidade tem suscitado questões relacionadas aos parâmetros de armazenamento e utilização dessas informações, especialmente quando referidas a pessoas que tiveram contato com o sistema de justiça criminal dos países membros, mas não foram condenadas por qualquer crime. A esse propósito veja-se Martins, Granja e Machado (2016). Cf. ainda Kierkegaard (2008).

sejam dotados de ferramentas aptas a conferir efetividade a esse fim. A eventual constrição de direito fundamental que advenha da implementação do programa, nessas circunstâncias, somente será legítima na medida em que tiver fundamento de validade na lei.

A orientação penal dos programas é reforçada nos sistemas jurídicos que reconhecem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas há também significado para a dimensão penal individual de diretores, empregados e gerentes. Do mesmo modo, ocorre quanto à responsabilidade administrativa das empresas (BACIGALUPO; HERMIDA, 2011, p. 11). No Brasil, o aspecto mais significativo dos programas de *compliance* criminal em sua relação com o sistema estatal, especificamente na perspectiva repressivo-penal, está no campo da imputação da responsabilidade individual, pois a responsabilidade penal das pessoas jurídicas limita-se, no direito infraconstitucional, aos crimes ambientais. É possível extrair, conforme expõe Ulrich Sieber (2013, p. 291-318) sobre o tema, que os programas de cumprimento em matéria criminal têm relevância sob duas vertentes: (i) delitos contra a empresa; e (ii) delitos da ou a partir da empresa.

Sob a perspectiva da responsabilização individual dos delitos contra a empresa, o programa de *compliance* pode delimitar os espaços de agir, bem como circunscrever os deveres de cuidado. Em organizações complexas, esses limites podem determinar a posição do garante, conferindo relevância penal para a omissão nos delitos dolosos, na forma do art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro. A possibilidade de imputação de responsabilidade acentuar-se-ia nas hipóteses em que a adoção de programa preventivo decorra de lei. Como registra Artur de Brito Gueiros, a fundamentação da omissão punível dos dirigentes se estabelece pela “situação de *non-compliance* e a imputação de autoria pela posição de garantidor” (SOUZA, 2016, p. 167). Questões relacionadas a decisões tomadas em abuso de confiança igualmente seriam influenciadas pela existência ou não do programa, na medida em que haveria maior clareza e elementos para delimitar os espaços de liberdade e atuação. Sob o viés dos crimes culposos, há, como anota Sieber (2013, p. 306-7), repercussão da fixação do dever de cuidado e do próprio conhecimento do tipo penal a ser evitado, pois o pressuposto da prevenção é o perigo a ser evitado.

Neste ponto, é preciso fazer uma especial referência à posição do *compliance officer*, órgão interno responsável por acompanhar o cumprimento das medidas que visam à observância normativa, sob a responsabilidade de um chefe de *compliance* (CCO, acrônimo da expressão inglesa *chief compliance officer*) (SILVA SANCHÉZ, 2013, p. 103). A existência do programa de *compliance* pode interagir com o sistema estatal, entre outros mecanismos, pela delimitação clara dos espaços permitidos de atuação e viabilizando, em tese, a melhor

individualização de condutas e responsabilidades para fins penais. O órgão delegado por acompanhar o cumprimento das medidas deve não apenas acompanhá-las, mas proceder correções quando identificados problemas. A questão que se coloca é quanto à relevância penal de suas condutas e omissões diante da prática de ilícitos, seja pela não comunicação de fatos às autoridades competentes, ou pela inobservância de suas recomendações por seus superiores hierárquicos.

Silva Sánchez sustenta que inexiste necessária responsabilidade penal pela infração de dever do *compliance officer*. Para que esta se caracterize, seria necessária uma conduta dolosa por parte de um membro da empresa, com igual atuação dolosa daquele agente delegado, ressalvada a hipótese de previsão de atuar culposo. No específico cenário do Direito espanhol, cenário de análise do autor, eventual conduta culposa poderia gerar responsabilidade penal para a pessoa jurídica em decorrência do agente insuficientemente vigiado. No Brasil, a imputação penal por delitos comissivos praticados por omissão e referentes à atuação no âmbito de programas de *compliance* foi debatida no bojo da Ação Penal 470 (BRASIL, 2013c), no julgamento de acusados do chamado núcleo financeiro e que seriam responsáveis pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, bem como pelas áreas de *compliance*, contabilidade, jurídica, operacional, comercial e tecnológica daquela instituição. O ex-diretor do Banco, que exercia a função de *compliance officer*, por exemplo, foi condenado a oito anos, nove meses e dez dias de reclusão, além de 230 dias-multa, no valor de dez salários mínimos cada dia-multa, em razão de informações omitidas em relatórios de *compliance* e relacionadas aos empréstimos fraudulentos concedidos pela instituição financeira.²¹⁸

No que concerne aos delitos a partir da empresa, o dever de evitar a prática de condutas ilícitas pelos subordinados e a consequente posição de garantidor dos dirigentes estabelecem um dever de vigilância sobre o qual a existência ou não de um programa de *compliance* gerará reflexos. Como expõe Dennis Bock, o fundamento jurídico-penal do *compliance* está na existência de “um dever jurídico a respeito de medidas possíveis, necessárias e exigíveis”. Este dever é proporcional à dimensão do perigo. Nesse sentido, o *compliance* criminal deve objetivar diminuir a dimensão do dano na eventualidade da ocorrência do fato típico (BOCK, 2013, p. 111). O autor pontua os perigos dos controles excessivos, que podem gerar paralisia e falta de efetividade da atividade empresarial, e defende que as medidas preventivas adotadas, ainda que não sejam suficientes para evitar a prática de ilícitos, possam ser vistas pelas autoridades como

²¹⁸ Sobre análise crítica acerca da condenação do *compliance officer* na Ação Penal 470 por crime comissivo por omissão, e questionamentos sobre o alcance da imputação nas hipóteses omissivas, veja-se Costa (2014).

suficientes para evitar a responsabilização criminal. Ressalta também que seria desejável a fixação de medidas predeterminadas pelo legislador.

Dennis Bock toca, ainda que reflexamente, em um problema significativo dos programas de *compliance* criminal e sua relação com a responsabilização penal pelo Estado, seja ela individual ou empresarial. Não se deve desprezar a possibilidade de captura dos programas pelas organizações que os adotem com o objetivo de iludir a responsabilidade criminal. Programas de aparência ou fachada podem, em tese, ser utilizados como mecanismos de “lavagem de crimes”. Utiliza-se a expressão entre aspas em analogia à lavagem de dinheiro, *nomen juris* do tipo penal de que trata o art. 1º da Lei nº 9.613/1998. Se a existência de programas de *compliance* nas organizações gera reflexos nos critérios práticos de imputação penal, é intuitivo considerar a possibilidade de que se estabeleçam mecanismos *pro forma* para mitigar a incidência da norma penal, quando detectadas determinadas condutas.

Outro viés de captura seria aquele apontado por Artur Gueiros Brito de Souza sobre a impossibilidade empírica de aferir-se a eficácia desses programas. Citando Brando L. Garret, Souza (2016, p. 172), pontua que um programa de *compliance* eficiente teria poder dissuasório sobre os responsáveis pela persecução criminal acerca da necessidade de atuação relativamente àquela organização; por outro turno, um programa deficiente abriria para a empresa a possibilidade de um acordo de leniência para adequá-lo. Nesse sentido, as infrações que ensejariam, ou não, a responsabilidade da empresa seriam indiferentes.

4.5 *Compliance* no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil as Leis de defesa da concorrência (Lei nº 12.259/2011), lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012) e a lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira (Lei nº 12.846/2013) incorporaram no ordenamento jurídico nacional “estratégias de deveres empresariais de fiscalização, autoinvestigação e incentivos de denúncias de infrações, com compromissos de cessação (...)” A esse rol deve-se acrescentar a Lei nº 13.506/2017 (Brasil, 2017a), que dispõe sobre o processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários (SOUZA, 2016, p. 105).

Cada uma das ferramentas contidas nesses instrumentos legais tem seus contornos específicos, mas todas baseiam-se na concepção de incentivo ao cumprimento normativo, ou

de retorno ao direito, pela cooperação da corporação que praticou uma atividade lesiva (atuação pós-fato) ou exerce atividade “arriscada” (atuação preventiva). Essa perspectiva vai ao encontro da concepção do *compliance* que se projeta também no campo repressivo.

A Lei nº 12.259/2011 – que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e disciplina o programa de leniência aplicável às pessoas físicas e jurídicas que efetivamente colaborem com investigações e processos administrativos – não contempla, propriamente, mecanismo de prevenção de riscos. Suas disposições de incentivo ao cumprimento normativo mediante cooperação com o poder público estão relacionadas à fase posterior à prática delitativa. A norma detalha o objeto da colaboração²¹⁹, os requisitos de adesão²²⁰ para pessoas físicas e jurídicas e a atribuição dos órgãos administrativos competentes para a celebração e acompanhamento dos acordos celebrados²²¹.

A colaboração dos agentes com o poder público abre flanco à eventual redução ou mesmo extinção da pretensão punitiva da Administração Pública. O integral cumprimento das condições acordadas por parte do agente colaborador gera reflexos, ainda, na esfera penal. Por força do art. 87 da Lei nº 12.529/2011, a celebração do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia com relação ao agente colaborador. O cumprimento do acordo, por seu turno, extingue automaticamente a punibilidade dos crimes que especifica.²²²

²¹⁹ “Art. 86 O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1(um) a 2/3 (dois terços da penalidade aplicável []) que dessa colaboração resulte: I- a identificação dos demais envolvidos na infração; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

²²⁰ “Art. 86. §1º. O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II – a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III – a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV – a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo”.

²²¹ “Art. 86. § 3º. O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4º. Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II – nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.”

²²² “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na [Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e os tipificados no [art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e

No campo estritamente penal, as Leis nºs 9.807/1999 e 12.850/2013, para citar as mais gerais, também disciplinam mecanismos premiais com o escopo de viabilizar a ação do Estado sobre atos ilícitos que de outra forma se manteriam inacessíveis à ação punitiva. As técnicas premiais de investigação envolvem muitos aspectos passíveis de análise. Cuida-se aqui de suscitar alguns pontos sobre os efeitos penais do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.529/2011, especialmente no que concerne à extinção da punibilidade penal pelo cumprimento do acordo administrativo. Há diversas situações nas quais o Direito positivo confere relevância jurídica ao comportamento do agente após a prática do crime. Na parte geral do Código Penal brasileiro, verificamos os institutos da desistência voluntária (art. 15), do arrependimento posterior (art. 16), da reparação do dano (art. 65, III, *b*) e da confissão (art. 65, III, *d*) como circunstâncias atenuantes. São todas situações nas quais haverá a redução, atenuação ou liberação de pena em decorrência da conduta do agente após o início dos atos de execução, ou mesmo da consumação do delito.

Essas são técnicas de encorajamento ao agente para abandonar o itinerário criminoso e estão diretamente associadas ao princípio da lesividade. O sistema penal, como regra, trabalha com a sanção como técnica dissuasória à prática das condutas proibidas. Iniciada a execução do crime, o sistema passa a operar na lógica da contenção de danos, oferecendo ao agente razões para parar ou retroceder. Em um primeiro momento, concebeu-se que o prêmio se justificaria exclusivamente por isso. Essa seria a *ratio* da teoria da ponte de ouro, relacionada tradicionalmente à desistência voluntária. Consoante afirma Von Litz, por considerações de política criminal, o agente que já iniciou o itinerário criminoso e ultrapassou atos preparatórios impunes pode ser beneficiado por uma causa extintiva de pena (LIZT, 2006, p. 342).

Contudo, hoje se concebe que o fundamento de validade do prêmio oferecido ao agente que repara o dano, desiste ou arrepende-se com eficácia está também na redução da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal inicialmente violada. Aqui estamos diante do arrependimento de natureza substantiva, na feliz expressão de Frederico Valdez Pereira, porque “estão em conexão direta com a ofensa típica, com o dano ou o perigo provocado.” (PEREIRA, 2014, p. 37).

O prêmio que advém do arrependimento processual, que é a colaboração, opera em outra lógica. Aqui se potencializa, primordialmente, a efetividade da implementação da técnica dissuasória clássica, que é a aplicação da sanção. Em outras palavras, uma vez praticado o

impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.”

crime, busca-se ampliar o acesso às informações que revelem todos os elementos envolvidos na empreitada criminoso. No caso do prêmio de natureza penal associado ao cumprimento do acordo de leniência, a colaboração encerra, também, um aspecto substantivo.

O cumprimento do acordo de leniência pressupõe que o agente tenha cessado a prática das condutas sob investigação e que, a princípio, também tem relevância penal. Contribui também para a desestruturação de associação criminoso ou atuação em coautoria cuja existência, por si só, é lesiva.

A punibilidade é classicamente restrita à teoria da pena e dissociada da teoria do delito. A adoção contemporânea dos institutos premiais é mais um elemento a evidenciar a necessidade, já anunciada, de maior aproximação entre esses campos de estudo. O juízo acerca da necessidade e conveniência político-criminal de aplicação da pena na hipótese de qualquer espécie de colaboração está intimamente relacionado à própria dimensão conferida ao fenômeno criminoso e sua configuração.

A Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013a), por seu turno, que disciplina a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional e estrangeira, conhecida como lei anticorrupção, também prevê programa de leniência em seu âmbito de incidência, embora não contemple efeitos penais para as pessoas físicas dirigentes (ou envolvidas nas) das empresas colaboradoras. No entanto, esse diploma legal avançou na previsão expressa de programas de *compliance*, conforme disposição contida no art. 7º, VIII. A existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica são elementos a serem considerados de forma cogente pela autoridade na aplicação das sanções de que trata a lei. Embora não haja previsão que determine a adoção de programas de integridade pelas empresas que contratam com a Administração Pública, ela confere relevância jurídica, para fins de dosimetria sancionatória, em favor das empresas que os tenham implementado de forma efetiva.

A lei anticorrupção foi editada no marco internacional da Convenção de Mérida²²³ e constitui-se em mais uma ferramenta de combate a práticas ilícitas contra a Administração Pública²²⁴. Dessa feita, a legislação volta-se contra os agentes corruptores, porém por meio do

²²³ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687 (BRASIL, 2006a).

²²⁴ A Lei 12.846/2011, associada à Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), de Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e Lei que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011), formaria o microsistema de combate à corrupção. Nesse sentido, cf. Cambi, Guaragni e Bertocini (2014). Anote-se, no entanto, que, se esses diplomas legais contemplam específicas disposições de caráter administrativo visando à

instrumento pelo qual se fazem mais potentes: as pessoas jurídicas. A perspectiva de que o Estado deve ter meios para trabalhar também nessa frente deve considerar o caráter sistêmico do problema da corrupção no Brasil. “Enraizada na formação oligárquica do Estado patrimonialista,” o país precisaria centrar esforços “na construção de instituições e cultura republicanas” para minimamente reverter o quadro presente (CAMBI; GUARAGNI; BERTONCINI, 2014).

A possibilidade de acordo na lei anticorrupção está vinculada a que a pessoa jurídica cesse a prática da infração objeto da investigação, com um evidente incentivo de imediato retorno ao Direito. Há, ainda, na hipótese de responsabilização, a previsão de aplicação de sanções pecuniárias no âmbito administrativo e outras de natureza mais grave na esfera judicial. Entre as sanções judicialmente aplicáveis estão a suspensão ou interdição parcial de suas atividades e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos (BRASIL, 2013a). Não há, contudo, a previsão de *self-cleaning*, com o escopo de buscar prevenir que aquelas empresas que tiveram graves sanções aplicadas não venham a reincidir. O compromisso assumido pelas empresas nos acordos de leniência refere-se às práticas passadas e não há imposição de qualquer medida de prevenção de recorrência. A medida de prevenção especial adicional existente está limitada a que o benefício legal somente pode ser fruído por vez única.

O conceito de *self-cleaning*, haurido do marco regulatório europeu, foi estabelecido por alguns países, como Alemanha e Áustria. Constitui-se na ideia de que um agente econômico possa reabilitar-se a partir da demonstração de que adotou medidas efetivas para assegurar que as infrações pelas quais foi punido não voltem a ocorrer. Há algumas medidas centrais que usualmente são adotadas: (i) esclarecimento dos fatos relevantes e das circunstâncias; (ii) reparação do dano; (iii) medidas relacionadas ao pessoal; e (iv) medidas estruturais e organizacionais. As medidas, para sua credibilidade, devem estar diretamente relacionadas aos fatos do caso sob referência (LORD, 2014, p. 124). A Medida Provisória nº 703/2015 alterou o art. 16 da Lei nº 12.846/2013 para acrescentar nos requisitos à celebração da leniência cláusula

prevenção e/ou punição de práticas corruptas contra a Administração Pública, não se pode ignorar a existência de outras ferramentas legais que indiretamente também têm por objetivo dificultar a prática de corrupção ou viabilizar a recuperação de ativos, como é o caso da lei de lavagem de dinheiro, além das disposições penais que especificamente tratam de condutas que atacam a Administração Pública.

específica de *self-cleaning*.²²⁵ No entanto, não houve a conversão em lei, vigorando atualmente a redação original do dispositivo legal, sem tal previsão.

A Lei nº 9.613/1998, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, estabeleceu típica hipótese de autorregulação regulada em matéria de *compliance* criminal, como definida no presente estudo. O poder público impôs legalmente às pessoas que exercem atividades que considerou passíveis de serem instrumentalizadas para a lavagem de bens e capitais obrigações de monitoramento e comunicação às autoridades públicas de atividades suspeitas. O delito de lavagem de bens e capitais é assim definido no art. 1º da Lei nº 9.613/1998: ocultar, dissimular a natureza, origem localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos, ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. A expressão lavagem de dinheiro restou consolidada no meio jurídico e consta da exposição de motivos da lei, porque consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*).²²⁶

Em sua redação original, o tipo penal relacionava, em oito incisos, os crimes antecedentes que poderiam produzir recursos passíveis de caracterizar a lavagem. A alteração introduzida pela Lei nº 12.683/2012 eliminou o rol de crimes antecedentes, incluindo a legislação brasileira entre aquelas consideradas de terceira geração, entre os modelos legislativos sobre a matéria. As leis de primeira geração estavam diretamente relacionadas ao contexto da Convenção de Viena (BRASIL, 1991) e tinham por escopo o combate ao tráfico de drogas. Por essa razão, a lavagem de recursos provenientes desse delito foi inicialmente objeto de criminalização. As leis denominadas de segunda geração alargaram o rol de crimes antecedentes, porém mantendo uma lista fechada. Assim era a redação original da Lei nº 9.613/1998, embora contivesse cláusula de abertura para abranger tipos penais praticados por organizações criminosas (BADARÓ, 2013). A esse propósito, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não rejeitam a possibilidade de apenamento sob esse último fundamento, em razão de atipicidade por fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.850/2013, que tipificou o crime de organização criminosas.²²⁷

²²⁵ “Art. 16 (...) IV – O comprometimento da pessoa jurídica de implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade. Vigência encerrada pelo Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 2016.”

²²⁶Exposição de Motivos. Disponível em: Brasil, COAF (1998).

²²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC nº 69.338, Jorge Mussi, 5º Turma, 21 de março de 2017; AgRg no HC 396.270, Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, 9 de maio de 2017; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 121.835AgR, Celso de Mello, 2ª Turma, 13 de outubro de 2015.

O descumprimento das medidas legais de monitoramento e comunicação enseja sanções de natureza administrativa, nos termos do art. 12 daquela lei. Não há, como regra, disposição específica que garanta o retorno ao direito dos entes obrigados que descumpram a norma, nem tampouco a existência do programa de *compliance* oferece mitigação expressa à sanção administrativa. A teleologia da norma, portanto, é criar mecanismos que impeçam ou dificultem a instrumentalização daqueles entes para a prática do ilícito e os tornem agentes de colaboração compulsória com o poder público. É de se notar, contudo, que eventual omissão ou participação dolosa dos obrigados a colaborar poderá, em tese, ser passível de punição a título de participação ou coautoria na lavagem. Tal hipótese não é inviável, a despeito de não decorrer diretamente do dever de colaboração, sob pena de incidir-se em responsabilização objetiva, que é incompatível com o Direito Penal.

Estabelecida essa possibilidade, o agente seria elegível ao benefício de que trata o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/1998, que prevê redução de pena ao agente colaborador. Equivale dizer, aquele que inicialmente já tinha o dever de prestar informações ao poder público e viabilizar a prática da lavagem por terceiro, por ação ou omissão dolosa, poderia ser beneficiado por retornar ao direito na fase pós-delito. Embora o benefício premial não esteja diretamente inserido nos dispositivos relacionados ao dever de *compliance*, a lei em seu conjunto, reforça, de forma coerente, a perspectiva do cumprimento normativo em detrimento da mera sanção retributiva.

Esse quadro foi parcialmente, e ainda não em definitivo, alterado pela edição da Lei nº 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários. Nos termos do art. 11, a autarquia poderá, com vistas a atender o interesse público, deixar de instaurar ou suspender processo administrativo em fase precedente à decisão de primeira instância, que vise à apuração de infração de normas cujo cumprimento esteja sob sua atribuição. Há seção específica sobre penalidades aplicáveis às instituições supervisionadas pelo Bacen e aos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro e mantém, quanto a infrações da lei de lavagem de dinheiro, as disposições especiais da Lei nº 9.613/1998. Há, também, a previsão de acordo de leniência (art. 30). Ambos se estendem às hipóteses de processos administrativos relacionados à lei de lavagem.

Tramita no STF ação direta de inconstitucionalidade, pendente de julgamento, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro em 4 de julho de 2017, direcionada contra a Medida Provisória nº 784/2017, que precedeu a edição da Lei nº 13.506/2017. No ponto de interesse, o autor argui inconstitucionalidade material relativamente aos arts. 14, 15 e 31, que contemplavam a

possibilidade de sigilo nos acordos de leniência, o que violaria princípios da Administração Pública como eficiência, moralidade e transparência (BRASIL, 2017n). Houve a renumeração dos dispositivos com a edição da lei, e a previsão de sigilo consta, agora, no art. 13. Não há notícia de aditamento à petição inicial na mencionada ação direta. O termo de compromisso, de que agora trata o art. 11 da lei, aproxima-se da categoria do *self-cleaning* (LORD, 2014), pois são estabelecidos mecanismos de cessão de prática infracional e compromisso de correção, com correspondente sanção para eventual descumprimento.

Do que se expôs, extrai-se que os programas de *compliance* no modelo de autorregulação regulada no Brasil não se voltam exclusivamente para a atividade econômica em sentido estrito. A legislação que cuida das infrações à concorrência é, por natureza, direcionada ao setor privado, mas tanto a legislação anticorrupção, quanto aquela relacionada à lavagem de dinheiro trazem, em maior ou menor grau, direta ou reflexamente, a proteção da coisa pública na interação entre o sistema público e privado.

5 COMPLIANCE PENAL NOS PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEIROS

5.1 O sistema brasileiro de responsabilização dos partidos políticos

A despeito da autonomia constitucionalmente assegurada, os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado submetidas a rígida disciplina legal quanto à sua criação, funcionamento e aspectos da gestão financeira (BATINI; RÉ, 2016). Sem embargo, não há simetria no tratamento legislativo relacionado à responsabilização desses entes (BRASIL, 2002, art. 44, § 3º). “Partidos são constantemente fiscalizados e controlados, mas raramente responsabilizados pelos seus desacertos” (BATINI; RÉ, 2016). Considerada sua função na estrutura e dinâmica da democracia representativa brasileira, estão sob o constante controle da Justiça Eleitoral, “perante a qual devem submeter seus estatutos e respectivas alterações, inclusive de ordem programática” (BATINI; RÉ, 2016). Segundo as autoras, teria duplo fundamento: (i) em razão da função pública que desempenham detentores do monopólio da disputa eleitoral; e (ii) pelo acesso a recursos públicos do fundo partidário e pelo uso de cotas de rádio e televisão. As autoras concluem que, a despeito do contínuo controle, não há o correlato sistema de responsabilização. Aquele que existe é incipiente e com baixa pretensão de efetividade. Avaliou-se no capítulo próprio a possibilidade, de *lege ferenda*, de adotar-se política criminal que reconheça capacidade penal aos partidos políticos. De *lege lata*, no entanto, tem-se no Brasil um frágil sistema de sanções de natureza administrativa, a partir do qual serão feitas as reflexões que se seguem.

A possibilidade de existência jurídica das agremiações políticas é estritamente regulada pela lei. Na forma da Lei dos Partidos Políticos, a aquisição de personalidade jurídica por meio do Registro Civil das pessoas jurídicas pressupõe a observância de requisitos específicos, tais como a subscrição do requerimento por um número mínimo de fundadores, com distribuição espacial determinada entre os domicílios eleitorais, por Estados (BRASIL, 1995a, art. 8). Esse registro, no entanto, não é suficiente para que o partido esteja apto a participar do processo eleitoral, ter acesso ao Fundo Partidário, bem como para garantir a exclusividade da sigla, denominação e símbolos. Essa funcionalidade plena depende do registro no Superior Tribunal Eleitoral, o qual, por seu turno, está condicionado à comprovação do apoio mínimo de meio por cento dos votos dados na última eleição geral, excluídos os brancos e nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com o mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um (art. 7º, *caput* e parágrafos).

A regra do apoio mínimo, como estabelecida, visa a garantir a expressão nacional dos partidos. José Jairo Gomes (2017) pontua que essa exigência está relacionada historicamente à reação às oligarquias estaduais, especialmente aquelas associadas ao eixo da designada “política café-com-leite”. Os Partidos Republicano Paulista (PRP) e Republicano Mineiro (PRM) expressavam o domínio das oligarquias produtoras de café, de São Paulo, e de leite e derivados, de Minas Gerais, sobre o governo federal (p. 112). A dissociação entre representações localmente referenciadas e a implementação de democracia representativa também são anotadas por Rogério Schmitt (2000), ao registrar que foi na Terceira República (1945-1964), sob a égide da Constituição Federal de 1946, que se verificou a primeira experiência com a democracia representativa no Brasil. Conforme o autor, em nenhum momento da história precedente se havia registrado a combinação duradoura entre “sufrágio universal e eleições competitivas, isto é, alternância de poder” (p. 11), mesmo considerando-se a restrição, à época, do voto dos analfabetos e a proscrição do partido comunista. É dessa época a Lei Agamenon (BRASIL, 1945), código eleitoral provisório destinado a regulamentar as eleições presidenciais e a Assembleia Constituinte, e que instituiu “na legislação brasileira a exigência de organização em bases nacionais para os partidos políticos pelo Tribunal Superior Eleitoral.” (SCHMITT, 2000, p. 12).

Assim, o legislador estabeleceu um sistema de liberdade regulada, em que a autonomia funcional dos partidos políticos é parametrizada para atender ao interesse do regime democrático e à autenticidade do sistema representativo, como consta na vigente Lei dos Partidos Políticos. Como registram Mônica Campos de Ré e Silvana Batini, no campo da prestação de contas é que o sistema de controle se sobressai, pois todas as arrecadações e gastos do partido precisam ser submetidos à fiscalização da Justiça Eleitoral.

Observa-se que a dinâmica de controle sobre as finanças se estabelece não só pelo dever de o partido se submeter à fiscalização (BRASIL, 1995c, art. 35), mas, também, pelo de prestar contas ativamente (art. 32). Por força de comando constitucional²²⁸, os partidos políticos estão sujeitos à prestação das chamadas contas partidárias e eleitorais à Justiça Eleitoral. Assim, todas as despesas e receitas estão submetidas a controle judicial, sejam aquelas relacionadas à manutenção ordinária da pessoa jurídica na consecução de seus objetivos, sejam as especificamente vinculadas à campanha eleitoral.²²⁹ A Lei nº 9.096/1995 dispõe sobre as

²²⁸ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...) III – prestação de contas à Justiça Eleitoral.” (BRASIL, 1995c)

²²⁹ Sobre prestação de contas eleitorais, veja-se Schilikmann (2016); Peleja Júnior (2016); e Lima (2016).

finanças e contabilidade dos partidos e fixa as fontes de custeio vedadas e o conteúdo dos balanços.²³⁰ No que concerne às campanhas eleitorais, impõe a designação de dirigentes partidários específicos para movimentar os recursos correspondentes, a obrigatoriedade de escrituração da entrada e saída de dinheiro e bens recebidos e aplicados, bem como o dever de prestar contas ao final da campanha, com o recolhimento dos saldos à tesouraria do partido (BRASIL, 1995c, arts. 33 e 34). A Lei nº 9.504/2007, designada como Lei das Eleições, trata de forma mais específica da prestação das contas relacionadas às campanhas eleitorais.

Como já mencionado, as relações estabelecidas para a captação de recursos são o ponto poroso pelo qual a atividade criminosa se introduz nesse meio. O financiamento da atividade política pode ser utilizado como mecanismo dos grupos criminosos que pretendam angariar proteção para suas atividades ilícitas, ainda que não relacionadas diretamente com o poder público. Ainda, esse meio pode ser veículo para trocas ilegítimas que propiciem a dilapidação da coisa pública. As relações não republicanas que se estabelecem no âmbito do presidencialismo de coalizão brasileiro têm seus mecanismos de troca implementados, entre outras vias, pelo sistema de financiamento de campanhas. A legislação eleitoral brasileira contém um sistema de responsabilização administrativa para pessoas físicas e para os partidos políticos pelo descumprimento de normas relacionadas à prestação de contas e financiamento. A responsabilização penal é restrita às pessoas físicas. A legislação eleitoral tem sido objeto de sucessivas alterações, algumas visando a incrementar o controle e transparência na utilização de recursos pelos partidos políticos e candidatos a mandatos eletivos.²³¹ Sem embargo, observa-se, como o estudo de casos revelou, que ainda assim não tem sido viável estabelecer uma blindagem suficiente do sistema competitivo contra atuações ilícitas. Adota-se aqui como conceito de suficiência um sistema que ao menos restrinja as práticas corruptas a episódios isolados, afastando o caráter sistêmico que tem sido observado. Passa-se a, resumidamente, descrever o sistema de responsabilização em vigor.

²³⁰ A matéria também é tratada por Resoluções do Superior Tribunal Eleitoral, instrumento pelo qual exerce seu poder regulamentar, nos termos do art. 23, IX e XVIII da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965; art. 105 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995; e 105 da Lei nº 9.504, de 12 de novembro de 1997. Sobre o poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral e eventual exercício de poder normativo, confira-se Macedo e Soares ([s.d.]) Ainda sobre a função normativa da Justiça Eleitoral, veja-se Gomes (2017, p. 82)

²³¹ Como noticia Márcia Pelegrini, a prestação de contas eleitorais remonta à Lei nº 4.740/1965, que em seu art. 58, VI, estabelecia sua obrigatoriedade por parte de partidos e candidatos. De notar que o a lei referenciada também impunha o controle das contas partidárias (art. 58, III). Prossegue a autora registrando que, até 1993, o controle pela Justiça Eleitoral pelas contas de campanha era indireto e tinha por função principal conferir publicidade aos resultados das análises contábeis feitas pelos próprios partidos. Esse cenário alterou-se após o episódio do *impeachment* do agora ex-Presidente Fernando Collor de Mello. Com o advento da Lei nº 8.713/1993, o exame das contas passou a ser realizado diretamente pela Justiça Eleitoral. A propósito, veja-se em Pelegrini (2016).

5.1.2 Responsabilização administrativa dos partidos

No que respeita à responsabilização administrativa dos partidos políticos, a Lei nº 9.096/1995 estabelece “um quadro de sanções muito tímido para os partidos que se desviam de seus estatutos ou desbordam dos limites da lei” (BATINI; RÉ, 2016,)²³². Com efeito, ainda com apoio na análise de Mônica Campos de Ré e Silvana Batini, constata-se que o contraste entre as sanções normativamente idealizadas e os problemas concretamente verificados indica que o conjunto repressivo, no âmbito administrativo, não corresponde às situações que ordinariamente ocorrem e demandam tratamento. Especificamente no que se refere ao controle de finanças, objeto de atenção neste tópico, a sanção mais grave corresponde ao cancelamento do registro civil e do estatuto do partido nos casos em que (i) tenha recebido ou esteja recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira; (ii) esteja subordinado a entidade ou governo estrangeiro; e (iii) não tenha prestado contas à Justiça Eleitoral (BRASIL, 1995c, art. 28).

Ao dispor especificamente sobre a prestação de contas, a Lei nº 9.096/1995 relaciona as fontes vedadas: (a) entidade ou governo estrangeiro; (b) autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações do Fundo Partidário; (c) autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas por lei para as quais concorram recursos públicos; e (d) entidade de classe ou sindical (BRASIL, 1995c, art. 31). Caso o partido não esclareça ou mencione a origem de recursos recebidos, incide a sanção de suspensão do recebimento das cotas do Fundo Partidário, até que as informações pertinentes sejam aceitas pela Justiça Eleitoral. O recebimento de valores de fonte vedada enseja a suspensão de um ano na participação do Fundo, aumentando-se o prazo para dois anos nas hipóteses de recebimento de doações que ultrapassem o limite legal (art. 36). Os comandos legais sobre a matéria são equívocos, como pontuam as autoras, pois de acordo com o art. 37 da Lei dos Partidos Políticos, com a redação conferida pela Lei nº 13.165/2015, a desaprovação das contas do partido implicará, exclusivamente, na devolução da importância irregular, acrescida de multa de até 20%. Equivale dizer que, em razão da antinomia entre os dispositivos, as hipóteses de financiamento irregular ou mesmo de fonte vedada ensejariam, para o partido político, a sanção única de não fruir do benefício ilícito e pagar uma prestação pecuniária correspondente, que deve ser descontada do Fundo Partidário.

²³² O documento é eletrônico e não possui paginação.

Cabe destacar que, conforme determinação da lei, o desconto da sanção é suspenso no segundo semestre do ano em que se realizarem as eleições (BRASIL, 1995c, art. 37). É concedida, portanto, verdadeira moratória legal ao partido político, minimizando-se, assim, os efeitos da restrição dos repasses no período de disputa. Há uma parcial neutralização do efeito sancionador, sob o aspecto financeiro. Não bastasse esse fato, a desaprovação das contas do partido não enseja sanção alguma que o impeça de participar do pleito eleitoral (art. 31, § 5º). Tal estrutura vai de encontro à lógica de punir aquele que buscou reforçar indevidamente seu caixa, gerando, por conseguinte, desequilíbrio na disputa, ou mesmo valendo-se de recursos oriundos de práticas criminosas.

Marcia Pelegrini pontua que o Fundo Partidário constitui, desde muito tempo, uma fonte significativa de recursos para as agremiações. Assim, a interdição a cotas do Fundo como sanção representava um importante elemento motivador para que os partidos mantivessem suas contas regulares (PELEGRINI, 2016, p. 8). Em reforço de seu argumento, anota decisão do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2016f) que negou aplicação retroativa à sanção mais benigna prevista no art. 37 da Lei nº 9.504/1997, sob o fundamento de que, em matéria eleitoral, o objetivo da penalidade é inibir a prática do ato, razão pela qual a aplicação da norma mais benéfica fragilizaria a “higidez ética e moral das eleições e, por fim, afrontaria o princípio da isonomia” (PELEGRINI, 2016, p. 5). Pode-se afirmar que esse entendimento converge com a ideia de que a penalidade estabelecida é um incentivo à conformidade legal. Nesse sentido, aqueles que procederam segundo as regras postas devem ter a seu favor a incidência da restrição financeira a seu concorrente que atuou em sentido contrário. A sanção, em um ambiente de competição, tem um duplo vetor: pune o violador da norma e garante o ambiente de competição justa para aquele que a cumpre. A mitigação desse mecanismo, o que se avalia ter ocorrido com as regras introduzidas pela minirreforma política introduzida pela Lei nº 13.165/2015, representou um desestímulo ao cumprimento normativo, com as consequências correlatas ao ambiente da competição saudável.

No que concerne às campanhas eleitorais, a Lei das Eleições (BRASIL, 1997a) estabelece que a prestação de contas dos candidatos, tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, é de sua responsabilidade. A responsabilidade dos partidos e coligações está adstrita aos recursos oriundos do Fundo Partidário, daqueles recebidos em seu nome, assim como dos gastos por si realizados. Para esse fim, deve indicar dirigente partidário com essa específica finalidade, como já mencionado. Nos termos dos arts. 19 e 20 da Lei das Eleições, em sua redação original, os partidos eram obrigados a constituir comitês financeiros para captação e aplicação de recursos para as campanhas eleitorais. A administração financeira da

campanha era, então, feita pelo candidato ou pessoa por ele designada, com recursos repassados pelo comitê, inclusive aqueles oriundos da cota do Fundo Partidário. Com a alteração do art. 20 e revogação do art. 19 pela Lei nº 13.165/2016, os comitês financeiros, como entidades jurídicas, foram extintos. A responsabilidade pela veracidade das informações repassadas nas prestações de contas é solidária entre o candidato e a pessoa por ele designada, nos termos do art. 21 da lei. Remanesce a responsabilidade solidária entre partidos e candidatos relacionada à propaganda eleitoral, nos termos do art. 241 do Código Eleitoral.²³³

Em termos de sanções, a Lei das Eleições fixa, no art. 25, a interdição ao Fundo Partidário pelas entidades que descumprirem as normas referentes à arrecadação, sem prejuízo, por certo, da responsabilização do candidato por abuso de poder econômico (BRASIL, 1997a). Na sequência, o parágrafo único do mesmo artigo insere regra de ponderação para incidência da penalidade, bem como prazo prescricional.²³⁴ O art. 29, § 2º, dispõe sobre a inobservância do prazo de submissão das contas do candidato à Justiça Eleitoral, estabelecendo esse dever como condição resolutive para a diplomação. A lei autoriza que o partido assumira débitos de campanha do candidato, que, em tese, poderiam ensejar a rejeição de suas contas (§§ 3º e 4º do art. 29). Como pontua José Jairo Gomes (2017, p. 457), o Tribunal Superior Eleitoral houve por bem interpretar sistematicamente as normas eleitorais, especialmente considerada a possibilidade de fraude imanente ao procedimento de assunção de dívida abstratamente considerado. A Corte afirmou que, mesmo nesses casos, o limite de doações previsto no art. 23, § 1º, da Lei das Eleições deve ser observado (BRASIL, 2015g). Com efeito, como registra o autor, caso se entendesse de forma diversa, um doador poderia ultrapassar seus limites de doação, bastando para tanto que realizasse doação ao partido, que ao final assumiria dívidas de seus candidatos (2017, p. 457). Busca-se aumentar a eficiência do controle, também, pela determinação de conta bancária específica para movimentação dos recursos de campanha, tanto pelo candidato, como pelo partido. A só inobservância dessa disposição implica na desaprovação das contas, com a conseqüente punição de cancelamento de candidatura ou cassação de diploma, caso comprovado o abuso de poder econômico (art. 22, *caput* e § 3º).

²³³ “Art. 241. Toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos. Parágrafo único. A solidariedade prevista neste artigo é restrita aos candidatos e aos respectivos partidos, não alcançando outros partidos, mesmo quando integrantes de uma mesma coligação.” (BRASIL, 1965).

²³⁴ “Art. 25 (...) Parágrafo único. A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas do candidato, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação.” (BRASIL, 1997).

A captação e a aplicação ilícita de recursos de campanha podem ser objeto de representação por qualquer partido político ou coligação perante a Justiça Eleitoral, nos termos do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. Em sua redação original, o dispositivo não estabelecia prazo para a representação, o que foi introduzido pela Lei nº 12.034/2009 (BRASIL, 2009a). Walber de Moura Agra (2011, p. 203) menciona que esse mecanismo de impugnação foi introduzido “diante do clamor da sociedade por instrumentos jurídicos que pudessem atacar os problemas de ‘caixa dois’ de campanha”. A pertinência do prazo decadencial estabelecido suscita controvérsias. O autor registra ainda que a norma objetivou criar um mecanismo de impugnação com amplitude temporal, que permitisse a diplomação ou cassação do candidato eleito. A restrição legal estabelece um ônus de diligência adicional para os atores do processo eleitoral que pretendam contribuir na fiscalização mútua da regularidade econômico-financeira da campanha. A despeito de vozes dissonantes na doutrina sobre a conveniência e utilidade do prazo²³⁵, o autor ressalta a inconveniência de um fato jurídico ser passível de impugnação por prazo indeterminado, especialmente quando relacionado à soberania do voto. Para o que se pretende argumentar no ponto, o que se extrai de relevante no dispositivo é que, apurada a captação e ou a aplicação ilícita de recursos, a consequência jurídica incide sobre o candidato e não sobre o partido.

Extraí-se dessa exposição que as sanções mais severas pelo descumprimento de normas relacionadas à captação de recursos são direcionadas ao candidato, ficando a pessoa jurídica, partido político, em segundo plano. O art. 96, § 11, da Lei nº 9.504/2007 ressalva a responsabilização do partido por atos do candidato, mesmo na hipótese de ter sido beneficiado. Apenas a comprovada participação do ente coletivo autoriza a incidência de sanções à pessoa física. O que se busca pontuar é que o sistema de responsabilização administrativa do partido político não está centrado em afastar da concorrência legítima aquela associação que reforça seu caixa com recursos ilegais. Há uma extensa normativa sobre as finanças do partido, mas sua inobservância não é acompanhada de consequências na mesma proporção da gravidade das condutas que podem desequilibrar a concorrência transparente. Extraem-se da legislação eleitoral medidas de ataque a práticas ilícitas e, ao mesmo tempo, de quase neutralização dessas mesmas medidas ante a sua suavização.

²³⁵ Agra (2011, p. 204) cita as posições de Joel Cândido. Menciona que o dispositivo seria em si inútil, à luz do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades), que fixa mecanismo análogo. Na sequência refere-se ao entendimento de João Fernando Carvalho, para quem o instrumento previsto no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 apenas repetiria outros já existentes na legislação.

O partido político busca o poder, e a sanção aplicada ao candidato, ou pelo cancelamento da candidatura ou pela cassação do mandato já conquistado, certamente implica em atingir o ente coletivo também. Mas isso não obscurece o fato de que o partido, como ente juridicamente personalizado, segue preservado de maiores incômodos pelas irregularidades praticadas em seu benefício. Essa constatação remete-se às considerações de Wolfgang Naucke acerca da dúvida sobre a possibilidade de os detentores do poder econômico submeterem-se, sem forte resistência, ao Direito Penal (NAUCKE, 2015, p. 37). Estabelecendo-se paralelo no raciocínio, não é possível ignorar as dificuldades de fixação de controles quando o destinatário da norma é também seu produtor. Se o detentor de poder econômico busca mecanismos para não se submeter ao poder punitivo em igualdade de condições com os demais membros da sociedade, o mesmo se pode verificar, talvez até com maior intensidade, no que concerne ao detentor do poder político.

Em ilustração ao que se afirma, merece registro o Projeto de Lei nº 4.424/2016, que tramita na Câmara dos Deputados visando a alterar dispositivos da Lei nº 9.096/1995. O projeto contém dispositivo que expressamente veda a aplicação de qualquer sanção ao partido político pela “desaprovação de contas partidárias, omissão ou contas julgadas como não prestadas” (BRASIL, 2016a). De acordo com a justificativa apresentada, a alteração legislativa foi proposta com o escopo de neutralizar a Resolução nº 23.465/2015, do Tribunal Superior Eleitoral²³⁶, que teria usurpado prerrogativas legislativas e estabelecido sanções ao partido não previstas em lei, com violação da autonomia conferida aos partidos pela Constituição Federal. O objetivo da lei a ser aprovada seria eliminar a possibilidade de suspensão do registro do órgão partidário, assim como a obrigatoriedade de os partidos terem órgãos definitivos, com exclusão de órgãos provisórios com vigência indeterminada. Na primeira sessão deliberativa de 2017, a Câmara dos Deputados aprovou urgência²³⁷ para apreciação do PL nº 4.424/2016, no entanto a reação negativa ao projeto teria, em um primeiro momento, postergado a votação da matéria. A questão dos órgãos provisórios ficou superada pela edição da Emenda Constitucional nº 97/2017, que expressamente conferiu aos partidos autonomia para sua formação e duração. Há

²³⁶ O artigo 39 da Resolução TSE 23.465/15 cujo expurgo era visado pelo PL 4.424/2016 deveria originalmente ter entrado em vigor na data de publicação da Resolução. A *vacatio legis* desse específico artigo foi prorrogada em duas oportunidades, pelas Resoluções TSE nº 23.471/2016 e nº 23.511/2017, esta última fixando a entrada em vigor para o dia 3 de agosto de 2017.

²³⁷ Brasil (1989a): “Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.”

o significado intrínseco na alteração de resposta legislativa a uma restrição imposta pela Justiça Eleitoral, assim como da medida em si, que tende a ampliar o poder da cúpula dos partidos. Eventual intervenção em órgãos inferiores pode, em tese, estender-se por períodos extensos. Tal conformação parece ir de encontro à maior democratização das agremiações políticas.

Na mesma diretriz deve-se registrar a alteração do art. 28, § 12, da Lei nº 9.504/1997 pela Lei nº 13.165/2015, que estabelecia a desnecessidade de individualização dos doadores na prestação de contas dos candidatos e de partidos, quando estes transferissem valores àqueles, oriundos de doações. A alteração legislativa torna mais opaca o sistema de financiamento das campanhas eleitorais. A publicidade da informação não pode reduzir-se ao *quantum* doado e à aplicação dos recursos. O universo de doadores e sua relação com os beneficiários é essencial à dinâmica democrática, tornando visíveis aqueles que estão influenciando economicamente a corrida eleitoral. O dispositivo legal está assim posto:

§ 12 Os valores transferidos pelos partidos políticos oriundos de doações serão registrados na prestação de contas dos candidatos como transferência dos partidos e, na prestação de contas dos partidos, como transferência aos candidatos, sem individualização dos doadores. (BRASIL, 1997b.)

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 2015c) contra o referido dispositivo, e o Supremo Tribunal Federal deferiu, por unanimidade, medida cautelar para suspender, até o julgamento final da ação, a expressão “sem individualização de doadores”. Na oportunidade, a Corte reconheceu tríplice função na transparência sobre os financiadores das campanhas eleitorais. Consta da ementa do acórdão:

(...) 2. O esclarecimento público da realidade do financiamento de campanhas (a) qualifica o exercício da cidadania, permitindo uma decisão de voto melhor informada; (b) capacita a sociedade civil, inclusive os partidos e candidatos que concorrem entre si, a cooperar com as instâncias estatais na verificação da legitimidade do processo eleitoral, fortalecendo o controle social sobre a atividade político-partidária; e (c) propicia o aperfeiçoamento da própria política legislativa de combate à corrupção eleitoral, ajudando a denunciar as fragilidades do modelo e a inspirar propostas de correção futuras (...)” (BRASIL, 2015c.).

Movimento semelhante pode ser identificado na inclusão do § 7º no art. 11 da Lei das Eleições²³⁸ pela Lei nº 12.034/2009 (BRASIL, 2009a), que restringiu o conceito de quitação eleitoral, para fins de registro de candidaturas pelos partidos e coligações. A redação original

²³⁸ “Artigo 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...) VI – certidão de quitação eleitoral; (...) § 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral.” (BRASIL, 1997).

do artigo não contemplava a definição de conteúdo da certidão de quitação eleitoral. Considerado o dever legal de prestar contas, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução TSE nº 21.833/2004 (BRASIL, 2004b), que, alterando o art. 57 da Resolução TSE nº 21.609/2004, estabeleceu que a não apresentação de contas de campanha impediria a emissão do documento. Como destaca Denise Goulart Schilikimann (2016, p. 641), a leitura do dispositivo pelo Tribunal, em sua redação original, conferia interpretação sistemática à legislação e se apresentava como importante instrumento para a eficácia da prestação de contas. No mesmo sentido anotam Elaine Harzheim Macedo e Rafael Morgental Soares ([s.d.], p. 24), para quem o objetivo evidente era garantir que os candidatos nas Eleições de 2004 quitassem seus débitos para com a Justiça Eleitoral e, ainda, moralizar o pleito, impedindo que inadimplentes para com os cofres públicos por infrações à legislação eleitoral, assim como inertes na prestação de contas fossem declarados quites e aptos a concorrer. A Lei nº 12.034/2009, além de dispensar a aprovação das contas para emissão da certidão, como já mencionado, também permitiu que o parcelamento do débito existente franqueasse a certidão de regularidade.

Independentemente da decisão de mérito que vier a ser proferida na ADI 5.394²³⁹, ou mesmo das questões que envolvem a chamada sanção política como meio indireto de cobrança, o que se extrai de relevante dos exemplos mencionados para o argumento proposto é a movimentação do poder político para aumentar o perímetro de imunidade dos partidos sob alegação de preservar sua autonomia constitucional²⁴⁰. A garantia, no entanto, é invocada com um sinal invertido, pois a preservação do espaço de atuação dessas associações, como intermediárias da atuação política dos cidadãos, não confronta com o dever de prestar contas, de transparência ou com a necessária responsabilização por condutas ilícitas. Não se pode ignorar, é certo, um ponto de fricção entre autonomia e controle, mas que deve ser administrado em termos de coexistência e não de exclusão desses elementos. Equivale dizer, a pretensão de autonomia não pode conduzir a um sistema de completa irresponsabilidade.

²³⁹ De acordo com o último andamento processual disponível no sistema de acompanhamento processual do Supremo Tribunal Federal, o novo Relator a quem foi distribuído o feito após o precoce falecimento do Ministro Teori Zavascki, Ministro Alexandre de Moraes, pediu dia para julgamento por despacho proferido em 6.9.2017, com inclusão em pauta publicada em 14.9.2017. Disponível em: Brasil, STF ([s.d.]).

²⁴⁰ A autonomia constitucional dos partidos é invocada na justificativa do PL 4.424/2016, como já mencionado. O mesmo fundamento foi suscitado pelo Congresso Nacional ao prestar informações nos autos da ADI 5.394, sob a rubrica da liberdade partidária de definir o destino dos recursos recebidos em doação. A justificativa do PL 4.424/2016 está disponível em Brasil (2016a). Os argumentos deduzidos pelas partes na ADI 5.394 estão relatados no acórdão de referência, disponível em Brasil (2015c).

5.2 Os partidos políticos e a autorregulação regulada

Os programas de *compliance* foram concebidos no contexto empresarial e inserem-se no âmbito mais amplo da governança corporativa. As atividades empresariais afetam, muitas vezes, não apenas aqueles que lhe são diretamente vinculados, como acionistas, dirigentes e trabalhadores, mas também diversos setores da sociedade nacional e internacional que demandam participação em seus processos decisórios (MAROTO CALATAYUD, 2015c)²⁴¹. Ademais, a partir da cisão entre propriedade e governança corporativa, em que os sócios ou cotistas não necessariamente participam do corpo diretivo da empresa, mostrou-se necessária a adoção de mecanismos que tornem mais democráticas e transparentes as relações entre os *stakeholders* e os *corporate management* (DE CARVALHO, 2002). Indaga-se se seria viável a transposição dessa lógica para os partidos políticos, que, a despeito dos seus contornos privados, têm as peculiaridades já expostas. Como explicitado em tópico próprio, os partidos situam-se numa zona intermediária entre o público e privado. Manuel Maroto Calatayud pontua o quanto essa dicotomia vem perdendo sentido, especialmente à vista de instituições privadas que exercem funções públicas e vice-versa, identificando-se situações em que ambas atuam em campos quase impossíveis de se catalogar a partir desse parâmetro binário (MAROTO CALATAYUD, 2015c). Os partidos políticos são organizações que se encontram no marco da autorregulação regulada. Embora detenham autonomia de nível constitucional, acoplam-se ao sistema jurídico a partir de regulamentação rigorosa de diversos aspectos de seu funcionamento. A despeito da deferência conferida em razão das funções que desempenham, estão sujeitos a diversos controles externos, conforme já mencionado. Maroto Calatayud, referindo-se ao sistema espanhol – que no ponto tem o mesmo desenho do brasileiro –, observa que as semelhanças entre partidos e empresas são inúmeras, especialmente ante o que denomina de “*ciudadanización*” destas últimas, e que os partidos majoritários são a expressão daquilo “que os críticos da autorregulação temem que as grandes empresas podem se converter: gigantescos focos de poder político submetidos a engrenagens de controle democrático anêmicas”.

O autor menciona que, no início do século XIX, as empresas passavam por um processo de transformação e deixavam de ter um caráter quase público, orientado à construção de infraestrutura, estradas, pontes, para direcionar-se mais acentuadamente ao interesse de seus acionistas. Os partidos políticos, por um lado, pareciam caminhar no sinal invertido, sendo

²⁴¹ O livro no formato eletrônico não possui paginação.

percebidos, cada vez mais, como entidades ligadas ao Estado. Atualmente, essa dissonância não estaria presente, na medida em que, diante da profissionalização das agremiações políticas, “alguns autores em ciência política falam de um modelo de partido empresa, que favorece a desideologização, os débeis vínculos eleitorais, a centralização de poder nas elites do partido e a profissionalização da organização” (MAROTO CALATAYUD, 2015c). Nessa lógica, a governança direcionada ao cumprimento normativo e à prevenção de crimes poderia ser um mecanismo de legitimação. Por outro lado, os partidos políticos seriam um exemplo significativo do fenômeno da captura regulatória, definida como a capacidade de evasão de controles (tradução nossa). A peculiar situação de que são organizações que praticamente legislam sobre si tenderia a mitigar a possibilidade de controle. Como indicado no tópico precedente, no Brasil alterações legislativas que reafirmam espaços de autonomia partidária têm um viés de ampliação do campo de imunidade dessas pessoas jurídicas. Isso reforça a noção de que a constitucionalização de “corporações autorreguladas como fontes de direito” crie condições para que possam evadir-se da intervenção pública, “a ponto de anular os mecanismos de controle externo.” (MAROTO CALATAYUD, 2015c).

Em uma linha similar a de diversos autores que advogam por uma transição até a “regulação procedimental”, o caso dos partidos aponta a necessidade de um desenho regulatório que assegure o correto funcionamento da atividade interna, que respeite a autonomia da organização mas garanta tanto a prestação democrática de contas como o interesse coletivo (tradução nossa.).

A importância de preservar uma entidade que é definida constitucionalmente como essencial ao funcionamento democrático indica que o equilíbrio entre autonomia/interesse público, no caso dos partidos, deve se dar no marco da autorregulação regulada. Não parece viável, no Brasil, que seja usurpada dos partidos a possibilidade de definir seus arranjos internos, sob a perspectiva organizacional, e ter sua esfera essencial de autonomia preservada. Ainda que se tenha uma percepção não idealizada de seu funcionamento, não se pode deles prescindir. Não porque sejam um fim em si, mas porque devem ser expressão do direito de organização política dos indivíduos. A autorregulação regulada parece, assim, pertinente e adequada como parâmetro primeiro de absorção dessas entidades no sistema normativo.

A despeito das reservas à autorregulação pontuadas, Maroto Calatayud menciona que, no atual estágio do governo corporativo, as empresas têm conseguido angariar maior legitimidade do que os partidos, imersos em longa tradição de descrédito e corrupção. Mais uma vez, quanto a este último ponto, a análise do autor acerca da realidade espanhola parece encontrar tradução na brasileira. Por essa razão, as agremiações políticas estariam voltando seu olhar para as mesmas técnicas de autorregulação visando a melhor gerir sua legitimidade, com

a adesão a códigos éticos, iniciativas direcionadas à transparência ou mesmo o recurso a compromissos sociais externos à organização (MAROTO CALATAYUD, 2015c). Esses mecanismos seriam, assim, ferramentas úteis a incrementar a abalada legitimidade das agremiações políticas.

No Brasil, o advento da Emenda Constitucional nº 97/2017, citado no tópico anterior, ampliou o espaço de autonomia dos partidos. Além da prerrogativa de definir sua estrutura interna, como já constava do texto precedente, foi-lhes assegurada autonomia para estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios. Assim, estaria interdito ao legislador infraconstitucional, em tese, estabelecer padrões mínimos de democracia interna ou, no que mais interessa a este estudo, fixar comandos para o trato dos recursos públicos recebidos pela entidade. A prevalecer uma interpretação que dê caráter mais absoluto a esse dispositivo, é possível que a legitimidade de cada partido político venha a tornar-se dependente das técnicas de autorregulação para uma gestão que se mostre transparente e democrática.

O cumprimento de determinadas normas com orientação à função pública por organizações privadas instala zona de atrito entre a autonomia da organização e a proteção de interesses gerais (MAROTO CALATAYUD, 2015d). No caso dos partidos, “a tendência regulatória mais clara ao asseguramento de que seu comportamento e decisões respondam a fins de ‘interesse geral’ se dá com o estabelecimento de mecanismos de financiamento público” (MAROTO CALATAYUD, 2015c). Esse modelo teria por objetivo, idealmente, mitigar a influência do poder econômico nos rumos das agremiações, buscando-se, assim, uma atuação mais voltada aos interesses dos filiados e eleitores. O financiamento privado, no entanto, não sairia de cena por completo e seria empregado para legitimar o discurso da participação da cidadania na sustentação financeira dos partidos, o que abriria flanco, também, para “justificar a entrada no jogo político de novos cidadãos corporativos” (MAROTO CALATAYUD, 2015c), que atuam pelo *lobbying*, que é de difícil controle público.

No Brasil, a legislação atualmente em vigor limita a participação privada às doações de pessoas físicas e amplia a parcela do financiamento público, nos termos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) (BRASIL, 2017i), que se agrega ao já existente Fundo Especial de Assistência aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), cuja composição está fixada no art. 38 da Lei nº 9.096/1995. O acesso mais amplo a recursos do erário reforça a concepção de que a gestão interna desses entes precisa estar voltada à prevenção de condutas criminosas em seus espaços de organização. O *compliance* penal parece situar-se, assim, no ponto de interseção entre autorregulação e regulação. O dever de os partidos orientarem-se nesse sentido

poderia ser extraído de uma decorrência lógica de que estejam acordes com o regime democrático. Seria irracional conceber um partido estruturalmente antidemocrático e que se organizasse em desacordo com os valores da República. A transparência, licitude na atuação e trato de recursos públicos, assim como a submissão a controles são elementos que deveriam estar espelhados nas agremiações políticas.

Os múltiplos fatores que incidem negativamente sobre a atividade política não deveriam embaçar a noção de que a gestão interna dos partidos também deveria representar um fator importante nesse cenário. A capacidade de potencializar a legitimidade do seu *locus* no espaço social por uma gestão voltada à transparência, democracia interna e cumprimento normativo não está dissociada do seu dever de prestação de contas, este situado no espaço da regulação. Sustenta-se que os limites do espaço de regulação no Brasil podem abranger a imposição de programa de *compliance penal*, que venha a reforçar, de forma colaborativa, os sistemas de controle externo já existentes.

Embora a cisão entre público e privado se faça muito tênue no que concerne aos partidos políticos, algumas considerações sobre o *compliance* público podem ser adequadas para auxiliar na reflexão sobre o modelo mais adequado aos partidos políticos.

5.3 Os partidos políticos como zona de interseção entre o público e o privado: o *compliance penal* e seus limites

Adán Nieto Martín registra que um dos motores dos programas privados foi o combate à corrupção, o qual deita raízes no *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977²⁴², editado nos Estados Unidos da América no mesmo período do *Ethics in Government Act*, lançado na esteira do notório escândalo *Watergate*.²⁴³ A concepção de programas de cumprimento normativo

²⁴² O ato, na forma como emendado pelo ato 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. ("FCPA"), tornou ilegal que certos agentes públicos efetuassem pagamentos a pessoas e entidades estrangeiras com o fim de realizar negócios. As alterações de 1998 estenderam a aplicabilidade da norma a empresas e pessoas estrangeiras que venham a dar causa, direta ou indiretamente, a pagamentos de suborno no território americano. Ainda, as empresas que operem seus valores mobiliários nos Estados Unidos da América estão sujeitas a uma série de obrigações relacionadas à transparência e fidelidade de seus registros.

²⁴³ O escândalo de *Watergate* levantou questões acerca do problema de quem seria o responsável por guardar o guardião. Não só a invasão da sede do Comitê do Partido Democrata no edifício *Watergate*, mas também a tentativa de interferência do Poder Executivo nas investigações abalaram a confiança da sociedade americana nos sistemas de controle. Como é sabido, o Presidente Richard Nixon demitiu o promotor especial que investigava o caso após este, cujo cargo criado possuía uma espécie de estabilidade, notificou-o a apresentar gravações realizadas no salão Oval da Casa Branca. Impossibilitado de demiti-lo legalmente, pressionou o Procurador-Geral e o Vice-Procurador Geral a fazê-lo. Ambos preferiram demitir-se a cumprir a ordem, tendo o Presidente nomeado o Advogado-Geral no cargo para que sua vontade fosse realizada. Os eventos não

direcionados a evitar práticas ilícitas tem-se espalhado entre grandes empresas, movimento que não se verificaria, na percepção do autor, em igual intensidade nas organizações públicas. Avalia que a assimetria entre as medidas exigidas para as organizações privadas e públicas decorre dos diferentes níveis de pressão que têm sido impostos por organismos internacionais e governos. No plano interno dos países, as empresas seriam estimuladas a construir programas dessa natureza com vistas a mitigar os riscos de responsabilização penal (MARTÍN NIETO, 2014), sobretudo naqueles ordenamentos jurídicos em que há essa previsão. Assim, por exemplo, aponta o paradigma da legislação inglesa, *Bribery Act* de 2010, relativamente à corrupção.²⁴⁴ No âmbito internacional, cita mecanismos extrapenais que mobilizam as organizações empresariais nesse sentido, como a lista de empresas e indivíduos inelegíveis para receber benefícios do Banco Mundial por violação das políticas de fraude e corrupção daquela instituição²⁴⁵. Além disso, as normas relacionadas ao direito societário e o próprio funcionamento do mercado conduziram à gestão direcionada à prevenção delitiva. O setor público, por seu turno, não estaria submetido a idênticos elementos de pressão para tornar efetivas medidas previstas em instrumentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Remonta à década de 70 do século passado a noção da ética pública como mecanismo de controle adicional de ilícitos na Administração Pública. A imprescindibilidade de um código de conduta que norteie a atuação dos agentes públicos é considerada essencial no contexto de uma política direcionada à contenção de práticas criminosas. O foco exclusivo na regulação não seria suficiente e, também no setor público, mecanismos internos de prevenção deveriam ser agregados para esse fim:

Não é que, por hipótese, a partir deste enfoque, não seja manifesta a necessidade de contar com uma infraestrutura ética, dotada de controles externos à própria organização, como por exemplo um poder judicial independente, imprensa livre,

bloquearam a investigação nem o fim do mandato antes de seu termo, por renúncia. A partir de recomendações especiais da Associação de Advogados e do relatório final da investigação, foi editado o *Ethics in Government Act*, de 1978. O objetivo da lei é promover e preservar a integridade de agentes públicos e instituições, por meio de uma série de medidas, como a transparência financeira dos agentes. Nos anos 80, houve reformas na legislação, também capitaneadas por escândalos políticos, dessa vez no Congresso. O *Ethics Reform Act* de 1989 centrou-se em regras de viagem, recebimento de presentes e padrões salariais e conflitos de interesses. Sobre o ato original e as reformas introduzidas, veja-se Bryce, Gibson e Rush (1991).

²⁴⁴ “7. Falha de uma organização de prevenir suborno. 1. Uma organização comercial relevante (C) é culpada de uma ofensa sob esta seção se uma pessoa (A) associada com C suborna outra pessoa com a intenção de - (a) obter ou manter um negócio para C, ou (b) obter ou reter uma vantagem na condução dos negócios para C. 2. Porém é uma defesa para C provar que C adotou procedimentos adequados para prevenir que pessoas associadas a C adotem tais condutas. (...)”. Tradução livre. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

²⁴⁵ Sobre o sistema de apuração e alista, cf. WORLD BANK (2017).

legislação administrativa ou penal adequada (Villoria, 2000,p.153 ss), simplesmente se insiste que estes instrumentos por si só não resultam suficientes. (MARTÍN NIETO, 2014, p. 21).

Os códigos de conduta apresentar-se-iam como uma das medidas de autorregulação a serem adotadas, pois são centrais na criação de um ambiente direcionado ao cumprimento normativo no âmbito das organizações. Essa prática, inclusive, convergiria com a que é adotada pela quase totalidade das instituições internacionais (MARTÍN NIETO, 2014, p. 21). Os códigos funcionariam, assim, como fator de neutralização à absorção de uma cultura de desobediência à lei, fundada na teoria da associação diferencial de que trata Sutherland e Cressey (1947). Seu objetivo é deixar evidente os valores da organização, que devem revelar a cultura a ser “aprendida” por seus membros. Uma objeção apresentada a esses instrumentos é sua generalidade, ao que Adán Nieto Martín contrapõe que esses devem adaptar-se às especificidades de cada organização, com o máximo de detalhamento dos comportamentos devidos em cada atividade (NIETO MARTÍN, 2014, p. 22).

O autor, em seguida, sustenta a necessidade de criação de mecanismos que incentivem também o setor público a adotar programas preventivos. A mera previsão legal sobre a existência de tais programas não seria suficiente para que os envolvidos se empenhassem em aplicá-los e melhorá-los. “Faz falta estabelecer sanções que incentivem os dirigentes de uma organização a melhorar sua autorregulação” (NIETO MARTÍN, 2014, p. 20, tradução nossa). Na sua compreensão, dois deveriam ser os caminhos a adotar: a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de direito público em algumas situações; e a criação de um tipo penal direcionado ao responsável máximo de cada entidade administrativa que viesse a punir com a pena de inabilitação aquele dirigente que se omite na adoção das medidas necessárias à prevenção de práticas corruptas. Relativamente à responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público, preconiza como sanção a publicação de sentenças condenatórias e a intervenção judicial, direcionada exclusivamente a implantar o programa omitido, sem qualquer interferência em sua autonomia política (p. 38).

O diagnóstico que Adán Nieto Martín faz em relação ao setor público parece ter alguma correlação com a realidade dos partidos políticos. A necessidade de que as agremiações políticas se pautem por padrões éticos e acordes com o Direito não demanda maiores digressões. A ausência de incentivos para a implantação de programas de *compliance* também pode encontrar eco nesse cenário como descrição. A verdade é que não existe sistema capaz de neutralizar completamente a situação do guardião sem vigilância. Para isso, apenas o fortalecimento das relações democráticas que se estabelecem entre os cidadãos e as instituições e destes entre si parece ser um antídoto eficaz a longo prazo. A demanda por legitimidade e a

adoção de práticas que a fortaleçam requerem o *input* por parte da sociedade na qual essas organizações políticas estão inseridas.

A radicalidade dos incentivos propostos por Martín Nieto pode causar um primeiro estranhamento, o qual, no entanto, não resiste a um olhar mais detido sobre instrumentos de natureza cível tão ou mais invasivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A Administração Pública pode ter sua esfera de autonomia “visitada” por outras forças por meio de controles que se exercem pelas ações civis públicas (BRASIL, 1985) e de improbidade administrativa. Mesmo a carga simbólica que o Direito Penal carrega também se faz presente no caso da ação de improbidade, a despeito de sua natureza cível. Eventual condenação nesta esfera pode acarretar para o agente público, inclusive, a inelegibilidade (BRASIL, 2010), que de ordinário, em termos judiciais, era apenas uma decorrência de condenações penais. A questão que se coloca, portanto, não parece ser tanto sobre o grau de intrusão dos instrumentos destinados a incrementar a implantação de programas preventivos. O debate, relativamente à Administração Pública, deveria colocar-se em (i) se estes programas são necessários; e, (ii) em caso positivo, quais os mecanismos de *enforcement*²⁴⁶ a serem eleitos. Soa intuitivo que o setor público deve pautar-se por padrões de atuação éticos, codificados, e que sua observância deve ser minimamente monitorada com vistas a prevenir o assalto ao erário. A possibilidade de estabelecer comandos legais dessa ordem para a Administração Pública também parece não envolver maiores problemas.

A autonomia com a qual os partidos políticos são constitucionalmente dotados, corolário natural da liberdade e do pluralismo político que devem ser democraticamente preservados, não é incompatível com a possibilidade de serem chamados a colaborar com o poder público no incremento do cumprimento de normas. A disponibilização de recursos públicos para esses entes autoriza o controle de suas finanças pelo Estado, o que, no caso brasileiro, se traduz no dever de prestar contas previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 17, II). Ainda, a relação da atividade político-partidária com a Administração Pública pode ser considerada mais um fundamento para atrair a *ratio* que legitima o *compliance* penal do setor público para o âmbito partidário. A partir dessa lógica, apresenta-se a questão sobre se o ordenamento jurídico deveria impor a adoção do *compliance* ou, em outro viés, apenas conferir relevância e significado para aqueles que o adotem em processos sancionatórios penais ou administrativos.

²⁴⁶ Utiliza-se a expressão inglesa correspondente a cumprimento porque embute um sentido mais amplo de coercibilidade.

Neste ponto é interessante fazer referência à opção político-criminal adotada pela Espanha, que fixou a adoção do *compliance* para os partidos em caráter cogente. Com a alteração de sua lei de partidos políticos pela *Ley Orgánica 3/2015*, estabeleceu “que os partidos políticos deverão adotar em suas normas internas um sistema de prevenção de condutas contrárias ao ordenamento jurídico e de supervisão” (ESPANHA, 2015), direcionado à aplicação do art. 31 bis do Código Penal, que, como já enunciado no capítulo 4, trata da responsabilidade penal dessas pessoas jurídicas. Em simetria com a inovação legislativa, o financiamento ilegal de partidos foi introduzido como tipo penal autônomo.

Ao tratar dessas disposições, quando ainda tramitavam como projetos de lei, Adán Nieto Martín e Maroto Calatayud vislumbravam com ceticismo a eficiência desse comando. Em um primeiro plano, anotavam a ausência de determinação idêntica para outras pessoas jurídicas, na medida em que, para estas, a responsabilidade penal funciona apenas como incentivo à adoção dos programas. A previsão desse tipo de responsabilidade para os partidos, por seu turno, era vista com reservas pelos autores, porque a previsão de multas, como principal sanção, em um sistema financiado primordialmente por recursos públicos, não parecia fazer sentido. As demais penas, como interdição e dissolução, deveriam ser aplicáveis com extrema cautela. Por isso, consideravam que o legislador deveria ter previsto um rol diferenciado de punições, mais eficientes e menos lesivas à liberdade ideológica e associativa. O rol sugerido inclui: (a) a publicidade de financiamento ilegal, adicional à publicidade da sentença; (b) a curatela da intervenção, com a participação dos setores afetados, com o fim de corrigir os defeitos da organização que conduziram ao financiamento ilegal; (c) o estabelecimento de um sistema de suspensão condicional do processo, para que os dirigentes comprovassem a superação da cultura que conduziu à prática reprovável, com uma reabilitação ao final do período. A implementação de *compliance* nos partidos, no entanto, pressuporia, necessariamente, o incremento de sua democracia interna e incentivo da cultura de legalidade, sob pena de caracterizar-se como puramente aparente ou meio de fuga à responsabilidade (MARTÍN NIETO; MAROTO CALATAYUD, 2014, p. 13).

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é, de *lege lata*, restrita aos crimes ambientais, como já explanado. Sustenta-se, no presente estudo, que a adoção de responsabilidade penal para os partidos políticos, ainda que de *lege ferenda*, embute riscos à liberdade política, o que demanda que eventual opção nesse sentido, no futuro, esteja acompanhada de salvaguardas. A intervenção normativa no funcionamento dos partidos políticos carrega potencialmente o risco de invasão, ainda que reflexa, na esfera de liberdade dos indivíduos em sua dimensão político-associativa. Quando as intervenções, em qualquer

campo, têm natureza penal, isso implica, ainda, em um deslocamento no equilíbrio de forças entre os Poderes, por conta da primazia da jurisdição nessa matéria. A decisão de estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, assim, tornar os partidos mais aderentes ao *compliance* embute, portanto, o risco de colocar o Judiciário no campo de intercessão entre o jurídico e o político. Esse é um elemento que não deve ser desconsiderado, muito embora, como defendido no capítulo 4, seja compatível com a previsão de responsabilidade penal para esses entes no tocante às atividades de gestão.

A Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção) é aplicável a pessoas jurídicas de direito privado em geral pela prática de atos contra a Administração Pública. Não há comando vinculante que determina a criação de programa de *compliance* nas empresas, mas tão somente de vetor positivo para a dosimetria da sanção aplicável para aquelas que o tiverem. Os partidos políticos, em razão de sua natureza jurídica, estariam, a princípio, submetidos às suas disposições. Observa-se, no entanto, que o sistema de sanções nela contido não se mostra compatível com aqueles entes, que ademais são regidos por disposições a si especialmente orientadas. A eventual possibilidade de sua dissolução compulsória ou suspensão de atividades em procedimento à margem da competência absoluta da Justiça Eleitoral não parece compatível com a normativa que vigora relativamente aos partidos. No entanto, esse marco legal sinaliza vetor que pode ser aplicado a eventual regulamentação específica para os partidos, o incentivo à cultura organizacional aderente ao Direito pela mitigação de sanções em processos sancionatórios.

Um limite real ao *compliance* penal nos partidos políticos brasileiros hoje é de ordem pragmática. A fragilidade do sistema sancionatório a que estão expostos e a ausência de risco à responsabilização penal vão de encontro a qualquer preocupação mais consistente que se estrutura nesse sentido. O risco para os partidos hoje estaria muito mais no plano da reprovabilidade ético-moral do que propriamente normativa. No entanto, o fato de membros de seu corpo verem-se pessoalmente envolvidos em questões criminais resvala, de forma importante, em sua imagem. Vale registrar as notórias notícias acerca do movimento de alguns partidos para as eleições de 2018 no sentido de alterar sua denominação, com vistas a desvincular sua imagem de eventos negativos relacionados a processos criminais.

Outro aspecto deve ser considerado – a eventual exposição da pessoa jurídica do partido político a ações de improbidade. Exemplo do que se menciona é aquela proposta pelo Ministério Público Federal com atuação em Curitiba em face de um partido político e seus dirigentes, tendo por objeto os atos de improbidade administrativa relacionados a fatos apurados na Operação Lava Jato, que teriam sido praticados por agentes e partidos políticos em conluio

com dirigentes da Petrobras. O pedido veiculado na inicial é de reparação do dano causado ao erário da Petrobras, no qual estaria incluído o enriquecimento ilícito direto ou proporcionado a terceiros; multa civil de três vezes o valor do enriquecimento ilícito apurado ao final da instrução; e pedido subsidiário de aplicação das sanções do art. 12, II e III, da Lei nº 8.249/1992. Consta no feito decisão de indisponibilidade de bens dos réus que determinou o bloqueio de valores do partido político acionado na ordem de R\$ 9.880.000,00 (nove milhões, oitocentos e oitenta mil reais), correspondentes a três vezes o valor que teria sido recebido por seu Diretório Nacional, a título de doações eleitorais, das empresas que, segundo se alega, integravam o cartel que contratava com aquela sociedade anônima petrolífera (BRASIL, 2017h).

Posta a questão nesses termos, reforça-se o quanto já mencionado ao longo deste estudo no sentido de que, independentemente do resultado, o processo judicial em si é um risco a ser evitado.

5.4 *Compliance* penal e partidos políticos: um diálogo possível

Do que foi exposto até aqui, pode-se afirmar que é viável transpor a lógica do *compliance* penal do âmbito empresarial para organizações de outra natureza, como aquelas relacionadas à Administração Pública e aos partidos políticos. Tendo a conduta ética como norte e a transparência como vetor, o programa de *compliance* penal deve concentrar-se no treinamento dos atores para identificar situações de riscos. O mapeamento prévio é, assim, essencial para estabelecer os procedimentos internos hábeis a criar obstáculos a virtuais práticas de ilícitos. Em qualquer programa preventivo, é factível a criação de ferramentas e processos para eliminar determinados riscos quando o processo pressupõe exclusivamente a interação com máquinas (ex: senhas). No relacionamento intersubjetivo, não há mecanismo ou tecnologia capaz de neutralizar a vontade do indivíduo que quer desrespeitar a norma ou delinquir. Portanto, os programas de *compliance* têm limites intrínsecos à incapacidade de construir processos aptos a eliminar por completo tais riscos.

A governança direcionada ao cumprimento de normas pressupõe o mapeamento dos riscos a que a atividade daquele grupo está exposta em seus processos. Para cada risco mapeado, gera-se uma resposta a ele correspondente: (i) eliminação; (ii) mitigação; (iii) transferência; ou (iv) aceitação (PMBOK, 2014, p. 343-5). A atividade no âmbito político-partidário é intersubjetiva e, por essência, não comporta a possibilidade de eliminação do risco de práticas ilícitas no seu desenvolvimento. A transferência do risco tampouco é viável, cabendo mesmo

referir que o conceito, mais afeto à atividade empresarial, sequer seria compatível. A aceitação igualmente não se apresenta como opção, na medida em que, no Estado Democrático de Direito, a imunidade de agentes à responsabilização pela prática de crimes é excepcionalíssima e, quando existente, transitória. Acolher o risco real do ilícito sem a adoção de qualquer contramedida é o oposto dos princípios mais elementares que norteiam o trato da coisa pública em sentido amplo. No Brasil, o fato de os partidos políticos financiarem-se com capital público acentua esse aspecto.

O *compliance* penal tem por objetivo, assim, mitigar a possibilidade de condutas típicas, funcionando como mecanismo de reforço ao dever de prestar contas e de responsabilidade. A mitigação dos riscos mapeados deve ser tangibilizada por políticas internas, cuja aplicação deve ser aferida por controles internos. Anotam Mateo G. Bemejo e Omar Palermo (2013, p. 177), referindo-se ao campo empresarial, que os procedimentos para proteger bens jurídicos variam nos programas de *compliance* em conformidade com a dimensão e características da organização. Há, no entanto, alguns elementos em comum, os quais, pode-se acrescentar, poderiam ser aplicáveis aos partidos políticos. São eles:

1) *gestão de risco*: análise dos riscos delitivos específicos da empresa; 2) *códigos de conduta*: definição e comunicação dos valores e fins da empresa (*mission statements*) e determinação de regras de conduta e procedimentos para a empresa e empregados; 3) *identificação de linhas de responsabilidade*: fundamentação da responsabilidade da alta direção a relação com os fins e procedimentos para a prevenção da criminalidade assim como determinação da responsabilidade para a linha de direção media com a criação de uma unidade especializada na empresa (*Compliance-Abteilung*); 4) *sistema de informação*: criação de um sistema de informação para o descobrimento e esclarecimento de delitos, o que inclui manuais dirigidos aos trabalhadores (*Informationsschrift*), cursos de capacitação e um sistema de reporte de irregularidades (*Wistleblowing*); 5) *controle e avaliação (interna e externa) do programa*: estabelecimento de revisores e controles internos e externo em atenção a elementos particulares dos programas, o que implica em sistema de avaliação e adaptação permanente; 6) *estrutura de incentivos eficazes para cumprir as normas*: estabelecimento de medidas internas para sancionar as infrações, assim como de uma estrutura de incentivos para a execução e desenvolvimento das necessidade mencionadas (BEMEJO; PALERMO, 2013, p. 177).

Assim, tomando de empréstimo as diretrizes sugeridas por Adán Nieto Martín para programas de *compliance* na Administração Pública e os elementos básicos acima delineados, a lei dos partidos políticos deveria contemplar a previsão de que a agremiação que contivesse um programa de prevenção ao financiamento ilegal e à malversação dos recursos públicos que, doravante, serão sua base de sustentação financeira teria reflexos nas sanções aplicáveis à pessoa jurídica. Por malversação e financiamento ilegal compreendem-se as condutas traduzidas, de *lege lata*, em lavagem de capitais e corrupção. Os partidos, por seu turno, deveriam estruturar-se estatutariamente com a previsão de algum órgão interno responsável pela supervisão desse programa. Ainda, a edição de normativos específicos (lei em sentido

formal e eventualmente emitidos pela Justiça Eleitoral) que estabeleçam diretrizes para prevenção delitiva, quando adotada pelos partidos.

Essas medidas deveriam fazer-se acompanhar de um movimento pelo constante aprimoramento dos processos de democratização interna das agremiações. Tal parece uma condição circundante para viabilizar que as diversas forças (correntes de opinião) que disputam espaço no seio do partido possam controlar-se mutuamente, tornando os programas preventivos mais efetivos. O fato de os partidos serem centros privados de poder, situados na zona intermediária do público e do privado, e, ainda, destinatários de financiamento com recursos públicos, fundamenta que a autonomia que lhes é constitucionalmente assegurada seja compreendida dentro do marco aplicável àqueles que precisam prestar contas. Consequentemente, podem ser chamados a adotar formas específicas para garantir que essa prestação seja efetiva, transparente e eficaz.

Poder-se-ia contrapor ao que se propõe o argumento de que o sistema de autopreservação existente em qualquer organização seria exacerbado no que concerne aos partidos, em razão mesmo do embate político em que estão envolvidos com seus concorrentes na luta pelo poder. Por essa razão, o aprofundamento da democratização interna dessas pessoas jurídicas é essencial para que se altere o quadro de esgarçamento da sua legitimidade. Mesmo com a alteração do art. 17 da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 97, parece adequado afirmar que uma associação de pessoas voltada a se inserir na funcionalidade democrática seja ela também democrática. A previsão de rotatividade mínima nos seus órgãos diretivos e a garantia de participação de seus filiados indicam a base de funcionamento minimamente exigível.²⁴⁷

Tais controles não se confundiriam com as já existentes disposições de caráter contábil-financeiro relacionadas à Justiça Eleitoral, que funcionam como controles *a posteriori*. Há duas vertentes que se fortalecem com essa visão preventiva: (i) internamente, pelo incremento da democracia interna dos e na relação de seus filiados; (ii) externamente, pela criação de mecanismo de proteção a uma instância de deliberação que fortalece a democracia. Mesmo que se considere essa determinação uma invasão indevida na autonomia partidária, o que se refuta neste estudo pelos diversos fundamentos já expostos, a legislação poderia contemplá-la como elemento a ser considerado na dosimetria de sanções aplicáveis aos partidos diante de eventuais

²⁴⁷ Nesse sentido é a lei de partidos do Chile, recentemente alterada. Ley 18603, de 23 de março de 1987, alterada pela Ley 20915, de 15 de abril de 2016. Art. 23 bis.

ilícitos. Esta última hipótese pressupõe, no entanto, uma reformulação no sistema sancionador, já indicado como deficitário (MARTÍN NIETO, 2014, p. 17-42).

5.5 O foco do *compliance* penal: financiamento da atividade partidária

Ao longo deste capítulo, discorreu-se sobre o sistema de responsabilização dos partidos políticos vigente no Brasil e os controles a que estão submetidos perante a Justiça Eleitoral. Nos últimos anos, e como reação aos sucessivos processos criminais envolvendo a atividade política, a legislação eleitoral foi alvo de aprimoramentos no que se refere ao controle dos fluxos financeiros. Basta observar, como ficou explícito no relato de casos, que, à época dos fatos apurados na Ação Penal 307, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, não havia disciplina legal sobre as chamadas sobras de campanha, questão que foi central nos eventos a que se relacionava. Atualmente, o regime de prestação de contas é, em tese, mais rigoroso. Diz-se em tese, porque, como é notório, o volume de informações a serem processadas pela Justiça Eleitoral redundava em que, com frequência, muitas contas de campanha não sejam examinadas no tempo ideal.²⁴⁸

No contexto do julgamento da Ação Penal 470, foi introduzido o art. 30-A na Lei de Eleições, permitindo que o financiamento e gastos ilícitos de campanha abrissem flanco à cassação de registro ou diploma. Silvana Batini César Góes, no entanto, discorre sobre os problemas que a exiguidade de prazo para propositura de demanda relacionada à impugnação de contas acarreta, na medida em que inconsistências posteriormente detectadas poderão ser apenas o ponto de partida para investigações mais profundas, que envolvem, em algumas situações, medidas sujeitas à reserva de jurisdição, como o acesso a dados cobertos por sigilo bancário e fiscal (GOÉS, 2015). Como pontua a autora:

O irreal prazo fixado na lei produz efeitos de todo indesejados. De um lado incentiva demandas temerárias e inconsistentes que alimentam o senso já comum de que ações eleitorais são tentativas de realizar o terceiro turno. Na iminência de se perder a

²⁴⁸ O exemplo mais notório acerca dos problemas que a questão temporal acarreta nesse cenário talvez seja o julgamento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) 194358 proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), em dezembro de 2014, pleiteando a cassação da chapa eleita nas eleições de 2014, composta por Dilma Rousseff e Michel Temer, cujas contas tinham sido aprovadas com ressalvas, no prazo legal. O mesmo partido já havia proposto ação da mesma natureza durante o processo eleitoral (AIJE 154781). No ano de 2015, a agremiação política voltou à carga com duas outras ações: Representação (RP) 846 e Ação de Impugnação de mandato eletivo (AIME) 761. Todas tramitaram perante o Tribunal Superior Eleitoral em conjunto, sendo julgadas em junho de 2017, quando já transcorrido metade do mandato outorgado à chapa impugnada. Sem embargo da complexidade da apuração que o caso concreto envolvia, a dissonância temporal na resposta é um problema.

oportunidade de derrubar o adversário, não raro os partidos ajuízam ações sem fundamentos ou base mínima.

De outro lado, o prazo fixado agrava a impunidade, uma vez que indícios de irregularidades em tono de campanhas eleitorais – vem demonstrando a experiência – surgem muitas vezes após encerradas as disputas e emergem de fatos que nada têm a ver com as eleições. Pelo sistema atual, descobrir tardiamente que um mandatário, ou mesmo um candidato perdedor, se financiou de forma desleal e ilícita não lhe traz nenhum gravame (GOÉS, 2015, p. 110.).

A autora sustenta que a criminalização de condutas relacionadas ao chamado “Caixa Dois” ou mesmo o recurso aos crimes eleitorais já contemplados na legislação em vigor não resolvem o problema imediato de afastar da disputa ou cassar o mandato “deslealmente conquistado, além de acarretar inelegibilidade temporária” (GOÉS, 2015, p. 110). Por essa razão, pugna pela revisão da disciplina processual das ações eleitorais vinculadas à matéria. Propõe a ampliação do prazo decadencial previsto no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, para 180 dias, com a restrição de legitimidade ativa para o Ministério Público Eleitoral a partir do 16º dia, evitando-se instabilidade indesejável pela sujeição aos opositores políticos. Ainda, advoga a alteração do art. 105-A, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, que impede os procedimentos da Lei nº 7.347/1985 (Lei de ação civil pública) em matéria eleitoral. Em sua percepção, o Inquérito Civil Público é instrumento que privilegia a racionalidade e incrementa garantias, não se justificando que sua instauração esteja vedada neste cenário.

Embora os partidos não estejam à margem de controles externos, a eficácia do monitoramento das finanças poderia ser incrementada por mecanismos de monitoramento e controle internos. Buscando suporte no raciocínio desenvolvido pela autora, o programa de *compliance* penal, com ênfase na transparência dos procedimentos ao eleitor, apresentar-se-ia como ferramenta adicional a atingir o principal escopo de qualquer controle em matéria eleitoral: tornar ao máximo vulnerável a conduta daquele que pretende atuar com vantagem ilícita na competição. Um olhar sobre a normativa interna dos quatro partidos que possuem as maiores bancadas na Câmara dos Deputados atualmente (PMDB, PT, PP/Avante e PSDB)²⁴⁹ revela que todos possuem códigos de conduta, ou alguma disposição estatutária análoga, com previsão de aplicação de medidas disciplinares de seus membros, entre outras causas, por infrações legais que configurem atos de improbidade ou mesmo crime.²⁵⁰ No entanto, tomando

²⁴⁹ Estes partidos conjugam 253 do total de 513 Deputado Federais que compõem a Câmara em dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

²⁵⁰ Os três primeiros partidos contêm códigos éticos ao lado de disposições estatutárias. O último (PSDB) incluiu um capítulo sobre a matéria em seus estatutos. Disponível em: <<http://pmdb.org.br/institucional/codigo-de-etica>>; <<http://www.pt.org.br/wcontent/uploads/2014/03/codigodeetica.pdf>>; <http://www.pp.org.br/2056/Documentos/CodigoDeEtica_261601/>; <<http://www.psdb.org.br/psdb/estatuto/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

de empréstimo, e por analogia, a expressão “habermasiana”, há uma aparente tensão entre faticidade e validade nessas previsões normativas. Além disso, identifica-se em comum nesses instrumentos a ausência de mecanismos de monitoramento das atividades para cujos comportamentos verificados há previsão interna de punição. As previsões contidas nos estatutos e nos códigos de conduta sugerem que se revelam mais como cláusulas de reserva a serem acionadas de acordo com conveniências políticas do que ferramentas a serem de fato utilizadas para coibir e sancionar que agentes atuem de forma contrária ao Direito no seio dessas agremiações.

A relação existente entre o financiamento de campanhas eleitorais e a corrupção parece ser o ponto de convergência dos debates sobre o modelo que melhor atende às funções que os partidos políticos devem desempenhar na sociedade (GOÉS, 2015). Qualquer reflexão sobre o tema perpassa a preocupação de, por meio do controle de finanças, reduzir o risco de que a competição justa seja pautada por interesses ocultos do eleitor e sem iguais possibilidades de concorrência entre os candidatos. A prevenção de condutas com o poder constituído que podem redundar em abastecimento ilícito do caixa dos partidos também pode ser um benefício derivado da atenção ao financiamento em si. O reforço dos sistemas de proteção ao financiamento regular da atividade partidária atende, portanto, a duplo objetivo: a competição eleitoral justa e a moralidade administrativa.

Assim, o *compliance* penal nos partidos, visando à prevenção delitiva e ao fortalecimento ou restabelecimento de sua legitimidade, deveria estar voltado para procedimentos de controle dos recursos auferidos e aplicados pela pessoa jurídica, oriundos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do Fundo Especial de Assistência aos Partidos Políticos (Fundo Partidário). O fluxo do dinheiro no interior do partido desde sua entrada e todas as aplicações deveriam estar disponíveis, de forma acessível ao eleitorado, independentemente das informações a serem enviadas à Justiça Eleitoral, o que deveria ocorrer também quanto à relação das pessoas físicas doadoras, com indicação expressa de eventuais vínculos com empresas, de molde a prevenir burla à vedação legal e benefícios espúrios derivados.

Uma vez que não há no Brasil a tipificação autônoma do financiamento ilícito ou corrupto, como se prefira designar, o *compliance* penal deve voltar-se ao rol de crimes que, de *lege lata*, traduzem essa prática. Assim, não apenas o tipo penal previsto no art. 350 do Código Eleitoral (falsidade ideológica eleitoral), mas principalmente as práticas resultantes de financiamento por fontes vedadas. A exemplo do que previsto na Lei nº 9.613/1998 relativamente à prevenção da lavagem de dinheiro, os partidos deveriam conhecer com quem

transacionam, seja recebendo doações, seja contratando. O conhecimento e mapeamento responsável dos doadores pela pessoa jurídica poderia ser um obstáculo à tentativa de doação pulverizada de pessoas jurídicas por meio de seus múltiplos empregados/dirigentes, por exemplo. Poder-se-ia objetar que não há para o partido interesse em bloquear esse fluxo de recursos, no entanto, como já demonstrado, há riscos tangíveis para a pessoa jurídica que devem ser considerados.

Não se advoga a tese de que os partidos devam se pautar pela lógica empresarial e, por isso, utilizar o *compliance* penal porque é uma ferramenta que se justifica e fundamenta-se naquele cenário. O vetor de motivação das empresas para adoção de programas dessa natureza observa uma lógica que não pode ser tranposta por completo para o ambiente dos partidos. Cuida-se, na verdade, de apropriar-se desse recurso e dar-lhe configuração própria. Como exposto, o fundamento de legitimidade encontra-se mais próximo daquele que embasa programas da espécie no setor público e, por essa razão, o grau de coercibilidade para sua implantação pode pautar-se por um parâmetro diferente daquele pensado para a lógica estritamente privada (empresarial). O foco de controle no tocante aos partidos é o interesse geral na disputa limpa, a correta utilização de recursos públicos que lhe são repassados e a proteção do sistema representativo.

CONCLUSÃO

Buscou-se, neste trabalho, inicialmente, contextualizar os desafios no enfrentamento da criminalidade na sociedade contemporânea, a partir de sua relação com a democracia. As facilidades da interação entre pessoas e o alargamento das fronteiras espelham-se nas atividades ilícitas. Os Estados, no entanto, estão contingenciados em seus meios de resposta por mecanismos que não avançam na mesma velocidade. A pressão por respostas eficientes acaba redundando em pressão pela ampliação e endurecimento da resposta penal. Esse movimento, no entanto, pode, eventualmente, vilipendiar garantias essenciais do indivíduo em face do poder constituído, o que demanda atenção pelos atores do sistema de justiça, pois configuraria um déficit democrático. Desenvolveu-se o argumento de que algum grau de expansão do Direito Penal é necessário para fazer frente às necessidades de defesa social. Ressaltou-se também que os crimes de poder são aqueles que mais ameaçam as democracias contemporâneas e, mesmo no paradigma de um Direito Penal minimalista, seriam dotados de dignidade penal.

Foi articulado o conceito de democracia deliberativa como modelo a ser protegido de práticas criminosas. Demonstrou-se a essencialidade dos espaços de deliberação institucionalizados ou não que concorrem para a formação da vontade política. As decisões que emanam da autoridade política influenciam decisivamente a vida dos indivíduos. A captura indevida dos espaços que concorrem para a escolha dessas autoridades e para essas decisões significa a usurpação de uma parcela relevante da autonomia do indivíduo. Foi exposto o papel dos partidos políticos na democracia brasileira, bem como foram tecidas considerações sobre a pulverização partidária, e sobre a instabilidade ocasionada pelo que se designa por presidencialismo de coalizão, indicando as tensões e abalos de legitimidade que as negociações que decorrem desse processo ensejam. A ideia-força que se indicou foi a necessidade de aumentar os instrumentos de controle voltados à prestação de contas e assunção de responsabilidade.

Os casos selecionados para estudo ilustraram alguns mecanismos de interseção entre o financiamento da atividade partidária e as condutas penalmente tipificadas. A sucessão no tempo dos eventos é indicativa, também, da insuficiência dos mecanismos hoje existentes para controlar o abastecimento financeiro dos partidos políticos. Foram expostas considerações sobre as relações entre financiamento de campanha e corrupção e concluiu-se pela existência de lacuna de punibilidade hábil a justificar a introdução desse tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base na consideração de que a relevância dos partidos políticos no sistema democrático brasileiro deveria fazer-se acompanhar do correspondente peso da pessoa jurídica na dinâmica de responsabilização, foram analisadas as disposições constitucionais que tratam da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Concluiu-se pela possibilidade de fixação dessa responsabilidade, de *lege ferenda*, para crimes relacionados à ordem econômica e financeira. Relativamente à capacidade penal dos partidos políticos, argumentou-se que os espaços de imunidade na ordem jurídica nacional são restritos e, por isso, é preciso buscar fundamento idôneo para excluir esses entes desse rol. Estruturou-se, de forma embrionária, a concepção de que eventual opção político-criminal nesse sentido deveria estar orientada pelos mesmos parâmetros adotados quanto às pessoas jurídicas de direito público. Nessa medida, seriam garantidas salvaguardas aos partidos para suas funções no contexto democrático.

Os programas de *compliance* voltados à prevenção de crimes, originados no contexto empresarial, seriam relevantes pela obrigatoriedade e normatização da responsabilidade no plano diretivo das organizações no que concerne a certos valores, traduzindo-se no “meio mais eficaz de influência na política empresarial” (SIEBER, 2013, p. 312). A institucionalização de procedimentos preventivos, fixação de deveres de informação, criação de sistema de denúncias e procedimentos para esclarecimento de casos suspeitos seriam meios eficazes a frustrar práticas criminosas. Seria adequado questionar sobre a aplicabilidade dessa dinâmica nas agremiações políticas, onde, em tese, os integrantes tenderiam a criar vínculos de proteção com vistas à autopreservação. No entanto, ao par de os partidos não se constituírem em blocos monolíticos, havendo divisões internas que, saudavelmente estruturadas, deveriam vigiar-se mutuamente, a introdução desse elemento no cenário poderia criar para o eleitorado uma demanda por mais transparência interna.

Como ilustrado no capítulo relativo ao estudo de casos, a desenvoltura na atuação de dirigentes partidários, alguns dos quais operam com grande autonomia, tornou fluido o curso de transações à margem da lei. Os partidos parecem apresentar-se nessa lógica de forma paradoxal: embora sua presença permeie, em alguma medida, todos os inquietantes eventos relatados, são uma eloquente ausência como instituição nos processos de apuração de responsabilidade. A propositura de ação de improbidade em face da pessoa jurídica partido político parece ser, inclusive, uma tentativa de incluir esse ator no cenário de apuração de condutas danosas ao erário e que, no caso de referência, também configuravam crime.

A adoção do *compliance* penal pelos partidos políticos teria o efeito positivo de funcionar como mais uma instância de controle em favor da responsividade que deve pautar a atuação de agentes políticos. Embora esses programas tenham sido desenhados em seus contornos originários exclusivamente para a atividade econômico-empresarial, os bens referidos às instituições democráticas não deveriam, a princípio, ser privados desse meio adicional de proteção. A compatibilidade do *compliance* penal com a realidade dos partidos políticos foi avaliada a partir da perspectiva também do *compliance* público.

É certo, como aponta Ulrich Sieber, que os programas de *compliance* têm alguns limites fáticos relacionados à diversidade de foco entre os sistemas de controle público e privado, visto que, para estes, especialmente sob o ângulo empresarial, a persecução penal seria apenas uma entre suas finalidades. Uma dificuldade, portanto, seria a da efetiva aplicação dos procedimentos internos que fossem estabelecidos, como minimizar o risco de os programas não serem cumpridos ou tornarem-se “programas-alibi”, na expressão do autor. O debate sobre a democratização interna dos partidos e a criação de conselho de afiliados independentes para sua aferição talvez se apresentem como uma resposta possível.

No dia 5 de outubro de 2017, a Câmara dos Deputados aprovou a criação de um fundo público com a finalidade de financiar as campanhas eleitorais. Com vigência já para as eleições de 2018, esse mecanismo tem por escopo enfrentar as restrições estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal à irrigação financeira das campanhas por pessoas jurídicas, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 (BRASIL, 2015b). O Tribunal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 31 da Lei 9.096/1995, naquilo que autoriza, *contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas, bem como com redução de texto dos arts. 38, III, e 39, *caput* e § 5º, igualmente da Lei 9.096/1995, para expurgar as expressões “ou pessoa jurídica” e “e pessoa jurídica”, respectivamente.

Esse novo fundo adiciona-se ao já existente Fundo Especial de Assistência aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), cuja composição está fixada pelo art. 38 da Lei 9.096/1995. Como mencionado, por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, as doações de pessoas jurídicas ao Fundo Partidário foram vedadas, permanecendo a possibilidade de que recursos privados oriundos de pessoas físicas sejam ali alocados. A distribuição dos recursos do Fundo Partidário observa dois parâmetros: (i) linear e (ii) proporcional. Na distribuição linear, 5% do total do Fundo são distribuídos igualmente, entre todos os partidos que atendam aos requisitos de acesso. O restante – 95% – é repartido em razão da votação obtida na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (BRASIL, 1995c). O universo de partidos aptos a acessar os recursos do Fundo Partidário já existente foi alterado por força da Emenda

Constitucional nº 97/2017²⁵¹. De acordo com o novo marco constitucional, foi estabelecida uma cláusula de barreira, na medida em que apenas as agremiações que obtiverem nas eleições à Câmara dos Deputados o mínimo de 3% dos votos válidos distribuídos por um terço das unidades da Federação, com 2% de votos válidos em cada uma, ou que tenham elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em um terço dos Estados poderão receber aqueles recursos.²⁵²

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)²⁵³, por seu turno, congrega dotações orçamentárias da União em ano eleitoral oriundas da compensação fiscal, que antes era recebida pelas emissoras de rádio e televisão pela propaganda partidária gratuita, e da transferência de 30% dos programas decorrentes de emendas de bancada estadual constantes do orçamento, na forma da Lei nº 13.473/2017 (BRASIL, 2017c). O modelo de financiamento público na forma apresentada afasta, a princípio, a influência deletéria do poder econômico privado das disputas eleitorais. O Projeto de Lei nº 8.612/2017 adotava critério de repartição de receitas entre as agremiações partidárias que fazia migrar para o novo modelo a ingerência do poder das pessoas físicas. Conforme constava do art. 16-C, § 4º, 49% dos recursos do FEFC deveriam ser divididos entre os partidos na proporção de votos por eles obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados, eleição esta que contou com a doação de pessoas jurídicas a partir de relações que aparentemente se mostraram não republicanas, como explicitado neste tópico. O referido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, e os parâmetros de distribuição dos recursos estão em aberto.

Ao tempo em que as alterações nas regras de financiamento vão ao encontro, de certo modo, à demanda por maior transparência, também parecem estar deslocadas de um debate mais aprofundado sobre o alto custo da atividade partidária e a dependência com a arrecadação de recursos que isso acarreta. A busca de financiamento incessante, seja público ou privado, acaba por estabelecer uma relação que tende a ter natureza predatória com a fonte. Esse parece ser um ponto relevante a ser debatido em bases mais democráticas.

²⁵¹ BRASIL, Emenda Constitucional 97, de 4 de outubro de 2017.

²⁵² Esse percentual somente será observado a partir das eleições de 2030, pois a restrição de acesso ao fundo será aplicada de forma gradual. O parâmetro de votos válidos distribuídos por um terço das unidades da federação e o critério alternativo de Deputados Federais eleitos em pelo menos um terço das unidades da federação se mantêm constante, porém os percentuais serão paulatinamente aumentados no tempo: a partir de 2019, 1,5% dos votos válidos nas eleições de 2018, com um mínimo de 1% em cada uma das unidades da federação ou 9 deputados federais; em 2022, 2% dos votos válidos, com um mínimo de 1% em cada uma das unidades da federação ou 11 deputados federais; em 2027, 2,5% dos votos válidos nas eleições de 2026, com um mínimo de 1,5% em cada uma delas ou a eleição de 13 deputados federais. BRASIL, Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017, art. 3º.

²⁵³ BRASIL, Lei 13.487, de 6 de outubro de 2017.

A preocupação em restringir ou controlar a captura do poder político pelo poder econômico foi a tônica dos votos que afastaram a possibilidade de as pessoas jurídicas aportarem recursos nas disputas eleitorais, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 (BRASIL, 2015b). As relações entre o setor privado e agentes políticos posteriormente eleitos são um terreno fértil à prática de atos não republicanos e muitas vezes ilícitos, com utilização dos partidos e o financiamento de campanhas como *medium* para as negociações. Essa é uma premissa fática que se estabeleceu no julgado para justificar a necessidade de controles, nos moldes propostos neste estudo.

A adoção do fundo público, aparentemente, tem por objetivo precípuo suprir o caixa dos partidos dos recursos de que foram privados pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Não é possível prever, sem um grau significativo de aleatoriedade, os impactos da adoção desse fundo público para a dinâmica das campanhas. Uma consequência mais óbvia será a redução do número de partidos, com o fim daqueles de menor porte. A pulverização partidária é, ao que parece, um dos elementos fomentadores de trocas ilícitas no meio político. Embora o móvel da alteração constitucional não tenha sido necessária ou exclusivamente este, vai ao encontro da necessidade de uma maior legitimação do sistema político. As alterações introduzidas indicam, em alguma medida, o reconhecimento de que o quadro que se tem hoje precisa ser alterado, razão pela qual o quanto proposto neste trabalho alinha-se a um viés de maior fortalecimento e legitimação dos partidos.

É razoável afirmar, também, que a necessidade de controles se mantém, ainda que o foco se concentre mais na aplicação dos recursos, agora públicos, do que em sua captação. Por outro turno, remanesce a possibilidade de doações por pessoas físicas. Ainda que, em um exercício de futurologia, o fundo público passe a ser o foco de atenção dos partidos, não se deve negligenciar a atenção sobre as relações transversais que podem ser estabelecidas por meio de pessoas físicas. Conforme levantamento realizado pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Dapp) relativamente às eleições no município do Rio de Janeiro após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650²⁵⁴, apenas 1 entre os 59 doadores pessoas físicas a campanhas

²⁵⁴ A consolidação desses dados especificamente foi realizada a pedido do veículo *O Globo*. Sem embargo, em consulta ao portal de transparência da FGV-DAPP, é possível constatar que esse perfil de doadores pessoas físicas já era identificado nas últimas eleições para a Câmara dos Deputados, por exemplo, o que reforça o argumento de que o acompanhamento dessas doações, ainda que lícitas, deve ser feito de forma cuidadosa e atenta. Sobre os dados das eleições no município do Rio de Janeiro, confira-se em: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/o-perfil-das-doacoes.html>> Acesso em: 1 out. 2017. Confira-se o portal de transparência da FGV-DAPP em <http://dapp.fgv.br/transparencia-politica/mosaico/>. Acesso em: 1 out. 2017.

de candidatos a prefeito não era vinculado a qualquer empresa. Todos os demais ocupavam altos ou significativos cargos em suas companhias (sócio, diretor, administrador ou presidente), a maior parte vinculada ao setor de engenharia e construção. Esses dados, ainda que relacionados a um único município da federação, sinaliza a necessidade de controle e atenção no fluxo de recursos privados para as campanhas, para que pessoas jurídicas não continuem a pautar a disputa, por via transversa.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral em recurso extraordinário no qual se debate a possibilidade de candidaturas sem filiação partidária (BRASIL, 2017o). A hipótese posta a julgamento envolve pedido de candidatura à prefeitura do município do Rio de Janeiro, indeferida pela Justiça Eleitoral em todas as instâncias precedentes ao STF, sob o fundamento de que a filiação partidária é um dos requisitos de elegibilidade, na forma do art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal. O recurso extraordinário interposto foi inadmitido pelo Tribunal Superior Eleitoral, decisão contra a qual o recorrente interpôs agravo. Considerando que, por ocasião do julgamento, as eleições já haviam sido concluídas, o Pleno do STF debruçou-se, inicialmente, sobre a prejudicialidade do recurso. Superada esta, sob o argumento de que a questão formal não deveria obstar o exame de relevante matéria de fundo, a Corte, por unanimidade, reconheceu repercussão geral ao tema.

A tese do recorrente firma-se sob a premissa de que a exigência constitucional de filiação partidária afrontaria a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992a), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992b), o art. 21 da Declaração Universal de Direitos do Homem (NAÇÕES UNIDAS, 2012) e a Convenção de Viena (BRASIL, 2009). Segundo sua interpretação, o direito de participar diretamente da condução dos assuntos públicos excluiria a possibilidade de estabelecer-se a exigência de filiação partidária para tal fim. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, por questões formais, e, caso superada preliminar, por seu provimento, aderindo à tese do recorrente.

O entendimento contraposto, expresso nos julgados das diversas instâncias que rejeitaram o pedido de candidatura avulsa, sustenta-se no pressuposto de que os instrumentos internacionais invocados não tratam de candidaturas avulsas, mas apenas estabelecem a possibilidade de participação direta ou por meio de representantes na direção dos negócios públicos, bem como que o sistema constitucional brasileiro tem tratamento específico sobre a matéria no art. 14, § 3º, da CF, que deve prevalecer (BRASIL, 2016e). De fato, mesmo que se supere o atual entendimento do STF sobre a natureza supralegal dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo *quorum* qualificado de que trata o art. 5º, § 3º, da CF (BRASIL,

2008b), essa interpretação parece ser a mais consentânea com a possibilidade de autodeterminação das sociedades, que não devem ser compelidas à observância de um determinado modelo de democracia.

Nesse sentido, inclusive, é a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que não considera que o estabelecimento do requisito de filiação partidária seja uma restrição em si ao direito político de participação convencionalmente estabelecido. Conforme decidido no caso *Castañeda Gutman Vs. México*²⁵⁵, os sistemas de candidaturas independentes ou de exigência de filiação partidária não são em si mais ou menos restritivos, devendo-se analisar, em concreto, se os requisitos à elegibilidade estabelecidos são proporcionais e necessários ao atendimento do interesse público. Na ocasião, reconheceu que a primeira etapa do controle de adequação convencional da restrição é o requisito da legalidade. A restrição deve estar fixada de forma clara e previamente em lei de sentido formal e material. O segundo critério é o da finalidade. A esse propósito, a decisão da Corte dispôs, referindo-se à legislação mexicana:

183. A corte considera que o artigo 175 do COFIPE sob exame tem por finalidade organizar o processo eleitoral e o acesso dos cidadãos ao exercício do poder público em condições de igualdade e de maneira eficaz. Dita finalidade resulta essencial para o exercício dos direitos de votar e ser voado em eleições periódicas autênticas, por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores, de acordo com o artigo 23 da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA, 2008).

Independentemente do que vier a ser decidido pelo STF no âmbito do recurso extraordinário em referência, a necessidade de mecanismos que venham a fortalecer e aumentar a legitimidade dos partidos permanece. Eventual reconhecimento da possibilidade de candidaturas avulsas os tornará, inclusive, mais prementes, porque o eventual exercício de mandato por pessoa desvinculada a partido político não elimina o papel dessas agremiações para a funcionalidade do sistema democrático brasileiro.

²⁵⁵ Na hipótese, Jorge Castañeda Gutman levou à Corte Interamericana de Direitos Humanos a impossibilidade de candidatar-se de forma avulsa às eleições presidenciais do México de 2004. A sentença da Corte é de 6 de agosto de 2008, cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos (2008). O recorrente invocou em seu favor o precedente da CIDH *Yatama vs. Nicarágua*, no qual foi reconhecida a violação aos direitos políticos da organização indígena Yatama. A hipótese não parece não se amoldar à tese do recorrente, na medida em que ali cuidava-se de preservar direitos de participação em contexto multicultural, com a especificidade de que o acesso do grupo a se converter em um partido político para participar da corrida eleitoral foi indevidamente dificultado. Naquela situação particular, o não reconhecimento da forma de organização própria daquela comunidade, diversa do formato de partido político, para participação eleitoral foi considerada uma restrição indevida ao direito contido no art. 23 da Convenção. A decisão vai ao encontro, inclusive, do precedente estabelecido no caso *Castañeda vs Gutman* que afirma não ser a exigência ou inexistência de filiação uma restrição em si. Sua incompatibilidade com a convenção há de ser aferida em concreto. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Yatama vs. Nicarágua*, 23 de junho de 2005.

No Direito brasileiro, os partidos políticos constituem-se como pessoas jurídicas de direito privado com finalidade vinculada e submetidos a parâmetros específicos de atuação.²⁵⁶ Caracterizam-se como um dos instrumentos essenciais às democracias participativas. Nesse sentido, devem ser veículo de competições eleitorais reais e equânimes. A alternância de poder e a efetiva possibilidade de ascensão aos postos de governança em competições limpas são essenciais à democracia e não podem ser obscurecidas pela infiltração do crime.

Na sequência, são destacadas as principais considerações e conclusões deste trabalho:

1. A complexidade das relações sociais, políticas e econômicas nas sociedades contemporâneas também se reflete nas práticas criminosas. O estreitamento das fronteiras, físicas e virtuais, que permite a rápida circulação de recursos e pessoas pelo mundo para fins lícitos, e o exercício da atividade econômica por meio de organizações empresariais complexas, remodelaram o meio pelo qual os crimes são cometidos e ampliaram o universo de bens jurídicos passíveis de lesão. Os esforços empregados pela sociedade e pelo Estado para evitar os riscos prospectados se tornam uma força política performativa do mundo. O conceito de sociedade de risco, no contexto da globalização, pode ser ampliado para o de risco mundial. Esse cenário gera nas sociedades contemporâneas demandas por regulação estatal. Há a ampliação do espaço do Direito para novos e mais extensos campos da vida, inclusive na esfera penal.

2. O Direito Penal, em sua concepção clássica, não foi estruturado para lidar com o crime praticado de forma organizada ou no seio de organizações empresariais complexas. A alteração da realidade circundante pela lesão de bens jurídicos não individualizados, e sua exposição a riscos, tensiona a forma como o direito punitivo deve ser estruturado pelo Estado. O Direito Penal da sociedade pós-industrial é marcado pela expansão em dois vetores: a incidência sobre novos espaços; e o recrudescimento das sanções sobre condutas já reguladas. O primeiro viés “dialoga” com o conceito de sociedade de risco, ou sociedade de risco mundial, e tem por objeto a proteção de bens jurídicos transindividuais. A demanda social por respostas estatais norteadas pela eficiência estabelece uma contraposição fática entre as garantias individuais e a segurança no enfrentamento da criminalidade. No plano normativo essa dicotomia não se sustenta, porque o Estado de Direito não pode prescindir de preservar as garantias formais e substantivas ao sujeito submetido ao poder punitivo estatal.

²⁵⁶ Além dos parâmetros estabelecidos no art. 17 da Constituição Federal, a Lei nº 9.096/1996 estatui: “Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.” (Brasil, 1988).

3. A transnacionalidade também é um traço característico da criminalidade contemporânea. Apesar da existência de blocos regionais com alto grau de integração político-jurídica-econômica, subsistem, generalizadamente, barreiras estruturadas na concepção de Estado-nação. O contingenciamento dos agentes estatais responsáveis pelo enfrentamento de fenômenos como organizações criminosas transnacionais, corrupção e terrorismo exige, por esse motivo, o estabelecimento de mecanismos de cooperação cada vez mais eficazes entre os Estados. A globalização é um fenômeno paradoxal, pois ao tempo em que o mundo se torna mais interconectado, há um declínio no grau de comprometimento com a identificação e implementação do bem comum. A interdependência que gera não se realiza de forma homogênea. Existe o esforço dos Estados em cooperar mutuamente no enfrentamento de algumas práticas criminosas, mas de outro lado há países, agências internacionais e corporações multinacionais que, na prática, desenvolvem suas riquezas e poder ao largo da submissão a sistemas jurídicos nacionais ou internacionais.

4. As assimetrias geradas pelo poder econômico-financeiro em um mundo globalizado se espalham para a ordem jurídica interna dos Estados. No plano internacional, Estados e atores não estatais avocam a posição de reclamar tratamento diferenciado pelas riquezas que geram e buscam eximir-se de qualquer forma de responsabilização por condutas eventualmente danosas. No plano interno, essa assimetria é revelada pelo esforço, muitas vezes vitorioso, em manter suas atividades ao largo de qualquer regulação ou responsabilização. No que se refere especialmente às organizações empresariais, os danos causados no plano nacional e internacional incrementaram a consciência pública sobre a necessidade de tratamento dessas questões também sob o ângulo punitivo penal. Essa abordagem teria o viés, inclusive, de reforçar a posição soberana do Estado. Uma vez afetados por condutas nocivas praticadas por meio de corporações que tentam transcender a noção de soberania, os Estados lançariam mão do Direito Penal como forma de reafirmar sua autoridade e tentar, assim, restringir em alguma medida o poder econômico.

5. Às questões relacionadas ao poder econômico-financeiro estão associados os problemas de captura de bens públicos para fins privados. Somados estes elementos, a grande ameaça à democracia e aos direitos fundamentais adviria dos crimes de poder que são aqueles relacionados aos grandes poderes econômicos e privados transnacionais e dos poderes públicos e políticos. A criminalidade econômica se insere nessa categoria e afeta as ordens democráticas porque impõe a primazia da economia sobre a política com prejuízos para o Estado. Uma lógica econômica pautada por critérios ilícitos e voltada para a captura do que é de todos em proveito de alguns.

6. A resistência do poder econômico-financeiro contra a contenção jurídica também se expressa pela captura das pautas políticas. Nas democracias constitucionais isso é um problema relevante porque: a) deliberação pública deve ser livre de vícios e orientada para os interesses da maioria; b) todas as condutas causadoras de dano devem estar submetidas a alguma espécie de responsabilização, independentemente do agente causador. Nessa lógica, é essencial a construção de ferramentas que fortaleçam e protejam os espaços de deliberação contra ingerências indevidas e os partidos políticos se inserem nesse contexto.

7. Os crimes tensionam a democracia sob dois flancos: (i) afetam a vida dos indivíduos em sociedade, criando obstáculos à realização dos objetivos acordados; (ii) demandam que a resposta seja eficiente, mas respeite os parâmetros da legalidade também acertados. A resposta do Estado com violação à institucionalidade configura um autoflagelo ao sistema democrático. O Direito Penal precisa operar nessas duas frentes, referenciando normas que limitem as condutas violadoras do direito de terceiros e o poder do Estado para a imposição de castigos.

8. Ao movimento expansivo do Direito Penal se contrapõe o modelo normativo do Direito Penal mínimo, que tem como paradigma metateórico a incidência do poder de punir apenas quando for hábil a minimizar a violência e a arbitrariedade que se verificarem em sua ausência. Mesmo no paradigma minimalista de Direito Penal os crimes de poder são reconhecidos como merecedores de tutela penal.

9. As dificuldades empíricas de aplicação do Direito Penal aos agentes que detêm poder não podem implicar, por si, na rejeição dessa ferramenta como meio de defesa social. O enfrentamento dos crimes praticados sob o manto dos poderes econômico e político reclama a adoção de estratégia que garanta a aplicação da lei com o mesmo padrão aplicável à criminalidade comum.

10. O estudo sobre ferramentas de prevenção e proteção de mecanismos que efetivam a cidadania contra a prática de crimes de poder pressupõe a definição do conceito de democracia que se adota, para que sejam delimitados os elementos considerados essenciais à sua existência e funcionamento. O conceito de democracia não é unívoco e existem diversos critérios analíticos para sua delimitação.

11. Este estudo adotou como premissa que para um regime ser tido por democrático, deve (i) contar com direitos fundamentais fortalecidos para limitação do poder; (ii) prever mecanismos que impeçam deliberações democráticas autofágicas; (iii) garantir as liberdades circundantes ao processo deliberativo e que condicionam sua própria existência; (iv) estarem todos submetidos em igualdade de condições ao sistema legal; e (v) haver um regime de

controles e prestação de contas pelos agentes e órgãos do Estado. Ainda, foi estabelecido que qualquer modelo ou ideal de democracia, a possibilidade de os membros da comunidade deliberarem para a formação da vontade política tem centralidade. Assim, a manifestação livre da vontade é essencial e qualquer conduta ou processo que a deforme gera um déficit democrático.

12. O Direito Eleitoral se estrutura como um microsistema jurídico direcionado à regulação do exercício dos direitos políticos e da organização das eleições. A legislação penal especial, referida a crimes eleitorais, protege o exercício do voto livre, o desenvolvimento regular dos dias de deliberação formal e a lisura do resultado das urnas. Não há previsão, no entanto, de proteção penal contra outras formas de deformação da vontade livre que se manifestam de forma indireta, pela captura insidiosa das instituições relacionadas ao processo de deliberação.

13. A democracia não se limita à forma representativa e adota-se como paradigma de análise no estudo o conceito de democracia deliberativa, com especial ênfase nas construções teóricas de Jürgen Habermas. Os teóricos dessa corrente, que não é homogênea, partem da noção comum de que as sociedades são plurais e que seus membros abraçam diferentes concepções de mundo. A legitimidade democrática emana do processo de deliberação em que todos tenham a possibilidade de contribuir, em igualdade de condições, na definição das pautas relevantes e na construção das normas que os afetarão. Concluiu-se pela relevância deliberativa para este trabalho porque torna evidente que a captura de espaços de deliberação por práticas criminosas afeta diretamente as bases de sustentação do regime democrático. A adesão parasitária de agentes criminosos a espaços institucionalizados, ou não, que sejam essenciais ao funcionamento da democracia, vicia o processo de formação da vontade em seu nascedouro.

14. A perspectiva habermasiana de democracia deliberativa converge com a hipótese desenvolvida, em razão da ênfase que esse autor confere à legitimidade pelo procedimento, às condições necessárias ao consenso e sua preocupação em prevenir crises de legitimidade política. O autor desenvolve a concepção procedimental de política deliberativa pela associação de elementos dos tipos ideais liberal e republicano. Articula sua construção a partir da forma como cada um desses paradigmas concebe o processo democrático, os conceitos de cidadão e de bem comum. Adere ao sentido democrático-radical existente no modelo republicano que privilegia a auto-organização dos cidadãos para deliberarem, ao tempo que reconhece a impossibilidade de se adotar um modelo calcado essencialmente na virtude dos cidadãos. Equivale dizer, não há se pode pressupor que todos estão orientados à realização do

bem comum. A equidade do compromisso é alcançada pela observância do procedimento e pela existência de condições, racionalmente justificadas, como justas ou injustas.

15. A teoria do discurso não opera segundo a lógica republicana, em que a cidadania é exercida tendo em conta o todo social, centrando-se no Estado, nem tampouco segundo a lógica liberal em que os atores agem com vistas à assunção de compromissos para o equilíbrio de interesses privados. A teoria do discurso opera na “intersubjetividade de ordem superior de processos de entendimento”. O processo se dá nos espaços públicos ou institucionalizados (parlamentos), onde a comunicação não subjetivada permitirá a formação de vontade presumidamente racional que provocará uma reação em cadeia: decisões eleitorais, redundando em decisões legislativas, cujo poder gerado comunicativamente poderá concretizar-se em medidas administrativas. A adoção do modelo deliberativo pressupõe o fortalecimento das instâncias de deliberação por seus próprios atores, como expressão de autonomia e, ao mesmo tempo, sua proteção pelo Estado contra condutas que visem a sequestrar as pautas públicas artificialmente.

16. A legitimidade dos partidos políticos pode ser incrementada, no plano interno, pela absorção de práticas deliberativas; no plano interrelacional, por meio da ocupação da esfera pública política como verdadeiros fóruns gregários das pretensões pluralmente dispersas na sociedade. A pretensão de influência na formação da vontade política pelas instâncias de deliberação pautadas ou não pela competição, como os partidos políticos, ou guiadas pelo dever de correção legal, como as organizações públicas, precisam encontrar nas instâncias de representação espaço de diálogo. Os partidos políticos, nessa dinâmica, têm funcionalidade que deve ser preservada. O modelo deliberativo adotado não prescinde dos mecanismos da democracia representativa. As instâncias não formais de deliberação buscam “espaço e voz” para influenciar as instâncias políticas institucionalizadas, que hoje estão centradas em grupos organizados em partidos que lutam pelo direito de governar.

17. As normas jurídicas de organização e financiamento dos partidos estão predeterminadas pelo modelo histórico do partido de massas, que evoluiu para o modelo *cath-all*. Em ambos os conceitos, em maior ou menor grau, está pressuposto um estreitamento na relação entre partido e seus membros que se amolda ao ideal de representação política identificado nos modelos constitucionalizados. Ocorre que esse modelo de partidos estaria diretamente associado a uma específica concepção de democracia e organização social, que não se verificaria nas sociedades pós-industriais. A prescrição normativa não convergiria com a realidade que deve reger, pois os partidos políticos atuam como grandes corporações semiestatais. Isso em razão do sistema de decisões, hierarquias verticais, estudos quantitativos

e assessoria de *experts* que adotam. Interessante notar que mesmo os referenciais teóricos sobre o tema, e ainda hoje evocados, são antigos.

18. A despeito da dissonância entre a representatividade normativamente prescrita/idealizada e a realidade, prevalece a necessidade de preservação dos partidos políticos contra condutas ilícitas, para fins de proteção da democracia. Qualquer processo regulatório tem limitações performativas. A forma de estruturação do sistema político tem efeitos sobre os resultados do processo democrático, especialmente em razão da proporção ou desproporção que estabelecem em termos de representação formal. Não é viável, porém, definir por lei o grau de engajamento dos cidadãos na política. É preciso ter presente, portanto, o horizonte passível de regulação e seus limites. Se embargo, a crise de representatividade dos partidos políticos não os desqualifica como espaços legítimos de deliberação. Além disso, as relações que o partido acaba por estabelecer com o Estado quando assume o poder (governo), ou por meio de membros eleitos, são espaços eventualmente permeáveis a agentes criminosos, o que, de *per si*, justificaria a existência de mecanismos internos de *compliance* penal. Em países como o Brasil, em que há o financiamento público desses entes, essa necessidade se reforça.

19. As medidas de autocontrole, com vistas à prevenção da corrupção ou da ação de agentes estruturadamente organizados para a prática de crimes, podem, ainda que de forma limitada, fortalecer o sistema de responsabilização e prestação de contas que é inerente a todos os agentes e instituições que têm alguma relevância na gerência da coisa pública (os partidos políticos incluídos). O foco no controle sobre o fluxo de recursos que abastecem os partidos pode, reflexamente, dificultar a prática de crimes que derivam da relação política-dinheiro, como a corrupção ativa e passiva.

20. No desenho institucional brasileiro, o papel dos partidos políticos como entidades mediadoras entre o Estado e a sociedade não se resume a viabilizar o acesso de indivíduos aos cargos de representação. A própria composição de alguns órgãos do Estado pressupõe a existência e atuação dos partidos. A nomeação de membros de órgãos de controle; de órgãos do Poder Judiciário; e da chefia do Ministério Público submete-se ao escrutínio prévio do Senado Federal, por arguição e votação. A influência dos partidos é pressuposta, na medida em que o próprio funcionamento da Casa legislativa é pautado pela formação dos blocos parlamentares e pela atuação dos respectivos líderes.

21. A Constituição Federal brasileira adotou um presidencialismo forte, no qual o Poder Executivo tem muitas atribuições, aliado ao sistema eleitoral proporcional para acesso às Casas Legislativas. Este dado impacta diretamente as bases nas quais os Poderes Legislativo e Executivo se relacionam. Embora a coalização intrapartidária seja uma característica presente

me outros modelos de democracia do pós-guerra, o arranjo institucional brasileiro teria o traço singular de associar ao multipartidarismo, o presidencialismo imperial e proporcionalidade, a organização do Executivo em grandes coalizões.

22. No âmbito da ciência política debate-se sobre a instabilidade que seria gerada pelo arranjo institucional brasileiro. A rigidez institucional do presidencialismo geraria dificuldades para o regime democrático, em razão da ausência de ferramentas constitucionais que possam resolver os frequentes conflitos entre o Presidente da República e o Poder Legislativo. As coalizões ideologicamente frágeis e incoerentes não seriam ambiente fértil para a produção de políticas públicas ou mesmo para a governabilidade. A fragmentação conduziria, também, a partidos pouco ideológicos e congressistas individualistas. O aspecto positivo desse multipartidarismo seria o incremento dos freios e contrapesos e a diluição de poder entre grupos. Os que defendem tese oposta, partem da análise da atuação em concreto dos partidos e da organização da Câmara dos Deputados. Extraem conclusões empíricas de que o processo legislativo é centralizado e favorável à aprovação dos projetos do Governo. Os problemas gerados pelos sistemas eleitoral e partidário seriam anulados pelo cenário institucional do Poder Legislativo. Nesse ambiente, os congressistas atuariam sob a influência dos partidos em suas votações.

23. As conclusões sobre a disciplina partidária não podem ser desconsideradas, pois encontram base em dados empíricos. Os desdobramentos da política brasileira nos últimos anos, especialmente a partir dos dados trazidos à luz com as Ações Penais 470 e 536, respectivamente conhecidas como Mensalão e Mensalão Mineiro, indicam, no entanto, que a disciplina partidária identificada pelos cientistas políticos foi contaminada por práticas criminosas.

24. A centralidade da atividade político-partidária nas democracias ocidentais contemporâneas em geral e para a democracia brasileira em particular demanda uma estrutura normativa que garanta o funcionamento regular e autônomo desses entes. Por outro lado, a gestão de recursos financeiros pelos partidos políticos, seja para sua manutenção cotidiana, seja para a realização das campanhas eleitorais periódicas, impõe a adoção de mecanismos de controle. A existência de recursos a gerir e a própria promoção de interesses de grupos na sociedade, atividade que é por essência legítima ao partido político, podem atrair a atuação predatória de agentes criminosos. O desvirtuamento do partido pela prática de crimes por meio de sua estrutura necessariamente atrai o Direito Penal. A incidência de práticas criminosas na gestão da coisa pública e no ambiente político acarreta consequências que transcendem, em muito, o universo das comunidades que eventualmente sejam afetadas.

25. As condutas típicas precisam de uma resposta, porém o Direito Penal não tem ferramentas, e nem é essa sua função, para reequilibrar a dinâmica política abalada pelo evento crime. Não é possível ignorar, inclusive, a possibilidade de que o foco na sanção penal possa obscurecer a necessidade de alterações estruturais, se o enfrentamento de problemas sistêmicos se restringir à apuração fragmentada da responsabilidade individual.

26. Desdobramentos mais recentes da política nacional, especialmente quando se centra a análise nos reflexos da jurisdição criminal sobre os atores políticos, conduzem a um diagnóstico preocupante da democracia brasileira. Os impasses gerados entre Poder Legislativo e Poder Judiciário no cumprimento de decisões do Supremo Tribunal Federal em processos criminais indicam que a estabilidade institucional pode ser, em termos gerais, menos sólida do que se poderia desejar, a exemplo do impasse gerado no contexto da decisão liminar deferida na ADPF 402. A soma das negociações inerentes ao presidencialismo de coalizção com o fortalecimento da estrutura de combate à corrupção poderá tender a mais instabilidade política. Se a relação institucional, como estabelecida, tem sido terreno fomentador de trocas ilícitas, a exposição e consequentes medidas persecutórias de natureza penal necessariamente serão elemento desestabilizador do sistema político. A esse quadro, é de se acrescentar a eventual reação dos agentes políticos aos controles do Direito Penal, o que pode ensejar o *backlash effect*, de todo indesejável quando se cuida de proteção da coisa pública. As dificuldades de setores que detêm o poder se deixarem limitar e controlar pelo Direito Penal são acentuadas no caso dos partidos políticos, em que os sujeitos destinatários das normas estão diretamente associados ao processo legislativo. É primordial, portanto, pensar sobre estratégias preventivas – que não conduzam à leniência com o crime – que fortaleçam os partidos no viés da legalidade.

27. A sucessão de processos em que há agentes políticos condenados e/ou acusados pela prática de crimes contra a Administração Pública, especificamente corrupção ativa e passiva, contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de bens e capitais, tem abalado a credibilidade das instituições democráticas em geral e do sistema partidário em particular. Embora a criminalidade não deva, por si só, ser um fator hábil a medir a confiabilidade ou legitimidade de uma democracia não deve ser desprezada quanto ao impacto que causa sobre as instituições. O grau de eficiência do Estado em dar conta dos índices de criminalidade que assolam a população, assim como da prática de crimes nas instituições estatais, é um fator que pode afetar a relação da cidadania com a democracia.

28. Considerando a hipótese desenvolvida neste estudo, segundo a qual os partidos podem e devem ser chamados a criar programas de prevenção de crimes, foi feita análise de casos concretos para: (i) para ilustrar alguns mecanismos pelos quais a criminalidade se infiltra

nesse ambiente; e (ii) funcionar como ferramenta para o mapeamento de riscos. A identificação dos delitos que circundam a atividade que se visa a proteger é essencial para a definição de um programa de *compliance* penal. Além das consequências deletérias que a prática do crime enseja, é intuitivo que apenas a admissibilidade de uma ação penal, independentemente de seu resultado, gera ônus para aquele colocado na posição de réu. Por essa razão, a mera existência do processo penal é um risco a ser evitado e o exame de ações penais admitidas, ainda que não encerradas, mostrou-se pertinente.

29. O estudo de casos foi adotado sob a acepção de ferramenta pedagógica para compreensão do Direito. A análise das decisões judiciais teve por escopo explicitar alguns meios pelos quais condutas penalmente tipificadas orbitam em torno da atividade partidária e como o Direito Penal as enquadra. Foram definidos critérios objetivos e fundamentadas as escolhas dos casos selecionados, com o escopo de evitar o indesejável efeito *cherry-picking*, pelo qual apenas as amostras que ratificam o argumento são selecionadas. Nesse sentido, a análise de casos foi feita sobre o tratamento judicial conferido a imputações penais relacionadas à atividade político-partidária e a partir de informações extraídas de acórdãos proferidos em processos criminais em três marcos da jurisdição criminal vinculados à atividade política: (i) Ação Penal 307 – caso Collor; (ii) Ação Penal 470 – caso Mensalão e (iii) a Operação Lava Jato. O recorte dos casos não se traduz pela existência de condenações ou eventual efetividade da aplicação da lei penal, aferida pela imposição de condenações. A escolha justifica-se porque todos estão no marco temporal pós Constituição Federal de 1988; revelam intercessão entre crime e funcionamento do regime democrático; caracterizam-se pela multiplicidade de violações à lei penal em um mesmo contexto fático, o que se extrai das conexões processuais que envolveram e envolvem seu processamento; e encerram eventos criminosos pluriofensivos. No caso Lava Jato foram selecionadas decisões relativas a três ações penais já julgadas em grau de apelação, com trânsito em julgado para alguns acusados.

30. O estudo de casos revelou que a relação entre dinheiro e atividade política pode ter relevância penal em duas vertentes, não necessariamente paralelas: a do poder econômico, que busca interferir no curso das decisões administrativas e de Estado à margem das regras estabelecidas e em seu próprio benefício; e a do poder político, que faz mercancia da função e/ou se utiliza de ardil para sobrepor-se na corrida eleitoral. A forma pela qual essas situações se entrecruzam nem sempre é evidente, e seu correto dimensionamento é indispensável para definir o regime jurídico aplicável. Sob o primeiro aspecto, no Brasil o tipo penal da corrupção ativa é o que se adequaria para enfrentar a conduta daquele que corrompe ou tenta corromper o agente público. No tocante aos agentes corrompidos que exercem poder político, a adequação

típica ao crime de corrupção passiva configura o tratamento previsto no ordenamento jurídico. Por outro turno, as estratégias relacionadas à exclusiva obtenção de vantagem na corrida eleitoral têm tratamento nos delitos previstos na legislação especial. Na interseção desses cenários (práticas corruptas contra a Administração Pública e crimes eleitorais), uma questão apresenta-se particularmente problemática – a da corrupção relacionada às doações eleitorais. Não existe, de *lege lata*, o tipo autônomo de financiamento ilegal de campanha. Equivale dizer, o pagamento de valores ao arrepio da legislação eleitoral não configura crime para o doador. Já o recebimento de recursos em desacordo com a lei pode atrair a incidência do tipo do art. 350 do Código Eleitoral.

31. A repressão de práticas corruptas por meio de abastecimento de campanhas eleitorais apresenta desafios importantes aos órgãos de persecução penal. Diante dos indícios de sua ocorrência, cabe aos órgãos de persecução identificar os elementos caracterizadores do crime de corrupção ativa e passiva e distinguir essas situações daquelas em que há, exclusivamente, o dolo de falsear, omitindo doações recebidas (sem contrapartida espúria) das autoridades competentes, para fins eleitorais. O problema aumenta de complexidade diante da possibilidade de o pagamento da vantagem indevida ocorrer por meio de doações com aparência de legalidade e contabilizadas perante a Justiça Eleitoral.

32. A doutrina contende sobre a pertinência da criminalização autônoma do financiamento de campanha. Na Espanha o tema é especialmente debatido, tendo em conta seu amplo sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica e a recente alteração legislativa que tipificou o financiamento ilegal e incluiu os partidos políticos como sujeitos capazes de delinquir.

33. O financiamento da atividade político-partidária sem a transparência devida anuncia-se como um dano em si ao processo democrático. Os atores sociais têm o direito de interferir na condução dos negócios públicos, mas é imperioso que isso ocorra conforme as regras acordadas e à vista de todos. Além disso, a utilização de recursos às margens das regras postas, ainda que não relacionada a uma troca espúria que venha a configurar corrupção, está associada à acumulação de recursos dos quais, de ordinário, aquele agente não poderia dispor. Por conseguinte, a concorrência desleal na disputa já está estabelecida. Isto, de *per se*, parece justificar a necessidade de um tratamento autônomo e mais detalhado dessa conduta e que alcance também aquele que financia. O substrato fático dos casos estudados parece convergir para esta análise. O recebimento de vantagem indevida por políticos e a indicação de que esses valores teriam sido utilizados não apenas para enriquecimento pessoal, mas também para o

financiamento da atividade partidária, em especial campanhas eleitorais, revelam violação à moralidade pública, vilipêndio ao erário e deslealdade na disputa eleitoral.

34. A relevância dos partidos políticos no sistema democrático brasileiro deveria se fazer acompanhar do correspondente peso da pessoa jurídica na dinâmica de responsabilização. Embora a posição institucional que os partidos ostentam demande um regime jurídico que preserve sua funcionalidade constitucionalmente estabelecida, isso não pode acarretar a criação de um espaço absoluto de imunidade. A dinâmica social não suporta, na prática, o vácuo de resposta quanto às práticas ilícitas que envolvem essas associações. Nesse cenário, a ausência de um sistema racionalmente estruturado para esse fim enseja reações que podem ser deletérias para a democracia, resultando, eventualmente, em efeito reverso ao idealmente pretendido. Nos debates que se desenvolvem sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, parece relevante que se introduza a reflexão sobre as bases de eventual inclusão ou os fundamentos para a imunidade dos partidos políticos.

35. A responsabilização penal da pessoa jurídica, no geral, é objeto de atenção sob os ângulos constitucional e penal. O primeiro analisa o alcance dos dispositivos sob a perspectiva da hermenêutica constitucional; o segundo sob o prisma da possibilidade e conveniência de superação do postulado *societas deliquere no potest*. No Brasil, a doutrina diverge acerca da existência de amparo constitucional para o estabelecimento de responsabilização penal da pessoa jurídica. A Constituição Federal introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica relativamente a atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (artigo 225, § 3º), o que foi condensado no plano infraconstitucional pela edição da Lei nº 9.605/98. A redação do art. 173, § 5º da Constituição Federal abriria flanco, também, para que o legislador ordinário possa vir a estabelecer essa espécie de responsabilidade por atividades praticadas contra a ordem econômico-financeira e a economia popular. No que se refere à matéria ambiental, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria, tendo afirmado a natureza penal da responsabilidade nesses casos.

36. A análise sistemática e teleológica dos enunciados normativos aponta para a compatibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. A diferenciação semântica entre os termos “atos” e “atividades” contidos no texto constitucional não indica o significado atribuído por aqueles que rechaçam essa interpretação. Isto porque o constituinte parece ter utilizado duas fórmulas distintas para atingir a mesma finalidade: enviar comando de atuação ao legislador infraconstitucional para impor responsabilidade em sentido amplo à pessoa jurídica visando à tutela de bens jurídicos. No primeiro plano da construção do enunciado do artigo 173, § 5º está o comando de imposição de

responsabilidade à pessoa jurídica. O foco da construção do enunciado é tornar evidente que os entes coletivos também devem ser chamados a responder. A ressalva contida no texto de que esta responsabilidade é independente daquela imposta à pessoa física parece apenas acentuar a exceção ao princípio *societas delinquere non potest*, relativamente às matérias que elenca na seqüência.

37. O artigo 225, § 3º, por seu turno, está estruturado com ênfase nas condutas e atividades a serem objeto de tutela para, em seguida, mencionar que o sujeito ativo pelas infrações pode ser tanto a pessoa física, como a pessoa jurídica. A relevância semântica à ausência de adjetivação à natureza da responsabilidade contida no texto do artigo 173, § 5º da Constituição Federal poderia no máximo conduzir à compreensão de que o constituinte conferiu ao legislador maior espectro de discricionariedade na eleição da forma de proteger os bens ali relacionados, no que se refere ao papel das pessoas jurídicas. Discricionariedade esta inexistente no que concerne à matéria ambiental. Disso não se extrai a proibição de que o Direito Penal seja acionado para a proteção dos bens jurídicos contra graves lesões ou exposição insuportável a perigo, reconhecendo a condição de sujeito ativo aos entes coletivos.

38. A aplicação das ferramentas específicas da interpretação constitucional também parece ratificar a compreensão já exposta. O aumento substancial da potencialidade lesiva de atos, condutas ou atividades contrárias ao direito com o envolvimento de entes coletivos é o elemento determinante para os enunciados constitucionais sob disputa. De notar que em um sistema que preze pela preservação de direitos, quanto mais graves os fatos e as sanções a serem aplicadas a seus agentes, maiores devem ser as garantias do processo apuratório, mais amplos os meios de investigação, bem como daqueles disponíveis à defesa dos imputados. É de se mencionar, também, que a Constituição Federal brasileira não cuida, como regra, de relacionar os sujeitos aptos à prática de determinados crimes, mas apenas fixa critérios de imputabilidade penal ou espaços de imunidade. A única regra expressa de inimputabilidade penal absoluta é aquela contida em seu artigo 228.

39. A criação de zonas de não incidência do direito de punir, quando necessário, demanda um sistema de compensação para o desequilíbrio causado por aquela lesão. A imunidade parlamentar é um exemplo do que se expõe. A rigor, a inviolabilidade dos Deputados e Senadores, civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos, assim como a insuscetibilidade de prisão preventiva após a diplomação, deveria ser compensada por meio dos controles feitos pelas próprias Casas legislativas nos procedimentos de quebra de decoro. Repugna ao sistema a idéia de que a violação da esfera de terceiros, em abuso, não encontre qualquer tipo de resposta. Também por esse motivo, para compreensão orgânica e una do texto não se deve

retirar potência dos dispositivos que dispõem sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, com a exclusão do Direito Penal de seu campo de incidência.

40. No plano dogmático, a concepção de que o Direito Penal somente pode ser acionado em face de pessoas físicas sendo, porque suas categorias dogmáticas são incompatíveis com a pessoa jurídica, é defendida essencialmente a partir três categorias: (a) capacidade de agir; (b) culpabilidade; (c) fins da pena. Os entes coletivos não teriam aptidão para agir por si ou vontade própria, razão pela qual seria inviável que fatos típicos lhe fossem imputados, nem tampouco seria concebível em relação a eles a formação de um juízo de culpabilidade, pressuposto essencial para aplicação da sanção. Também não haveria sentido em aplicar sanção penal à pessoa jurídica, já que fundamento das teorias dos fins da pena estão assentadas na vontade do autor que, diga-se mais uma vez, só poderia emanar da pessoa física.

41. A existência da pessoa jurídica não deve ser tomada sob uma perspectiva ontológica, pois não se constitui em uma realidade naturalística. Nesse sentido, é viável a construção de um conceito de normativo de ação que prescindia da vontade como elemento fundamental. A possibilidade de uma categoria própria de ação para a pessoa jurídica parece suficientemente demonstrada, na medida em que, por meio de sua estrutura, performa alterações no mundo e afeta bens jurídicos de interesse do ser humano, fim primeiro e único do sistema jurídico. A culpabilidade, por sua vez, considerada como elemento do crime, se refere à atribuição e vinculação de um fato a um agente específico. A posição que parece se coadunar com os princípios constitucionais que norteiam a aplicação de sanção penal parece ser aquela no sentido de que a culpabilidade da pessoa jurídica há de estar assentada em seus próprios atos e partir de um conteúdo adequado à sua conformação. o estabelecimento de um paralelo da culpabilidade da empresa com a culpabilidade individual não deve implicar em fragilização das garantias que a dogmática penal confere ao ser humano, mas sim no fortalecimento da idéia de que a aplicação de uma sanção pelo Estado há de, necessariamente, estar pautada em critérios racionais e intrinsecamente conectados de responsabilização do sujeito (definido pela norma como destinatário apto da sanção penal) e dosagem da reprimenda.

42. A pessoa jurídica representa uma realidade autônoma das pessoas físicas que a compõem, mas, evidentemente, a modificação no mundo que opera, licita ou ilicitamente, perpassa a atuação de um ser humano. Sem embargo disso, tem sua própria lógica e dinâmica de funcionamento. A depender do grau de complexidade da organização os processos decisórios serão diferentes, assim como diferenciada será a influência da organização sobre o indivíduo em seus diversos estratos de atuação. As organizações podem gerar uma cultura direcionada ao cumprimento normativo o que fundamenta sua culpabilidade quando a ausência dessa cultura

enseja a prática de delitos. A pessoa jurídica constitui um sistema que cria e reproduz suas regras, na lógica dos sistemas sociais autopoieticos. Se um ilícito ocorre, a culpabilidade é extraída da cultura que existe nesse sistema.

43. O reconhecimento de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica como medida limitadora da sanção a ser imposta e o reconhecimento de seu conteúdo preventivo vai ao encontro do papel que os programas de *compliance* penal devem desempenhar. Se o objetivo desses programas é a evitação do delito ou, quando ocorrido, a aderência da organização para atuar em convergência com o Estado para viabilização da resposta, é preciso reconhecer que haverá situações em que a relação culpabilidade-sanção será valorada a partir do critério da necessidade e utilidade preventiva de aplicação da pena. Ou seja, pela possibilidade de mitigação da culpabilidade como medida da sanção a partir de critérios preventivos.

44. A possibilidade teórica de impor responsabilidade penal à pessoa jurídica não se confunde com a conveniência político-criminal de adotá-la. A responsabilidade individual deve ser sempre apurada, porém não é recomendável desconsiderar a fungibilidade dos agentes em determinados contextos. Assim, a efetiva alteração de determinadas práticas demandaria não só um combate granulado, porque direcionado às individualidades, mas também uma atuação voltada à estrutura que as geram e mantêm.

45. Estabelecida a premissa de que a responsabilização penal das pessoas jurídicas é compatível com o sistema constitucional brasileiro e passível de harmonização com a dogmática penal, a análise sobre a possibilidade dessa espécie de responsabilização relativamente aos partidos políticos precisa ser parametrizada pela função que desempenham na arquitetura constitucional. A imputação de crimes à essa espécie de pessoa jurídica deve ser feita com a preocupação de se estabelecer salvaguardas à sua função essencial. O tratamento de determinada matéria pela via do Direito Penal promove uma reorganização na esfera de poder correspondente. A criminalização desloca uma parcela substancial de poder para o âmbito do Poder Judiciário, que nas democracias constitucionais contemporâneas, tem o monopólio para aplicação da sanção penal. A interferência na equação de forças entre os Poderes do Estado que a criminalização dos partidos políticos pode propiciar é uma questão relevante nesse cenário.

46. As reflexões sobre o tema podem ser subsidiadas por dois parâmetros: : (1) a criminalização de pessoas jurídicas de direito público – que envolve a questão da divisão funcional do poder – pois promove um deslocamento acentuado de poder para o Judiciário; e (2) o significado da atribuição de capacidade penal a pessoas jurídicas de direito privado, que opõe Estado e os centros de produção de poder privado.

47. Os partidos se apresentam como núcleos de condensação de poder da sociedade civil com significativa ascendência sobre os órgãos do Estado e influência na esfera de direitos de pessoas independentemente de convergirem ou não com seus interesses, classificando-se assim como poder privado. Nessa condição, se alinhariam à posição do Estado, no que se refere às violações à esfera do indivíduo, para fins de acionar o catálogo de direitos fundamentais em prol daqueles que com ele se relacionem em situação de sujeição. De outro lado, se distanciam de outros centros de poder porque agregam o diferencial de funcionar como *medium* entre o Estado e a sociedade civil para a formação das classes dirigentes e interferência formal na condução dos negócios públicos. Assim, independentemente da forma jurídica de que venham se revestir, esse aspecto nuclear de sua atuação deve ser preservado.

48. Há, portanto, um espaço de atuação dos partidos que precisa ser imunizado da incidência penal sob duas vertentes: (i) direta, pela interdição objetiva à atuação legislativa e; (ii) indireta, pelo estabelecimento de salvaguardas, para que a atuação legislativa no campo não interdito não venha a avançar sobre o campo de atuação proibida.

49. O critério de imunidade penal para as pessoas jurídicas de direito público está circunscrito às atividades estatais típicas. Por essa razão, a imunidade fruída pelo Estado é absoluta. Diversamente ocorre com entes descentralizados que, de acordo com as diversas formas de organização dos países, podem vir a exercer atividades idênticas a dos entes privados e, nesse âmbito, estariam sujeitos à responsabilização penal. A preservação das atividades estatais, no que se refere às pessoas jurídicas de direito público descentralizadas, parece colocar em relevo que a imunidade incide muito mais em razão da matéria, do que das dificuldades “operacionais” que a responsabilização do Estado pelo estado ensejaria. Os partidos políticos, a despeito de sua natureza privada, têm *locus* constitucional, e por isso não se confundem com os demais centros privados de poder porque está referenciado à uma atividade que é expressão do próprio poder constituinte. Por isso, se deveria fazer um paralelo da preservação dessa atividade, com a imunidade relativa conferida aos órgãos da administração descentralizada quando exercem atividades típicas de Estado.

50. Eventual reconhecimento da responsabilização penal dos partidos no Brasil deveria ser adstrito aos atos relacionados à sua gestão financeira, no que concerne ao trato de recursos públicos ou privados que lhe sejam confiados ou que transitem em seu benefício por meios ocultos, como nas hipóteses de lavagem de capitais. Ao atuar na gestão dos seus recursos, pelos meios oficiais ou oficiosos, o partido político em nada se diferencia de uma outra pessoa jurídica de direito privado, o que não justificaria um tratamento diferenciado.

51. A criminalização das pessoas jurídicas de direito privado em geral parece estar relacionada com a crise de soberania. Na medida em que o Estado não consegue regular completamente determinadas parcelas da realidade que são governadas por poderes privados, a criminalização se apresentaria como um meio de reafirmação desse poder. A adoção de modelos de autorregulação regulada e atribuição de efeitos penais aos programas de cumprimento poderiam ser considerados uma forma de reordenação dos meios de intervenção coercitivo do Estado, de molde a não perder espaço de poder e reafirmar sua presença, ainda que em bases dialógicas com os poderes privados.

52. As organizações empresariais estão expostas ao risco de sofrer sanções administrativas e penais pelo descumprimento de deveres impostos em uma miríade de normativo. Tal fato enseja o mapeamento dos riscos a que estão expostas por essa desconformidade e a definição de práticas que evitem sua realização. As medidas orientadas ao cumprimento de normas e implementadas por procedimentos internos em determinada organização denominam-se *compliance*. O termo advém do verbo inglês *to comply* (cumprir). Os programas referidos à prevenção de práticas de crimes seriam designados por *compliance* criminal e orientados, portanto, ao cumprimento das normas jurídicas de natureza penal, visando à sua não violação. O conceito poderia ser singelo quando considerado como mero programa de cumprimento de obrigações civis ou de diretrizes internas de uma empresa, mas que ganha enorme complexidade e riqueza quando se agrega a perspectiva de um “sistema autônomo de *enforcement*”. Estes programas estão inseridos no contexto mais amplo das práticas de boa governança corporativa.

53. Os programas de prevenção criminal no âmbito das empresas estão intrinsecamente vinculados à concepção de autorregulação, que, por seu turno, correspondem a experiências variadas. Inclui desde programas de certificação de conformidade, passando por códigos de autocontrole de anunciantes a códigos internos de conduta empresarial. No marco do Direito anglo-saxão (Estados Unidos e Inglaterra) a autorregulação envolve estruturas relacionadas à “autoimposição voluntária de padrões de conduta”, bem como a delegação de prerrogativas públicas a entidades privadas relacionadas a certa atividade a ser regulada. Em outro viés, no marco designado por europeu continental, apenas considera-se presente a autorregulação quando o grupo que se auto-gere normativamente deve assumir como próprios os resultados dela resultante, ou, sob a perspectiva jurídica, o resultado em si já está definido como a ser alcançado por esse meio, e não pela regulação estatal direta. Portanto, atividades e sujeitos públicos não estariam abarcados pelo conceito.

54. No sistema brasileiro, os programas de *compliance* penal podem ser classificados como espécie de autorregulação. Os procedimentos de adoção mandatória estariam, em alguma medida, no marco da regulação pública, inserindo-se na classe da autorregulação regulada. A autonomia das organizações para internamente implementar seus mecanismos não afastaria a incidência de aspectos do regime jurídico público a eles relacionados. Da mesma forma seriam interpretados os instrumentos de colaboração e interface com a atividade fiscalizatória do Estado.

55. O *compliance* penal está inserido no contexto dos crimes praticados pelos detentores do poder econômico. A percepção de que os empreendedores da atividade econômica, no exercício de suas atribuições, também deveriam ser objeto de atenção do Direito Penal é tributária dos estudos de Edwin Hardin Sutherland, para quem a delinquência advém de um ambiente favorável à violação à lei, que se sobrepõe às condições desfavoráveis. Este é o cerne do princípio da associação diferencial e se refere “tanto aos comportamentos criminosos, como aos não criminosos”. A interconexão entre a criminalidade econômica de caráter privado nas empresas e os delitos contra a Administração Pública com repercussão patrimonial, como a corrupção e o peculato, desafiam uma perspectiva na abordagem da questão criminal que supere a dicotomia entre o crime praticado no ambiente público e privado, também no que concerne aos mecanismos de prevenção.

56. Crimes como corrupção e peculato, praticados contra a Administração Pública, especialmente quando relacionados a práticas posteriores de lavagem de dinheiro, podem ser inseridos no conceito amplo de Direito Penal Econômico e, assim, integrar o espectro de mapeamento de riscos normativos referidos também à atividade empresarial. Não apresentam desafios da mesma ordem no campo da dogmática-penal, como aqueles àqueles que tutelam diretamente a atividade econômica do Estado. Porém, quando praticados em conexão com estes, e no contexto organizado, o cenário começa a se alterar. Ainda, se a prática das condutas típicas se desenvolve no âmbito de partidos políticos, que estão na zona intermediária entre a natureza privada de sua constituição e a função pública que desenvolvem, a complexidade se avulta

57. O dever de atuar conforme o direito, assim como de abster-se de praticar condutas e incidir em omissões criminosas não advém, evidentemente, da existência de programas de *compliance*. O dever de atuação responsável por parte de pessoas físicas ou jurídicas perante a comunidade que afetam emana do sistema jurídico, que a todos impõe sujeição. Os programas de *compliance* devem estar orientados ao cumprimento de normas independentemente de sua complexidade ou pretense grau de internalização por seus destinatários. Embora as medidas adotadas para prevenção devam ser adequadas ao maior ou

menor grau de risco de descumprimento identificado, não é viável que um programa consistente passe ao largo de medidas preventivas relacionadas a questões tidas por elementares, para apenas se ocupar daquelas concebidas como complexas.

58. O modelo de autorregulação regulada é aquele que melhor se adéqua ao programa de *compliance* criminal. Para que este programa seja efetivo e não meramente de aparência, bem como para garantir segurança jurídica aos destinatários da norma, a regulação que advém do Poder Público deve estabelecer padrões mínimos de atuação, especialmente para o caso de operações suspeitas. No Brasil há previsão de legal de programas de compliance no modelo de autorregulação regulada. Não se voltam exclusivamente para a atividade econômica em sentido estrito. A legislação que cuida das infrações à concorrência é, por natureza, direcionada ao setor privado, mas tanto a legislação anticorrupção, quanto aquela relacionada à lavagem de dinheiro trazem, em maior ou menor grau, direta ou reflexamente, a proteção da coisa pública na interação entre o sistema público e privado.

59. Os partidos políticos estão submetidos a um sistema de liberdade regulada, em que a autonomia funcional dos partidos políticos é parametrizada para atender ao interesse do regime democrático e a autenticidade do sistema representativo, como consta na vigente Lei dos Partidos Políticos. Considerada sua função na estrutura e dinâmica da democracia representativa brasileira, estão sob o constante controle da Justiça Eleitoral. Apesar da intensa regulação, não há o correlato sistema de responsabilização. Aquele que existe é incipiente e com baixa pretensão de efetividade. De *lege lata*, tem-se no Brasil um frágil sistema de sanções de natureza administrativa. A legislação eleitoral tem sido objeto de sucessivas alterações, algumas visando a incrementar o controle e transparência na utilização de recursos pelos partidos políticos e candidatos a mandatos eletivos.

60. O partido político busca o poder e a sanção aplicada ao candidato, seja pelo cancelamento da candidatura ou pela cassação do mandato já conquistado, certamente implica em atingir o ente coletivo também. Mas isso não obscurece o fato de que o partido, como ente juridicamente personalizado, segue preservado de maiores incômodos pelas irregularidades praticadas em seu benefício. O sistema de responsabilização administrativa do partido político não está centrado em afastar da concorrência legítima aquela associação que reforça seu caixa com recursos ilegais. Há uma extensa normativa sobre as finanças do partido, mas sua inobservância não é acompanhada de conseqüências na mesma proporção de gravidade das condutas que podem desequilibrar a concorrência transparente. Extrai-se da legislação eleitoral medidas de ataque a práticas ilícitas e, ao mesmo tempo, de quase neutralização dessas mesmas medidas, por sua suavização.

61. As alterações da legislação brasileira que reafirmam espaços de autonomia partidária têm um viés de ampliação do campo de imunidade dessas pessoas jurídicas. Isto reforça a noção de que a constitucionalização de “corporações autorreguladas como fontes de direito” crie condições para que possam se evadir da intervenção pública, “a ponto de anular os mecanismos de controle externo”. Nessa lógica, a governança direcionada ao cumprimento normativo e à prevenção de crimes poderia ser um mecanismo tendente a aumentar a legitimidade enfraquecida desses entes.

62. No Brasil, a legislação atualmente em vigor limita a participação privada às doações de pessoas físicas e amplia a parcela do financiamento público, nos termos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha –FEFC, que se agrega ao já existente Fundo Especial de Assistência aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), cuja composição está fixada no artigo 38 da Lei 9.096/95. O acesso mais amplo a recursos do erário reforça a concepção de que a gestão interna desses entes precisa estar voltada à prevenção de condutas criminosas em seus espaços de organização. O *compliance* penal parece se situar, assim, no ponto de intersecção entre autorregulação e regulação. O dever de os partidos se orientarem nesse sentido poderia ser extraído de uma decorrência lógica de que estejam acordes com o regime democrático. Seria irracional conceber um partido estruturalmente antidemocrático e que se organizasse em desacordo com os valores da República. A transparência, licitude na atuação e trato de recursos públicos, assim como a submissão a controles deveriam ser elementos que deveriam estar espelhados nas agremiações políticas.

63. Um limite real ao *compliance* penal nos partidos políticos brasileiros hoje é de ordem pragmática. A fragilidade do sistema sancionatório a que estão expostos e ausência de risco à responsabilização penal vão de encontro a qualquer preocupação mais consistente em se estrutura nesse sentido. O risco para os partidos hoje estaria muito mais no plano da reprovabilidade ética-moral do que propriamente normativa. Por outro lado, o fato de membros de seu corpo se verem pessoalmente envolvidos em questões criminais resvala em sua imagem de forma importante. Outro aspecto que deve ser considerado, é a eventual exposição da pessoa jurídica do partido político a ações de improbidade.

64. É viável transpor a lógica do *compliance* penal do âmbito empresarial para organizações de outra natureza, como aquelas relacionadas à Administração Pública e aos partidos políticos. Tendo a conduta ética como norte e a transparência como vetor, o programa de *compliance* penal deve concentrar-se no treinamento dos atores para identificar situações de riscos. O mapeamento prévio é, assim, essencial para se estabelecer os procedimentos internos hábeis a criar obstáculos à virtuais práticas de ilícitos. A lei dos partidos políticos deveria

contemplar a previsão de que a agremiação que contivesse um programa de prevenção ao financiamento ilegal e à malversação dos recursos públicos que, doravante serão sua base de sustentação financeira, teria reflexos nas sanções aplicáveis à pessoa jurídica. Por malversação e financiamento ilegal compreendem-se as condutas traduzidas, de *lege lata*, em lavagem de capitais e corrupção. Os partidos, por seu turno, deveriam se estruturar estatutariamente com a previsão de algum órgão interno responsável pela supervisão desse programa.

65. Essas medidas deveriam se fazer acompanhar de um movimento pelo constante aprimoramento dos processos de democratização interna das agremiações. Tal parece uma condição circundante para viabilizar que as diversas forças (correntes de opinião) que disputam espaço no seio do partido possam controlar-se mutuamente tornando os programas preventivos mais efetivos. O fato de os partidos serem centros privados de poder, situados na zona intermediária do público e do privado e, ainda, destinatários de financiamento com recursos públicos, fundamenta que a autonomia que lhes é constitucionalmente assegurada seja compreendida dentro do marco aplicável àqueles que precisam prestar contas. Conseqüentemente, podem ser chamados a adotar formas específicas para garantir que essa prestação seja efetiva, transparente e eficaz.

66. Há duas vertentes que se fortalecem com essa visão preventiva: (i) internamente, pelo incremento da democracia interna dos partidos e na relação de seus filiados; (ii) externamente pela criação de mecanismo de proteção a uma instância de deliberação que fortalece a democracia. O *compliance* penal nos partidos, visando à prevenção delitativa e ao fortalecimento ou restabelecimento de sua legitimidade, deveria estar voltado para procedimentos de controle dos recursos auferidos e aplicados pela pessoa jurídica, oriundos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha –FEFC e do Fundo Especial de Assistência aos Partidos Políticos (Fundo Partidário). O fluxo do dinheiro no interior do partido desde sua entrada e todas as aplicações deveriam estar disponíveis, de forma acessível ao eleitorado, independentemente das informações a serem enviadas à Justiça Eleitoral. Da mesma forma, a relação das pessoas físicas doadoras, com indicação expressa de eventuais vínculos com empresas, de molde a prevenir burla à vedação legal e benefícios espúrios derivados.

67. Os partidos não devem se pautar pela lógica empresarial. O vetor de motivação das empresas para adoção de programas dessa natureza observa uma lógica que não pode ser transposta por completo para o ambiente dos partidos. Cuida-se, na verdade de se apropriar desse recurso e dar-lhe configuração própria. O fundamento de legitimidade se encontra mais próximo daquele que embasa programas da espécie no setor público e, por essa razão, o grau de coercibilidade para sua implantação pode pautar-se por um parâmetro diferente daquele

pensado para a lógica estritamente privada. O foco de controle no que se refere aos partidos é o interesse geral na disputa limpa, a correta utilização de recursos públicos que lhe são repassados e a proteção do sistema representativo.

REFERÊNCIAS

- ABOSO, G. E.; ABRALDES, S. F. *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*. Buenos Aires: Euros, 2000.
- ABRANCHES, S. H. H. de. Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.
- AGRA, W. de M. Captação ilícita de arrecadação e gastos: Análise do art. 30-A da Lei Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 3, n.4, p. 203-2015, Jan./jun. 2011.
- ALCÁNTARA-SÁEZ, M. Partidos políticos em América Latina: Hacia una profesionalización de calidad. *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales*, v. 19, n. 58, p. 53-70, ene./abr. 2012.
- ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Tradução de Claudia Lopez Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999.
- ANDRÉ ISOLA FONSECA. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 13-22, jan./mar. 1998.
- ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2008.
- ARAS, V. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; LIMA, L. F. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- ARAÚJO DE SOUZA, A. *Criminalità organizzata*. Minaccia alla democrazia e ai diritti fondamentali. Roma: Aracne, 2016.
- ARAUJO, N. de. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- AVRITZER, L. Constitucionalismo e democracia: Soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 159-174, jan. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24214/22987>> Acesso em: 21 jun. 2017
- AVRITZER, L. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- AVRITZER, L. Teoria Democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, São Paulo, n. 50, p. 25-46, 2000. Disponível em: < www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200003&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 22 set. 2017.

BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal*. Tese (Doctorado en Derecho). Facultad de Derecho, Universidad de Autônomo de Madrid, 1997.

BACIGALUPO, E. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Arazandi, 2011.

BACIGALUPO, E.; HERMIDA, C. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, M. RPPJ en el derecho sancionador español. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; SÁNCHEZ, B. F.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Org.). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2016.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.; GÓMEZ-JARA DIEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2. ed. Navarra: Arazandi, 2016.

BALTAZAR JÚNIOR. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, L. R.; TIBURCIO, C. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

BASSIOUNI, M. C. (Ed.). *Globalization and its impact on the future of Human Rights and International Criminal Justice*. Cambridge: Intersentia, 2015.

BATINI, S.; RÉ, M. C. de. Pelo MP: Responsabilização dos partidos políticos. *JOTA*, 2016. On-line. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/pelo-mp-responsabilizacao-dos-partidos-politicos-20082016>> Acesso em: 31 mar. 2017.

BATISTA, N. *et al. Direito Penal Brasileiro*. V. II. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BATISTA, V. M. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BECK, U. *Sociedade de risco mundial: Em busca da segurança perdida*. Tradução de Marian Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

BENEDETTI, C. R. Criminal Compliance: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência. In: MANZI, V. A.; COIMBRA, M. de A. (Org.) *Manual de compliance: Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2014.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *Derecho penal económico*. [S.l.: s.n., 2017]. Disponível em: <<http://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/derecho-penal-económico-definicion/>> Acesso em: 1 ago. 2017.

BERMEJO, M. G., PALERMO, O. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BITENCOURT, C. R. *Teoria geral do delito: Uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: Dos crimes praticados contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. Parte especial 5*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BM&BOVESPA. *Índice de Governança Corporativa – Novo Mercado (IGC-NM)*. 2016. Online. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/indices/indices-de-governanca/indice-de-governanca-corporativa-novo-mercado-igc-nm.htm> Acesso em: 25 jul. 2017.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BOCK, D. Compliance y deberes de vigilância en la empresa. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRAGA, M. do S. S.; PIMENTEL JR, J. Os partidos políticos brasileiros realmente não importam? *Opinião Pública*, v. 17, n.2. nov. 2011.

BRASIL. Banco Central. Resolução BACEN 2.682. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Conheça os deputados. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas>> Acesso em: 3 dez. 2017b.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, Artigos 23 e 29. Brasília, DF, 1992a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017, Artigo 12, § 3º, II. Brasília, DF, 2017c.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4424/2016. Brasília, DF, 2016a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077454>> Acesso em: 26 dec. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.424, de 18 de fevereiro de 2016. Brasília, DF, 2016b.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.831 de 1993. Comissão Especial. Brasília, DF, 1993a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno. Brasília, DF, 1989a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17. Brasília, DF, 1989b.

BRASIL. COAF. *Exposição de Motivos da Lei nº 9.613, de 1998*. Ministério da Fazenda, Brasília, DF, 1998. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>> Acesso em: 20 jul. 2017e.

BRASIL. *Código Civil*, Brasília, 10 jan. 2002.

BRASIL. *Código Eleitoral*, Brasília, 15 jun. 1965.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição. Artigo 89. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 1891.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Artigo 25. Presidência da República, Brasília, DF, 1992b.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Artigos 27 e 46. Presidência da República, Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Presidência da República, Brasília, DF, 1991.

BRASIL. Decreto nº 5.015 de 12 março de 2004. Presidência da República, Brasília, DF, 2004a.

BRASIL. Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Presidência da República, Brasília, DF, 2006a.

BRASIL. Decreto-lei 7.586 de 28 de maio de 1945. Artigos 109 e 110. Presidência da República, Rio de Janeiro, RJ, 1945.

BRASIL. ENCCLA. *Metas de 2016*. Brasília, DF, 2017f. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-de-2006>> Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. Justiça Federal da 4ª Região. AC 5023135-31.2015.4.04.7000/PR. Curitiba, PR, 2017g.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná. AP 5047229-77.2014.404.7000. Curitiba, PR, 2015a.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná. Processo 5012249.02.2017.4.04.7000. 1ª Vara Federal de Curitiba Curitiba, PR, 2017h.

BRASIL. Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971. Presidência da República, Brasília, DF, 1971.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Presidência da República, Brasília, DF, 1985.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, art. 4º. Presidência da República, Brasília, DF, 1986.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Presidência da República, Brasília, DF, 1990a.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Presidência da República, Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, arts. 19 e 21. Presidência da República, Brasília, DF, 1990b.

BRASIL. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Presidência da República, Brasília, DF, 2009a.

BRASIL. Lei nº 12.683/12, de 9 de julho de 2012. Presidência da República, Brasília, DF, 2012a.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Presidência da República, Brasília, DF, 2013a.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, art. 2º. Presidência da República, Brasília, DF, 2013b.

BRASIL. Lei nº 13.487, de 6 de outubro de 2017. Presidência da República, Brasília, DF, 2017i.

BRASIL. Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Presidência da República, Brasília, DF, 2017a.

BRASIL. Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, art. 57. Presidência da República, Brasília, DF, 1993b.

BRASIL. Lei nº 9.096, de setembro de 1995. Art. 12 e arts. 61 a 66A. *Regimento Interno do Senado Federal*, Brasília, 20 set. 1995a.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de novembro de 1997. Presidência da República, Brasília, DF, 1997a.

BRASIL. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, art. 28, § 12. Presidência da República, Brasília, DF, 1997b.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Presidência da República, Brasília, DF, 2006b.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Acordos bilaterais*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-bilaterais-1>> Acesso em: 8 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN- Dezembro 2014*. 2014a. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Denúncia Mensalão*. Brasília, DF, 2017j. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view> Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Resultados da operação Lava Jato*. Curitiba, Paraná, 2017l. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia>> Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Código Penal*. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.443, de 16 de Julho de 1992. Lei Orgânica – Planalto, Brasília, DF, 1992c.

BRASIL. Resolução nº 101, 30 dez. 1992. Resolução do Senado Federal. Brasília, DF, 1992d.

BRASIL. Senado Federal. Decisão da Mesa do Senado. Brasília, DF, 2016c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/mesa-senado.pdf>> Acesso em: 1 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2017 - Lei de Abuso de Autoridade*. Brasília, 2017m. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128634>> Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>> Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Brasília, 1992e. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/88802>> Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Senado Federal. RQ 07, de 2005-CN. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Brasília, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351/DF. Brasília, DF, 2006c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.354/DF. Brasília, DF, 2006d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.650. Brasília, DF, 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.394. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5394&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.394MC. Brasília, DF, 2015c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.738. Brasília, DF, 2017n.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 307/DF. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>> Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 307/DF. Brasília, DF, 1995b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Brasília, DF, 2013c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 536. Brasília, DF, 2014b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 570. Brasília, DF, 2013d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.054.490. Brasília, DF, 2017o.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96.233. Brasília, DF, 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.603/DF. Brasília, DF, 2008a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 5.209. Brasília, DF, 2015d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349.703. Brasília, DF, 2008b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548.181. Brasília, DF, 2013e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.727. Brasília, DF, 2015e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Teses Jurídicas. Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuTese.asp?tese=TOP>> Acesso em: 1 dec. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AP 2378231-34.2014.8.13.0024. Belo Horizonte, MG, 2017p.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Lei dos Partidos Políticos – Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Brasília, DF, 1995c.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 21.833, de 21 de junho de 2004. Brasília, DF, 2004b.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.526, Consulta 1.398. Brasília, DF, 2007a.

BRASIL. Tribunal Superior Federal. Resolução nº 23.465, de 17 de dezembro de 2015. Brasília, DF, 2015f.

BRASIL. Tribunal Superior Federal. Resolução nº 23.471, de 3 de março de 2016. Brasília, DF, 2016d.

BRASIL. Tribunal Superior Federal. AgRg no RESP 1655-68, 29 de novembro de 2016. Brasília, DF, 2016e.

BRASIL. Tribunal Superior Federal. Inq. 2245. Brasília, DF, 2007b.

BRASIL. Tribunal Superior Federal. PC 901-76, Luciana Lóssio, 26 de abril de 2016. Brasília, DF, 2016f.

BRASIL. Tribunal Superior Federal. Resolução 23.463, de 15 de dezembro de 2015, Artigo 27, § 5º. Brasília, DF, 2015g.

BRISCOE, I.; PERDOMO, C.; BURCHER, C. U. (Ed). *Illicit networks and politics in Latin America*. Estocolmo: Idea Institute, 2014.

BRYCE, J. C.; GIBSON, T. J.; RUSH, D. E. Ethics in Government. *American Criminal Law Review*. v. 29, n. 315, p 317-40, 1991/1992.

BUSATO, P. C. *Direito penal: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, P. C. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro. *Revista Liberdades*, Edição Especial: Reforma do Código Penal, São Paulo, p. 98-128-34, set. 2012.

BUSATO, P. C.; REINALDET, T. J. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013.

CAMBI, E.; GUARAGNI, F.; BERTONCINI, M. *Lei anticorrupção: Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

CANCIO MELIÁ, M. Lesividad social del delito y estado actual de la política criminal. In: SÁNCHEZ, L; ANTONIO, J. (Coord). *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Thomson-Reuters-Civitas, 2011.

CERNICHIARO, L. V.; COSTA JR, P. J. da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995d.

CHRISTY, A. Legal remedies for citizens exiled overseas by the no fly list. *The Dartmouth Law Journal*, v. 10, n. 94, 2012.

CHUEIRI, V. K. de; GODOY, M. G. Constitucionalismo e democracia: Soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 159-174, jan. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24214/22987>> Acesso em: 21 jun. 2017.

- COLÔMBIA. *Ley 1475 de 2011*. 2011. Disponível em: <<http://aceproject.org/en/regions/americas/CO/colombia-ley-1475-de-2011-sobre-partidos-politicos/view>> Acesso em: 23 jun. 2017.
- CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MORAES, J. Q. de (Ed). *Filosofia Política*, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985.
- CORPORACIÓN LATINBARÓMETRO. *Informe Latinobarómetro 2016*. Santiago: [s.n], 2016. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>> Acesso em: 21 dec. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. 6 ago. 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf> Acesso em: 7 out. 2017.
- COSTA, H. R. L. da; ARAÚJO, M. P. C. *Compliance e o julgamento da APn 470*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103191>. Acesso em: 26 out. 2017.
- COTRIM NETO, A. B. Natureza jurídica dos partidos políticos brasileiros. *Revista de Informação legislativa*, v. 13, n. 49, p. 63-74, jan./mar., 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180908>> Acesso em: 25 out. 2017.
- CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. VIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- CRUZ, A. A. dos S. *A discriminação racial contra afrodescendentes no Brasil e o impacto sobre a democracia: Um olhar sobre a atuação da Justiça Federal de Segunda Instância*. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.
- CUESTA AGUADO, P. M. de la. *Sociedad del riesgo y Derecho Penal*. In: BACIGALUPO, S. (Org). *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2005.
- CUNNINGHAM, F. *Theories of democracy: A critical introduction*. Londres: Routledge, 2002.
- DAHL, R. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale U. P., 1989.
- DE CARVALHO, A. G. Governança corporativa no Brasil em perspectiva. *Revista de Administração da Universidade de São Paulo*, v. 37, n. 3, p. 10-32, jul./set. 2002.
- DECKERT, K. Corporate criminal liability in France. In: PIETH, M.; IVORY, R. (Ed). *Corporate criminal liability: Emergence, convergence and risk*. New York: Springer, 2010.
- DEL'OLMO, F. de S.; ROTTA, D. G. Brexit: Da integração regional à política de controle de mobilidade humana. *Revista brasileira de Direito Internacional*, v. 2, n. 2, p. 100-117, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1651/2136>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: Uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 184-207, jul./set. 1995.

DUTRA, B. M. A. *A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: Teoria do domínio da organização*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

DUVERGER, Maurice. *Los Partidos Políticos*. 23. ed. Tradução Julieta Campos; Enrique Gonzáles Pedrero. México: FCE, 2014.

EDITORIA. Jefferson denuncia mesada paga pelo tesoureiro do PT. *Folha de São Paulo*, 6 jun. 2005. on-line. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u69402.shtml>> Acesso em: 25 out. 2017.

ENGHELHART, M. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, D. et al (Ed). *Regulating corporate criminal liability*. Suíça: Springer, 2014.

ENSSLIN, S. R. et al. Grau de intangibilidade e retorno sobre investimentos: Um estudo entre as 60 maiores empresas do índice Bovespa. *Ciências Sociais em Perspectiva*, v. 8, n. 14, p. 101-18, 2009.

ESER, A. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Bogotá, n.18, p. 7-43, 1998.

ESPANHA. *Fiscalia General del Estado*. 2016.

ESPANHA. Jefatura del Estado. *Código Penal*. 1995.

ESPANHA. *Ley Orgánica 01*. 2015.

ESTEVE PARDO, J. El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo: Mito y realidad del caballo de Troya. In: ARROYO JIMÉNEZ, L. et al. *Autorregulación y sanciones*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

EZROW, L. *Linking Citizens and Parties: How electoral system matter for political representation*. New York: Oxford U. P., 2010.

FARIA, C. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova*, São Paulo, n. 50, p. 47-68, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2017.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Montevideo: Bde F, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. Imputación objetiva em Derecho Penal Económico y empresarial: Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. *InDret – Revista para el Análisis Del Derecho*, Barcelona, mai. 2/2009. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/627_1.pdf> Acesso em: 26 dez. 2017.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade do Risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n.7, maio/ago. 2011.

FELISBINO, R. de A. ¿Inestabilidad o estabilidad em la política brasileña? Partidos políticos y presidente de la República contra la incertidumbre. *Revista de Estudios Sociales*, n. 41, p. 135-44, 2011.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J. Algunas reflexiones sobre la corrupción política. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 317-352., jan./fev. 2011.

FERRAJOLI, L. *Principia iuris: Teoria del derecho y de la democracia 2*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERREIRA, L. V.; TROTTA, S. B. Aspectos constitucionais da extradição no direito brasileiro: Antigas proibições e novos desafios. In: FAYET, P. *et al* (Org.) *Controvérsias Constitucionais Atuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Parte Geral, Tomo I*. Coimbra: Coimbra, 2012.

FIGUEIREDO, G. G. de. A teoria dos white-collar crimes. In: BADARÓ, G. (Org.). *Direito Penal e processual penal: Leis especiais I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FLORES, A. de J. Algumas reflexões sobre o método de estudo de casos no direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 4 , n.1. p.815-23, 2011.

FLYVBJERG, B. Five misunderstandings about case-study research. *Qualitative inquiry*, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 219-245, 2006. Disponível em: <<http://yvbjerg.plan.aau.dk/Publications2006/0604FIVEMISPUBL2006.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GALLIE, W.; FREEDEN, M.; CONNOLLY, W. A iniciativa popular no Sistema Constitucional Brasileiro: Fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1707-56, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958958>> Acesso em: 18 jun. 2017.

GARCÍA, P. de V. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales* (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). *Pensamiento Constitucional*, ano IX, n. 9, p. 25-42, 2002.

GARDELLA, M. D. I. La autorregulación regulada em la doctrina anglosajona y continental-europea. In: ARROYO JIMÉNEZ, L. et al. *Autorregulación y sanciones*. Navarra:Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

GÓES, S. B. C. Alterações pontuais na Lei das Eleições podem auxiliar no combate ao caixa dois. In: FALCÃO, J. *Reforma eleitoral no Brasil: legislação, democracia e Internet em debate*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

GOMES, J. J. *Crimes e processo penal eleitorais*. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONZÁLES CUSSAC, J. L. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: GONZÁLES CUSSAC, J. L.; OLIVEIRA, W. T. de O. *et al* (Org.). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo, LíberArs, 2013.

GRECO, L. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GREEN, S. P. The criminal prosecution of local governments. *NC Law Review*, v. 72. n. 5, p. 1197-1245, 1994.

GRITTER, E; KEULEN, B. F. Corporate criminal liability in the Netherlands. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 14.3. dez. 2010. Disponível em: <<https://www.ejcl.org/143/art143-9.pdf>> Acesso em: 2 out. 2017.

GUTMANN, A. *A desarmonia da democracia*. Lua Nova: São Paulo, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 jun. 2017.

HABERMAS, J. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. V. II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, J. *Três modelos normativos de democracia*. São Paulo: Lua Nova, 1995.

HEINE, G. *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales*. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf> Acesso em: 1 set. 2017.

HIRSCH, H. J. *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas: Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 46. Madrid: Ministério da Justicia, 1993.

HULSMAN, L. H. C. Abolicionismo penal e deslegitimação do sistema carcerário: Uma conversação com Louk Hulsmán. *Verve: revista semestral do Nu-Sol - Núcleo de Sociabilidade Libertária*, São Paulo, n. 21, p. 135-153, mai. 2012.

IPEA. *Atlas da violência*. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

ITALIA. *Decreto Legislativo 18 de agosto de 2000, n 267. 2000*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/00267dl.htm>> Acesso em: 24 dez. 2017

JAKOBS, G. ¿Qué protege el derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 23-42, 2001.

JAKOBS, G. *La pena como reparación del dano*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Conferencia. Gottingen: Georg-August-Universität Gottingen, 2014.

JOHANSSON, R. Case study methodology. *International Conference Methodologies in Housing Research*, Royal Institute of Technology in cooperation with International Association of People-Environment Studies, set. 2003. Disponível em: <http://www.psyking.net/htmlobj-3839/case_study_methodology-rolf_johansson_ver_2.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

JONES, M. *Creative accounting, fraud and international accounting scandals*. Chichester: Wiley, 2011.

KATZ, R. S; MAIR, P. The cartel party thesis: A restatement. *Perspectives on Politics*, v. 4, n. 7, p. 753-66, 2009.

KIERKEGAARD, S. The Prüm decision: An uncontrolled fishing expedition in 'Big Brother' Europe. *Computer Law & Security Review*, v. 24, n. 3, p. 243-252, 2008.

KILPATRICK, C. Nixon forces firing of Cox; Richardson, Ruckelshaus Quit. *Watergate 25*, 1973. On-line. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/102173-2.htm>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

KIRCHHEIMER, O. The transformation of the Western European Party Systems. In: LAPALOMBARA, J.; WEINER, M. (Eds.). *Political parties and political development*. Princeton: Princeton U.P., 1966. p.117-200

KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LAPALOMBARA, J.; WEINER, M. (Eds.). *Political parties and political development*. Princeton: Princeton U.P., 1966.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAZERGES, C. *Introduction a la politique criminelle*. Paris: L'Harmattan, 2000.

LEITE, A.; FERRAZ, A. A. T. (Org.). *Crime e política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LIMA, S. M. P. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba, Juruá, 2016.

LIMONGI, F. A democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 76, p. 17-41, nov. 2006. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 maio 2017.

LIMONGI, F.; FIGUEIREDO, A. *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*. São Paulo: Lua Nova, 1998.

LINDE, J.; EKMAN, J. Satisfaction with democracy: A note on a frequently used indicator in comparative politics. *European Journal of Political Research*, v. 42, p. 391–408, 2003.

LIZT, F. Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOEWENSTEIN, K. Militant Democracy and Fundamental Rights. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 417-432, jun. 1937.

LORD, N. *Regulating corporate bribery in international business: Anti-corruption in the UK and Germany*. Farnham: Ashgate, 2014.

LOSANO, M. G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MACEDO, E. H.; SOARES, R. M. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação de poderes: Um paradigma democrático? [S.l.: s.n., s.d] Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0bd791e117caac17>> Acesso em: 18 set. 2017.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAINWARING, S.; TORCAL, M. Party System Institutionalization and party system theory after the third wave of democratization. *Working Papers*, n. 319, april 2005. Disponível em: https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/319.pdf Acesso em: 21 dec. 2017.

MAROTO CALATAYUD, M. Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. In: ARROYO JIMÉNEZ, L. et al. *Autorregulación y sanciones*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2015d.

MAROTO CALATAYUD, M. (Ed.) *La financiación ilegal de los partidos políticos: Un análisis político-criminal*. Madrid: Marcial Pons, 2015a.

MAROTO CALATAYUD, M. Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos e empresas. In: ARROYO JIMÉNEZ, L. et al. *Autorregulación y sanciones*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2015c.

MAROTO CALATAYUD, M. Financiación ilegal de los partidos políticos. In: QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a La reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015b.

- MARQUES, M. da C. da C. Aplicação dos princípios da governança corporativa ao sector público. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 11-26, June 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2017.
- MARSAVELSKI, A. Responsibility of criminal parties for criminal offences: preliminary observations, challenges and controversies. In: GETOS, A. M.; ALBRECHT, H. J.; KLCHLING, M. (Eds). *Mapping the criminological landscape of the Balkans*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610306>. Acesso em: 2 de mar. de 2017.
- MARTINELLI, J. P.; BEM, L. S. de. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- MARTINS, M.; GRANJA, R.; MACHADO, H. Risco, segurança e criminalidade: O suspeito “transnacional”. In: IX CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA: PORTUGAL, TERRITÓRIO DE TERRITÓRIOS. [S.l.: s.n., 2016]. Disponível em: <http://ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_Martins-Granja-Helena.pdf> Acesso em: 20 jul. 2017.
- MARTUSCELLI, D. E. A ideologia do presidencialismo de coalizão. *Anais do IV Simpósio de Lutas Sociais na América Latina*, Londrina, p. 62-71, 2010.
- MEDINA SALAS, M. A. Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. *Capítulo criminológico: Revista de las disciplinas del control social*, Maracaibo, v. 37, n. 1, p. 133-152, jan./mar. 2009.
- MELO JUNIOR, L. C. M. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. *Soc. estado*, Brasília, v. 28, n. 3, p. 715-719, dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 oct. 2017.
- MERCOSUL. *Conselho do Mercado Comum*. 2010. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/coordenadores-nacionais/conselho-do-mercado-comum-cmc>>. Acesso em: 20 dec. 2017.
- MERSEL, Y. The dissolution of political parties: The problem of internal democracy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 1, p. 84-113, jan. 2006.
- MESTIERE, J. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MIR PUIG, S. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Lusíada*, Lisboa, n. 3, pp. 155-174, 2015.
- MIRANDA, P. *Tratado de Direito Privado: Parte geral. Pessoas físicas e jurídicas*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, M. C. S. A autorregulamentação em questão: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da publicidade para criança. *Anais do XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*. Fortaleza, 2012. Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32467362/artigo_para Intercom Nacion al_2012_Maria Clara Monteiro.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32467362/artigo_para_Intercom_Nacional_2012_Maria_Clara_Monteiro.pdf)> Acesso em: 10 jul. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. *A life of dignity for all: Accelerating progress towards the Millennium Development Goals and advancing the United Nations development agenda*. 2013. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/202&referer=/english/&Lang=E>. Acesso em: 28 mar. 2015.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2012. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>> Acesso em: 26 dec. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Intergovernmental Organizations*. 2014. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/member-states/intergovernmental-organizations/index.html>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. *Promotion and protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right To Development*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-26-Add2.pdf>>. Acesso em: 22 dec. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/65/230 da Assembléia Geral (01.01.2011)*. 2011. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/230>. Acesso em: 30 mar. 2015.

NAUCKE, W. *El concepto de delito econômico-político: Una aproximación*. Tradución de Eugenio Sarraýrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015.

NEVES, J. F. M. das. Acordos sobre a sentença penal: O futuro aqui já! *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 34, n. 135, p. 37-64, jul./set. 2013.

NIBLETT, A. Do Judges Cherry Pick Precedents to Justify Extra-legal Decisions?: A Statistical Examination," *Maryland Law Review*, v. 70, p.234-271, 2000.

NIETO MARTÍN, A. A necessary triangle: The science of legislation, the constitutional control of criminal laws and experimental legislation. In: MARTÍÍN, A. N.; ROMERO, M. M. de M. (Eds.). *Toward a rational legislative evaluation in criminal law*. Suíça: Springer, 2016.

NIETO MARTÍN, A. De la ética pública al public compliance: Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. In: NIETO MARTÍN, A; CALATAYUD, M. M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

NIETO MARTÍN, A. Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13). In: ARROYO ZAPATERO, L.; MARTÍN NIETO, A. (Coord). *Fraude y corrupción en el derecho penal*

económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 125-159, 2008.

NIETO MARTÍN, A. Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NIETO MARTÍN, A.; CALATAYUD, M. M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

NINO, C. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997

O'DONNELL, G. *Dissonances: Democratic critiques of democracy*. Notre Dame: Notre Dame, 2007.

OFFE, C. Crisis and innovation of Liberal Democracy: Can deliberation be institutionalised? *Czech Sociological Review*, v. 47, n. 3, p. 447-473, 2011.

OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación ilegal de los partidos políticos: Um foco de corrupção*. Valencia: Tirant lo blanc, 2014.

PANOEIRO, J. M. de C. *Política Criminal e Direito Penal Econômico: Um estudo Interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. *Conselho europeu de tampere 15 e 16 de outubro de 1999: Conclusões da presidência*. 1999. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm#union>. Acesso em: 8 maio 2015.

PEDRO COLLOR DE MELLO. Pedro Collor conta tudo. *Veja*, São Paulo, n. 1236, 27 maio 1992.

PELEGRINI, M. Temas atuais sobre prestação de contas dos partidos políticos e candidatos. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 15, p. 5-34, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI006.aspex?pdicntd=146208>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PELEJA JÚNIOR, A. V. *Inovações no direito eleitoral: A influência do processo civil e as reformas eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2016.

PEREIRA, F. V. *Delação premiada: Legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, J. R. G. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: Uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n 35, p. 345-373, jul./dez., 2016.

PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ-MONEO, M. *La selección de candidatos electorales em los partidos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

PERLINGEIRO, R. *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIETH, M.; IVORY, R. Emergence: An introduction do to corporate liability principles. In: PIETH, M.; IVORY, R. (Ed). *Corporate criminal liability: Emergence, convergence and risk*. New York: Springer, 2010.

PLANAS, R. R. A identidade dogmática jurídico-penal. In BADARÓ, G. (Org). *Doutrinas Essenciais: Direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PMBOK. *Project Management Institute: Um guia de conhecimento em gerenciamento de projetos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLICARPO JUNIOR. O homem chave do PTB. *Veja*, São Paulo, n. 1905, 18 maio 2005.

POPE, J. Transparency, integrity and funding of the political process. In: GRIFFITH-TRAVERSY, M. A. (Ed). *Democracy, parliament and electoral systems*. London: Pluto, 2002.

POPPER, K. R. A lógica da pesquisa científica. 18 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2012.

PORTLAND (ORE.). United States District Court. *Opinion and Order*, 2014. Disponível em: <https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/no_fly_list_ruling_-_latif_v._holder_-_6-24-14.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2014.

POST, R.; SIEGEL, R. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007. n 42, p. 373-433, 2007. Disponível em: < <http://harvardcrcl.org/archive/>>. Acesso em: 28 dez. 2017

PRZEWORSKI, A. *Democracy and the market: Political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*. New Yourk: Cambridge U. P., 1991.

QUANDT, G. de O. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: A propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470 do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./fev. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103189>. Acesso em: 1 dez. 2017.

RÁO, Vi. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REINO UNIDO. Bribery Act 2010. London: The National Archives, 2010. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>> Acesso em: 3 dez. 2017.

ROCHA, F. A. N. G. da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODAS, S. *39% dos envolvidos em crimes financeiros no Brasil são ligados a agentes públicos*. Consultor Jurídico. São Paulo [s.d]. On-line. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-18/39-envolvidos-crimes-financeiros-sao-ligados-politicos>> Acesso em: 20 maio 2017.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. El progresivo diseño de espacios judiciales penales comunes para enfrentar la impunidad de la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 239-354, mar./abr. 2011.

RODRIGUEZ, L. M. R.; MONTERO, M. G. Coerência partidária nas elites parlamentares latino-americanas. *Opinião Pública*, v. 8, n.2, p 189-229, 2002.

ROSSETTO, P. C. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 211-286, jan./jun. 2009.

ROTHENBURG, W. C. A pessoa jurídica criminosa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 717, p. 359-367, jul./set. 1995.

ROTSCH, T. Sobre las preguntas prácticas y científicas del criminal compliance. *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lima, p. 4., jun, 2015.

ROXIN, C. *Autoria y dominio del hecho*. 7. ed. Madrid: Marcian Pons, 2000.

ROXIN, C. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Parte Geral, Tomo, I. Madrid: Civitas, 1997.

RYFE, David M. Does deliberative democracy work? *Annual Review of Political Science*, v. 8, p. 49-71, 2005.

SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. 6 ed., vol. 1. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, E. M. do. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. V, n. 55/82, p. 82-134, jul./ago. 2005.

SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal: Parte geral*. Curitiba: Lúmen Juris, 2008.

SARRABAYOROUSE, Eugenio. Estudio Preliminar. NAUCKE, W. *El concepto de delito económico-político: Una aproximación*. Traducción de Eugenio Sarrabayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015.

SCHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SCHILIKMANN, D. G. *Financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2016.

SCHMITT, R. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHÜNEMANN, B. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 2, n. 1/2, p. 17-49, 1996.

SCHÜNEMANN, B. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa*: Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *ADPCP*, v. LV, p. 9-38, 2002.

SCHÜNEMANN, B. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, tomo 41, p. 529-558, 1988.

SIEBER, U. Programas de 'compliance' en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Tradução de Abanto Vásquez. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. Teoría del delito y derecho penal econômico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M.; MIRÓ LINHARES, F. (Dir). *La teoría del delito en la práctica econômica*. Madrid: La Ley, 2013.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVEIRA, R. de M. J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÕES, P. C. A supra individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, J. de F. (Org). *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra, 2005.

SOUZA NETO, C. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, C. et al (Org.). *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 1-73.

SOUZA, A. de B. G. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, A. de B. G. *Programas de Compliance e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica*. Tese (Pós-doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2016.

SOUZA, A. de B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Direito Penal: Parte geral*. 2 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SUSTEIN, C. Backlash's Travels. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*. n 42, p. 435-449, 2007. Disponível em: < <http://harvardcrcl.org/archive/>>. Acesso em: 28 dez.2017

SUTHERLAND, E. H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Renavan, 2015.

SUTHERLAND, E. H.; CRESSEY, D. *Principles of Criminology*. Chicago: JB Lippincott, 1947.

TANGERINO, D. de P. C. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, A. R. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. Corrupción, globalización y Derecho Penal Económico. In: SERRANO, N. G. C. (Org.). “*Halcones y Palomas:*” Corrupción y delincuencia económica. Madrid: Castillo de Luna, 2015.

TIEDEMANN, K. Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 6, n. 26, p. 291-320, 1983.

TIEDEMANN, K. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*: Revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 4, n. 5/8, p. 461-475, 1975.

TIEDEMANN, K. La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 615-633, 1995.

UNIÃO EUROPEIA. *A declaração Schuman de 9 de maio de 1950*. 1950. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

VALENTE, V. A. E. *Direito penal de empresa e criminalidade econômica organizada: Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e seus representantes face aos crimes corporativos*. Curitiba: Juruá, 2015.

VERVAELE, J. A. E., QUINTERO, H. A. H. (Org). *Estudios de Derecho Penal Económico y Financiero*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2011.

VILA-NOVA, A. A. D. Supremo (con)fundiu gestão temerária e fraudulenta? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2013. On-line. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-15/stf-confundiu-conceitos-gestao-temeraria-fraudulenta>> . Acesso em: 25 out. 2017.

VILCHIS, R. R. G. Desencanto democrático y opinión ciudadana sobre el crimen em Latinoamérica. *POLIS*, v. 10, n. 2, p. 105-33, 2014.

WATERSTONE, M. Backlash, courts and disability rights. *Boston University Law Review*, v. 95, p. 834-849, 2015.

WORLD BANK. World Bank Listing of Ineligible Firms & Individuals. 2017. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º época, n. 11, p. 365-384, jan. 2014.

ZUÑIGA RODRÍGUES, L. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009.