



RESUMO DAS PALESTRAS

Controladoria-Geral da União
Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU

SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 – Brasília-DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho

Ministro De Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

Carlos Higino Ribeiro de Alencar

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira

Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Romão

Ouvidor-Geral da União

Waldir João Ferreira da Silva Júnior

Corregedor-Geral da União

Sérgio Nogueira Seabra

Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção

Equipe Técnica

Hamilton Fernando Cota Cruz

Diretor de Integridade, Acordos e Cooperação Internacional

Camila Colares Bezerra

Coordenadora-Geral de Acordos e Cooperação Internacional

Servidores

Renata de Assis Calsing

Adriano Souza de Freitas

Elizabeth Cristina Marques Cosmo

Tiragem: 1.000 unidades

Capa e editoração: Ascom/CGU

Disponível no sítio www.cgu.gov.br

Permitida a reprodução parcial ou total desde que indicada a fonte.

As opiniões expressas nessa publicação são pessoais de seus autores e não necessariamente representam a visão da Controladoria-Geral da União, nem de quaisquer outras pessoas que não os seus autores, incluindo entidades de que os autores são participantes ou seus empregadores. As opiniões aqui expressadas têm fins meramente informativos, sendo destinadas à discussão pública, e representam um resumo do que foi apresentado pelos autores durante as palestras proferidas na Controladoria-Geral da União no ano de 2014 durante o evento denominado STPC Café.

APRESENTAÇÃO

A Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão do Governo Federal responsável por assistir direta e imediatamente ao Presidente da República quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, sejam relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

A Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção – STPC é o órgão da CGU responsável pela prevenção da corrupção no âmbito da Administração Pública Federal. Cabe à secretaria formular, coordenar, fomentar e apoiar a implementação de planos, programas, projetos e normas voltados à prevenção da corrupção e à promoção da transparência, do acesso à informação, da conduta ética, da integridade e do controle social na Administração Pública, bem como na sua relação com o setor privado. A STPC promove também a cooperação com órgãos, entidades e organismos nacionais e internacionais que atuam no campo da prevenção da corrupção, além de fomentar a realização de estudos e pesquisas visando à produção e à disseminação do conhecimento em suas áreas de atuação.

É no âmbito da função de produção e disseminação de conhecimentos que foi lançado em 2014 o projeto STPC Café, que visa aproximar a CGU e seus servidores do mundo acadêmico, trazendo profissionais e pesquisadores renomados para fomentar a discussão de temas afetos às competências da STPC. A iniciativa é levada a cabo pela Coordenação-Geral de Acordos e Cooperação Internacional (CGACI) - criada em 2013 pelo Decreto no. 8.109, que reestruturou a Controladoria-Geral da União, com a missão de acompanhar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de enfrentamento à corrupção, bem como promover e apoiar estudos e pesquisas que permitam a difusão do conhecimento nas áreas de atuação da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção.

A presente publicação tem por objetivo disseminar os debates ocorridos nas edições de 2014 do STPC Café, garantindo maior amplitude aos temas abordados ao longo do ano, tais como Lei da Empresa Limpa (Lei nº 12.846/2013); Participação Social; Proteção ao Denunciante (de boa-fé); Regulamentação do Lobby e Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica.

O primeiro capítulo, escrito pelo Dr. Ivo Gico Teixeira Junior, versa sobre a Lei da Empresa Limpa (Lei nº 12.846/2013) tendo por base a Análise Econômica do Direito, que busca empregar as ferramentas econômicas para melhorar a compreensão do direito, especialmente com relação às suas consequências. A palestra debateu o porquê da existência da corrupção, definida como o ato pelo qual o agente público se beneficia em detrimento do contribuinte na execução dos seus deveres funcionais. Salientou que o corrupto é um agente racional e maximizador, e que por isso o corruptor leva em consideração o custo-benefício de praticar um ato ilícito. Ou seja, ele avalia o ganho esperado da corrupção em relação ao custo e probabilidade de ser punido antes de tomar sua decisão de praticar ou não o ato. Foram debatidos também institutos da Lei, como o Acordo de Leniência, no que tange à criação de desincentivos sobre a prática dos atos ilícitos contra a Administração Pública.

O segundo capítulo, cujo título é “A Efetividade da Participação Social no Brasil: Disseminação, institucionalização e desafios atuais”, escrito pelo Dr. Roberto

Rocha C. Pires, faz um balanço crítico das instituições participativas no Brasil, avaliando suas conquistas e os desafios pendentes. A pesquisa abrange dados dos governos federal, estaduais e municipais, mostrando a evolução e a disseminação de formas institucionais de participação social no Brasil desde 1988.

O terceiro capítulo é apresentado pelo advogado e Mestre em direito (LL.M) pela Columbia Law School e em filosofia pela Universidade de Brasília, Eric Hadmann Jasper, que falou sobre os aspectos jurídicos da Proteção do Denunciante de Boa-fé. Durante a explanação do tema, foram apresentados os instrumentos nacionais e internacionais de proteção ao denunciante e as estruturas de incentivo para fornecimento de informações relevantes.

O quarto capítulo da publicação conta com a participação de dois pesquisadores que abordaram a “Regulamentação do Lobby”. A Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug contribuiu com o tema “Lobby: uma atividade legítima”, discorrendo sobre a existência da atividade, que, além de não ser um fenômeno recente, pode ser considerada como aquela em que os grupos de interesse participam do processo de tomada de decisões, influenciando e auxiliando na elaboração de políticas. Afirma a professora que, com a aprovação da Lei de Acesso à Informação, o cenário está propício para a aprovação de uma lei que regule essa atividade, onde as relações são um jogo de interesses em que o Estado apresenta-se como intermediário.

A segunda parte do quarto capítulo é apresentada pelo Dr. Ricardo José Pereira Rodrigues, que fala sobre os desafios e parâmetros para a regulamentação do lobby. O pesquisador afirma que o lobby é frequentemente associado à corrupção, sendo por um lado uma importante ferramenta para aprimorar a qualidade da democracia. Desta forma, conclui que a regulamentação do lobby deve disciplinar tanto o comportamento ético de autoridades públicas como a conduta daqueles que buscam influenciar sua tomada de decisões, sendo a transparência palavra-chave deste debate.

O quinto e último capítulo da publicação versa sobre os Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica, elaborado pelo Coronel Diógenes Lima Neto. Os acordos também conhecidos como offsets trazem um duplo questionamento em relação à escolha dos contratantes pela Administração Pública: é levado em conta tanto o preço do produto como a quantidade de tecnologia que a empresa ganhadora está disposta a transferir para o Estado. Contudo, como o arcabouço legal que permite tal negociação ainda é recente, uma análise sobre a percepção nacional e internacional sobre esse tipo de acordo é importante. Em relação à CGU, é apresentada discussão sobre os aspectos de controle interno e acompanhamentos realizados sobre os contratos.

Esperamos que as contribuições dadas pelos nossos convidados possam engrandecer futuros debates entre os leitores e sirvam de referência para as discussões e reflexões sobre os temas apresentados.

Boa Leitura!

Sérgio Nogueira Seabra

Secretário de de Transparência e Prevenção da Corrupção

SUMÁRIO

A Lei 12.846/2013 sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito - Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Jr.	7
A Efetividade da Participação Social no Brasil: Disseminação, institucionalização e desafios atuais - Roberto Rocha C. Pires	15
Proteção ao Denunciante de Boa Fé: Aspectos Jurídicos - Eric Hadmann Jasper	21
A Regulamentação do Lobby: Desafios e Parâmetros para sua Adoção - Ricardo José Pereira Rodrigues	27
Lobby: Uma atividade legítima - Samantha Ribeiro Meyer-Pflug	37
Acordos de Compensação: Uma Visão Holística do contexto brasileiro - Diógenes Lima Neto	43

**A LEI 12.846/2013
SOB O PONTO DE
VISTA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO
DIREITO**

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Jr.

A Lei 12.846/2013 sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Jr. - PhD (UnicEuB)

A Análise Econômica do Direito – AED é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. Ela é útil ao direito na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Será a partir da AED que falaremos sobre a Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O primeiro ponto a se esclarecer sobre a Lei 12.846/2013 é que ela não deve ser vista sob o ponto de vista do Direito Penal, já que é uma lei de caráter eminentemente administrativo e por isso deve manter a sua natureza, sob pena de não conseguir efetivar condenações. Dito isto, devemos nos fazer uma pergunta fundamental para avançar no tema objeto desta intervenção: Por que existe a corrupção?

Inicialmente, tendemos a pensar que as pessoas são corruptas por serem más, por não terem caráter. Contudo, isso não é verdade. As pessoas que praticam atos de corrupção em países com essa cultura tendem a parar de praticar esses atos em países com uma cultura diferente. Por quê? Porque a corrupção tem mais a ver com incentivos do que com a moral. Desta forma, não vamos discutir aqui o que é a moral, já que partimos do pressuposto de que não queremos corrupção no Brasil.

O Banco Mundial costuma dizer que corrupção é o abuso do cargo público para fins privados; ou o ato pelo qual o *insider* se beneficia às custas do *outsider*, sendo aqui o *insider* o agente público e o *outsider* o contribuinte. Então, corrupção seria o ato pelo qual o agente público se beneficia em detrimento do contribuinte na execução dos seus deveres funcionais.

No caso da Lei 12.846/2013, corrupção seria o fato de as empresas entrarem em conluio com os agentes públicos para obter vantagens que julgamos indevidas.

De uma perspectiva concorrencial, o que vem à nossa mente é que a Lei 12.846/2013 é uma “outra lei de concorrência”, pois resolve outra falha de mercado que a Lei de Concorrência (Lei nº 12.529/2011) não resolve. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC está preocupado em garantir a prevalência da concorrência em geral, enquanto a Controladoria-Geral da União – CGU, quando combate a corrupção, também: a concorrência entre potenciais agentes para prestar um serviço ou participar de um contrato público, por exemplo, onde um

se beneficia em razão da prática do ato de corrupção, já que o corruptor ganharia em razão de ter distorcido o processo competitivo.

E por que é importante para nós que o processo competitivo não seja distorcido? A concorrência disciplina o concorrente, fazendo com que os produtos e serviços se tornem melhores e mais baratos, criando ainda mais opções à sociedade. Quando existe corrupção, ao invés de se investir em produtos melhores e mais baratos, é racional investir em conexões. Se a concorrência é pelas conexões, os produtos serão piores. Daí porque podemos concluir que, sob o ponto de vista social, é muito relevante manter a concorrência e a pressão competitiva.

Os juristas estão acostumados a ver o direito como um conjunto de regras e normas, ou seja, de textos. Na análise juseconômica, vemos todas as regras como incentivos: o direito visaria justamente mudar a conduta dos agentes. Nessa perspectiva, é interesse se ambientar com conceitos técnicos como, por exemplo, *payoffs* (retornos), cooperação, coordenação, intermediação e concentração.

Via de regra, o que se busca na AED são estratégias normativas de facilitar e incentivar a cooperação entre os agentes. No entanto, quando falamos de corrupção, essa cooperação é socialmente indesejável, logo, o Direito deve criar regras que dificultem ou desincentivem essa cooperação deletéria. Busca-se evitar que o agente público e o privado colaborem para praticar atos lesivos ao erário e ao interesse público. Conseqüentemente, vamos buscar aqui desenvolver formas para evitar essa cooperação indesejada pelo direito.

Nessa linha, podemos modelar o problema da corrupção do ponto de vista do agente corruptor da seguinte forma:

$RE[U] = p \cdot U(Y-f) + (1-p) \cdot U(Y)$, onde	
RE: retorno esperado da corrupção	f: <i>fine</i> ou valor da punição
p: probabilidade de ser punido	(1-p): probabilidade de não ser punido
U: função utilidade do corruptor	p.U (Y-f): custo esperado da punição
Y: <i>yield</i> ou fruto do delito	(1-p).U(Y): ganho esperado da corrupção

Assim, um corruptor não necessariamente tem um distúrbio mental, ele é uma pessoa que atua normalmente na sociedade, ele não é um *lombrosiano*. Ele é um agente racional-maximizador e, como tal, pautará sua conduta pelos custos e benefícios que ele (subjetivamente) associa aos seus retornos. A lógica da conduta do corruptor maximizador segue o modelo apresentado acima, onde o retorno esperado da corrupção é a diferença entre o ganho esperado da corrupção e o custo esperado da punição. Em outras palavras, o ganho esperado é a probabilidade de não ser preso ou punido vezes o fruto do delito, menos o valor esperado da punição, que é a probabilidade de ser punido vezes o custo esperado da punição¹.

¹ Representar esse raciocínio como um somatório ou uma subtração depende

O corruptor racional leva em consideração o custo esperado da punição, que é um valor ponderado pela probabilidade de ser pego mais a probabilidade de não ser punido vezes o retorno do crime, que é o ganho esperado do crime. Em resumo, o que a equação quer dizer é que o corruptor leva em consideração o custo-benefício, ou seja, o ganho esperado pela corrupção em relação ao custo da corrupção (custo de ser punido).

No caso, a Lei 12.846/2013 tem pouco a fazer em relação ao ganho esperado da corrupção, mas muito em relação ao custo esperado dela. Por isso, a mencionada Lei vai trabalhar com duas variáveis: a probabilidade (p) e a magnitude (f). Por trazer mais penalidades, como mais multas para a pessoa física que pratica atos de corrupção, o que a Lei faz é aumentar a magnitude da penalidade (f) quando e se a empresa for pega.

Quando a CGU cria um programa de leniência, reconhece o comportamento estratégico dos agentes e tenta aumentar a probabilidade de os demais agentes corruptores serem pegos (p). E aumentando a probabilidade de detecção e de punição (p), além da magnitude da pena (f), faz com que se aumente o custo esperado da punição $\{p \cdot U(Y-f)\}$. Então, do ponto de vista juseconômico, a Lei 12.846/2013 trabalha só com uma parte da equação.

Se o corruptor leva em consideração o ganho esperado pela corrupção em relação ao custo de ser punido, devemos nos perguntar: **Vale a pena ser corrupto?**

Essa não é uma resposta moral; ela é racional. Ser corrupto na nossa cultura não é tão ruim assim. Políticos que praticam atos de corrupção são reeleitos; casais não se separam devido a atos de corrupção; colegas não deixam de ser amigos se um colou na prova. O Brasil não tem uma cultura de estigma contra o corrupto tão forte quanto outros países, nos quais um corrupto pode ser socialmente ostracizado.

É sempre assim? Não.

Pode ser mudado? Sim.

Demora muito? Não.

O caso do cigarro é emblemático – em dez anos fumar deixou de ser chique para ser reprimido no meio social. O mesmo pode acontecer com a corrupção. **Então, qual é o maior desafio do Estado no combate à corrupção?**

A lógica juseconômica da corrupção é um pouco diferente da do cartel. Os dois fenômenos constituem uma manipulação do processo competitivo para beneficiar poucos. No entanto, enquanto o cartel é, por definição, um processo coletivo (colusão entre concorrentes), a corrupção tende a beneficiar apenas uma das partes (o corruptor)². Funcionaria mais ou menos assim: eu começo te pagando um pouco para me dar o contrato, onde o ato é bilateral; mas, depois o ato torna-se unilateral, porque só a

apenas do sinal da função utilidade associada à punição, se positivo ou negativo (desutilidade).

2 Obviamente, é possível concorrentes se unirem para fraudar uma licitação com a conivência do agente público, mas aí estaríamos diante de um cartel de licitação cumulado com corrupção.

empresa executa o contrato. Surge, então, um problema agente-principal, já entrando na teoria dos jogos – o corruptor não tem benefícios de se entregar, porque só ele e a pessoa que recebeu a propina sabem o que está acontecendo. Muitas vezes, apenas uma parcela da equipe da empresa sabe o que está acontecendo, outras só o gerente ou o presidente é que usam atos de corrupção para bater metas.

Mas como fazer para que a empresa tenha incentivos de se entregar por atos de corrupção?

Analisaremos as estruturas de incentivo em relação ao corruptor, já que a Lei parece que tem por foco maior a empresa, ignorando que muitas vezes é o agente público que começa a cobrança de propinas para que o agente privado possa participar do contrato. Dizemos isto porque o agente público é quem tem o domínio do processo competitivo – antes, durante e depois do contrato.

Um exemplo: a empresa pode ter ganhado a licitação sem pagamento de propinas e executado o contrato, mas sofre pressão para receber o pagamento. O que fazer? Os processos judiciais demoram 15 anos, ainda mais com a Administração tendo prazo em dobro e outras prerrogativas processuais. Além disso, o agente condenado administrativamente se tornado inidôneo para outras licitações. Se ganhar o administrado ganhar a ação judicial, ainda receberia o valor devido por meio de precatórios. Enfim, o prestador de serviço público é refém do administrador. Tornar a execução contra o serviço público muito rápida pode ser uma forma de combater a corrupção, mas não seria no melhor interesse da Administração Pública em outros casos.

O gestor público, tendo menos poder, teria menos força para exigir corrupção. Porque corrupção é um jogo duplo, não existindo se um lado não quiser. Por isso, é importante pensar em incentivos e desincentivos para os dois lados, e não somente focalizar nas empresas. Contudo, como já dissemos antes, a Lei 12.846/2013 tem por foco exclusivo a empresa, deixando de lado o agente público, o que é uma limitação.

Existem dois prejudicados nos atos de corrupção: o poder público (sociedade em geral) e também os concorrentes. Nada obstante, a Lei não traz qualquer dispositivo que incentive os concorrentes a delatarem os corruptores. Lembre-se: **nada como pessoas que perderam uma licitação para impugnar ou delatar o ganhador.**

Por que não existe um prêmio para quem denuncia e não participou do ato de corrupção?

Se em função do que o agente trouxe o Poder Público conseguir identificar um caso, um percentual seria dele. Qual é o problema em deixar que o delator se beneficie também de sua delação? Seria uma forma de a CGU aumentar a sua capacidade investigatória sem ter que contratar novos servidores. E os potenciais delatores funcionariam por desempenho, pois só ganhariam se pegassem algum ato.

Outro ponto importante: para os casos em que a própria empresa entrega o corruptor, delatando a ocorrência do ato de corrupção, a Lei optou por uma punição reduzida, não a eliminando. A pessoa jurídica só

pagaria menos, mas não deixaria de pagar, o que reduz a sua chance de se autodelatar, só o fazendo racionalmente quando ela estimar que realmente será punida. Se a multa fosse anulada por completo, mesmo em casos em que a empresa estima uma baixa probabilidade de punição ela teria incentivos para delatar.

Façamos uma comparação com o cartel. A empresa cartelizadora é igual a uma pessoa que quer contratar um marceneiro. O primeiro problema é buscar a quem contratar, depois descobrir se o outro deseja prestar o serviço que você quer e, por fim, discutir o preço do acordo. Uma vez estabelecida a barganha, os agentes precisam monitorar o serviço para ter certeza de que o acordado está sendo cumprido. Os cartelizadores se monitoram uns aos outros e têm que buscar meios de punir quem furou o esquema. No cartel a conduta é coletiva e o CADE busca tornar as etapas de negociar, monitorar e punir mais difíceis. Dessa forma, o CADE tem maior facilidade, pois monitora condutas coletivas e se um dos agentes é trapaceado pelos demais, a melhor forma do cartelizador trapaceado punir seus parceiros de colusão é denunciar ao CADE (programa de leniência) e, em geral, é isso que acontece.

Esse é o dilema dos prisioneiros concorrencial. Do ponto de vista dos cartelizadores, o ideal é a cooperação, onde todos manteriam artificialmente um preço mais caro e todos ganhariam. No entanto, se um deles cobrar um pouco mais baixo sem que os demais saibam, ele ganharia mais, pois ganharia cobrando um preço acima do mercado (levemente menor que os concorrentes do cartel), mas venderia mais, tendo assim um incentivo para trapacear. Nesse cenário a cooperação é instável. O acordo de leniência do CADE entra aqui justamente para que no dia em que um deles ficar bravo, ele denuncie os outros sem custo para si.

E como funciona o cenário na corrupção?

Aqui nós só temos um agente privado e um público e a corrupção acontece em um ato só e, depois, a empresa fica sozinha recebendo os frutos do acordo. Isso é uma cooperação estável e por isso é mais difícil de monitorar, já que não existe um agente disposto a delatar, além de faltar um prêmio ao concorrente prejudicado para que ele se interesse em denunciar.

Vocês sempre podem confiar na defesa de seus próprios interesses na conduta das pessoas e não é diferente com as empresas concorrentes, que poderiam denunciar o ato se sentirem prejudicadas, mas, para isso, elas provavelmente desejam um prêmio. Agentes racionais não costumam praticar atos apenas para cumprir seu dever cívico. Conceder um prêmio para as delações que levem a recuperação de recursos públicos desviados seria uma forma de infiltrar agentes da CGU por aí a um custo muito pequeno. Algumas pessoas são contra porque acham que é enriquecimento ilícito. Não é. É uma forma de um agente privado fazer o trabalho de fiscalização da CGU, de forma mais barata, pois ele monitora ilícitos e só ganha se desempenhar bem sua função.

E o que diz a lei em relação à leniência?

Só a primeira empresa a se manifestar pode fazer o acordo. Um erro! Porque às vezes é preciso de provas que a primeira empresa não tem. O primeiro delator poderia ganhar mais e outros menos, mas

essa possibilidade geraria um incentivo a todos para fazer acordo. A estrutura prevista na Lei aumenta o incentivo da primeira rodada do jogo, mas elimina todos os incentivos nas rodadas seguintes. Se fosse possível premiar o delator, o desconto para os próximos delatores pode ser visto no caso concreto para que aumentasse os incentivos da empresa para dar o maior número de provas possível.

Como essa possibilidade está ausente, o acordo de leniência tal como estruturado na Lei traz pouco incentivo para a delação e, via de regra, apenas para a empresa que já foi pega ou estima uma alta probabilidade de ser pega.

Outro erro é dar o acordo de leniência só para pessoas jurídicas. E as pessoas físicas parte da empresa? A Lei fala que pode fazer acordo em hipótese previstas na Lei nº 8.666 (artigo 17). Mas como as pessoas físicas seriam incentivadas a denunciar a empresa se não há acordo para ela? Seria o caso de empregados insatisfeitos, etc. (artigo 16 da Lei). Não há incentivos para que o funcionário denuncie a empresa.

E o que acontece com o contrato em vigor? Se é uma empresa honesta, que ganhou a licitação. Suponha que uma empresa que tem por política não praticar atos de corrupção, dentro de seu programa de *compliance*, descobre que um funcionário “confundiu” presente com acordo e realizou um ato ilícito. Qual é o incentivo gerado para a empresa para que entregue o funcionário corruptor? Ela perderia o funcionário, o contrato em curso e ainda pagaria por isso. Por óbvio, essa estrutura reduz muito o incentivo da empresa para denunciar. E o Judiciário? Depois o MP, a AGU, etc. podem ainda ir ao judiciário pelo mesmo ato para punir a empresa. O risco de delatar ou realizar leniência é grande e as recompensas pequenas.

Vejam o artigo 17 da Lei. Ele não cria uma estrutura de incentivos adequada. A CGU deveria ser *one stop shop*, ou seja, todos os potenciais agentes públicos envolvidos no combate à corrupção deveriam estar vinculados a esta negociação. Senão, cria-se desincentivos para a pessoa delatar e, portanto, fica cada vez mais barato corromper.

A luz desses breves comentários, o que esperar do programa de leniência da CGU?

- Incentivos – são pequenos, pois subsistem outras punições;
- Condenados – mesmo tendo feito acordos o agente e a empresa serão condenados;
- Problema agente-principal – pessoas físicas não tem interesse em se denunciar porque no Código Penal corrupção é crime e eles não ficam isentos de outras punições;
- Empresas estrangeiras – temos um problema de concorrência internacional: pouca preocupação com licitações que acontecem em outros lugares – e o que acontece aqui dentro?
- Não existe incentivo para o *whistleblower* (delator).

A expectativa é, pois, que a corrupção continuará a ser interessante, apesar da Lei 12.846/2013, ainda mais em um contexto institucional em que já

se sabe que o crime compensa. Nesse sentido, em um trabalho realizado por Carlos Higinio Ribeiro de Alencar e o Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Jr., intitulado *Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção* (2011), ficou demonstrado que a probabilidade de punição por corrupção no Brasil ainda é muito pequena.

Na pesquisa, foram analisados os casos de servidores públicos federais demitidos por corrupção de 1993 a 2005. Foi considerado o período de quatro anos como um prazo razoável para que o demitido já condenado administrativamente fosse condenado judicialmente. Todavia, o que aconteceu com este corruptos no Judiciário?

Dos 687 servidores demitidos no período considerado, 441 foram demitidos por corrupção (65%). Desses, mais da metade entrou com ação judicial para obter a reintegração, mas apenas 4,5% obteve a reversão da decisão administrativa. Esse resultado indica que o Judiciário tende a manter os atos da Administração Pública. E desses 441, quantos foram punidos civil e/ou penalmente?

Os resultados pífios. Penalmente, apenas 14 foram punidos (3,17%), enquanto civilmente foram apenas 7 (1,59%), ou seja, para o corruptor racional, o crime compensa!

É justamente este quadro de incentivos perversos que a Lei 12.846/2013 veio alterar. O objetivo era criar um programa de incentivos para o combate à corrupção empresarial, mas o acordo de leniência para atrair denúncias não foi feito. Além disso, há outras limitações na Lei. A título de exemplo, a dúvida sobre a sua aplicabilidade a pessoas físicas. A Lei inclui a sociedade de fato como potencial sujeito passivo da condenação. No entanto, se o esquema de corrupção envolver 5% ou 10% do resultado do delito, não estaríamos automaticamente diante de uma sociedade de fato? Se compartilha propósitos e resultados é sociedade de fato e o servidor compartilha do resultado. Em outras palavras, pela literalidade da Lei, pessoas físicas ou funcionários públicos poderiam sim ser punidas pela Lei 12.846/2013.

Outra questão é a alienação das empresas envolvidas em ato de corrupção. A Lei prevê a sucessão em caso de fusão, cisão, etc., mas não tem previsão para caso de contrato de trespasse ou transferência do fundo de comércio. Há, portanto, uma brecha na Lei que, pelo Princípio da Legalidade, não pode ter interpretação extensiva.

Como se pode ver, o combate à corrupção é um objetivo socialmente desejável e o objetivo da Lei 12.846/2013. No entanto, as estruturas de incentivos montadas pela nova Lei possuem limitações que dificultarão a sua plena implementação e a eficácia dessa política pública. A análise econômica do direito pode apontar alguns caminhos para o aperfeiçoamento desse arcabouço de combate à corrupção.

**A EFETIVIDADE DA
PARTICIPAÇÃO SOCIAL
NO BRASIL:
DISSEMINAÇÃO,
INSTITUCIONALIZAÇÃO
E DESAFIOS ATUAIS**

Roberto Rocha C. Pires

A Efetividade da Participação Social no Brasil: Disseminação, institucionalização e desafios atuais

Roberto Rocha C. Pires

1. Introdução, objetivos e métodos

Em quase três décadas de existência de formas institucionalizadas de participação social na gestão de políticas públicas no país, foram muitos os avanços observados na sua disseminação, institucionalização e efetividade. Mas, como todo processo que ainda constrói sua maturidade, abundam desafios e obstáculos para a que a gestão participativa se torne uma característica definidora da atividade governamental no país.

Assim, pretende-se fazer um balanço crítico das instituições participativas no Brasil, avaliando suas conquistas e os desafios pendentes. Para tanto, a pesquisa se baseia em dados administrativos referentes aos governos federal, estaduais e municipais, que evidenciam a ampliação de escopo e as transformações das formas de participação da sociedade no fazer do Estado, bem como na análise de entrevistas com atores-chave e da revisão da literatura sobre participação social no Brasil.

Com base nessas informações, aborda-se brevemente a evolução e disseminação de formas institucionais de participação social no Brasil desde 1988, nas três esferas de governo (municipal, estadual e federal), ressaltando não só o adensamento, mas, também, a diversificação dos mecanismos de interação entre atores estatais e atores sociais vigentes no país. Em seguida, chama-se atenção para os fatores e condições que criam dificuldades e desafios para que as demandas dos cidadãos e organizações da sociedade civil sejam efetivamente contempladas na ação governamental. Com base em pesquisas recentes sobre processos participativos na esfera federal, percebe-se que muitos desses desafios se manifestam na esfera da implementação e da gestão das políticas públicas, no interior do aparato do Estado. A partir da identificação desses desafios, conclui-se pela necessidade de uma perspectiva estatal da participação social, a qual procura salientar a visão e a percepção dos atores estatais sobre os processos participativos, os sentidos, papéis e usos que estes atribuem à participação e às possibilidades de sua efetividade.

2. Disseminação, institucionalização e efetividade: os avanços conquistados e os desafios pendentes

Nos anos 1980, a emergência de formas institucionais de participação social nos governos locais era recebida como uma inovação democrática, resultante das interações entre atores da sociedade civil, partidos políticos e burocracias locais (ABERS, 2000; AVRITZER & NAVARRO, 2003). Passadas mais de três décadas, é possível dizermos que instituições participativas se tornaram uma realidade inegável da atuação governamental no Brasil, um

traço característico de nossa institucionalidade democrática (SÁ e SILVA, LOPEZ & PIRES, 2010).

Ao longo dos anos 2000, observou-se uma mudança impressionante na “porosidade” da ação governamental às influências dos cidadãos e organizações da sociedade civil. A disseminação de conselhos gestores de políticas públicas no nível local foi bastante expressiva, alcançando a cobertura quase plena dos municípios brasileiros em áreas como saúde, educação, assistência social, direitos da criança e do adolescente, além de coberturas também expressivas em áreas como habitação, meio ambiente, cultura e direitos do idoso (MUNIC/IBGE, 2009). Em um período de oito anos, o número médio de conselhos por município (considerando-se apenas aqueles com mais de 100 mil habitantes) praticamente dobrou, passando de 10 na gestão 1997-2000 para 19 na gestão 2005-2008 (PIRES & VAZ, 2010). Processo semelhante se observa na esfera estadual, na qual se verifica a presença de conselhos nas áreas acima citadas em todos os estados brasileiros. Em média, cada uma das 27 unidades da federação brasileira possui conselhos em 13 áreas temáticas distintas (ESTADIC/IBGE, 2012).

Ao passo que, em 2002, 11,5% dos órgãos federais possuíam mais de 75% dos seus programas com pelo menos uma forma de interação com a sociedade, em 2010, 75,4% dos órgãos federais apresentam mais de 75% dos seus programas com pelo menos uma forma de interação com a sociedade. Isto é, ao final da década de 2000, a maior parte das ações governamentais federais estava sujeita, pelo menos do ponto de vista formal, a alguma forma de contato com atores sociais, incluindo mecanismos ativos de participação (PIRES & VAZ, 2012). Desde 2003, tem sido visíveis esforços por parte do governo federal e de alguns governos estaduais de incorporação de processos participativos na elaboração dos seus Planos Plurianuais (PPA). Por fim, de 2003 a 2011, foram realizadas 82 conferências nacionais que discutiram diretrizes de políticas públicas em diversas áreas, mobilizando mais de 5 milhões de pessoas em milhares municípios e nos eventos em nível estadual e federal (IPEA, 2013).

A ampla disseminação de instituições participativas suscitou, então, debates sobre a sua efetividade (PIRES, 2011). Com efeito, diversos estudos oferecem evidências empíricas da efetividade das instituições participativas. Isso sugere que a presença de instituições participativas traz potenciais positivos para a melhoria da atividade governamental, para as políticas públicas e para a qualidade de vida dos cidadãos. No entanto, abundam também exemplos de processos participativos que tiveram suas expectativas frustradas, não produziram os efeitos desejados. Desse modo, apesar das conquistas observadas, questionamentos sobre a efetividade das instituições participativas persistem e desafios se interpõem a sua ampliação.

O estudo destaca três desses desafios para o amadurecimento das instituições participativas no Brasil. Isto é, desafios que só se apresentam em função do avanço histórico alcançado pelo fenômeno, mas que atualmente impõem limites ao crescimento e continuidade do processo de democratização da gestão pública pela via da participação social:

a) Cobertura insuficiente das áreas de atuação do estado; é possível perceber que os programas da área de proteção e promoção social têm afinidades com processos participativos tais como conferências e conselhos, enquanto que os programas da área de infraestrutura associam-se a audiências e consultas públicas e, por fim, os programas da área de desenvolvimento econômico se associam com formas pouco institucionalizadas e públicas de relação entre atores governamentais e atores econômicos, políticos e sociais (como reuniões em gabinetes, grupos de trabalho etc.) (PIRES e VAZ, 2012).

b) Qualidade heterogênea da operação dos processos participativos: Apesar da forte expansão de canais de participação, muitos deles foram criados sem a provisão de condições básicas (administrativas, legais e financeiras) para seu bom funcionamento (IPEA, 2012). Em suma, a ausência de uniformidade ou de padrões mínimos de qualidade prejudicam os “produtos” dos processos participativos.

c) Problemas relativos ao acesso, inclusão e representação nas instituições participativas: Apesar do crescimento quantitativo das instituições participativas, estas não necessariamente têm acompanhado os processos de complexificação da constituição de atores sociais e das suas formas de mobilização e atuação. Os conselhos, em especial, têm enfrentado dificuldades para promover uma inclusão plural de atores sociais e de estabelecer dinâmicas mais intensas de representatividade. Além disso, é possível falarmos também de um possível “descolamento” entre as práticas atuais de mobilização e militância social e o funcionamento interno dos espaços institucionalizados de participação.

3. Conclusões e caminhos analíticos a serem perseguidos

Dados os desafios acima apontados, uma possibilidade analítica se abre ao buscarmos enxergar os processos participativos a partir do olhar dos atores estatais. O debate acadêmico sobre instituições participativas no Brasil, e também internacionalmente, tem sido marcado muito mais pelas perspectivas societal-associativa ou institucional. Acreditamos que o desenvolvimento de uma perspectiva estatal da participação pode contribuir muito para: (a) uma compreensão renovada do fenômeno da participação institucionalizada; e (b) reflexões produtivas acerca dos desafios contemporâneos que se colocam na busca da ampliação de sua efetividade. Algumas possibilidades analíticas desta perspectiva são:

a) Padrões históricos setoriais e repertórios burocráticos de interação: a incorporação desigual de processos participativos no interior de governos pode ser compreendida a partir da noção de “repertórios burocráticos de interação”. A adoção ou desenvolvimento de um tipo de processo participativo (e.g. conselho, audiência pública, reunião com grupos de interesse, etc.) resultaria do perfil dos atores sociais envolvidos e das formas de relação com a burocracia responsável por uma política específica.

b) Percepção dos gestores públicos: sentidos e papéis atribuídos à participação social os diferentes tipos de processos participativos têm sido percebidos pelos gestores como processos promotores de funções específicas, as quais não necessariamente se alinham com os objetivos formais desses canais de interação e nem com as expectativas de atores sociais sobre o papel desses espaços.

c) Fatores e características que tornam funcionários públicos mais simpáticos, apáticos ou contrários à gestão participativa: Resultados preliminares de pesquisa (PIRES E ABERS, 2014) sugerem que as opiniões de servidores públicos variam em relação à relevância que atribuem à gestão participativa e que esta variação pode ser explicada pelas distintas trajetórias profissionais e práticas políticas anteriores (ou correntes) desses atores. Assim, variações na qualidade de funcionamento e na qualidade das interações entre representantes do governo e da sociedade no interior dos processos participativos podem ser compreendidas a partir de características das trajetórias anteriores dos funcionários públicos.

Propôs-se aqui a realização de um balanço crítico das conquistas e dos desafios pendentes para a gestão participativa no Brasil. Para tal, discutiu-se a disseminação do fenômeno nas últimas três décadas, os efeitos que processos participativos podem e vem causando na gestão de políticas públicas e, finalmente, os desafios que se interpõem à ampliação desses efeitos sobre a atividade governamental. Dada a ampla disseminação alcançada pelas instituições participativas no Brasil e a necessidade de superação de obstáculos político-administrativos a sua maior efetividade, nada mais oportuno do que examinar as formas institucionalizadas de participação, também, a partir dos “olhares” e “lugares” dos atores estatais nelas envolvidos.

REFERÊNCIAS:

ABERS, Rebecca. *Inventing local democracy: grassroots politics in Brazil*. Boulder: Lynne Rienner, 2000.

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Orgs.). *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo, Cortez, 2003.

ESTADIC/IBGE. *Pesquisa de Informações Básicas Estaduais*, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2012.

MUNIC/IBGE. *Pesquisa de Informações Básicas Municipais*, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2009.

IPEA. *Conselhos Nacionais: Perfil e atuação dos conselheiros - Relatório de Pesquisa*. Brasília: IPEA, 2012.

IPEA. *Ampliação da Participação na Gestão Pública um estudo sobre conferências nacionais realizadas entre 2003 e 2011 - Relatório de Pesquisa*. Brasília: IPEA, 2013.

PIRES, Roberto (Org.) *Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: Estratégias de Avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

PIRES, Roberto; ABERS, Rebecca. Relatório de Pesquisa “Trajetórias e práticas políticas no serviço público (1ª fase)”. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) / Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (IPOL/UnB) / Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), Brasília, 2014.

PIRES, Roberto; LOPEZ, Felix. “Instituições participativas e políticas públicas no Brasil: características e evolução nas últimas duas décadas”. In: IPEA. Brasil em Desenvolvimento 2010: Estado, Planejamento e Políticas Públicas. Brasília: IPEA, 2010.

PIRES, Roberto; VAZ, Alexander. “Participação faz diferença? Uma avaliação das características e efeitos da institucionalização da participação nos municípios brasileiros”. In: AVRITZER, L. (Org.) A dinâmica da participação local no Brasil. São Paulo: Cortez, 2010.

PIRES, Roberto; VAZ, Alexander. “Participação social como método de governo? Um mapeamento das ‘interfaces socioestatais’ nos programas federais”. Texto para Discussão 1707. Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

SÁ E SILVA, Fabio; LOPEZ, Felix; PIRES, Roberto. “A democracia no desenvolvimento e o desenvolvimento da democracia”. In: SÁ E SILVA, F.; LOPEZ, F.; PIRES, R. (Orgs.). Estado, Instituições e Democracia: democracia. Brasília: Ipea, 2010.

**PROTEÇÃO AO
DENUNCIANTE
DE BOA FÉ:
ASPECTOS JURÍDICOS**

Eric Hadmann Jasper

Proteção ao Denunciante de boa Fé: Aspectos Jurídicos.

Eric Hadmann Jasper¹

Em 12 de agosto de 2014, a Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da Controladoria Geral da União realizou evento, no âmbito do seu Ciclo de Palestras 2014, no qual foram discutidas formas de proteger e incentivar pessoas físicas e jurídicas a denunciar atos de corrupção. As observações abaixo referem-se aos instrumentos nacionais e internacionais de proteção ao denunciante e às estruturas de incentivo para fornecimento de informações relevantes.

Finalidade do direito penal e administrativo sancionador

Normas jurídicas de natureza penal e administrativa sancionadora (e.g., Lei da Empresa Limpa e Lei de Defesa da Concorrência) buscam minimizar condutas criminosas ou infrativas pela criação de estruturas jurídicas que maximizem bem-estar social da forma mais eficiente e menos custosa possível. Tais normas lidam com uma simples equação que descreve a tomada de decisão de cometer ou não um crime ou infração: $Ve = Ba - (Sp * Pd)$. Isto é, o valor esperado (Ve) do crime ou infração é igual ao benefício auferido (Ba) subtraído o resultado da multiplicação das sanções previstas (Sp) e probabilidade de detecção (Pd). Uma das conclusões da intuitiva equação é de que não bastam sanções severas, é preciso aumentar a probabilidade de detecção para reduzir o valor esperado do potencial criminoso ou infrator.

Como aumentar a probabilidade de detecção?

Há diversas ferramentas investigativas disponíveis às autoridades brasileiras que, se bem utilizadas, podem aumentar substancialmente a probabilidade de detecção.

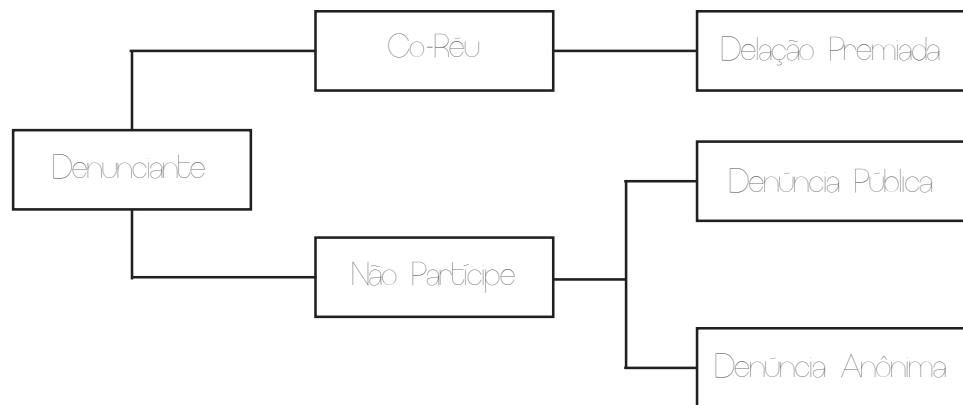
A primeira são **ofícios** contendo questionamentos e direcionados a empresas ou indivíduos, potencialmente envolvidos ou não em atos ilícitos. Trata-se de ferramenta, por vezes, desprezada por não possuir “elemento surpresa”. Contudo, há diversas investigações na esfera da defesa da concorrência em que empresas ou pessoas físicas questionadas sobre práticas comerciais informam, conscientemente ou não, sobre a formação de cartéis e outras

¹ Eric Hadmann Jasper é sócio de Gico, Hadmann & Dutra Advogados. Mestre em direito (LL.M) pela Columbia Law School e em filosofia pela Universidade de Brasília. Integrou o Governo Federal de 2004 a 2009 em cargos relativos a concorrência, regulação e direito do consumidor. Participou do subgrupo de investigações de cartéis da Rede Internacional da Concorrência (International Competition Network). Foi associado ao escritório Freshfields Bruckhaus Deringer em Bruxelas. Integrou o Comitê de Direito da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal. Sua atuação em casos de relevo foi destacada na publicação internacional Chambers and Partners (2014).

condutas anticoncorrenciais. A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) é repleta desses exemplos.

Gravações “clandestinas” (i.e., realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro) e **interceptações telefônicas** (i.e., realizadas por terceiros e com autorização do Poder Judiciário) são institutos poderosos para obtenção de provas sobre condutas criminosas ou infrativas. A jurisprudência pátria tem aceito gravações “clandestinas” mesmo em casos nos quais não há nítida intenção de defesa pelo interlocutor que realiza a gravação. Tais gravações e interceptações podem ser fundamento para **operações de busca e apreensão** de documentos (físicos e/ou eletrônicos), devidamente autorizadas pelo Poder Judiciário.

Além das ferramentas descritas acima, as **denúncias** também são capazes de trazer relevantes informações às autoridades, antes ou no decorrer de uma investigação. Antes de examinar o instituto é preciso distinguir os tipos de denunciante e suas opções para fornecimento de informações:



Como é possível observar, para estimular o denunciante co-partícipe a apresentar informações, as autoridades brasileiras têm uma importante ferramenta: a delação premiada (ou acordo de leniência, no caso de condutas anticompetitivas). O ordenamento jurídico pátrio contém diversos dispositivos relativos à delação premiada. Por exemplo, a Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013) prevê benefícios ao delator como não oferecimento de denúncia, perdão judicial, redução de até 2/3 da pena ou conversão em pena restritiva de direitos. A Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), a Lei Contra Crimes Financeiros (Lei n. 7.492/1986) e a Lei Contra Crime de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998) contém dispositivos similares.

No âmbito administrativo, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011) isenta pessoas físicas e jurídicas deladoras de punições administrativas e criminais previstas na Lei n. 8.137/1999 e **nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel**, tais como aqueles previstos na Lei n. 8.666/1999 e no Código Penal. Por fim, a Lei da Empresa Limpa (Lei n. 12.846/2013) também possui previsão de benefícios pela delação de co-partícipe, contudo, a referida norma não protege pessoas físicas (apenas jurídicas), não isenta completamente de penalidade e não protege contra todas as normas que podem ser, direta ou indiretamente, invocadas em casos de atos de corrupção.

Alteração normativa da Lei da Empresa Limpa nos moldes do acordo de leniência concorrencial seria de extrema importância para a estrutura de incentivos do programa. Importante também observar os custos adicionais que denunciante co-partícipe possui, como o substancial risco financeiro advindo de potenciais ações de reparação civil por danos de suas condutas e a exposição, em caso de crimes ou infrações transnacionais, à investigações por autoridades estrangeiras. Não atentar a esses riscos pode tornar os benefícios da delação inferiores aos custos de delatar e, assim, inviabilizar a ferramenta.

Já no caso do denunciante que não é co-partícipe do crime ou da infração investigada, há dois caminhos: (i) apresentar informações e se identificar no processo ou (ii) prestar informações de forma anônima. Apesar de nosso ordenamento jurídico não privilegiar denúncias anônimas, a jurisprudência nacional tem permitido que investigações contenham informações dessa natureza, desde que sejam feitas as devidas investigações preliminares para comprovar os indícios trazidos na denúncia anônima.

Denúncias de pessoas devidamente identificadas não possuem os potenciais flancos processuais de investigações iniciadas com base em denúncias anônimas e, portanto, deveriam ser estimuladas. Para tanto, importante lembrar que as intenções (ou a boa-fé) do denunciante são muito pouco relevantes. É o que demonstra o exame do artigo 214 do Código de Processo Penal, segundo o qual *as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé [contudo,] [o] juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208*. Os artigos 207 e 208 tratam, respectivamente de pessoas que em vista da função devem guardar segredo e deficientes, menores e familiares.

Fundamental também modificar a cultura brasileira de viés negativo ao denunciante. Chamamos denunciante de X-9, dedo-duro, alcagete, beijo de Judas, rato, traira e muitos outros adjetivos pejorativos. Além do custo reputacional, denunciante também enfrenta severas perdas financeiras (i.e., são demitidos e ficam “queimados no mercado”).

Deveríamos, na verdade, estimulá-los a trazer o máximo de informações, pois investigações bem-sucedidas podem trazer grandes benefícios a toda a sociedade. Não por outra razão, os *whistle-blowers* (termo em inglês para denunciante) que trouxeram à tona o caso Enron no Estados Unidos foram nomeados *Persons of the Year* – 2002 pela revista norte-americana Time.

Como incentivar maior número de denúncias de não-partícipes?

Como visto, denunciante que não participou da conduta criminosa ou infrativa tem sérios custos reputacionais e financeiros se forem identificados. Também vimos que denúncias anônimas tem limites processuais. Os breves comentários abaixo são sugestões colhidas da experiência internacional que podem aprimorar a estrutura de incentivos de denunciante que não participou da conduta a apresentarem informações e se identificarem.

Permitir que denunciante que não participaram da conduta recebam parte dos valores eventualmente recuperados. O primeiro passo para se discutir de maneira séria essa possibilidade é admitir que (i) denunciante identificados tem prejuízos financeiros e reputacionais (até mesmo de saúde, como depressão e até mesmo suicídios, de acordo com estudos); e (ii) receber parte dos valores eventualmente recuperados não seria “prêmio”, mas “indenização” por tais perdas. Admitir tais fatos permite que a discussão ultrapasse oposição baseada apenas no discurso de que a denúncia seria um “dever cívico” e que ressarcir o denunciante feriria os princípios da moralidade e impessoalidade. Tais justificativas foram utilizadas para vetar, em 29 de agosto de 2013, o Projeto de Lei n. 857/2012 do Distrito Federal.

A *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos) recentemente teve a competência expandida para receber denúncias e, observados requisitos legais, indenizar financeiramente denunciante. Tal previsão não é novidade no direito norte-americano, desde o *False Claims Act* de 1863, a ferramenta está à disposição das autoridades daquele país (incluindo a *Internal Revenue Services*, ou Receita Federal dos Estados Unidos).

Em resposta à crise econômica de 2008, o Congresso norte-americano editou a lei *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (em 27 de julho de 2010). Com a nova legislação, o *Securities Exchange Act* de 1934 passou a contar com a Seção 21F, que prevê *Securities Whistleblower Incentives and Protection*.

A referida seção determina que pessoas físicas que, **voluntariamente**, apresentem **informações originais** que resultem em **investigações bem sucedidas** e sanções pecuniárias superiores a US\$ 1 milhão poderão receber indenizações de 10-30% dos valores recuperados. Interessante notar que por apresentação voluntária, entende-se *antes de requerimento de autoridade ou ausente obrigação legal ou contratual* para apresentar as informações. Por informações originais, entende-se *informações que a autoridade não tinha conhecimento ou que não estavam disponíveis ao público* (e.g., não é possível utilizar estudos, estatísticas ou documentos governamentais para fundamentar denúncia). Por fim, considera-se investigação bem-sucedida, uma investigação *aberta, reaberta ou uma nova linha de investigação* com origem na informação do denunciante.

Representantes legais de empresas ou pessoas físicas, *compliance officers* e funcionários de empresas de auditoria não podem receber indenizações. Também não são ressarcidos denunciante que obtiveram as informações de forma ilegal.

O procedimento para denunciar e receber indenizações também foi estruturado para estimular denúncias com informações relevantes. Preocupação importante e, inclusive, expressada pelo relator do Projeto de Lei n. 1.701/2011 (instituiu o Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção)². De acordo

² “Deve-se, contudo, considerar, com a atenção que o caso requer, que a perspectiva de recompensa pecuniária pela prestação de informações sobre possíveis irregularidades poderia causar mais inconvenientes do que benefícios, em face da previsível avalanche de denúncias infundadas, motivadas tão-somente pela expectativa da retribuição. Por esse motivo torna-se necessário adequar o projeto de lei para prever mecanismos inibidores de tentativas aventureiras.”

com o procedimento norte-americano, o denunciante deve apresentar um primeiro formulário (TCR) com informações detalhadas sobre a conduta infrativa e os documentos probatórios. O denunciante tem obrigação de colaborar com as investigações. Após o fim da investigação, a *Securities and Exchange Commission* publica a informação de que uma investigação foi bem sucedida (*notice of covered action*). A referida publicação abre prazo de 90 dias para o(s) denunciante(s) apresentarem novo formulário (WB-APP), no qual apresentam as razões pelas quais entendem que suas informações foram relevante e merecem ressarcimento.

Por fim, o sistema norte-americano contém um *dual-track* para preservar os programas de compliance interno das empresas. O denunciante não é obrigado a seguir o programa de compliance interno da empresa, pode apresentar-se diretamente às autoridades. Contudo, se o denunciante buscar o programa da empresa, a *Securities and Exchange Commission* “segura seu lugar na fila” por 120 dias, para haver tempo hábil de a empresa investigar internamente e apresentar dados robustos às autoridades. Trata-se de importante ferramenta para preservar os incentivos das empresas criarem e manterem programas de compliance, mas também grande incentivo para que denunciante busquem suas empresas, pois poderão ter mais chances de ressarcimento se a empresa for bem sucedida na sua investigação interna e encontrar documentos adicionais para as autoridades.

Instituir proteções contra retaliação. Por fim, outra forma de incentivar denunciante é instituir instrumentos legais que impeçam que denunciante que delataram suas empresas sejam demitidos, rebaixados, suspensos, ameaçados, assediados ou discriminados no ambiente de trabalho. Caso alguma dessas condutas ocorra, a empresa será obrigada a pagar indenização substanciais ao empregado.

**A REGULAMENTAÇÃO
DO *LOBBY*:
DESAFIOS E
PARÂMETROS PARA SUA
ADOÇÃO**

Ricardo José Pereira Rodrigues

A Regulamentação do Lobby: Desafios e Parâmetros para sua adoção.

Ricardo José Pereira Rodrigues

A regulamentação do lobby tem se apresentado como um dos temas mais recorrentes na agenda de debates públicos do Brasil nas últimas três décadas. Frequentemente associado ao combate à corrupção, por um lado, e, por outro, visto como uma importante ferramenta para aprimorar a qualidade da democracia, a regulamentação do lobby, tem ocupado espaço na mídia nacional e em simpósios que abordam os problemas políticos do país. Um exemplo é o recente artigo de Warde Júnior publicado no jornal *Valor Econômico*, no qual, ao analisar a questão das doações feitas por empresas para campanhas políticas, considera “indispensável uma adequada regulamentação do lobby” como parte da solução para conter o que ele chamou de “influência nefasta de organizações em busca de privilégios” (2014, p. A12).

A regulamentação do lobby também foi um dos assuntos mais discutidos durante o Congresso Internacional de Legística que reuniu especialistas em Direito e Política de todo o mundo em Belo Horizonte, em 2007. Na ocasião, a Profa. Maria Coeli Simões Pires, por exemplo, defendeu que o país precisava “abrir a porta da frente” para o lobby. Para ela, a regulamentação do lobby permite que grupos e agentes do mercado não necessitem “de conluio e barganha para o acesso pelos porões da instituição” legislativa (2009, p. 143). Tônica semelhante foi seguida por outra conferencista do evento para quem “a regulamentação do lobby representa uma possibilidade de grande potencial democrático, na medida em que os destinatários da norma têm condição de antecipar os problemas da nova legislação e se posicionar a seu respeito para a autoridade que está legislando” (SOARES, 2009, p. 59).

Entretanto, a despeito da recorrência do tema entre especialistas e da frequência com a qual ocupa espaço na mídia nacional, o Brasil não tem conseguido avançar nesta seara, transformando os supostos anseios de se disciplinar a atividade do lobby em norma jurídica. Por que a regulamentação do lobby tem se mostrado um objetivo tão difícil de atingir?

Certamente não tem sido por falta de interesse parlamentar no assunto. Esforços empreendidos no âmbito das duas Casas do Congresso Nacional datam do início da década de 1970. Em 1972, a Câmara dos Deputados apreciou o Projeto de Resolução Nº 38 que, entre outras alterações propostas ao Regimento Interno, previa o credenciamento de entidades de classe de empregados e empregadores, além de órgãos de profissionais liberais, para atuar legitimamente nas dependências da Casa como grupos de pressão. Aprovado pelos parlamentares, o projeto deu origem ao artigo 60 do Regimento Interno da Câmara à época, tornando-se o primeiro reconhecimento formal da presença de grupos de influência no Parlamento e da necessidade de regulamentar sua atuação (RODRIGUES, 1996, p. 55).

Em 1984, o então Senador Marco Maciel apresentou o Projeto de Lei do Senado Nº 25, que buscava disciplinar, de forma mais abrangente, a atuação dos grupos de pressão no âmbito do Congresso Nacional. Inspirado na legislação norte-americana de 1946, o projeto do Senador Maciel objetivava dar mais transparência à atuação de grupos ou de indivíduos operadores do lobby no Poder Legislativo, tornando obrigatório o registro perante as Mesas Diretoras da Câmara e do Senado e o credenciamento que lhes permitiria o acesso às Casas legislativas federais e que disciplinaria “o modo e limites (da) atuação” daquelas pessoas físicas e jurídicas.

Arquivada ao fim da legislatura, a proposição foi reapresentada em 1989, como Projeto de Lei do Senado nº 203, com mínimas alterações. No Senado, a iniciativa do Senador Maciel recebeu parecer favorável, sendo encaminhada à Câmara e lá recebendo a rubrica de Projeto de Lei nº 6.132-A, de 1990.

Na Câmara dos Deputados, a proposição do Senador Marco Maciel recebeu parecer favorável da Mesa Diretora mas, na Comissão de Constituição e Justiça, recebeu parecer pela inconstitucionalidade. Após aprovação de recurso de autoria do Deputado Paes Landim, a proposição foi encaminhada ao Plenário para apreciação, permanecendo em tramitação na Câmara dos Deputados até os dias de hoje.

De lá para cá, várias outras proposições que objetivavam a regulamentação do lobby tramitaram na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a maioria sob a forma de projetos de resolução. Atualmente, tramita na Câmara o Projeto de Lei Nº 1202-A, de 2007, de autoria do Deputado Carlos Zaratine, cujo teor apresenta-se mais abrangente do que a proposição original do Senador Marco Maciel.

O Significado da Regulamentação do Lobby

Regulamentar o lobby encerra desafios legislativos significativos. Não se trata apenas de restringir ou proibir a atividade dos grupos ou de lobistas individuais. Trata-se de viabilizar uma empreitada legiferante caracterizada por dois objetivos distintos que, para alguns, podem parecer contraditórios.

Por um lado, uma regulamentação do lobby deve necessariamente estimular e fortalecer a atuação dos grupos de interesse sem, por outro lado, permitir que tal atuação descambe para o tráfico de influência ou a corrupção, ambos crimes já previstos pelo Código Penal Brasileiro.

O estímulo à atuação dos grupos deve-se ao caráter eminentemente pluralista do nosso modelo democrático. A teoria política concebe o pluralismo democrático como um modelo de democracia no qual grupos da sociedade civil se organizam e se mobilizam para defender mudanças no conjunto de políticas públicas em vigor. David Truman (1951) e Robert Dahl (1961) postulavam que a mobilização de determinado interesse encorajaria a mobilização no sentido contrário de outros interesses até que todos os interesses afetados por uma política pública também se organizassem para a ação política. De acordo com Godwin, Ainsworth e

Godwin, “uma vez que todos os interesses fossem mobilizados, um novo equilíbrio político resultaria” (2013, p. 26).

No Brasil, o pluralismo foi alçado à condição de princípio fundamental do nosso Estado democrático de direito. A Constituição Federal de 1988 consagra o pluralismo político, já no artigo 1º, inciso V, como um dos fundamentos da democracia brasileira.

Ademais, historicamente, a atividade do lobby tem origem no direito de petição. Trata-se de um direito garantido na maioria das democracias. Kaiser lembra que a petição é um direito garantido pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos e pela *Common Law* da Inglaterra (2010, p. 94-95). Segundo ele, na Inglaterra, o direito de petição surgiu no século treze e, ao longo dos séculos subsequentes, a medida que o Parlamento inglês foi se tornando mais democrático, “o direito de peticionar as autoridades evoluiu, tornando-se um pilar da constituição Inglesa não escrita” (2010, p. 96).

No Brasil, não é diferente. O direito de petição também é garantido pela Constituição Federal de 1988 como um dos direitos e garantidas fundamentais. O inciso XXXIV do art. 5º. assegura aos brasileiros “o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 2012, p. 15). Esse direito é reiterado pela Constituição em seu art. 58, § 2º, inciso IV, quando determina às comissões das Casas do Congresso Nacional “receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas” (BRASIL, 2012, p. 51).

Cabe salientar que o lobby não é um fenômeno político unidimensional. De fato, a atividade apresenta uma diversidade de atores que, por sua vez, perseguem uma multiplicidade de objetivos. Pode-se enumerar pelo menos três tipos de lobby: o lobby de *Advocacy*, o lobby corporatista e o lobby empresarial.

O primeiro tipo de lobby refere-se às atividades tendentes a influenciar o processo de tomada de decisões governamentais realizadas por grupos organizados da sociedade civil, geralmente organizações não governamentais. Esses grupos são também chamados de grupos de ação cidadã (*citizen action groups*) (GODWIN, AINSWORTH, GODWIN, 2013, p. 94). O grupo SOS Mata Atlântica, no Brasil, e o *Sierra Club*, nos Estados Unidos, constituem exemplos do lobby de *advocacy* dirigido exclusivamente à questão da defesa do meio-ambiente.

O lobby corporatista pode ser dividido em patronal e de trabalhadores. Trata-se do lobby realizado pelas confederações nacional da indústria, da agricultura, do comércio e dos transportes, entre outras entidades patronais, e aquele realizado por centrais trabalhistas como a CUT, a Força Sindical, entre outras. Ambos buscam maximizar benefícios para suas respectivas categorias ou corporações.

Já o lobby empresarial diz respeito às atividades de empresas ou grupos de empresas tendentes a influenciar o processo de formulação de políticas públicas ou a tomada de decisão governamental. Além do processo legislativo, inclui-se entre os interesses do lobby empresarial o processo

orçamentário e as decisões relativas a compras e aquisição de serviços por órgãos governamentais.

Este tipo de lobby pode ser operacionalizado internamente ou por meio de contratação de terceiros. No primeiro caso, a própria empresa interessada em se engajar em atividades de lobby terá em sua folha de pagamentos empregados que farão o lobby como representantes diretos da empresa. No segundo caso, o lobby é realizado por “indivíduos que trabalham para firmas de lobby” sob contrato com empresas ou grupos de empresas (GODWIN, AINSWORTH, GODWIN, 2013, p. 7).

De uma forma geral, as leis que regulamentam o lobby mundo afora buscam disciplinar quase que exclusivamente a atuação do lobby empresarial, deixando de fora da regulamentação os demais tipos listados. Mas, até que ponto, esse foco no lobby empresarial não representa uma quebra de tratamento isonômico?

Arquitetura Institucional da Regulamentação do Lobby

Duas premissas devem nortear qualquer projeto de regulamentação das atividades do lobby. Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração a diversidade de atores e tipos de lobby existentes. Em segundo, deve-se ter em mente que há diferentes loci institucionais a que se destinam as atividades de lobby.

No passado, as leis criadas para regulamentar a atividade enxergavam apenas o Parlamento como locus institucional a ser abordado por operadores de lobby. Esse foi o caso da Lei de Regulamentação do Lobby dos Estados Unidos, de 1946. Aquele diploma legal basicamente requeria dos lobistas o registro perante a Secretaria-geral da Câmara de Representantes, exigia das pessoas engajadas no lobby a apresentação à Secretaria-geral da Câmara de uma declaração detalhada dos recursos recebidos e dos gastos feitos no desenrolar de suas atividades e, por fim, tornava tais informações públicas (RODRIGUES, 1996, p. 57).

O Projeto de Lei do Senado nº 25, de 1984, do Senador Marco Maciel apresentava abordagem semelhante, replicando a maioria dos atributos encontrados na lei norte-americana.

Compreende-se que as primeiras leis de lobby nos Estados Unidos estabeleceram o Parlamento como locus das atividades de lobby porque a iniciativa legislativa naquele país sempre foi formalmente considerada uma prerrogativa exclusiva do Poder Legislativo. Contudo, mesmo à época em que a lei foi promulgada, o lobby nos Estados Unidos já acontecia também no âmbito dos demais poderes da República. O Presidente, por exemplo, tinha então, como tem até hoje, a prerrogativa de editar ordens executivas que, de forma semelhante às medidas provisórias brasileiras, são iniciativas unilaterais com plena força de lei (ver RODRIGUES, 2007). Além disso, na qualidade de líder de seu partido, o Presidente dos Estados Unidos sempre lançou mão de sua base para apresentar proposições de interesse do Governo.

Vê-se, portanto, que o foco no Parlamento como locus exclusivo das atividades de lobby constituía uma inquestionável deficiência da primeira lei de lobby norte-americana e de todas as legislações que ela veio influenciar no mundo. A legislação que atualmente regulamenta o lobby nos Estados Unidos, a chamada Lei da Liderança Honesta e do Governo Aberto, de 2007, reconheceu tal deficiência e procurou incluir todos os Poderes da República no disciplinamento das atividades de lobby (RODRIGUES, 2012). Alguns pesquisadores afirmam que as agências reguladoras também deveriam ser incluídas na regulação do lobby porque constituem, cada vez mais, instâncias de produção de políticas públicas que atraem a ação de grupos de interesse e de lobistas profissionais (GODWIN, AINSWORTH, GODWIN, 2013, p. 207).

Em síntese, a regulamentação do lobby deve considerar que as atividades inerentes ao lobby envolvem diversos atores cuja atuação é dirigida a diferentes pontos do processo de tomada de decisão governamental.

Com base na experiência internacional, a OCDE sugere que a transparência, a integridade e a eficácia são fatores que estimulam a adoção de leis do lobby bem como objetivos a serem alcançados pela regulação da atividade (2009, p. 46). Entretanto, uma análise apurada dessa mesma experiência internacional revela que esses elementos representam muito mais para o processo de formulação de uma política de regulamentação do lobby. De fato, a transparência, a integridade e a eficácia constituem princípios básicos que fundamentam a regulação do lobby, dando-lhe coerência e sustentação. Esses princípios interagem-se entre si, gerando uma dinâmica capaz de potencializar a efetividade e o alcance da regulamentação.

Transparência

Para a OCDE, a transparência é o instrumento com o qual a regulação se compromete a “expor ao público os processos em operação quando decisões governamentais são tomadas” (2009, p. 46). Constitui “um meio de assegurar ao público que as autoridades estão trabalhando honestamente, em prol dos melhores interesses da comunidade e um incentivo para aqueles que buscam benefícios públicos a obedecer às normas em vigor” (OCDE, 2009, p. 47).

As leis de lobby, em sua maioria, apresentam as seguintes exigências relativas à transparência: cadastro de lobistas, relatórios sobre gastos com a atividade de lobby, lista de interesses almejados, lista de contatos realizados, acesso público a informações cadastradas. Em alguns casos, há sanções previstas para o não cumprimento das exigências relativas à transparência.

Com a transparência, a regulamentação do lobby dá conhecimento da internção e dos beneficiários da atividade de lobby e permite a obtenção de dados para se aferir o impacto do lobby na decisão governamental e os pontos de tomada de decisão mais afetados.

Integridade

O termo integridade é empregado na regulação do lobby para se referir ao comportamento esperado ou exigido dos destinatários da ação do lobby. Diz respeito a seguir conduta ética e resistir a influência de qualquer atividade ilícita de operadores do lobby. A integridade mantém relação próxima com a transparência na medida em que a primeira somente pode ser aferida por meio da segunda.

Nos Estados Unidos, a aprovação da Lei de Liderança Honesta e do Governo Aberto, em 2007, sinalizou o reconhecimento da parte do Parlamento e do Governo de que não bastava cadastrar e credenciar lobistas e exigir a transparência dos gastos com o lobby para ter eficácia no disciplinamento da atividade. Após meio século de insistência em parâmetros que deixavam de fora da legislação de lobby o componente da integridade, a Lei de 2007 nasceu da constatação de que o país teria que regulamentar a conduta dos destinatários das atividades de lobby.

Entre outras inovações, a lei norte-americana de 2007 tornou obrigatório a apresentação de relatórios identificando doações a campanhas de candidatos a cargos federais, repassou ao *Federal Election Commission* (FEC) a responsabilidade de coletar informações fiscais acerca de candidatos e de doações recebidas para serem cruzadas com as informações constantes dos relatórios de indivíduos e organizações que realizam o lobby, obrigou o FEC a tornar público, via internet, toda informação referente a contribuições eleitorais oriundas do lobby e, por fim, proibiu parlamentares e autoridades do Poder Executivo de receber quaisquer presentes de lobistas.

Transparência e integridade terão pouca utilidade prática na aplicação de leis que regulamentam o lobby caso não venham acompanhados de dispositivos que garantam sua eficácia. Para Pross, “esforços destinados a garantir integridade dependem, sobretudo, de dispositivos voltados para assegurar o seu cumprimento” (2007, p. 9).

Eficácia

A regulamentação do lobby deve conter dispositivos que garantam sua aplicação. Na ausência de tais dispositivos, corre-se o risco de a legislação não vir a ser respeitada e, portanto, pouco influir para coibir atividades de lobby consideradas ilícitas. Dispositivos que garantam a aplicação da lei deve, por sua vez, conter sanções tanto para quem realiza o lobby quanto para quem é seu destinatário.

A lei norte-americana de 2007 serve como um bom exemplo de eficácia na regulamentação do lobby. Aquele diploma legal facilitou a aplicação das sanções nele previstas. Enquanto antes da aprovação da nova lei era difícil para o Ministério Público Federal dos Estados Unidos processar lobistas, a partir de 2007, a situação se reverteu. Em 2008, por exemplo, o Senado e a Câmara dos Representantes enviaram ao Ministério Público 418 casos para serem investigados. Em 2009, esse número ficou 457 casos (RODRIGUES, 2012, p. 91).

A experiência da Austrália com a regulamentação do lobby oferece-nos um exemplo de problema relativo à eficácia. Em 1983, o país instituiu o registro de lobistas. Entretanto, em 1996 esse instituto é abandonado porque, de acordo com analistas, a regulamentação simplesmente não funcionava. Para o Governo, a lei era inaplicável, para diversos comentaristas, os dispositivos da lei eram repetidamente ignorados. Nas palavras de Pross, o registro Australiano simplesmente “deixou de ter um propósito útil” (2007, p. 10).

O caso do Art. 259 do regimento Interno da Câmara dos Deputados que institui o credenciamento de entidades para atuar nas dependências daquela Casa do Poder Legislativo é igualmente problemático. O dispositivo, que nasceu nos anos setenta e continua em vigor basicamente cria um registro de entidades que realizam o lobby no Parlamento brasileiro. Contudo, não há acesso público aos dados do cadastro, não há monitoramento nem há estrutura para a realização de qualquer tipo de monitoramento. Isto é, o dispositivo regimental da Câmara reconhece e legitima o lobby de entidades mas não dá transparência, não aborda a questão da integridade nas relações entre autoridades e o lobby e nem introduz medidas que pudessem garantir a eficácia.

A experiência internacional com a regulação do lobby deixa claro que é necessário dar transparência às atividades do lobby, mas só transparência não resolve. A transparência deve ser acompanhada de integridade e a eficácia deve acompanhar ambos.

Quando não se tem estes três fatores atuando em conjunto a legislação torna-se inadequada. A Lei de Regulação do Lobby dos Estados Unidos de 1946 destaca-se como exemplo negativo. A legislação previa o registro de lobistas mas não o monitoramento. Em 1991, o *General Accounting Office* (GAO) realizou uma auditoria dirigida as atividades de lobby e averiguou que 10 mil lobistas dos 13,5 mil que constavam de um diretório nacional do lobby não estavam registrados. O resultado da auditoria contribuiu para se produzir uma nova lei de lobby, a Lei da Transparência do Lobby, de 1995.

Considerações finais

Concebe-se a regulamentação do lobby como uma legislação que discipline tanto o comportamento ético de autoridades públicas como a conduta daqueles que buscam influenciar sua tomada de decisões. A transparência é o princípio empregado para dar viabilidade a essa regulamentação desde que acompanhada de instrumentos que garantam a eficácia da lei. Não há como garantir tal eficácia sem uma estrutura que possa monitorar, auditar e manter todo o sistema regulatório funcionando adequadamente.

Em realidade, mesmo com toda essa estrutura e instrumental de monitoramento, não há uma segurança de que uma lei de regulamentação do lobby poderá, de forma autônoma, resolver todos os problemas relacionados às atividades do lobby junto ao setor público. Isoladamente, uma lei de lobby, por mais bem concebida que seja, pode fazer pouco.

A regulamentação do lobby deve integrar um grupo de leis e políticas públicas que, em seu conjunto, atuem em prol da qualidade da governança e do aprimoramento das relações entre Estado e sociedade. Como bem afirma Pross, ela deve ser “parte de um complexo regime regulatório, afetando e sendo afetada pelos demais elementos desse regime” (2007, p. 37).

Nesse sentido, pode-se dizer que a força da regulação está na soma dos diversos diplomas legais que, tratando de aspectos distintos da governança, contribuem para a construção de um arcabouço legal tão abrangente quanto eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Edições Câmara, 2012.

CHARI, Raj, MURPHY, Gary, HOGAN, John. Regulating lobbyists: a comparative analysis of the United States, Canada, Germany and the European Union. *The Political Quarterly*, vol. 78, n. 3, july-september, 2007, pp. 422-438.

DAHL, Robert. *Who governs? Democracy and power in an American city*. New Haven: Yale University Press, 1961.

GODWIN, Ken, AINSWORTH, Scott, GODWIN, Erik. *Lobbying and policymaking. The public pursuit of private interests*. Washington, D.C.: CQ Press, 2013.

KAISER, Robert. *So damn much money: the triumph of lobbying and the corrosion of American government*. New York: Vintage, 2010.

OCDE. *Lobbyists, government and public trust. Vol. 1: increasing transparency through legislation*. Paris: OCDE Publishing, 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões. Diálogos e conflitos no processo de elaboração de leis. In: *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 119-156.

PROSS, A. P. Lobbying: models for regulation. *OECD symposium on lobbying: enhancing transparency*. June 7-8, 2007, Paris.

RODRIGUES, Ricardo J. P. A regulamentação do lobby no Brasil: leitura crítica de um projeto de lei. *Revista de Administração Pública – RAP*, vol. 30, n. 1, Janeiro/fevereiro, 1996, pp. 55-63.

_____. *The preeminence of politics: executive orders from Eisenhower to Clinton*. New York: LFB publishers, 2007.

_____. Mudança e continuidade na regulamentação do lobby nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 49, n. 196, outubro/dezembro, 2012, pp. 83-93.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: Legística: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 55-68.

TRUMAN, David. The Governmental process: political interests and public opinion. New York: Alfred Knopf, 1951.

WARDE JÚNIOR, Walfrido. Empresa não vota. Valor Econômico, 14 de maio de 2014, p. A12.

**LOBBY:
UMA ATIVIDADE
LEGÍTIMA**

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Lobby Uma atividade Legítima.

Samantha Ribeiro Meyer Pflug¹

O *Lobby* é uma atividade existente no mundo há muitos anos, sua origem está na Inglaterra, mas os Estados Unidos da América foi o primeiro País a regulamentá-lo. Todavia, não há consenso na doutrina brasileira ou internacional no que diz respeito a sua conceituação². Pode se afirmar que o *Lobby* é uma atividade pela qual os grupos de interesse visam participar do processo de tomada de decisões, influenciando e auxiliando na elaboração de políticas³.

Os grupos de interesse, carregados de ideais e valores, se organizam para influenciar o sistema democrático do país. Assim como as instituições econômicas e políticas, de um modo geral, que possuem relevante papel em “reduzir a incerteza, estabelecendo uma estrutura estável para a interação humana, ainda que não necessariamente eficiente”⁴, as instituições dos grupos de interesse firmam sua importância em um exercício claro de democracia.

O *Lobby* procura trazer informações qualificadas para os parlamentares e governantes no processo de tomada de decisão. Ele lida com o conhecimento técnico e o levantamento de informações a respeito de determinada matéria. Trata-se de um saber especializado, ou seja, de uma representação técnica que busca melhorar a qualidade das decisões. Esse aspecto é de suprema importância, tendo em vista que se vive em uma sociedade tecnológica.

O papel do *Lobby* é distinto dos partidos políticos, na medida em que os partidos políticos são generalistas. Eles fazem parte das estruturas políticas, participam de eleições, são partes diretas na gestão do poder, e se inserem diretamente no quadro governamental. Já os grupos de interesse desempenham atividade à margem do cenário político. Tão somente os partidos políticos desempenham funções no tocante à competição eleitoral e à gestão direta do poder.

Os grupos de interesse apenas exercem a democracia, no sentido de que

¹ Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Advogada. Integrante do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da FECOMERCIO e membro do Conselho de Estudos Avançados da FIESP (CONSEA) Professora da graduação e do mestrado e coordenadora do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. E-mail:samanthameyer@uol.com.br.

² ROBINS, Suzanne & TSVETOVAT, Maksim. The Structure of Interest Group Networks: A First Cut Using PAC Contribution Data. Center for Social Complexity – George Mason University, 2006. Disponível em julho de 2007 em http://www.css.gmu.edu/maksim/page1/files/Robbins_Tsvetovat_MW06.pdf

³ OLIVEIRA, Andréa Cristina. As muitas faces do *lobbying* no Brasil: corrupção, tráfico de influência ou um instrumento democrático de representação de interesses. Campinas, SP : [s. n.], 2004.p. 1.

⁴ SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulamentação das Atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse e no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. Tese de doutorado pela Universidade de Brasília. 2007. p. 72.

tendem a fazer seus interesses alcançarem a proteção do governo e serem ouvidos e analisados pelas autoridades. Enquanto, os partidos políticos exercem atividades próprias de agentes do governo. São atividades distintas. Adverte-se que o lobbista não é um concorrente do parlamentar, pelo contrário, o parlamentar é o legítimo representante do povo, já o lobbista está representando interesses de determinados grupos da sociedade que se querem fazer ouvir durante o processo de tomada de decisão.

O *Lobby*, por meio dos grupos de interesse, instrumentaliza recursos de poder em busca de influência, mas sem se constituírem em partidos políticos⁵. Tal circunstância se faz relevante ao passo em que a vontade dos representantes e a vontade popular nem sempre coincidem.

A atividade do *Lobby* compreende desde a coleta de informações técnicas e fundamentadas e estratégias apropriadas para poder atingir seus objetivos, até a confecção de pesquisas. O exercício da pressão em si é apenas uma das fases do *Lobby*⁶.

Nesse contexto, é possível afirmar que o *Lobby* é o processo utilizado pelos grupos de interesse para alcançar seus objetivos finais, ou ainda, como o conjunto de táticas utilizadas para que as decisões providas do poder estatal, seja ele do Poder Legislativo ou Executivo, venham a beneficiar determinado grupo. O *Lobby* constitui-se em um verdadeiro canal, nos meios de comunicação entre os grupos de interesse e o poder estatal. Trata-se, para Clive Thomas da defesa de interesses de terceiros ou próprios.

Incumbe ao *lobbista* identificar os seus aliados e com eles estabelecer uma "relação de confiança" que deve ser pautada na integridade, na ética e na discrição, com vistas à consecução de seus objetivos.

De igual modo a atividade do *Lobby* propicia transparência nas relações, que é uma exigência da própria Constituição de 1988 ao referir-se aos princípios que regem a Administração Pública no *caput* do art.37, precipuamente o da publicidade.

A atividade do *Lobby* é uma decorrência do próprio exercício da democracia. Pode-se dizer que é inerente ao sistema democrático, pois permite a participação da sociedade nas tomadas de decisões do Estado, conferindo maior legitimidade a elas. A Constituição Federal de 1988 ao instituir o Estado Democrático de Direito e em particular uma democracia participativa-que deve ser exercida pela sociedade civilmente organizada e pelos grupos de interesse- pressupõe a prática do *Lobby*.

Ademais, o processo constituinte de elaboração da Constituição Cidadã de 1988 sofreu a influencia de diversos grupos de interesse, que na expressão do Ministro Nelson Jobim englobavam "da tanga a toga", ou seja, dos índios ao juízes buscando influenciar o processo de elaboração da Carta Magna. Os fundamentos constitucionais da atividade do *Lobby* residem precipuamente no pluralismo político, direito de petição, direito à informação, direito de associação, até a possibilidade de qualquer pessoa examinar as contas do Município (art. 31, §3º), bem como da participação

⁵ Cf. SANTOS, Luiz Alberto dos. Op cit. p. 85.

⁶ OLIVEIRA, Andréa Cristina. As muitas faces do *lobbying* no Brasil: corrupção, trafico de influência ou um instrumento democrático de representação de interesses. Campinas, SP : [s. n.], 2004.p. 1.

do usuário na Administração Pública e na possibilidade de o indivíduo denunciar irregularidades no Tribunal de Contas da União (art.74 §2º).

No entanto, o *Lobby* não é regulamentado. Todavia, também não é proibido. Essa ausência de regulação ocorre em parte devido ao preconceito que o tema carrega, na medida em que é usualmente confundido com algumas atividades ilícitas, como a corrupção, o tráfico de influências, improbidade administrativa, dentre outros. Contudo, há que se reconhece que o *Lobby* não pode ser eliminado, pois ele é inerente ao ser humano. Há que se considerar que se há governo, necessariamente existem decisões a serem tomadas, e, portanto haverá *Lobby*.

No tocante ao preconceito que a atividade carrega consigo, cumpre advertir que não há que se falar em *Lobby* bom ou *Lobby* mau. *Lobby* é uma atividade lícita e legítima decorrente do próprio regime democrático. A distorção dessa atividade já se encontra perfeitamente regulamentada no Código Penal e em leis específicas. Contudo, a ausência de parâmetros normativos leva a equívocos e a própria frustração do exercício dessa atividade legítima que possibilita a participação direta da sociedade no processo de tomada de decisão.

O *Lobby* propicia o acesso às informações qualificadas de setores relevantes da sociedade, que é de extrema importância e utilidade para a elaboração de políticas públicas e elaboração de leis.

A regulamentação do *Lobby* confere maior integridade e transparência a esse processo, e por via de consequência gera maior controle sobre as atividades do Estado. A regulamentação impede o oportunismo, bem como - evita que o agente público fique sujeito ao risco de ser acusado de tráfico de interesses.

Ela é necessária para o avanço e aperfeiçoamento do processo decisório e favorece a participação social e conseqüentemente a legitimidade das decisões públicas.

A própria Globalização suscita a necessidade de regulamentação do tema, pois a inserção do Brasil em comunidades internacionais como, por exemplo, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas- ONU impõe indiretamente a regulamentação dessa atividade. Nesse contexto, tem-se que a ONU em 2002 declarou a necessidade de se assegurar à informação a Administração Pública. Já a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico- OCDE recomendou aos países membros que regulamentem a prática de *Lobby* e aos não membros para passem a aderir às diretrizes estabelecidas. Referido órgão entende que a regulamentação do *Lobby* é uma medida pró-integridade e transparência.

No plano nacional, a Estratégia nacional de combate à corrupção e lavagem de dinheiro ENCLA prevê a regulamentação do *lobby* em sua meta 19. A própria edição recente da Lei de acesso à informação suscita um ambiente favorável a aprovação de uma lei regulamentadora do *Lobby*. Nesse contexto, cumpre ressaltar que se encontra em fase de tramitação o Projeto de Lei n. 1.202-A de 2007 de autoria do Deputado Carlos Zarattini que tem como finalidade regulamentar a atividade do *lobby*, além de controlá-la e monitorá-la, tendo em vista que sua regulamentação visa dar uma resposta efetiva aos abusos em seu exercício.

Cumpra registrar que a regulamentação dessa atividade não é tarefa das mais fáceis, uma vez que sua regulação deve enfrentar alguns aspectos relevantes, tais como: Quem deve ser regulado? Quanto dessa atividade deve ser regulado? Quais os mecanismos de regulação serão utilizados? Qual a eficácia dessa regulamentação? Quais as sanções impostas no caso de descumprimento das diretrizes estabelecidas?

A ideia de se estabelecer um sistema de prestação de contas também deve permear a regulamentação dessa atividade. Contudo, adverte-se que a futura regulamentação do *lobby* não pode ser excessivamente restritiva, sob pena de travar por completo o sistema e comprometer o próprio regime democrático.

Não há negar-se que o desenvolvimento da sociedade civil e a consolidação do regime democrático reclamam a institucionalização dessa atividade. A regulamentação vai garantir a responsabilização de eventuais desvios, bem como propiciar o controle para a sociedade, que se encontra alijada do sistema. De igual modo vai levar a cabo a separação da defesa dos interesses legítimos, da corrupção e do tráfico de influência, bem como impedir o oportunismo.

É preciso deixar claro que *lobby* não é uma profissão, mas sim uma atividade consistente na influência da sociedade no processo de tomada de decisão. Recentemente com a aprovação da Lei de Acesso à Informação quer parecer que o cenário está propício para a aprovação de uma lei que regule essa atividade tão vital para o desenvolvimento do Estado de Direito e para a garantia de uma democracia participativa. Há que se considerar que toda relação é um jogo de interesses e que o Estado, por sua vez, apresenta-se como o intermediário desses interesses.

**ACORDOS DE
COMPENSAÇÃO:
UMA VISÃO
HOLÍSTICA DO
CONTEXTO BRASILEIRO**

Diógenes Lima Neto

Acordos de compensação: Uma visão Holística do Contexto Brasileiro

Diógenes Lima Neto - MsC, MPA, MBA

1. Introdução

Nos últimos anos, muito se tem falado sobre transferência de tecnologia, particularmente em função de diversos projetos militares de grande porte implantados no Brasil. Dentre estes, o que mais atraiu os holofotes foi o Projeto FX-2, o qual dizia respeito à escolha da aeronave de caça multiemprego da Força Aérea Brasileira. Para aquele projeto, segundo noticiado pela imprensa, foi extremamente relevante o volume de tecnologia que a empresa vencedora estaria disposta a transferir para o país (OESTADÃO, 2013¹). Assim atestou o Comandante da Aeronáutica, Tenente-Brigadeiro do Ar Juniti Saito, àquele jornal: *“O preço não foi determinante. Foi importante. Assim como a transferência de tecnologia foi importantíssima também”* (idem).

Mas que arcabouço legal tem permitido às Forças Armadas brasileiras um tal tipo de abordagem negocial? Como os atores estrangeiros do comércio exterior veem tal questão? Quais as tendências atuais sobre o tema, no Brasil? Para começarmos a responder a esta questão é preciso, antes, compreendermos um conceito fundamental chamado “compensação”, também chamado de “offset” (“compensar” em inglês) ou, ainda, de “contrapartidas”, como em Portugal.

Historicamente, esta abordagem ganhou impulso imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, quando se precisou reconstruir praticamente toda a Europa e o Japão. Naquele momento, os países destruídos econômica e financeiramente precisavam dispendar vultosas quantias em bens e serviços, mormente oriundos dos EUA (NETO, 2012). Por certo isto representava imenso esforço nacional para tais países, de forma que, como forma de compensação, os fornecedores americanos se dispuseram a fornecer “algo mais”, este, então, vindo a ser chamados “offsets”.

Desde então, grosso modo, os “offsets” podem ser entendidos como compensações requeridas de um fornecedor estrangeiro, em importações de grande vulto, com objetivo de favorecer o país importador. Note-se que esta exigência é admitida apenas em função de uma importação de valor relevante, que, no caso do Ministério da Defesa brasileiro, deve ser igual ou superior a US\$ 5 milhões (Portaria Normativa 764/MD/2002).

Note-se, ainda, que em importações de grande vulto, particularmente na área de Defesa, é comum que o item sendo obtido refira-se a bens e/ou serviços de alto valor agregado. Neste sentido, raramente trata-se de aquisições de itens “off the shelf”, ou seja, “itens de prateleira”, cujo processo começa e finda na própria compra do objeto. Ao contrário, tais aquisições normalmente implicam custos adicionais elevados que decorrem, por exemplo, da necessidade de treinamento, manutenção

¹ Acesse em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,propriedade-intelectual-sobre-aeronave-foi-determinante-diz-comandante-imp-,1110733>

e/ou logística inicial. Não bastassem estes, ainda outros custos podem ser considerados, como os decorrentes da operação de crédito externo que irá suportar sua aquisição, ou, ainda, o “custo político” que advém da necessidade de se explicar, perante a sociedade, uma tal aquisição vultosa.

2. Acordos de Compensação: a percepção mundial

A comunidade internacional, há que se dizer, tem percepções diversas sobre o tema, a despeito de seu amplo uso no contexto do comércio mundial. Naturalmente, tais diferenças denotam, de maneira inequívoca, os interesses e responsabilidades defendidos pelas diversas partes envolvidas.

Na União Europeia (UE), por exemplo, verifica-se que esta aprovou, em outubro de 2008, por meio de sua Agência Europeia de Defesa, o “Código de Conduta sobre Offsets” (EDA, 2009). Acerca desta questão, declara aquele código, textualmente, que:

“The pMS [Participating Member States] share the ultimate aim to create the market conditions, and develop a European DTIB [Defence Technological and Industrial Base] in which Offsets may no longer be needed”. (idem: 1; grifos do autor)

Há que se notar, pela declaração supra, que o objetivo final deste Código é eliminar as compensações. Em realidade, este entendimento é reforçado um pouco mais à frente, neste mesmo documento, quando afirma que “num mercado perfeitamente funcional, as compensações não existiriam” (idem: 1). No entanto, aquele Código reconhece que o mercado não é perfeito e que, no caso especial de bens e serviços de Defesa, tal é “fortemente influenciado por considerações políticas”, as quais acabam por afetar as decisões governamentais (idem: 2).

Adicionalmente, o Código também apresenta **diretivas para transparência** quanto aos Acordos de Compensação firmados, bem como orientações gerais para desenvolvimento e uso dos mesmos em prol da União Europeia e sua capacidade de Defesa como um todo. Por fim, vale lembrar que, no total, 26 (vinte e seis) nações subscreveram o citado documento.

Os Estados Unidos da América, por sua vez, têm um entendimento duplo. Em 1999, o Congresso daquele país emitiu o “Defense Offsets Disclosure Act”, no qual apresentava suas conclusões sobre o tema. No referido documento legal, os senadores norte-americanos deixaram clara sua percepção de que as compensações poderiam gerar “distorções econômicas no comércio internacional de Defesa ao minar a isonomia e competitividade”, além de causar “danos a empresas de pequeno e médio porte [dos EUA]” (EUA 1999). Nesse sentido, o Bureau of Industry and Security - BIS, do Departamento de Comércio, endossou as determinações do Congresso, de sorte que apresenta exatamente as mesmas orientações em seu sítio oficial (BIS, 1999).

No entanto, a despeito desta posição rígida e contrária por parte do Congresso e do Departamento de Comércio dos EUA, o pragmatismo norte-americano se faz presente e Acordos de Compensação legais são perfeitamente possíveis. O Departamento de Defesa dos EUA, por meio de seu Escritório de Política de Procuras e Aquisições de Defesa – DPAP, informa,

taxativamente, que nenhum órgão ou agência governamental daquele país se envolverá, de forma alguma, em negociações de compensações (*offsets*). No entanto, atesta aquele mesmo órgão que “a decisão de aceitar compensações, e a responsabilidade por negociar e implementar acordos de *offset* reside nas [próprias] companhias envolvidas” (DPAP, 2010).

Desta forma, no que diz respeito ao posicionamento norte-americano, nota-se que, ao nível do governo, a prática de compensações não é aceita e/ou apoiada. Porém, na esfera do setor privado, as empresas têm liberdade para decidir se aceitam ou não negociar com governos estrangeiros que exigem compensações.

Outro ator importante no cenário mundial é, indiscutivelmente, a Organização Mundial do Comércio (OMC). Esta, pelo seu lado, possui como importante normativo o “Acordo sobre Compras Governamentais” (WTO GPA), o qual, em seu Artigo IV, é categórico:

“6. With regard to covered procurement, a Party, including its procuring entities, **shall not seek, take account of, impose or enforce any offset.**” (WTO GPA 1994, rev. 2012 – grifos do autor)

No entanto, o Artigo III daquele mesmo GPA apresenta exceções a tal restrição, as quais, grosso modo, dizem respeito a: a) defesa e segurança nacionais; b) proteção da ordem ou segurança públicas; c) proteção da saúde humana, animal ou vegetal; d) proteção de propriedade intelectual; e e) relacionadas à bens e serviços relacionados a pessoas deficientes, instituições filantrópicas ou trabalho prisional.

Para além destes pontos de vista, é importante que se tenha, também, a percepção oriunda de um foro mais universalizado, nomeadamente daquele preconizado pela Organização das Nações Unidas - ONU. Nesse sentido, a “Comissão das Nações Unidas sobre Leis de Comércio Internacional” (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), foi criada, ainda em 1966, para “reduzir e/ou remover obstáculos ao fluxo de comércio internacional”, decorrente das “disparidades nas leis nacionais” que tratam do tema (UNCITRAL, 2010).

Desta forma, atuando em sua esfera de ação, a UNCITRAL emitiu, em 1992, um Guia sob o título “*Legal Guide on International Countertrade Transactions*” (UNCITRAL, 1992). Este apresenta uma série de definições ligadas a contracomércio (*countertrade*), da qual *offset* é entendido como uma de suas variantes, além de outras como *barter*, *counter-purchase* e *buy-back*. Assim, este guia declara que *Offsets*,

“[...] involve the supply of goods of high value or technological sophistication and may include the transfer of technology and know-how, promotion of investments and facilitating access to a particular market.” (*idem*: 8-9)

Conforme se observa, a UNCITRAL relaciona os acordos de compensação ao fornecimento de bens (e serviços) de alto valor financeiro ou tecnológico, podendo envolver questões de transferência de tecnologia, de *know-how* ou, ainda, investimentos e facilitação de acesso a outros mercados. Também fica clara a percepção aberta do organismo, posto

que não se restringe apenas ao âmbito da área de Defesa, nem apenas a contrapartidas de natureza industrial.

3. Acordos de Compensação: percepção brasileira

No caso do Brasil, o posicionamento é favorável quanto à exigência de acordos de compensação, manifestamente na área de Defesa, cujo Ministério emitiu, em 2002, a **Portaria Normativa nº 764/MD**, onde foram definidas a política, as diretrizes e estratégias daquele órgão acerca do tema.

Ainda na esfera governamental militar, a **Estratégia Nacional de Defesa** – END, aprovada pelo **Decreto nº 6.703**, em 2008, foi fruto de um grupo de trabalho coordenado pelos Ministros Nelson Jobim (Ministério da Defesa) e Mangabeira Unger (Secretaria de Assuntos Estratégicos). Este documento, além de definir os três setores de importância estratégica (espacial, cibernético e nuclear), também orienta que acordos de compensação deverão constar do planejamento das três Forças, de forma a viabilizar ou auxiliar na implantação de projetos específicos ali definidos (END, rev. 2012, p.125).

Todavia, na esfera governamental civil, somente em 2010, por meio da **Lei Federal nº 12.349**, ficou cabível a solicitação de compensações em licitações. Nesse sentido, aquela lei alterou o Artigo 3º da Lei nº 8.666/93, o qual passou a incluir o § 11, com a seguinte redação:

“§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.”

Várias observações podem ser feitas somente acerca deste parágrafo. No entanto, chama a atenção o fato de a nova legislação admitir que qualquer órgão governamental (civil ou não) possa requerer, em obtensões nacionais ou internacionais, “medidas de compensação”. Se lembrarmos a explanação sobre o posicionamento da OMC sobre o tema, podemos ter uma antevisão dos problemas que isto, por si só, pode impor à Administração e, eventualmente, ao país.

Uma outra legislação relativamente nova, e que tratou do tema, foi o **Decreto Federal nº 7.546/2011**. Este teve por objetivo regular os parágrafos 5º ao 12 do Art. 3º da Lei 8.666/93 e, entre outras coisas, instituiu a “Comissão Interministerial de Compras Públicas” – CICP. Mais ainda, determinou que quaisquer aplicações de medidas de compensação deveriam observar o disposto naquele Decreto e, neste sentido, definiu as algumas das formas de compensação, a saber: coprodução, produção sob licença, subcontratação, investimento estrangeiro direto, transferência de tecnologia, treinamento de recursos humanos, compensação industrial e comercial.

Subsequentemente, a **Lei Federal nº 12.598/2012** procurou definir regras

especiais para compra e/ou desenvolvimento de produtos de Defesa, bem como estabeleceu o RETID – *Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa*, como forma de incentivar o desenvolvimento daquele setor. Neste mesmo sentido, o **Decreto Federal nº 7.970/2013**, por sua vez, veio regulamentar a referida Lei nº 12.598/2012 e, também, estabelecer a “*Comissão Mista da Indústria de Defesa (CMID)*”.

Do que se observa pelas legislações mais recentes, em que pese ter sido criado um suporte jurídico para a requisição de acordos de compensação nas compras governamentais não-militares, historicamente a área de Defesa vem amadurecendo de forma mais avançada, mantendo o pioneirismo nesse tema, tendo os processos inerentes mais institucionalizados (NETO, 2012).

IV - A experiência do Comando da Aeronáutica

No âmbito das Forças Armadas brasileiras, o Comando da Aeronáutica – COMAER, definitivamente, é a que detém maior *expertise*. Neste sentido, Modesti e Azevedo (2004) atestam:

“No princípio dos anos 50, ocorreu o que pode ser considerada a primeira operação de Offset, neste caso sob a forma de barter, quando a FAB [Força Aérea Brasileira] adquiriu da Inglaterra aeronaves Gloster Meteor TF-7 e F-8, que foram trocadas pelo valor equivalente em algodão.” (MODESTI e AZEVEDO 2004:30, apud NETO,2012)

Não se pode afirmar que tal operação tenha sido um sucesso absoluto, afinal se tratou de uma forma bastante primitiva de contrapartida. De todo modo, ela propiciou um melhor entendimento sobre as vantagens que poderiam ser obtidas em acordos desta natureza. Posteriormente, já em 1974, quando da compra de aeronaves F-5-E Tiger II, os novos acordos assinados conseguiram cargas de trabalho mais sofisticadas para a então recém-criada EMBRAER (*idem*:31).

Desde então, o COMAER tem amadurecido bastante neste tipo de abordagem e, nesse sentido, procurou institucionalizar conceitos e procedimentos. Assim, em 2005, aquela organização editou dois documentos normativos específicos sobre o tema: a diretriz DCA 360-1 - “*Política e Estratégia de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica da Aeronáutica*” e a instrução ICA 360-1 – “*Preceitos para a negociação de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica na Aeronáutica*”.

Estruturalmente, tal atividade se encontra com responsabilidades bem definidas e distribuídas por organizações, a depender da fase que se encontra o processo. Assim, no nível mais alto, o *Estado-Maior da Aeronáutica* – EMAER - é o responsável por definir orientações estratégicas sobre o tema. As organizações militares compradoras se encarregam de todas as fases internas e externas da licitação para importação e, por conseguinte, da negociação dos acordos de compensação. Há, ainda, dentro do COMAER, o *Instituto de Fomento e Coordenação Industrial* – IFI, que, por sua vez, é responsável pelas atividades de assessoria técnica e de reconhecimento dos créditos de compensação, o que é feito à medida que os fornecedores vão cumprindo suas obrigações de compensação para

com a organização militar compradora. Por fim, o *Centro de Controle Interno da Aeronáutica – CENCIAR*, como órgão máximo do controle interno do COMAER, responsabiliza-se pelas atividades de auditoria sobre tais acordos.

V – Tendências prementes: integração e transparência

Do que vimos até aqui, o arcabouço jurídico que sustenta a imposição, por parte da Administração, de acordos de compensação junto a fornecedores estrangeiros encontra-se razoavelmente estruturado.

No entanto, a dimensão legal desta questão não garante, sozinha, o alcance do bem público. Outras dimensões precisam ser vistas com cuidado, sob pena de tornar aquele arcabouço vazio de materialidade. Assim, é importante haver meios de se desdobrarem as boas intenções da legislação em ações reais, coordenadas, efetivas e transparentes.

Neste sentido, dada a experiência da área de Defesa, vale nos debruçarmos sobre seu momento. Conforme dito anteriormente, o RETID - *Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa*, criado em 2012, busca fomentar o desenvolvimento de indústrias daquele setor. No entanto, cabia uma pergunta simples: quais seriam essas indústrias? Ora, para ajudar a responder a esta questão, o Ministério da Defesa, por meio de sua *Secretaria de Produtos de Defesa – SEPROD*, criou o “*Sistema de Cadastramento de Produtos e Empresas de Defesa – SisCaPED*”, o que inclusive ajudou a fortalecer o conceito de *Base Industrial de Defesa - BID*.

Assim, apesar de seu pouco tempo de existência, “o sistema conta, atualmente, com 1.949 produtos e 236 empresas cadastradas” (APL, 2014). Segundo o diretor do Departamento de Produtos de Defesa do Ministério da Defesa, Brigadeiro do Ar José Euclides, “os projetos desenvolvidos na categoria ‘informação’ são de vital importância para assegurar crescimento tecnológico à base industrial de defesa do Brasil”, ao mesmo tempo que “gera conhecimento e domínio da tecnologia” (idem).

As indústrias brasileiras do setor de Defesa, por seu lado, têm procurado se organizar a fim canalizar suas demandas, alinhando-se estrategicamente às demandas da Estratégia Nacional de Defesa (END), criada em 2008 por meio do Decreto nº 6.703. Nesse sentido, vimos iniciativas como a da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, a qual criou em sua estrutura, já em 2007, o *Departamento da Indústria de Defesa – COMDEFESA*. Este tem, entre suas premissas, “valorizar as missões das Forças Armadas por meio de eventos e projetos que envolvam a sociedade” (COMDEFESA, 2014).

Outra organização civil que ilustra a busca de integração do setor de Defesa é a *Associação Brasileira das Indústrias de Materiais de Defesa e Segurança – ABIMDE*. Dentro de sua missão declarada, a entidade firma como objetivo “congregar, representar e defender os interesses das empresas associadas, contribuindo na formulação de políticas públicas para o setor de Defesa e Segurança” (ABIMDE, 2014). Sua lista de associadas consta com importantes nomes do setor como Avibras, BAE Systems, Boeing, DCNS, EADS, EMBRAER, Helibras, Odebrecht Defesa e Saab, entre diversas outras.

Por outro lado, dados os valores significativos envolvidos nas diversas aquisições de Defesa, aspectos de controle e transparência no processo chamam especial atenção dos órgãos de controle. Nesse sentido, o Congresso Nacional, em 2009, solicitou ao Tribunal de Contas da União – TCU – que auditasse os projetos PROSUB (aquisição de submarinos), da Marinha do Brasil, e HX-BR (aquisição de helicópteros para as Forças Armadas), do Comando da Aeronáutica, de sorte que, em decorrência, foram emitidos os Acórdãos 2.582/2009 - Plenário e 2.592/2009 - Plenário.

Ainda para os mesmos projetos, segundo constou em Relatório de Auditoria de Natureza Operacional posterior (TCU, 2011), *“verificou-se ter sido a transferência de tecnologia o elemento determinante para a escolha dos contratados e para a implementação dos projetos”*. Aquela Corte, ainda por meio desse Relatório, afirmou que, em linha com o estabelecido na Estratégia Nacional de Defesa, *“as compras de material bélico devem envolver a obtenção de tecnologias que potencializem o desenvolvimento da indústria local e reduzam a dependência de fornecimento estrangeiro”* (idem).

Todavia, ainda no mesmo documento, a despeito de se reafirmar a importância dessa abordagem comercial como forma de se obter avanços por meio de acordos de compensação (no caso, transferência de tecnologia), também se apontam falhas de procedimento os quais teriam resultado em perdas de oportunidades. Neste sentido, aquele Tribunal relata a *“ausência de uma análise prévia das condicionantes dos processos de transferência de tecnologia”*, como um fator que fará com que o sucesso daqueles projetos dependa *“mais uma vez da nossa capacidade de detecção e superação dos riscos surgidos ao longo do cumprimento dos termos contratuais”* (TCU, 2013).

VI – Conclusão

Do que se pode observar ao longo desse breve artigo, tem havido, desde tempos recentes, um entendimento maior sobre o que sejam os acordos de compensação (ou de *offsets*), e as razões que conduzem a sua exigência perante um fornecedor estrangeiro, em uma aquisição pública internacional.

Neste sentido, mostrou-se que essa prática não é nova e, em realidade, é bastante utilizada por diversos países importantes no cenário mundial. No entanto, apesar disso, o entendimento sobre o tema não é padronizado e sua percepção e aceitação dependem de interesses e responsabilidades específicos. Deste modo, viu-se que, por princípio, importantes atores do comércio internacional, como OMC, UNCITRAL, UE e EUA renegam essa prática, mas que todos possuem tolerância explícita quando o tema é Defesa e Segurança nacionais, ainda que diverjam sobre as possíveis modalidades de compensação.

O Brasil nunca esteve alheio a essa possibilidade comercial e, de fato, a vem utilizando por mais de 50 anos, mormente no setor de Defesa. Em decorrência, o arcabouço legal e normativo das Forças Armadas encontra-se nitidamente mais maduro, *vis-a-vis* os ministérios civis. Particularmente, viu-se que o Comando da Aeronáutica, por razões históricas diversas, é a que apresenta maior *expertise* sobre o assunto, possuindo, desde 2005,

política, estratégia e diretrizes próprias, além de organizações atuantes sobre cada fase do ciclo de vida de elaboração de tais acordos.

Na esfera governamental civil, vimos que somente a partir de alterações recentes na Lei de Licitações, bem como da edição de leis e decretos específicos sobre o tema, viabilizou-se a legalidade de solicitação de compensações em importações governamentais não-militares. Todavia, há que se ter cuidado com esse novo arcabouço legal, posto que, como vimos, a OMC não aceita a imposição de compensações em importações governamentais, a não ser em temas muito específicos, já explanados anteriormente.

No que tange às tendências atuais sobre o tema no Brasil, vimos que os movimentos de integração entre os diversos atores têm sido a tônica. Assim, importantes entidades como FIESP e ABIMDE tem procurado canalizar e promover os interesses da Base Industrial de Defesa brasileira e, nesse sentido, as oportunidades advindas dos acordos de compensação desempenham importante papel. É razoável inferir que o mesmo acontecerá com as importações governamentais civis num horizonte próximo.

Por fim, mas não menos importante, observa-se como tendência um acompanhamento mais amigável e atento dos projetos de grande porte pelos órgãos de controle, conforme manifestado em recentes acórdãos emitidos pelo TCU para programas da área de Defesa.

REFERÊNCIAS

ABIMDE. 2014. “Missão, Visão e Valores”. Em Associação Brasileira das Indústrias de Materiais de Defesa e Segurança. Disponível em <http://www.abimde.org.br/visao>. Acessado em 02 Nov 2014.

APL. 2014. “Base Industrial de Defesa”. Em Revista Arranjo Produtivo Local de Defesa do Grande ABC. Disponível em <http://www.industriadefesaabc.com.br/noticias.php#noticia-146>. Acessado em 02 Nov 2014.

BIS – US Bureau of Industry and Security. 1999. Defense Offsets Disclosure Act. Disponível em <http://www.bis.doc.gov/>. Acessado em 30 Out 2014.

COMDEFESA. 2014. “Departamento da Indústria de Defesa”. Em Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP. Disponível em <http://www.fiesp.com.br/sobre-a-fiesp/departamentos/industria-da-defesa-comdefesa/>. Acessado em 02 Nov 2014.

DPAP – US Defense Procurement and Acquisition Policy. 2010. Offsets of Foreign Military Sales. Disponível em http://www.acq.osd.mil/dpap/cpic/ic/Offsets_of_foreign_military_sales.html. Acessado em 30 Out 2014.

EDA – European Defence Agency. 2009. “The Code of Conduct on Offsets”. Em Offsets Portal. Disponível em www.eda.europa.eu/docs/documents/Brochure_Offsets.pdf Acessado em 30 Out 2014.

END. 2012. “Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa”. Revisão 2012. Ministério da Defesa. Disponível em http://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/END-PND_Optimized.pdf. Acessado em 30 Out 2014.

MODESTI, Ancelmo; AZEVEDO, Aprígio E. M. 2004. "Offset: teoria e prática". Em Panorama da Prática do Offset no Brasil - uma visão da negociação internacional de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica, Zuhair Warwar, ed. Brasília: Editora Suspensa

NETO, Diógenes L. 2012. "A Institucionalização do Processo de Acordos de Offset no Comando da Aeronáutica do Brasil". Em Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho, Braga, Portugal. 2012.

OESTADÃO. 2013. "Propriedade intelectual sobre aeronave foi determinante, diz Comandante". Em O Estado de São Paulo. Versão online. 20 Dez 2013. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,propriedade-intelectual-sobre-aeronave-foi-determinante-diz-comandante-imp-,1110733>. Acessado em 01 Nov 2014.

TCU. 2011. Tribunal de Contas da União. Em Relatório de Auditoria de Natureza Operacional nº TC 005.910/2011-0, item 1.2.

TCU. 2013. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.952/2013 – TCU – Plenário.

UNCITRAL. 1992. "Legal Guide on International Countertrade Transactions". Em United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/countertrade/countertrade-e.pdf>. Acessado em 31 Out 2014.

UNCITRAL. 2010. "Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL". Em United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>. Acessado em 02 Nov 2014.

WTO AGP. 1994. "Agreement on Government Procurement". Em World Trade Organization. Revised 2012. Disponível em http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm. Acessado em 02 Nov 2014.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional

SIG, quadra 6, lote 800
70610-460 - Brasília-DF

www.cgu.gov.br



cguonline



@cguonline



cguoficial

Controladoria-Geral
da União

