

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado Acadêmico em Direito**

Flávio Rezende Dematté

**RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS
POR CORRUPÇÃO**

**Uma análise do modelo sancionador da Lei nº 12.846/2013
segundo o paradigma do direito de intervenção**

**Brasília – DF
2014**

Flávio Rezende Dematté

**RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS
JURÍDICAS POR CORRUPÇÃO**

**Uma análise do modelo sancionador da Lei nº 12.846/2013
segundo o paradigma do direito de intervenção**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Linha de Pesquisa “Direitos e Garantias Fundamentais”

Orientadora: Profa. Dra. Júlia Maurmann Ximenes

**Brasília – DF
2014**

Flávio Rezende Dematté

**RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS POR
CORRUPÇÃO**

**Uma análise do modelo sancionador da Lei nº 12.846/2013
segundo o paradigma do direito de intervenção**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Professora Doutora JULIA MAURMANN XIMENES – Orientador

Professor(a) Doutor(a) _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Brasília, 18 de agosto de 2014

Ao meu avô, “Seu” Zé Rezende (*in memoriam*),
homem de espírito simples, mas cheio de bom humor e
sempre pronto a contar um de seus famosos “causos”,
ao fim dos quais eles nos brindava com uma deliciosa gargalhada,
cujo som ainda ecoa em minha memória e meu coração.

AGRADECIMENTOS

À Controladoria-Geral da União (CGU), na pessoa do seu Ministro de Estado Chefe, Jorge Hage Sobrinho, em razão de dois grandes motivos: primeiro, por ter decidido investir nesta pesquisa acadêmica recursos públicos destinados à capacitação técnica e intelectual dos seus servidores; e, segundo, por me oportunizar, no exercício diário das atribuições de analista de finanças e controle, toda a vivência e a experiência que serviram de alicerce fático para esta dissertação.

Aos meus chefes imediatos, Carlos Higino Ribeiro de Alencar, Secretário-Executivo da CGU, e Waldir João Ferreira da Silva Júnior, Corregedor-Geral da União, que, mais do que meros superiores hierárquicos, são dois amigos inestimáveis, cujos bons conselhos e constantes incentivos têm servido de esteio e guia em toda a minha jornada profissional e acadêmica.

À Hellen, companheira que esteve ao meu lado em todas as ocasiões desta longa caminhada de pesquisas e estudos e que sempre me estimulou a seguir adiante e a nunca desistir, mesmo nos momentos mais difíceis vividos nestes anos de mestrado.

Aos meus pais, Lídio e Lúcia, que desde os meus primeiros passos na vida estudantil e profissional sempre me ensinaram o valor inestimável do estudo e da honestidade, e aos meus irmãos, Filipe e Gustavo, que, para além dos laços fraternos, são amigos verdadeiros e leais.

Agradeço aos colegas da CGU, em especial àqueles que ontem e hoje se dedicam com afinco, compromisso e seriedade à tarefa de combater a corrupção por meio da responsabilização de pessoas jurídicas, nomeadamente Alessandra, André, Carolyne, Daso, Márcio, Michel, Paula, Renato, Roger e Stefanie.

À minha orientadora, professora doutora Júlia Maurmann Ximenes, grande exemplo de docente que é apaixonada pelo que faz e, sobretudo, pelo que ensina e cuja paciência e compreensão foram condições sem as quais esta pesquisa não teria sido concluída.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre a responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção, com ênfase no modelo sancionador introduzido por meio da Lei nº 12.846/2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”. Para tanto, parte-se da premissa de que a corrupção é um risco da modernização para a sociedade contemporânea, sobretudo em razão da sua integração com a economia globalizada e com a ciência avançada e pela participação de corporações transnacionais na condição de corruptoras. Diante desse cenário, entende-se que o direito emerge como principal instrumento de prevenção e repressão desta corrupção como risco, em especial quando são empregadas medidas normativas de natureza extrapenal, as quais compõem um subsistema jurídico sancionador que se aproxima da ideia de direito de intervenção. Por fim, afirma-se que a nova Lei nº 12.846/2013 preenche uma série de lacunas legislativas e dogmáticas até então presentes no âmbito da responsabilização de pessoas jurídicas corruptoras e, assim, complementa e integra o direito de intervenção anticorrupção brasileiro.

Palavras-chave: Pessoas jurídicas. Responsabilização. Corrupção. Sociedade. Risco. Globalização. Direito de Intervenção. Lei nº 12.846/2013. Direito Anticorrupção.

ABSTRACT

This dissertation deals with liability for corrupt acts committed by legal entities and emphasizes the sanctions model introduced by law no 12.846/2013, also known as the “anticorruption law”. It begins with the premise that corruption is a risk of modernization faced by contemporary societies, above all because of their integration with globalized economy and advanced science, as well as their relationship with corrupt transnational corporations. In this scenario, the law emerges as the main instrument for preventing and repressing the risk of corruption, especially when using extra-penal norms that compose a sanctions legal subsystem similar to intervention law. It concludes that law no 12.846/2013 fills a series of legislative and dogmatic gaps that, until now, existed in the spectrum of liability for corrupt legal entities, and therefore complements and integrates Brazilian anticorruption intervention law.

Keywords: legal entities, liability, corruption, society, risk, globalization, intervention law, law no 12.846/2013, anticorruption law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CORRUPÇÃO, RISCO E SOCIEDADE	14
1.1 Ciência e Economia na Modernidade.	14
1.1.1. Genes, átomos e bits: os riscos advindos da ciência avançada	16
1.1.2. Capital, mercado e crises: os riscos decorrentes da economia globalizada	25
1.2 Sociedade (d)e Risco.	33
1.3 Corrupção Organizada como Risco da Modernização	38
1.3.1. Mudança no paradigma de abordagem da corrupção	41
1.3.2. Integração da corrupção com a economia globalizada e a ciência avançada	47
1.3.3. Envolvimento de corporações transnacionais em atos de corrupção	52
2 O CONTROLE DA CORRUPÇÃO POR MEIO DO DIREITO	57
2.1 Iniciativas Internacionais de Combate à Corrupção	57
2.1.1 Convenção da OCDE sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais	58
2.1.2 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)	60
2.2 O Uso do Direito Penal como Resposta à Corrupção	62
2.2.1 Panorama da legislação penal brasileira contra a corrupção	65
2.2.2 A questão do direito penal de riscos	68
2.2.3 A crítica de Hassemer ao moderno direito penal	71
2.3 Consolidação de um Direito de Intervenção Anticorrupção	73

2.3.1 Panorama da legislação extrapenal brasileira contra a corrupção anterior à Lei nº 12.846/2013	75
2.3.2 O paradigma do direito de intervenção	81
2.3.3 O direito anticorrupção extrapenal no Brasil como forma de direito de intervenção	84
3 A LEI Nº 12.846/2013 E O NOVO MODELO SANCIONADOR DE COMBATE À CORRUPÇÃO	88
3.1 Lacunas Legislativas Existentes Antes do Advento da Lei nº 12.846/2013	88
3.2 Breve Histórico da Lei Anticorrupção	91
3.3 Disposições Gerais sobre a Responsabilização de Pessoas Jurídicas Prevista na Lei Anticorrupção	94
3.4 Penalidades Administrativas Previstas pela Lei nº 12.846/2013	99
3.5 Penalidades Judiciais Previstas na Lei Anticorrupção	100
3.6 Parâmetros de Dosimetria para Aplicação das Sanções	101
3.7 Tipificação dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional e Estrangeira	102
3.8 Processo Administrativo de Responsabilização – PAR	105
3.9 Acordos de Leniência	110
3.10 Programas de Integridade Anticorrupção (<i>Compliance</i>)	112
3.11 A Integração do Direito de Intervenção Anticorrupção Brasileiro por meio da Lei nº 12.846/2013	114
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123

INTRODUÇÃO

Como ente juridicamente constituído para a finalidade de garantir a liberdade, promover a igualdade e transformar a sociedade por meio da soberania popular, o Estado necessita de “combustível” para entrar e se manter em funcionamento, o que leva a sociedade formada pelos homens a entregar ao ente estatal parcela dos bens e valores materiais e imateriais a ela pertencentes, acervo este que deverá ser gerido, tutelado, preservado e aplicado pelo Estado, sob vigilância da sociedade, sempre objetivando a satisfação de algum interesse público dos integrantes esta. Tem-se, destarte, a formação do patrimônio público.

É exatamente o patrimônio público em sentido amplo o alvo visado por uma das principais mazelas que assolam as sociedades organizadas desde os primórdios dos tempos: a corrupção. Não existe ato corrupto que, de alguma forma, não ofenda o patrimônio público. Assim como a própria corrupção, a presença de meios para combatê-la também sempre existiu, embora a eliminação total daquela continua sendo um objetivo a ser alcançado pelas sociedades. Não há sequer um Estado no globo que possa ser apontado como imune aos efeitos da corrupção ou que tenha sido bem sucedido quanto à extinção definitiva desse mal em seu território.

E o atingimento do patrimônio público pela corrupção compromete diretamente o bom desempenho das atividades e resultados que se espera da Administração Pública na atualidade. Segundo Jaime Rodríguez-Arana Munõz (2012, p. 136), se precipuamente, por muito tempo, a função da Administração Pública esteve voltada à sua própria organização e estruturação administrativas, atualmente ganhou força e relevância, por um lado, a centralidade do cidadão como destinatário das políticas públicas e, por outro, a perspectiva instrumental da Administração Pública como “organização pública de serviço objetivo aos interesses gerais”. Entre estes dois pilares da função administrativa do Estado contemporâneo deve necessariamente reconhecer a presença de um direito que os conecta: o direito fundamental à boa administração pública¹.

¹ Segundo Beatriz Tomás Mallén (2004, p. 31), tal direito está associado à caracterização da Administração Pública como um garante potencial dos direitos e liberdades dos cidadãos, e não apenas dos “administrados”. Há de se destacar que desde 2000 o direito à boa administração está contemplado no artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (também conhecida como “Carta de Nice”).

Com o influxo dos efeitos decorrentes do movimento conhecido como “globalização”, que atingiu o mundo no final do século XX e início do século XXI, sobretudo a ampliação do comércio internacional, a evolução dos meios tecnológicos e a conexão do sistema financeiro em escala mundial, a corrupção adquiriu transcendência internacional e ganhou o *status* de problema global, agora integrada a esta economia globalizada e potencializada pela sua prática através de grandes corporações empresariais transnacionais.

Em um contexto como esse, a corrupção se torna um risco iminente e constante à boa administração pública, à legitimidade do sistema político dos países, ao ingresso de investimentos financeiros do exterior e ao desenvolvimento econômico e humano, o que acarreta, por consequência, o desperdício de recursos públicos, o aumento da pobreza e o abalo das relações internacionais, sobretudo as econômicas².

A dimensão global alcançada pela corrupção levou os países a buscarem meios de cooperação mútua de repressão a este problema e os organismos internacionais a instituírem mecanismos normativos para combatê-la, tais como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada em 29/03/1996, e a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, aprovada em 09/12/2003, data em que passou a ser celebrado o Dia Internacional contra a Corrupção. Ambas as convenções foram assinadas e aprovadas pelo Brasil, integrando, assim, o ordenamento jurídico nacional com *status* de lei ordinária.

Mas não só o direito internacional tem prestado atenção ao problema da corrupção. Os ordenamentos jurídicos internos dos diversos países – sobretudo aqueles que aderiram a tais convenções – têm sido aperfeiçoados com a edição de diversas normas de cunho sancionador voltados à responsabilização de pessoas físicas e jurídicas que atuem nos polos da relação de corrupção, seja por meio de sanções assentadas no direito penal, seja através de outras instâncias sancionadoras, como o direito administrativo.

Posto isto, cumpre destacar que o tema a ser desenvolvido nesta pesquisa é a responsabilização de pessoas jurídicas pelo envolvimento em atos de corrupção, o

² Esse impacto da corrupção como um risco para o desenvolvimento das sociedades contemporâneas, sobretudo em termos econômicos e políticos, e mais especificamente para a Administração Pública, cujo bom funcionamento se consubstancia em um direito fundamental nas ordens constitucionais modernas, constitui o ponto de conexão do objeto da pesquisa acadêmica aqui explicitada com a área de concentração do presente programa de mestrado (“Constituição e Sociedade”), em especial com a linha de pesquisa “Direitos e Garantias Fundamentais”.

que, em termos metodológicos, exigirá que se passe à descrição do problema a ser enfrentado e da hipótese a ser apresentada diante dele. No processo de produção científico-jurídica, o problema é o problema, no sentido de que “o desafio é encontrar a inquietação, a própria dúvida que motivou o aluno-pesquisador na escolha do tema”, ao passo que a hipótese é a “solução prévia dada pelo pesquisador” (XIMENES, 2008, p. 4798).

Assim, o problema a ser abordado nesta dissertação pode ser sintetizado na seguinte pergunta: o direito anticorrupção brasileiro está juridicamente estruturado com ferramentas normativas adequadas, sobretudo aquelas de caráter sancionador, para responsabilizar pessoas jurídicas corruptoras? Mais precisamente, questiona-se por que e quais têm sido as opções punitivas empregadas no Brasil para sancionar pessoas jurídicas corruptoras, haja vista que estas não podem ser responsabilizadas criminalmente por corrupção em razão de limitações constitucionais para o emprego do direito penal nestes casos?

Frente a esta indagação, a hipótese aqui apresentada é de que a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”, preencheu uma série de lacunas jurídicas que existiam no direito extrapenal de combate à corrupção no Brasil, relacionadas à responsabilização de pessoas jurídicas que atuavam no polo ativo da relação corrupta. Como, até então, tais entes coletivos só eram punidos de forma coadjuvante ou incidental por algumas outras normas integrantes de tal subsistema normativo, a exemplo da Lei nº 8.429/1992 e da Lei nº 8.666/1993, sustenta-se ainda que o advento da referida lei introduziu um modelo sancionador de pessoas jurídicas corruptoras que aproxima o direito anticorrupção brasileiro do modelo de direito de intervenção idealizado pelo jurista alemão Winfried Hassemer.

A presente pesquisa tem por objetivos gerais (1) compreender que o problema da corrupção é fomentado e potencializado quando perpetrado por pessoas jurídicas, sobretudo em um cenário de globalização tecno-econômica, e (2) perscrutar as opções que o Direito tem oferecido para lidar com essa questão.

Como objetivos específicos, a pesquisa deverá (1) examinar como o risco passou a constituir uma característica das sociedades contemporâneas, a partir da teoria da sociedade de risco elaborada por Ulrich Beck; (2) categorizar a corrupção como um risco da modernização; (3) identificar os fatores que conduziram a corrupção a ser uma ameaça que integra a sociedade de risco; (4) mapear as

principais leis – penais ou não – que formam o direito anticorrupção brasileiro; (4) evidenciar que o sistema jurídico extrapenal de combate à corrupção no Brasil se coaduna ao modelo de direito de intervenção concebido por Winfried Hassemer; (5) destacar que a responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção não tem sido um fator adequadamente considerado pela legislação anticorrupção brasileira; e, por fim, (6) demonstrar que esse vácuo legislativo foi suprido com edição da Lei nº 12.846/2013, com a qual se estabeleceu um novo modelo sancionador para responsabilizar pessoas jurídicas corruptoras.

Feitas estas considerações, a presente pesquisa orbita em torno da ideia de que a responsabilização de pessoas jurídicas corruptoras constitui um fator-chave para a prevenção e o controle da corrupção por meio do direito, sendo que o caminho juridicamente mais adequado para executar essa função é a via do direito de intervenção, em cuja categoria se enquadra a Lei nº 12.846/2013.

A partir de um marco teórico assentado no conceito de direito de intervenção idealizado por Hassemer, a escolha de tal referencial nesta pesquisa como elemento de suporte científico da hipótese que se defende exigirá que algumas categorias teóricas, ainda que não exclusivamente afeitas à área jurídica, sejam gradualmente incorporadas e explanadas no correr do trabalho, tais como “risco”, “sociedade de risco”, “riscos da modernização”, “globalização”, “corrupção”, “interesse público”, “*rent-seeking*”, “corporações transnacionais” e “direito penal de riscos”.

Para um bom e adequado desenvolvimento do trabalho, a presente dissertação foi esquematicamente estruturada em três capítulos, que estão assim dispostos e conectados.

O primeiro capítulo é dedicado a explicar a relação entre risco e corrupção nas sociedades contemporâneas. Para tanto, inicia-se com uma exposição de como a ciência avançada, com seus *bits*, átomos e genes, e a economia globalizada e suas crises tornaram-se fontes de enormes riscos para o homem na modernidade. Em seguida, passa-se a examinar a ideia de sociedade de risco, desenvolvida por Ulrich Beck, e a sua formatação pelos perigos decorrentes dos avanços alcançados na ciência e na economia, consideradas pelo referido sociólogo alemão como riscos da modernização. Encerra-se o capítulo inaugural com a afirmação de que a corrupção também pode ser categorizada como um risco da modernização em razão da reconfiguração organizacional e do aperfeiçoamento operacional a que ela se submeteu no final do século XX, o que se deve à mudança no paradigma de

abordagem de tal fenômeno, à sua integração com a economia globalizada e com a ciência avançada e ao envolvimento de corporações transnacionais no polo ativo de tais atos.

O segundo capítulo é destinado a perscrutar as vias normativas empregadas pelo direito para prevenir, controlar e combater essa forma organizada de corrupção que é praticada na virada do século, sobretudo em razão da participação de pessoas jurídicas nessa ilicitude. Assim, parte-se de uma revisão das principais convenções internacionais que tratam do tema da corrupção, em especial a Convenção da OCDE sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Na sequência, analisa-se o emprego do direito penal como resposta ao problema da corrupção, ressaltando as dificuldades dogmáticas e legislativas que tal ramo jurídico enfrenta na tarefa de preveni-la e reprimi-la e as críticas que se faz a esta subárea do sistema criminal que é denominada de “direito penal de riscos”. O capítulo é concluído com um exame detalhado do sistema extrapenal brasileiro de combate à corrupção, inclusive com um panorama das principais leis que o integram, asseverando que tal conjunto de normas anticorrupção constitui uma representação do modelo de direito de intervenção concebido por Winfried Hassemer.

O terceiro e último capítulo desta dissertação é reservado a examinar o modelo de responsabilização e de sancionamento de pessoas jurídicas instituído pela Lei nº 12.846/2013, sublinhando como o referido diploma normativo supriu lacunas legislativas acerca do tema que haviam no ordenamento jurídico brasileiro, o contexto histórico que levou à sua aprovação e o detalhamento de alguns instrumentos e institutos jurídicos abarcados pela mencionada lei com o fim de prevenir e reprimir a corrupção, a exemplo da responsabilidade objetiva, a extraterritorialidade da incidência das suas disposições legais, os acordos de leniência e os programas de integridade anticorrupção.

1 CORRUPÇÃO, RISCO E SOCIEDADE

1.1 Ciência e Economia na Modernidade

O ano de 2014 abarca a simbólica data do aniversário de cem anos da deflagração da Primeira Guerra Mundial, o acontecimento que rompeu com o modelo de civilização consagrado durante o século XIX e que o historiador britânico Eric Hobsbawm identificou como sendo o estopim do período que ele denominou de “Era dos Extremos”, o qual se encerrou em 1991 com o colapso da União Soviética e a derrocada do socialismo como força política e econômica antagônica ao capitalismo. A intensidade e a velocidade como este um século de história mudou o mundo não pode ser comparada com nenhuma outra transformação civilizacional presenciada, promovida e vivenciada pela raça humana desde a Revolução Neolítica, quando o homem, há cerca de dez mil anos, passou a cultivar a terra, ao invés de ser apenas um coletor-caçador, e a se fixar em grupos em um determinado lugar, abandonando, assim, o nomadismo e dando início às civilizações.

De acordo com Hobsbawm (1995, p. 15), o século XX pode ser dividido em três breves eras. A primeira delas é chamada de “Era da Catástrofe” (1914 a 1945), marcada pela duas Grandes Guerras Mundiais, pela Revolução Russa (1917) e pela Grande Depressão (1929).

A segunda etapa do “Breve Século XX” é denominada de “Era de Ouro” (1945 a 1973), um período de intensas transformações sociais, econômicas, tecnológicas e culturais, notadamente nos países capitalistas desenvolvidos ou naqueles que saíram vitoriosos da Segunda Guerra Mundial, e que foi marcado, por exemplo, pelo início da globalização econômica, pela corrida espacial e armamentista entre EUA e URSS, pela criação do *chip*, pela descoberta da estrutura molecular do DNA, pela disseminação da televisão como o grande meio de comunicação em massa e pelo início dos movimentos de conquista de direitos civis por parte de diversos grupos sociais de excluídos, como as mulheres e os negros, mas que também impôs a todos os povos o temor constante de que, a qualquer momento, tudo poderia ser destruído por uma batalha nuclear em escala mundial entre as duas superpotências (EUA e URSS): a “Guerra Fria”.

E, por fim, a terceira e última fase é nomeada de “Era da Crise” (1973 a 1991), um período que contrasta com o anterior em diversos aspectos e que se inicia já com uma severa recessão econômica imposta aos EUA e à Europa em razão da crise do petróleo de 1973 e com um escândalo político em 1974 que abalou a confiança da sociedade americana em suas instituições democráticas e que resultou na primeira – e até hoje única – renúncia de um presidente dos EUA (o caso “Watergate”, envolvendo Richard Nixon). Foram anos marcados por uma série de acontecimentos que vieram a escurecer o “céu de brigadeiro” em que voava a civilização pós-guerra, tais como a derrota dos EUA na Guerra do Vietnã (1975), o desastre nuclear de Chernobyl (1986), o grave abalo financeiro sofrido por diversas bolsas de valores ao redor do mundo na chamada “Black Monday” de 19 de outubro de 1987, o fosso econômico que se estabeleceu entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos, sobretudo os localizados na África subsaariana, as diversas revoluções do fim do século XX (Revolução dos Cravos – 1974, Revolução Iraniana – 1979, as revoluções democráticas na América Latina) e os vários conflitos bélicos travados no mesmo período que, de uma forma ou de outra, orbitaram a Guerra Fria (Guerra das Malvinas, Guerra Irã-Iraque, Guerra do Golfo etc.). O desfecho dessa época se dá em 1991 com a dissolução da União Soviética e a consequente queda da Cortina de Ferro e o fim da Guerra Fria.

Em que pese os “dourados” vinte e cinco anos que seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, um olhar retrospectivo para o século XX deixa clara a impressão do constante cenário belicoso que marcou este que também pode ser apelidado de o “Século Sangrento”. A quantidade de pessoas que perderam suas vidas nas diversas guerras deflagradas no correr do século passado contabiliza números próximos a duzentos milhões de mortos³. E tanto a década final do século XX quanto a primeira que se seguiu à virada do milênio não viram uma solução de continuidade desse panorama de beligerância, que foi rigorosamente mantido, quando não fortalecido, seja pelos diversos conflitos militares iniciados em razão de questões étnicas e políticas, em especial aqueles travados nos países e territórios que se viram institucionalmente “órfãos” com o fim da União Soviética (Guerra da Bósnia: 1992 a 1995; Guerra do Kosovo: 1998 a 1999; Guerra da Geórgia: 2008),

³ Hobsbawm (1995, p. 21) fala de algo em torno de 187 milhões de mortos, sendo que Giddens (1991, p. 20) assevera que a quantidade de pessoas mortas em guerras durante o século XX representa “uma proporção mais alta da população do mundo do que no século XIX, mesmo considerando-se o crescimento geral da população”.

seja pela chamada “Guerra ao Terror”, informalmente deflagrada em razão do ataque terrorista aos Estados Unidos em 11/09/2001 e que se materializou, sobretudo, na Guerra do Iraque (2003 a 2011) e na Guerra do Afeganistão (2001 e ainda não encerrada até o corrente ano). Eis o balanço de Habermas acerca do século XX:

(...) os traços terríveis de uma era que “inventou” a câmara de gás e a guerra total, o genocídio levado a cabo pelo Estado e o campo de extermínio, a lavagem cerebral, o sistema de segurança estatal e a vigilância panóptica de populações inteiras. Esse século “produziu” mais vítimas, mais soldados mortos, mais cidadãos assassinados, civis mortos e minorias expulsas, mais torturados, violentados, famintos e mortos de frio, mais prisioneiros políticos e fugitivos do que se pôde imaginar até então. Os fenômenos de violência e barbárie determinam a assinatura dessa era. (HABERMAS, 2001, p. 60)

Embora até a sua morte em 2012 Hobsbawn não tenha avançado em análises mais profundas referentes aos anos que sucederam à sua denominada “Era dos Extremos”, ele não deixou de consignar suas preocupações com eventuais – e terríveis – consequências decorrentes da avassaladora evolução do processo econômico e tecnocientífico que o homem empreendeu durante o século XX e termina sua obra com o conselho de que se “a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou do presente” (1995, p. 562), pois estes levarão fatalmente ao fracasso.

E neste ponto, o historiador britânico não poderia ter sido mais profético, pois serão justamente a ciência e a economia – sob os epítetos de, respectivamente, “avançada” e “globalizada” – as principais fontes de esperança e, paradoxalmente, de desespero da civilização que adentrou o século XXI, no sentido de que ambas são as responsáveis por promoverem tanto rápidas e impactantes inovações em favor de uma promessa de melhoria na qualidade de vida do ser humano, quanto por, de igual maneira, gerarem uma gama de eventuais e potenciais perigos relacionados à falta de um conhecimento pleno e adequado dos riscos que podem decorrer de tais inovações.

1.1.1 Genes, átomos e *bits*: os riscos advindos da ciência avançada

No campo científico, as conquistas e descobertas tecnológicas empreendidas pelo homem no decorrer do último século deram à ciência o rótulo de “avançada”, ou seja, ela não poderia mais ser praticada e desenvolvida apenas por

meio da experiência diária, da observação dos fenômenos naturais (HOBBSAWN, 1995, p. 506) ou de testes em pequenos laboratórios, mas sim ao custo de uma intensa dedicação acadêmica, de uma estrutura consolidada em torno de grandes centros de pesquisa e, em geral, de um elevado investimento financeiro, seja tal aporte oriundo do Estado, seja de instituições privadas de fomento. Dos diversos avanços alcançados por meio da ciência avançada, serão as revoluções científicas promovidas nos campos da biotecnologia, da energia nuclear e da tecnologia da informação (T.I.) as que impactarão mais profundamente a mudança da relação do homem consigo mesmo, com o outro, com as instituições sociais e com o próprio mundo em que ele habita.

Iniciando com a biotecnologia, três importantes acontecimentos foram responsáveis por trazer respostas sólidas a indagações que atormentavam os cientistas desde a apresentação das leis da hereditariedade por Mendel em 1865 e, ao mesmo tempo, por constituir um divisor de águas sem precedentes no estudo da biologia: (a) a descoberta do DNA e da sua estrutura molecular por Watson e Crick em 1953, (b) a execução do Projeto Genoma a partir de 1990, intento científico multinacional destinado a realizar o mapeamento e o sequenciamento cromossômico e genético de diversos seres vivos (incluído o homem, cujo genoma foi conclusivamente decodificado em 2003), e, por fim, (c) a divulgação da clonagem da ovelha Dolly em 1997.

Por um lado, são animadores os inúmeros benefícios – concretos ou potenciais – que essas descobertas acarretam e acarretarão para a vida humana, tais como o aperfeiçoamento do diagnóstico de enfermidades, a detecção precoce de pré-disposições genéticas a determinadas doenças, as investigações forenses que fazem uso de exames de DNA, o desenvolvimento de animais e plantas mais produtivos e resistentes a doenças, a criação de biopesticidas e biocombustíveis, a redução da probabilidade de mutações hereditárias, dentre outros⁴. Por outro lado, as contingências decorrentes dos avanços da biotecnologia nunca poderão ser completamente controladas, esgotadas e ou até mesmo conhecidas apenas em nível experimental e a partir da mera racionalização científica, de sorte que os perigos acarretados por várias delas somente virão à tona quando o “produto”

⁴ Exemplos de potenciais benefícios que podem ser alcançados a partir dos trabalhos resultantes de mapeamentos genéticos estão elencados no sítio eletrônico do Projeto Genoma Humano. Ver HUMAN GENOME PROJECT INFORMATION ARCHIVE.

biotecnológico em questão for lançado e utilizado no mundo real por pessoas reais em circunstâncias reais, momento em que pode ser tarde demais para lidar com aquele risco que não fora previsto pela ciência.

Exemplos como a morte precoce da ovelha Dolly em decorrência de um envelhecimento acelerado resultante de determinadas mutações genéticas imprevistas ocorridas durante o processo de clonagem, a tragédia das crianças que manifestaram más formações congênitas provocadas em razão do uso da talidomida pelas mães durante a gestação⁵, a proliferação de “superbactérias” resultantes da perigosa combinação entre seleção bacteriana e resistência microbiótica⁶ e a descoberta tardia dos danos elevados ao meio ambiente ocasionados pelo pesticida DDT (diclorodifeniltricloreto), inclusive com potencialidade de acarretar efeitos cancerígenos ao ser humano⁷, demonstram a incapacidade da racionalidade científico-tecnológica de prever todos os riscos que as descobertas da biotecnologia podem gerar e a sua impotência em oferecer respostas e soluções satisfatórias quando o risco não previsto – e até então desconhecido – desce do plano abstrato e se concretiza na forma de um perigo real, o que atesta a insuficiência técnica – quando não o fracasso – da ciência para conter tais ameaças, um malogro que, segundo Beck (2011, p. 71), “não é mero passado, e sim um presente urgente e um futuro ameaçador”.

Não bastasse os eventuais riscos potenciais e os perigos concretos que podem advir com os avanços da biotecnologia, estes também costumam vir acompanhados de inquietantes questões éticas que até o advento da revolução genômica só apareciam em filmes de ficção científica, como o longa metragem “Gattaca – Experiência Genética”, de 1997. A escolha de espermatozoides ou óvulos

⁵ No Brasil, desde 1982 as vítimas da chamada “Síndrome da Talidomida” contam com previsão legal expressa que lhes possibilita receber uma pensão especial vitalícia mensal paga pelo Estado (Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982). Mais recentemente, com a publicação da Lei nº 12.190, de 13 de janeiro de 2010, tais vítimas também passaram a fazer jus ao recebimento de uma indenização por danos morais no valor mínimo de R\$ 50.000,00.

⁶ Notícias informando acerca de pessoas vítimas de contaminação por “superbactérias” (sobretudo a denominada “KPC”, uma das mais reincidentes) têm se tornado constantes em muitos países, inclusive no Brasil, onde o número de surtos e mortes envolvendo tais microrganismos ultra resistentes têm crescido a cada ano, a exemplo da cidade de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, onde a quantidade de casos diagnósticos em 2013 (160) foi maior que o dobro daqueles identificados em 2012 (78). Ver TREZZI (2013).

⁷ Apenas a partir da década de 70 o DDT começou a ser banido por alguns países, sendo que o Brasil proibiu a sua fabricação, importação, exportação, manutenção em estoque, comercialização e uso somente em 2009, com a publicação da Lei nº 11.936, de 14 de março daquele ano.

de doadores com determinadas características físicas e psicológicas, a clonagem de animais de estimação (sobretudo gatos), o emprego de terapias genéticas para melhorar músculos, estatura e memória, a definição prévia do sexo de bebês, as modernas técnicas de reprodução humana e as promessas curativas do uso de células-tronco embrionárias são possibilidades factíveis que a engenharia genética oferece hoje ao ser humano⁸, mas que, ao mesmo tempo, incutem neste preocupações morais angustiantes acerca dos limites a que se pode chegar e/ou ultrapassar quando o homem torna-se capacitado para “brincar de Deus”.

Michael Sandel (2013, p. 22) aponta que a ciência avançou mais depressa do que o aperfeiçoamento do vocabulário e da compreensão moral do homem para lidar com o mal-estar ético que determinados progressos da engenharia genética acarretam, o que induziu a uma forma de “vertigem moral” da civilização contemporânea. O filósofo de Harvard destaca que esse cenário de crise ética se deve à erosão que a revolução genética provocou em três características cruciais da configuração moral humana (SANDEL, 2013, p. 98): a humildade, ao substituir a tolerância ao inesperado e à dissonância pelo poder de controlar o imprevisível e de melhorar o não desejado; a responsabilidade, em razão do fardo gerado pela eventual não concretização das promessas entabuladas pelas escolhas genéticas feitas; e a solidariedade, pois o homem não mais se vê mais compelido a ajudar o próximo quando ele se torna hábil para driblar a loteria genética do acaso e capaz, assim, de definir os melhores dons para si.

Contudo, se na seara da biotecnologia os maiores riscos se encontram principalmente na potencialidade de se realizarem em um futuro breve, o mesmo não pode ser dito acerca dos perigos e dos danos relacionados ao campo da energia nuclear, os quais já mostraram a sua força destrutiva concreta desde o seu primeiro uso efetivo por um país: as bombas atômicas lançadas pelos EUA sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki em agosto de 1945 e as cerca de 500.000 pessoas atingidas pelos efeitos daquele ataque nuclear⁹.

Embora o desenvolvimento de tecnologias destinadas à realização de reações em cadeia de núcleos atômicos e ao uso da energia delas liberada tenha a

⁸ Estes e outros exemplos são encontrados em SANDEL (2013).

⁹ Número de vítimas informado pelo Radiation Effects Research Foundation, fundação japonesa de interesse público, financiada pelo Japão e pelos EUA, com o fim de realizar pesquisas e estudos sobre os usos pacíficos dos efeitos médicos da energia nuclear e das doenças a ela associadas em seres humanos.

sua origem intimamente ligada a fins bélicos, a exemplo do chamado “Projeto Manhattan”, conduzido pelos EUA de 1942 a 1947 com o intuito de produzir as primeiras bombas nucleares, e que o domínio dessa tecnologia para uso militar tenha se convertido em um dos principais trunfos de poder no cenário geopolítico do século XX, o emprego da energia nuclear pelo homem alcança a sua principal utilidade no campo da geração de eletricidade.

Se ela, na forma de uma bomba, era vista como uma fonte imediata de morte e destruição logo após o fim da Segunda Guerra Mundial e se a sombra da hecatombe nuclear mundial aterrorizava o imaginário de povos e países durante a Guerra Fria, os avanços tecnológicos alcançados nesse mesmo período quanto à construção de reatores de usinas nucleares, ao controle das reações decorrentes da fissão nuclear e ao reprocessamento do combustível nuclear utilizado nestas reações (em especial, o urânio) transformaram a energia atômica na maior e mais aplaudida alternativa ambientalmente correta para a produção de energia elétrica no final do século passado. Na medida em que dispensam o alagamento de grandes áreas, como ocorre para a construção e operação de usinas hidrelétricas, que não utilizam a queima de combustíveis fósseis para produzir eletricidade, como se dá em usinas termoelétricas, e que não dependem de variações climáticas para manter uma alta produção de energia elétrica, a exemplo das centrais eólicas e solares, as usinas nucleares se tornaram os grandes ícones para a solução da crise energética e ambiental que se descortinava no fim do segundo milênio, observando-se, assim, uma verdadeira “febre” de construção de plantas nucleares em grande parte dos países do globo, mesmo naqueles dotados de vastos recursos naturais com potencial energético, como o Brasil.

Todavia, dois graves acidentes envolvendo usinas atômicas nos anos que antecederam e sucederam à virada deste século expuseram ao mundo a fragilidade do homem e da ciência frente às catástrofes ocasionadas pela explosão de um reator nuclear. Ulrich Beck afirma que as “usinas nucleares – o auge das forças produtivas e criativas humanas – converteram-se também, desde Chernobyl, em símbolos de uma moderna Idade Média do perigo” (2011, p. 8), no sentido de que os riscos delas decorrentes transformam todos os indivíduos de uma sociedade em membros de um único grupo do qual não se pode escapar: o estamento do medo.

O primeiro deles ocorreu em 1986 com a Usina Nuclear de Chernobyl, na Ucrânia (à época parte da União Soviética), e é considerado o mais famoso e

devastador acidente nuclear da história. O poder atômico da explosão do reator da usina ucraniana foi equivalente a quatrocentas bombas de Hiroshima e lançou no ar uma nuvem de radioatividade que se espalhou por grande parte da Europa oriental, chegando até aos países escandinavos e ao Reino Unido. Um relatório divulgado em 2005 pelo Fórum Chernobyl, formado por representantes de diversas organizações internacionais, como a Organização Mundial de Saúde, a Agência Internacional de Energia Elétrica, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Banco Mundial, aponta que somente na Rússia, na Ucrânia e na Bielorrússia mais de cinco milhões de pessoas receberam alguma dose de radiação oriunda da usina de Chernobyl (INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY, 2006, p. 7) e houve um aumento de ocorrências de catarata, câncer de tireoide e de leucemia resultantes de radiação, o que se deve, sobretudo, às chuvas radioativas que assolaram aquela região por meses após o acidente e à contaminação do gado leiteiro e dos rios. Até hoje o fantasma nuclear de Chernobyl assombra russos, bielorrussos e ucranianos, pois o sarcófago de concreto dentro do qual foi enclausurado o reator que explodiu precisa ser constantemente supervisionado, avaliado e reforçado, a fim de continue a servir de escudo contra o vazamento do material radioativo que se encontra dentro dele.

Vinte e cinco após o desastre de Chernobyl, um forte terremoto na costa do Japão seguido de várias tsunamis provocaram um colapso atômico na Usina Nuclear de Fukushima I em março de 2011. Em razão da inundação da usina pelas enormes ondas do maremoto, os sistemas de refrigeração dos reatores pararam de funcionar, o que provocou o superaquecimento e, posteriormente, a explosão destes. Desde então, o governo japonês e a Companhia de Energia Elétrica de Tóquio (TEPCO) lutam para refrigerar os reatores destruídos, mas ainda ativos no tocante a liberação de energia nuclear, o que é feito através de um processo que deve durar mais de quarenta anos, segundo a Agência Internacional de Energia Atômica, e que consiste no constante bombeamento de água para o interior dos reatores, a qual se torna contaminada tão logo entra em contato com as placas de combustível superaquecidas, devendo, assim, ser adequadamente acondicionada em depósitos contra vazamentos. Contudo, em um pronunciamento oficial a diversos meios de comunicação em agosto de 2013, o governo japonês reconheceu que cerca de trezentas toneladas de água contaminada têm vazado por dia no Oceano Pacífico desde o acidente de Fukushima (SAITO, SLODKOWSKI, 2013). Os

enormes danos ao meio ambiente e ao homem decorrentes da exposição direta ou indireta à radiação de Fukushima certamente nunca poderão ser ao menos estimados, haja vista a vasta amplitude oceânica que se coloca diante dos milhões de toneladas de água radioativa que serão lançados no Pacífico nas próximas décadas, o que traz a reboque a potencial contaminação nuclear da sua vida marinha e a proliferação desses resíduos nucleares a outros continentes por meio de peixes que cruzam o oceano até a costa da América, a exemplo dos atuns.

Por fim, a terceira grande fonte de progressos e riscos resultante do desenvolvimento da ciência avançada são as transformações impostas a todos os âmbitos da vida humana pela chamada “Revolução Digital” e pelo período iniciado por ela: a “Era da Informação”. Assim, como a invenção da imprensa por Gutenberg na primeira metade do século XV revolucionou a disseminação do conhecimento no crepúsculo da Idade Média, ao possibilitar a produção e publicação em massa e barata de livros e documentos impressos, a conversão de dados e registros em pulsos elétricos chamados *bits* e *bytes* e o processamento e armazenamento destes por computadores, sobretudo a partir da invenção do microprocessador na década de 70 do século passado, irão transformar definitivamente o uso da informação pelo homem, a qual ocupará o posto de maior bem a ser obtido, protegido, conquistado, acumulado e, até mesmo, usurpado. Acervos de bibliotecas e universidades inteiras, registros públicos de todas as espécies (nascimentos, obituários, alienações, devedores e credores do fisco, compras e vendas públicas), informações bancárias e financeiras as mais variadas (carteira de clientes, valores de créditos, volume de operações), bancos de dados privados de qualquer tipo (hospitais, estabelecimentos comerciais e de ensino, igrejas), documentos e pesquisas secretas desenvolvidas pelo Estado ou por empresas, nenhum tipo de informação – da mais simplória, como uma lista de contatos telefônicos, à mais sensível e relevante, como segredos militares de um país – escapou à inevitável metamorfose de se tornar um *byte*, a fim de ser trabalhado eletronicamente pelo homem através do computador.

Não obstante a expansão e popularização da computação ter sido acompanhada de um processo constante de aumento do poder de processamento dos *chips* e da capacidade de armazenamento das memórias, ao mesmo tempo em que estes componentes se tornavam cada vez menores e mais portáteis, a tecnologia da informação invade, domina e engloba definitivamente cada aspecto da vivência humana quando um computador começa a se comunicar com outro por

meio de uma conexão entre eles, dando origem, assim, a uma rede, a qual, por sua vez, passa a se conectar com outra rede de computadores, conexões eletrônicas lógicas estas capazes de romper quaisquer limites geográficos. A abertura ao público da ARPANET pelo governo norte-americano nos início da década de 80 – uma das principais redes de computadores criadas para fins militares durante os anos 60 – possibilita que qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo se conecte a uma rede global de computadores composta por milhões de outras redes e por bilhões de usuários, dando início a um dos maiores símbolos civilizacionais do século XX: a *internet*.

Os diversos serviços e recursos passíveis de serem usufruídos e explorados por meio da *internet*, tais como transferência de arquivos, envio de *e-mails*, comunicação de áudio e vídeo e, principalmente, a consulta às informações contidas nos hipertextos da *World Wide Web* (WWW), transferem muitas das operações e interações humanas para um *locus* mais virtual do que real, um “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores” (LÉVY, 1999, p. 92) chamado “ciberespaço”. Ter acesso amplo a esse ambiente virtual e às facilidades decorrentes dos recursos que ele oferece passa a ser, na modernidade do século XXI, uma nota distintiva da própria dignidade humana, pois estar “incluído digitalmente” – isto é, ter um equipamento apto a ser conectado, possuir um meio de conexão e saber o que fazer e procurar no ciberespaço – representa ser aceito e estar legitimado para integrar uma realidade tecnológica de escala global que pauta e coordena o fluxo e o intercâmbio de informações e de conhecimento em todos os níveis de interação, seja entre membros de uma família ou colegas de trabalho, seja entre países de continentes diferentes ou, até mesmo, entre a Terra e um satélite artificial no espaço.

A dependência funcional de pessoas, organizações, comunidades e Estados quanto ao bom e regular desempenho das redes de computadores, em especial da *internet*, atestam o quanto a tecnologia da informação representa um agente chave para a manutenção da harmonia operacional e institucional das sociedades do século XXI. A pane de uma rede de computadores, a depender do porte desta e das operações realizadas por meio dela, pode representar prejuízos financeiros elevados ou até mesmo danos irreparáveis a diversos usuários. Com a automatização computacional do controle de praticamente todas as atividades humanas, o temor de ataques cibernéticos a tais sistemas informatizados e às bases de dados por eles

gerenciadas passa a ser um risco desafiador com o qual usuários de todos os tipos precisam lidar, prevenir, detectar e administrar. Vale aqui a observação de Eliane Saldam (2012, p. 57):

Qualquer sistema que permita a entrada de dados, por meios físicos ou redes sem fio, pode ser alvo de espionagem ou ataques cibernéticos, os quais desafiam medidas de prevenção, detecção e resposta, mitigação e recuperação, além de preservação de evidências digitais relevantes para uma investigação.

Como a via da *internet* permite que se chegue a qualquer computador do mundo que esteja a ela conectado e numa era em que, mais do que nunca, o domínio da informação é sinônimo de poder, o uso de ataques cibernéticos para fins de espionagem, roubo, monitoramento, sabotagem, invasão e fraudes de informações constitui uma poderosa ferramenta empregada tanto por agentes privados quanto públicos para os mais diversos propósitos. Exemplos do primeiro e do segundo tipo são, respectivamente, a divulgação de diversos documentos norte-americanos secretos de natureza militar e diplomática por meio da organização privada sem fins lucrativos *WikiLeaks* durante o ano de 2010 e as denúncias devidamente comprovadas feitas por Edward Snowden em 2013 acerca do sistema global de vigilância e espionagem implementado e operado pela Agência de Segurança Nacional (NSA) dos EUA.

Quando se vislumbra o horizonte de constantes inovações que são introduzidas na órbita da tecnologia da informação, a exemplo da disseminação de dispositivos móveis dotados de conexões com banda larga, como *smartphones* e *tablets*, e o desenvolvimento da chamada “computação em nuvem”, em que se utiliza o armazenamento e o processamento de dados através do uso simultâneo de diversos computadores e servidores espalhados e conectados pela *internet*, fica notório que se está diante de um processo contínuo de crescente necessidade de se estar sempre conectado, haja vista que os dados e informações estão cada vez depositados de forma pulverizada em uma “nuvem *online*”, acessível em qualquer lugar, a qualquer momento e por inúmeros instrumentos. Por outro lado, todo esse cenário de maior conectividade e acessibilidade *online* traz consigo uma gama de vulnerabilidades – muitas delas ainda desconhecidas – capazes de acarretar riscos imprevisíveis à integridade e à segurança das informações confiadas à *internet* e aos sistemas que devem monitorá-las e protegê-las, fragilidades estas que são

continuamente testadas e exploradas por ataques cibernéticos cada vez mais inovadores e agressivos.

1.1.2 Capital, mercado e crises: os riscos decorrentes da economia globalizada

O termo “globalização” é certamente uma das palavras mais repetidas e empregadas em qualquer estudo ou exame que se faça da sociedade contemporânea, seja ele de enfoque político, social, cultural, institucional ou – principalmente – econômico. Ao mesmo tempo, trata-se de um termo de conceituação cambiante e aberta, na medida em que abarcará definições, elementos, processos e fenômenos diferentes de acordo com a dimensão globalizada que será enfocada.

Não obstante, José Eduardo Faria (2010, p. 3) aponta que a globalização denota uma ideia de “sobreposição do mundial sobre o nacional” e que traz a reboque questões diversas, em geral afetas à economia, envolvendo a abertura e liberalização comerciais, a integração funcional de atividades econômicas em escala internacional e de forma dispersa, a competição interestatal por capitais voláteis e o “advento de um sistema financeiro internacional sobre o qual os governos têm uma decrescente capacidade de coordenação, controle e regulação”. Tudo isso possibilitado e potencializado pelas ideias de “compressão de tempo e espaço, de comunicação em tempo real, *on line*, de dissolução de fronteiras geográficas, de multilateralismo político-administrativo e de policentrismo decisório”.

De igual maneira, Anthony Giddens destaca o impacto da globalização na economia, mas alerta que é um erro enxergar aquela apenas como um fenômeno econômico, pois, influenciada pelo progresso e pelas inovações no campo das comunicações, ela também gera impactos de ordem tecnológica, cultural e política em diversas áreas e esferas da vida social e privada (2006, p. 22-23). De sorte que ela afeta não só Estados ou grandes sistemas financeiros e empresariais, como igualmente aspectos íntimos e pessoais da vida corrente e até mesmo instituições outrora vistas como tradicionais, a exemplo das concepções de valores familiares, de dignidade do trabalho, de tolerância religiosa e de pertencimento nacional. O sociólogo britânico sintetiza que a globalização é algo revolucionário, e “não um incidente passageiro nas nossas vidas”, pois ela é “uma mudança das próprias

circunstâncias em que vivemos”, consistindo na “nossa maneira de viver actual” (2006, p. 29).

De todo modo, em que pese o aspecto multifacetário da globalização, é o seu viés econômico aquele a partir do qual decorrem e no qual se pautam todas as transformações associadas ao fenômeno globalizador observadas no campo social, institucional, cultural e político. Por outro lado, será igualmente a economia globalizada um dos principais fatores de geração de instabilidades, riscos e crises na e para a sociedade e o Estado do século XXI. Esse duplo efeito da globalização econômica está associado a dois elementos que constituem os seus pilares: (a) o desenfreado processo de expansão, aceleração e mundialização de produção, circulação e transação da riqueza; e (b) a crescente “mercantilização” de todos os aspectos da vida e da atividade humanas e das próprias relações sociais.

O primeiro elemento está relacionado à nova economia que surgiu nas últimas décadas do século XX a partir da revolução tecnológica no tratamento e transmissão da informação e da consequente reestruturação do capitalismo, o que, segundo Faria (2010, p. 13-14), inaugurou um novo ciclo de produção de bens e serviços dotados de inovação científica, concebidos por diferentes insumos e desenvolvidos por novos processos de produção, ao mesmo tempo em que acelerou o processo de destruição criadora, “levando a substituições cada vez mais rápidas na gama de bens e serviços existentes” e à adoção de técnicas e estratégias de negócios que aceleram e maximizam o processo de comercialização de tais produtos e serviços em um prazo cada vez mais curto.

Em sua teoria da sociedade em rede, o sociólogo espanhol Manuel Castells afirma que os inúmeros avanços que vêm ocorrendo desde o último quartel do século XX na área das telecomunicações e da informática introduziu um novo paradigma tecnológico e econômico que possibilita que a própria informação se torne um resultado do processo produtivo, de sorte que esta nova ordem econômica é identificada por três características bem evidentes (2013, p. 119). Em primeiro lugar, ela é informacional, no sentido de que toda a atividade produtiva desenvolvida pelos agentes econômicos depende da capacidade destes em “gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos”. Em segundo lugar, ela é global, pois tanto os seus principais mecanismos operativos (produção, consumo e circulação), quanto os seus elementos constitutivos (capital, trabalho, matéria-prima, mercados etc.) estão “organizados em escala global, diretamente ou

mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos”. E, por fim, ela é em rede, na medida em que a produtividade e a competitividade ocorrem em e por meio de “uma rede global de interação entre redes empresariais”.

Diferentemente de uma economia meramente internacional ou mundial, em que a riqueza circula em grande escala de um país para o outro e que já era uma realidade concreta ao menos desde as grandes navegações iniciadas no final do século XV, Castells (2013, p. 142) assinala que uma economia global é marcada pela sua capacidade de operar e funcionar de forma unitária, simultânea, real e planetária, na medida em que depende do desempenho de um núcleo duro globalizado formado pelo comércio internacional, pela produção transnacional, pela mão de obra especializada e, sobretudo, pelos mercados financeiros.

Intensificado pelas novas tecnologias de comunicação e informação, o sistema de mercado de capitais tornou-se capacitado a gerenciar ininterruptamente, em nível global e de forma integrada vultosos montantes de valores financeiros em prazos extremamente pequenos e a altas velocidades, ao “custo” de apenas alguns cliques em um *mouse* ou, até mesmo, em um *smartphone*. Na economia global, nenhum agente econômico (país, sociedade empresária, organização em geral ou pessoa física) pode ser assim reconhecido sem que se conecte, atue e transacione por meio desse mercado financeiro complexo, interconectado e veloz.

Manuel Castells (2013, p. 145) elenca cinco fatos principais que fomentaram a atual – e agora inevitável – interdependência global dos mercados de capitais: (a) a desregulamentação dos mercados financeiros em grande parte dos países e a liberalização das transações internacionais; (b) uma avançada infraestrutura de tecnologia da informação e de telecomunicação que possibilitou o desenvolvimento de *hardwares* e *softwares* capazes de realizar operações pesadas, complexas e em alta velocidade; (c) a criação de novos produtos financeiros, a exemplos dos chamados “derivativos”, e a forma como eles são negociados e valorizados, em geral envolvendo modelos matemáticos que lidam com cálculo de risco e combinação com outros produtos financeiros; (d) o surgimento de fortes movimentos especulativos de fluxos financeiros, que se tornaram responsáveis por direcionar e influenciar tendências de mercado ao redor do mundo; e, por fim, (e) a constituição de firmas de avaliação de mercado e de classificação de risco¹⁰. Eis o diagnóstico e

¹⁰ José Eduardo Faria define as agências de avaliação de crédito e de classificação de risco como “empresas privadas especializadas em coletar, processar e vender informações técnicas sobre a

a conclusão de Castells a respeito do papel desempenhado pelo mercado financeiro na ordem econômica global que se encontra posta atualmente:

(...) é o desempenho do capital nos mercados globalmente interdependentes que decide, em grande parte, o destino das economias em geral. Esse desempenho não depende inteiramente de normas econômicas. Os mercados financeiros são mercados, mas tão imperfeitos que só atendem parcialmente às leis da oferta e da procura. Os movimentos nos mercados financeiros são o resultado de uma combinação complexa de leis de mercado, estratégias empresariais, regulamentos de motivação política, maquinações de bancos centrais, ideologia de tecnocratas, psicologia de massa, manobras especulativas e informações turbulentas de diversas origens. Os fluxos de capitais resultantes, de e para mercados específicos, e mercados específicos, são transmitidos pelo mundo à velocidade da luz, embora o impacto dessas movimentações seja processado especifica e imprevisivelmente por cada mercado. Investidores financeiros ousados tentam domesticar o tigre, prevendo tendências em seus modelos em computador e apostando numa série de hipóteses. Assim fazendo, geram capital de capital, e elevam exponencialmente o valor nominal (embora destruam ocasionalmente parte desse valor durante as “correções de mercado”). O resultado do processo é o aumento da concentração de valor, e geração de valor, na esfera financeira, numa rede global de fluxos de capital administrados por redes de sistemas de informática, e seus serviços auxiliares. A globalização dos mercados financeiros é a espinha dorsal da nova economia global (2013, p. 147).

Quando se tem em vista que as funções da coluna vertebral nos seres humanos é dar sustentação, equilíbrio e movimentação ao corpo, proteger a medula espinal e sustentar a cabeça e que as lesões nessa importante estrutura óssea são capazes de gerar danos severos – e às vezes permanentes – que podem paralisar diversos membros e músculos ou até mesmo o corpo inteiro, denota-se que a comparação feita pelo sociólogo espanhol entre o mercado financeiro e a espinha dorsal não poderia ser mais apropriada. E a recessão econômica internacional que varreu o mundo a partir de 2008 provou o quanto a metáfora de Castells estava correta.

Todos os ingredientes acima descritos que levaram à interdependência global dos mercados financeiros – desregulamentação, alta tecnologia, derivativos, especulação e agências de *rating* – são fatores claramente observáveis na crise financeira dos empréstimos *subprime*¹¹ que explodiu com o pedido de concordata do

capacidade de crédito e tomadores de empréstimos” (2010, p. 20), sendo que tais avaliações envolvem muitas vezes o estabelecimento de um indicador de solvência de um país em face dos financiamentos por ele pactuados: o chamado “*rating* de risco soberano”.

¹¹ Os *subprimes* consistiram em empréstimos concedidos pelo sistema financeiro norte-americano para os mais diversos propósitos – em especial para fins hipotecários – a clientes sem comprovação de renda ou com histórico ruim de pagamento de dívidas, o que fazia desses empréstimos de “segunda linha” investimentos de alto risco.

banco de investimentos Lehman Brothers em setembro de 2008 nos EUA, seguida da declaração da falência técnica da AIG, até então a maior seguradora do mundo.

Esta que é considerada a mãe de todas as crises foi fruto de uma rolagem predatória das dívidas hipotecárias norte-americanas iniciada no final dos anos 90 e fortalecida desmesuradamente nos anos seguintes pelos grandes bancos de investimentos dos EUA e pela declarada política de desregulamentação do mercado financeiro naquele país, sobretudo no tocante à comercialização de derivativos no mercado de capitais. As hipotecas *subprime*, dívidas de elevado risco de solvência, eram vendidas pelas entidades financeiras mutuantes a bancos de investimentos, os quais as comercializavam a outros investidores sob a forma de um derivativo financeiro chamado CDO (*collateralized debt obligations*) e, ao mesmo tempo, contratavam agências de *rating* para avaliar tais CDOs como investimentos de alto nível de rentabilidade e baixo risco de inadimplência, o que acabava por atrair investidores de peso que só compravam papéis com alta classificação, a exemplo de fundos de pensão ou governos e instituições bancárias de outros países. Além disso, toda essa rede de rolagem das dívidas *subprime* era securitizada por grandes empresas seguradoras através de um outro derivativo financeiro denominado *swaps* de crédito (*CDS – credit default swaps*), o qual era comercializado não só para os próprios investidores que tinham adquirido CDOs a serem asseguradas, como também a quaisquer especuladores que atuassem no mercado financeiro, o que possibilitava que estes apostassem contra CDOs alheios.

Como a comercialização de derivativos era totalmente desregulamentada em razão do forte *lobby* exercido pelo setor financeiro junto ao Governo e ao Congresso norte-americanos, as entidades financeiras envolvidas nessa cadeia de negociações privadas complexas e sem transparência conhecida como “sistema de bancos às escuras” (bancos de investimento, empresas de concessão de empréstimos, seguradoras, investidores, agências de *rating* etc.) transformavam, como que por um passe de mágica, créditos “podres” em títulos com alta classificação, comercializavam derivativos relacionados a toda sorte de investimentos em riscos e sob a promessa de grande nível de retorno, não reservavam verbas suficientes para cobrir eventuais perdas e trabalhavam com taxas de alavancagem¹² muito elevadas¹³. A interconectividade entre todos os

¹² De uma forma bem simples, a taxa de alavancagem de uma instituição financeira corresponde à relação entre o total do seu capital próprio e o total de capital de terceiros que ela opera ou o total de

mercados financeiros permitia que as negociações desses derivativos fossem realizadas instantaneamente em qualquer país do mundo, atraindo investidores de todos os lugares, classes e interesses. Trilhões de dólares oriundos de economias de toda parte do globo estavam conectados ao *shadow banking system* operado nos EUA, onde eram negociados sem nenhum critério ou controle pelos bancos de investimentos norte-americanos.

Esse trilionário, delicado, complexo e incontrolável negócio financeiro – que configurava, em verdade, um megasquema Ponzi de escala global¹⁴ – era uma bomba-relógio altamente instável e pronta para explodir diante da menor ruptura de um dos elos que compunham a cadeia negocial dos *subprimes* convertidos em derivativos. E isso aconteceu quando os imóveis nos EUA começaram a desvalorizar em 2006 e a bolha imobiliária norte-americana definitivamente estourou em 2008, jogando por terra a liquidez de todos os títulos baseados em hipotecas que eram comercializados mundialmente no sistema financeiro dos EUA e muitas vezes classificados pela agências de *rating* como “AAA”. O que se viu em seguida foi uma “tsunami” financeira de proporções planetárias que gerou a ruína de diversas instituições bancárias e de investimentos, seguradoras, associações de investidores, fundos de pensão, famílias e, até mesmo, países, a exemplo da Islândia, além de mergulhar o mundo em uma recessão econômica sem precedentes, marcada por altas taxas de desemprego e de baixo crescimento econômico. Eis o diagnóstico de David Harvey:

O resto do mundo, até então relativamente imune, (...) foi arrastado precipitadamente para a lama, gerada em particular pelo colapso financeiro dos EUA. No epicentro do problema estava a montanha de títulos de hipoteca “tóxicos” detidos pelos bancos ou comercializados por investidores incautos em todo o mundo. Todo mundo tinha agido como se os preços dos imóveis pudessem subir para sempre.

capital investido que ela tem. Em geral, instituições financeiras trabalham com um grau de alavancagem de 2:1 ou 3:1, ou seja, ela investe dois ou três vezes o total do seu capital próprio.

¹³ De acordo com o relatório final produzido pela Comissão de Inquérito da Crise Financeira, criada pelo Congresso norte-americano em 2009 para examinar as causas da referida crise, os cinco maiores bancos de investimentos do EUA – Bear Stearns, Goldman Sachs, Lehman Brothers, Merrill Lynch e Morgan Stanley – operavam em 2007 com um capital próprio extraordinariamente pequeno em comparação ao total de endividamento que possuíam, haja vista que a taxa de alavancagem deles era de 40:1, ou seja, para cada 40 dólares de ativos investidos, tais bancos possuíam apenas 1 dólar para cobrir as perdas (FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION, 2011, p. XIX).

¹⁴ Um esquema Ponzi consiste em uma sofisticada e complexa fraude de investimentos no formato de “pirâmide”, que gera o pagamento de rendimentos absurdamente elevados aos investidores que entram primeiro no esquema, à custa do valor que é pago pelos investidores que entram posteriormente, não havendo, assim, a geração de receita a partir de qualquer negociação real.

(...) Investidores incautos em todo o mundo, como fundos de pensão, pequenos bancos regionais europeus e governos municipais da Noruega à Flórida, que haviam sido atraídos para investir em carteiras de hipoteca com “muita garantia de retorno”, terminaram segurando pedaços de papel sem valor e incapazes de cumprir suas obrigações ou pagar seus empregados. (HARVEY, 2011, p. 10).

David Harvey (2011, p. 13) aponta ainda que o Fundo Monetário Internacional estimou que mais de 50 trilhões de dólares em valores de ativos foram simplesmente extintos do mercado com a crise financeira de 2008, sendo que o Federal Reserve – o Banco Central dos EUA – estimou em 11 trilhões de dólares o total de perdas de ativos das famílias norte-americanas somente naquele ano. Como assinalado por Manuel Castells (2013, p. IV), esta foi uma crise que paradoxalmente foi “fermentada nos caldeirões da nova economia”.

Mas não é só essa nova ordem econômica pautada pelos sabores do mercado financeiro a responsável pelos riscos e perigos que a economia globalizada pode gerar, em que pese aquela já ter mostrado toda a sua força destrutiva em 2008. Há um outro fator de aspecto econômico que atinge fortemente a sociedade contemporânea e que, embora de forma mais sutil, promove intensos abalos morais e éticos: o processo de transformação em mercadoria de praticamente todos os bens, valores, aspectos e práticas da vida humana.

Não há nada no mundo atual que não possa ser objeto de compra e venda. Aluga-se uma barriga de mãe de aluguel na Índia por 6.250 dólares. Compra-se o direito de abater um rinoceronte ameaçado de extinção por 150.000 dólares. Adquire-se o *status* de imigrante legal nos EUA e o respectivo *green card* por 500.000 dólares. Permite-se lançar na atmosfera uma tonelada métrica de gás carbônico por 18 dólares. Servir como cobaia humana em testes com novos medicamentos pode render ao aventureiro 7.500 dólares. Combater em zonas de guerra como a Somália num agrupamento militar privado pode gerar ao combatente uma renda de até 1.000 dólares por dia. Seguradoras têm pagado cerca de 380 dólares a seus segurados para que percam alguns quilos em pouco tempo¹⁵. São inúmeros os exemplos de situações da vida que passaram a ser pautadas pelas regras do mercado e que passaram a ser encaradas por todos quase como que algo natural e comum nos tempos hodiernos, sobretudo a partir do predomínio absoluto da ideologia econômica de mercado ao fim da Guerra Fria.

¹⁵ Os exemplos aqui citados são alguns dos apresentados por Michael Sandel (2012, p. 9-10).

A crise financeira de 2008 foi o ápice e, ao mesmo tempo, o fim de um intenso processo de confiança na economia de mercado e na sua crescente e estimulada desregulamentação, ciclo de triunfo este que se iniciou nos anos 80 do século passado com Reagan e Thatcher, que foi seguido nos anos 90 pela dupla anglo-americana Clinton e Blair e que adentrou à primeira década do século XXI com uma força ideológica sem igual na história. Foi a era de ouro da não intervenção do Estado na economia e de uma reverência quase incontestada à máxima de Adam Smith de que a mão invisível do mercado se autorregula, crença esta que só foi infirmada a um custo social, financeiro e político inestimável e em escala mundial¹⁶.

Michael Sandel (2012, p. 12) destaca que a crise financeira foi útil não só para por em xeque essa supostamente eficiente e infalível capacidade autorreguladora dos mercados, mas serviu, sobretudo, para dar um acento em uma outra questão bem mais profunda: a de que os mercados se desvincularam da moral e de que uma forma de restabelecimento dessa ligação precisa ser encontrada. Segundo o filósofo norte-americano, essa falha moral que se instalou no período de triunfalismo do mercado não está associada apenas à ganância dos agentes condutores do sistema financeiro, epicentro da crise de 2008, o que se solucionaria com a edição de normas e regras que regulassem o funcionamento desses mercados específicos e prevenissem que situações críticas semelhantes emergissem novamente. Esse seria um diagnóstico apenas parcial do problema da ausência de limites morais ao mercado, cuja principal causa estaria na extensão dos valores deste a esferas da vida com as quais o mercado não tem nada a ver.

A crítica de Sandel se assenta no fato de que muitas coisas e aspectos da vida – tais como bens relacionados à saúde, educação, família, natureza, deveres cívicos, patrimônio público – são corrompidos ou degradados quando se tornam objeto de comercialização, na medida em que envolvem questões mais sérias de natureza moral e política, e não só meramente econômicas. E isso se deu em razão de um processo de transformação promovido pelo triunfalismo do capitalismo que

¹⁶ Em depoimento dado ao Congresso norte-americano em outubro de 2008, Alan Greenspan, antigo presidente do Federal Reserve e um dos maiores gurus do sistema financeiro à época, reconheceu que errou em acreditar que o livre mercado seria capaz de regular a si próprio, sem a supervisão e o controle do Estado (administração), e que presumiu erroneamente que o interesse próprio das corporações financeiras seria suficiente para que elas protegessem os seus acionistas, reconhecendo, por fim, que ele deveria ter avançado na regulação do comércio de derivativos. Ver KNOWLTON; GRYNBAUM (2008).

consistiu na passagem de “ter uma economia de mercado” para “ser uma sociedade de mercado”.

(...) uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização de uma atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado. (SANDEL, 2012, p. 16).

De acordo com o referido filósofo norte-americano, essa característica de mercantilizar tudo acarreta para a sociedade que se encontra assim moldada dois relevantes problemas: a desigualdade e a corrupção (SANDEL, 2012, p. 14).

O primeiro se observa em decorrência da relevância que o dinheiro ostenta naquela sociedade, pois se tudo pode ser comprado, ter ou não ter recursos financeiros suficientes para realizar aquisições refletirá no nível de afluência e prosperidade que se pode alcançar; isso é agravado quando o dinheiro deixa de ser um instrumento apenas para obtenção de bens materiais em geral (carros, compras em lojas, imóveis, bons restaurantes, roupas de grife etc.) e se torna uma chave mestra para ter acesso a bens e serviços cuja justa e adequada distribuição/disponibilização não deveria depender da capacidade financeira das pessoas a que eles se destinam, a exemplo de um bom serviço médico, escolas de alto nível, moradias em locais seguros e influência política equânime.

Já o problema da corrupção está relacionado à tendência corrosiva dos mercados, no sentido de que estes “não se limitam apenas a distribuir bens”, mas “também expressam e promovem certas atitudes em relação aos produtos trocados”; essa inclinação corruptiva de cariz aristotélico dos mercados acaba por transmitir àquilo que é comercializado a própria essência mercadológica do lucro e do uso, o que pode resultar em uma deterioração dos valores e princípios de natureza não-econômica imanentes do bem que sofreu a mercantilização e em uma conseqüente banalização da concepção de que estes são descartáveis mediante o poder de compra do dinheiro.

1.2 Sociedade (d)e Risco

Como visto, as evoluções e os progressos alcançados durante os últimos cem anos na ciência e na economia não foram responsáveis apenas pela geração de benefícios ao homem. De igual modo, foi a partir destes dois pilares da sociedade moderna e desenvolvida que se originaram catástrofes dotadas de características até então inéditas na história. A violência e a danosidade dos efeitos gerados por eventos como a explosão da usina nuclear de Chernobyl ou a crise financeira de 2008 têm como marca singular a força destrutiva da concretização fática do perigo e fazem emergir o risco como um elemento ontológico basilar de uma sociedade que é pautada pelo poder das promessas e dos avanços técnico-econômicos.

Risco e perigo mantêm entre si uma relação de dependência e de reciprocidade parciais, na medida em que o primeiro pressupõe a existência do segundo, embora nem sempre a potencialidade do perigo possa ser ou tenha sido – ainda que minimamente – aferida ou compreendida como arriscada. Assim, o risco consiste na percepção ou conscientização do homem acerca de uma situação potencial e futura de perigo capaz de ameaçar, danificar ou até destruir bens que lhe são valiosos. Bottini (2013, p. 23) observa que o risco “é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo” (ou da sua possibilidade), pois sem iminência de perigo não há risco. Segundo Raffaele De Giorgi (1998, p. 193, 198), o risco é o *medium* utilizado pela sociedade para representar o futuro e para produzir/manter vínculos com esse futuro, sendo aquele configurado como uma modalidade de distribuição e suportabilidade dos *bads* (e não dos *goods*) e que tem como referencia a incerteza, o não saber, a fatalidade. Garland (2003, p. 50) assinala que perigo e risco estão intimamente conectados, mas são claramente distintos, pois o primeiro consiste no “potencial de dano inerente a uma coisa, uma pessoa ou uma situação” e o segundo é “a medida da probabilidade e da extensão daquele potencial”. A conexão entre riscos e o futuro foi igualmente percebida por Ulrich Beck:

Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador do risco”. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje. (BECK, 2011, p. 39).

O papel do risco na sociedade contemporânea foi um dos principais temas debatidos pelos estudos sociológicos que se voltaram para a elaboração de modelos

teóricos de organização social que levassem em conta questões relacionadas à globalização do capitalismo, à modernização da sociedade industrial, às catástrofes e crises (sobretudo ambientais e econômicas) e às transformações que tais circunstâncias promoveram nas relações sociais. Contudo, será na obra do alemão Ulrich Beck onde o tema adquirirá importância central para o seu exame acerca da modernidade e da sociedade.

A ideia-mestra que guia a teoria desenvolvida por Beck consiste no fato de que, tal como a modernização dissolveu a sociedade agrária estamental e a imagem religiosa de mundo no século XIX e balizou a estruturação da sociedade industrial clássica, “hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social” (2011, p. 12). A forma assumida por esta é denominada por Beck de “sociedade de risco”, cujos principais elementos estruturais e justificadores são os chamados “riscos da modernização”.

(...) os riscos da modernização são o arranjo conceitual, o enquadramento categorial no qual violações e destruições da natureza inerentes à civilização são socialmente concebidas, com base no qual são tomadas decisões a respeito de sua validade e urgência e definida a modalidade de sua eliminação e/ou de seu manejo. (BECK, 2011, p. 99).

Nessa sociedade que se apresenta na modernidade tardia “a produção social da riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos” (BECK, 2011, p. 23), o que se deve historicamente, sobretudo, ao desencadeamento de riscos e potenciais de ameaças até então desconhecidos, decorrentes das “forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização”. Segundo Beck (2011, p. 24), o grande problema que se coloca é como os riscos coproduzidos nesse processo podem ser evitados, minimizados, canalizados e, quando concretizado o perigo a que eles se referem, isolados e redistribuídos dentro da sociedade de uma forma que não comprometam o próprio processo de modernização e nem os limites do aceitável. A esse novo estágio da sociedade moderna em que o progresso técnico-econômico converte-se a si mesmo em tema e problema e em que os conflitos de distribuição dos malefícios e as práticas sociais a eles relacionadas precisam ser confrontados e refletidos criticamente Beck denomina de “modernização reflexiva” (GIDDENS; LASH; BECK, 2012, p. 18, 22).

Há certo consenso entre os autores que estudam o risco acerca de que ele não seria uma invenção moderna e de que a sua noção nos termos empregados hoje tem a sua origem na época em que os exploradores se lançaram a navegações em mares que não estavam mapeados em cartas náuticas, o que envolvia o enfrentamento da incerteza e do desconhecido. Foi exatamente nessa época em que emerge a ideia de que o risco está relacionado a perigos que podem ser calculados em função de possibilidades futuras (GIDDENS, 2006, p. 33), dando origem, por sua vez, a todo um avançado sistema de seguros destinados a cobrirem os riscos decorrentes de tais atividades, lançando, assim, as bases da gestão de confiança, segurança e riscos.

Com isso não se quer afirmar que os tempos presentes são mais perigosos ou mais arriscados que os medievais ou os pré-industriais. Anthony Giddens (1991, p. 114) assinala que o ambiente de risco pré-moderno é marcado essencialmente por ameaças e perigos que emanam da natureza (tais como inundações, epidemias ou outros desastres naturais), da violência humana por parte de saqueadores, bandidos e guerras locais ou, por fim, do risco de perda da graça religiosa ou de influência de uma magia maligna. Isso leva o sociólogo inglês (GIDDENS, 2006, p. 35) a estabelecer uma distinção entre estes riscos oriundos de imposições da tradição ou da natureza – os quais ele denomina de “riscos exteriores” – e aqueles modernos, humanamente criados, resultantes do impacto do desenvolvimento tecnológico e sobre os quais não se tem experiência histórica ou fática – os quais são chamados de “riscos provocados”.

Giddens delinea o perfil destes riscos específicos da modernidade segundo sete características, sendo as quatro primeiras relacionadas à distribuição objetiva de riscos e as três últimas relacionadas à consciência do risco (GIDDENS, 1991, p. 137). A primeira e a segunda características dizem respeito à globalização do risco, seja quanto à sua intensidade capaz até de extinguir a vida humana, seja quanto à expansão da quantidade de eventos contingentes que podem ser gerados e que afetam muitas pessoas. A terceira e a quarta características se relacionam à mudança no tipo de ambiente de risco, pois as ameaças e perigos tendem a se desenvolver precipuamente tanto em um meio ambiente/natureza transformado pela infusão do conhecimento humano (“natureza socializada”), quanto dentro de esferas de instituições modernas e fechadas, a exemplo dos mercados financeiros de investimentos. A quinta característica consiste no fato de que o risco é vivenciado e

percebido como um risco, de sorte que as zonas de desconhecimento que este traz consigo nunca poderão ser convertidas em certezas por meio da tradição, da religião ou da magia. Por fim, a sexta e a sétima características dizem respeito à ampla disseminação do risco, no sentido de que grande parte deles é de conhecimento das pessoas em geral, e à consciência de que os riscos nunca poderão ser totalmente previstos e/ou evitados pelos *experts* (“sistemas peritos”).

Colocando de um lado a ameaça nuclear e o exemplo de Chernobyl e do outro lado a opressão sobre determinado grupo humano e o exemplo dos campos de concentração, Ulrich Beck (2011, p. 7) assim sintetiza a dimensão dos riscos da modernização:

Todo o sofrimento, toda a miséria e toda a violência que seres humanos infligiram a seres humanos eram até então reservados à categoria dos “outros” – judeus, negros, mulheres refugiados, dissidentes, comunistas etc. De um lado, havia cercas, campos, distritos, blocos militares e, de outro, as próprias quatro paredes – fronteiras reais e simbólicas, atrás das quais aqueles que aparentemente não eram afetados podiam se recolher. Isso tudo continua a existir e, ao mesmo tempo, desde Chernobyl, deixou de existir. É o fim dos “outros”, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento, algo que se tornou palpável com a contaminação nuclear. E aí reside a novidade de sua força cultural e política. Sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade.

Além da possibilidade de concretização do perigo potencial que lhes é imanente, tais riscos da modernização geram, segundo Ulrich Beck, dois efeitos impactantes na estrutura da sociedade atual. O primeiro é que o risco se torna um grande negócio (“*big business*”), no sentido de ser um fator de fomento econômico de primeira ordem (BECK, 2011, p. 67) em razão das necessidades sempre insaciáveis por inovação, segurança e previsibilidade que eles instigam; com isso, o sociólogo alemão aponta que prepondera uma “cosmética do risco”, onde os riscos são sempre apenas simbolicamente superados, na medida em que esta “superação” se constitui, automática e imediatamente, em uma fonte geradora de novas necessidades e inovações, as quais trarão consigo novos riscos, e assim sucessivamente.

O segundo fenômeno ocasionado pelo risco da modernização é o que Beck denomina de “efeito bumerangue” (2011, p. 44), querendo dizer com isso que a distribuição social de tais riscos se dá de forma indistinta do esquema de classes; assim, seja rico e poderoso, seja pobre e excluído, os danos decorrentes de um

risco concretizado e realizado alcançam a todos os atores da modernização, incluindo aqueles que desencadearam a concretização do perigo e que lucraram com o seu risco.

Esse duplo efeito dos riscos da modernização dá ensejo a uma situação paradoxal na sociedade contemporânea. Por meio do primeiro efeito (o risco como “*big business*”), novos avanços e progressos técnico-econômicos são sempre buscados e exigidos de uma forma cada vez mais rápida, intensa e arriscada, sem que se tenha, em contrapartida, a mesma velocidade e qualidade na elaboração e concepção de mecanismos de previsão, controle e prevenção dos perigos que possam advir daquelas inovações. Já por meio do efeito bumerangue, o horizonte potencial de não-conhecimento satisfatório do risco – ou mesmo do seu total desconhecimento – pressionam os atores da modernização, sobretudo o Estado e as sociedades empresárias, para desenvolverem estratégias e políticas efetivas de gerenciamento de riscos e, ao mesmo tempo, incutem na sociedade uma perene sensação de instabilidade e insegurança.

Este é o paradoxo do risco presente nas atuais organizações sociais, na medida em que esta é caracterizada simultaneamente pela sua capacidade e necessidade de produzir e controlar indeterminações, incertezas e vulnerabilidades, ou, como diz Raffaele De Giorgi (1998, p. 191), de reforçar, ao mesmo tempo, segurança/insegurança, estabilidade/instabilidade¹⁷.

Assim, apresentada a forma como os riscos permeiam os avanços alcançados nos campos da ciência e da economia e estabelecidas as balizas teóricas acerca dos riscos da modernização e do papel estrutural destes na formatação da sociedade contemporânea, passa-se a examinar como a corrupção é reconfigurada no contexto de uma sociedade de risco, passando, deste modo, a constituir em um significativo risco da modernização.

1.3 Corrupção Organizada como Risco da Modernização

¹⁷ Beck (2011, p. 60) chega a afirmar que a sociedade de risco é pautada pela solidariedade do medo, uma força política assentada em uma utopia de segurança que busca alcançar não o que é bom, mas tão-somente o que evite o pior.

A corrupção, em sua acepção ampla de desrespeito e usurpação de interesses, valores e bens públicos em favor de proveitos, benefícios e ajustes privados, está longe de ser um fenômeno contemporâneo ou mesmo próprio da era moderna, não podendo ser relacionada a um período histórico, a uma forma de organização social, a um regime político ou a um sistema econômico específicos.

Desde os mais remotos diplomas normativos da humanidade, como o Código Babilônico de Hamurabi (arts. 6º e 8º), datado do século XVIII a.C., ou o Código Indiano de Manú (arts. 304º a 306º do Livro Oitavo), datado do século II a.C., a previsão impositiva de mecanismos de repressão contra atos corruptos praticados pelos governantes em face do patrimônio da Corte ou em face do seu dever de zelo pelos súditos já existia, o que demonstra há quanto tempo o problema da corrupção e a sua relação com a coisa pública constituem uma questão-chave para o adequado desenvolvimento das sociedades estruturadas. Aliás, na própria Bíblia empregada pelo cristianismo, há registro feito pelo profeta Isaías, por volta do ano 740 a.C., onde consta severa repreensão de origem divina contra os reis e príncipes que governavam Jerusalém naquela época, os quais são apontados por Deus como companheiros de ladrões, que amam o suborno e correm atrás de recompensas (Isaías, capítulo 1, verso 22).

Ao longo da história, não houve teoria ou ideologia política que não tenha se voltado em algum momento para o estudo da corrupção¹⁸, partindo da sua compreensão pelos antigos como uma etapa inerente aos ciclos da natureza a que os regimes políticos se encontravam vinculados, passando pela concepção moderna de rompimento/deterioração do contrato social e chegando à sua conexão contemporânea com a organização e a crise institucionais do Estado e da sociedade, sobretudo pela potencialização da corrupção por meio da globalização.

De igual modo, não se pode compreender as causas que fomentam a corrupção sem que sejam examinados e considerados aspectos como a concentração de poderes político e econômico, o grau de desigualdades sociais e de oportunidades, a história da formação do Estado, a noção de interesse público que se encontra disseminada, a existência de controles sociais e normativos, a estrutura do ordenamento jurídico, o conhecimento dos direitos e garantias que são atribuídos

¹⁸ Para uma digressão acerca da história do conceito de corrupção, iniciando pelo referencial linguístico do aristotelismo, passando pelas mutações que tal conceito sofreu nos mundos romano, medieval e renascentista, culminando no pensamento político moderno, ver FILGUEIRAS (2008, p. 25-81).

a todos, entre outros. Todos esses fatores são determinantes – embora não mais que meramente exemplificativos – para a composição e causação do complexo fenômeno da corrupção (PINTO, 2011, p. 7).

Isso traz consigo a dificuldade de se estabelecer um conceito definitivo e unívoco de corrupção. Fernando Filgueiras adverte que o problema da corrupção não escapa ao aspecto moral, de sorte que o seu conceito encontra-se atrelado a questões práticas da política, ou seja, “pertence a uma razão prática ligada a problemas históricos específicos” (2008a, p. 83). De toda sorte, o referido cientista político não deixa de registrar que o elemento teórico basilar que representa a corrupção é a “precedência dos interesses privados em relação ao público” (2008a, p. 84).

Acerca do interesse público, cabe lembrar aqui, ainda que brevemente, a consagrada observação de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto ao cuidado de que se deve tomar para não incorrer na falsa ideia de que interesses públicos e interesses privados seriam categorias necessariamente antagônicas, no sentido de que os primeiros serem totalmente desvinculados e autônomos em relação aos últimos. Partindo da premissa de que o interesse público se constitui do interesse do próprio conjunto social, o referido administrativista (MELLO, 2009, p. 182) assinala que não é concebível que o interesse do todo seja concomitantemente contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem, pontuando que o interesse público “nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”.

Assim, tem-se a corrupção quando essa dimensão pública é desconsiderada através do apoderamento indevido da coisa pública¹⁹ por interesses privados dos agentes corruptos e corruptores, resultando no locupletamento destes em razão de ações ou omissões corrompidas que foram por eles negociadas entre si. Céli Regina Jardim Pinto (2011, p. 51) chama a atenção para o fato de que os polos dessa relação corrupta podem ser ocupados tanto por agentes públicos e privados, quanto apenas por agentes públicos, o que caracterizaria, neste último caso, o que ela chama de “corrupção intra-Estado”; de toda sorte, os elementos “participação de um

¹⁹ A respeito do conceito de “coisa pública, Céli Regina Jardim Pinto (2011, p. 64) esclarece que é o “conjunto heterodoxo de serviços, direitos, recursos monetários, propriedades que pertencem a um país, à população de um país”, e perante o qual todos são igualmente e concomitantemente beneficiários e responsáveis.

agente público capaz de decidir” e “cooptação da coisa pública como fonte privada de benefícios indevidos” necessariamente estarão sempre presentes.

O ato ou atividade corrupto(a) requer, mais que do que tomador da decisão, a intervenção de uma ou mais pessoas, com poderes de decisão ou não. É um delito ou infração participativa em que uma das partes tenta influenciar o comportamento da outra através de promessas, ameaças ou prestações proibidas pelo sistema normativo relevante.

O objetivo a que persegue esse tipo de influência é a obtenção de um benefício ou um ganho para as partes que participam no ato ou atividade corrupto(a). A corrupção é sempre uma fonte adicional de ingressos ou benefícios para quem participe dela. (VALDÉS, 1997, p. 45).

Assentados esses aspectos iniciais e tendo em conta que tanto a própria corrupção, quanto a preocupação em controlá-la sempre existiram na história dos povos e seus governos, embora a sua eliminação total continue sendo uma utopia perseguida pelas sociedades atuais, a pergunta que se faz é: por que a corrupção deve ser encarada como um risco da modernização, nos termos da teoria da sociedade de risco desenvolvida por Ulrich Beck?

A resposta a esta questão reside na reconfiguração organizacional e no aperfeiçoamento operacional pela qual passou o fenômeno da corrupção no final do século XX, o que se deve essencialmente a três fatores: (i) a mudança no paradigma de abordagem da corrupção; (ii) a integração da corrupção com a economia globalizada e a ciência avançada; e (iii) o envolvimento de corporações transnacionais em atos de corrupção.

1.3.1 Mudança no paradigma de abordagem da corrupção

O primeiro fator tem características eminentemente epistemológicas e está relacionado à mudança de paradigma pelo qual passaram as pesquisas acadêmicas a respeito da corrupção durante a segunda metade do último século. Dos anos 50 ao final dos anos 70, a primeira onda de estudos sobre a corrupção ficou restrita predominantemente ao campo da sociologia, onde o tema foi analisado no contexto da chamada “teoria da modernização” e sob uma perspectiva funcionalista. A partir dos anos 80, a questão da corrupção atraiu a atenção dos economistas e o assunto passou a ser abordado segundo uma perspectiva econômica, sobretudo com o fim de se avaliar o impacto dos custos da corrupção para a economia.

O problema-chave em torno da qual orbitam essas duas pautas epistemológicas de estudos sobre a corrupção é a análise do papel por ela desempenhado no processo de desenvolvimento político e – sobretudo – econômico de uma sociedade: seria a corrupção um fator de promoção (abordagem funcionalista) ou de atraso (abordagem econômica) do desenvolvimento?²⁰

Assentada na teoria da modernização²¹, a abordagem funcionalista entende que a corrupção é um problema relacionado principalmente a sociedades que ainda não completaram o processo de desenvolvimento e de modernização política de suas instituições, na medida em que estas encontram a sua evolução travada pela tradição burocrática que vigora em tais organizações sociais. Nesse contexto, de acordo com Samuel Huntington (2002, p. 253)²², um dos principais defensores da perspectiva funcionalista, a corrupção constitui um dos indicadores de “ausência de efetiva institucionalização política”, pois, na medida em que ela constitui o “comportamento de agentes públicos que se desviam de normas aceitas em favor de interesses privados”, as autoridades públicas deixam de agir com autonomia e coerência e “subordinam seus papéis institucionais a demandas externas”.

Contudo, como a modernização, segundo Huntington (2002, p. 254), provoca mudanças nos valores básicos da sociedade, cria novas fontes de riqueza e poder e transforma o modo de funcionamento do sistema político, ter-se-á, conseqüentemente, uma tensão entre a elite tradicional instalada e os atores sociais modernos por uma maior participação política. Assim, a partir do momento em que as amarras tradicionais e burocráticas são tensionadas em direção a um rompimento modernizador, a corrupção, que até então funcionava apenas como uma forma de manutenção da tradição, pode desempenhar uma função catalisadora no processo de evolução institucional ao gerar acesso e benefícios específicos, imediatos e

²⁰ Toke Aidt (2009, p. 272) chama os estudiosos da primeira abordagem (a funcionalista) de grupo da “graxa”, por defenderem os efeitos “lubrificantes” da corrupção, e os da segunda perspectiva (a econômica) de grupo da “areia”, por entenderem que a corrupção emperra as engrenagens do desenvolvimento.

²¹ Segundo Fernando Filgueiras (2008b, p. 354), a teoria da modernização pressupõe que há uma dicotomia entre tradição e modernidade e concebe a sociedade como um tipo de organização que está conectado a um processo de construção e evolução de suas instituições. Assim, tal teoria busca identificar na organização dos países desenvolvidos/industrializados quais são as variáveis sociais e institucionais essenciais para a concretização desse processo evolutivo.

²² Não obstante a referência bibliográfica seja a uma coletânea de artigos sobre corrupção política publicada em 2002, a publicação original do artigo de Huntington aqui referido se deu no ano de 1968.

concretos aos grupos que eram, até então, alijados do sistema político e da sociedade (HUNTINGTON, 2002, p. 257).

Além da modernização política das instituições, a abordagem funcionalista também vê a corrupção como um importante instrumento de fomento ao desenvolvimento econômico de países subdesenvolvidos marcados pela burocracia. Em um importante artigo sobre o assunto, originalmente publicado em 1964, Nathaniel Leff defendeu que a prática de pagar benefícios a burocratas responsáveis pela formulação e administração de políticas econômicas do governo pode gerar efeitos positivos no desenvolvimento e na competitividade das atividades econômicas, sobretudo em razão de fatores como a indiferença e, até, a hostilidade do governo, haja vista que os interesses desenvolvimentistas do empresariado podem fazer deste um emergente centro de poder que irá competir com a burocracia, e o interesse dos governantes em manter o *status quo*, sobretudo por meio de um intenso intervencionismo estatal na economia (2002, p. 312)²³.

A principal justificativa de Leff para o pagamento de subornos que orbitem as políticas públicas econômicas em países subdesenvolvidos é que, nestes casos, a maior parte dos objetos da corrupção – ou seja, os instrumentos para o desenvolvimento econômico, tais como licenças, dotações orçamentárias, permissões, investimentos públicos, fomento em pesquisas e inovações etc. – são de fornecimento fixado e limitado pelo governo (2002, p. 310); em razão disso, a destinação desses escassos e preciosos objetos dar-se-ia em um contexto de disputa entre os empresários, onde um dos principais critérios de alocação seria o pagamento das mais altas propinas (2002, p. 314).

Essa visão funcionalista da corrupção que prevaleceu no meio acadêmico até os anos 80 do século passado também encontrou guarida na tolerância institucional e mesmo jurídica de diversos países desenvolvidos, grande parte deles membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Era comum tais países enxergarem como regular e normal que suas empresas pagassem suborno a funcionários públicos estrangeiros com o fim de fecharem negócios, celebrarem contratos ou mesmo permanecerem na disputa de uma avença no exterior. Embora todos eles vissem tal prática como tolerável e justificada, o grau de benevolência do tratamento dado ao pagamento de suborno

²³ Repete-se para esta referência bibliográfica a mesma observação feita na nota de rodapé anterior.

transnacional variava de país para país, indo da total indiferença a ele (Itália, Coréia do Sul, Finlândia, México, Espanha, Hungria e Turquia), passando pela sua consideração como presentes ou despesas com entretenimento (Japão e Dinamarca), chegando até à possibilidade de se deduzir tais pagamentos nas declarações de imposto de renda como despesas operacionais (Alemanha, França, Áustria, Suíça, Bélgica, Portugal, Holanda e Austrália).

Tal perspectiva funcionalista foi colocada em cheque a partir do final da década de 70 do século passado. A mudança paradigmática em direção à abordagem econômica da corrupção deve ser tributada academicamente à professora da Universidade de Yale, Susan Rose-Ackerman, cujos estudos iniciados em 1978 com a publicação do livro “Corruption: a study in political economy” e aprofundados em 1999 com sua obra-prima “Corruption and Government: causes, consequences, and reform” foram responsáveis por estabelecer uma nova agenda epistemológica para as pesquisas acerca da corrupção, agora conclusivas acerca dos efeitos prejudiciais desta para o desenvolvimento da economia de mercado e para a eficiência das atividades estatais²⁴.

Susan Rose-Ackerman parte da premissa de que há um fator motivador humano que é universal e fundamental em todas as culturas e sociedades: o interesse em si mesmo, incluindo o bem-estar da própria família e dos seus semelhantes (2001, p. 2)²⁵. A boa ou má gestão da relação entre a satisfação desse auto-interesse e a utilização dos recursos que detém um país será determinante para identificar o nível de corrupção que o acomete.

A corrupção, segundo Rose Ackerman (2001, p. 155), se dá em uma relação entre o Estado e o setor privado, onde os atores determinantes ora são os agentes públicos, ora os entes privados, de sorte que o poder de negociação destes grupos determinará tanto o impacto geral da corrupção na sociedade, quanto a distribuição dos benefícios entre subornados e subornadores.

Assim, apoiada sobretudo na teoria do *rent-seeking*, a abordagem econômica associa a ocorrência da corrupção à disputa que os agentes políticos e

²⁴ Compõem essa pauta de pesquisas, por exemplo, os estudos sobre corrupção e economia realizados por Paolo Mauro, Pranab Bardhan, Andrei Shleifer, Robert Vishny e Toke Aidt.

²⁵ Essa premissa de Rose-Ackerman está assentada na teoria do *rent-seeking* desenvolvida pela economista Anne Krueger em 1974. Segundo Krueger (1974, p. 291), “em muitas economias orientadas para o mercado, as restrições do governo sobre a atividade econômica são fatos universais da vida. Estas restrições dão origem a variadas formas de rendas, e as pessoas muitas vezes competem por elas. Às vezes, essa concorrência é perfeitamente legal. Em outros casos, o *rent-seeking* assume outras formas, como suborno, corrupção, contrabando e mercado negro”.

econômicos – privados e públicos – travam para tentar maximizar sua renda e bem-estar próprios por meio da burla às normas que controlam o acesso à coisa pública, levando em consideração nesse processo de escolha os riscos, custos e benefícios que esta infração pode resultar. Por conseguinte, se ocorre tal distribuição corrupta de benefícios públicos para fins privados, isso é sinal de que o sistema e as instituições criadas para gerenciar a relação entre cidadãos e Estado não estão funcionando adequadamente.

Todos os Estados, sejam eles indulgentes ou repressores, controlam a distribuição de benefícios valiosos e a imposição de custos onerosos. A distribuição destes benefícios e custos se faz geralmente sob o controle de funcionários públicos que possuem um poder discricionário. As pessoas ou empresas privadas que desejam um tratamento favorável podem estar dispostas a pagar para obtê-los. Tais pagamentos são corruptos se feitos ilegalmente a funcionários públicos com a finalidade de obter um benefício ou de evitar um custo (ROSE-ACKERMAN, 2001, p. 11).

Com isso, Susan Rose-Ackerman quer sublinhar que a corrupção não é um problema em si, e sim um sintoma de que a legitimidade política do Estado está enfraquecida e de que a relação entre este e o setor privado não é leal e transparente (1997, p. 41), gerando distorções graves como a realização de contratações e privatizações ineficientes, a criação de “dificuldades para vender facilidades”, uma maior disparidade na distribuição de renda e um crescimento econômico mais lento. Assim, segundo a perspectiva econômica da corrupção, as estratégias anticorrupção a serem adotadas pelos países devem se direcionadas principalmente para o aperfeiçoamento da eficiência do Estado (sobretudo por meio de uma redução da burocracia), para o fortalecimento do setor privado, para a diminuição da discricionariedade dos agentes públicos (em especial reduzindo os programas e incentivos por meio dos quais tais agentes são corrompidos) e para o aumento do risco e dos custos da corrupção para o corrupto e o corruptor (ROSE-ACKERMAN, 1997, p. 46).

No correr dos anos 90, a abordagem econômica se torna hegemônica nos estudos relacionados à corrupção e tem potencializada a sua penetração teórica no mundo real neste período em razão de dois importantes atores internacionais que acolheram as suas conclusões acadêmicas acerca dos efeitos deletérios da corrupção para o desenvolvimento econômico dos países.

O primeiro desses atores são os organismos financeiros multilaterais de desenvolvimento, a exemplo do Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o

Banco Interamericano de Desenvolvimento, que passaram a condicionar a concessão de empréstimos, o financiamento de projetos e a destinação de subsídios à existência ou à criação de mecanismos eficientes de combate à corrupção nos países interessados na obtenção de créditos, bem como a prever sistemas internos de sanções para atos de fraude e corrupção cometidos por pessoas físicas ou jurídicas no bojo de projetos financiados por tais entidades.

O segundo grupo é formado pelas diversas organizações internacionais de países, dentre elas a Organização dos Estados Americanos, a Organização das Nações Unidas e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, as quais envidaram esforços no sentido de que fossem adotadas normas e orientações internacionais em que o problema da corrupção estivesse incluído como um fator a ser considerado sempre que o tema a ser tratado fosse sensível a atos corruptos²⁶, o que acabou culminando na aprovação da tríade de convenções específicas contra a corrupção que compõe a base do atual direito internacional anticorrupção²⁷.

Contudo, Susan Rose-Ackerman (2013, p. 34) adverte que os esforços globais para combater a corrupção, assim como o papel exercido pelos atores internacionais nesse processo, devem estar conectados com objetivos finalísticos de desenvolvimento econômico, legitimidade governamental e competitividade internacional, ou seja, que “reduções da corrupção não são fins em si mesmos, mas sim parte de uma meta global de melhorar o bem-estar do homem e o funcionamento dos governos”.

Assim, a abordagem econômica da corrupção oferece um caminho epistemológico mais adequado e atualizado para a compreensão e o enfrentamento dos efeitos e do impacto das práticas corruptas na evolução econômica, política, social e cultural dos Estados e das sociedades, sobretudo considerando a potencialização do risco gerado pelo fator “corrupção” através da sua integração com os avanços da tecnologia da informação promovidos pelo progresso científico e com uma economia que opera em escala global na toada de vultosas e variadas

²⁶ Um bom exemplo é a chamada “Declaração de Arusha” de 1993, emitida no âmbito da Organização Mundial de Comércio, que estabeleceu medidas de prevenção e combate à corrupção na área aduaneira.

²⁷ O trio de convenções aqui mencionado será examinado mais detidamente no tópico 2.1 deste trabalho, em especial os dois últimos acordos multilaterais.

movimentações financeiras realizadas de forma intensa e rápida, conforme será visto a seguir.

1.3.2 Integração da corrupção com a economia globalizada e a ciência avançada

Foi exposto anteriormente como a ciência avançada e a economia globalizada se tornaram na modernidade fontes potenciais de perigos para a sociedade contemporânea, já tendo, inclusive, apresentado seus efeitos danosos reais por meio de algumas catástrofes. Importa aqui sublinhar, por meio de alguns exemplos, como essas duas áreas têm servido de instrumento por corruptos e corruptores para a prática de atos que ponham em risco a coisa pública.

Os progressos obtidos nas últimas décadas no campo econômico, em especial quanto à expansão do mercado de capitais, e no campo científico, sobretudo em relação à área da tecnologia da informação, têm possibilitado que os atos de corrupção sejam praticados através de formas de execução muito avançadas, seja por meio da sua operacionalização com o uso de sistemas informatizados, seja por meio da dispersão dos ganhos dela advindos através de um sistema financeiro mundialmente interconectado.

Quanto à tecnologia da informação, o seu emprego no âmbito de atos de corrupção pode se dar em um duplo contexto, haja vista ela tem servido como uma poderosa ferramenta tanto para o combate à corrupção, quanto para a sua prática, verificando-se, muitas vezes, um verdadeiro jogo de “gato e rato *hi-tech*” entre agentes de controle e agentes da corrupção para saber quem está na dianteira quanto ao uso da tecnologia. Os recorrentes casos de fraudes em concursos públicos e vestibulares em que os candidatos se valem de pontos auriculares ou outros dispositivos de telecomunicação para obter as respostas das questões – a chamada “cola eletrônica – constituem uma demonstração clara deste uso da tecnologia para fins corruptos²⁸, não obstante as autoridades policiais apertarem cada vez mais o cerco contra esse tipo de ato através do uso tecnológico do monitoramento das bandas de radiofrequência nos locais dos concursos.

²⁸ Embora esse tipo de ilicitude tenha se mostrado reiterado no Brasil, a “cola eletrônica” está longe de ser uma exclusividade brasileira. Recentemente a polícia do Japão descobriu um grande esquema de cola eletrônica utilizado nas provas para admissão nas quatro maiores universidades japonesas. Ver FACKLER (2011).

Outro exemplo recente da relação entre corrupção e tecnologia da informação – este ocorrido aqui no Brasil – se deu no âmbito de licitações e contratos públicos, área mundialmente notória como de grande incidência de fraudes e atos de corrupção.

Em 2002, por meio da Lei nº 10.520, foi instituída no Brasil a modalidade de licitação conhecida como “pregão”, destinada a dar maior celeridade a contratações de menor vulto e complexidade, evitando, assim, a rigorosa tramitação processual exigida para os contratos em geral regidos pela Lei nº 8.666, de 21/06/1993. Para corroborar ainda mais tal finalidade de desburocratizar essas contratações específicas, foi previsto que o pregão poderia ser realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, o que veio a se concretizar com a edição do Decreto nº 5.450/2005, que regulamentou a forma eletrônica do pregão. Assim, através do uso da *internet* e de sistemas e ambientes virtuais especialmente desenvolvidos para tal fim²⁹, o governo pode baratear ainda mais os custos regulares dos processos de licitação e possibilitar que mais interessados participassem da disputa sem precisarem estar fisicamente diante de um pregoeiro ou em uma repartição pública, além de diminuir o risco de que as empresas entrassem em conluio para direcionar o processo de contratação.

Não obstante todo o aparato tecnológico montado para garantir a lisura e a eficiência do procedimento, em 2011 foi descoberto que alguns licitantes passaram a fazer uso de programas de computador não autorizados – os chamados “robôs eletrônicos” – que, por meio da inserção da senha do licitante no “Comprasnet”, invadiam o ambiente virtual onde estava ocorrendo a licitação de interesse do usuário do programa e capturavam os lances que eram dados pelas outras empresas. Assim, em milésimos de segundos, o “robô” enviava um novo lance de valor inferior e em tempo menor do que a resposta que era enviada pelo “Comprasnet” aos computadores daqueles licitantes que não utilizavam um programa semelhante, fazendo com que o usuário do programa permanecesse sempre em primeiro lugar com o melhor preço³⁰, em absoluta afronta à competitividade e à igualdade de oportunidades que devem reger as compras públicas.

²⁹ Trata-se de uma das funcionalidades do portal virtual de compras governamentais conhecido como “Comprasnet” (www.comprasgovernamentais.gov.br).

³⁰ Segundo informação dada por um revendedor de programas espíões para licitações, a probabilidade de um licitante usuário do programa vencer o certame é de 95%. Ver VAZ (2011).

Neste caso, a resposta do governo para enfrentar esse tipo de corrupção engendrado por meio do uso da tecnologia contra a própria tecnologia foi calibrar o sistema de pregão eletrônico do ambiente “Comprasnet” para que o intervalo entre os lances enviados por um mesmo licitante não pudesse ser inferior a vinte segundos, sendo automaticamente descartados todos os lances feitos abaixo desse tempo mínimo³¹.

A economia globalizada, por sua vez, transformou a corrupção em um problema que desconsidera as fronteiras territoriais. O aumento do volume de transações comerciais lícitas e ilícitas através de mercados internacionais que se inter cruzam e a possibilidade de movimentação fluída e intensa de recursos financeiros por meio de um sistema bancário mundial que se comunica ininterruptamente através da *internet* permitem que a prática de atos corruptos se torne ainda mais complexa e organizada em razão da sua ocorrência em contextos transnacionais. Isso ocasiona uma interdependência dos países no que tange às medidas adotadas por cada um deles para reprimir a corrupção em seus territórios, não bastando que apenas uns desenvolvam sistemas anticorrupção bem estruturados, ao passo que outros mantenham mecanismos frágeis e frouxos de controle da corrupção.

Talvez um dos casos que melhor demonstre a importância dessa inter-relação global e institucional contra o *modus operandi* da conexão entre corrupção organizada e economia globalizada seja a situação ocorrida em 1995 nas Ilhas Seychelles, arquipélago africano que possui características de um “paraíso fiscal”³². Naquele ano, o referido país aprovou uma norma denominada “Lei de Desenvolvimento Econômico” (*EDA – Economic Development Act*), que assegurava a todo estrangeiro que investisse ao menos dez milhões de dólares naquele país garantias de imunidade penal, tais como a proibição de extradição e de apreensão de seus bens, caso o investidor fosse suspeito de envolvimento em atos criminosos praticados fora das Ilhas Seychelles, além de não ser feito nenhum controle a respeito da origem do dinheiro investido.

³¹ Tal regulamentação se deu por meio da Instrução Normativa nº 03, de 16 de dezembro de 2011, emitida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

³² As Ilhas Seychelles constam da lista de “paraísos fiscais” emitida Secretaria da Receita Federal do Brasil (Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010), assim considerados aqueles países que não tributem a renda ou que a tributem à alíquota inferior a vinte por cento ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

Embora tal arquipélago seja um país de baixa expressividade econômica no cenário internacional, ocupe uma área territorial inferior a um terço do Município de São Paulo e tenha uma população com menos de cem mil habitantes, a promulgação do *EDA* pelas Ilhas Seychelles gerou uma intensa mobilização de outros países, incluindo os EUA e o Reino Unido, e de diversas organizações internacionais, como a Interpol e a OCDE, para que o país africano suspendesse ou revogasse a referida lei, haja vista que a sua entrada em vigor serviria como um poderoso instrumento de ocultação de recursos financeiros obtidos de forma ilícita em outros países, inclusive por corrupção, o que tornaria as Ilhas Seychelles um porto seguro para a entrada de dinheiro sujo, transformando-a, assim, em um grande e eficiente antagonista da rede anticorrupção implantada no restante do mundo.

Como a suspensão da referida lei não veio de imediato, diversas sanções econômicas e operacionais foram impostas ao arquipélago africano, tais como o rastreamento e investigação de todas as transações financeiras que passassem pelas Ilhas Seychelles, restrições estas que somente foram retiradas a partir do ano 2000, quando o país, enfim, revogou o *EDA*, sem que ele sequer houvesse entrado em vigor³³.

Esse caso das Ilhas Seychelles – e, por consequência, a abertura financeira para ativos ilícitos a que o referido país visou por meio do *EDA* – é emblemático para atestar como ações anticorrupção globais ou locais – por melhor que tenham sido implementadas – podem ser afetadas quando atores e elementos econômicos são empregados como mecanismos de estímulo ou desincentivo à prática da corrupção e dos ilícitos que orbitam em torno dela. Segundo Leopoldo Pagotto (2013, p. 23), o que se observa é um cenário típico da teoria dos jogos, haja vista que “as autoridades envolvidas no combate à corrupção em um país devem indagar o que as autoridades de outros países farão diante uma ação ou omissão sua”.

Por fim, é importante assinalar que no atual contexto sistêmico de economia globalizada, a corrupção ganha contornos de gravidade e nocividade mais severos por compor, muitas vezes, um quadro infracional complexo no qual são agregadas

³³ Os EUA, por exemplo, somente retiraram as restrições às operações financeiras realizadas nas Ilhas Seychelles em 2003, por meio de um comunicado do Departamento do Tesouro às instituições bancárias norte-americanas. Ver UNITED STATES DEPARTMENT OF THE TREASURY (2003).

duas figuras delitivas cujo combustível operacional são bens de origem ilícita: a lavagem de dinheiro e as organizações criminosas.

Pela primeira, ocorre o conhecido processo de transformação de ativos oriundos de atividades criminosas, dentre elas a corrupção, em recursos com aparência de origem legítima. Em um sistema econômico mundialmente interconectado e operacionalmente autônomo, globalizar o capital ilícito por meio do seu ingresso e pulverização em tal teia eletrônica de operações financeiras constitui um mecanismo de reciclagem altamente eficiente em termos de velocidade de transações e de dificuldades de rastreamento. Como já asseverava Manuel Castells (2013, p. 569), “a lavagem de dinheiro de negócios criminosos diversos flui para esta mãe de toda a acumulação que é a rede financeira global”.

Quanto às organizações criminosas, além da relação siamesa que possuem com a lavagem de dinheiro, posto ser esta a principal forma de manter a continuidade dos negócios criminosos (MENDRONI, 2013, p. 25), a corrupção constitui para elas um instrumento delitivo de dupla utilidade, pois serve tanto como um delito-fim, quando o resultado almejado é o próprio dano que o ato de corrupção causa à coisa pública (a exemplo da assinatura de um contrato público resultante de uma licitação fraudada), quanto como um delito-meio, quando o resultado esperado pela organização criminosa é a garantia de imunidade que ela precisa para continuar com suas atividades ilícitas (a exemplo do suborno pago a policiais para que deixem de revistar veículos que transportam contrabando). A corrupção constitui assim, segundo Winfried Hassemer (2007, p. 147), “aquilo que dá à criminalidade organizada a sua nova qualidade”, haja vista que esta “mira a esfera, a qual, com efeito, deveria combatê-la”.

Destarte, o que se buscou assinalar neste tópico é que os progressos alcançados no âmbito da economia globalizada e da ciência avançada – para além dos riscos específicos de cada um deles, conforme indicado nos itens 1.1.1 e 1.1.2 acima – também podem servir de móvel para a prática de uma forma de corrupção que é organizada e executada valendo-se do ferramental financeiro e tecnológico construído na modernidade, o qual está na base do funcionamento de praticamente todas as interações sociais atuais. A incorporação e a adaptação da corrupção a tais inovações resultam na expansão da sua dimensão espacial, na medida em que os fluxos financeiros não obedecem mais fronteiras territoriais, e na maior complexidade da sua dimensão operativa, haja vista que a própria tecnologia passa

a ser empregada por corruptos e corruptores para burlar as medidas tecnológicas implementadas pelo Estado para coibir a corrupção.

Este risco da corrupção integrada à economia e à ciência adquire proporções ainda maiores de potencial lesividade e de incerteza acerca do futuro quando os atores que operam o esquema corruptor neste cenário econômico e tecnológico são sociedades empresárias com enorme valor de mercado, dotadas de grande força produtiva e financeira e com penetração relevante na economia e na política dos diversos países onde atuam: as chamadas “corporações transnacionais”.

1.3.3 Envolvimento de corporações transnacionais em atos de corrupção

O último fator a ser analisado que eleva a corrupção ao patamar de risco da modernização é a crescente identificação, sobretudo nos últimos quinze anos³⁴, do envolvimento de corporações transnacionais em esquemas de corrupção que movimentam cifras bilionárias, que são muitas vezes executados simultaneamente em múltiplos países e nos quais tais empresas ocupam o posto de corruptores, e não de vítimas corrompidas.

As corporações transnacionais³⁵, empresas mercantis sob controle privado ou público, representam um dos maiores ícones da globalização econômica e isso se deve em razão de serem o principal agente das chamadas “cadeias globais de valor”, fenômeno de dispersão dos elementos constitutivos e dos mecanismos operativos do processo de produção de bens e serviços entre diversos países, sob sistemas legais diferentes e por meio de várias empresas afiliadas instaladas, geralmente, em locais onde os custos do processo produtivo sejam mais reduzidos. Segundo o Relatório de Investimento Mundial 2013 da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2013, p. 140, 163), tais

³⁴ O período de quinze anos aqui indicado não é aleatório, e sim está diretamente relacionado com a entrada em vigor, na data de 15 de fevereiro de 1999, de um dos mais importantes e influentes diplomas normativos que integram o direito internacional anticorrupção: a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

³⁵ Embora, por vezes, se encontrem referências a estas corporações como sendo “multinacionais”, expressão em desuso por denotar a ideia de a empresa pertencer a mais de um país, neste trabalho será empregada o vocábulo “transnacional” por ser este o termo utilizado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento em seus documentos e relatórios oficiais.

cadeias globais de valor respondem por 60% do total de valores negociados no comércio mundial, o que equivale a mais de 20 trilhões de dólares, sendo que 80% desse montante corresponde a atividades comerciais realizadas por meio de corporações transnacionais, ou seja, quase 19 trilhões de dólares. Manuel Castells (2013, p. 233), embora preferindo a expressão “empresa em rede”, assim caracteriza tais organizações empresárias:

(...) são aquelas capazes de gerar conhecimentos e processar informações com eficiência; adaptar-se à geometria variável da economia globalizada; ser flexível o suficiente para transformar seus meios tão rapidamente quanto mudam os objetivos sob o impacto da rápida transformação cultural, tecnológica e institucional; e inovar, já que a inovação torna-se a principal arma competitiva.

Números como estes e o fato de muitas destas empresas possuírem valor de mercado superior ao Produto Interno Bruto de alguns países onde elas atuam apontam para o enorme poder econômico que as corporações transnacionais exercem no desempenho das economias mundial e locais, influenciado, até mesmo, a governança dos países onde eventualmente se encontra instalada alguma filial integrante da cadeia de produção. A já mencionada crise financeira de 2008 foi uma prova cabal da forte influência sistêmica de tais corporações nas políticas econômicas dos Estados, haja vista a intensidade dos danos financeiros provocados pelo colapso de sociedades empresárias como a Lehman Brothers e a AIG em diversos países, o que levou muitos destes – a começar pelos EUA – a lançarem bilionários pacotes de resgate financeiro – subsidiados com dinheiro público – para socorrer aquelas corporações, as quais eram consideradas muito grandes para quebrar (*too big to fail*)³⁶.

Antonio Madrid (2013, p. 203) assinala que esse poder das corporações transnacionais é sistêmico, transcendendo, assim, a esfera meramente econômica, o que se deve a quatro elementos: (i) a posição estratégica que elas ocupam na orientação do campo científico-tecnológico; (ii) a grande capacidade de criação e divulgação de conteúdos culturais; (iii) a capacidade de atuação em nível mundial, sobretudo as que executam atividades financeiras; e (iv) a hibridação com as

³⁶ Cumpre registrar que a crise de 2008 levou o grupo composto pelas vinte maiores economias do mundo (G-20) a instituir em 2009 o Comitê de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board – FSB*), destinado a monitorar e a fazer recomendações a respeito do sistema financeiro mundial, em especial quanto à atuação das chamadas “instituições financeiras sistemicamente importantes” (*Systemically Important Financial Institution – SIFI*).

atividades e estruturas estatais, tal como sucede em alguns países quanto às políticas militares do Estado.

Essa combinação entre poder empresarial, capacidade financeira, interesses econômicos e imiscuição intraestatal fazem com que as corporações transnacionais potencialmente desempenhem nas sociedades contemporâneas um perigoso papel de fomentadoras da corrupção.

Um estudo realizado por Laurence Cockcroft (2012, p. 132), um dos fundadores da organização não-governamental “Transparência Internacional”, apontou quais são os quatro tipos de comportamentos corporativos que indicam as áreas nas quais tais empresas desempenham ativamente a função de corruptoras.

O primeiro comportamento é o “desenvolvimento de mercado”, que consiste no pagamento de propinas a agentes públicos e privados que atuam em determinados setores economicamente relevantes, como construção civil e geração de energia, com o fim de garantir a celebração de grandes contratos ou de viabilizar a execução destes. Trata-se do objetivo comumente mais visado por sociedades empresárias que atuam como corruptoras, sendo uma das formas mais corriqueiras de corrupção de agentes públicos por grandes empresas no Brasil³⁷. No cenário internacional, o exemplo mais notório desse tipo de comportamento corruptor foi o da alemã Siemens, alvo de uma grande operação policial na Alemanha em 2006 e por meio da qual se descobriu um enorme esquema internacional de corrupção conduzido pela referida empresa para assinar contratos públicos em vinte países, tendo custado aos cofres da transnacional uma quantia de cerca de 1,5 bilhão de dólares em gastos com suborno e propina.

O segundo âmbito corporativo que suscita a corrupção se observa quando os interesses financeiros da gerência ou do conselho da empresa se separam daqueles dos acionistas (COCKCROFT, 2012, p. 135). O escândalo envolvendo a falência da companhia norte-americana Enron Corporation em 2001 ilustra bem essa hipótese, haja vista que a sobreposição de interesses privados dos membros diretores da empresa aos interesses dos seus acionistas durante anos resultou em

³⁷ O caso investigado pela Controladoria-Geral da União e pelo Departamento de Polícia Federal em 2010 envolvendo a empresa Delta Construções S/A se enquadra com perfeição nessa modalidade de comportamento corporativo, haja vista que foi descoberto que a referida empresa – que era, à época, o ente privado que mais recebia recursos públicos federais – efetuava constantemente o pagamento de propinas a determinados servidores públicos de uma unidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, a fim de que estes atestassem a regularidade das obras de construção e manutenção de rodovias que aquela executava. Ver CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU conclui processo e declara Delta inidônea.

uma série de fraudes contábeis e financeiras, subsidiadas por relatórios de auditorias internas e externas manipulados, que serviu para esconder uma dívida de aproximadamente 25 bilhões de dólares. Além do caso Enron, não se pode olvidar que a ruptura da cadeia de negócios envolvendo os derivativos financeiros denominados CDOs (*collateralized debt obligations*)³⁸ – epicentro da crise de 2008 – tem a sua causa principal nessa quebra de confiança entre diretores/corretores e acionistas/investidores, posto que os primeiros muitas vezes comercializavam tais derivativos conscientes de serem títulos “tóxicos”, sem, contudo, avisar os segundos acerca do alto risco de iliquidez que estavam enfrentando.

O terceiro comportamento corporativo apontado por Cockcroft (2012, p. 137) consiste no uso de preços de transferência para bens negociados internacionalmente, mecanismos através dos quais operações comerciais ou financeiras são realizadas a preços subvalorizados pela empresa vendedora quando faturadas a uma empresa compradora relacionada com a primeira e situada em um país importador ou um paraíso fiscal, operações estas geralmente feitas entre subsidiárias da mesma corporação transnacional. O resultado disso é a transferência de bens a valores formalmente abaixo do preço de mercado com o objetivo de esconder o real lucro obtido na negociação e, por consequência, reduzir ao máximo a incidência de impostos sobre ele.

A quarta e última rota indicada por Cockcroft (2012, p. 138) por meio da qual as grandes corporações empresariais podem incitar a corrupção é a legitimação de mercadorias cuja comercialização é ilegal ou controlada, a exemplo da madeira extraída de certas localidades, de determinados tipos de minerais ou gemas e de produtos que precisam passar por processos específicos de vistoria e autorização.

Embora tal lista de posturas corporativas abarque uma grande amplitude de situações em que as empresas transnacionais possam atuar como corruptoras, não se pode incorrer na errônea generalização de que a prática de corrupção faz parte inexoravelmente do *business* de toda sociedade empresária dessa magnitude ou mesmo de porte menor. O que importa sublinhar é que as corporações transnacionais, como instituições dotadas de grande poder econômico e penetrante influência sistêmica na atualidade, necessariamente terão que lidar com a corrupção como um elevado fator de risco nos negócios globais que vier a encampar.

³⁸ Ver o item 1.1.2 deste capítulo.

Por fim, é preciso deixar consignado que os quatro elementos acima listados como pilares do poder das corporações transnacionais – posição estratégica no âmbito científico-tecnológico, capacidade de formação de conteúdos culturais, capacidade operacional e financeira em nível mundial e interpenetração com o Estado – também funcionam para potencializar exponencialmente os danos e os perigos decorrentes de atos corruptores que eventualmente venham a ser praticados por organizações empresariais desse porte, o que fortalece a identificação da corrupção como um risco da modernização.

Em síntese, a corrupção assume na sociedade contemporânea esse *status* de risco, impulsionada pelos elementos e pelos atributos da economia globalizada e da ciência avançada, com as quais ela se integra, e onde as pessoas jurídicas – sobretudo as sociedades empresárias – exercem um papel de destaque na condição de fomentadoras da corrupção, sobretudo atuando como corruptoras diretas junto a agentes públicos e atores políticos por meio do suborno ou captura destes, passando, assim, a assumirem eminentemente o polo ativo da relação de corrupção, ao invés de meras vítimas deste ato.

2 O CONTROLE DA CORRUPÇÃO POR MEIO DO DIREITO

2.1 Iniciativas Internacionais de Combate à Corrupção

Como um risco da modernização, a corrupção organizada, que, a depender das circunstâncias, pode disseminar os seus efeitos danosos em uma escala transnacional, constitui um problema sistêmico e global perante o qual o direito – na condição de um dos principais instrumentos de controle social – precisa oferecer uma resposta que efetivamente reestabeleça a segurança, a ordem e a justiça das sociedades por ela atingidas, a fim de que as atividades e condutas praticadas pelos atores sociais que as integram sejam canalizadas para um viés anticorrupção e estejam pautadas por normas jurídicas aptas a exercer a prevenção de riscos que delas se espera. Como afirma Beck (2011, p. 62), à evidência de um perigo, o direito precisa ajustar as suas velas na direção em que sopra o vento.

A sensibilização da comunidade internacional acerca da corrupção ocorreu durante a década de 90 do século passado, quando teve início a promulgação de uma série de convenções multilaterais voltadas especificamente para o tema da corrupção.

Algumas delas foram firmadas em um contexto regionalizado, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, firmada em Caracas, Venezuela, em 29 de março de 1996³⁹, a Convenção Relativa à Luta contra a Corrupção em Que Estejam Implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, assinada em Bruxelas em 26 de Maio de 1997, e a Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção, estabelecida em 11 de julho de 2003, em Maputo, Moçambique.

Outras, por sua vez, foram discutidas e firmadas em âmbito global, com destaque para a Convenção da OCDE sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, assinada em 17 de dezembro de 1997 em Paris⁴⁰, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), firmada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida,

³⁹ A Convenção de Caracas foi a primeira convenção multilateral a tratar do tema da corrupção e ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Presidencial nº 4.410/2002, que a promulgou.

⁴⁰ Embora o Brasil não seja membro da OCDE, o país adotou a referida Convenção, a qual foi promulgada aqui por meio do Decreto Presidencial nº 3.678/2000.

México⁴¹, o mais abrangente e detalhado de todos os diplomas internacionais de combate à corrupção.

Em razão do alcance global das duas últimas convenções e por serem as que mais influenciaram a edição de leis específicas contra a corrupção por parte dos Estados que aderiram a elas, inclusive quanto ao Brasil, passa-se a um exame mais detido de cada uma.

2.1.1 Convenção da OCDE sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

A Convenção da OCDE sobre Suborno Transnacional, como ela é geralmente conhecida, foi a primeira a que o Brasil aderiu, o que ocorreu no ano 2000, haja vista que a Convenção Interamericana, apesar de ser de 1996, só ter sido promulgada pelo governo brasileiro em 2002.

Diferentemente dos demais instrumentos internacionais anticorrupção, os quais têm, em geral, um escopo temático bem abrangente, a referida Convenção da OCDE é voltada especificamente para o combate a um determinado tipo de ilícito: a corrupção de funcionário público estrangeiro, também chamada de “suborno transnacional”, entendida, segundo o artigo 1, item 1 da Convenção, como o oferecimento, a promessa ou a entrega, de forma direta ou por terceiros, de qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza a um funcionário público estrangeiro, a fim de que este, em razão de uma ação ou omissão no exercício de suas funções, realize ou dificulte transações ou obtenha outra vantagem ilícita na condução de negócios no país estrangeiro.

O instrumento convencional é explícito ao prescrever que a pessoa que cometa tal modalidade de corrupção, assim como aquela que a incite, auxilie ou encoraje, deverão ser responsabilizadas no âmbito criminal com sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, sem prejuízo de eventuais punições de natureza civil ou administrativa adicionais, além da adoção das medidas necessárias à retenção e ao confisco de bens correspondentes ao valor do produto da corrupção e, até mesmo, para garantir a extradição da pessoa corruptora.

⁴¹ A UNCAC passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro através da sua promulgação pelo Decreto Presidencial nº 5.687/2006.

No que tange às pessoas jurídicas, o acordo multilateral em questão sinaliza uma preferência para que elas sejam responsabilizadas criminalmente, ressaltando, contudo, em razão de muitos países não admitirem a punição de pessoas jurídicas no âmbito penal, que tal responsabilização deve se dar de acordo com os princípios jurídicos de cada Estado, sendo que, na hipótese de sanções não-criminais, estas deverão ser igualmente efetivas e dissuasivas, inclusive as de caráter financeiro.

A Convenção da OCDE sobre Suborno Transnacional estabelece, por fim, algumas diretrizes e obrigações relacionadas ao estabelecimento de normas locais a respeito do controle e manutenção de livros e registros contábeis, sistemas de auditoria, contas e declarações financeiras, à assistência jurídica recíproca, inclusive para fins de extradição, e à criação de um grupo de trabalho destinado a periodicamente monitorar e promover a implementação da Convenção pelos Estados que aderiram a ela.

O Brasil foi avaliado pelo referido grupo de trabalho em um processo de monitoramento composto por três fases, sendo que, após as duas primeiras etapas – realizadas em 2004 e 2007 – não houve nenhuma ressalva ou objeção mais grave por parte dos avaliadores da OCDE, os quais se restringiram a fazer algumas recomendações pontuais a respeito de aperfeiçoamento da legislação e de adoção de políticas para assegurar a prevenção e detecção do suborno de funcionários públicos estrangeiros, assim como efetiva investigação, persecução e punição deste ato⁴². Contudo, críticas mais duras foram feitas com relação a uma aparente falta de pró-atividade da Polícia Federal e do Ministério Público Federal em iniciar investigações de potenciais casos de suborno estrangeiro (comentários à seção C.1.b do relatório da fase 2) e à ausência, à época, da implementação de mecanismos legais necessários à adequada responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros (comentários à seção C.3 do relatório da fase 2).

A 3ª Fase da Avaliação do Brasil na Convenção da OCDE contra Suborno Transnacional ocorreu em maio do corrente ano por uma equipe de examinadores composta por representantes da Colômbia e de Portugal, cujo relatório de avaliação ainda se encontra pendente de publicação.

⁴² Para uma consulta à íntegra dos relatórios de avaliação produzidos pela OCDE ao fim das fases 1 e 2, ver: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Avaliação.

De todo modo, vale ressaltar que a Convenção da OCDE sobre Suborno Transnacional desempenhou o importante papel de introduzir no Brasil o debate sobre a questão da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, sendo que o monitoramento periódico pelo grupo de trabalho de avaliação tem impulsionado o país a realizar ajustes e inovações institucionais e legislativas relacionadas ao combate do suborno transnacional, a exemplo da tipificação dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira em 2002 e da publicação da chamada “Lei Anticorrupção” (Lei nº 12.846) em 2013, situações estas que serão melhor analisadas adiante.

2.1.2 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)

Marcada pela sua abrangência global e completude temática, a Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção, ou simplesmente UNCAC (*United Nations Convention Against Corruption*), representa o ápice normativo do combate internacional à corrupção e é fruto de um evolutivo processo de regulamentação da cooperação multilateral em matéria de justiça criminal promovida pela Organização das Nações Unidas ao longo do século passado, iniciado em 1956 com as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, passando pela Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e chegando à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional de 2000.

Contudo, diferentemente desta última, cuja negociação dos termos foi demorada, sobretudo pela ausência de outros acordos multilaterais sobre o crime organizado, a UNCAC foi elaborada em um contexto onde outras convenções sobre corrupção já estavam em vigor, não obstante estas fossem restritas a determinadas regiões ou a subtemas específicos. De sorte que ela se tornou uma das convenções da ONU com o maior número de adesões pelos seus países membros, contando com a ratificação de 171 Estados-Parte até 02 de abril de 2014⁴³.

A base normativa da Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção está assentada em quatro pilares temáticos, sendo o primeiro deles um capítulo que elenca as medidas preventivas voltadas para a promoção da integridade, da

⁴³ Ver UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Signatories to the United Nations Convention Against Corruption.

transparência e da boa governança nos setores público e privado, onde constam diretrizes voltadas, por exemplo, para a carreira no serviço público, licitações e contratações públicas, gestão dos bens públicos, acesso a informações em poder do Estado, participação social e melhorias nas normas contábeis e de auditorias utilizadas no setor privado.

O segundo pilar da UNCAC é o capítulo destinado às recomendações para criação de determinados tipos penais relacionados à corrupção e de garantias para a efetiva aplicação das leis a eles relacionadas. Assim, a Convenção traz um rol de diversos atos de corrupção que os Estados-Parte precisarão se empenhar para a elaboração de medidas legislativas que os tipifiquem como crimes, a exemplo do suborno de funcionário público estrangeiro, tráfico de influências, enriquecimento ilícito, a lavagem do produto do delito e o suborno e peculato no setor privado. Além disso, há uma série de medidas jurídicas que orbitam tal processo de tipificação e que precisarão ser discutidas e implementadas com o fim de que tais tipos penais sejam efetivos, como a obstrução da justiça, a questão da participação ou tentativa, a prescrição, a proteção de testemunhas, peritos, vítimas e denunciantes, a cooperação entre órgãos nacionais. É neste capítulo da UNCAC, em seu artigo 26, onde consta imposição expressa aos Estados-Parte para que estabeleçam a responsabilidade penal, civil ou administrativa de pessoas jurídicas por sua participação nos atos de corrupção definidos na Convenção, ressaltando ainda que a responsabilização daquelas não afasta a responsabilidade penal das pessoas físicas envolvidas.

O terceiro eixo normativo desta Convenção da ONU consiste numa sequência de disposições a respeito da cooperação internacional em casos de atos de corrupção, abarcando normas relacionadas à extradição, ao traslado de pessoas condenadas a cumprir uma pena, à assistência judicial recíproca, cumprimento da lei e investigações conjuntas.

E, por fim, o quarto grande pilar temático da UNCAC é o capítulo dedicado à recuperação de ativos resultantes de atos de corrupção, assunto este ao qual os Estados-Parte deverão prestar a mais ampla cooperação e assistência. Como medidas voltadas à adequada recuperação desses ativos, são destacadas a prevenção e detecção de transferências de produtos de delito, a recuperação direta de bens, a cooperação internacional para fins de confisco e o estabelecimento de unidades de inteligência financeira encarregadas de receber, analisar e cientificar as

autoridades competentes informações relacionadas a transações financeiras suspeitas.

Segundo Matti Joutsen (2011, p. 306), a UNCAC influenciou o aperfeiçoamento da cooperação internacional para o combate à corrupção quanto a, pelo menos, três aspectos: primeiro, por ser uma convenção global, ela expandiu consideravelmente o escopo geográfico de cooperação; segundo, forneceu definições comuns acerca de determinados ilícitos-chave e exigiu que os Estados-Parte os criminalizassem internamente; e, por fim, padronizou o desenvolvimento de formas processuais de cooperação.

Todavia, em que pese o tema da cooperação internacional ser bem delineado na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, o que mais chama atenção no referido acordo multilateral é o destaque que é dado à necessidade de se criminalizar os atos de corrupção ali descritos e de se punir criminalmente todos os que deles participem, inclusive as pessoas jurídicas, ou seja, de se buscar por meio do Direito Penal a resposta idealmente efetiva e adequada para combater tais ilícitos. Cumpre fazer a ressalva de que essa índole criminalizadora dos atos de corrupção identificada na UNCAC não é uma exclusividade normativa sua, haja vista que tanto a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, quanto a Convenção da OCDE sobre Suborno Transnacional igualmente lançam mão de cláusulas que impõem aos Estados signatários a edição de leis penais voltadas à repressão da corrupção e recomendam que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas criminalmente pela participação em ilícitos dessa natureza.

O resultado dessa diretriz das convenções internacionais contra a corrupção quanto à opção preferencial – quando não uma cláusula impositiva – pelo Direito Penal irá impactar a produção legislativa criminal dos Estados que aderem a elas, ocasionando a entrada em vigor de uma série de leis penais voltadas ao tema da corrupção, as quais, contudo, terão muitas vezes questionada a sua efetividade real para proteger os bens jurídicos por elas tutelados, aparentando, assim, serem leis penais de caráter essencialmente simbólico.

2.2 O Uso do Direito Penal como Resposta à Corrupção

Desde o início da sua história, a sociedade brasileira sempre conviveu com a presença e a prática da corrupção na esfera pública. Da falta de controle político e jurídico sobre os atos dos donatários das capitanias hereditárias quanto à exploração das riquezas naturais no Brasil Colônia, passando pela distribuição de títulos nobiliárquicos pela Corte Portuguesa como forma de bajulação da elite local brasileira no fim do período colonial, prosseguindo, durante a fase imperial, com as pressões políticas impostas pelos senhores de engenho e cafeicultores escravocratas e a edição de leis de fachada (as “leis para inglês ver”), chegando às contínuas fraudes eleitorais que marcaram a República Velha e culminando com a traumática oscilação das instituições republicanas e democráticas que marcou o Brasil durante quase todo o século passado, os efeitos deletérios resultantes da convalidação ilegítima da coisa pública em coisa privada (corrupção econômica) e da decadência institucional promovida por maus governos (corrupção política) deixou sequelas graves no sistema social brasileiro.

Esse emprego da forma jurídico-legal como um álibi para dar aparência de legitimidade formal a um *status quo* – que historicamente tem sido um dos principais vetores da corrupção no Brasil – está relacionado ao conflito que se verifica nos países latino-americanos em geral entre o direito formalmente posto e as pautas de comportamento paralelas observadas pelos membros daquelas sociedades.

Mauricio Villegas e César Rodríguez (2003, p. 23) apontam que a caracterização do direito na América Latina é determinada por três fatores cujas raízes estão deitadas no sistema colonial que fundou os países latino-americanos: a pluralidade jurídica, entendida como a existência múltipla, concomitante e, muitas vezes, conflituosa de vários campos jurídicos no mesmo espaço e tempo; a ineficácia instrumental, que estaria relacionada à disparidade entre o que está estabelecido pelo direito e o que é praticado pelos atores do campo jurídico e da cidadania em geral; e, por fim, o autoritarismo, compreendido como o emprego constante da força e de medidas autocráticas por parte daqueles que são responsáveis por criar e aplicar o direito. Os referidos autores colombianos assim explicam essa desarticulação entre instituições político-jurídicas e realidades sociais.

A primazia do político – espaço da cidadania – coexiste, deste modo, com sua dependência em relação a outros espaços. Sob estas condições, a forma de poder do Estado, isto é, a dominação, se exerce na prática em complexas combinações com outras formas de poder características de

outros espaços estruturais, o que confere um grande particularismo à atuação do Estado (clientelismo, nepotismo, corrupção, etc.). Por esta razão, os Estados latino-americanos carecem da hegemonia política necessária para evitar o recurso a medidas autoritárias. Os sistemas políticos dificilmente servem de conectores entre interesses sociais e instituições políticas, o que converte o debate político em confronto desarraigado socialmente e os grandes interesses econômicos em agentes diretos e determinantes do funcionamento estatal. (2003, p. 39-40).

A derrocada do regime autoritário no final da década de 70 do século XX, os processos de redemocratização e de refundação do Estado brasileiro que se iniciaram ali e a promulgação de uma nova carta constitucional permeada de valores republicanos em 1988 sugeriram que um novo e revigorado fôlego de probidade e decoro iria passar a reger a atuação dos órgãos estatais e seus agentes públicos e as relações entre estes e o setor privado.

Tal expectativa de mudança veio certificada pelo próprio texto constitucional de 1988 por meio de disposições como as contidas no artigo 37, *caput* e § 4º, onde consta, respectivamente, o elenco dos princípios reitores da Administração Pública e a punição dos atos de improbidade administrativa, e aquelas anunciadas nos artigos 14, § 9º, e 85, V, que preveem, respectivamente, que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade para proteger a probidade administrativa e que atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração configuram crime de responsabilidade, sem olvidar da previsão expressa do dever de prestar contas imposto a toda pessoa física ou jurídica que, de alguma forma, lide com bens, dinheiros ou valores públicos (artigo 70, § 1º).

Assim, lastreado por dispositivos constitucionais como os citados acima e impulsionado por acordos multilaterais como a Convenção da OCDE contra o Suborno Transnacional e a UNCAC, o sistema jurídico brasileiro passou por um significativo processo de incremento e aperfeiçoamento do seu ferramental legal de combate à corrupção, sobretudo o acervo normativo penal. Por meio de um intenso processo de positivação que se estende até os dias atuais, o emprego do discurso político-valorativo criminal de contenção da corrupção como um risco da modernização tem servido de mote para a edição de várias leis penais eivadas de um manifesto sentido normativo-jurídico anticorrupção, as quais, contudo, enfrentam desafios dogmáticos que colocam em cheque a sua utilidade e credibilidade sociais.

2.2.1 Panorama da legislação penal brasileira contra a corrupção

A produção de normas anticorrupção com caráter penal é uma constante na atividade legiferante brasileira, o que se observa desde os diversos artigos sobre o tema no Código Penal, passando por disposições penais em leis que tratam de assuntos eminentemente não-criminais (como os artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666/1993) e chegando a diplomas normativos específicos que integram a legislação penal extravagante. A forma como é executada essa tendência de legislar criminalmente a respeito da corrupção ora se dá por meio de um recrudescimento da pena aplicável a condutas já ali tipificadas como crime, como, por exemplo, quando a Lei nº 10.763, de 12/11/2003, agravou a pena para o crime de corrupção passiva de um a oito anos de reclusão para dois a doze anos de reclusão (artigo 317), ora ocorre por meio da criação de novos tipos penais, como a engendrada pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000, que tipificou criminalmente a conduta de inserção de dados falsos em sistema de informações da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida (artigo 313-A).

Contudo, uma observação prévia da mais alta relevância precisa ser consignada antes de se passar em revista o eixo normativo penal brasileiro anticorrupção: a atual impossibilidade, no Brasil, de se responsabilizar criminalmente pessoas jurídicas por corrupção. O fundamento dessa proibição é a interpretação que se faz, *a contrario sensu*, dos dois dispositivos constitucionais que previram expressamente situações em que pessoas jurídicas poderão responder por crimes: o artigo 173, § 5º, em casos de atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, e o artigo 225, § 3º, em casos de ilícitos contra o meio ambiente. De sorte que essas duas exceções constitucionais confirmam a regra do próprio Texto Magno quanto à pessoalidade da pena, prevista no artigo 5º, XLV (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”), no sentido de que a sanção penal recaia tão-somente sobre os autores materiais do crime, ou seja, as pessoas físicas autoras ou partícipes.

Na base desse impedimento jurídico firmado no direito brasileiro está a antiga discussão a respeito da possibilidade de uma pessoa jurídica cometer um crime, algo que ainda hoje está distante de um consenso entre os penalistas de todo mundo, os quais, em geral, antagonizam seus argumentos em torno dos polos a respeito da natureza da pessoa jurídica, ou seja, se seria ela uma ficção ou uma

realidade⁴⁴. A questão é bastante controversa não só em termos dogmáticos, como também no campo político, haja vista que a adoção da responsabilização penal de pessoas jurídicas é matéria afeta à política criminal desenvolvida por cada país, não obstante se observar hoje uma preponderância de ordenamentos jurídicos nacionais que a incorporaram⁴⁵.

O Brasil historicamente não vem admitindo que pessoas jurídicas sejam responsabilizadas criminalmente, contudo o projeto de lei que estabelece a reforma do Código Penal brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012) prevê em seu artigo 41 a possibilidade de tal responsabilização, inclusive por crimes contra a administração pública, sendo que em seu artigo 42 consta o rol de penas aplicáveis à pessoa jurídica, dentre elas várias formas de restrição de direitos.

Seja como for, todo esse polêmico debate travado na dogmática penal e no campo político-legislativo acerca da ampla responsabilização criminal de pessoas jurídicas ocorre em paralelo ao fato de atualmente não ser possível que tais entes sofram sanções criminais em decorrência de atos de corrupção, haja vista as mencionadas travas constitucionais hoje existentes, as quais poderão ser utilizadas até mesmo como parâmetros de controle de constitucionalidade em eventuais ações interpostas contra os citados futuros dispositivos do Código Penal a ser reformado.

Feito esse esclarecimento, cumpre destacar que o eixo de normas penais brasileiras voltadas para o combate à corrupção é constituído essencialmente por quatro leis principais, ressaltando, mais uma vez, que todas elas se voltam apenas para a responsabilização subjetiva de pessoas físicas. A primeira delas é o próprio Código Penal, cujo Título XI é totalmente destinado a crimes praticados contra a Administração Pública, grande parte deles afetos diretamente à corrupção, tais como o peculato (artigo 312), o emprego irregular de verbas públicas (artigo 315), concussão (artigo 316), corrupção passiva (artigo 317), prevaricação (artigo 319), advocacia administrativa (artigo 321) e a corrupção ativa (artigo 333), com destaque para os artigos 337-B a 337-D, que tratam dos crimes praticados por particulares contra a Administração Pública estrangeira e que foram incluídos em 2002 no

⁴⁴ Para uma leitura aprofundada a respeito dessa discussão, ver PRADO; DOTTI (2011).

⁴⁵ Exemplos de países que ainda permanecem não aceitando a responsabilização penal de pessoas jurídicas, além do Brasil, são a Alemanha e a Itália. Contudo, o que se constata é um contínuo processo de inclusão legislativa dessa opção criminal, a exemplo do que aconteceu na Espanha em 2010, até uma importante referência na proibição de se responsabilizar criminalmente pessoas jurídicas, quando a inclusão do art. 31-bis em seu Código Penal passou a admitir tal possibilidade. Para um exame das legislações de diversos países sobre o tema, ver SHECAIRA (2011, p. 27).

Código Penal em cumprimento às obrigações firmadas pelo Brasil por meio da referida Convenção da OCDE sobre Suborno Transnacional.

Outra norma que prevê disposições penais contra corrupção é a Lei nº 8.666/1993, cujos artigos 89 a 99 tipificam uma série de atos envolvendo fraudes a licitações ou contratos administrativos, a exemplo do patrocínio de interesse privado perante a Administração visando a celebração de contrato (artigo 91) ou o afastamento de licitante mediante o oferecimento de vantagem de qualquer tipo (artigo 95). O problema dos crimes em tela é a alta ocorrência de prescrição por ocasião de sua aplicação, haja vista que as penas ali estipuladas pelo legislador foram muito baixas e todas apenas a título de detenção.

Por fim, as duas últimas leis de destaque no cenário penal anticorrupção são a Lei nº 9.613, de 03/03/1998, e a Lei nº 12.850, de 02/08/2013. A primeira representa o marco legal brasileiro de repressão à lavagem de dinheiro, entendido como ato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (artigo 1º), e passou por uma grande revisão em 2012 com a edição da Lei nº 12.683. Já a segunda constitui a nova regulamentação penal – tanto material, quanto processual – do fenômeno das organizações criminosas, a qual trouxe importantes inovações quanto aos meios de obtenção de provas em tais casos, em especial quanto ao regramento da colaboração premiada e da infiltração de agentes em tarefas de investigação. Ambas são leis resultantes dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil por meio das Convenções de Palermo (contra o crime organizado transnacional) e de Mérida (contra a corrupção) e, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, prevê penas mais severas para os crimes ali tipificados: reclusão de até dez anos para lavagem de dinheiro e reclusão de até oito anos por envolvimento com organizações criminosas, ambas passíveis de serem aumentadas em até dois terços.

Como se vê, o plexo normativo brasileiro destinado a reprimir criminalmente a corrupção é quantitativamente amplo em termos de hipóteses tipificadas, vem passando por constantes melhorias técnicas através de modificações legislativas e está materialmente em sintonia com a pauta temática dos mais recentes acordos multilaterais anticorrupção. Contudo, o fato de reiterados casos de corrupção serem investigados e revelados pelas instituições públicas competentes em contraposição ao baixo número de encarcerados que sofreram condenação por crimes ligados à

corrupção⁴⁶ e a constatação de que até 2007 não houve no Brasil sequer um processo penal ajuizado tratando de um caso de suborno transnacional⁴⁷ são indicadores de que tal complexo e vasto aparato de leis penais nessa matéria pode não estar cumprindo a contento a tarefa que lhe fora atribuída pelo legislador quanto a servir de instrumento de controle desse risco da modernização chamado “corrupção”.

2.2.2 A questão do direito penal de riscos

Como já pontuado no capítulo anterior, a sociedade contemporânea caminha na toada da descoberta e do enfrentamento dos riscos que o processo de modernização pós-industrial acarreta, sobretudo os decorrentes dos descobrimentos científicos e dos negócios da economia globalizada. Como destaca Ulrich Beck (2011, p. 73), na busca pelo aumento da produtividade e pelo avanço tecnológico, os riscos envolvidos sempre são deixados de lado em um primeiro momento e só posteriormente as ameaças relacionadas são eventualmente consideradas. Para evitar que estas se concretizem ou mesmo venham a adquirir percepção pública, formas de gerenciamento de riscos se tornam urgentes e necessárias, alçando a figura do gestor deste conflito entre defesa e contenção do risco como um ator destacado nas relações sociais públicas ou privadas. Esta é a essência do paradoxo do risco, que é muito bem explicado por Pierpaolo Bottini:

O modelo da sociedade de riscos tem por elemento básico estruturante a nova dimensão do risco e seu relacionamento paradoxal com os níveis de ordenação social, pois ao mesmo tempo em que se faz imprescindível para a atividade produtiva e, por isso, para todas as estruturas do sistema, apresenta-se como elemento desagregador e ameaçador para este mesmo sistema. Este fenômeno revela os motivos do tratamento ambíguo que os sistemas de controle social oferecem ao problema do risco. Ao mesmo tempo em que setores econômicos, políticos e sociais enaltecem e

⁴⁶ Segundo dados compilados pelo Ministério da Justiça acerca da população carcerária brasileira até dezembro de 2012, do total de 548.000 pessoas encarceradas, apenas 0,26% (1.479 encarcerados) estavam presos por crimes contra a Administração Pública e somente 0,22% (1.224 encarcerados) estavam presos por crimes praticados por particular contra a administração pública. Ver MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatórios estatísticos/analíticos do Sistema Prisional Brasileiro.

⁴⁷ A informação consta do item C do relatório de avaliação de implementação da Convenção da OCDE sobre suborno transnacional, referente à fase 2, aprovado pelo grupo de trabalho em 07/12/2007. Ver CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Avaliação. Em que pese tal dado estar compilado com relação ao ano de 2007, não se tem notícia de nenhum processo penal relacionado a suborno transnacional que tenha sido ao menos ajuizado até 2014, informação esta que o relatório de avaliação referente à fase 3 certamente confirmará quando da sua aprovação pela OCDE.

incentivam o desenvolvimento tecnológico acelerado e dinâmico, aplicam e aprimoram instrumentos para a redução da velocidade desse mesmo desenvolvimento, no sentido de reduzir os riscos a ele atrelados. (BOTTINI, 2013, p. 39).

Questões envolvendo riscos da modernização como a corrupção – mas também o meio ambiente, a biotecnologia e o sistema financeiro, por exemplo – fazem com que o direito penal, na condição de mais severo instrumento punitivo de um ordenamento jurídico, seja visto como a ferramenta adequada para ocupar o posto de gestor de risco por excelência na sociedade contemporânea. Nesse contexto, o direito penal passa a ser o repositório das expectativas sociais de que as ameaças oriundas de situações de risco estarão sob controle ou serão neutralizadas, surgindo daí uma inevitável expansão regulatória deste ramo do direito a novos âmbitos e a novas realidades sociais que reclamam pela promessa de segurança e estabilidade que o direito penal simbolicamente oferece em maior grau.

Esse fenômeno de convocação e direcionamento do aparato criminal – sobretudo dos tipos, sanções e processo penal – para o fim de refrear ou manter em certos limites comportamentos, atividades, ações ou omissões consideradas arriscadas ou perigosas fazem surgir aquilo que é conhecido atualmente como “direito penal de riscos”. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 68), trata-se de um direito penal orientado à prevenção, com o fim de inibir atividades e comportamentos potencialmente danosos antes da causação de um mal ao bem jurídico protegido, onde o desvalor do resultado suplanta o desvalor da ação e o prejuízo concreto cede lugar à probabilidade de afetação de bens e interesses, ou seja, a lesão é substituída pelo risco.

Bottini (2013, p. 72) aponta que essa nova roupagem do direito penal, costurada no seio do paradoxo do risco, traz consigo uma série de alterações e perturbações de natureza legislativa e dogmática que irão colocar em cheque a própria legitimidade e aplicabilidade do direito penal, sendo a primeira delas o aumento da edição de leis que criam novos tipos penais ou endurecem as penas para crimes já previstos, devendo muito disso ser creditado à tendência criminalizadora presente em acordos multilaterais como os examinados acima.

Outro aspecto de cariz legislativo é o recurso frequente, por parte do legislador, a normas penais em branco e a tipos penais indeterminados, onde se

verificará que o tipo fechado cederá espaço para dispositivos penais mais genéricos, o que “remete o preenchimento de seu conteúdo a outros contextos de regulamentação mais flexíveis” (BOTTINI, 2013, p. 73), cuja edição por outras instâncias normatizadoras – em geral, o Poder Executivo – praticamente se torna condição de aplicabilidade dos tipos abertos chancelados pelo Poder Legislativo. Igualmente ocorre uma utilização mais recorrente de tipos penais de perigo abstrato, os quais visam “a antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo”, gerando, assim, um “deslocamento do injusto do resultado para a conduta” (BOTTINI, 2013, p. 74).

Contudo, o professor da Universidade de São Paulo assinala que também no campo dogmático o chamado “direito penal de riscos” gera modificações relevantes, a começar pelo fortalecimento das teorias de imputação objetiva, segundo as quais a “ação penalmente relevante não é mais aquela que causa, no sentido naturalístico, um resultado danoso, mas aquela que cria um risco relevante e intolerável para o bem jurídico protegido” (BOTTINI, 2013, p. 75). Com relação a autoria e participação, a atuação de sociedades empresárias de estrutura organizacional complexa no processo de produção de riscos – a exemplo das já mencionadas corporações transnacionais – gera uma dificuldade de se identificar e isolar os atos e os agentes pessoas físicas específicos que incorreram no fato criador de determinado risco e, conseqüentemente, de delimitar o resultado danoso ou perigoso. E, por fim, inclusão da tutela de bens jurídicos difusos e supraindividuais sob a esfera penal importará no debate acerca da real utilidade da categoria dos bens jurídicos em um cenário onde o risco é a matéria prima do direito criminal, na medida em que este passa a proteger não “valores humanos específicos”, e sim “instituições sociais ou unidades funcionais de valor” (BOTTINI, 2013, p. 76).

Estes impactos legislativos e dogmáticos resultantes do direito penal de risco estão, em geral, bem delineados no âmbito da repressão criminal à corrupção. Além da já mencionada inflação de leis penais quanto ao tema no direito brasileiro, quando se examina, a título de ilustração, o mais clássico tipo penal sobre o assunto, a corrupção passiva⁴⁸, observa-se, por exemplo, a ocorrência do uso de um

⁴⁸ Código Penal, art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

conceito indeterminado que é nuclear para a compreensão acerca da caracterização ou não do ilícito: a vantagem indevida. Além disso, o bem jurídico tutelado por tal tipo penal – que, aliás, é o mesmo na maior parte dos crimes elencados no Título XI do Código Penal – é um ente abstrato que representa uma instituição social: a Administração Pública. Por fim, não é necessário para a configuração do delito de corrupção passiva nenhum dano ou lesão de ordem material, mas tão-somente a ocorrência de um comportamento que pode por em risco aquele bem jurídico cuja proteção é visada pelo tipo penal em comento: a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida por um funcionário público.

2.2.3 A crítica de Hassemer ao moderno direito penal

O uso do direito penal para fins de controle e gestão de riscos, com as características acima apontadas, e o debate acerca da sua legitimidade e adequação para lidar com tais problemas da modernização estão no centro da crítica que se faz a este moderno direito penal, a qual tem como um de seus expoentes o penalista alemão Winfried Hassemer.

Hassemer afirma que o direito penal moderno, ao se afastar das características definidoras do direito penal clássico, se tornou anacrônico e contraprodutivo (2003, p. 145). A concepção clássica atribui ao direito penal três atributos que definem as suas funções e fronteiras, a saber: a necessidade de uma lesão material e palpável a um bem jurídico, os limites à restrição da liberdade devem ser claros e absolutos e, por fim, a centralidade do indivíduo como alvo de proteção desse ramo do direito. De sorte o direito penal clássico constitui tanto um meio de violência quanto, concomitantemente, um instrumento de liberdade civil, devendo ser empregado apenas como o último meio (*ultima ratio*) para a solução de problemas sociais (2003, p. 147).

Por sua vez, o direito penal moderno, segundo Hassemer (2003, p. 148), se desprende desse trio de atributos clássicos e o substitui pelas seguintes características: o princípio da proteção de um bem jurídico se torna um critério positivo de criminalização, a prevenção se converte no paradigma penal dominante e a finalidade predominante do direito penal passa a ser orientado pelas consequências, e não mais pela retribuição do injusto. Esses traços do moderno

direito penal imprimem nas suas disposições normativas um caráter eminentemente simbólico, haja vista que muitas delas passam a ser vistas apenas como leis com alguma declaração de valores ou algum apelo moral, quando não servem tão-somente como álibis do legislador. Assim é a compreensão de Hassemer acerca do cariz simbólico deste direito penal:

“Simbólico” em sentido crítico é, por conseguinte, um Direito penal no qual as funções latentes predominam sobre as manifestas e do qual pode-se esperar que sejam realizados através da norma e sua aplicação outros objetivos além daqueles descritos na norma. Com isso se entende – como já expressa a determinação do conceito – por “funções manifestas” as condições objetivas de realização da norma, as quais a própria norma visa em sua formulação: uma regulação do conjunto global de casos singulares que incidem no âmbito de aplicação da norma, isto é, a proteção do bem jurídico previsto na norma. As “funções latentes”, diferentemente, são múltiplas, se sobrepõem parcialmente umas às outras e são descritas amplamente na literatura: desde a satisfação de uma “necessidade de agir” ou um apaziguamento da população, ou, mesmo, a demonstração de um Estado forte. A previsibilidade da aplicação da norma se mede na quantidade e na qualidade das condições objetivas, às quais estão a disposição da realização objetiva instrumental da norma. Uma predominância das funções latentes fundamento o que aqui denomino de “engano” ou “aparência”: os fins descritos na regulação da norma são – comparativamente – distinto dos que se esperavam de fato. (HASSEMER, 1995, p. 30).

Esse simbolismo do direito penal moderno atinge igualmente o direito penal de riscos na medida em que este, por meio da categoria dos crimes de perigo abstrato, se volta à missão – não mais que simbólica – de proteger e prevenir a sociedade de sofrer os grandes perigos decorrentes da modernização, haja vista que as funções predominantes de tais normas são precipuamente latentes, sobretudo a de disseminar um enganoso clima de proteção e segurança em face de ameaças como a corrupção. Há uma certa obsessão normativa pela prevenção risco e isso, segundo Hassemer (2007, p. 96), de uma forma que não admita exceções e sempre com o emprego das “armas mais penetrantes”, no caso o direito penal. Sintetiza o referido penalista que (1995, p. 34) “a norma combate o perigo que ameaça o bem jurídico não como um perigo individual, e sim como um elemento tipificado como uma perigosa grande perturbação”.

Todo este cenário de expansão e até de banalização da forma legislativa e dogmática do direito penal como instrumento primordial para o combate à corrupção, agravado pela especial circunstância, no Brasil, de atual impossibilidade normativo-constitucional de responsabilização penal de pessoas jurídicas por atos de corrupção, impõe que sejam buscadas para, além das fronteiras criminais,

alternativas jurídicas mais ajustadas para o enfrentamento adequado e efetivo deste risco da modernização.

2.3 Consolidação de um Direito de Intervenção Anticorrupção

Quando se afasta da esfera penal, o ordenamento jurídico brasileiro descortina um outro universo normativo de leis e regulamentos voltados à responsabilização de corruptos e corruptores, sendo a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, sobre qual se falará adiante, uma das normas jurídicas pátrias mais representativa e empregada para combater ilícitos relacionados à corrupção. Não obstante ela só ter sido publicada quase quatro anos após a promulgação da Constituição de 1988, duas leis editadas sob a égide da Constituição de 1946 encontravam-se em vigor quando do advento da Lei nº 8.429/1992⁴⁹ e eram, até então, os mais relevantes diplomas legais previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro voltados para coibição da improbidade na Administração Pública e para a repressão da corrupção, embora nenhuma delas empregasse literalmente tais termos.

A primeira delas foi a Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957 (apelidada de “Lei Pitombo Godói-Ilha”), que tratava, apenas nos casos de enriquecimento ilícito, do sequestro e perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público em decorrência de influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, isso sem obstar a responsabilização concomitante do servidor na esfera penal, sendo esta uma de suas inovações, pois, até então, a tutela extrapenal de situações como essas só poderia ocorrer residualmente.

Em razão da falta de uma regulamentação mais específica do alcance das expressões “servidor público” e “por influência ou com abuso” do cargo, função ou emprego, assim como da dificuldade em se provar que o bem tivesse sido adquirido em razão de tal abuso ou influência, a citada lei não obteve a efetividade que se esperava de uma norma dessa importância (GARCIA; ALVES, 2008, p. 168) e cuja nomogênese foi prevista constitucionalmente (artigo 141, § 31, da Constituição de 1946).

⁴⁹ Ambas foram expressamente revogadas pelo artigo 25 da Lei nº 8.429/1992.

Este cenário ensejou a edição de um novo diploma normativo para tratar do assunto um ano e meio depois, o que se deu com a Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, que ficou conhecida como “Lei Bilac Pinto”, a qual era bem menos lacônica que a Lei nº 3.164/1957, embora regulasse igualmente o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função⁵⁰. Como aspectos positivos, aponta-se que a Lei nº 3.502/1958 estabeleceu em seu texto a definição de servidor público para os fins a que se destinava, bem como elencou especificamente as hipóteses configuradoras de enriquecimento ilícito, equiparando-o, inclusive, a crime contra a Administração Pública passível de ser apurado mediante processo penal; contudo, a nova lei retrocedeu em relação à Lei Pitombo Godói-Ilha quanto à legitimação para propositura da ação, haja vista que por esta última eram legitimados tanto o Ministério Público quanto “qualquer pessoa do povo”, ao passo que pela Lei nº 3.502/1958 foi mantido o Parquet, mas a legitimação popular se tornou subsidiária para os casos de inércia da entidade pública ou privada interessada.

Em que pese o avanço promovido em alguns pontos, a Lei Bilac Pinto, tal como a Lei Pitombo Godói-Ilha, também não alcançou efetividade que dela se esperava, o que, segundo Emerson Garcia (2008, p. 169), decorreu da complexidade para se provar a ocorrência de todos os requisitos previstos para configuração do enriquecimento ilícito⁵¹ e da previsão, tão-somente, do perdimento de bens como sanção para tal ato, não recaindo sobre a agente público infrator nenhuma punição direta, como a perda da função.

Como principais semelhanças entre as Leis nº 3.164/1957 e nº 3.502/1958 pode-se indicar que elas alcançavam somente os atos que acarretassem enriquecimento ilícito para o agente público, prevendo como sanção pelo cometimento de tais atos apenas o perdimento dos bens ilicitamente acrescidos, aspectos estes que tinham o seu delineamento firmado no texto constitucional de 1946.

Embora as Constituições de 1967 e de 1969 tivessem ampliado a possibilidade de aplicação da sanção de perdimento de bens para casos de danos ao erário (artigo 150, § 11, e artigo 153, § 11, respectivamente), a regulamentação

⁵⁰ Em razão do disposto em seu art. 8º, a Lei nº 3.502/1958 não revogou expressamente a Lei nº 3.164/1957, de modo que ambas vigeram concomitantemente até o advento da Lei nº 8.429/1992.

⁵¹ Ver, por exemplo, o art. 2º, parágrafo único, item 1, que exigia a demonstração probatória da ocorrência de interesse político em alguns casos.

infraconstitucional por elas prevista não ocorreu, de sorte que as citadas leis permaneceram como os principais instrumentos legais regulamentadores de tais dispositivos constitucionais até o advento da Constituição de 1988, a partir de quando um novo quadro legislativo extrapenal de viés anticorrupção é paulatinamente construído.

2.3.1 Panorama da legislação extrapenal brasileira contra a corrupção anterior à Lei nº 12.846/2013

O conjunto legislativo não criminal em vigor no Brasil é voltado para a prevenção e a repressão da corrupção é bastante amplo, se estendendo por diversas instâncias punitivas, sobretudo a civil e administrativa, e alcançando uma miríade de áreas que podem ser suscetíveis a atuação de corruptos e corruptores.

Com o fim de oferecer instrumentos processuais adequados ao controle da corrupção por meio de provocação ao Judiciário, duas leis anteriores à Constituição de 1988, mas que foram recepcionadas por esta, instituem os dois principais processos judiciais utilizados para tal fim.

A primeira delas é a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que estabelece a ação popular como verdadeiro instrumento de controle preventivo e repressivo, a ser exercido pelos indivíduos participantes da comunidade jurídico-política, em face dos atos emanados da Administração Pública que atentem contra o patrimônio público em geral (histórico, ambiental, cultural, arqueológico ou o próprio erário) ou contra a moralidade administrativa. Trata-se de lei que não tem cunho sancionador, haja vista que ela visa tão-somente a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, mas que, contudo, fortalece a submissão do gestor público à vigilância de todo aquele indivíduo que integra, contribui ou toma parte na coisa pública.

A outra lei processual relevante é a nº 7.347, de 24 de junho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e urbanístico ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, incluindo a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, assim como por infração da ordem econômica. Embora o rol de legitimados para propor tal ação não seja universal e tenha o Ministério Público como o seu principal proponente, a

ação civil pública pode resultar em uma condenação em dinheiro ou no cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, e não apenas na nulidade de um ato administrativo lesivo.

Ainda no campo normativo preponderantemente instrumental do combate à corrupção, importante destacar o advento da chamada “Lei de Acesso à Informação” (LAI) em novembro de 2011 (Lei nº 12.527), que vinte e três anos após a promulgação da Constituição de 1988, regulamentou os dispositivos constitucionais⁵² que garantiam a qualquer pessoa – independente da idade e da nacionalidade ou se for física ou jurídica – o amplo acesso a toda informação custodiada ou produzida pelo poder público, ressalvadas apenas aquelas protegidas por expresse sigilo legal. Tal lei promoveu uma revolução no acesso às informações em poder de instituições públicas no país, na medida em que tornou o acesso a regra e o sigilo a exceção, dispensou a motivação para os pedidos de acesso e garantiu a gratuidade do fornecimento das informações solicitadas, exceto os custos com a reprodução, sem olvidar que o acesso rápido, efetivo e, em geral, irrestrito a informações retidas pelo poder público é um catalisador para o incremento do controle social da Administração Pública e a diminuição da corrupção.

Passando às leis que veiculam preceitos normativos de cunho mais material no tocante ao controle da corrupção, desponta dentre elas a Lei nº 8.429/1992, conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”, cujo assento constitucional se encontra expresso no § 4º do artigo 37 do Texto Maior:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A partir da leitura do mencionado dispositivo constitucional já se verificam as duas inovações mais proeminentes em relação ao sistema jurídico anterior e que serão as colunas de sustentação de toda a nova normatividade da repressão à improbidade administrativa almejada pelo Estado Constitucional de Direito fundado pela sociedade através da Carta Magna de 1988.

Primeiramente, passou-se a considerar punível não os atos que acarretassem um enriquecimento de natureza ilícita ao agente público ou que

⁵² A saber, o inciso XXXIII do artigo 5º, o inciso II do § 3º do artigo 37 e o § 2º do artigo 216 da Constituição Federal.

causassem danos patrimoniais ao erário, mas sim os atos que resultassem em improbidade administrativa. Longe de representar mera alteração de vocábulos, o termo agora empregado pelo texto constitucional é intensamente mais permeável pelos influxos axiológicos e normativos decorrentes do princípio da moralidade administrativa, sobretudo aqueles aspectos deste princípio correlacionados à honestidade e à retidão no exercício da função administrativa pelos agentes públicos, aspectos estes que serão a pedra de toque a ser empregada para identificar concretamente a ocorrência ou não de um ato ímprobo e a eventual punibilidade do agente público.

O outro aspecto inovador promovido por meio do artigo 37, § 4º, foi a previsão de que a reprimenda punitiva ao ato de improbidade administrativa consistirá em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sanções bem mais graves e diretas do que o mero perdimento de bens ilicitamente acrescentados ao patrimônio do agente público, previsto no regime jurídico pré-1988. O apontamento dessas consequências punitivas pelo texto constitucional em vigor rompe com o caráter meramente ressarcitório até então observado no sistema extrapenal de repressão à improbidade administrativa e à corrupção, quando a simples efetivação do perdimento dos bens em favor da Fazenda Pública encerrava a apuração nessa instância, o que exigia que quaisquer outros efeitos eventualmente decorrentes do ato ímprobo cometido pelo agente público – como a perda da função pública – dependessem da condenação deste na esfera penal por meio de decisão transitada em julgado.

Nessa toada constitucional, a Lei nº 8.429/1992 representou um divisor de águas na evolução do sistema jurídico brasileiro de repressão à improbidade administrativa, pois possibilitou que a normatividade necessária para coibir os atos ímprobos e corruptos encontrasse no texto da referida lei, em comparação com os diplomas legais antecedentes, um programa normativo substancialmente renovado em razão dos valores e princípios constitucionais relacionados à boa administração pública e mais abrangente no tocante aos elementos jurídicos que integram a estrutura de tais atos ilícitos, sobretudo em decorrência do emprego, pelo legislador ordinário, de termos dotados de determinabilidade semântica mais imprecisa nos *capita* dos artigos 9º, 10 e 11, o que acabou por conferir maior flexibilidade concretizadora ao operador do direito durante o processo de estruturação das

normas jurídicas e das normas de decisão. A Lei nº 8.429/1992 classificou o gênero “ato de improbidade administrativa” em três espécies típicas: atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º), atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11).

Nesta mesma ordem, o legislador graduou, da maior para a menor, a gravidade de cada espécie de ato de improbidade administrativa, o que é atestado a partir do cotejo destes artigos com os incisos do artigo 12, onde constam as severas penas passíveis de serem infligidas pelo Poder Judiciário ao agente público que cometa tais atos (o inciso I refere-se ao artigo 9º; o inciso II refere-se ao artigo 10; e o inciso III refere-se ao artigo 11), as quais incluem a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por até dez anos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica do qual o agente público seja sócio majoritário, por um período de até dez anos.

Concebida e promulgada durante um período em que a mais alta autoridade do país, o Presidente da República, estava sofrendo um processo de *impeachment* justamente por cometimento de atos contra a probidade administrativa, o qual culminou com a sua cassação, a Lei nº 8.429/1992 não passou incólume aos ataques ideológicos, políticos e jurídicos desferidos por parte de grupos sociais (partidos, organizações, associações, entidades públicas etc.) que não tinham interesse na sua efetividade normativa e na sua permanência no sistema jurídico brasileiro⁵³. Não obstante, a referida lei tem alcançado satisfatória eficácia social e jurídica, o que se deve, sobretudo, ao papel ativo do Ministério Público no manejo das ações civis públicas destinadas a dar operatividade àqueles preceitos legais anticorrupção. Segundo dados do Ministério Público Federal, mais de 10.100 ações civis de improbidade administrativa ou que tratem do assunto “improbidade administrativa”, que tenham tramitado perante o *Parquet* federal, foram propostas na Justiça Federal nos últimos cinco anos. O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, divulga em seu Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de

⁵³ Veja-se, por exemplo, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.182 (julgada improcedente em 2010) e nº 4.295 (ainda em curso), por meio das quais se questionou a constitucionalidade da Lei nº 8.429/92 pelos mais diversos fundamentos.

Improbidade Administrativa mais de 14.800 registros relacionados a condenações de pessoas físicas e jurídicas por improbidade administrativa em todo o Brasil.

Importante destacar ainda duas outras leis que atacam outros flancos do combate extrapenal à corrupção. A primeira delas é a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais. No título destinado ao regime disciplinar, em especial no artigo 132, são listadas diversas hipóteses de demissão que têm como fundamento atos relacionados à corrupção em sentido amplo, tais como improbidade administrativa, aplicação irregular de verbas públicas, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional, valimento do cargo em proveito pessoal ou de outrem, recebimento de vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições, dentre outras. Além disso, por força do disposto no artigo 137, parágrafo único, a penalidade expulsória aplicada com base na maior parte dessas situações impede o retorno do servidor punido ao serviço público federal perenemente. Conforme dados da Controladoria-Geral da União, de 2003 a 2013 foram aplicadas mais de 4.500 punições expulsivas a servidores públicos federais da Administração Pública por envolvimento em diversos tipos de irregularidades, principalmente por ilicitudes relacionadas à corrupção, a qual abarcou 67% daquele total. Ou seja, na última década, um servidor envolvido em corrupção foi expulso do serviço público federal, em média, a cada 36 horas.

O outro diploma normativo em questão é a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, também chamada de “Lei Antitruste”, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, sobretudo a mais gravosa delas: a formação de cartel, entendido como o acordo firmado entre um grupo de empresas com o fim de diminuir ou até eliminar a concorrência em um determinado mercado, de sorte que aquelas empresas integrantes do cartel obtenham lucros mais elevados. Segundo Gaban e Domingues (2012, p. 160), por meio do cartel, busca-se a fixação da estrutura de oferta vigente e a manutenção das participações do mercado em favor das empresas que formam o grupo anticoncorrencial, de modo que cada uma destas terá condições de praticar preços e de conseguir lucros maiores.

Formação de cartéis e prática de corrupção são dois fenômenos que não necessariamente se pressupõem ou que, sequer, estejam conectados. Em geral, os comportamentos e ajustes anticoncorrenciais que geram deficiências no mercado

são firmados e executados sem que ocorra um apoderamento indevido da coisa pública por interesses privados dos agentes corruptos e corruptores, não obstante a formação de cartel se caracterizar como uma grave infração à livre concorrência e, por conseguinte, à ordem econômica. Todavia, a conexão entre cartel e corrupção tende a se tornar mais evidente e, geralmente, imprescindível quando o alvo visado com a formação do primeiro é a obtenção de ganhos mais elevados por meio de fraudes em licitações e contratos públicos, o que resultará no pagamento a maior pela Administração Pública quanto aos bens e serviços negociados e, conseqüentemente, no recebimento indevido de recursos públicos pelas empresas que integram o cartel. As práticas anticoncorrenciais com o intuito de fraudar licitações e, com isso, celebrar contratos irregulares ou desvantajosos para o Poder Público são variadas e podem ser implementadas de maneira combinada.

- a) Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.
- b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas.
- c) Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste.
- d) Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido.
- e) Apresentação de propostas “pro forma”, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial.
- f) Rodizio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente.
- g) Subcontratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem subcontratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobrepreço com o subcontratado. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p. 9-10).

A formação de cartéis para fraudar licitações públicas é uma conduta expressamente prevista na Lei nº 12.529/2011 como infração contra a ordem

econômica⁵⁴ e pode ensejar às pessoas jurídicas e físicas envolvidas no cartel a aplicação das severas penalidades previstas nos artigos 37 e 38 da referida Lei, o que inclui uma multa que pode chegar a vinte por cento do faturamento bruto da empresa – ou a dois bilhões de reais quando não for possível utilizar o critério do faturamento – e a proibição de participar de licitações e de contratar com o Poder Público de todas as esferas federativas por, no mínimo, cinco anos.

Embora se entenda neste trabalho que as seis leis acima mencionadas constituam o núcleo do sistema extrapenal brasileiro de combate à corrupção até o advento da Lei nº 12.846/2013, por certo que tais diplomas normativos constituem apenas uma parte do plexo de normas que compõem tal sistema. Este também abarca outras leis de notório viés anticorrupção, a exemplo da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei Complementar nº 64/1990 (Lei das Inelegibilidades) acrescida pelas novas formas de inelegibilidades elencadas pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e as leis que regulam as licitações e contratações públicas ao lado da Lei nº 8.666/1993, a saber, a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

2.3.2 O paradigma do direito de intervenção

Conforme visto anteriormente, o simbolismo de que se reveste o direito penal moderno para lidar com os grandes problemas sociais que são colocados sob sua tutela, a exemplo da corrupção, exige que alternativas jurídicas sejam pensadas e desenvolvidas com o intuito de que, a uma, tais assuntos sejam regulados por instrumentos legais e dogmáticos mais preparados para lidar com o controle e a prevenção do risco e, a duas, redirecionar o direito penal preponderantemente para a proteção do núcleo de bens jurídicos individuais clássicos ou mesmo de alguns bens jurídicos universais, desde que funcionalizados pelos primeiros, ou seja, uma redução desse amplo e moderno direito penal a um “direito penal nuclear”

⁵⁴ Lei nº 12.529/2011, art. 36, § 3º: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: (...) d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;”.

(HASSEMER, 2003, p. 156)⁵⁵. Neste sentido, uma das principais propostas alternativas que se apresenta – sobretudo para o problema da corrupção – é o modelo idealizado por Winfried Hassemer chamado de “direito de intervenção”.

Partindo da crítica que faz àquele direito penal inchado por pretender abrigar a solução de todos os conflitos da sociedade contemporânea, Hassemer (2007, p. 96) observa que um direito penal com tais características, sobretudo a especial atenção dada à prevenção de riscos, não se diferencia de outros ramos do direito que lançam mão de sanções para pacificar situações contenciosas, tal como o direito administrativo. De sorte que essa mitigação da linha que divide a repressão e prevenção, responsável por separar o direito penal clássico do direito administrativo policial (sancionador), faz com que tal distinção se torne, ao mesmo tempo, impeditiva e obsoleta.

Em razão disso, Hassemer (2003, p. 156) defende que os problemas da sociedade que envolvam riscos, o seu controle e a sua prevenção, introduzidos equivocadamente no direito penal modernizado, sejam reconduzidos e tratados por uma nova classe de direito – o “direito de intervenção” – que esteja situado entre o direito penal e o direito dos ilícitos administrativos, entre o direito civil e o direito público, onde as sanções a serem impostas aos infratores sejam menos intensas (o que, por certo, afastaria a restrição da liberdade por meio do encarceramento) e onde as garantias e mecanismos processuais sejam mais flexíveis e menos exigentes – embora ainda imprescindíveis – do que os utilizados na seara penal.

Não o direito penal, mas o direito administrativo, o direito do serviço público, o direito tributário e a política financeira, a doutrina administrativa, a psicologia ou a doutrina da administração de empresas seriam as células de referência que deveriam ser questionadas para que o direito penal pudesse representar o papel que lhe foi destinado no Estado de Direito, para que isso restasse como razão última do problema e não se tornasse a primeira ou até mesmo a única razão. (HASSEMER, 2007, p. 97).

Trata-se de um direito que não teria o condão de substituir o direito penal no panteão dos instrumentos de controle social, mas sim de ressaltar as limitações que este último possui para enfrentar e remediar determinadas situações, sobretudo aquelas relacionadas à prevenção de riscos, as quais, a partir de uma cooperação

⁵⁵ Em outra passagem, Hassemer (2007, p. 95) diz que tal direito penal nuclear é “circunscrito aos bens jurídicos referentes aos seres humanos e que coloca sob punição apenas aqueles bens jurídicos da coletividade, que podem ser concebidos precisamente e que por detrás deles possam ser ainda percebidos interesses pessoais”.

normativa e operativa com outros ramos do direito, seriam juridicamente tratadas de uma forma mais responsável e menos simbólica e que seriam alvo não só de medidas interventivas, mas também de operações e mecanismos de fiscalização e controle.

Hassemer (2007, p. 143) sustenta que um direito de intervenção caminha em direção ao emprego de formas de prevenção técnica em detrimento de meios de prevenção normativa, ou seja, a utilização de instrumentos que criem empecilhos fáticos, organizacionais e econômicos, e não apenas através de limitações de direitos fundamentais ou de uma maior dependência de intervenção estatal via normas jurídicas. Elenca, para tanto, medidas como o “impedimento de relações corruptivas na Administração por meio de regras organizacionais da capacidade e da ocupação” e uma gestão pública mais transparente e aberta à participação dos cidadãos.

É importante ressaltar que a proposta de direito de intervenção de Hassemer não constitui um modelo definitivo que foi desenvolvido a partir da observação de um sistema real e em operação, tratando-se, sim, de um plano ideal que sirva de alternativa juridicamente possível e viável à expansão do direito penal. Como assinala Felipe Dantas de Araújo (2010, p. 90), o direito de intervenção pensado por Hassemer é “o registro de uma tendência, ou de um conjunto de princípios que tentariam resgatar parte da legitimidade do sistema penal, desvinculando-o do seu aspecto encarcerador”. Ana Carolina de Carlos Oliveira situa desta forma o *locus* do direito de intervenção na dogmática jurídica:

O Direito de Intervenção, conforme Hassemer, não é um Direito penal mais brando, ou um mero Direito administrativo. Representaria uma nova resposta *qualitativa* à criminalidade moderna que se apresenta hoje ao Direito penal, e não somente um aumento quantitativo no âmbito das sanções. Deveria este novo ramo estender-se sobre o Direito tributário e outros instrumentos de influência sobre os mercados e sobre as decisões econômicas, impondo normas de controle, multas, e obrigações de ressarcimento de danos. (OLIVEIRA, 2012, p. 48).

Além do já mencionado afastamento do emprego de penalidades restritivas de liberdade, a ideia de direito de intervenção teria ainda as seguintes características: a desnecessidade de um sistema de normas codificadas, sendo suficiente a existências de leis e regulamentos difusos de acordo com a questão social a ser enfrentada; a sua maior compatibilidade com a responsabilização de pessoas jurídicas, em razão da inadequação dos meios de imputação subjetiva e

pessoal para se atribuir um ato ilícito a um ente coletivo; e a previsão de um conjunto de garantias processuais e recursais aos acusados que fossem seguras e efetivas, sem, contudo, a rigidez exigida no âmbito de um processo penal *strictu sensu*.

Destarte, não obstante tal compreensão mais conceitual e tendencial do direito de intervenção, mister se observar que aquelas diretrizes e particularidades que Hassemer concebeu em seu modelo ideal são observadas no acervo normativo brasileiro extrapenal de combate à corrupção.

2.3.3 O direito anticorrupção extrapenal no Brasil como forma de direito de intervenção

Do exposto nos dois tópicos anteriores, observa-se, primeiro, que no ordenamento jurídico brasileiro há um amplo sistema normativo voltado ao controle e à repressão da corrupção situado além das fronteiras do direito penal e, segundo, que a ideia de direito de intervenção desenvolvida pelo jurista alemão Winfried Hassemer constitui uma importante alternativa conceitual ao emprego abusivo e simbólico do direito penal como instrumento para a prevenção de riscos na modernidade, dentre eles a corrupção. Neste tópico final do presente capítulo, buscar-se-á sublinhar alguns elementos estruturantes do direito anticorrupção extrapenal brasileiro que permitem uma aproximação deste com as características imaginadas para um modelo ideal de direito de intervenção.

Inicialmente, cumpre observar que a organização das normas anticorrupção no Brasil não é feita por meio de uma sistematização codificada, tal como se dá com a maior parte dos crimes relacionados à corrupção, ou, ao menos, por meio de uma consolidação de leis, a exemplo da maioria das leis trabalhistas. É característico do direito anticorrupção nacional a sua pulverização normativa através de um sistema difuso e capilarizado de leis e regulamentos infralegais, o qual tangencia diversas áreas e questões sociais sensíveis à atuação ilícita de agentes corruptos e corruptores e que, além disso, pode ser especificado em um nível ainda maior de detalhes segundo as particularidades políticas e os interesses legislativos das diversas esferas federativas brasileiras. Trata-se de uma distribuição normativa que

se dá tanto em termos quantitativos (variedade numérica de instrumentos), quanto em termos qualificativos (variedade temática de assuntos).

No que tange à forma de punição, o direito anticorrupção em vigor no Brasil privilegia o emprego de sanções que tenham por finalidade criar obstáculos fáticos e estruturais à ocorrência, continuidade ou reincidência de atos de corrupção. Exemplo maior de pena que integra este modelo sancionador é o impedimento para licitar e contratar com a Administração Pública por determinado período, sanção que está presente em praticamente todas as principais leis de combate à corrupção no país⁵⁶ e por meio da qual se busca obstar até mesmo a possibilidade de ingresso de uma pessoa física ou jurídica condenada por ato de corrupção em alguma relação contratual com o Poder Público. Pode-se mencionar também a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, punição esta destinada a obstruir os canais creditícios de natureza pública dos quais possam partir aportes financeiros para o caixa de corruptos e corruptores. Penalidades com este cariz estão em franca sintonia com a utilização de instrumentos vocacionados à prevenção técnica, mais aptos a lidar com o controle de riscos como a corrupção.

Outro aspecto de destaque é a opção pelo uso de tipos abertos por ocasião da descrição das práticas corruptas e corruptoras que se pretende responsabilizar. Ou seja, em decorrência da dificuldade – quando não da impossibilidade – de se prever exhaustivamente todas as ações e omissões aptas a concretizarem uma relação de corrupção, o legislador opta por estabelecer tipos nos quais a descrição da conduta ou da prática considerada ilícita não é feita de forma completa, pormenorizada e precisa, a qual precisará ser complementada pelo intérprete da norma diante da sua aplicação a um caso concreto. Constata-se tal tipologia aberta, por exemplo, no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, quando diz que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, ou no artigo 88, inciso III, da Lei nº 8.666/1993,

⁵⁶ A título de exemplo: Lei nº 8.429/1992 (art. 12), Lei nº 8.443/1992 (art. 46), Lei nº 8.666/1993 (art. 87, incisos III e IV), Lei nº 9.504/1997 (art. 81, § 3º), Lei nº 10.520/2002 (art. 7º), Lei nº 12.462/2011 (art. 47) e Lei nº 12.529/2011 (art. 38, inciso II).

que considera passível de declaração de inidoneidade todo aquele que tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação.

Por fim, um forte ponto de aproximação entre o sistema extrapenal de combate à corrupção brasileiro e a ideia de direito de intervenção é a previsão, naquele, da possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas sempre que o escopo temático da norma assim o permita⁵⁷. Diferentemente do que se observa no âmbito penal, onde a punição de entes coletivos por crimes é rigorosamente restrita a algumas poucas hipóteses por força de determinadas disposições constitucionais, as quais não abarcam atos de corrupção, conforme exposto acima, a imputação de sanções a pessoas jurídicas é francamente empregada quando as ilicitudes atribuídas a estas estão previstas em leis que se situam fora do eixo criminal. Vale sublinhar esse aspecto em duas leis do sistema legal anticorrupção nacional que têm sido muito aplicadas para responsabilizar pessoas jurídicas por envolvimento em práticas relacionadas à corrupção.

Iniciando pela Lei nº 8.429/1992, não se olvida que ela é uma norma precipuamente voltada para a punição de agentes públicos que cometam os atos ali descritos como ímprobos. Não obstante, há previsão expressa (artigo 3º) de que as disposições da Lei de Improbidade Administrativa também são aplicáveis àqueles que, embora não sejam agentes públicos, tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade ou que dele tenha se beneficiado sob qualquer forma, ainda que indiretamente, o que alcançaria inclusive eventuais pessoas jurídicas envolvidas em tais atos. De sorte que podem ser aplicadas a estas as penalidades previstas no artigo 12 que se coadunem com a natureza jurídica dos entes coletivos, a exemplo da multa civil e das proibições de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

No âmbito de licitações e contratos públicos, as três leis mais relevantes que regulam o tema (8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011) estabelecem sanções de natureza administrativa compatíveis com a natureza das pessoas jurídicas que atuem de forma ilícita nos certames e contratações geridos pela Administração Pública. Além da já mencionada proibição de licitar e contratar com esta, punições como advertências, multas e suspensões temporárias mais leves também podem ser

⁵⁷ Afirma-se isto porque certas normas tratarão de temas que estão muito distantes da responsabilização de entes coletivos, a exemplo da Lei nº 8.112/1990, cujo foco normativo é, dentre outros, o regime disciplinar dos servidores públicos civis da União, de sorte que não restarão ali contemplados preceitos sancionadores voltados para pessoas jurídicas.

aplicadas aos contratantes ou licitantes envolvidos em irregularidades contratuais ou relacionadas à fase licitatória. Os números constantes no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), gerido pela Controladoria-Geral da União (CGU), indicam o registro de quase 5.000 sanções administrativas aplicadas a pessoas jurídicas com fundamento nas referidas normas de licitações e contratos, as quais estão assim distribuídas: 1.850 suspensões temporárias fundamentadas no artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, 430 declarações de inidoneidade com base no artigo 87, inciso IV, da mesma lei e 2.150 impedimentos de licitar e contratar com fundamento no art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

O que se pode concluir ao final deste tópico é que se identifica na estrutura, no funcionamento e na aplicação das normas jurídicas que integram o sistema extrapenal brasileiro de combate à corrupção as principais características que Hassemer entendeu necessárias à ideia de direito de intervenção por ele desenvolvido, em especial a melhor adequação desta nova classe de direito para responsabilizar pessoas jurídicas envolvidas nos atos ilícitos que ele busca prevenir e reprimir. De sorte que é possível entender o direito anticorrupção brasileiro como uma concretização real – ainda que não total – do modelo ideal de direito de intervenção.

3 A LEI Nº 12.846/2013 E O NOVO MODELO SANCIONADOR DE COMBATE À CORRUPÇÃO

3.1 Lacunas Legislativas Existentes Antes do Advento da Lei nº 12.846/2013

Ao longo do capítulo anterior buscou-se mapear como o direito constitui uma importante ferramenta de controle, prevenção e repressão da corrupção em sua acepção atual de risco da modernização, conforme caracterização feita no capítulo 1 deste trabalho. Particularmente no caso do Brasil, seja qual for o âmbito de incidência das normas jurídicas (civil, penal, administrativo, eleitoral, antitruste, dentre outros), pontuou-se que sempre há um catálogo de procedimentos, sanções e medidas assentadas em leis e regulamentos voltados para coibir a prática de atos corruptos e corruptores em diversos setores. Nesse arcabouço de princípios e regras anticorrupção, a preocupação com a responsabilização de pessoas jurídicas pelo envolvimento ou participação destas em tais atos se faz igualmente presente e sempre premente, até mesmo no contexto do direito penal, ainda que ali apenas em um ambiente de discussões dogmáticas e de prognoses legislativas, haja vista as limitações constitucionais e legais atualmente estabelecidas no ordenamento jurídico nacional.

Não obstante, diversas lacunas legislativas e práticas são constatadas quando se examina detidamente a responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção prevista pelo sistema anticorrupção brasileiro anteriormente ao advento da Lei nº 12.846/2013, sobretudo quando o foco recai sobre a Lei nº 8.429/1992 e a Lei nº 8.666/1993, as principais normas jurídicas empregadas, respectivamente, na seara civil e administrativa para punição de entes coletivos corruptores.

A primeira delas diz respeito a até então inaplicabilidade da legislação brasileira em razão de atos de corrupção cometidos contra a administração pública estrangeira por pessoas jurídicas nacionais ou com representação no Brasil. Conforme exposto no tópico 2.1.1 acima, a supressão dessa lacuna legislativa era uma das obrigações que o Brasil assumiu perante a OCDE, pois o Estado brasileiro, na qualidade de signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais,

firmou o compromisso internacional de responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, conforme estabelecido no Artigo 2 da referida Convenção. Lembrando que, nos casos daqueles ordenamentos contrários à responsabilização criminal de pessoas jurídicas, a Convenção facultou que os Estados-Partes adotassem sanções não-criminais efetivas, proporcionais e capazes de dissuadir a prática de corrupção por parte dos entes privados (Artigo 3, Item 2, da Convenção da OCDE).

No tocante à Lei de Improbidade Administrativa, o primeiro problema que se verifica é que a aplicação desta norma às pessoas jurídicas se dá apenas de maneira reflexa, haja vista que estas respondem somente se houver constatação do recebimento de benefícios por elas em razão de um ato de improbidade devidamente comprovado e que tenha sido cometido por um agente público. Além disso, não se pode olvidar que a imputação das condutas descritas na Lei nº 8.429/1992 está atrelada à responsabilidade subjetiva dos envolvidos pelo ato de improbidade, devendo, assim, ser comprovada a culpa ou o dolo destes, conforme o caso, o que acaba por atrair as especificidades, rigores e exigências desse tipo de responsabilização para a punição das eventuais pessoas jurídicas que integrem, na condição de beneficiárias do ato ímprobo, o polo ativo dessa ilicitude.

A respeito da Lei nº 8.666/1993, assim como das demais normas de licitações e contratos que a ela se referem, os problemas enfrentados para uma adequada responsabilização de pessoas jurídicas são ainda mais evidentes. O primeiro deles é a ausência de um rito procedimental mais claro e definido, restando estabelecido apenas que os interessados terão um prazo de cinco ou de dez dias, conforme o caso, para facultativamente apresentarem uma defesa prévia⁵⁸. Há de se

⁵⁸ Lei nº 8.666/1993. Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

ressaltar também a deficiente tipificação dos ilícitos administrativos entabulada pela Lei Geral de Licitações e Contratos, haja vista a falta de precisão terminológica utilizada na descrição dos atos capazes de ensejar as duras penalidades de impedimento de licitar e contratar ali previstas, sobretudo o tipo administrativo descrito no inciso III do artigo 88, a saber, a pessoa jurídica demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos por ela praticados. Quanto às sanções disponíveis, tem-se que elas não atingem diretamente o patrimônio das pessoas jurídicas e nem geram o imediato ressarcimento do dano eventualmente causado à Administração Pública; acrescenta-se a isso o fato de que as penalidades definidas por tal lei ou possuem um fraco propósito dissuasório, a exemplo da multa, que só é aplicada em casos de inadimplemento contratual e, em geral, são de baixo valor, ou possuem um efeito repressor extremamente severo, como é o caso da declaração de inidoneidade, que, ao vedar a participação em licitações e contratos públicos em todas as esferas federativas, tem o potencial de acarretar até mesmo a falência da pessoa jurídica sancionada. Por fim, restava apenas a possibilidade de utilizar a Lei nº 8.666/93 para sancionar atos relacionados à corrupção praticados por empresas desde que diretamente relacionados ao processo licitatório ou à execução contratual; outros atos de corrupção, como, por exemplo, o pagamento de propina a um servidor público fora do contexto de uma licitação ou de um contrato administrativo, não eram passíveis de gerar a responsabilização administrativa de uma pessoa jurídica, dependendo assim da intervenção judicial para sua punição, o que muitas vezes ocorria tardiamente e não atendia aos anseios sociais por uma relação mais transparente entre o setor público e o setor privado.

Importante assinalar também que as normas que integram o sistema anticorrupção brasileiro apresentam certa fragilidade no tocante à efetividade das sanções delas decorrentes quando a pessoa jurídica punida passa por processos de rearranjos empresariais ou de operações societárias. Não é incomum que, diante de uma responsabilização em razão da Lei nº 8.429/1992 ou da Lei nº 8.666/1993, os

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

sócios – de fato ou de direito – da sociedade apenada constituam outra pessoa jurídica para continuar operando na área ou no ramo de atuação daquela ou que a extingam ou a modifiquem por meio de alguma operação de incorporação, fusão ou cisão, sempre com o intuito de burlar a penalidade que lhe fora imposta pelo Poder Público. Fora a previsão genérica de desconconsideração da personalidade jurídica descrita no artigo 50 do Código Civil⁵⁹, a qual ainda carece de ser melhor especificada e detalhada legislativamente⁶⁰, e a possibilidade de se afastar a personalidade jurídica no âmbito de infrações contra a ordem econômica⁶¹, quando, ocasionalmente, poderá ser verificada a ocorrência de cartéis em licitações com prática de corrupção, não há instrumentos jurídicos adequadamente instituídos para se proceder à extensão dos efeitos das penalidades aplicada a determinada pessoa jurídica para outras pessoas jurídicas que, de alguma forma, a sucedam. O resultado é a potencial ocorrência de ludíbrio à atividade sancionadora do Estado em casos de corrupção por meio de fraude à lei e de abuso de direito.

3.2 Breve Histórico da Lei Anticorrupção

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Apelada de “Lei Anticorrupção Empresarial” (LAC)⁶², a referida lei entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, após *vacatio legis*

⁵⁹ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁶⁰ Atualmente está em avançado trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.401/2008, que disciplina o procedimento de declaração judicial de desconconsideração da personalidade jurídica, sendo que um dos pontos firmados nesse projeto é de que “Os efeitos da decretação de desconconsideração da personalidade jurídica não atingirão os bens particulares de membro, instituidor, sócio ou administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade em detrimento dos credores da pessoa jurídica e em proveito próprio” (art. 6º). O projeto de lei já recebeu pareceres favoráveis na comissão temática própria (CDEIC) e na CCJC (03/09/2013).

⁶¹ Lei nº 12.529/2011. Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser descon siderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁶² A Lei nº 12.846/2013 tem sido chamada no cenário internacional de “*Clean Company Act*”, ou seja, “Lei da Empresa Limpa”.

de cento e oitenta dias, tempo concedido à Administração Pública e aos entes privados para se prepararem para as exigências legais.

Até o advento do referido diploma legal, existia, como visto no tópico 3.1 supra, verdadeiro vácuo no ordenamento brasileiro com relação à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos corruptos, uma vez que os crimes ligados a tais atos – incluída a corrupção ativa e passiva – atingem tão somente a conduta de pessoas naturais. Além dos fatores acima examinados, tal lacuna explica-se também pela resistência de parcela substancial da doutrina penalista à possibilidade de imputar responsabilidade criminal a pessoas jurídicas, fundamentada, sobretudo, no dogma da culpabilidade e da indispensabilidade do elemento subjetivo.

A adoção do compromisso internacional firmado, sobretudo, por meio da Convenção da OCDE sobre Suborno Transnacional, por si só, não era capaz de proibir automaticamente práticas corruptas, cabendo aos Estados-Parte criar leis em âmbito nacional a fim de reprimi-la, bem como instituir mecanismos de controle, num sistema conhecido como *soft law*, no qual a norma se limita a estabelecer modelos que podem ser adotados pelos signatários .

A celebração desse tratado resultou de mobilização internacional liderada pelos Estados Unidos da América, que exigia a adoção de uma legislação uniforme no sentido de responsabilização das empresas pela prática de atos de corrupção em território estrangeiro. Isso porque o ordenamento norte-americano já previa desde 1977 norma jurídica nesse sentido, consubstanciada no *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* (Lei contra Práticas de Corrupção Estrangeira), a qual prevê a responsabilização criminal, administrativa e civil de pessoas jurídicas pelo suborno de funcionários públicos, partidos políticos ou políticos estrangeiros, entendido tal suborno como a promessa, oferta ou entrega de dinheiro ou item de valor com o fim de influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro em sua capacidade oficial, induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ação em violação à sua obrigação legal, ou garantir qualquer vantagem indevida, além de regras referentes à lisura dos registros contábeis e dos controles internos da empresa.

Contudo, como somente os EUA possuíam, à época, uma lei que punia o suborno transnacional e que a incidência de tal norma se restringia às pessoas jurídicas americanas ou àquelas que emitem ações nos EUA, o que passou a ocorrer na prática é que a aplicação do FCPA acabava por reduzir a capacidade

competitiva das empresas americanas no mercado mundial, uma vez que suas concorrentes estrangeiras podiam livremente subornar funcionários estrangeiros para garantir contratos no exterior, inclusive, como visto, com a possibilidade de dedução dos valores pagos como suborno nas declarações de imposto de renda a título de “despesas necessárias do negócio”, o que configurava clara vantagem competitiva para as empresas dos demais países. Leopoldo Pagotto (2013, p. 27) analisa a situação dos EUA e do seu FCPA nos seguintes termos:

A introdução do FCPA gerou um elemento desestabilizador no jogo da corrupção internacional: as empresas norte-americanas não mais podiam competir em igualdade de condições com as de outros países. Neste cenário, o ator ‘governo norte-americano’ foi pressionado a agir e se deparou com duas alternativas: ou abandonava a política recém-implantada, ou forçava com que os outros países adotassem a mesma política.

O caminho escolhido pelo governo norte-americano foi se utilizar das suas diplomáticas em uma campanha junto à OCDE para pressionar os demais membros a firmarem e assinarem um acordo internacional anticorrupção, o que acabou resultando na mencionada Convenção contra o Suborno Transnacional.

Em atendimento a esse compromisso internacional ao qual o Brasil aderiu, que foi ratificado em 15 de junho de 2000 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, o Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional, em 08 de fevereiro de 2010, um anteprojeto de lei assinado conjuntamente pelos Ministros de Estado da CGU, da Justiça e da AGU, que resultou no Projeto de Lei nº 6.826/2010. Em 26 de maio de 2011, ato da Presidência da Casa Legislativa determinou a criação de Comissão Especial para proferir parecer sobre a proposição legislativa em comento. Após realização de audiências públicas com setores representativos da sociedade civil e estudiosos do Direito Empresarial, o Projeto de Lei nº 6.286/2010 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 24 de abril de 2013, sendo posteriormente aprovado pelo Senado Federal em 04 de julho de 2013, resultando na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, publicada no Diário Oficial da União de 02 de agosto de 2013.

A partir da vigência da Lei Anticorrupção, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com um instrumento mais robusto e completo para responsabilizar administrativamente e civilmente pessoas jurídicas por prática de atos lesivos contra a Administração Pública, responsabilização esta de natureza objetiva. Tal opção legislativa teve como um de seus principais fundamentos o histórico de combate à

corrupção pelos órgãos e instituições estatais, o qual sempre fora marcado pela dificuldade de responsabilização dos entes privados, como bem colocou o parlamentar relator da proposição na Câmara dos Deputados:

Sabe-se que o conjunto dos atos lesivos à Administração Pública, e cada um deles, é de difícil e complexa identificação. Exigir, pois, do Estado, que além de provar a correlação entre o ato e a lesão, também prove a culpabilidade do agente, é demandar ao Estado que protele indefinidamente a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção e suborno contra autoridades públicas. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, p. 15)

Nesse sentido, a Lei nº 12.846/2013 soma-se a todo um arcabouço normativo que confere ao Estado o poder de sancionar aquelas condutas praticadas por agentes econômicos – inclusive as pessoas jurídicas – e destinadas a lesarem a administração pública, lançando, assim, as bases para um novo paradigma de relacionamento entre o setor público e o setor privado, no qual a ética e a transparência devem nortear as ações de ambos.

Dessa forma, a Lei Anticorrupção agrega ao sistema normativo brasileiro uma série de importantes ferramentas jurídicas para uma responsabilização mais ágil, eficiente e severa daquelas empresas que realizam atos lesivos à administração pública, demonstrando que a sociedade brasileira não tolera mais a impunidade de atos de corrupção. Juntamente com a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), a Lei nº 12.846/2013 completa e encerra um autêntico e sólido marco normativo de promoção da transparência pública e de combate à corrupção, consistindo em uma das mais modernas e duras leis do mundo quanto ao tema da prevenção e da repressão de atos corruptos.

3.3 Disposições Gerais sobre a Responsabilização de Pessoas Jurídicas prevista na Lei Anticorrupção

A Lei Anticorrupção estabelece a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira, que se aplicam às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou

modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

O ponto que merece destaque já no primeiro artigo da Lei nº 12.846/2013 é o seu alcance normativo. Como visto acima, a referida lei é fruto de obrigações que o Brasil assumiu no cenário internacional ao aderir a Convenção da OCDE sobre suborno transnacional, a qual exigia que os Estados-Partes penalizassem pessoas jurídicas que pagassem propina a funcionários públicos estrangeiros. Ocorre que a Lei nº 12.846/2013 contemplou não só o cometimento de atos de corrupção contra administrações públicas estrangeiras, mas também aqueles perpetrados contra a Administração Pública nacional, indo, assim, além do que havia pactuado perante a OCDE.

Além de estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, o artigo 2º da Lei nº 12.846/2013 prescreve ainda como condição para essa forma de responsabilização dos entes privados a comprovação de que os atos lesivos à Administração Pública tenham sido praticados em seu interesse ou benefício, exclusivamente ou não. Isso quer dizer que a pessoa jurídica infratora responderá pelos delitos a ela atribuídos sem que precise se comprovar a culpa ou dolo das pessoas físicas que agiram por meio dela, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre o fato ocorrido e o resultado obtido; ou seja, a responsabilização da pessoa jurídica independe da demonstração de autoria individualizada e de estados subjetivos de pessoas físicas.

Contudo, é preciso ressaltar a parte final do referido artigo 2º destaca que o ato lesivo a ser imputado a pessoa jurídica infratora precisa estar vinculado a um benefício ou interesse gerado em proveito desta. Tal comando afasta a possibilidade de imputação automática ou discricionária de responsabilidade ao ente privado pelo simples fato de figurar em uma relação, seja de cunho contratual ou não com a Administração Pública, uma vez que deve se comprovar que a prática lesiva a esta teve como fim beneficiar aquele ente, ainda que realizada apenas em seu interesse. Assim, trata-se de uma responsabilização objetiva com um requisito especial de observância compulsória pelo ente sancionador.

Tal condicionante deve também ser atendida no momento de imputação de responsabilidade às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou

consorciadas, que, nos moldes do artigo 4º, § 2º, são solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos na lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Isso porque uma interpretação isolada e literal dessa disposição legal contida no artigo 4º levaria à conclusão de que, por exclusivo critério do órgão ou entidade da administração pública lesada, a exigibilidade das obrigações pelo pagamento da multa e pela reparação dos danos poderia recair livremente sobre quaisquer sociedades empresárias que tivessem entre si algum tipo de relação societária, sejam elas controladas/controladoras, coligada investidora/coligada investida ou consorciadas, bastando que uma delas tivesse incorrido em algum dos atos lesivos previstos no artigo 5º.

A título de exemplo, segundo uma formulação hermenêutica desse teor, uma *holding* – seja ela mista ou pura – que tivesse participação em dezenas de outras sociedades poderia responder integralmente – *in solidum* – por uma multa de alguns milhões de reais que fosse aplicada pela União a uma de suas coligadas em razão de esta ter pago, oferecido ou prometido propina a um servidor da Receita Federal para facilitar o desembaraço aduaneiro de uma mercadoria ou para emitir uma certidão negativa de tributos, ainda que tal favor ilícito obtido pela coligada não trouxesse nenhum benefício para a *holding*. Ficando ainda nesse exemplo, mas colocando agora a *holding* como a infratora, o cenário de extensão da responsabilidade solidária teria um alcance ainda maior, pois quaisquer uma das dezenas de coligadas que mantém relações societárias com o *holding* poderiam ser acionadas para cumprir na integralidade as obrigações de pagamento da multa e de reparação dos danos, independentemente de qualquer relação de interesse que tenham com o ato lesivo em que incorreu a *holding*.

Trata-se, sem dúvida, de uma elaboração interpretativa dessa solidariedade de obrigações que pode trazer enorme instabilidade negocial e de investimentos no universo das relações entre sociedades empresárias, sobretudo quando se depara com uma norma legal que lança mão de pesadas e milionárias multas como principal instrumento sancionador de repressão à corrupção. Contudo, o fato de se estar diante de uma situação de responsabilidade solidária legalmente prevista e, assim, legitimamente válida não afasta a necessidade de que tal hipótese seja interpretada de forma harmônica com os demais dispositivos da própria lei em que ela se

encontra prevista e, sobretudo, com a finalidade econômica e social que inspirou a criação jurídica da Lei Anticorrupção e dos seus institutos.

E é nesse sentido que ganha destaque o preceito contido na parte final do referido artigo 2º da Lei 12.846/2013. Este artigo – que pode ser considerado a pedra angular normativa da Lei Anticorrupção – vincula a responsabilização das pessoas jurídicas ao fato de que os atos lesivos por elas praticados tenham gerado algum benefício ou satisfeito algum interesse de tais pessoas jurídicas, seja de forma exclusiva para a infratora, seja de forma compartilhada entre ela e outros beneficiados ou interessados. A ocorrência de algum dos atos elencados no artigo 5º conjugado com a promoção de um benefício ou a satisfação de um interesse da pessoa jurídica a que se pretende imputar a ilicitude do ato constituem as condições de possibilidade para a incidência da esfera de responsabilização objetiva estabelecida pela Lei 12.846/2013.

Assim, por expressa construção normativa firmada pelo legislador, essa combinação “ato lesivo x benefícios/interesses” deve observada sempre que se almeje responsabilizar uma pessoa jurídica com base no sistema sancionador estabelecido pela Lei Anticorrupção, não sendo possível afastá-la inclusive quando a responsabilização de determinada sociedade empresária se der em decorrência da regra de solidariedade prevista no § 2º do artigo 4º.

Por sua vez, o artigo 3º explicita que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Ainda, a responsabilidade da pessoa jurídica é absolutamente independente da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, que continuam imputáveis somente na exata medida de sua culpabilidade, o que está em sintonia com a tradição penalista do direito brasileiro, assentada na teoria finalista da ação. Assim, o modelo de responsabilização das pessoas jurídicas previsto na Lei nº 12.846/2013 dispensa o exame da ação das pessoas físicas que existem e agem por detrás do ente coletivo, as quais permanecem sujeitas a outros âmbitos e sistemas de responsabilização.

Outra inovação providencial da legislação se refere à previsão expressa no artigo 4º de que “subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.” Tal previsão legal busca coibir a utilização de operações societárias como subterfúgio à

aplicação da penalidade, expediente bastante conhecido dos órgãos e entidades públicas de combate à corrupção.

Nas hipóteses de operações de fusão e de incorporação, a lei restringe a responsabilidade da empresa sucessora ao pagamento da multa até o limite do patrimônio transferido, não podendo ser responsabilizada por atos e fatos ocorridos anteriormente à data da operação societária, excluídos obviamente os casos comprovados de simulação e fraude. Como exposto acima, a mesma restrição é aplicada às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, que caso responsabilizadas nos termos da diretriz geral do artigo 2º da lei, somente serão obrigadas ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

O que é importante deixar consignado a partir do exame deste sistema de responsabilização objetiva introduzido pela Lei nº 12.846/2013 não é que as pessoas jurídicas serão punidas arbitrariamente e sem critérios pelo Poder Público. Fábio Medina Osório (2011, p. 389) ensina que há uma conexão de uma peculiar culpabilidade das pessoas jurídicas com o cumprimento de deveres de cuidado e de respeito ao direito por parte destas:

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à inevitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade.

O qualificativo “objetivo” da responsabilização impõe ao aplicador da sanção a obrigação de aferir cuidadosamente o nexo de causalidade que une os fatos tidos por lesivos à Administração Pública e o resultado benéfico ou de interesse do ente privado. É no interior deste elo causal que se encontra a culpabilidade especial que é inerente às pessoas jurídicas, a chamada “culpabilidade de organização” ou “culpabilidade corporativa”, a qual, segundo a lição de Enrique Bacigalupo (2011, p. 98), está relacionada à corporação, sobretudo a empresária, que cumpre com o direito, isto é, que tenha institucionalizado uma cultura corporativa de cumprimento das normas jurídicas que tangenciam as atividades desenvolvidas pelos entes coletivos, em especial aquelas que possuam conexões negociais com o administração pública.

3.4 Penalidades Administrativas Previstas pela Lei nº 12.846/2013

A Lei nº 12.846/2013 prevê, em seu artigo 6º, a aplicação de duas sanções administrativas: uma pesada multa que tem como base de cálculo o faturamento bruto da pessoa jurídica e a obrigação de publicar em diversos meios de divulgação a decisão condenatória imposta àquelas pessoas jurídicas julgadas responsáveis pelos atos lesivos previstos no artigo 5º.

As sanções podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto e precedidas de manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou órgão de assistência jurídica do ente público. Importante destacar que a aplicação dessas penalidades não afasta a obrigação de reparação integral do dano causado pela pessoa jurídica à Administração Pública, isso porque as sanções possuem caráter repressivo e reparação de dano não configura pena.

A multa corresponderá a um valor entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos incidentes sobre aquele. No caso de impossibilidade de aferição do faturamento bruto, a multa será um valor calculado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). O forte impacto pecuniário que a penalidade de multa provocará na economia da empresa mostra o claro objetivo do legislador de desestimular a prática de atos lesivos pelas pessoas jurídicas a partir do atingimento do seu patrimônio.

Por sua vez, a publicação extraordinária da decisão condenatória, técnica conhecida como *"name and shame"*, ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

O que se observa do aparato punitivo administrativo estabelecido pela Lei nº 12.846/2013 é que ele é voltado precipuamente para infligir danos financeiros e

patrimoniais à pessoa jurídica que pratique atos lesivos à Administração Pública, inclusive à sua imagem perante o mercado e a sociedade, a fim de que ela sinta em seu acervo de bens e direitos economicamente aferíveis o peso da resposta sancionadora do Estado por ela ter se valido de práticas corruptas para lesar os bens jurídicos indicados no *caput* do artigo 5º.

3.5 Penalidades Judiciais Previstas na Lei Anticorrupção

As sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória são aplicáveis exclusivamente no âmbito administrativo, ao passo que as demais sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, todas restritivas de direitos, são de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme rol constante do artigo 19, que prevê a aplicação das seguintes penalidades: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.

Quanto à sanção de dissolução compulsória, verdadeira pena de morte da pessoa jurídica, a Lei nº 12.846/2013 especifica que tal penalidade somente poderá ser aplicada em razão (i) da comprovação do uso habitual da personalidade jurídica para facilitar ou promover a prática de atos lesivos pelo ente privado ou (ii) de a pessoa jurídica ter sido constituída para ocultar interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Ou seja, trata-se de uma punição que exige do juiz a observância do preenchimento destes requisitos especiais para ser aplicada.

As sanções previstas no artigo 19 podem ser impostas de forma isolada ou cumulativa no bojo de ações judiciais propostas pelos órgãos de representação jurídica de União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nessas ações de responsabilização judicial, o rito procedimental a ser adotado é aquele previsto pela

Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública). A condenação judicial torna certa a obrigação de reparar integralmente o dano causado pela prática do ato lesivo, cujo valor será apurado em liquidação posterior, caso não conste expressamente da sentença.

Os legitimados para propor tal ação civil pública de cariz anticorrupção são a Advocacia Pública ou o órgão de representação judicial do ente público e o Ministério Público, sendo que este último possui a prerrogativa especial de poder solicitar em juízo a aplicação das penalidades administrativas previstas no artigo 6º, caso a autoridade administrativa originariamente competente tenha se omitido em promover o processo de responsabilização em sua esfera de atribuições.

3.6 Parâmetros de Dosimetria para Aplicação das Sanções

A severidade das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 – em especial, o alto valor a que se pode chegar no cálculo da multa – motivou o legislador a estabelecer no artigo 7º da Lei Anticorrupção nove parâmetros que devem ser observados pela autoridade competente por ocasião do exercício do poder sancionador e da dosimetria das sanções que serão impostas.

Assim, a sanção deve ser adequada e proporcional ao ato lesivo atribuído à pessoa jurídica infratora, devendo-se considerar no momento da aferição do tipo e do montante da sanção os seguintes fatores: (i) a gravidade da infração; (ii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iii) a consumação ou não da infração; (iv) o grau de lesão ou perigo de lesão; (v) o efeito negativo produzido pela infração; (vi) a situação econômica do infrator; (vii) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; (viii) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e (ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

A especificação dos parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades deverá ser estabelecida em regulamento a ser editado pelo Poder Executivo federal,

sendo que tais parâmetros se referem a conceitos de governança corporativa e ética empresarial voltados para a prevenção da corrupção (*compliance* anticorrupção), tradicionalmente já observados pelas empresas que atuam nos mercados internacionais, em especial o norte-americano e o europeu.

3.7 Tipificação dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional e Estrangeira

Feita a exposição sobre as penalidades imputáveis às pessoas jurídicas, passa-se a esmiuçar as hipóteses de responsabilização previstas pelo artigo 5º da Lei nº 12.846/2013. A lei define como hipótese de sancionamento a prática de ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, definido todo aquele ato praticado pelas pessoas jurídicas definidas no parágrafo único do artigo 1º⁶³, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Segundo Marco Petrelluzzi e Rubens Rizek Júnior (2014, p. 62), os atos tipificados no artigo 5º da Lei Anticorrupção não exigem a efetiva demonstração de prejuízo para a sua caracterização, pois há, “por força de presunção legal, prejuízo jurídico decorrente da violação dos princípios norteadores da administração pública”. O que não quer dizer que a comprovação de eventual prejuízo material ao erário seja irrelevante para fins de quantificação da sanção, haja vista que este é um dos parâmetros de dosimetria elencados no artigo 7º da Lei nº 12.846/2013, em especial nos seus incisos IV e V, conforme exposto no tópico 3.6 acima.

Na sequência, o dispositivo elenca um rol de atos considerados lesivos à Administração Pública e que ensejam a responsabilização da pessoa jurídica infratora, nos termos da lei: (i) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; (ii)

⁶³ Art. 1º

(...)

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; (iii) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; (iv) no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; e (v) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Um primeiro ponto de destaque diz respeito ao ato lesivo apontado no inciso I do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, haja vista que o tipo ali descrito, diferentemente do crime de corrupção ativa previsto no artigo 333 do Código Penal⁶⁴, não exige que o pagamento, o oferecimento ou a promessa da vantagem indevida ao agente público tenha tido como contrapartida alguma ação ou omissão por parte deste.

Dúvida que pode surgir é acerca de qual é a extensão do rol acima, se exemplificativo ou taxativo. A partir de uma leitura do início do *caput* do artigo 5º, dá-se a entender que a lista de ilícitos abaixo dele é meramente exemplificativa, pois consta do texto do *caput* que são atos lesivos “todos aqueles...”. Assim, o termo “todos” possibilitaria uma abertura do elenco de tipos. Contudo, o final do referido *caput* aponta para um claro fechamento do rol quando emprega a expressão “assim definidos”. De todo modo, não se pode olvidar que os cinco incisos do artigo 5º abarcam um universo muito amplo de hipóteses de atos lesivos à Administração

⁶⁴ Código Penal, art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Pública, o que acarreta uma quase impossibilidade real de existir um ato lesivo que não se enquadre em uma daquelas descrições.

Seguindo o exame da tipificação prevista na Lei nº 12.846, destacam-se do rol do artigo 5º aqueles atos lesivos à Administração Pública que estão relacionados a licitações e contratos, os quais podem ensejar simultaneamente responsabilização administrativa da pessoa jurídica com fulcro na Lei nº 12.846/2013 e com fundamento na Lei nº 8.666/1993, que estabelece a disciplina geral em matéria de licitações e contratos administrativos.

Isso porque, diante da gravidade e da abrangência das condutas elencadas pela Lei Anticorrupção, a prática desses atos pelas empresas também pode configurar uma das hipóteses sancionadas com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, em especial a prática de atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação (artigo 88, inciso II, Lei nº 8.666/1993) e a demonstração de não possuir idoneidade para contratar com a Administração Pública em virtude de atos ilícitos praticados (artigo 88, inciso III, Lei nº 8.666/1993). Em outras palavras, uma única conduta lesiva praticada pela pessoa jurídica pode sujeitá-la às sanções de multa sobre percentual do faturamento bruto, publicação extraordinária da decisão condenatória e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, ou seja, penalidades assentadas em diferentes normas, mas resultantes do mesmo fato.

Por fim, é importante destacar o caráter extraterritorial da Lei nº 12.846/2013, haja vista que ela também dispõe que os atos lesivos previstos em seu artigo 5º podem ser cometidos por pessoas jurídicas contra a administração pública estrangeira, entendida esta como os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro, passam a ser punidos pelo ordenamento brasileiro. Em outras palavras, caso uma empresa brasileira pratique um ato de corrupção em solo estrangeiro, como por exemplo, pagamento de propina a agente público de um órgão público de outro país⁶⁵, ela poderá ser processada e punida no Brasil, nos termos da Lei nº 12.846/2013.

⁶⁵ Art. 5º
(...)

3.8 Processo Administrativo de Responsabilização – PAR

A Lei Anticorrupção regula o processo administrativo de apuração da responsabilidade de pessoa jurídica – ou simplesmente PAR – nos artigos 8º a 15.

Compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica nos moldes da Lei 12.846/2013. No âmbito do Poder Executivo federal, a competência será, via de regra, do Ministro de Estado, quando se tratar de Administração Direta, ou do presidente de entidade, como autarquia ou fundação, no caso da Administração Indireta. Na seara estadual e na seara municipal, a tendência é de que haja uma simetria com relação às autoridades competentes para instaurar e julgar estabelecidas no nível federal; contudo, tendo em vista estar-se diante de normas de direito administrativo, tais entes federativos podem optar por atribuir tais competências a outras autoridades.

A autoridade agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa, permitida a delegação da competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica. A subdelegação é proibida em qualquer hipótese.

No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei nº 12.846/2013, para exame de sua regularidade ou para correção do seu andamento.

Além dessa competência concorrente, nos moldes da que já existe em matéria correcional disciplinada pela Lei nº 10.683/2003 e Decreto nº 8.109/2013, a Controladoria-Geral da União possui competência exclusiva para apurar, processar

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

e julgar os atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no artigo 4 da Convenção da OCDE⁶⁶, que delimita a jurisdição de cada país ao território de ocorrência do delito ou ao envolvimento de nacionais na prática de atos lesivos em território estrangeiro.

De acordo com o artigo 10 da Lei nº 12.846/2013, o processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por dois ou mais servidores estáveis. Tal requisito da estabilidade tem o fim de garantir aos membros da comissão maior autonomia e segurança na condução dos trabalhos apuratórios, de sorte que não sejam intimidados por eventuais ameaças oriundas das partes interessadas no desfecho do processo administrativo.

A comissão administrativa poderá propor à autoridade investigadora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação. Caso sejam necessárias medidas como busca e apreensão de bens, decretação de indisponibilidade de patrimônio, entre outras, a comissão deverá requerer ao órgão de representação judicial o ajuizamento das medidas necessárias.

Nos termos do artigo 11, a pessoa jurídica terá prazo de trinta dias para se manifestar sobre o conteúdo do processo sancionador, um prazo bem mais adequado e razoável do que os pífios dez dias previstos na Lei nº 8.666/1993.

Ao final da apuração, a comissão deverá apresentar relatório sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

Acrescente-se que o prazo para conclusão do processo administrativo de responsabilidade é de cento e oitenta dias, contados a partir da publicação do ato que designar a comissão, podendo ser prorrogado mediante ato fundamentado da autoridade instauradora (artigo 10, § 3º). Assim, diferente da Lei nº 8.666/1993, a Lei

⁶⁶ Artigo 4 – Jurisdição

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território.

2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios.

3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.

4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

Anticorrupção estabelece um prazo definido para a comissão realizar os trabalhos apuratórios.

Na sequência, o processo será remetido à autoridade instauradora para julgamento e eventual aplicação das penalidades previstas na Lei nº 12.846/2013. Caso a comissão processante tome conhecimento, no curso da apuração administrativa, de indícios de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, deverá sugerir à autoridade julgadora do encaminhamento do relatório final ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou ao órgão de representação judicial equivalente, conforme o caso.

A Lei Anticorrupção ressalva novamente, no artigo 13, que a instauração de processo administrativo para aplicação das sanções da Lei nº 12.846/2013 não exige a Administração de instaurar processo específico para ressarcimento dos danos causados pela pessoa jurídica. Conforme dispõe o parágrafo único do referido dispositivo, concluído o processo de ressarcimento, caso o dano apurado não seja ressarcido pela pessoa jurídica infratora, o crédito correspondente será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Por fim, cumpre destacar o teor do artigo 14, o qual autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica na seara administrativa sempre que aquela for utilizada com abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos sancionados pela lei, ou ainda, para provocar confusão patrimonial. Nos dois casos, os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica estendem-se aos seus administradores e sócios com poderes de administração, desde que garantido o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo específico. A respeito do preceito contido neste artigo 14, algumas considerações merecem ser feitas.

A previsão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na Lei nº 12.846/2013 constitui um avanço no sistema normativo brasileiro de repressão à corrupção e que certamente constituirá em uma importante ferramenta no âmbito da responsabilização judicial, além de ser a primeira vez que tal instituto é expressamente previsto como possível de ser utilizado e aplicado na seara administrativa. Contudo, precisamente neste último âmbito, não obstante a inovação pretendida pelo legislador, a sua utilidade será bem diminuta e o seu emprego muito raro, o que se deve, sobretudo, em razão, primeiro, das modificações que foram promovidas durante o processo legislativo em algumas partes que tratam da

responsabilização administrativa e, segundo, das dificuldades e obstáculos procedimentais relacionados à condução de um devido processo de desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa, os quais têm enorme potencial de comprometer a celeridade que se espera de um processo administrativo e até de impedir um desfecho adequado deste.

Quanto ao primeiro ponto acima, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica até fazia muito sentido para o âmbito administrativo quando constavam do rol do atual artigo 6º (antigo artigo 7º do projeto de lei original) penalidades como a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (sanção esta que agora foi transferida para o campo judicial, conforme o artigo 19, inciso IV) e a declaração de inidoneidade (sanção esta que permanece nas leis de licitações e contratos, mas que foi excluída do texto final que resultou na Lei Anticorrupção), as quais eram penalidades consistentes em proibições/impedimentos prontamente executáveis pela própria Administração em face da pessoa jurídica punida, sem depender de quaisquer medidas ou atos por parte desta.

A esse respeito, Antonio Cecílio Moreira Pires (2014, p. 162) aponta que a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 14 da Lei Anticorrupção tem a sua utilização vinculada à ocorrência dos atos ilícitos previstos no artigo 5º da mesma lei, os quais, por sua vez, ensejam a aplicação tão-somente das sanções previstas no artigo 6º. Deste modo, resta afastado o emprego daquele instituto para atingir as penas específicas previstas na legislação de licitações e contratos, não obstante grande parte do rol do artigo 5º ser composto por tipos relacionados ao campo da contratação pública.

Além disso, as penalidades administrativas que restaram na Lei nº 12.846/2013 foram apenas a multa (uma obrigação de dar) e a publicação extraordinária de decisão condenatória (uma obrigação de fazer), ambas sanções que dependem de uma ação que precisa ser realizada pela pessoa jurídica punida (o pagamento e/ou a publicação). Se tais “obrigações-punições” não forem espontaneamente executadas pelo ente privado sancionado, será necessário que o órgão ou entidade apenadora lance mão dos meios judiciais cabíveis para que a pessoa jurídica seja coagida a cumpri-las, ainda que eventualmente se tenha procedido à desconsideração administrativa da personalidade jurídica e o

cumprimento de tais obrigações tenha recaído sobre os sócios (a despeito das graves implicações procedimentais que tal providência acarreta no âmbito administrativo, conforme será exposto abaixo), haja vista que a Administração Pública não dispõe de instrumentos jurídicos coercitivos aptos para forçar o cumprimento daquelas sanções em sede administrativa.

Ainda acerca deste primeiro ponto, cumpre lembrar que o projeto de lei original e a primeira versão do projeto de lei apresentada pelo relator na Câmara dos Deputados contemplavam uma outra forma de desconsideração da personalidade jurídica. Segundo o artigo 10 daquelas versões do projeto de lei, a pessoa jurídica constituída pelos administradores ou sócios de outra anteriormente condenada pela prática de atos previstos naquelas versões ficaria impedida de participar de licitações e contratar com a administração pública durante o prazo de cumprimento da sanção. Ocorre que essa previsão foi excluída da redação final que se transformou na Lei nº 12.846/2013. Não se tratava, como pode ser observado, propriamente de uma desconsideração da pessoa jurídica em sentido estrito, a qual pressupõe o alcance dos sócios pessoas físicas, e sim de uma extensão dos efeitos da penalidade de uma pessoa jurídica para outras pessoas jurídicas, ou seja, seria a “desconsideração de uma pessoa jurídica em direção de outra”. Tal hipótese seria de enorme utilidade para a instância administrativa, ainda que a sanção de declaração de inidoneidade fosse retirada do rol de sanções administrativas, pois remanesceria a previsão de tal penalidade nas normas de licitações e contratos.

Quanto ao segundo ponto, vale assinalar que a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 14 da Lei nº 12.846/2013 autoriza a extensão aos sócios tão-somente das sanções aplicadas ao ente coletivo, o que implica: (i) que um processo de responsabilização administrativa já tenha sido concluído e que uma sanção tenha sido definida e imposta à pessoa jurídica pela Administração Pública, de sorte que o processo para desconsideração da personalidade terá que ser posterior àquele processo de responsabilização; e (ii) que o dever de reparação integral do dano eventualmente causado pela pessoa jurídica (artigo 6º, § 3º, c/c artigo 13 da Lei nº 12.846/2013) não poderá ser estendido aos seus sócios e administradores por meio da desconsideração da personalidade jurídica pela via administrativa, haja vista que reparação de dano não constitui sanção (o que não impede tal desconsideração ocorra na esfera judicial a partir dos preceitos gerais do artigo 50 do Código Civil).

3.9 Acordos de Leniência

Instrumento empregado de forma rotineira nos países com sistemas jurídicos baseados no *common law*, o acordo de leniência é o ajuste que permite ao infrator participar da investigação e colaborar com a apuração engendrada pelo Estado, com o fim de identificar eventuais outros envolvidos no ato lesivo investigado e de obter, de forma célere, informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Em troca, o colaborador receberá determinados benefícios do Estado, em geral relacionados a atenuações ou exclusões de penas. Eis o porquê da expressão “leniência” para caracterizar tais acordos, cuja raiz latina é o termo *lenitate* e que significa “brandura”, “suavidade”.

Em verdade, o acordo de leniência é uma espécie de colaboração incentivada, ferramenta esta já prevista no direito processual penal brasileiro desde 1995 por ocasião da Lei nº 9.034, que regulava a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, sendo que em seu artigo 6º dispunha que “a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Era a chamada “delação premiada”. Tal norma processual penal foi revogada pela nova “Lei de Organizações Criminosas” (Lei nº 12.850/2013), que veio a estabelecer em seus artigos 4º a 7º um tratamento mais detalhado e moderno ao instituto da agora renomeada “colaboração premiada”.

O termo “acordo de leniência” foi primeiramente empregado no ordenamento jurídico brasileiro por meio de uma modificação realizada em 2000 na antiga Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994), quando se passou a prever a possibilidade de celebrar tal ajuste de colaboração no âmbito de processos administrativos voltados à apuração de infrações contra a ordem econômica. Esse instrumento de leniência foi mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou a Lei nº 8.884/1994. No âmbito anticoncorrencial, a ideia que move a leniência “é premiar a empresa, ou as empresas que ajude o Estado com informações que auxiliem na detecção de cartéis” (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 258).

Ao trazer o instituto do acordo de leniência para o âmbito específico do combate à corrupção, o legislador consignou a possibilidade de celebração desta espécie de colaboração incentivada com uma das pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos ali previstos, desde que haja colaboração efetiva da pessoa jurídica com as investigações e com o processo administrativo a cargo do Poder Público. Em troca desse auxílio, a celebração de tal acordo poderá isentar a pessoa jurídica leniente da aplicação de determinadas penas, bem como ocasionar uma redução destas.

Ainda de acordo com o artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, os acordos de leniência podem ser celebrados pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, cabendo exclusivamente à Controladoria-Geral da União celebrar os acordos no âmbito do Poder Executivo Federal e no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Além disso, para a celebração do acordo, a pessoa jurídica responsável pela prática de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção deve preencher os seguintes requisitos, caso esteja interessada em negociar uma leniência com a Administração Pública: (i) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ato lesivo noticiado ou sob investigação; (ii) cessar completamente seu envolvimento no ato lesivo noticiado ou sob investigação a partir da data da propositura do acordo; (iii) admitir sua participação no ato lesivo noticiado ou sob investigação; (iv) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o seu encerramento, e, por fim, (v) fornecer informações, documentos e demais elementos que comprovem os atos lesivos noticiados ou sob investigação.

Embora o acordo de leniência não exima o infrator da obrigação de restaurar integralmente o dano, o cumprimento do acordo celebrado acarretará para a pessoa jurídica leniente benefícios bem atrativos em termos de atenuação punitiva, tais como a redução em até dois terços da pesada multa prevista no artigo 6º da Lei nº 12.846/2013 e a dispensa da publicação da decisão condenatória, bem como não ser proibida de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Quanto a este último benefício, chama a atenção o fato de ser uma hipótese expressamente prevista em lei de extensão de efeitos ao âmbito

judicial dos termos pactuados em um acordo celebrado na seara administrativa, haja vista que tal sanção passível de ser dispensada no bojo do acordo de leniência é uma pena cuja aplicação é exclusiva do Poder Judiciário.

Além disso, nos termos do artigo 17 da Lei Anticorrupção, caso o acordo de leniência tenha sido celebrado no contexto fático de uma licitação ou contrato administrativo, a pessoa jurídica signatária do acordo ainda poderá se beneficiar da atenuação ou até mesmo a isenção das sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, inclusive a declaração de inidoneidade. E neste caso, como se trata de uma medida que só traz vantagens para as pessoas jurídicas infratoras, nada obsta que este particular acordo de leniência previsto no artigo 17 seja utilizado para colaborar em investigações e apurações ainda não concluídas e relacionadas a fatos ocorridos em momento anterior à vigência da Lei nº 12.846/2013, a saber, 29 de janeiro de 2014.

Uma vez rejeitada a proposta de acordo de leniência, tal fato não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado pela pessoa jurídica envolvida. Já em caso de descumprimento do acordo, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos, contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento, além de ter o seu nome registrado no Cadastro Nacional de Empresas Punidas. Por fim, é importante ressaltar que os efeitos do acordo de leniência poderão ser estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que as interessadas firmem conjuntamente o acordo, respeitadas as condições nele estabelecidas.

3.10 Programas de Integridade Anticorrupção (*Compliance*)

O combate à fraude e à corrupção por meio de boas práticas de governança corporativa e ética nos negócios tem sido associado à noção de responsabilidade social empresarial. Assim, o décimo princípio do Pacto Global das Nações Unidas estabelece que “as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e propina”.

Nesse ponto, digna de destaque é a regra que prevê como critério de dosimetria na aplicação das sanções às pessoas jurídicas a adoção por estas de práticas de prevenção e controle de atos de corrupção, a exemplo de “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”, conforme dispõe o inciso VIII do artigo 7º da Lei nº 12.846/2013.

Registre-se que essa regra estimula a implementação ou o aprimoramento dos chamados “programas de *compliance* empresarial”, termo anglo-saxão que deriva da expressão “*to comply*”, cujo sentido é agir de acordo com as regras. Os programas de *compliance* garantem a adoção de condutas em conformidade com as normas e políticas internas e externas à empresa, além de fomentar um ambiente ético e transparente que se coadune com as boas práticas corporativas.

Nilson Lautenschleger Júnior (2005, p. 111) destaca que a implementação de normas mais sólidas de governança corporativa, de *compliance* e de responsabilização das empresas e seus administradores por riscos provocados por fraudes, corrupção e falta de transparência ganhou maior relevância jurídica nos Estados Unidos – e daí para o restante do globo – com a edição da lei conhecida como “Sarbanes-Oxley Act”, em 23 de janeiro de 2002. Tal norma foi uma resposta legislativa do governo norte-americano aos escândalos envolvendo o uso indevido de técnicas contábeis e o emprego de auditorias fraudulentas com o fim de aumentar a lucratividade e o valor de mercado das empresas, a exemplo do que ocorreu no caso Enron, já descrito no tópico 1.3.3 deste trabalho.

Trata-se de um avanço na legislação nacional anticorrupção, haja vista que os procedimentos e políticas internas de prevenção da corrupção implementadas pelas empresas em seu ambiente corporativo deverão ser levados em consideração por ocasião da dosimetria das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, sistemática que já é comum em outros países, como Estados Unidos e Reino Unido.

A forma como um programa de integridade anticorrupção deve ser avaliado varia de acordo com a sua estrutura e implementação, com a aferição de sua efetividade e com as especificidades da pessoa jurídica e do ramo de atividades em que ela atua, devendo ser considerados aspectos como: (i) a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; (ii) a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; (iii) a utilização de agentes intermediários, como consultores, despachantes ou representantes comerciais; (iv) o

setor do mercado em que atua; (v) os países em que atua, direta ou indiretamente; (vi) o grau de interação com o setor público, incluindo a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; (vii) a quantidade e a localização de suas subsidiárias, quando aplicável; (viii) padrões de conduta, código de ética; (ix) treinamentos periódicos sobre o programa integridade; (x) análise periódica de riscos; (xi) existência e divulgação de canais de denúncia; (xii) criação e manutenção de controles internos; e (xiii) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade.

Trata-se, por certo, de uma lista meramente exemplificativa de elementos que podem ser examinados por ocasião da avaliação de um programa de *compliance* anticorrupção. Renato Capanema (2014, p. 22) chama a atenção para o fato de que tais programas não se convertam em uma *commodity* ou um *check list* a ser simplesmente verificado pela empresa, haja vista que eles devem ser ajustados e formatados de acordo com as particularidades da pessoa jurídica, em especial quanto ao mapeamento de riscos.

Contudo, o que precisa ser repisado com a inserção deste fator como um importante critério de dosimetria das penas previstas na Lei nº 12.846/2013 é que a integridade corporativa e os princípios éticos no exercício da atividade empresária devem estar presentes em todas as ações realizadas pela pessoa jurídica, sobretudo naquelas em que se dá um relacionamento mais próximo com o setor público, ensejando, assim, a possibilidade de uma mudança de cultura a respeito da relação “público x privado” por meio da incorporação de um compromisso efetivo das empresas na luta contra a corrupção.

3.11 A Integração do Direito de Anticorrupção Brasileiro por meio da Lei nº 12.846/2013

Diante do exame acerca de como está estruturado o direito anticorrupção brasileiro no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas corruptoras e se esta estrutura normativa está adequada para tal fim, problema tratado nesta pesquisa, observou-se no correr do capítulo 2 que, diante da impossibilidade jurídica de utilização do direito penal para punir entes coletivos envolvidos em corrupção, o

ordenamento jurídico nacional foi permeado por normas de natureza extrapenal que tratam da prática de atos corruptos e corruptores em diversos âmbitos, tais como no funcionalismo público, na concorrência econômica, nas contratações públicas, nas disputas eleitorais e nas relações em geral com a Administração Pública, neste caso com a regulação sancionadora imposta pela Lei nº 8.429/1992.

Esse conjunto de leis compõe aquilo que foi denominado de Direito de Intervenção Anticorrupção, em razão da sua proximidade conceitual com o modelo de direito de intervenção desenvolvido por Winfried Hassemer.

Não obstante, conforme descrito no tópico 3.1 acima, as lacunas legislativas e dogmáticas presentes em tal subsistema normativo faziam com que a punição de pessoas jurídicas corruptoras fosse relegada a um segundo plano, seja pela necessidade de conexão com determinados atores, como a figura do agente público no caso da Lei de Improbidade Administrativa, seja pela circunscrição a determinado âmbito de irregularidades, como as infrações contra a ordem econômica no caso da Lei Antitruste, seja pela exigência de um objeto específico para caracterizar a possibilidade de persecução da pessoa jurídica, como uma licitação ou um contrato administrativo no caso da Lei nº 8.666/1993 e legislação correlata. Isso sem mencionar três outros óbices: a completa inexistência de qualquer dispositivo legal que possibilitasse a aplicação de sanções a pessoas jurídicas nacionais ou com representação no Brasil por atos de corrupção cometidos no exterior; a necessidade de comprovação de vínculo subjetivo de uma pessoa física para se atingir punitivamente a pessoa jurídica; e a presença de um aparato sancionador composto por penas que ou possuíam baixo efeito dissuasório, ou geravam efeitos devastadores na atividade empresária, ao ponto de potencialmente levar a pessoa jurídica à sua extinção.

Esse cenário evidencia que o direito anticorrupção brasileiro continha uma série de espaços normativos vazios ou de regulamentação deficitária que comprometiam a responsabilização de pessoas jurídicas corruptoras, o que estava em total dissonância tanto com os compromissos internacionais assumidos e internalizados pelo Brasil, os quais são um dos principais frutos decorrentes da virada paradigmática de abordagem da corrupção irradiada pelos estudos sócio-econômicos de Susan Rose-Ackerman, quanto com o papel desempenhado pelas pessoas jurídicas – sobretudo as corporações transnacionais – como fomentadoras da corrupção na sociedade contemporânea, fenômeno este que assume na

atualidade dimensões de um autêntico risco da modernização, na acepção elaborada por Ulrich Beck em sua teoria da sociedade de risco, sobretudo em razão da sua integração com a economia globalizada e a ciência avançada.

Frente a esse quadro de vácuos e deficiências até então presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 12.846/2013 emerge, no que diz respeito à responsabilização de pessoas jurídicas corruptoras, como a instância jurídico-legislativa que promove a integração e a compatibilização normativa entre o direito de intervenção anticorrupção nacional e a agenda acadêmica e institucional que concebe o problema da corrupção como um risco da modernização.

A partir da descrição feita nos tópicos anteriores acerca dos principais aspectos da Lei nº 12.846/2013, é possível delimitar os três eixos normativos que constituem a razão de a referida lei estar situada no topo do direito de intervenção anticorrupção brasileiro, complementando-o e harmonizando-o com institutos e ferramentas jurídicas aptas a reprimir a corrupção organizada praticada na atualidade.

O primeiro eixo é a prioridade na responsabilização de pessoas jurídicas corruptoras, ou seja, daquelas que ocupam o polo ativo da relação de corrupção e que têm interesses ou almejam benefícios decorrentes do cometimento de algum ato lesivo à administração pública. Não tem relevância para fins de incidência dos seus preceitos normativos sobre a pessoa jurídica o grau de participação das pessoas físicas que com ela se relacionam ou que por meio dela atuam. Estas continuarão a ser processadas e punidas pelos instrumentos jurídicos voltados para a responsabilização de pessoas físicas existentes em outras sedes sancionadoras. O foco da Lei nº 12.846/2013, em consonância com o risco gerado na sociedade contemporânea pela atuação corruptora de sociedades empresárias, sobretudo aquelas que atuam em cenários transnacionais, é oferecer uma alternativa juridicamente robusta e adequada à devida responsabilização das pessoas jurídicas que se valem de atos de corrupção.

O segundo eixo normativo da Lei nº 12.846/2013 consiste na incorporação do ideário da abordagem econômica da corrupção em seu ferramental legal de medidas punitivas, em especial a multa prevista no artigo 6º. Conforme exposto no tópico 1.3.1, tal perspectiva de análise da corrupção está apoiada na disputa travada pelos agentes econômicos e políticos, sejam eles privados ou públicos, para aumentar o seu bem-estar através de riscos calculados quanto a infrações às regras

que protegem o acesso à coisa pública. Por essa razão, o aparato jurídico apresentado pela Lei Anticorrupção brasileira, sobretudo os seus instrumentos sancionadores, foi desenhado para incutir nos atores propensos a praticar atos de corrupção um maior ônus por ocasião da avaliação do binômio “riscos de serem eventualmente punidos em decorrência de tais atos” x “benefícios obtidos com a corrupção”.

Tal característica normativa está acentuadamente destacada em dois institutos que compõem o programa de responsabilização da Lei nº 12.846/2013: primeiro, na multa prevista no inciso I do artigo 6º, que, a depender da situação, pode chegar a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica ou a R\$ 60.000.000,00, valores consideravelmente elevados e com a possibilidade de causar um impacto significativo na gestão patrimonial e financeira da infratora, e que transmite a ameaça jurídica de que a obtenção de qualquer vantagem resultante de um ato lesivo à administração pública poderá ter como consequência uma sanção que irá atingir diretamente o patrimônio da pessoa jurídica corruptora; e, segundo, no acordo de leniência previsto no Capítulo V da referida lei, que, em esquemas ilícitos envolvendo diversas pessoas jurídicas corruptoras, tem o potencial de gerar entre elas um constante temor de que, em algum momento, uma delas poderá romper a cumplicidade delitiva que mantém o esquema operacional e, assim, buscar o Poder Público para firmar um acordo de colaboração em troca do recebimento de mitigações punitivas.

Por fim, o terceiro eixo normativo que se identifica na Lei nº 12.846/2013 é o seu intento de estimular os entes privados a se alinharem ao setor público no dever de prevenir e reprimir a corrupção. Esse propósito se identifica em dois momentos da citada lei: primeiramente, quando se previu a possibilidade de celebração de acordos de leniência em razão do cometimento dos atos lesivos à administração pública, haja vista que o horizonte de benefícios passíveis de serem concedidos pelo Poder Público podem servir de estímulo para que pessoas jurídicas corruptoras assumam os seus ilícitos, cumpram as penas que lhe forem aplicadas e, assim, promovam uma guinada ética na forma como conduzem os seus negócios com o Estado; e, em segundo lugar, por ocasião da previsão de que a existência, a estruturação e a aplicação efetiva de programas de integridade anticorrupção servirão como importante critério para a dosimetria das sanções constantes na Lei nº 12.846/2013, o que pode constituir para as pessoas jurídicas que os implementem

não só um controle mais real e calibrado acerca de eventuais atos de corrupção e de fraudes internas que estejam sendo praticados por seus empregados ou parceiros comerciais, como também um instrumento poderoso de prevenção contra negócios maculados por atos ilícitos ou com potencial de ilicitude, a exemplo de aquisições ou fusões corporativas envolvendo empresas que estejam sendo investigadas ou processadas por corrupção⁶⁷.

⁶⁷ Importante destacar que a UNCAC possui um artigo específico determinando que os Estados Parte adotem medidas para prevenir a corrupção no setor privado (artigo 12), tais como que se promova a “formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado” (artigo 12, item 2, alínea b).

CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea tem como uma de suas marcas mais evidentes a produção de riscos dotados de um potencial de violência, danosidade e força destrutiva até então não experimentados ou enfrentados na história. Riscos estes caracterizados essencialmente pelo fato de serem humanamente criados, sobretudo a partir do impacto do desenvolvimento científico avançado e do crescimento econômico em escala global, e de não observarem fronteiras raciais, religiosas, sociais, ideológicas, políticas ou geográficas por ocasião da concretização dos perigos ínsitos a tais situações arriscadas, ainda quando o potencial de tal periculosidade não tenha sido adequada ou minimamente aferida como uma causa suficiente para gerar um risco. Estas situações potencialmente geradoras de destruição e violações e cujo controle e supressão se fazem prementes e indispensáveis no atual estágio civilizacional a sociologia denomina de “riscos da modernização”.

Entendida essencialmente como a sobreposição de interesses privado em face de interesses públicos, a corrupção praticada na sociedade atual, em que pese ser um fenômeno que não se identifica especificamente com um dado período histórico ou com um determinado sistema econômico, político ou social, é passível de ser categorizada como um risco da modernização. A razão para isso decorre da reconfiguração organizacional e do aperfeiçoamento operacional pelo qual a prática da corrupção passou na segunda metade do século XX, o que se deve a três fatores.

Primeiramente, observa-se uma mudança no paradigma de abordagem da corrupção, a qual passa a ser associada à concorrência que agentes políticos e econômicos, privados e públicos, arquitetam em busca de elevar o seu próprio bem-estar (renda, interesses, bens, valores) por meio de infrações às normas que regulam o acesso à coisa pública e o seu usufruto destinado ao coletivo. Segundo essa perspectiva econômica, a corrupção é compreendida como um fator de atraso no desenvolvimento da economia e de enfraquecimento da legitimidade das instituições políticas de uma sociedade, visão esta que se torna hegemônica a partir dos anos 1990, sobretudo em razão de ser compartilhada e aplicada pelos organismos financeiros multilaterais de desenvolvimento e pelas diversas

organizações internacionais de Estados, em especial a Organização das Nações Unidas, em suas ações, regulamentos e políticas institucionais.

Um segundo fator que eleva a corrupção à condição de risco da modernização é o seu aperfeiçoamento operacional por meio de uma integração com os avanços tecnológicos, sobretudo na área da tecnologia da informação, e com a economia globalizada, em especial com as facilidades de transferências de valores proporcionadas por um sistema financeiro que se encontra interconectado em nível mundial. Estes dois elementos fazem com que a corrupção se torne um problema que não obedece fronteiras e que exige uma concertação sincronizada e em escala internacional de medidas preventivas e repressivas entre os diversos países do globo, independentemente das dimensões geográficas, populacionais e econômicas destes.

Um último elemento que potencializa a periculosidade da corrupção na atualidade é o envolvimento de corporações transnacionais na condição de agentes corruptores, e não apenas de vítimas de práticas corruptas por agentes públicos. Principais atores que operam as cadeias globais de valor, atuando com processos de produção de bens e serviços pulverizados em diversos países e por meio de variados parceiros de negócios e movimentando anualmente trilhões de dólares em transações comerciais, as corporações transnacionais assumem no atual contexto mundial uma posição estratégica em termos econômicos, políticos, sociais e até culturais sem precedência na história das sociedades empresárias. O resultado disso é uma intensa imiscuição de tais corporações em pautas e questões estatais e a consequente possibilidade de contaminação destas pelos interesses privados daquelas, tornando-as, assim, fomentadoras potenciais da corrupção na modernidade.

O direito, historicamente um dos mais importantes instrumentos civilizatórios para o exercício do controle social, tem sido o caminho preferencial para o combate dessa forma modernizada da corrupção, seja por meio do estabelecimento de diretrizes voltadas à prevenção de tais atos, seja por meio da imposição de penalidades àqueles que incorram em tais práticas. O fato de a corrupção ter se tornado um problema sistêmico e global atraiu a atenção do direito internacional, o qual passou a dispor sobre a matéria em diversos acordos multilaterais firmados entre países integrantes dos mais variados organismos internacionais, a exemplo da Convenção da OCDE sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

Transações Comerciais Internacionais, de 1997, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), de 2003.

Além de ter aderido e incorporado ao ordenamento jurídico nacional as principais convenções internacionais anticorrupção, o Brasil constituiu internamente um vasto sistema jurídico sancionador que tangencia diversas áreas e questões suscetíveis a ação de agentes corruptos e corruptores. Esse conjunto de normas jurídicas que se interconectam no *telos* de combater a corrupção é composto tanto por leis criminais, as quais têm sido constantemente lançadas ou modificadas e em geral com a criação de novos tipos penais ou com o agravamento de sanções já existentes, quanto por leis extrapenais integradas por disposições regulatórias afetas, sobretudo, à esfera civil e administrativa, sem olvidar dos diversos mecanismos processuais que servem de instrumento para a aplicação de tais normas.

O âmbito penal de combate à corrupção no Brasil enfrenta sérios problemas de aplicabilidade e efetividade, demonstrando, assim, possuir muitas vezes um papel meramente simbólico na sociedade. Isso se deve, em especial, em razão da sua inutilidade para punir pessoas jurídicas envolvidas em tais atos, decorrente sobretudo das travas constitucionais atualmente vigentes no país, e das dificuldades legislativas e dogmáticas decorrentes da categoria conhecida como “direito penal de riscos”, a qual pertencem as disposições jurídico-penais brasileiras anticorrupção.

O contexto extrapenal de prevenção e repressão à corrupção no país, por sua vez, tem se mostrado mais apto e adequado a lidar juridicamente com o enfrentamento desse risco da modernização. Em razão de fatores como a desnecessidade de um sistema de normas codificadas, a sua maior compatibilidade com a responsabilização de pessoas jurídicas e a previsão de um conjunto de garantias processuais e recursais aos acusados que fossem seguras e efetivas, sem, contudo, a rigidez exigida no âmbito de um processo criminal, é possível que se enquadre o conjunto de normas extrapenais brasileiras anticorrupção como uma espécie de direito de intervenção, segundo o modelo conceitual idealizado por Winfried Hassemer.

A recente publicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, representa a coroação desse sistema extrapenal anticorrupção de nítido cariz hassemeriano de direito de intervenção, na medida em que veio a suprir uma série de lacunas legislativas e práticas relacionadas à responsabilização de pessoas jurídicas por

corrupção, problemas estes relacionados, sobretudo, à insuficiente e deficitária atenção punitiva dada às pessoas jurídicas corruptoras através das normas jurídicas de cariz anticorrupção anteriores a Lei nº 12.846/2013, em especial a Lei nº 8.429/1992 na seara civil e a Lei nº 8.666/1993 na esfera administrativa.

A sua aplicação a atos lesivos contra a administração pública estrangeira, o emprego da responsabilização objetiva para punir as pessoas jurídicas envolvidas, a especificação dos atos típicos ensejadores de penalidades, o estabelecimento de punições dissuasórias e de nítido viés econômico, a descrição pormenorizada de um rito procedimental administrativo, a opção pela via não criminal de combate à corrupção, a possibilidade de celebração de acordos de leniência destinado a tornar mais célere e eficaz as investigações de atos lesivos à administração pública e a sua acentuada função teleológica de estimular a prevenção por meio de mecanismos de *compliance* anticorrupção a serem estruturados pelas pessoas jurídicas são inovações inauguradas pela Lei nº 12.846/2013 no cenário normativo brasileiro de combate à corrupção, as quais tornam a referida lei um instrumento normativo avançado e que a encimam como corolário do direito de intervenção anticorrupção no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIDT, Toke S. Corruption, institutions, and economic development. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 25, n. 2, p. 271-291, 2009.

ARAÚJO, Felipe Dantas de. *Direito anticorrupção no Brasil*. 2010. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Cizur Menor: Arazandi, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826, DE 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970659&filename=SBT+1+PL682610+%3D%3E+PL+6826/2010>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-28.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 16. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013. v. 1.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php?validar=form>. Acesso em: 23 de julho de 2014.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Avaliação. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/avaliacoes.asp>>. Acesso em: 24 de abril de 2014.

_____. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/ceis/Consulta.seam>>. Acesso em: 21 de julho de 2014.

_____. CGU conclui processo e declara Delta inidônea. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2012/noticia08412.asp>>. Acesso em: 23 de abril de 2014.

_____. Governo Federal expulsa mais de 4 mil servidores em 10 anos. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2014/noticia00514.asp>>. Acesso em: 21 de junho de 2014.

COCKCROFT, Laurence. *Global corruption: Money, power and ethics in the modern world*. Nova Iorque: I.B. Tauris, 2012.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

FACKLER, Martin. Internet Cheating Scandal Shakes Japan Universities. *The New York Times*, Nova Iorque, 1 mar. 2011. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/03/02/world/asia/02japan.html?_r=0>. Acesso em: 21 de abril de 2014.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008a.

_____. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008b. p. 353-361.

FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION. The Financial Crisis Inquiry Report. Washington: U.S. Government Printing Office, 2011.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. The rise of risk. In: ERICSON, Richard V.; DOYLE, Aaron (Ed.). *Risk and morality*. Toronto: University of Toronto Press, 2003. p. 48-86.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

_____. *O mundo na era da globalização*. 6. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARVEY, David. *O enigma do capital*. São Paulo: Boitempo, 2011.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: RAMÍREZ, Juan Bustos (dir.). *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995. p. 23-36.

_____. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUMAN GENOME PROJECT INFORMATION ARCHIVE. Potential Benefits of HGP Research. Disponível em: <http://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/benefits.shtml>. Acesso em: 02 de março de 2014.

HUNTINGTON, Samuel P. Modernization and Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (Ed.). *Political corruption: concepts and contexts*. 3. ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002. p. 253-263.

INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY. Chernobyl's Legacy: Health, Environmental and Socio-economic Impacts and Recommendations to the Governments of Belarus, the Russian Federation and Ukraine. Disponível em: <<http://www.iaea.org/Publications/Booklets/Chernobyl/chernobyl.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

JOUTSEN, Matti. The United Nations Convention against corruption. In: GRAYCAR, Adam; SMITH, Russell G. (ed.). *Handbook of global research and practice in corruption*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 303-318.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KNOWLTON, Brian; GRYNBAUM, Michael. Greenspan 'shocked' that free markets are flawed. *The New York Times*, Nova Iorque, 24 out. 2008. Disponível em:

<http://www.nytimes.com/2008/10/23/business/worldbusiness/23iht-gspan.4.17206624.html?_r=0>. Acesso em: 30 de abril de 2014.

KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, Nashville, v. 64, n. 3, p. 291-303, jun. 1974.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro: ensaio de uma reflexão crítica e comparada*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (Ed.). *Political corruption: concepts and contexts*. 3. ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002. p. 307-320.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

MADRID, Antonio. Los deberes de las corporaciones transnacionales. In: ARAÚJO, José A. Estévez (ed.). *El libro de los deberes*. Madri: Editorial Trotta, 2013.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a cartéis em licitações*. Brasília: Publicação Oficial, 2008.

_____. Relatórios estatísticos/analíticos do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A->

A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={D82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>.

Acesso em: 09 de julho de 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Mapa da Improbidade. Disponível em: <<http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/mapas/mpf/improbidade/?UID=1406164524>>.

Acesso em: 18 de julho de 2014.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 21-43.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINTO, Céli Regina Jardim. *A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira. *A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações públicas*. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RADIATION EFFECTS RESEARCH FOUNDATION. Frequently Asked Questions. How many people died as a result of the atomic bombings. Disponível em: <http://www.rerf.or.jp/general/qa_e/qa1.html>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madri: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.

_____. The political economy of corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Ed.). *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997. p. 31-60.

_____. The role of international actors in fighting corruption. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; CARRINGTON, Paul D. (Ed.). *Anti-corruption Policy*. Durham: Carolina Academics Press, 2013. p. 3-38.

SAITO, Mari; SLODKOWSKI, Antoni. Japan says Fukushima leak worse than thought, govt joins clean-up. *Reuters*, Tóquio, 07 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2013/08/08/japan-fukushima-pm-idUSL4N0G80HK20130808>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

SALDAN, Eliane. *Os desafios jurídicos da guerra no espaço cibernético*. 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

SANDEL, Michael. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

_____. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TREZZI, Humberto. Dobram registros de superbactérias em hospitais de Porto Alegre. *Zero Hora*, Porto Alegre, 29 nov. 2013. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2013/11/dobram-registros-de-superbacterias-em-hospitais-de-porto-alegre-4348716.html>>. Acesso em: 02 de março de 2014.

UNCTAD. *2013 World Investment Report*. Genebra: United Nations Publication, 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2013_en.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Signatories to the United Nations Convention Against Corruption. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>>. Acesso em: 23 de abril de 2014.

UNITED STATES DEPARTMENT OF THE TREASURY. *Financial Crimes Enforcement Network Advisory*. Vienna, mar. 2003. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/rp/advisory/pdf/advis2w.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2014.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Acerca del concepto de corrupción. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Ed.). *La corrupción política*. Madri: Alianza Editorial, 1997. p. 39-69.

VAZ, Lúcio. Golpe no pregão eletrônico. *Isto É*. edição 2168, 01 jun. 2011. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/139247_GOLPE+NO+PREGAO+ELETRONICO>. Acesso em: 07 de abril de 2014.

VILLEGAS, Mauricio García; RODRÍGUEZ, César A. Derecho y sociedade en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In:

VILLEGAS, Mauricio García; RODRÍGUEZ, César A. (Ed.). *Derecho y sociedade en América Latina*. Bogotá: ILSA, 2003. p. 15-66.

XIMENES, Julia Maurmann. O processo de produção científico-jurídica – o problema é o problema. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 17., 2008, Brasília. *Anais do...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 4791-4805.