

A evolução do combate à corrupção na União Europeia: os desafios na uniformização de regras e procedimentos e os laços com o tema das compras públicas (parte 1)

A prevenção da corrupção, com medidas e precauções desenvolvidas para desencorajar crimes considerados corruptos, tem atraído a atenção mundial desde o final da década de 1990, inicialmente com foco na dinâmica econômica e na necessidade de garantir a livre concorrência.

Embora não seja fácil definir corrupção de uma única maneira¹², os efeitos atribuíveis à corrupção incluem danos ao interesse público, obstáculos à governança eficaz e o enfraquecimento dos direitos humanos e da democracia.

Diferentes Estados estabeleceram seus próprios modelos, embora por vezes sujeitos às mesmas regras estabelecidas em convenções supranacionais. A Convenção das Nações Unidas, por exemplo, que representa o passo supranacional mais importante para a cooperação, criminalização e prevenção da corrupção, não exigiu que os países que a ratificaram (mais de 190 Estados) adotassem uma abordagem única para o combate à corrupção. Em vez disso, previu a existência de um ou mais órgãos, conforme a necessidade, encarregados da prevenção, dotados de independência e caracterizados pela disponibilização de recursos materiais e pessoal especializado. O documento enfatiza a necessidade de cada Estado observar os princípios fundamentais de seu próprio sistema jurídico.

Na realidade, sequer o conceito específico de corrupção é universal. Do ponto de vista jurídico, a corrupção é definida segundo as regras de cada país, podendo inclusive oscilar segundo o ângulo de atenção. No Brasil, por exemplo, a conceituação penal é muito mais reduzida do que a que orienta a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei 12.846/13.

Todavia, de forma geral, o que pode não se revelar suficiente para fins operacionais, é possível conceituá-la como "abuso de poder fiduciário para ganho privado", abordagem proposta pela Transparência Internacional.

Contudo, para operar e condenar, especialmente no âmbito criminal, é necessário controlar as patologias. Embora a corrupção no setor privado tenha recebido atenção e seja abordada na Convenção de Mérida, o art. 21 não prevê a obrigação de adotar medidas legislativas e outras para combater os comportamentos a que a norma se refere. Não existe uniformidade no tratamento.

¹ Em nosso primeiro período na Itália, naquele momento como *Visting Scholar* junto à Università di Pisa, produzimos alguns artigos sobre o tema da corrupção, Europa e Itália. Convidamos a conhecer: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-06/interesse-publico-contrato-publico-autoridade-anticorruptao-olhar-italia/>>

² Sobre o conceito de corrupção e os sinais de alerta nas contratações públicas, ver: FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, 2016.

No Reino Unido, o *U.K. Bribery Act* (“UKBA”) prevê normas contra a corrupção no setor privado³, diante de atitude atribuível a relações privadas sem vínculos diretos ou indiretos com a estrutura do Estado. A preocupação ali revelada é a de que a corrupção, que danifica as relações comerciais, uma vez que aniquila a disputa real, há de ser evitada não apenas quando se está diante de compras e contratações públicas, mas ainda também quando empresas se valem de vantagens ilícitas para conquistar negócios no mercado privado.

No Brasil, o tema é tratado de forma diversa. O Código Penal sempre “reclama” a presença do “funcionário público” ao tipificar corrupção ativa e passiva⁴. A Lei Anticorrupção, por sua vez, concentra-se em proteger atitudes que ela rotula como corruptas e lesivas à Administração Pública.⁵⁶

A dificuldade no combate à corrupção, considerada um problema global que desequilibra a economia e desestimula o investimento financeiro e o desenvolvimento, justifica uma abordagem repressiva e preventiva. A ação repressiva, embora importante, é insuficiente porque se manifesta tardiamente e não garante uma intervenção efetiva.

Alberto Vannucci⁷ propõe uma comparação entre a corrupção e fenômenos relacionados à crosta terrestre. Forças invisíveis são ativadas nas camadas mais profundas do manto terrestre e, ocasionalmente, esse movimento produz verdadeiros “terremotos” e efeitos disruptivos no equilíbrio político e institucional. Entretanto, terremotos não duram para sempre e, a despeito do movimento que proporcionam, sua passagem não implica necessariamente a superação de um estado de coisas. Brasil e Itália são exemplos de países onde a ação repressiva, como nos escândalos da Lava Jato e Tangentopoli, não conseguiu impedir a repetição de modelos de condutas ilícitas.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção afirma a natureza transnacional da corrupção e a política de dupla abordagem: preventiva e repressiva, que deve envolver não apenas órgãos governamentais e administrações públicas, mas também o setor privado e a sociedade civil.

³ <https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>

⁴ Arts. 317 e 333 do CP.

⁵ Ver art. 1º da Lei 12.846/13. Ainda que algumas espécies de corrupção descritas no art. 5º possam envolver combinações entre empresas privadas, sem que se tenha a participação de agente público e sem que exista oferecimento/pagamento/entrega de vantagem indevida a agente público, o ajuste é nocivo à Administração, logo, ao mercado público de contratações.

⁶ Há projeto de lei em discussão no Congresso Nacional sobre o tema:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/12/avanca-projeto-que-tipifica-corrupcao-p-r-i-v-a-d-a-n-o-c-o-d-i-g-o-penal#:~:text=Projeto%20de%20lei%20que%20tipifica%20a%20corrup%C3%A7%C3%A3o,mesmo%20te ma%2C%20j%C3%A1%20aproveitado%20no%20texto%20aprovado>>

⁷ VANNUCCI, Alberto. *Corruzione nella politica e corruzione della politica: l'evoluzione del caso italiano*. In: **La prevenzione della corruzione**: quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione, coord PERTICI, Andrea e TRAPANI, Matteo. 2019. Ed. G Giappichelli, p. 23

Essa abordagem holística, que combina sanções e prevenção, é semelhante a outras intervenções supranacionais, como as estabelecidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OSCE) e pela União Europeia.

De fato, a União Europeia começou a desenvolver uma estratégia para combater a corrupção com o Tratado de Maastricht, assinado em 1993, reconhecendo os efeitos transnacionais do ato e a ameaça que a conduta corrupta representa para a estrutura das relações entre os Estados e os valores fundamentais do pacto. Embora se reconheça que as sanções devem ser capazes de dissuadir operadores econômicos, agentes públicos, políticos e todas as outras categorias que possam estar envolvidas em corrupção, a redução das oportunidades para o mau comportamento é considerada fundamental.

Mas como devem ser organizadas as medidas preventivas? Quais são as condições que todos os membros devem cumprir para garantir que não haja brechas no sistema que permitam a ocorrência de corrupção? O combate à corrupção em um organismo regional como a União Europeia exige uma abordagem proativa, um certo nível de coerência, demonstrando unidade e força contra aqueles que buscam oportunidades para se envolver em práticas corruptas.

O Tratado de Lisboa representa um avanço significativo no Direito Penal regional, estabelecendo a competência legislativa da União Europeia para combater a corrupção e fornecendo o apoio necessário a diversas diretivas. O referido tratado reconhece como um euro-crime, reforça as bases jurídicas da atuação da União Europeia, mas aspectos relevantes sobre prevenção e Direito Penal em geral permaneceram nas mãos dos Estados-Membros.⁸ Essa a pauta atual, como se verá.

Em matéria de contratos públicos, assunto que sempre anda ao lado do tema da corrupção, há dois diplomas focais: as Diretivas 2014/23/UE e 2014/24/EU do Parlamento e do Conselho, ambas de fevereiro de 2014, a primeira a tratar de contratos de concessão e a segunda a tratar dos contratos em geral. O intuito é sustentá-las é construir uma base que garanta segurança jurídica, respeitando os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

Aqui, vale a pena uma pequena reflexão. A pretensão de conciliar regras e procedimentos básicos sobre contratação pública ultrapassa a União Europeia. O GPA – *Global Procurement Agreement* ou Acordos de Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio, que de início interessou ao governo brasileiro mas cuja candidatura foi posteriormente retirada⁹, impõe aos signatários certos *standards* que

⁸ RUSSO, Teresa. **La lotta alla corruzione nell'ordinamento dell'Unione europea**: verso un approccio sistematico ed integrato. Acessível em <<https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Articolo-Teresa-Russo-Eurojus-002.pdf>>

⁹ https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/retirada-da-oferta-do-brasil-para-acessao-ao-acordo-de-contratacoes-governamentais-da-omc

refletem na necessidade de alteração da legislação doméstica. Como já assinalamos na sempre talentosa companhia de Rafael Sergio de Oliveira:¹⁰

“o compromisso assumido mediante a adesão ao Acordo de Contratações Públicas não se resume em garantir igualdade de tratamento entre operadores econômicos nacionais e estrangeiros oriundos dos Estados-parte, nos moldes do ordenamento jurídico de cada Estado-parte. No âmbito internacional, há a consciência de que a semelhança entre as legislações dos países sobre contratação pública é um considerável fator de facilitação do trânsito das empresas nos diversos mercados públicos nacionais. Com isso, um dos objetivos da OMC é que haja uma harmonização entre as legislações nacionais dos Estados-parte, todas condizentes com o ACP. Assim, rompem-se barreiras burocráticas e reduzem-se os custos das candidaturas das empresas estrangeiras no mercado público.”

Logo, pode-se falar que o intuito de concertar regras e conceitos estruturais no mundo das contratações públicas não é particularidade apenas do acordo regional europeu. Há, aqui ou acolá, por distintas razões, investidas neste sentido em distintos tipos de arranjos institucionais impulsionados pelo desejo dos operadores econômicos de removerem barreiras à sua atuação e de operarem sem grandes oscilações normativas e procedimentais.

Assim, também o tema da corrupção. Por isso, nas Diretivas Europeias sobre contratação já se percebe a atenção voltada à corrupção, realçada pelo fato de tal vírus dilacerar pontos vertebrais condutores da convergência dos países membros: a igualdade de tratamento e o mercado livre. A título de exemplo, a Diretiva 2014/24 dedica particular atenção à transparência, ao uso de sistemas eletrônicos e ao acesso à informação nos processos de compras públicas.¹¹

Ali também, identificam-se regras voltadas ao conflito de interesse e à corrupção (art. 7º, número 1, alínea “b” e o art. 35, ambos da Diretiva 2014/23/EU, e o art. 57, número 1, alínea “b” da Diretiva 2014/24/EU). Aqui se percebe a dificuldade operacional que hoje, com o novo movimento do Parlamento e Conselho Europeu, se quer superar.

O citado art. 7º, número 1, alínea “b” da Diretiva das Concessões (23) e o art. 35 número 1, alínea “b”, da Diretiva dos Contratos (24), em geral revelam o mesmo conteúdo e fixam o dever de excluir um operador económico da participação nos procedimentos de adjudicação diante de decisão transitada em julgado por prática de corrupção. Mas o que vem a ser corrupção para os propósitos das citadas diretivas? Elas respondem, tanto quanto podem responder, nestes termos: a corrupção é definida no art. 3º da convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários da União Europeia ou dos Estados-Membros da União Europeia; no art. 2º, número 1, da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho; ou, ainda, na aceção da legislação nacional da autoridade adjudicante ou do operador económico.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; FORTINI, Cristina. A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, n, 29, p. 120-151, set./dez. 2020.

¹¹ CARLONI, Eurico. L'anticorruzione: politiche, regole e modelli. 2023. *Il Mulino*, p. 246

Percebe-se a imensa dificuldade de estabelecer o que deve ser rotulado como corrupção, especialmente quando ao final se alude à legislação nacional, que, hoje, não é espelhada entres os membros. Essa é a explicação para a agenda europeia atual voltar-se a definir – colocar um começo e um fim – corrupção e outros tipos de crime, a fim de harmonizar minimamente os ordenamentos jurídicos, evitando que um país deixe de contemplar algo como delito e essa lacuna funcione como porta de entrada para a criminalidade. No que toca às contratações públicas, objetiva-se evitar o enfraquecimento do equilíbrio entre os licitantes.

No percurso europeu, destacamos ainda a Diretiva 2019/1937, que estabelece um mínimo normativo/operacional a ser observado pelos Estados-Membros da União Europeia, cujo foco é a proteção das pessoas que fornecem informações para investigações.

A Diretiva 2019/1937 tem como uma de suas molas propulsoras os estudos conduzidos no âmbito da Comissão Europeia sobre os benefícios do incentivo e da proteção dos denunciante na área de contratação pública, indiscutivelmente sensível ao tema corrupção por motivos plurais entre os quais os valores que movimenta. O estudo envolveu a análise dos custos suportados pelos sete países europeus avaliados para implementar e manter a proteção de denunciante, concluindo que em todos os lugares examinados as vantagens econômicas superam os investimentos necessários¹². O mesmo estudo registrou que a ausência de regras aptas a assegurar a proteção dos denunciante, apenas no âmbito das contratações públicas, representa algo entre 5,8 e 9,6 milhões de euros por ano para a União Europeia.

A Diretiva focou em estabelecer normas, obrigando empresas e entidades públicas a criarem canais de denúncia seguros e confidenciais, proibindo retaliações contra quem denuncia corrupção, fraudes ou ameaças ao interesse público. O tópico contratação pública, como não poderia deixar de ser, é referenciado no considerando 6, entendendo-se que proteção dos denunciante é necessária para reforçar a aplicação do direito da contratação pública na União Europeia.

No decorrer do texto normativo, as contratações públicas voltam a ser referidas, assumindo destaque na lista do art. 2º, 1, a¹³ que sinaliza os cenários em que os relatos de comportamentos inadequados podem ser úteis.

Partindo da preocupação com os desacertos potencialmente danosos na condução e decisão de procedimentos licitatórios, e realçando os objetivos fundantes da União Europeia, entre os quais a livre concorrência, a diretiva prevê que a obrigação de estabelecer canais de denúncia interna se aplica a todas as autoridades adjudicantes e entidades adjudicantes, ao nível local, regional e nacional, proporcionalmente à sua dimensão. A isso se soma o contido no art. 8 da Diretiva, a ordenar que entidades jurídicas dos setores público e privado, contando pelo menos com 50 ou mais

¹² <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>

¹³ Não há como espelhar exatamente o sistema brasileiro de incisos e alíneas.

trabalhadores, são legalmente obrigadas a estabelecer canais de denúncia interna, capazes de assegurar a confidencialidade dos relatos, sem exposição do denunciante, e o prosseguimento das investigações. Trata-se de piso ao qual o legislador nacional pode adicionar novas exigências.

Ainda que entidades sejam compelidas a estruturar os canais de denúncia, seguindo *standard* básico da diretiva, o art. 10 autoriza a comunicação das violações diretamente às autoridades.

Atualmente, não obstante todos os acordos já assinados, e todas as normas já implementadas, ainda há lacunas que debilitam todo o esforço da União Europeia em fortalecer as bases do livre comércio e outros pilares de sua estrutura e que versam sobre corrupção e, logo, indiretamente, sobre contratação pública

A agenda atual envolve a proposta de Diretiva de Combate à Corrupção. Os considerandos, sempre muito valiosos para se compreender o alcance desejado, explicitam que “a corrupção continua a ser um problema grave a nível da União, uma vez que ameaça a estabilidade e a segurança das sociedades, nomeadamente através do fomento do crime organizado e de outros crimes graves. A corrupção mina as instituições democráticas e os valores universais em que a União se funda, nomeadamente o Estado de direito, a democracia, a igualdade e a proteção dos direitos fundamentais. Põe em risco o desenvolvimento, a prosperidade, a sustentabilidade e a inclusão das nossas economias”.¹⁴

A intenção é estabelecer uma horizontalidade mínima na prevenção e confronto da corrupção, evitando que ordens jurídicas mais benevolentes ou estruturas menos vigorosas em determinados países possam enfraquecer o enfrentamento. Pretende-se uma abordagem coordenada e harmonizada entre os Estados-Membros para combater eficazmente as suas causas e consequências, conforme reconhece o considerando 5, estabelecendo-se que os Estados-Membros devem dispor de organismos ou unidades organizacionais responsáveis pela prevenção e repressão da corrupção, sem impor a criação de novos organismos ou unidades organizacionais, como tribunais especializados, podendo-se decidir atribuir ao mesmo organismo ou unidade organizacional as funções de prevenção e repressão.¹⁵

Assim, são apresentados conceitos de diversos crimes, que devem assim ser tratados juridicamente em todos os países integrantes, amplificando e uniformizando os tipos, traçando o conceito de agente público, fixando padrões para as sanções penais e arrolando outros efeitos jurídicos advindos do reconhecimento das práticas nefastas. Aqui vale a curiosa conceituação de corrupção, em que se destaca a palavra “intenção.” Veja-se que o considerando 3 se reporta à corrupção como crime quando cometida intencionalmente, adicionando que a “existência de intenção e conhecimento pode ser inferida a partir de circunstâncias objetivas e materiais.”

¹⁴ Trecho do considerando que dá início ao texto.

¹⁵ Trecho do considerando 7.

Também é salientado que a troca eficiente de informações entre as autoridades competentes na prevenção, deteção, investigação ou repressão de crimes de corrupção é essencial para o combate eficaz à corrupção.¹⁶

O assunto não é simples. Teresa Russo relata os desafios de consensualizar a abordagem, em face de distintos entendimentos dentro dos órgãos da União Europeia: Parlamento e Conselho, sem embargo da resistência oriunda dos países. A título de exemplo, a professora Russo relata que a Itália havia descriminalizado o “abuso di ufficio”, o que contraria a intenção europeia.¹⁷ Nicoletta Parisi e Dino Rinoldi também registram questionamentos ocorridos na Câmara dos Deputados italiana marcados pela defesa da soberania nacional, ao que parte dos deputados entendia como um avanço indevido da União Europeia.¹⁸

O tema é amplíssimo e há reflexos muito valiosos no mundo das contratações, em especial quando se pensa no recente Código Italiano de Contratações Públicas, assunto da próxima coluna.

¹⁶ Trecho do considerando 42.

¹⁷ RUSSO, Teresa. **La lotta alla corruzione nell’ordinamento dell’Unione europea**: verso um approccio sistematico ed integrato. Acessível em <<https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Articolo-Teresa-Russo-Eurojus-002.pdf>>

¹⁸ <<https://www.dem-e-tra.it/2023/07/27/nicoletta-parisi-e-dino-g-rinoldi-proposta-di-direttiva-ue-anticorruzione-i-problemi-sono-altri-non-quelli-segnalati-in-due-ravvicinate-occasioni-dalla-camera-dei-deputati-italiana/>>