

Lobby: a disputa do poder público pelo setor privado
Lobby: the dispute of public administration by the private sector

Emanuel Tomé Marcondes¹

Davi de Paiva Costa Tangerino²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo se debruça sobre a prática do *lobby*, no liame existente entre o setor público e privado, sendo compreendido como ferramenta na representação de interesses e influenciador na tomada de decisões pelo poder público. O recorte expositivo do tema recaí sobre o conceito da prática do *lobby*, se a atividade pode ser nociva para a sociedade Democrática de Direito, qual a sua distinção em relação aos delitos de corrupção ativa e tráfico de influência e, por fim, quais seriam os possíveis caminhos a serem trilhados pelos estudiosos do tema.

Palavras-chave: *Lobby*; Política; Crimes Políticos; Sistema Representativo;

Abstract: The article focuses on lobbying within the existing link between the public and private sectors. In particular, lobbying understood as a tool for representing interests and influencing decision-making by the public authorities. The exposition of the theme focuses on what the practice of lobbying is, whether it can be harmful to the democratic society under the rule of law, what its distinction is concerning the offenses of active corruption and influence peddling, and, finally, what are the possible paths to be taken by scholars of the theme.

Keywords: Lobby; Politics; Political Crimes; Representative system;

¹ Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina, emanuel.marcondes@uel.br, *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/8940316974650338>, advogado criminalista.

² Doutor em Direito Penal (USP), com estágio doutoral da Universidade Humboldt em Berlim. Professor da UERJ.

1. Introdução

Antes de enfrentar diretamente o tema, é necessário retroceder um passo e afastar o senso comum que rodeia a palavra *lobby*, para enfim compreender de forma neutra o seu surgimento, não atribuindo conotação negativa ou positiva à palavra.

Não se tem ao certo a origem política da expressão *lobby*, termo trazido do inglês para a língua portuguesa que pode ser traduzido livremente por “antecâmara”, “saguão” ou “sala de entrada”. De todo modo, o que se verifica é que seu uso sempre esteve associado com a entrada dos hotéis em que se hospedavam os parlamentares nos Estados Unidos e na Inglaterra, ou até mesmo se vincula com a entrada dos decisórios políticos por onde caminham os funcionários públicos¹.

Em todo caso, a palavra surge para designar as pessoas que, em busca de representar os seus interesses ou de terceiros, aguardavam a passagem dos políticos para abordá-los, a fim de convencê-los a adotar um posicionamento favorável à causa representada.

Desde então, *lobby* passa a ser tratado como a prática de representação de interesses frente ao poder público, em especial o poder político, capaz de tomar decisões que influenciam toda a sociedade².

O tema inclusive já foi foco de debates pelo governo brasileiro; neste viés, no ano de 2016, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) realizou um grupo de estudos a fim de promover esclarecimentos a respeito da prática do *lobby* e sua regularização³.

¹ SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulamentação das atividades do lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas: análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil**. 2007. 542 f. Tese (Doutorado do Curso de Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 101; em igual sentido: “Conforme Dicionário Etimológico, a origem da palavra lobby, vem do latim medieval da palavra “lobia”, é equivalente de saguão, mas acabou assumindo o sentido de salão amplo de hotéis”. LACK, Andressa Miquelini. **Lobby, corrupção e tráfico de influência: definir conceitos para compreender a relevância de uma regulamentação**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 20.

² Assim como explicam Luigi Graziano (1997:2) e Ricardo Luiz Ribeiro Saul (2018), o surgimento do *lobby* (e dos grupos de pressão de um modo geral) pode ser considerado um rompimento das construções teóricas de repensar a sociedade civil propostas por Tocqueville, para se fundir em um modelo próprio decorrente do sistema capitalista inserido em uma sociedade pluralista, articulado em torno dos estudos que se iniciam a partir do livro “The Process of Government” de Arthur F. Bentley, publicado originalmente em 1908.

³ Além dos estudos apresentados, já foram levadas ao debate legislativo inúmeras propostas de regularização do *lobby*, que se mostraram infrutíferas, por inúmeros fatores, entre elas: i) Projeto de Lei nº 25/84 e nº 203/89; ii) Projeto de Resolução nº 72/95; iii) Projeto de Resolução nº 23/95; iv) Projeto de Resolução nº 87/00; v) Projeto de Resolução nº 203/01; vi) Projeto de Lei nº 6.928/02; vii) Projeto de Lei nº 1.713/03; viii) Projeto de Lei nº 5.470/05 e nº 1.202/07; ix) Projeto de Resolução nº 103/07; x) Projeto de Lei 336/15; e xi) Proposta de Emenda à Constituição nº 47/16.

Como resultado, os estudos da CGU facilitaram o entendimento acerca do conceito, definindo-o como sendo a “atividade” que tem como finalidade influenciar nos “processos decisórios governamentais”, a qual é realizada de forma organizada “por indivíduos ou grupos de interesse definidos e legítimos, conforme a lei e a ética.”⁴

A CGU ainda traz observações que devem ser contempladas na regulamentação da prática do *lobby*, sendo elas: i) a organização frente à atividade, submetendo-se aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade afirmados pelo art. 37 da Constituição Federal; ii) a definição de quem poderá exercê-la e sua legitimidade frente ao poder público; e iii) o respeito não só à legislação, mas à ética, que garanta o cumprimento do instrumento do *lobby* dentro dos princípios constitucionais citados acima⁵.

Assim, o artigo se estrutura em quatro capítulos. No primeiro momento, é apresentado um conceito do termo, com maior compreensão do modo em que é efetivamente exercida a atividade. Após, segue-se uma necessária análise sobre o malefício social quando o *lobby* é realizado sem transparência e igualdade entre os grupos, bem como a distinção da atividade em comparação com delitos que comumente são com ela confundidos (corrupção ativa e tráfico de influência) para, ao final, concluir pela aceitação do instituto, sem olvidar da precaução que deve ser tomada para garantir o interesse público em uma sociedade Democrática de Direito⁶.

2. A atuação do lobista na discricionariedade do poder público

A possibilidade de representar um interesse privado perante o Poder Público não é algo exclusivo da prática do *lobby*. Observa-se que a representação de interesses, nos mais diversos mecanismos da democracia representativa, como o voto, plebiscito e referendo, ocorrem dia após dia dentro da sociedade pós-moderna.

⁴ Marilândia de Fátima Araújo (org.). **Regulamentação do Lobby**. Brasília: **Relatório do Grupo de Trabalho**, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/institucionais/arquivos/relatorio_lobby.pdf/view. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁵ Idem, p. 3-5.

⁶ Para os fins a que se prestam o presente estudo, considera-se sociedade Democrática de Direito sinônimo de Estado Democrático de Direito, podendo ser definido, nas palavras de Alexandre de Moraes, como sendo a “exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado no caput do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu artigo 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular”; MORAES, Alexandre de. Reforma política do Estado e democratização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.89, n.776, p. 34-59, jun. 2000, p. 1.

Assim, o *lobby* pode ser compreendido como um mecanismo, em meio a tantos outros, que se encontra imiscuído em uma sociedade que se organiza em grupos (estruturados ou não), de modo que esses grupos necessariamente se vinculam a um interesse que os represente.

Bentley, precursor do pluralismo na literatura estadunidense, descreve as estruturas de organização social por meio de grupos, cada qual com seus interesses em comum, de modo que não existe a sociedade sem que exista grupo e “*the group and the interest are not separate*”⁷ (o grupo e o interesse não são separados).

Esses grupos, na busca de representar seus interesses, exercem pressão entre si dos mais diversos modos⁸, sendo o *lobby* a prática profissional e institucionalizada dessa representação de interesses. Para tanto, o lobista (agente que pratica o *lobby*) dispõe de inúmeras ferramentas que são decisivas para formação da opinião do funcionário público.

A respeito do tema, importante elucidação é trazida por Gustavo M. T. Gazotto⁹, no desenvolvimento da dissertação o autor esclarece as ações realizadas pelos lobistas, em especial norte-americanos, no convencimento dos *policymakers*. Entre as práticas, merece destaque a realização de *white papers*, *positions papers*, *think tanks* e pareceres técnicos, como instrumentos aptos a serem utilizados na obtenção de interesses e convencimento pelos lobistas.

Esclarecendo os conceitos, os *white papers* consistem na feitura de documentos orientados por um interesse e nos conformes da pesquisa científica, já os *positions papers*, se apresentam enquanto comunicados, geralmente de um determinado setor da economia, direcionados a sociedade e ao poder público¹⁰.

Os *think tanks*, por sua vez, apresentam um teor mais complexo, relacionando-se à criação de organizações, instituições, entre outros, voltadas para difundir ideais relacionados a um setor específico da sociedade. Sobre o assunto, Gazotto ainda esclarece o papel

⁷ BENTLEY, op. cit., p. 211.

⁸ “*Pressure is broad enough to include all forms of the group influence upon group, from battle and riot to abstract reasoning and sensitive morality.*” Traduzindo livremente: “A pressão é ampla o suficiente para incluir todas as formas do grupo exercer influência sobre outro grupo, desde batalhas e tumultos até exercícios abstratos e sensibilidade à moralidade.” BENTLEY, op. cit., p. 259.

⁹ GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. **O lobby e sua regulamentação no Brasil: entre influência privada e interesse público.** 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

¹⁰ Gazotto não deixa de duvidar da nocividade da feitura dos documentos pelos lobistas, os quais podem induzir, por meio de erros metodológicos, ao convencimento deturpado de soluções para os problemas da sociedade. Nas palavras do autor: “Destaca-se que, quando desatento a critérios de transparência metodológica, esse instrumento pode colaborar com efeitos deturpados para o campo científico.” GAZOTTO, op. cit., p. 46.

desenvolvido pelos *think tanks* nos Estados Unidos e como a realidade brasileira dessas ferramentas é voltada para os partidos políticos:

Contemporaneamente, a realidade é outra. Nos Estados Unidos existem mais de cinco mil *think tanks* reconhecidos por sua seriedade e independência (sem vínculos com o governo ou a universidade). No Brasil, os mais atuantes estão ligados a partidos políticos, com diretrizes políticas claras ou a uma corporação específica: Instituto Lula (defensor das realizações do ex-presidente), Instituto Mises Brasil (promotor do livre mercado), bem como o Instituto Palavra Livre (militante da liberdade de imprensa) são exemplos típicos e que ilustram o funcionamento da ferramenta¹¹.

Por fim, um importante espaço para debates e convencimentos dos *policymakers* são as audiências públicas, em que os lobistas podem apresentar estudos e pareceres ressaltando pontos positivos do interesse representado. Ainda nas palavras de Gazotto:

Quando o projeto de lei já se encontra redigido, a atividade de comunicação do *lobby* ao *policy maker* ocorre em outros momentos, não tanto através de publicações técnicas, mas diretamente, nas comissões ou no plenário, conforme o estágio do ato normativo no processo legislativo. Distribuída a proposição legislativa à comissão temática, os lobbies terão a oportunidade de participar de audiências públicas, seminários e reuniões de trabalho, de modo a interagir com os legisladores, elevar o debate e apresentar as demandas sociais. Como as comissões se baseiam nos pareceres dos relatores, estes se tornam alvos privilegiados dos lobistas antes dos demais membros da comissão¹².

Portanto, o *lobby* pode ser conceituado como a atividade de representação de interesses perante o poder público, em especial o Poder Legislativo, o qual é influenciado por meio de ferramentas legítimas de convencimento.

Assim, a importância do instituto é dotada de viés democrático, visto que, além de ser respaldada pelo texto constitucional¹³, o *lobby* opera enquanto ferramenta de convencimento

¹¹ GAZOTTO, op. cit., p. 52.

¹² Ibidem, p. 46.

¹³ Para Andréa Cristina de J. Oliveira, com a constituinte de 1988 é possível que se encontre respaldo legal para o exercício do instituto, citando, como exemplo, o art. 5º, da CF/88, e sua compatibilidade com o *lobby* ao declarar os direitos: i) à liberdade de manifestação de pensamento (inciso IV); ii) à expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX); iii) à liberdade de reunião (inciso XVI); à liberdade de associação para fins lícitos (inciso XVII); iv) ao acesso à informação pública de interesse particular, coletivo ou geral (inciso XXXIII); e v) de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (inciso XXXIV, alínea a); OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobby* no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, n. 42, p.29-43, dez. 2005.

do funcionário público para que realize uma ação ou omissão orientado pelo conhecimento e estudo do caso que o lobista consegue oferecer¹⁴.

Reside, portanto, no fato de o corpo legislativo (e executivo e judiciário) não ter a capacidade humana de saber e conhecer todos os campos em que necessariamente ele opera, dessarte, o lobista consegue, de maneira parcial, apresentar uma maior compreensão sobre os efeitos negativos ou positivos que a ação pública pode gerar em diversos campos, como por exemplo na medicina, agronomia, educação, sociologia, engenharia, economia, entre outros¹⁵.

No entanto, ainda resta uma indagação: existe realmente a prática do *lobby* ilícito? Se sim, como ele opera?

3. “Lobby ilícito” e o ordenamento jurídico

A tese exposta por Luiz Alberto dos Santos envolvendo a prática de *lobby* e a teoria dos grupos é crucial para compreender a dicotomia entre os pesquisadores sociais acerca do tema, demonstrando a divergência quanto a existência ou não do *lobby* ilícito¹⁶.

Há uma parcela dos estudiosos que compreendem existir um caráter nocivo dos grupos de interesses em um cenário democrático, bem como uma relação tênue entre o *lobby* e a prática de delitos políticos¹⁷. Por outro lado, há outro entendimento, principalmente da corrente pluralista, que afirma não haver efeitos negativos da prática do *lobby*, visto que uma limitação

¹⁴ SANTOS, op. cit., p. 88 – 110; GRAZIANO, Luigi. O Lobby e o Interesse Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, n. 35, 1997, p. 5; SAUL, Ricardo Luiz Ribeiro. A constitucionalidade das atividades de lobbying no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n.110, nov./dez. 2018, p. 3.

¹⁵ “A prática do *lobbying* é importante instrumento no âmbito do sistema democrático, à medida que provê um fórum para a resolução de conflitos entre pontos de vista diversos e concorrentes e institui um sistema de “*checks and balances*” que permite a competição entre os grupos de interesse.” SANTOS, op. cit., p. 88. *Notas pessoais*: Importante ainda que esclareça que embora não se tenha uma legislação que regulamente o *lobby*, a sua prática continua a existir de igual forma. O que ocorre, e aqui reside o principal ponto de crítica dos estudiosos do tema, é que a ausência de regulamentação apenas torna a sua prática obscura e inibe o alcance positivo que o instituto teria para um Estado Democrático. Veja-se, a título de exemplo, a inclusão do furto qualificado por emprego de explosivo como crime hediondo, advindo com o “Pacote Anticrime”, que representa fortes indícios de *lobby* exercido pelo setor bancário, para um recrudescimento penal e proteção patrimonial de suas agências bancárias. No entanto, sem uma regulamentação, não há transparência e contraditório sobre essa importante mudança legislativa, nem maiores estudos de seu impacto a longo prazo.

¹⁶ SANTOS, op. cit., p. 88-110.

¹⁷ Neste sentido: MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962; BERRY, Jeffrey M. **The interest group society**. Boston: Scott, Foresman/Little Brown Series in Political Science, 1989; TRUMAN, David B. **The governmental process**. New York: Knof, 1951. Nos estudos sobre Truman, Luiz Alberto dos Santos descreve ainda o posicionamento desfavorável do sociólogo aos grupos de interesse, principalmente quanto ao papel desempenhado por eles, os quais são seguidos de acontecimentos ocorridos nos EUA, negativos ao desenvolvimento do Estado, como por exemplo os grupos de fazendeiros e sua relação com o governo americano, que controlavam a oferta para manter o preço alto no mercado. SANTOS, op. cit., p. 91.

do Estado frente à possibilidade de agentes externos defenderem seus interesses constituiria afronta ao direito de liberdade de expressão¹⁸.

Quanto à primeira corrente, todo Estado que busca pela regularização do instituto deve abrir espaço para a problemática levantada. Isso porque, ainda que o *lobby* seja inerente à democracia representativa, não perde força por completo o argumento de nocividade do *lobby*, visto que ainda que seja legítima a sua prática, sob uma perspectiva democrática, merecem atenção os seus efeitos práticos dentro de uma noção de igualdade.

Sobre o tema, Conrado A. C. Gontijo afirma que a existência do *lobby* representa papel importante para consagração de direitos fundamentais, ao passo que resguarda elevado valor para a tomada de decisões políticas. Entretanto, o professor não olvida que a prática pode acarretar um enfraquecimento da democracia quando indevidamente regularizada, ainda que faça parte do Estado Democrático de Direito:

Desse modo, é inequívoco que a prática do lobby jamais poderá ser proibida em sociedade que se afirme democrática. Todavia, não se pode ignorar que, a depender da maneira como se dá a interação entre os lobistas e os agentes públicos, é possível que as importantes vantagens potencialmente por ela geradas sejam suplantadas por efeitos negativos para a democracia e para a sociedade, situação que revela a importância de que se criem balizas normativas que incidam sobre o instituto¹⁹.

Nesta senda, a principal legitimidade abarcada pelo *lobby* é seu valor democrático, enquanto ferramenta legítima de acesso da sociedade ao poder público, bem como na melhora qualitativa na tomada de decisões pelos *policymakers*. De outro modo, justamente pelo *lobby* ser atividade praticada em sua maioria pelo setor privado (que não deixa de atender ao interesse público), é que abre margem para que o capital seja propulsor da desigualdade na representação de interesses.

Ainda que não seja o único ou principal recurso, merece maior atenção a relação entre a prática do *lobby* e sua efetividade a depender do montante alocado, ponto suscitado por Gary S. Becker há meio século e que merece maior atenção acadêmica.

¹⁸ Entre eles, Gary S. Becker (1984), que defende a liberdade de representação de interesses frente ao Estado pelos diversos segmentos da sociedade, mas que compreende o efeito negativo desses grupos quando há um desnivelamento entre os seus concorrentes, tema tratado logo a seguir. BECKER, Gary S. Public Policies, Pressure Groups and Dead-Weight Costs. In STIGLER, G. J. (editor) **Chicago Studies in Political Economy**. Chicago: University of Chicago Press, 1984, p. 85-105.

¹⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby*: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 66.

Além de expor algumas tendências sociais negativas enquanto resultado da atuação dos grupos de pressão nos Estados Unidos²⁰, o autor ainda demonstra que o governo se apresenta enquanto resultado de diversos fatores inerentes a uma sociedade pluralista, de modo que os grupos de interesses influenciam a política em níveis proporcionais relacionado ao incentivo financeiro.

Essa capacidade de influência correlaciona-se com a “utilidade” do representante do interesse, que será tanto maior quanto for a despesa ou alocação de recurso financeiro, sendo influenciada pela tributação ou subsídios ofertados pelo Estado²¹.

Desse modo, é possível aumentar a igualdade da pressão exercida por diferentes grupos de pressão através da alteração do custo de peso morto e benefícios da implementação dos subsídios e da tributação, orientados pelo “*compensation principle*” da economia²². Outrossim, os grupos de pressão pouco estruturados ganham força com subsídios do governo, enquanto grupos de pressão fortemente estruturados podem ser onerados para nivelar a sua influência com os demais:

If payoffs from political activities do not distinguish between identical members of s [persons were subsidized] and identical members of t [persons were taxed], subsidies and taxes would be public goods to recipients and payers, who then have strong incentives to share cost by exerting pressure collectively²³.

²⁰ Entre elas, Becker pontua sobre a desregulamentação e privatização de “movimentos” e a falsa percepção de menor eficiência de empresas públicas em comparação com empresas privadas. BECKER, op. cit., p. 2.

²¹ BECKER, op. cit., p. 2-8.

²² “*The new welfare economics developed the compensation principle to determine whether public policies are socially beneficial. Some of the pioneers even claimed that policy is beneficial as long as gainers could compensate losers, regardless of whether compensation is actually paid.*”; tradução livre: “A nova economia do bem-estar desenvolveu o princípio da compensação para determinar se as políticas públicas são socialmente benéficas. Alguns dos pioneiros até alegaram que a política é benéfica desde que os ganhadores possam compensar os perdedores, independentemente de a compensação ser realmente paga”. BECKER, op. cit. p. 12.

²³ “Se as recompensas das atividades políticas não distinguem entre a identidade de membros de “s” [pessoas que foram subsidiadas] e identidade de membros de “t” [pessoas que foram tributadas], subsídios e impostos seriam de interesses públicos para recebedores e pagadores, que então têm fortes incentivos para dividir os custos pelo exercício coletivo da pressão” [tradução livre]. BECKER, op. cit., p. 5; Mais adiante, Becker conclui a sua exposição: “*each active group exerts pressure to affect its subsidies and taxes, where the activities of different groups are related because of the equality between the total amount raised in taxes and total amount paid out in subsidies. [...] This paper argues that dead weight (or social) cost and benefits of taxes and subsidies are also fundamental to the determination of political outcomes. And increase in the dead weight cost of taxing a group encourages pressure by that group because the cost of higher taxes on members is increased*”, traduzido livremente: “cada grupo ativo exerce pressão para afetar seus subsídios e impostos, onde as atividades dos diferentes grupos estão relacionadas pela igualdade entre o valor total arrecadado em impostos e o valor total pago em subsídios. [...] Este artigo argumenta que o custo e os benefícios do peso morto (ou social) dos impostos e subsídios também são fundamentais para a determinação dos resultados políticos. E o aumento do custo de peso morto de taxar um grupo encoraja a pressão desse grupo porque o custo de impostos mais altos sobre os membros aumenta.” BECKER, op. cit., p. 24.

Dessa forma, a regularização do instituto não deve se abster da questão financeira, não só na transparência de recursos alocados, como também na criação de limites normativos e políticas públicas de inclusão para que seja equilibrada a relação de poder, sem, contudo, frear os avanços benéficos da prática do *lobby*.

Ainda quanto à relação do *lobby* com o capital alocado, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) recomenda em seus estudos que a regularização deve limitar, ou até mesmo proibir, que o lobista ofereça qualquer presente ou vantagem para funcionário público²⁴.

No Brasil já existe legislação acerca do recebimento de presentes pelo funcionário público no âmbito federal. A Lei n.º 8.112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, proíbe, em seu artigo 117, que os funcionários recebam “propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições”. No entanto, tal legislação não abarca todos os funcionários públicos, e mais, o texto normativo na forma o qual se encontra é demasiadamente restritivo.

Sobre a controvérsia do tema, a doutrina majoritária²⁵ já se posicionou sobre o afastamento do ilícito (administrativo ou penal) nos casos em que o presente oferecido não apresente ofensividade ao bem jurídico (Administração Pública). Um dos exemplos citados é do médico, funcionário público, que recebe gratificação de pouco valor econômico por um serviço nobre prestado, neste caso, pelos moldes do artigo 117 da referida legislação, haveria tipicidade administrativa da conduta. Esse é apenas um exemplo, de diversos outros tratados pela doutrina, que demonstram que deve ser afastada a reprimenda estatal²⁶.

O que parece razoável é a limitação de um valor para os presentes oferecidos, bem como a limitação temporal no oferecimento ou até mesmo a proibição de oferecimento apenas quando ofertados pelos lobistas, ponto que merece maior atenção de futuros estudos.

²⁴ OECD. *Organization for Economic Co-operation and Development. Lobbyist, government and public trust: increasing transparency through legislation*. Paris: **OECD Publishing**, 2009, v. 1.

²⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 369; PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 250 a 361. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3, p. 734-735; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5, p. 381.

²⁶ O tema será tratado mais adiante, quando discutida a relação entre o lobby e a corrupção ativa (tópico 4.1).

No mais, torna-se quesito que sejam apresentadas políticas públicas (em conjunto de uma regularização) que garantam acesso ao poder dos grupos de pressão com menor capacidade financeira, ou que representem interesses de elevado valor social.

Diante do exposto, não há como se esquivar da problemática quanto ao caráter nocivo do *lobby*, ao passo que não se deve com isso frear o seu avanço e ignorar que é uma prática inerente ao Estado Democrático de Direito. A maestria recaí, portanto, sobre a cautela na regularização normativa do instituto.

Acerca do tema, Gontijo adverte da importância de manter a igualdade entre os grupos capazes de alternar a realidade política dentro do poder público:

Tão importante quanto garantir que a atuação dos agentes do Estado seja transparente e objetiva, é garantir que os agentes sociais (pessoas físicas e jurídicas) possam adotar, em condição de igualdade, iniciativas para que os seus interesses sejam considerados nos processos de decisão estatais: a regulamentação do lobby jamais poderá interromper o fluxo de informações que, em um regime democrático, deve existir entre as esferas pública e privada²⁷.

Em continuidade, também chama a atenção para a vastidão de preceitos que devem ser levados em consideração para que seja promovida a igualdade entre grupos de interesses e a suficiente transparência em suas atuações. Para tanto, é necessário que o advento da regularização seja acompanhado não só da explanação de sua atividade, como também devem coexistir mecanismos que assegurem “a higidez no tratamento dos interesses públicos”, pois só assim será possível mensurar, mapear e desenvolver a transparência e igualdade entre os grupos de interesse²⁸.

Quanto à segunda problemática, em relação a tenuidade entre o *lobby* e práticas delitivas, não há como negar que os lobistas poderiam se valer de meios ilícitos para alcançar seus objetivos, facilitando ainda mais seu poder político e a representação de seus interesses. Entretanto, a prática do *lobby* só é negativa quando praticada concomitantemente a delitos previstos na legislação penal²⁹. Portanto, o *lobby* é um conceito neutro, não sendo compatível com um sistema democrático representativo a punição de interesses frente a ordem pública.

²⁷ GONTIJO, op. cit., p. 81-82.

²⁸ Idem.

²⁹ O professor Conrado Gontijo ao tratar sobre a regularização do *lobby* propõe, de forma concomitante, alterações no plano legislativo penal, nos casos em que o lobista se utiliza da influência para obtenção de “ato ilegal”, posicionamento que parece coerente. GONTIJO, op. cit., p. 256.

Desta forma, embora exista possibilidade de que a corrupção e tráfico de influência interpenetrem de forma obscura neste mecanismo, a atividade profissional do *lobby*, por si só, não pode ser punível.

Luigi Graziano, ao tratar sobre esta relação, esclarece que há uma necessária distinção (visível aos que se atêm aos conceitos) entre a prática do *lobbying* e os delitos políticos, visto que a primeira é resultado de uma relação legítima e identificável com um modo de agir próprio que em tese exclui a “troca desonesta de favores”³⁰.

O *lobby* perde espaço com relação aos crimes políticos quando a prática do delito se torna mais vantajosa do que a prática democrática, ou seja, quando a corrupção se generaliza e toma o espaço da democracia, não há como coexistir o *lobby*, visto que o instituto possui gastos elevados e de retornos incertos, despesas por vezes quase tão elevadas quanto para a prática da corrupção (sendo que a prática delitiva pode possuir uma maior eficácia a curto espaço de tempo sobre o exercício do *lobby*)³¹.

O próximo capítulo se dedica em apresentar como o *lobby* se diferencia de delitos que incidem no campo da política, com o objetivo de diminuir a confusão entre um instituto democrático e delitos que sobressaem ao interesse público.

4. Lobby, corrupção ativa e tráfico de influência

A prática do *lobby*, conforme anteriormente demonstrada, busca respaldo em um sistema representativo, o qual tem como natureza ser instrumento de acesso ao poder público. O *lobby* diante do seu conceito pode ser aplicado a qualquer grupo, de modo que não obsta ser de interesse de uma única pessoa (física ou jurídica), ou de uma representação coletiva.

De fato, o *lobby* se apresenta como uma ferramenta importante não só para aquele a qual representa, mas para o corpo político, que deve sempre buscar agir com decisões públicas fundamentadas e com conhecimento prévio de suas consequências e desafios ao campo concreto.

³⁰ GRAZIANO, op. cit., p. 4.

³¹ Idem.

Neste sentido, quanto mais acessível, transparente e igualitário, mais o *lobby* se aproxima de um estado representativo, na qual a sociedade compreende que as decisões do governo também fazem parte das suas decisões³².

Por outro lado, quanto mais obscura é a prática do *lobby*, maior é a desconfiança da sociedade em como ela opera, além de criar um campo de desigualdade entre grupos de interesses e de pressão. É neste campo que o *lobby* se enfraquece, pois perde espaço para que práticas delitivas tenham maior eficácia frente ao instituto legítimo³³.

O profissional que atua com o *lobby* acaba por ficar preso em uma espécie de “*limbo*”, pois a sociedade não compreende o papel importante que ele exerce, ao passo que a sua ferramenta de operação perde espaço para a propina e a ilegalidade, os quais trazem retornos mais certos em curto espaço de tempo.

Por óbvio que a regulamentação do *lobby* tende a ser tardia no Brasil, mais por questões políticas do que jurídicas³⁴. Frente ao fato, o que ocorre é que a prática do *lobby* em diversas situações é mal interpretada, equiparando-a erroneamente à corrupção ativa e tráfico de influência.

Entretanto, existem critérios para além do subjetivismo, que são idôneos a serem aplicados no caso concreto e separar quais casos são ilícitos e quais convergem com a prática lícita do *lobby*.

4.1 O “pacto do injusto” como diferenciador do lobby e corrupção ativa

O preceito primário da corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) dispõe, em sua literalidade, que “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para

³² SAUL, op. cit., p. 14; MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Ana Cristina. **Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?** Organicon, São Paulo, v. 14, n. 8, p.118-127, jun. 2011, p. 126; SANSON, Alexandre. **Dos grupos de pressão na democracia representativa: os limites jurídicos.** 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. p. 285

³³ “Contudo, dentre os mecanismos de pressão, há modos operativos não consentâneos com os preceitos democráticos (e.g. corrupção, intimidação), o que reclama a transparência nas relações, voltadas ao seu controle.” SANSON, op. cit. p. 115.

³⁴ Segundo Oliveira, há quatro possíveis abordagens que justificam a ausência de regulamentação no Brasil, sendo elas a (i) ausência de vontade parlamentar, (ii) que a atuação dos lobistas, do modo o qual se encontra, não representa um perigo social intolerável, (iii) o aumento de canais de acesso aos diversos grupos de pressão, retirando a importância de ter uma regulamentação, e (iv) os grupos de pressão exercem uma auto-regulamentação, inexistindo a necessidade, sob o ponto de vista desses grupos, que a sua atividade seja regulamentada. OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. **Lobby e Representação de Interesses: lobistas e seus impactos sobre a representação de interesses no Brasil.** Tese de Doutorado apresentada ao Depto. de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Fevereiro de 2004, p. 218.

determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” se configura o injusto penal. Deste modo, a corrupção ativa é a prática do particular, direcionada ao funcionário público, para que esse último, mediante o oferecimento de uma vantagem indevida, pratique conduta com infração do seu dever funcional³⁵.

O crime é formal, de modo que basta que o sujeito realize proposta crível ao funcionário público, o qual, se aceitar, concorre para o crime de corrupção passiva e caso rejeite a oferta apenas o sujeito ativo responderá pelo crime³⁶.

Embora a aceitação não seja elemento necessário, o sujeito ativo busca um acordo, pois o ato do funcionário público é fundamental para a prática do delito³⁷. Por outras linhas, aquele que oferece, o faz em troca de algo, qual seja, a prática de ato de ofício.

No cerne dessa relação existe a busca por um pacto (*pactum sceleris*), advinda do sujeito ativo, que direciona a sua vontade (*animus corrumptendi*) por meio do oferecimento de vantagem, o qual tem por finalidade a realização de ato determinado pelo funcionário público, ou que esteja pelo menos dentro de suas atribuições³⁸.

Com origem na dogmática alemã, o “pacto do injusto” é o termo utilizado para descrever essa relação entre o sujeito ativo e o funcionário público, que opera com o elemento da vantagem indevida e o ato de ofício, em comum acordo entre as partes.

Sobre o tema, merece destaque o artigo “Aproximação a uma teoria da corrupção” de Luís Greco, com tradução e complementação de Alaor Teixeira. Os autores trazem uma concepção *a priori* sobre o “pacto do injusto” segundo a doutrina alemã majoritária, o qual pode

35 Não há doutrina considerável que ignore a exigência para o ato de ofício na corrupção ativa, neste sentido, o Min. Ayres Britto, ao tratar sobre o tema no julgado da APn 470/MG: "para a configuração do crime de corrupção ativa exige-se que o ato cuja ação ou omissão é pretendida esteja compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 17 dez. 2012, p. 4510.

36 “Consuma-se o crime com o efetivo conhecimento, pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. Tratando-se de crime de mera conduta, é despcienda a existência da vantagem, pois se consuma apenas com a oferta, isto é, com o simples oferecer, ainda que a oferta não seja aceita”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5, p. 388.

37 BITENCOURT, op. cit., p. 383-384; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação de uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 32.

38 Outro assunto que merece atenção, mas que não será tratado neste estudo, é a necessidade do ato de ofício na corrupção *passiva*, onde os tribunais superiores superaram o entendimento de que o ato seja específico, passando a compreender como elementar do tipo apenas que o ato ocorra “em razão de sua função”, conforme julgamento no caso “mensalão (STF, AP 470 MG) e caso “Collor” (STF, AP 307 DF).

ser descrita como uma relação de equivalência, ou seja, uma combinação entre vantagem (indevida) ofertada e o exercício público requisitado.³⁹

Adiante, os autores esclarecem que há um retorno na discussão acadêmica sobre a extensão do oferecimento da vantagem ou exercício da função pública, mas afirmam que o “pacto do injusto” necessariamente recai sobre essa relação:

Isso constitui uma das principais razões por que a discussão dogmática dos delitos de corrupção revitalizou-se nos últimos anos; registra-se sobretudo o esforço hermenêutico de muitos autores no sentido de delimitar o alcance do tipo do recebimento indevido de vantagem. (...) De todo modo, embora não seja pressuposto do pacto de injusto que a “contraprestação” do funcionário público seja um ato de ofício determinado e individualizado, a contrapartida da vantagem deve referir-se às funções que o funcionário público efetivamente exerce⁴⁰.

Desse modo, a corrupção ativa pode ser conceituada, sob uma ótica normativa, como a conduta realizada por particular direcionada ao funcionário público, que busca pactuar por meio de uma vantagem indevida para que aquele pratique ato funcional⁴¹.

Ademais, outro ponto extremamente importante para compreender a distinção entre o *lobby* e o crime político é o conceito de corrupção própria e corrupção imprópria. Assim, quando o ato do funcionário público opera de modo contrário ao enquadramento das funções públicas, o injusto penal é definido como “corrupção própria”, já quando o ato a ser praticado é lícito, trata-se de “corrupção imprópria”, conforme doutrina de Luís Regis Prado:

De sua vez, o ato funcional, omissivo ou comissivo, visado pela corrupção, tanto pode ser lícito como ilícito. Assim, quando o funcionário pratica um ato lícito, visando à obtenção de vantagem indevida, dá-se a corrupção imprópria, enquanto a prática de um ato funcional ilícito, que expressa a violação dos deveres da função, caracteriza a corrupção própria.⁴²

³⁹ GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 32.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁴¹ “A conduta típica alternativamente prevista consiste em oferecer (apresentar, colocar à disposição) ou prometer (obrigar-se a dar) vantagem indevida (de qualquer natureza: material ou moral) a funcionário público, para determiná-lo a praticar (realizar), omitir (deixar de praticar) ou retardar (atrasar) ato de ofício (incluído na esfera de competência do funcionário)”, mais adiante, sobre o tipo penal subjetivo, o autor explica que o “elemento subjetivo geral é o dolo, constituído pela vontade consciente de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para praticar, retardar ou omitir a prática de ato de ofício. Essa infração penal exige também o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de agir, isto é, “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. BITENCOURT, op. cit., p. 380-385.

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 250 a 361**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3, p. 606.

O conceito de corrupção imprópria é o que mais se aproxima da prática do *lobby*, visto que ambas as condutas têm como finalidade a prática de ato público lícito. Mas por linhas gerais, tanto a corrupção ativa como o *lobby* possuem como finalidade a realização de um ato pelo agente público a favor do seu interesse.

A distinção primordial entre os dois institutos não reside, portanto, no objetivo das condutas (realização de ato público), mas sim nos meios utilizados para alcançar essa finalidade.

Se de um lado o corruptor busca um posicionamento do funcionário público por meio de uma vantagem indevida, por outro, o lobista se posiciona diante do poder público e o convence a tomar um determinado posicionamento através de mecanismos de persuasão que, necessariamente, excluem o oferecimento de vantagens pessoais ao funcionário público.

Enquanto a corrupção é ato de curto lapso de tempo, consistente apenas no oferecimento de vantagem indevida vinculado a prática do ato, o *lobby* em muito se diferencia. Desse modo, o *lobby* é serviço-meio, nunca serviço-fim, visto que o lobista não pode garantir que as condutas realizadas serão suficientes para convencer o funcionário público a praticar o ato⁴³.

Portanto, o *lobby* tem como ferramenta não a vantagem indevida, mas sim o *networking* com o setor público obtido pela experiência, a elaboração de pareceres técnicos sobre o benefício do interesse representado, a presença em reuniões da agenda política, a pressão por meio de mídias sociais, entre outros.

É nesse ponto que Andressa Lack, ao tratar sobre os serviços ofertados pelo lobista, define a extensão da atuação da atividade profissional marcada pela experiência e ferramentas à disposição do grupo de pressão:

Estes tipos de serviços são oferecidos por pessoas, que ao longo do tempo acumularam experiências e certo grau de influência sobre os tomadores de decisão. Em segundo lugar, esta expertise conquistada ao longo do tempo pode advir tanto de forma direta, ou seja, estabelecida por uma organização interna e sustentada pelo próprio grupo de pressão, como de forma indireta, por meio da contratação de assessorias ou consultorias especializadas em intermediação de interesses temáticos.⁴⁴

Quando comparados, a corrupção traz resultados certos a curto espaço de tempo, de forma que se exige menos esforço do agente. Entretanto, seus custos são elevados a longo prazo, e o risco é muito maior, visto que o oferecimento de vantagem indevida é vinculado, na maioria

⁴³ SANTOS, op. cit., p. 221.

⁴⁴ LACK, op. cit., p. 50.

dos casos, a cada ato que se busca realizar. Ademais, caso a conduta seja descoberta, será afetada a credibilidade da empresa representada pelo lobista, com danos drásticos e irreversíveis, além, é claro, das repercussões criminais diretas.

Nesse ínterim, o *lobby* se demonstra eficaz a longo prazo e embora os custos sejam elevados, quando o lobista alcança uma posição de acesso aos *policymakers*, os resultados são estendidos, de forma que o custo é inversamente proporcional ao tempo⁴⁵.

Entretanto, existe uma problemática quanto à caracterização, ou não, da vantagem enquanto “indevida”, ou seja, como ficam os casos, a título de exemplo, em que o lobista oferece um jantar ao funcionário público para conversarem sobre o interesse representado, ou quando o agente financia a viagem e hospedagem em hotéis luxuosos ao funcionário público para que ele conheça a empresa que busca ter seu interesse representado?

Enquanto o *lobby* não se regular, situações como essas vão depender de como os tribunais vão firmar entendimento sobre o tema. Entretanto, a resposta a curto prazo remete ao “pacto do injusto”, visto que, se o agente não tem o objetivo de corromper o funcionário público e nem vincular o recebimento dessas regalias a prática de ato, não há que se falar em corrupção.

A doutrina segue o entendimento de que não configura injusto penal o oferecimento de meros presentes, ainda que não se tenha um consenso quanto ao limite do valor dessas regalias, mas que podem ser compreendidas quando insignificantes o seu valor pecuniário, conforme Nelson Hungria explica:

Deve-se notar, porém, que as gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários (não se tratando, é bem de ver, de ato contrário à lei), não podem ser consideradas *material* de corrupção. Também não se entendem como tal as tradicionais “boas festas”, de Natal ou Ano Novo.⁴⁶

Já Bitencourt trabalha com o conceito subjetivo da vantagem indevida, citando Magalhaes Noronha, e define a vantagem indevida como “o preço do funcionário corrupto”, de forma que ela seja inequívoca em relação a vontade do agente, assim o explicando:

É fundamental que a ação seja inequívoca, demonstrando, segundo Magalhães Noronha, o propósito do agente. Essa equivocidade deve, necessariamente, estar presente no caso concreto, uma vez que a dação do sujeito ativo não pode ter outro propósito que não o de “comprar” a prática de ato de ofício. O próprio Magalhaes

⁴⁵ LACK, op. cit., p. 13; OLIVEIRA, 2005, op. cit., p. 42; AVIZÚ, Cristiane. **Lobby, a atividade dos grupos de interesse e grupos de pressão**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007, p. 90.

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 369.

Noronha lembra-nos: “Cumpra, todavia, notar que nem toda dádiva ou presente importa corrupção. Assim, como não se compreende que alguém presenteie um magistrado com um automóvel ou uma casa de alguns milhares de cruzeiros, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de frutas.⁴⁷

Luiz Regis Prado, na mesma linha de Bitencourt e Hungria, exemplifica algumas condutas e trabalha com o conceito subjetivo do agente (*animus corrumptendi*), em suas palavras:

As homenagens feitas a funcionário público por honorabilidade, manifestada por estima ou admiração, bem como pequenos presentes recebidos por mera cortesia, como comestíveis, bebidas (etc.), ofertadas desinteressadamente, v.g, nas festividades natalinas ou do Ano Novo, não encontram tipicidade na norma em exame, visto que não há vontade específica de corromper, nem mesmo a consciência do funcionário em praticar nenhum ato funcional, movido pela venalidade⁴⁸.

Assim, é possível traçar uma distinção entre a prática do *lobby* e a corrupção ativa, porquanto não se olvida que exista uma lacuna normativa não apenas no tocante à regulamentação do instituto, como também uma preocupação em garantir que a sua atuação não coadune com práticas penais já tuteladas.

Por fim, a insegurança jurídica é enorme quanto aos limites de atuação do lobista, o qual dependerá, conforme dito anteriormente, do entendimento dos tribunais a qual o caso se destina.

4.2 Lobby e tráfico de influência

A distinção entre a prática do *lobby* e do tráfico de influência merece uma atenção maior no presente trabalho. Mais do que ocorre na corrupção, a prática delitiva se assemelha em diversos pontos com o *lobby*, abrindo espaço para que condutas ilícitas passem pela impunibilidade e que condutas legítimas sejam consideradas ilícitas.

Dessarte a verdadeira distinção ocorre no campo subjetivo, pois não há crime sem que haja culpa (*nullum crimen sine culpa*), de modo que o delito em questão admite apenas a modalidade dolosa. Outrossim, o dolo é externado na prática delitiva, permitindo que se tenha uma análise dedutiva entre elemento objetivo e subjetivo da conduta.

Na corrupção, por exemplo, a existência de provas quanto à autoria no oferecimento de vantagem indevida (elemento objetivo), gera a dedução (verdade processual) de que o agente tinha consciência e vontade de praticar a conduta penal (subjetivo).

⁴⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 381.

⁴⁸ PRADO, op. cit., p. 734.

Ocorre que, diferentemente da corrupção, o tráfico de influência não exige o elemento da vantagem indevida ofertada ao funcionário público, pois o que se tem é a vantagem cobrada de terceiro a *pretexto* de influir em ato público. Assim, a problemática principal reside no fato de que o lobista também *solicita, exige, cobra ou obtém vantagem ou promessa de vantagem*, pois o seu serviço tem um valor mercantil cobrado de terceiro⁴⁹.

Mesmo que exista essa semelhança no primeiro momento, um estudo comparativo com maiores detalhes levanta alguns pontos sobre a distinção entre as duas práticas, que pode ser explicada pelo *modus operandi* de cada conduta.

O delito de tráfico de influência vem descrito no art. 332, CP, nos termos: “*solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função*”⁵⁰.

Segundo Bittencourt, o sujeito ativo do injusto penal se gaba e se vangloria perante o terceiro comprador da influência, aludindo ser capaz de desprestigiar a Administração Pública por meio da influência exercida pelo seu poder⁵¹.

Assim é compreendido a inserção do delito no capítulo destinado à proteção da Administração da Justiça, visto que a tutela do tipo penal recai na imagem produzida pelo sujeito ativo de que os agentes do poder Público, motivados por questões particulares, estão dispostos a ceder às influências de terceiros:

A tutela penal visa a garantir o correto e imparcial funcionamento da Administração Pública, evitando que seja motivado pela corrupção ou facilmente influenciável por ingerência ilícita em relação às suas decisões. Dirige-se, sobretudo, à tutela da imparcialidade e da objetividade no exercício da atividade pública. Enfim, há de se resguardar de interferências o processo de motivação das decisões públicas.⁵²

De fato, o sujeito ativo por meio de jactância realiza verdadeira fraude contra um terceiro comprador, que lhe paga (ou promete) vantagem para que seu interesse sobressaia ao interesse público. Ainda, é necessário que a influência exercida seja efetivamente uma fraude

⁴⁹ LACK, Andressa Miquelini. **Lobby, corrupção e tráfico de influência**: definir conceitos para compreender a relevância de uma regulamentação. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021; GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. **O lobby e sua regulamentação no Brasil**: entre influência privada e interesse público. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

⁵⁰ BRASIL. **Código penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm> Acesso em 25/10/2022.

⁵¹ BITENCOURT, op. cit., p. 351.

⁵² PRADO, op. cit., p. 727.

ou ilusão, conforme explica Luiz Regis Prado sobre o tema, visto que a participação efetiva do agente “implicaria a sua responsabilização por corrupção ou concussão”⁵³.

Por fim, o tráfico de influência tem como tutela a proteção da imagem pública, a qual é descredibilizada pela mercancia do poder público. Assim, o bem jurídico protegido é o prestígio descredibilizado do Estado, não se tutelando o prejuízo sofrido pelo “comprador de fumaça”⁵⁴.

4.2.1 “A pretexto de influir” e princípio da consunção

Um ponto importante no estudo dogmático do tráfico de influência e que auxiliará na distinção entre as condutas é a discussão sobre a ‘influência suposta’. Isto é, o sujeito ativo, que diz ter elevado prestígio e influência sobre atos públicos, pode realmente exercer essa influência?

O início dessa discussão advém do próprio texto normativo. O legislador, ao dispor “*a pretexto de influir em ato público*”, emprega o entendimento de que a influência é mero pretexto, como plano de fachada, para que se obtenha a vantagem advinda do terceiro.

Por vez, caso a influência realmente exista, há fundamentação para acreditar que o delito é consumido por outro, geralmente a corrupção ativa, visto que o injusto penal consubstancia na efetiva possibilidade de corromper o poder público. Importa observar que a doutrina vem tratando sobre o assunto seguindo essa mesma linha, o que pode ser encontrado nas lições de Bitencourt, ao descrever em sua obra a alteração de enquadramento típico em razão da influência exercida:

Se o sujeito ativo realmente goza de influência junto a funcionário público, e, sem proclamá-la, apenas pretextando, desenvolve atividade junto àquele, não comete o crime em apreço, podendo, entretanto, dependendo das circunstâncias, praticar outro, como, por exemplo, a corrupção ativa. A denúncia criminal, pois, há de conter, expressamente, esse elemento, sem o que não tem condições de fundamentar validamente uma ação penal. Porém, se realmente gozar de influência, e proclamá-la ao interessado-beneficiário, ambos responderão pelo crime de corrupção ativa, e o funcionário, se admiti-la conscientemente, pela corrupção passiva⁵⁵.

⁵³ PRADO, op. cit., p. 728.

⁵⁴ “Ora, a responsabilidade do “beneficiário” é exatamente concorrer diretamente para o crime de “tráfico de influência” (exploração de prestígio), sem cuja participação sequer crime existiria, sendo, portanto, indissociável a sua decisiva contribuição na ação do “vendedor de fumaça”, sendo verdadeiro “parceiro” na empreitada de “beneficiar-se” da suposta venalidade de funcionário público.” BITENCOURT, op. cit., p. 360.

⁵⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 356; no mesmo sentido, Luiz Regis Prado dispõe que quando “o agente tem, de fato, influência junto a determinado funcionário, e “sem estadeá-la ou proclamá-la desenvolve atividade junto àquele, não comete o delito em apreço”, podendo, contudo, praticar outro, dependendo dos elementos”. PRADO, op. cit., p. 728; Por fim, Fernando Capez sustenta que “caso ele [sujeito ativo] efetivamente goze de prestígio junto a esta [poder público], corrompendo o funcionário, poderá ser autor de outro delito, como a

Assim, o que ocorre é a necessária aplicação do princípio da consunção ao caso concreto, em vista de que a influência é exercida como mero pretexto da obtenção da vantagem indevida. Em outros termos, se o sujeito ativo venha a influir concretamente em ato público, é certo que a conduta típica incidiria, de modo aparente, em dois tipos penais diversos: corrupção ativa e tráfico de influência.

O conflito é aparente visto que a influência serve apenas de fachada, em verdadeiro crime de fraude, segundo entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto da min. Relatora Cármen Lúcia no Inq. 3.732/DF:

Para a consumação do crime não importa se a influência prometida é levada a efeito. Preleciona a doutrina que o agente ativo do crime de tráfico de influência não pode exercer influência sobre o funcionário público, sob pena de caracterização de outro delito.⁵⁶

Por conseguinte, o entendimento é de que o tráfico de influência prevê a conduta de bazófia do sujeito ativo, que se faz valer de falso prestígio sobre a sua personalidade para ludibriar terceiro de má fé, que acredita na hipótese de ter seu interesse acima do interesse público, por meio da mercancia pública, mas a influência não deve existir no plano concreto, pois caso exista configura-se na corrupção ativa.

4.2.2 Elementos do caso concreto como diferenciadores

Não há como afastar que a verdadeira distinção entre o *lobby* e o tráfico de influência ocorre na análise do caso concreto. São os elementos de prova que vão ser aptos a afastar ou incidir a conduta em tipicidade, não sendo possível que sempre, de antemão, os institutos sejam diferenciados.

Entretanto, de nada adianta os elementos probatórios se eles são utilizados para guiar a ignorância. Cada detalhe tem o potencial de virar um forte elemento probatório quando compreendido o *animus* do lobista e do “vendedor de fumaça”.

corrupção ativa (CP, art. 333)”. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3, p. 753

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3732 DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. Data de Julgamento: 08 mar. 2016, p. 20-21.

Se de um lado temos o agente profissional que busca a seriedade, transparência e credibilidade sobre o seu serviço, do outro temos o charlatão movido pela vontade de obter vantagem em prejuízo alheio, por meio da deturpação da imagem pública⁵⁷.

O principal ponto diferenciador que se tem, e já tratado anteriormente, são as ferramentas utilizadas pelo lobista, desde o seu contrato de prestação de serviço, o qual já poderia indicar se tratar de atividade-meio a qual ele realiza, até outras, como a elaboração e apresentação de pareceres em audiências públicas, comparecimento em reuniões da agenda políticas, *white and position papers*, entre outros. Sobre o tema, Gazotto explica que:

Seja através do patrocínio de *think tanks*, na publicação de *position papers*, ou na apresentação de pareceres técnicos em audiências públicas, lobistas fornecem dados confiáveis e de alta credibilidade sobre as consequências das ações governamentais. O convencimento dos agentes públicos é mera consequência do agenciamento de informações relevantes e com alto grau de precisão, ainda que onerosas. Sobretudo quando os parlamentares e administradores desconhecem a temática acerca da qual decidem, os dados repassados alteram consideravelmente o sentido da decisão.⁵⁸

Já o vendedor de fumaça não tem a verdadeira vontade de influir em ato público, por isso, todo o seu esforço é drasticamente reduzido em comparação ao papel desenvolvido pelo lobista.

Difícilmente o sujeito dispenderá tempo participando de reuniões sobre o interesse representado, pressionará os *policymakers*, ou fará qualquer outro labor para que o interesse vendido seja aceito pelo poder público. Pois a própria essência do delito antevê que a conduta é realizada pela fraude, sendo que a concretização da influência não existe, se fazendo apenas como plano de fachada.

Desta forma, fica evidente que ao se aproximar da teoria não há como confundir o *lobby* com a prática de qualquer outro delito, que são institutos distintos na essência e na realidade. Enquanto de um lado se encontra a representação de interesses, pilar de uma democracia representativa, do outro existe a pretensão de que os interesses privados sobressaiam ao interesse público por meio de ferramentas ilegítimas.

⁵⁷ SANTOS, op. cit. p. 205.

⁵⁸ GAZOTTO, op. cit. 76.

5. Conclusão

Talvez a mais importante conclusão do artigo seja de que o *lobby* é uma prática inerente e recorrente no cenário político, o qual não se confunde com a prática de delitos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A regularização é necessária não apenas para atender ao interesse de um setor pré-estabelecido, mas principalmente para que se antecipe políticas públicas que distribuam a oportunidade de acesso ao poder.

É nesse ponto que os fundamentos constitucionais que chancelam a sua regularização ganham uma maior relevância sobre aqueles que o afastam, dessa forma, faz-se necessário a clareza de quais preceitos são esses que o *lobby* representa um potencial de nocividade.

A regularização do *lobby* é justamente o ponto crucial para obstar a nocividade da prática. É por meio da legislação que se garante maior eficácia, controle, transparência e horizontalidade na participação de diversos grupos de pressão na política pública. No entanto, as tentativas de regularização no Brasil não demonstram, e nem demonstram, sinal de avanço quanto a sua aprovação, para além, não apresentaram qualquer solução, mínima que seja, para a problemática levantada no presente artigo.

Por fim, as discussões do *lobby* no Brasil carecem não só da falta de interesse do poder público em regularizar o instituto, como também de maiores estudos para entender de que forma o acesso ao poder estatal pode ser mais bem distribuído entre diferentes grupos sociais, de modo a garantir que o *lobby* cumpra o seu papel em um Estado Democrático de Direito.

6. Referências

AVIZÚ, Cristiane. **Lobby, a atividade dos grupos de interesse e grupos de pressão**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.

BECKER, Gary S. **Public Policies, Pressure Groups and Dead-Weight Costs**. In STIGLER, G. J. (editor) *Chicago Studies in Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press, 1984, p. 85-105.

BENTLEY, Arthur F. **The Process of Government: A Study of Social Pressures**. New Brunswick: Transaction Publisher, 1994, 501 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3732 DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. Data de Julgamento: 08 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 17 dez. 2012.

GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. **O lobby e sua regulamentação no Brasil**: entre influência privada e interesse público. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **Lobby**: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GRAZIANO, Luigi. O *Lobby* e o Interesse Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** vol. 12, no. 35, 1997. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009. Acesso em junho de 2022.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação de uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

LACK, Andressa Miquelini. **Lobby, corrupção e tráfico de influência**: definir conceitos para compreender a relevância de uma regulamentação. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Ana Cristina. **Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?** *Organicon*, São Paulo, v. 14, n. 8, p.118-127, jun. 2011.

Marcilândia de Fátima Araújo (org.). **Regulamentação do Lobby**. Brasília: **Relatório do Grupo de Trabalho**, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/institucionais/arquivos/relatorio_lobby.pdf/view. Acesso em: 02 fev. 2022.

MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

OECD. *Organization for Economic Co-operation and Development. Lobbyist, government and public trust: increasing transparency through legislation*. Paris: **OECD Publishing**, 2009, v. 1.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobby* no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, n. 42, p.29-43, dez. 2005.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. **Lobby e Representação de Interesses: lobistas e seus impactos sobre a representação de interesses no Brasil**. Tese de Doutorado apresentada ao Depto. de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Fevereiro de 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 250 a 361**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3.

ROSENTHAL, Alan. *The third house: lobbyist and lobbying in the States*. 2. Ed. Washington: **Congressional Quarterly Press**, 2001.

SANSON, Alexandre. **Dos grupos de pressão na democracia representativa: os limites jurídicos**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. p. 285

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulamentação das atividades do lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas:**

análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. 2007. 542 f. Tese (Doutorado do Curso de Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

SAUL, Ricardo Luiz Ribeiro. A constitucionalidade das atividades de lobbying no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** [recurso eletrônico]. São Paulo, n.110, nov./dez. 2018.

SAURUGGER, Sabine. *Interest groups and democracy in the European Union.* **West European Politics**, v. 31, n. 6, p. 1274-1291, nov/2008.

TRUMAN, David B. *The Governmental Process.* New York: Knopf, 1951, 544 p.