

Carvalho Teixeira: Lula entre o conflito de interesses e a improbidade

Com a anulação das condenações do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), atirou no que viu, mas acertou várias coisas que não viu: chamou a atenção a suspeição do juiz Sérgio Moro, espalhou nulidades pela "lava jato" e trouxe problemas para a tese de mérito contra o ex-presidente da República. Ao afirmar a desconexão entre "vantagens indevidas" e eventuais acontecimentos na Petrobras, a decisão do STF joga areia na tese dos "atos indeterminados" do ex-presidente.



A tese dos "atos indeterminados" define, à sua maneira, um

conjunto de "atos oficiais" em conexão a supostos pagamentos indevidos ao ex-presidente da República, de modo a enquadrar a conduta denunciada no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva). Sem haver uma referência a um conjunto de atos oficiais minimamente delimitado fica mais difícil indicar um "acordo corruptivo" palpável, afastando a tipificação pelo artigo 317.

Improbidade administrativa

Isso não significa que as "vantagens indevidas" recebidas pelo ex-presidente não impliquem algum tipo de corrupção em sentido amplo, algum tipo de desvio derivado do exercício do cargo público. Na ausência dos atos indeterminados, alguns juristas sugerem o enquadramento das vantagens indevidas do ex-presidente na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

A norma é ampla quanto ao conceito de "vantagem indevida", penalizando fluxos patrimoniais autônomos, como presentes, gratificações e "enriquecimento sem causa" (artigo 9, I e VII). Mas essa tese implica fluxos patrimoniais estéreis, os chamados "sacos vazios", ou seja, fatos sem nenhuma consequência ou contrapartida visível.

Conflito de interesses

Aqui vamos propor uma terceira via: o conflito de interesses. Essa modalidade corruptiva é voltada a relações inseridas em contextos profissionais ou empresariais, ao uso de informações privilegiadas, à prestação de serviços qualificados envolvendo atributos do cargo público. O conflito de interesses ocorre quando o setor privado tenta se apropriar de conhecimentos e influência do funcionário estatal, mesmo depois que ele abandona o cargo, gerando risco de sobreposição entre interesse público e privado.



Uma das formulações mais conhecidas do conceito de conflito de interesses é o conceito de "portas giratórias" difundido pelo economista Paul Krugman, visando trocas de cadeiras entre autoridades regulatórias e agentes do setor privado, ameaçando a isenção no funcionamento da máquina pública. Para evitar o risco de contágio há normas prevendo "quarentenas" para agentes públicos de modo a mantê-los provisoriamente longe de operações empresariais.

No caso de altas autoridades, conhecimento e influência podem assumir escala ampliada, transcendendo esferas administrativas e fronteiras nacionais. Uma ex-autoridade de alto nível pode facilitar negócios e influenciar políticas, trata-se de um ativo valioso nas mãos da iniciativa privada.

Tal atributo criou mercado para um grupo seleto de políticos que encerraram suas carreiras com bom trânsito institucional. Um dos primeiros políticos a entrar em peso nesse ramo foi o norte-americano Bill Clinton, acumulando grandes valores com a realização de palestras e eventos, mercado que atingiu novos patamares com Barack Obama (o qual cobrava até US\$ 400 mil por palestra) e chegou ao Brasil com Fernando Henrique Cardoso. O ex-presidente Lula era candidato natural ao clube.

No Brasil tal atividade de ex-presidentes é desregulada, mas por pouco. A atuação privada de ex-funcionários públicos foi regulamentada pela Lei do Conflito de Interesses (Lei 12.813/2013), assinada pela ex-presidente Dilma Rousseff e pelo ex-ministro-chefe da Controladoria Geral da União (CGU) Jorge Hage. A lei define como ilícito, em seu artigo 6º: *"prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego"*. A norma responsabiliza ocupantes de cargos políticos e de confiança até o nível de ministro, deixando de fora, por algum motivo, os presidentes da República.

Balas ou chicletes

O ex-presidente Lula está por trás de receitas de quase R\$ 60 milhões arrecadadas por seu instituto (Instituto Lula) e sua empresa (LILS) entre 2010 e 2014. O montante faria até Barack Obama saltar da cadeira, mas não destoa das referências do mercado internacional ou doméstico. Que parte desses valores foram pagos em espécie, na forma de obras, serviços e outros bens é questão de meio, não de fim. A tese acusatória, ao formular o conceito de "atos indeterminados" retira esses fluxos patrimoniais do contexto das relações profissionais e institucionais estabelecidas entre o ex-presidente e agentes privados após 2010.

Que tais pagamentos ocorreram de forma contratual ou extracontratual faz tanta diferença quanto receber troco em balas ou chicletes. A lavratura do contrato não altera a natureza do negócio, e é sabido que relações de caráter especial contém algum grau de extracontratualidade: executivos não são contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e prestadores de serviço especializado de alto nível contam com algum grau de discricionariedade.



No caso da relação estabelecida entre o ex-presidente Lula e as empresas interessadas em serviços de relações públicas e institucionais, tanto a corrupção passiva como a improbidade administrativa soam implausíveis tendo em vista o caráter residual dos pagamentos em espécie frente aos ativos contratualmente formalizados. Se as instituições de titularidade do ex-presidente recebiam milhões em doações e serviços, não há por que imaginar parcelas minoritárias, inseridas no mesmo contexto, tendo natureza diversa.

"Atos Indeterminados" e corrupção política

O conceito de "atos indeterminados" surgiu como uma derivação do conceito de "crime formal" desenvolvido no julgamento do mensalão (AP 470). Tradicionalmente a doutrina do "crime formal" implicava um crime de consumação antecipada, ou seja: não é preciso concluir a operação para haver crime; oferecer ou aceitar uma propina é equivalente a uma transação completa. No mensalão, o STF desenvolveu o conceito de modo a relativizar causas e consequências dos pagamentos; uma "vantagem indevida" implicaria por si só uma relação corruptiva, sendo indiferente a destinação dos recursos e a natureza da relação entre as partes.

Na corrupção administrativa o conceito ampliado de "crime formal" não oferece maiores problemas, mas no mundo político uma "vantagem indevida" pode significar muitas coisas: pode implicar uma doação eleitoral, um conflito de interesses, pode fazer parte do relacionamento normal entre político e sociedade civil. Ao contrário dos administradores, agentes políticos formulam políticas públicas, representam interesses setoriais e interagem de forma próxima com seus representantes. Há evidentemente limites, mas o sarrafo é mais alto.

Outros sistemas jurídicos são mais explícitos na diferenciação entre corrupção política e corrupção administrativa. O Código Penal Alemão (StGB) define a corrupção administrativa (§331) como uma relação indireta entre vantagem indevida e atuação pública, associando vagamente a vantagem ao "exercício da função" (*für die Dienstaussübung*); na corrupção política (§108e) é preciso haver uma relação mais direta de causa e efeito, equiparando a corrupção a uma prestação de serviço sob comando e instrução (*eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung*). No sistema norte-americano, vantagens de caráter indefinido (*gratuities*) ocorridas em contexto político são consideradas lícitas (*Criminal Resource Manual*, 2041).

No Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou no julgamento do ex-presidente Fernando Collor de Mello (AP 307) o entendimento de que a corrupção política implica uma troca direta entre vantagens e contrapartidas; a denúncia contra o ex-presidente foi rejeitada por "*não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido*". No mensalão, tal exigência foi relaxada; com isso a corrupção indireta "da função", prevista no caput do artigo 317 do Código Penal, passou a definir a corrupção política, não sendo mais possível distinguir, por exemplo, propinas de doações eleitorais.

**Conclusão**

A maior indefinição quanto à "vantagem indevida" inserida em um negócio corruptivo torna sua tipificação como "corrupção passiva" (artigo 317 do Código Penal) mais frágil. Ao generalizar a natureza dos favores e serviços eventualmente prestados ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a decisão proferida pelo ministro Edson Fachin fragiliza também o mérito da tese condenatória. Sem haver uma relação de troca visível, o escopo de possibilidades se amplia.

Há evidências de que o relacionamento entre o ex-presidente e clientes de sua empresa (LILS) e doadores do Instituto Lula pode implicar uma relação de conflito de interesses, a qual se estende, por associação, a eventuais pagamentos extracontratuais. Sem haver definição satisfatória de uma relação corruptiva específica, tais fluxos patrimoniais tendem a se acomodar ao caso geral.

Temos ainda uma evidente necessidade de se rediscutir o conceito de "crime formal" gerado a partir do julgamento do mensalão (AP 470), sobretudo tendo em vista a diferenciação entre as formas administrativa e política da corrupção. Da precisão de conceitos nasce maior segurança jurídica.

Date Created

23/03/2021