

O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção¹

Melillo Dinis do Nascimento

Advogado em Brasília/DF. Professor e pesquisador especialista em Direito Público. Tem também formação em outras áreas das ciências sociais. Desde 2012 é Diretor do Instituto Brasileiro de Direito e Controle da Administração Pública – IBDCAP, em Brasília/DF. Atua em movimentos sociais, na Comissão Brasileira de Justiça e Paz, órgão vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, e na Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Brasília. É autor de vários artigos e livros, dos quais se destacam *Sociedade, Igreja e Democracia* (São Paulo: Ed. Loyola, 1989) e *Direito, Ética e Justiça: reflexões sobre a reforma do Judiciário* (Petrópolis: Ed. Vozes, 1996). Nos últimos anos trabalha na investigação da questão da corrupção e em prol dos Direitos Humanos.

Sumário: 1 Introdução – 2 A corrupção – 3 Por uma teoria jurídica da corrupção – 4 O direito brasileiro, suas normas e a corrupção – 5 A Lei nº 12.846/2013 – 6 Desafios da Lei Anticorrupção – 7 À guisa de conclusão

As unhas dobradas são as que se armam de vários modos e invenções para furtar, com tal arte, que nunca lhes escapa a presa. Há na dialética um argumento, que chamamos dilema, porque joga com duas proposições, como com pau de dois bicos, que necessariamente vos haveis de espetar em um deles. Tais são os ladrões que chamo de unhas dobradas, porque as aguçam de sorte que, por uma via ou outra, lhes haveis de cair nelas. Com um exemplo isto ficará claro e corrente. Quando Sua Majestade, que Deus guarde, manda fazer cavalaria para as fronteiras, é certo que há grandíssima variedade nos preços e que nunca se ajustam os avaliadores, umas vezes por alto, outras por baixo, com que fica armado o dilema de que não pode escapar o furto.

Arte de furtar²

Tanto que lá chegam, começam a furtar pelo modo indicativo, porque a primeira informação que pedem aos práticos é que lhes apontem e mostrem os caminhos por onde podem abarcar tudo. Furtam pelo modo imperativo, porque, como têm o mero e misto império, todo ele aplicam despoticamente às execuções da rapina. Furtam pelo modo mandativo, porque aceitam quanto lhes

¹ Texto originalmente publicado em: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Coord.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/13*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p 59-116. (Coleção Jacoby de Direito Público; v. 13).

² Anônimo do século XVII. *Arte de furtar*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 344.

mandam, e, para que mandem todos, os que não mandam não são aceitos. Furtam pelo modo optativo, porque desejam quanto lhes parece bem e, gabando as coisas desejadas aos donos delas, por cortesia, sem vontade, as fazem suas. Furtam pelo modo conjuntivo, porque ajuntam o seu pouco cabedal com o daqueles que manejam muito, e basta só que ajuntem a sua graça, para serem quando menos meeiros na ganância. Furtam pelo modo potencial, porque, sem pretexto nem cerimônia, usam de potência. Furtam pelo modo permissivo, porque permitem que outros furtem, e estes compram as permissões. Furtam pelo modo infinitivo, porque não tem o fim o furtar com o fim do governo, e sempre lá deixam raízes em que se vão continuando os furtos. Estes mesmos modos conjugam por todas as pessoas, porque a primeira pessoa do verbo é a sua, as segundas os seus criados, e as terceiras quantas para isso têm indústria e consciência. Furtam juntamente por todos os tempos, porque do presente – que é o seu tempo – colhem quanto dá de si o triênio; e para incluírem no presente o pretérito e futuro, do pretérito desenterram crimes, de que vendem os perdões, e dívidas esquecidas, de que se pagam inteiramente, e do futuro empenham as rendas e antecipam os contratos, com que tudo o caído e não caído lhes vem a cair nas mãos. Finalmente, nos mesmos tempos, não lhes escapam os imperfeitos, perfeitos, *plus quam* perfeitos, e quaisquer outros, porque furtam, furtaram, furtavam, furtariam e haveriam de furtar mais, se mais houvesse. Em suma, que o resumo de toda esta rapante conjugação vem a ser o supino do mesmo verbo: a furtar para furtar.

*Sermão do Bom Ladrão*³

1 Introdução

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, muda o paradigma do controle da corrupção no Brasil. A norma dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Como parte de um esforço transnacional por mais transparência na gestão pública e ética nas sociedades, a nova lei está em vigor desde janeiro de 2014, conforme seu artigo 31. O presente texto analisa a nova lei, desde a perspectiva do controle da corrupção, do Direito Constitucional e Administrativo brasileiro, além de destacar alguns aspectos teóricos e práticos presentes na nova legislação, mesmo que aparentemente subjacentes à norma.

³ VIEIRA, Antônio. *Sermões*. Erechim: Edelbra, 1998, Vol. 4, p. 86.

2 A corrupção

A Lei Anticorrupção é o centro deste texto. Ao apontar críticas acerca da nova legislação, delimito alguns aspectos da corrupção e sua contextualização no Brasil.

2.1 A corrupção no Brasil

Há um histórico de casos de corrupção que contamina todos os níveis do Estado brasileiro. A Constituição de 1988, diante da quantidade e complexidade da corrupção, elevou a questão da transparência e da moralidade públicas ao *status* de direitos essenciais ao próprio Estado.⁴ Esta tendência é uma novidade na história constitucional do país. Há, nesse contexto, uma tentativa de implantação de muitos valores a partir da normativa constitucional que vem modificando, ao longo dos últimos 25 anos, o arcabouço institucional do Brasil,⁵ país construído a partir do permanente conflito entre os espaços públicos e privados.⁶ E, o campo jurídico,⁷ especialmente o administrativo,⁸ tem uma grande tarefa. Dentre os diversos elementos jurídicos, culturais, econômicos, sociais, políticos e de *accountability* para a efetivação do conjunto de valores, princípios e normas da Constituição Federal, a teoria jurídica, especialmente o direito administrativo, deve enfrentar um fenômeno central e recorrente na história brasileira: a corrupção. Ela é um desafio para a sociedade brasileira, pois prejudica o desenvolvimento nacional e afeta a todos.

2.2 A corrupção é um fenômeno mundial

O caso brasileiro não é único. Várias sociedades, Estados e sistemas políticos contemporâneos lutam contra problemas como a corrupção, o nepotismo, o fisiologismo,

⁴ Ver de forma sistemática o princípio da moralidade em CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

No sentido mais dogmático, ver: GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública* (O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa). São Paulo: Malheiros, 2002, especialmente p. 297.

⁵ Como obra que avalia o impacto da Constituição Federal de 1988 nas instituições brasileiras, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 819 e ss.

⁷ Diferente da ideia de estrutura ou de sistema, para Bourdieu o campo é um espaço de permanente conflito e luta entre agentes e instituições: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000, p. 155 e ss.

No Brasil, Lenio Streck trabalha com o conceito de “campo jurídico”, também a partir de Bourdieu, constituído em um “conjunto de todos os personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos lhe dão dinamismo, mas também o mantém como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; portanto, a disputa reafirma e ainda fortalece o campo”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 926 e nota 2.

⁸ Sobre o campo jurídico administrativo, ver: DROMI, Roberto. *Sistema jurídico e valores administrativos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 40 e s.

o crime organizado, a lavagem de dinheiro, o enriquecimento ilícito, o suborno, o favorecimento, as “mordomias” etc. A terminologia empregada para descrever as áreas problemáticas varia, dependendo do tipo de abordagem – jurídica, econômica, cultural, sociológica, antropológica, policial, filosófica, política ou jornalística. A suposição que esses fenômenos possam ter um denominador comum ou integral não encontra confirmação imediata. Alguns⁹ apontam para os custos econômicos e sociais, mas há divergência se esses fazem referência à lesão ao patrimônio público ou à perda de credibilidade do sistema político-administrativo. Outros¹⁰ enfatizam o aspecto da transgressão, da violação das regras formais ou do consenso moral. Na falta de um termo mais preciso, a expressão *corrupção* representa toda a série de problemas citados.

2.3 Enfrentando a corrupção

A sensibilidade pública a respeito da corrupção está crescendo, especialmente na América Latina, conforme os dados da Transparência Internacional.¹¹ Países como Brasil, Chile, Argentina e Paraguai passaram o ano de 2013 com várias manifestações públicas contra a corrupção. A doutrina também aprofunda a descrição e a análise do fenômeno.¹² Como resultado de profundas preocupações, ainda ao fim do

⁹ Por exemplo: CAVALCANTE, Ruszel Lima Verde. *Corrupção, origens e uma visão de combate*. Brasília: Fundação Astrogildo Pereira, 2006.

Na discussão econômica ver: ELLIOTT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia global*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002; e MONTORO FILHO, André Franco. *Corrupção, Ética e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: ETCO, 2012.

¹⁰ Cf.: BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹¹ Uma das unidades de análise da Transparência Internacional – TI – é o Índice de Percepções da Corrupção – IPC (*Corruption Perceptions Index*), que em 2012 colocou o Brasil na 69ª posição, com o *score* de 43 pontos, atrás de países como Uruguai (20ª) e Portugal (33ª) e à frente de outros, como a Itália (72ª) e Argentina (102ª) – cf. <www.transparency.org/cpi2012/results>.

Em 2013, os dados mostraram uma alteração, mas nada significativo, com um *score* de 42 pontos para o Brasil e o 72º lugar entre 177 países avaliados pelo IPC. O resultado foi um ponto inferior e três posições abaixo que no ano anterior – cf. <www.transparency.org/cpi2013/results>. A escala de pontuação vai de 0 a 100, na qual 0 representa a percepção mais alta de corrupção e 100 a percepção mais baixa de corrupção. O topo do *ranking* foi dividido por Dinamarca e Nova Zelândia, com 91 pontos cada. Uruguai e Chile foram os países latino-americanos mais bem avaliados, com 73 e 72 pontos, respectivamente. Porto Rico, Costa Rica e Cuba também ficaram acima do Brasil no *ranking* regional. A última colocação foi dividida entre Afeganistão, Coreia do Norte e Somália, com 8 pontos cada. A pontuação média é de 39 pontos na América Latina em 2013. Os pontos da região estão apenas ligeiramente acima da pontuação média do Oriente Médio, do Norte da África (37) e da África Subsaariana (33) e muito abaixo da pontuação média de 66 pontos da Europa Ocidental.

Como tudo no mundo, esse tipo de dado objetivo acaba por desprezar outras variáveis que mereceriam relacionar-se com a percepção da corrupção. Penso em duas: (a) liberdade de imprensa; e (b) qualidade das instituições democráticas. Cingapura (5ª), Malásia (53ª) e Cuba (63ª), países colocados à frente do Brasil em 2013, não são os melhores exemplos de países quando essas variáveis são consideradas. Para aprofundar o debate entre leis, economia e democracia, ver: MARTINS, Júlia Cardaval. Constituição, Economia e Desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, ago.-dez. 2009, n. 1, p. 97-110.

¹² Utilizo fenômeno (*phainomenon*) no sentido de Heidegger, situando-o no mundo na fronteira do eu com os objetos reais: “Fenômeno em sentido fenomenológico é só aquilo que é ser, mas ser é sempre ser de um

século passado (1996), os países da Organização dos Estados Americanos – OEA – aprovaram a Convenção Interamericana Contra a Corrupção – CICC. A Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento – OCDE,¹³ por meio da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1997, influenciou decisivamente e possibilitou uma série de debates e mudanças nas legislações nacionais e comunitárias.¹⁴ Em 2003, as Nações Unidas também criaram a Convenção sobre o tema, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção – CNUCC. Outros organismos internacionais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial de Comércio e diversas instituições da sociedade civil lutam¹⁵ contra a corrupção em todo o mundo. Vivemos, portanto, um tempo em que há esforços amplos e múltiplos no enfrentamento da corrupção e de seus efeitos em vários países.¹⁶

2.4 Os problemas da corrupção

Há muitos problemas na corrupção. Uma extensa literatura ao longo da segunda metade do século passado e nestes anos do século XXI tratou desse fenômeno, seus universos e as possibilidades de combate à sua disseminação. Destaco três problemas associados ao fenômeno da corrupção. Não são os únicos que mereceriam uma aproximação, mas são os necessários para pensar a sociedade brasileira diante da Lei nº 12.846/2013.

2.4.1 O conceito de corrupção

O primeiro problema que apresento diz respeito à dificuldade de um conceito útil para conhecer e compreender todo o fenômeno da corrupção. Há, de fato, diversas questões distintas associadas ao termo “corrupção”, mas correlacionadas entre si. Há uma definição legal, outras definições políticas, definições da opinião pública e da opinião publicada, dentre outras acepções. A questão é que a conceituação não é apenas um problema de fim, mas de método. A prevenção e o combate à

ente: daqui que quando se visa libertar o ser, seja necessário fazer comparecer o ente na forma apropriada”, cf. HEIDEGGER, Martin. *El Ser y el tiempo*. 7. ed. México/Madrid/Buenos Aires: F. Cultura Económica, 1989, p. 46-47.

¹³ A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, no âmbito da OCDE, influenciou diretamente a Lei nº 12.846/2013.

¹⁴ Em 1997, o Conselho da União Europeia aprovou o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros dessa união. Em 2003 foi celebrada a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção.

¹⁵ Em destaque, a Transparência Internacional (<www.transparency.org>).

¹⁶ COMISSÃO EUROPEIA – Secretaria de Gestão. *Seminário Brasil-Europa de prevenção da corrupção: textos de referência*. Brasília: Ministério do Planejamento, 2007.

corrupção exigem certo conhecimento que tenha como razão uma linguagem¹⁷ capaz de organizar a questão e apoiar no processo, difícil e longo, de modificar o quadro da corrupção.¹⁸ Portanto, para discutir conceitos com vistas a analisar o problema e prevenir o fenômeno, são utilizadas quatro dimensões que permitem realizar uma modelação mínima.

2.4.1.1 Dimensões para pensar um conceito de corrupção

Aqui não pretendo reduzir a questão, nem sintetizar as teorias do problema de maneira simplificada. A intenção é, todavia, a partir das complexidades do mundo real, tentar perceber as relações significativas entre as variáveis do fenômeno, com o objetivo de aumentar a capacidade de fazer previsões e oferecer normas, procedimentos, mecanismos e políticas públicas que possam enfrentar mais e melhor a corrupção.

2.4.1.1.1 A dimensão das relações corruptas

A dimensão inicial de conhecimento da corrupção está no marco das instituições do Estado e da sociedade, que não se excluem, apesar de terem significados diferentes e propósitos distintos e complementares. Por mais que muitos não sejam simpáticos à ideia de “instituições”, elas são um dado de nosso tempo. Estão aí, existem. Ninguém pode prescindir delas. Se isso é verdade, a questão é: como surgem os incentivos à corrupção nas instituições públicas? Nessa dimensão, se queremos reformas, temos que apontar claramente como são realizadas as operações e as relações corruptas dentro dessas instituições e responder com o objetivo de, por meio de reformas, reduzir de forma decisiva os incentivos para pagar ou cobrar subornos, propinas, vantagens etc., além de incrementar o risco de corromper ou ser corrompido. Esse é o primeiro desafio para entender a corrupção.

2.4.1.1.2 A pluralidade do significado da corrupção

A dimensão segunda reconhece que o conceito de corrupção não é algo igual em todos os países, culturas, ou mesmo em todas as sociedades. Há que se compreender uma pluralidade de significados. Falar de corrupção nos países escandinavos,

¹⁷ Tenho que a linguagem é sempre um *phármakon*, com todas as questões que este uso traz consigo cf. PLATÃO. *Fedro*. Lisboa: Verbo, 1973, p. 274c-275b. Na passagem em que descreve o mito de Theuth e Thamus, Platão por meio de Theuth coloca a linguagem como um fármaco (*phármakon*) da sabedoria. Mas, como todo fármaco, pode ser também um veneno se não utilizado em doses proporcionais.

¹⁸ Ver GARDINER, John. *Defining Corruption*. In: PUNCH, Maurice; KOLTHOFF, Emile; VIJVER, Kees van der; VLIET, Bram van (Orgs.). *Coping with Corruption in a Borderless World: Proceedings of the Fifth International Anti-Corruption Conference*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers. 1993, cap. 3, p. 21-38.

no Reino Unido, na Ásia, nos países africanos ou nos países periféricos da América Latina não tem o mesmo significado, apesar de alguns aspectos isolados aparentarem ser os mesmos.

2.4.1.1.3 A dimensão estrutural

O terceiro aspecto do conhecimento parte da indagação de como as estruturas básicas dos setores públicos e privados produzem ou suprimem a corrupção. A relação entre os incentivos para a corrupção e as formas democráticas deve ser considerada, bem como o poder de negociação relativo que possuem as organizações públicas e privadas e os agentes individuais. Diferentemente da primeira dimensão, trata-se de algo no campo estrutural, em torno da mudança das estruturas institucionais, suas relações com o mercado e com os cidadãos. Questões como a visibilidade, a transparência, a ética das políticas e da Política são fundamentais para definir uma estruturação da questão, a partir de um senso sobre o que é e o que não é corrupção, para permitir mudar a sua percepção na cultura e no espaço da cidadania.

2.4.1.1.4 A dimensão da reforma

Finalmente, considera-se que o ato de conhecer, explicar, organizar e transformar está diante do grande desafio que é implementar as mudanças. Quaisquer mudanças são difíceis, mais ainda quando exigem um duplo espaço de superação: (a) as estruturas do Estado e da sociedade, suas relações e seus interesses; e (b) a cultura. Como as receitas não funcionam da mesma maneira em todos os países e em todas as instituições, as reformas têm que ser pensadas e adaptadas não apenas para criar um “sistema de integridade”, mas modificar as estruturas e as formas de relação entre Estado e sociedade, especialmente no campo dos negócios, para que estes não se transformem em negociatas. A tensão é, em casos extremos como o brasileiro, reduzir o máximo possível os incentivos para a corrupção e não apenas endurecer os controles *ex post*.

O objetivo de “conhecer” a corrupção não é eliminá-la totalmente, pois esse objetivo, além de possivelmente transcender à condição humana, implica custos excessivos e paralisação absoluta da máquina pública. O que se busca, de forma direta, é reduzir ao máximo a corrupção de modo a estabelecer a melhor relação de custo-benefício eficiente para o Estado, além de garantir a ética na política, e, assim, ampliar a eficiência, a eficácia, a efetividade, a equidade e a legitimidade do Estado, especialmente em países periféricos como o Brasil.

2.4.1.2 Em torno de um conceito

De todo modo, proponho um conceito, meramente instrumental e voltado para oferecer uma compreensão, dentro do universo pluridimensional, que visa modificar

a história da corrupção no Brasil. Assim, para fins do presente texto, a corrupção é o uso de bens, serviços, interesses e/ou poderes públicos para fins privados, de forma ilegal.¹⁹ Dito de outra forma: a corrupção é a interação voluntária de agentes racionais, com base em ordenamento de preferências e restrições, na tentativa de capturar, ilegalmente, recursos de organizações públicas, das quais pelo menos um deles faz parte, sendo as ações propiciadas por ambiente de baixa *accountability*.²⁰

2.4.1.3 Tipos de corrupção

Discurso acerca de uma tipologia da corrupção, iniciando por um corte transversal a partir da relação Estado-sociedade.

2.4.1.3.1 Corrupção sistêmica

Ao contrário de oportunidades ocasionais, a corrupção sistêmica ocorre quando a corrupção é um aspecto integrado e essencial do sistema econômico, social e político. Não se trata aqui de uma categoria especial da prática da corrupção, mas uma situação em que a maioria das instituições e processos do Estado está rotineiramente dominada e utilizada por indivíduos e/ou grupos, não tendo a sociedade, na maior parte das vezes, alternativa que não seja lidar com a corrupção.²¹ É uma corrupção no plano estrutural.²²

¹⁹ Essa definição é próxima da utilizada de forma mais corrente pela Transparência Internacional: “the abuse of entrusted power for private gain” (cf. <www.transparency.org>).

²⁰ Tomo a segunda definição de MELO, Clóvis Alberto Vieira de. *Alta corrupção como resposta a baixos níveis de accountability*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, 2003, 166 f. Disponível em: <<http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20031107122738.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

²¹ JOHNSTON, Michael. Fighting Systemic Corruption: Social Foundations for Institutional Reform. *The European Journal of Development Research*, 1998, n. 10, p. 85-104.

²² A partir das ideias de Luhmann, a corrupção sistêmica ocorre no plano estrutural da estabilização das expectativas. Não deve ser compreendida somente em termos penais, nem simplesmente no campo da conduta individual. Decorre de uma sobreposição destrutiva de critérios de uma esfera de ação sobre outras. No campo do Direito, isso envolve não só a compra de sentença ou a troca de benefícios econômicos por um julgamento, mas também a decisão judicial definida primariamente por determinação do poder político conforme a diferença entre governo e oposição, das boas relações, da troca de favores, do parentesco, da amizade *etc.* E a corrupção sistêmica não tem conceitualmente a ver com a quantidade dos que, direta ou indiretamente, nela atuam e dela se beneficiam. Pode ser um número pequeno. O grande problema da corrupção sistêmica quando se estabelece no plano estrutural em que um código é corrompido e não tem condições de reagir aos episódios de corrupção, é a tendência grave na sociedade contemporânea hipercomplexa de generalização, pois se caracteriza a desdiferenciação sistêmica. Para aprofundar a questão ver: LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998.

No sentido de uma crítica aos poderes públicos no Brasil que atuam em grande parte à margem da lei e da Constituição, envolvidos na corrupção sistêmica a partir de Luhmann, ver NEVES, Marcelo. *O Supremo e o CNJ face à corrupção sistêmica* (textos do Observatório da Jurisdição Constitucional). *Revista Consultor Jurídico*. 20 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-20/observatorio-constitucional-supremo-cnj-face-corrupcao-sistemica>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

Numa perspectiva do diálogo entre o pensamento de Luhmann e o de Habermas sobre a corrupção e sua superação a partir do universo jurídico, ver: MIRANDA, Daniela e SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito, silêncio

2.4.1.3.2 Corrupção esporádica ou individual

A corrupção esporádica é o oposto da corrupção sistêmica e ocorre de forma irregular. Nem sempre é alcançada pelos mecanismos de controle. Apesar desse aspecto, esse tipo de corrupção pode afetar diretamente o campo da moral pública e a economia por meio da drenagem de recursos.

2.4.1.3.3 Corrupção política ou macrocorrupção

Exposta a dicotomia sistêmica-individual, outro duplo polo do fenômeno da corrupção é abordado: macrocorrupção X microcorrupção. Essa segunda polarização serve para compreender de forma mais sistemática o funcionamento da corrupção frente ao poder.

A corrupção política é qualquer transação entre os agentes dos setores públicos e privados em que os bens, serviços, interesses e/ou poderes públicos estão comprometidos com sua conversão em vantagens privadas e ilegais. Geralmente a corrupção política é usada como sinônimo da macrocorrupção, em oposição à ideia de corrupção burocrática ou microcorrupção, por conta do envolvimento de políticos e pessoas na alta Administração Pública, seja na esfera federal, estadual ou municipal. Aqui o fenômeno alcança a prática recorrente em muitos países do uso, por parte dos políticos e agentes do Estado, que detêm poderes públicos em decorrência de mandatos populares por meio do voto (ou do sistema de representação), da autoridade para sustentar o poder, o *status* e a riqueza, apropriando-se de recursos públicos e pervertendo a maneira como as decisões são tomadas.

A corrupção política acontece com frequência maior quando as leis e os regulamentos são ignorados pelas autoridades públicas, colocadas de lado ou ainda interpretadas segundo seus próprios interesses e de seus parceiros no campo privado. No campo da formulação de leis e/ou decisões públicas, a macrocorrupção atinge o fim da política e destrói a democracia.²³

2.4.1.3.4 Corrupção burocrática ou microcorrupção

A corrupção em pequena escala e cotidiana que ocorre nos locais e/ou espaços de implementação das políticas públicas, quando os agentes públicos estão muito

e corrupção: um diálogo com Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1396, 28 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9797/direito-silencio-e-corrupcao>>. Acesso em: 27 nov. 2013. Alguns autores tratam da corrupção endêmica numa leitura muito próxima da corrupção sistêmica, mesmo que não compartilhem da origem do pensamento em Luhmann. Q. cfr.: RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção Endêmica*. Florianópolis: Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Coedição do Autor, 2000.

²³ Ver HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (Org.). *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick/Londres: Transaction Publishers, 2009.

próximos dos agentes dos setores privados ou do cidadão comum. Ocorre geralmente na forma de suborno em conexão com o descumprimento das leis, normas e regulamentos já existentes. Os montantes de dinheiro e a troca de vantagens são em quantia modesta, também chamada de corrupção de “baixo nível”, por conta da experiência que as pessoas têm no encontro com a Administração Pública e nos serviços públicos que exigem atendimento, licenciamento, controle, poder de polícia, tributos etc.

2.4.1.4 Corrupção legal e corrupção moral²⁴

Mais um duplo merece uma breve discussão: a ideia de corrupção moral e de corrupção legal. Direito e moral são partes da(s) cultura(s) e acabam por impor um espaço comum de percepção no discurso dos diversos atores sociais.²⁵ A permanente tensão entre direitos e deveres, de um lado, e moral e direito, doutro, é uma marca de nosso tempo. É também uma questão complexa. A sua superação demanda um aparato de garantias e medidas concretas do Estado e da sociedade com o objetivo de melhorar os processos sociais, criar formas que neutralizem as forças desagregadoras e excludentes da própria existência do Estado e da sociedade e, por fim, aproximar o direito da moral pública.

Temos, concretamente, a necessidade de compreender as relações entre direito e moral, numa época em que essa questão se desdobra em dois polos: um “ideal” e um “histórico”.²⁶ O dado histórico possibilita a percepção, mesmo que de forma mediata, da evidência de que os muitos caminhos possíveis entre direito e moral são decorrentes de uma profunda relação entre pessoas, comunidades, estruturas

²⁴ Aqui não se defende uma cisão entre direito e moral. Mas, também, não se cai na armadilha teórica de trabalhar com o direito e a moral como uma questão única, apesar da existência de uma “co-originariedade” entre ambos. Discutindo as diferenças entre direito e moral, Habermas mostra que a relação de co-originariedade entre as duas matérias significa que o direito positivo não pode extrair toda sua força legitimadora de um princípio moral consubstanciado num direito superior, natural, nem pode se reduzir a um empirismo que nega qualquer tipo de legitimidade que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras. Dito doutra forma, o direito não é mera cópia da moral, mas também não é completamente estranho a ela. Na compreensão de Habermas no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação que surgem lado a lado, completando-se. Assim, pode-se dizer, com Habermas, que as questões morais e jurídicas se referem aos mesmos problemas. O que há de comum entre os dois universos é que a moral e o direito servem para regular conflitos interpessoais; ambos devem proteger, de forma simétrica, todos os participantes e afetados. Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, tomos I e II; MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁵ Cf. KAHN, Paul. *El Análisis Cultural del Derecho*: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona: Gedisa, 2001, especialmente o capítulo 2.

²⁶ A conjugação dos dois polos (ideal-normativo e empírico-histórico) na nossa época é bem explorada por LIMA VAZ, Henrique Claudio de. *Democracia e Sociedade*. In: TOLEDO, Cláudia; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Ética e Direito*. São Paulo: Landy/Loyola, 2002, p. 344.

estatais, normas e valores. Ao mesmo tempo, há uma idealização a partir de uma dialética no exercício da práxis ético-jurídica organizada a partir da palavra.²⁷ A teia de relações humanas²⁸ exige um tratamento da palavra na esfera pública em espaços jurídicos e morais de valorização e mediação dos conflitos de uma sociedade. O nome disso é Política (com maiúscula). A superação decorre da discussão ampla e livre, pois as chances de aproximação do correto são maiores quando cada um tem a oportunidade de dizer o que pensa e de apresentar seus argumentos num discurso entre iguais.²⁹ Nesse mundo ideal, mas possível, as tentativas de cuidar da corrupção exigem as mais diversas formas de participação social, pelos mecanismos da democracia, numa outra forma de fazer a política.

No caso brasileiro, essa percepção ainda está consolidada em toda linguagem (política, jurídica e moral) que, por vezes, separa e/ou confunde esses universos, a depender da vontade e dos interesses presentes entre os usuários, seus discursos e suas relações com o poder. Quanto mais próximo dos centros de poder, especialmente do centro de tomada de decisão política, a razão de agir dos atores no estímulo à adoção de práticas corruptas, tende a afastar tais universos e prescindir do direito e da moral.

Na abordagem da existência de uma corrupção moral, de um lado, e doutro, a corrupção legal, a corrupção punível ocorre somente quando a lei é claramente violada. Há, todavia, uma vantagem nesta posição. Ela requer que as leis sejam claras, sem dúvidas sobre o seu significado e sem espaço para a discricionariedade do agente aplicador da lei. Uma interpretação legal a respeito da corrupção deve enfrentar assim a fronteira entre o ato corrupto e o ato não corrupto. Se um ato oficial é proibido pela legislação, em sentido amplo, ele é corrupto. Se não está claramente proibido, mesmo que seja abusivo, imoral ou antiético, ele não é corrupto.³⁰

Mas, sob o argumento de oportunizar um método mais simples, que possa evitar a aproximação potencialmente emotiva e determinar uma percepção (como um *bias*), o conceito de corrupção legal acaba por desqualificar a moral como parte da

²⁷ Cf. LIMA VAZ, Henrique Claudio de. *Ética e Justiça: filosofia do agir humano*. In: PINHEIRO, José Ernane; SOUSA JUNIOR, José Geraldo; DINIS, Melillo; SAMPAIO, Plínio de Arruda (Orgs.). *Ética, justiça e direito: Reflexões sobre a reforma do Judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 24 e ss.

²⁸ A expressão é da velha filósofa. Ver ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 196: “A rigor, a esfera dos negócios humanos consiste na teia de relações humanas que existe onde quer que os homens vivam juntos. A revelação da identidade através do discurso e o estabelecimento de um novo início através da ação incidem sempre sobre uma teia já existente”.

²⁹ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Direito e Sociedade*. In: PINHEIRO, José Ernane; SOUSA JUNIOR, José Geraldo; DINIS, Melillo; SAMPAIO, Plínio de Arruda (Orgs.), *ob. cit.*, p. 89.

³⁰ GARDINER, John A. *Defining Corruption, Corruption and Reform*. 1993, vol. 7, n. 2, p. 111-124. Aqui penso na lista de pedidos de Natal de 2013 de Lenio Streck, publicada no site Consultor Jurídico: “25. Que os administradores não se safem de seus malfeitos sob o argumento (do século XIX) de que ‘ato foi imoral... mas foi legal’. *Dear Santa*, quem está ensinando Direito Administrativo para o corpo jurídico que protege a Viúva?” (STRECK, Lenio Luiz. Uma lista de pedidos de um jurista para o Papai Noel. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-12/senso-incomum-lista-pedidos-jurista-papai-noel>>. Acesso em: 13 dez. 2013).

estrutura da norma jurídica. Aqui há um problema. A partir dessa perspectiva jurídica, a compreensão da corrupção permite sublinhar a deterioração do comportamento humano regulado por normas e a dependência da abordagem legal para determinar o que é certo e o que é errado. Noutra sentença, tal abordagem cria uma relação direta entre as complexidades do modelo de governança nos países modernos, o crescimento de escândalos de corrupção em todo o mundo e a proliferação de uma legislação de combate à corrupção cada vez mais ampla em seus conceitos.

Nessa quadra de proliferação legislativa, há, contudo, aspectos que merecem uma reflexão. É que toda legislação, de forma mais ampla ou estrita, visa garantir comportamentos e condutas. Mas quando ela deve tratar mais da legalidade da conduta e menos da moralidade da mesma ação? Difícil a resposta. O fato é que a questão da moralidade tem sido muito “legislada” nos países do sistema romano-germânico (*civil law*)³¹ nesta virada de século, muito provavelmente por conta, dentre muitos fatores, da descrença coletiva no comportamento humano a partir de regras morais e/ou culturais e não meramente “jurídicas”. Essa característica cria dificuldades à aplicação da lei, por conta dos riscos de decisões “discricionárias” tomadas sem a devida relação fundamental com a Constituição e com o sistema jurídico. Noutras vezes, essa abordagem diminui a eficácia da percepção de atos corruptos “camuflados” por uma justificação jurídica.³²

Nada impede que, diante dessa realidade, cuide-se de trabalhar numa hermenêutica, a partir de uma crítica hermenêutica do direito,³³ que garanta, de um lado, a eficácia na aplicação da lei, e de outro, os cuidados necessários para evitar uma retórica jurídica espalhafatosa e voltada mais ao espetáculo que ao direito, na forma de decisões administrativas e judiciais contrárias à própria Constituição brasileira.

³¹ Países vinculados ao sistema da *common law* adotaram legislações com algumas dessas características “morais”. Por exemplo, a Lei das Práticas de Corrupção no Estrangeiro (*Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA) dos Estados Unidos da América, datada de 1977, e a *Bribery Act*, norma do Reino Unido que entrou em vigor em 2011. Essas normas têm proximidade com a Lei Anticorrupção, apesar de serem menos duras ao meu modo de ver.

³² O quadro nos países centrais pode ser visto em: KAUFMANN, Daniel. Corruption, Governance and Security: Challenges for the Rich Countries and the World. In: *Global Competitiveness Report 2004/2005*. World Bank Institute, 2005. A questão da justificação “jurídica” de atos corruptos pode ser analisada a partir das críticas à atuação dos Tribunais de Contas e de outros órgãos de fiscalização, como o Ministério Público, que, para alguns autores, ocupam-se mais de irregularidades formais e perdem-se frente aos grandes casos de corrupção e improbidade administrativa. Ver: PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 143 e ss; TRÊS, Celso Antônio. A atuação do Ministério Público contra a improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite *et alli*. *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 80.

³³ Para aprofundar a questão e a viabilidade de um pensamento jurídico a partir da crítica hermenêutica do direito, há inúmeros textos, artigos e livros de Lenio Streck, dentre outros autores que cuidam de aprofundar essa questão. Ver uma análise sistemática em: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, em especial os capítulos 5 e 6, p. 197-348.

2.4.2 Os custos da corrupção

Discutidos alguns elementos conceituais, a segunda questão trata dos custos da corrupção. Como disse, a corrupção é um fenômeno que tem atingido todas as sociedades, em menor ou maior escala. Os danos causados por ações corruptas, particularmente no setor público, têm gerado problemas que comprometem a sua própria capacidade administrativa, fazendo assim com que seu desempenho seja minimizado e se reflita, negativamente, em setores importantes da sociedade, como o econômico, o cultural, o social e o político.³⁴ O Ministério Público Federal, por meio de sua Procuradoria (PGR), no começo de 2014 informou que pelo menos US\$ 2,5 bilhões (dois bilhões e meio de dólares americanos), ou cerca de 6 (seis) bilhões de reais estão bloqueados no exterior a seu pedido. São recursos públicos desviados e dinheiro de corrupção, ativos identificados em operações como Satiagraha (iniciada em 2004), Banestado (objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito em 2003), Tribunal Regional do Trabalho/SP (no final dos anos 90), entre outras.³⁵ Por valores como estes, a corrupção pública tem se tornado alvo de intenso debate no Brasil e em diversos países.

Para entender melhor o fenômeno, deve-se destacar a dificuldade de medir o custo da corrupção para qualquer sociedade. Em parte, por conta da própria limitação na apuração dos crimes de corrupção propriamente ditos, em decorrência das poucas formas de controle desse tipo de delinquência. Alguns estudos medem a incidência da corrupção de forma indireta por meio de pesquisas com especialistas em finanças, empresários, banqueiros, professores e “especialistas” em corrupção. Os resultados apresentados nem sempre representam uma descrição do fenômeno da corrupção, senão mais uma forma de expor a percepção dela em determinada sociedade.³⁶

Há uma teoria de que o suborno serve para acelerar uma máquina burocrática, que é lenta ou muito rígida.³⁷ Mas, mesmo que ocorra dessa forma, se levada a uma prática que descreve o modo de funcionamento do sistema, acaba por gerar custos e distorções que transformam os mercados em ineficientes. Agentes governamentais de alto nível que toleram ou adotam a corrupção permitem que exista demasiado

³⁴ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Caderno Adenauer 10: Os custos da corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

³⁵ Cf. VASCONCELOS, Frederico. *PGR cria unidade para repatriar dólares bloqueados de atividades criminosas*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 3 jan. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 3 jan. 2014. Esses valores (6 bilhões de reais) correspondem, em 2013, a 20% dos gastos do Governo Federal com o programa Bolsa Família, programa de apoio às crianças nas escolas e que atende a cerca de 14 milhões de famílias em todo o Brasil.

³⁶ SPECK, Bruno Wilhelm. *Caderno Adenauer 10: Os custos da corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. Veja-se que o IPC da Transparência Internacional é baseado nesse modelo, com opiniões de especialistas em corrupção no setor público, empresários e estudiosos.

³⁷ Em que pese o fato dessa não ser a opinião do autor, ele faz expressa referência a essa perspectiva. Ver: MANFRONI, Carlos A. *Suborno transnacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

investimento público improdutivo e se descuidam de investimentos passados. Falsos sinais são enviados aos mercados, alterando as decisões dos setores produtivos. A corrupção, ainda, reduz o investimento total e limita o investimento estrangeiro direto ou indireto, ao mesmo tempo em que incentiva o excesso de investimento público em obras de infraestrutura.³⁸

Em alguns casos, o fenômeno tem se transformado em escândalos midiáticos, os quais geram cada vez mais reflexões sobre mecanismos de controle que inibam e evitem ações predatórias, por parte de agentes corruptos, contra os interesses públicos cristalizados nos Estados. Nesse caso, outro custo da corrupção é sua descaracterização (ou a mudança de sua essência) por conta de certo tipo de uso “político”, no formato de escândalo,³⁹ e que deve ser compreendido⁴⁰ para evitar que haja uma dupla banalização:

a) uma que reduza a corrupção a um jogo de troca de acusações e que afirme uma perspectiva de que todos, na política, são corruptos; e

b) outra que transforme a corrupção em algo essencial da política, determinando que toda forma de fazer a política é, em seu âmago, corrupta, e desqualifique esse espaço de articulação e luta de interesses em algo ruim apenas pelo fato de ser/estar nessa esfera.⁴¹

2.4.3 O controle da corrupção por meio das instituições

O nível de *accountability*⁴² nos países possui importância central para o controle da corrupção. Essa terceira questão, intimamente relacionada aos níveis de

³⁸ MARTINS, Rui. *O dinheiro sujo da corrupção*. São Paulo: Geração Editorial, 2010.

³⁹ Ver ROSA, Mário. *A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem*. São Paulo: Geração Editorial, 2003, p. 431 e ss.

⁴⁰ Não há nada de errado na divulgação dos casos de corrupção, seja pela imprensa ou pelas redes sociais. Aliás, os casos são bem melhor analisados e enfrentados pelas instituições quando estão sob o descortino da opinião pública. A questão é quando o tema corrupção é o *leitmotiv* da ação política, vendido como uma regra geral e inabalável. Para um exemplo, ver: CAMAROTTI, Gerson. *Memorial do escândalo: os bastidores da crise e da corrupção no governo Lula*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

⁴¹ A expressão “banalidade” na filosofia política ganhou alcance a partir de Arendt. Aplicada primeiramente aos horrores do holocausto e do nazismo, hoje é utilizada como uma forma de analisar a conduta das pessoas, do Estado e das coletividades frente ao cotidiano de dismantelos, numa ponta, e crueldades noutra, que trivializam experiências negativas que passam despercebidas por quase todos. Ela não procura rebaixar a gravidade do mal, mas aumentá-la. O mais horrível do mal moral é que autênticas perversões se apresentam e são vividas muitas vezes como atos triviais, indiferentes, quase bons. O tema do mal, em Arendt, não tem como pano de fundo a malignidade, a perversão ou o pecado humano. A novidade da sua reflexão reside justamente em evidenciar que os seres humanos podem realizar ações inimagináveis do ponto de vista da destruição e da morte, sem qualquer motivação maligna. O pano de fundo do exame da questão, em Arendt, é o processo de tecnificação da vida ocorrido com a massificação, a industrialização e a racionalização das decisões e das organizações humanas. Ver: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁴² Define-se aqui a *accountability*, em seu sentido mais abrangente, como a responsabilidade dos indivíduos, agências e organizações – públicas, privadas e da sociedade civil – pela execução de seus poderes corretamente. No campo estrito do setor público, corresponde à responsabilidade do governante de prestar contas de

corrupção, coloca a seguinte equação: quanto menor o exercício da *accountability* maiores os níveis de corrupção. Nesse sentido, a solução para os diversos tipos de corrupção está ligada diretamente às ações de controle. Na Administração Pública do Brasil, esse controle é exercido (muitas vezes de forma assistemática) por diversas instituições. Com o propósito de verificar os desempenhos das leis e das instituições e, por conseguinte, os níveis e as formas de *accountability*⁴³ na esfera pública,⁴⁴ são necessários esforços múltiplos no combate à corrupção – controles verticais e horizontais – sob a forma de um sistema⁴⁵ compatível com as estruturas jurídicas

suas ações, o que significa apresentar o que faz, como faz e por que faz. A *accountability* é um tema central no atual debate sobre as novas democracias. Para muitos, a democracia é sólida quando possui eficientes mecanismos de prestação de contas. Ver: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. *Assessing the Quality of Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2005, p. ix-xiii; MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher (Orgs.). *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-33; SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Plattner. *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999. p. 13-28.

A questão no Brasil tem tomado uma dimensão simplista apenas quanto ao “dever” do administrador público de prestar contas. Penso que em um futuro próximo deveremos avançar, dentre outros aspectos do conceito e a partir do conjunto da sociedade civil, no “direito” de ter as contas prestadas, como algo da essência do controle do poder. Aqui vale a pena ver “O Federalista” – MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. Veja-se a reflexão de Madison: “Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos” (art. 51, p. 350). Nos países do bloco latino-americano, essa questão ainda é deficiente, mesmo em Constituições democráticas mais recentes (casos do Brasil – 1988 – e da Argentina – 1994 – reforma constitucional) que não possuem sistemas consolidados de controle do poder por parte do cidadão. Esse debate mais recente no campo do Direito Constitucional Comparado latino-americano pode ser analisado a partir das reflexões do professor Raúl Ferreyra – ver: FERREYRA, Raúl Gustavo. *Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado*. In: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 8, n. 15, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010, p. 83-122.

Numa outra tradição, próxima do agir do homem público, mas como o mesmo fundamento de que há uma certa ética na condução dos negócios políticos, lembro da expressão cunhada por Winston Churchill, ainda no século XIX, e utilizada dezenas de vezes em seus escritos e discursos: *correctitude*. Uma combinação de *correct* (correto) e *rectitude* (retidão), cf.: LANGWORTH, Richard M. *A sutileza bem-humorada de Winston Churchill: suas grandes tiradas*. Rio de Janeiro: Odisseia, 2012, p. 87. O texto em que a expressão é utilizada é o seguinte: “[...] enquanto respeitava todas as formas de *correctitude* oficial, ele buscava ‘uma saída’ sem qualquer compaixão”. Na expressão está colocada o equilíbrio ou a intenção entre uma escolha racional (correto ou errado sobre este ou aquele aspecto) e o honesto e o desonesto (retidão).

⁴³ No campo das formas de *accountability* há um debate acerca de sua relação com a sociedade. Como acontece usualmente no campo do pensamento social, usam-se explicações dicotômicas: formas dialógicas, críticas e argumentativas *versus* formas burocráticas, hierárquicas e não participativas. No caso do controle da corrupção, há uma tensão e uma contradição permanentes entre prestação de contas e responsabilização que afeta a produção das normas que cuidam de prevenir o fenômeno. Ver: MIRANDA, Luiz Fernando. *Pensando a Corrupção na Política: aspectos teóricos e empíricos*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. Dissertação (Mestrado em Ciência Política e Sociologia). Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2007, 171 f.; TAYLOR, Mathew M. Corruption, Accountability Reforms and Democracy in Brazil. In: BLAKE, Charles H.; MORRIS, Stepehn D. *Corruption & Democracy in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2009, p. 150-168.

⁴⁴ Uso o conceito de esfera pública habermasiano, segundo o qual “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas”. Ver: HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 92.

⁴⁵ Cf. MARTINS, Carlos Estevam. Governabilidade e controles. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, vol. 23, n. 1, 1989, p. 5-20; O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998.

e políticas⁴⁶ dotadas de eficiência. Tais estruturas colocam a questão da corrupção dentro de um marco teórico de soluções de conflitos a partir de um marco racional e positivo (constitucional, criminal, civil e administrativo) de redução dos impactos da corrupção no Brasil como promoção de um Estado de Direito.

No debate sobre políticas para combater a corrupção a partir das instituições, há outros tópicos importantes: (i) a transparência do setor público, (ii) a prestação de contas de políticos e administradores e (iii) o fortalecimento dos mecanismos de fiscalização e controle, que podem estar tanto ligados ao Estado como à sociedade civil (sem nenhum tipo de dicotomia excludente entre Estado e sociedade). Vários autores⁴⁷ apostam no papel do controle social, exercido por meio de organizações da sociedade civil, a imprensa, a iniciativa privada ou cidadãos individuais.

Ao lado do controle social, muitas vezes denominado “controle vertical”, existe o “controle horizontal”. O termo se refere ao controle exercido entre os próprios poderes políticos. Por exemplo, o controle jurídico-financeiro-administrativo, exercido pelos Tribunais de Contas,⁴⁸ o controle jurídico – *stricto sensu* – exercido pelo Ministério Público⁴⁹ e pelos tribunais do Poder Judiciário e o controle do Poder Legislativo sobre a Administração. Doutrinadores enfatizam as possibilidades de aumentar a eficiência dessas instituições.⁵⁰ O desempenho dessas instituições depende, em muitos casos, de sua independência, dos recursos humanos e materiais disponíveis para a atuação e da motivação dos seus integrantes para exercer a sua função.

Existe também o controle interno. Governos e Administração Pública, na maior parte dos casos, estão interessados em aumentar o seu desempenho e evitar a exposição a escândalos. Por esse motivo, mantêm uma série de mecanismos para a

⁴⁶ Cf.: SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *Corrupção & improbidade: críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; DRÖMI, Roberto. *Modernización del control público*. Madrid: Hispania Libros, 2005; DURRIEU JR., Roberto. *Business crimes in Argentina & Latin America*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008; MANFRONI, Carlos A. *La convención interamericana contra la corrupción anotada y comentada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001; TODARELLO, Guilherme Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

⁴⁷ Ver uma sistematização desses autores em KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sobre controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994; _____. *Controlando la corrupción: una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Buenos Aires: Sudamericana, 1994.

No caso da literatura brasileira ver: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 e AVRITZER, Leonardo et alii (Orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

⁴⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Ver, especialmente no capítulo V, o item 5.7. Ética e Controle, p. 879 e ss.

⁴⁹ Cf. CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. *O significado do Ministério Público na prevenção e combate dos desmandos da Administração Pública brasileira: um estudo crítico-discursivo*. Tese Doutoral (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais). Buenos Aires: Universidad del Museo Social Argentino, 2002, 258 f.

⁵⁰ Há uma excelente síntese desses autores em FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Tese (Doutorado em Direito). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.

identificação de falhas de eficiência.⁵¹ As novas tecnologias de informação podem ser decisivas no enfrentamento dessas questões. Também há experiências com instituições relativamente novas, como Ouvidorias, Controladorias e áreas de Transparência e Controle, para aumentar a voz do cidadão dentro da Administração e prevenir e/ou punir casos de corrupção.

3 Por uma teoria jurídica da corrupção

Apesar de ser um problema histórico, não há uma teoria integral da corrupção na tradição do pensamento social. Digo, *grosso modo*, que essa tentativa foi deixada de lado nas reflexões acadêmicas e teóricas, não havendo, nesse sentido, uma abordagem que dê conta do problema da corrupção que articule os múltiplos âmbitos do direito, da política, da economia, da sociedade e da cultura de forma abrangente e complementar.

Os estudos sobre corrupção são realizados sem a pretensão de uma teoria mais geral, de cunho interpretativo, lidando com a questão e com o fenômeno no estilo “árvore-floresta”. Tal realidade está presente tanto nos estudos mais gerais quanto no “campo jurídico”. Ou é um problema de “cientistas sociais”, ou “mora na filosofia”, ou, ainda, é um tema para os “doutores da lei”. Cada um com seus problemas.

Busco aqui, num sentido mais doutrinário e a partir do distanciamento de “ilhas” especializadas de conhecimento, sem desmerecer nenhuma contribuição ou reflexão e sem comprar água barrenta como água profunda, (re)pensar uma teoria jurídica da corrupção, que sem colocar tudo e todos num mesmo pote, ofereça uma dialética de análise.⁵² O horizonte teórico para o presente texto decorre da percepção de uma integração de perspectivas.⁵³ Essa questão será abordada mais adiante, a fim de cuidar um pouco do discurso teórico sobre a corrupção. De forma mais simples, trato de reunir os principais pensamentos modernos sobre o fenômeno da corrupção, na forma de quatro grandes correntes: o patrimonialismo, o funcionalismo, a economia e o (neo)institucionalismo.

⁵¹ CONTI, José Mauricio; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. *In: Direito Público*, ano VIII, n. 37, jan./fev. 2011, Porto Alegre-Brasília: Síntese-IDP, p. 203.

⁵² Adoto como norte o pensamento e o método de Roberto Lyra Filho, em que o direito é processo e não apenas norma. As normas positivas (que evidentemente não se confundem com o positivismo) são parcelas parciais mantidas pela teoria dialética na superação dogmática do positivismo. Tal normativismo, ainda que não se identifique com o legalismo rasteiro que Lyra tão bem combate, exige espaço para uma compreensão do direito como uma forma específica de discurso que organiza o exercício do poder (e não somente por parâmetros deontológicos), e não apenas como um processo que se realiza mediante a positividade de normas jurídicas. Ver LYRA FILHO, Roberto. *Desordem e processo: um posfácio explicativo*. *In: ARAUJO LYRA, Doreodó (Org.). Desordem e Processo: Estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 305.

⁵³ Aqui também a expressão é de Roberto Lyra Filho, que definiu a “integração de perspectivas” como condição de possibilidade para um conhecimento pleno em todos os domínios do saber, numa espécie de gnosiologia unificadora: LYRA FILHO, Roberto. *Análise criminológica de um “passional”*. *In: Perspectivas atuais da Criminologia*. Recife: Imprensa Oficial de Pernambuco, 1967, p. 108-109.

3.1 O patrimonialismo

Quando nos deparamos com o tema da corrupção, há, comumente, uma vertente interpretativa do pensamento político e social mobilizada para explicar os casos de malversação de recursos públicos e imoralidades. O problema do patrimonialismo (ou do clientelismo) é comumente utilizado para descrever a corrupção, tendo em vista o direito, a cultura, a economia, a política e a sociedade, de acordo com o problema da modernização, do surgimento das modernas burocracias e da legitimação da política moderna. A incorporação do conceito weberiano⁵⁴ de patrimonialismo normalmente é o foco analítico para o problema da corrupção.

No Brasil tradicionalmente não se respeita a separação entre o público e o privado, não sendo o país um exemplo de Estado moderno legitimado por normas impessoais e racionais. O patrimonialismo é mazela comum, de maneira que não se promoveria a separação entre os meios de administração e os funcionários e governantes, fazendo com que estes tenham acesso privilegiado à estrutura e à riqueza públicas para a exploração a partir de suas posições e cargos. Dado o patrimonialismo inerente à construção da cena pública, a corrupção é um tipo de prática cotidiana, chegando mesmo a ser legitimada e explícita no âmbito de uma tradição herdada do mundo ibérico.⁵⁵ O centro do problema, para a ponderação que faço entre teorias e realidades, é que a tradição patrimonialista não enfrentou de frente a questão da corrupção, apenas descrevendo-a como sintoma do mesmo diagnóstico: a promiscuidade do privado e do público, este último invadido pelos vícios do primeiro, enquanto este se apropria do Estado para o uso como ente “dominado” e controlado por interesses de poucos.

3.2 O funcionalismo

No caso da literatura especializada, pode-se dizer que uma tentativa de tratamento sistemático⁵⁶ sobre a corrupção remonta aos anos 1950, com a emergência

⁵⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. 2. v. Brasília: UnB, 1999. Ver Vol. 1, p. 33.

⁵⁵ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 45 e ss. Ainda sobre esta concepção e sobre o pensamento weberiano a partir de Faoro: VIANNA, L. W. Weber e a interpretação do Brasil. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 53, 1999; FILGUEIRAS, F. A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas. *Cadernos Cedes*, IUPERJ, n. 5, 2006; SCHWARTZMAN, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1982; LEITE, Celso Barroso. *Sociologia da corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987; MENDONÇA, Kátia Marly Leite. *Lua Nova*, São Paulo, v. 48, p. 93-108, 1999; SANTOS JÚNIOR, Jair dos. *As categorias weberianas na ótica de Raymundo Faoro: uma leitura de “Os Donos do Poder”*. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Campinas: Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2001.

⁵⁶ A questão da corrupção sempre esteve presente nos textos filosóficos, religiosos, artísticos, morais, políticos e jurídicos, desde a antiguidade. Contudo, somente no século passado ela se despregou da unidade teórica que a tratava como algo decorrente apenas da natureza humana ou da natureza do Estado, para a construção de uma teoria que, sem ainda conseguir uma sistematização integral do fenômeno, passou a entender a corrupção como um objeto de estudo e não apenas uma circunstância da sociedade ou da humanidade.

de uma perspectiva funcionalista para os estudos das ciências sociais, conforme observava Merton.⁵⁷ Os estudos mais sistemáticos sobre o tema da corrupção surgiram nos Estados Unidos, tendo em vista o problema da modernização e abordagens comparativas, tomando o tema do desenvolvimento. Ao relacionar o problema do desenvolvimento político e econômico ao tema da corrupção, a abordagem funcionalista procura compreender o modo como ela pode ajudar ou emperrar o desenvolvimento de sociedades tradicionais e subdesenvolvidas. Como pano de fundo, há uma preocupação com os processos de modernização, de acordo com o caráter sistêmico que a corrupção assume em sociedades tradicionais. Nestas, a corrupção é uma função manifesta e latente, é a própria norma, em comparação com as sociedades modernas. Como função manifesta, a corrupção tem por consequência fomentar ou impedir a modernização, representando, em muitos casos, eventuais benefícios para a constituição de uma ordem moderna, balizada, principalmente, nas iniciativas do espírito capitalista. Para a sociologia da modernização, há uma relação necessária entre corrupção e modernização, uma vez que cenários de corrupção amplamente disseminada definem uma baixa institucionalização política e, por sua vez, uma ordem fraca para a mediação e a adjudicação de conflitos.⁵⁸

Pela abordagem funcionalista, a corrupção seria típica de sociedades subdesenvolvidas, representando um tipo de prática aceita diante da baixa institucionalização política. Os momentos de mudança social favorecem a corrupção pelo hiato existente entre modernização e institucionalização, tornando-a típica de sociedades em processo de mudança social. O grande estudioso do tema na época foi Huntington. Sua hipótese central era a de que “a corrupção, como a violência, ocorre quando a ausência de oportunidades de mobilidade fora da política se combina com a exigência de instituições frágeis e inflexíveis, canalizando energias para o comportamento político desviante”.⁵⁹

Há, portanto, nessa análise, causas e funções comuns tanto para a violência quanto para a corrupção, diretamente influenciadas pela modernização. Violência e corrupção estabelecem relações e se encontram entrelaçadas, pois “tanto a corrupção quanto a violência são meios ilegítimos de se fazer demandas ao sistema, mas a corrupção é também um meio ilegítimo de satisfazer tais demandas”.⁶⁰ Huntington também reconheceria que esses dois modos de formular demandas ao sistema são utilizados por classes sociais distintas: (a) a violência correspondendo às demandas

⁵⁷ MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 122.

⁵⁸ HUNTINGTON, Samuel. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária/EDUSP, 1975, p. 79 e ss.

⁵⁹ HUNTINGTON, Samuel. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária/EDUSP, 1975, p. 80.

⁶⁰ HUNTINGTON, Samuel. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária/EDUSP, 1975, p. 105.

dos estratos economicamente mais baixos da população; e (b) a corrupção às demandas dos estratos mais altos. Em cenários de baixa institucionalização política, como nota Huntington,⁶¹ a corrupção tende a ser um tipo de ação mais acentuada, porquanto a modernização implique novos atores na cena política, ensejando clivagens sociais e um comportamento pouco comprometido com as normas.

Pela abordagem funcionalista, dominante na década de 1960, a corrupção poderia cumprir uma função no desenvolvimento. Se mantida sob controle, poderia ser uma forma alternativa, encontrada pelos agentes políticos de articular seus interesses junto à esfera pública. Por exemplo, a construção de máquinas políticas influenciaria o conteúdo das decisões tomadas na arena legislativa, por meio da persuasão das elites partidárias. A constituição dessas máquinas políticas, nas quais a corrupção é o elemento chave, colaboraria para o arrefecimento da disputa social que surgiu com a modernização, servindo, dessa forma, para o desenvolvimento político, econômico e social.⁶² A corrupção seria, portanto, uma disfuncionalidade inerente a uma estrutura social de tipo tradicional, que, no contexto da modernidade, geraria instabilidade no plano político e econômico. A corrupção, dessa forma, poderia cumprir uma função de desenvolvimento, uma vez que forçaria a modernização. Porém, sua função de desenvolvimento seria cumprida desde que ela estivesse sob o controle das instituições políticas, de tipo moderno. Do ponto de vista dos benefícios, a corrupção poderia agilizar a burocracia, ao tornar mais rápida a emissão de documentos e autorizações formais por parte do Estado. Nessa perspectiva, a corrupção azeitaria o desenvolvimento ao estabelecer um laço informal entre burocratas e investidores privados, o que favoreceria o desenvolvimento econômico.⁶³

Ao absorver o problema da modernização como núcleo central para explicar a corrupção, a vertente funcionalista buscou compreender os custos e os benefícios da corrupção para o desenvolvimento, de acordo com uma premissa de que seu entendimento considere os aspectos funcionais e disfuncionais dos sistemas políticos. A partir dos anos 1970, a literatura sobre o tema da corrupção deu uma guinada metodológica, direcionando-se para o tema da cultura, e o tema do desenvolvimento passou a ser considerado na dimensão da cultura política, partindo da premissa de que a cultura é proeminente em relação ao político e ao econômico. Apesar de essa vertente ter rompido com a questão dos benefícios da corrupção, ao incorporar o problema dos valores, ela não rompeu com a estrutura metodológica do funcionalismo.⁶⁴

⁶¹ HUNTINGTON, Samuel. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária/EDUSP, 1975, p. 107.

⁶² SCOTT, J. Corruption, machine politics and political change. *American Political Science Review*, v. 63, n. 4, 1969.

⁶³ LEFF, N. H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist*, v. 8, n. 3, 1964.

⁶⁴ LIPSET, S. M.; LENZ, G. S. Corrupção, cultura e mercados. In: HUNTINGTON, Samuel; HARRINSON, Lawrence E. (Orgs.). *A cultura importa: os valores que definem o progresso humano*. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 167.

Nesse contexto, ainda há os trabalhos ligados à conotação da corrupção como algo inerente à cultura política, que ligam a corrupção às interações construídas pelos atores sociais, refletindo experiências e valores que permitem ao indivíduo aceitar ou rejeitar entrar em um esquema de corrupção. Ao lado do sistema institucional e legal, o sistema de valores é fundamental para motivar ou coibir as práticas de corrupção no interior de uma sociedade. A modernização implica mudança dos padrões de valores e de ação por parte dos atores sociais. A corrupção, nessa lógica, representa, antes de tudo, a permanência de elementos tradicionais que utilizam, especialmente, o nepotismo, a patronagem, o clientelismo e a penetração junto à autoridade política para obter vantagens e privilégios.

Os trabalhos ligados à vertente da cultura política receberam a influência de Edward Banfield sobre as culturas locais.⁶⁵ Nessa corrente, o tratamento da corrupção parte de uma concepção metodológica comparativa, decorrente de culturas locais tradicionais contrapostas a uma cultura universal moderna. Dessa forma, a corrupção dependeria de uma mudança de valores básicos da sociedade, que demandariam processos mais lentos de mudança institucional.⁶⁶

3.3 A economia

A partir dos anos 1980, ocorreu outra virada metodológica das pesquisas sobre a corrupção. Ao problema político foi incorporada a abordagem econômica centrada, principalmente, na análise dos custos da corrupção para a economia de mercado em ascensão. Isso se deve ao fato de, a partir da década de 1980, o tema da corrupção florescer junto com os processos de liberalização econômica e política, especialmente nos países periféricos, como os da América Latina e da Ásia, e nos países do Leste Europeu e na Rússia.⁶⁷ Ademais, a literatura de viés econômico sobre o tema da corrupção refletiu a percepção de que os custos superariam os benefícios apontados pela teoria funcionalista. A literatura especializada sobre o tema da corrupção dominada pela economia compreende-a como o resultado de configurações institucionais e o modo como permitem que agentes egoístas maximizem seus ganhos burlando as regras do sistema político.⁶⁸ O problema da corrupção passou a ser explicado de acordo com conceitos derivados de pressupostos econômicos como o *rent-seeking*

⁶⁵ BANFIELD, E. *The moral basis of backward society*. Glencoe: Free Press; Chicago: The University of Chicago (Research Center in Economic Development and Cultural Change), 1958, p. 35.

⁶⁶ LIPSET, S. M.; LENZ, G. S., *Corrupção, cultura e mercados*. In: HUNTINGTON, Samuel; HARRINSON, Lawrence E. (Orgs.). *A cultura importa: os valores que definem o progresso humano*. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 168.

⁶⁷ JOHNSTON, M. *Syndromes of corruption. Wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

⁶⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: Causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

e a ação estratégica de atores políticos no contexto de instituições que procuram equilibrar esses interesses com noções amplas de democracia.⁶⁹

A teoria da ação considerou o cálculo que agentes racionais fazem dos custos e dos benefícios de burlar uma regra institucional do sistema político, tendo em vista uma natural busca por vantagens. Basicamente, a configuração institucional define sistemas de incentivos que permitem aos atores acumularem utilidade. Uma postura *rent-seeking*, que é esperada quando as instituições permitem que um agente burle as regras do sistema, ocorre quando ele maximiza sua renda privada em detrimento dos recursos públicos.⁷⁰ Dessa forma, situações de monopólio de poder e de recursos favorecem situações em que os agentes preferem se corromper a seguir as regras do sistema.

As proposições de reformas institucionais, derivadas dessa vertente econômica de análise da corrupção, tendem a ver o Estado como uma instituição naturalmente corrompida, o lugar privilegiado dos vícios e da malversação de recursos, e caminham no sentido de minimizar essas condutas na sociedade e reduzir os incentivos à prática da corrupção, por meio da redução do poder da burocracia⁷¹ ou do próprio tamanho do Estado.⁷² A democracia e os sistemas de proibição devem seguir as regras do mercado, porquanto seja esse o mundo da impessoalidade e uma estrutura competitiva que minimiza os sistemas de incentivo à corrupção.

A par disso, a literatura contemporânea tem se dedicado a pensar os sistemas de integridade pública na dimensão da sociedade civil, da mídia e de outros atores importantes no controle da corrupção. Afirma-se, em confrontação com os aspectos econômicos da corrupção, um aspecto público e mais orientado ao político. Reforça-se a ideia de *accountability* pela via da democracia, em que o problema do controle da corrupção demanda um processo de democratização do Estado que está além da questão administrativa e burocrática.⁷³

O problema da abordagem econômica é que ela tende a naturalizar a corrupção na órbita dos interesses materiais, sem perceber que esta está relacionada a processos sociais e, por conseguinte, simbólicos. Assim, a corrupção, para além da

⁶⁹ FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos para o estudo da corrupção. In: AVRITZER, L., BIGNOTTO, N. *et al.* *Corrupção: ensaios e crítica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 157.

⁷⁰ KRUGER, A. O. The political economy of rent-seeking. *American Economic Review*, n. 64, 1974; TULLOCK, G. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, n. 5, 1967.

⁷¹ ANECHIARICO, F.; JACOBS, J. *The pursuit of absolute integrity: How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 22-23.

⁷² Essa abordagem é estrutural em muitos textos com base na ideia de uma “economia” da corrupção para além das outras dimensões da vida social. Verificar na série de textos: ABED, George T.; GUPTA, Sanjeev (Org.). *Governance, Corruption & Economic Performance*. Washington, D.C., International Monetary Fund, 2002. Como exemplo: TANZI, Vito. *Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures*. ABED, George T.; GUPTA, Sanjeev (Org.), *ob. cit.*, p. 19-58, (“... the fight against corruption often cannot proceed independently from the reform of the state.”, p. 53).

⁷³ WARREN, M. What does corruption mean in a democracy? *American Political Science Review*, v. 48, n. 2, 2004.

questão propriamente monetária e contábil, está relacionada a processos sociais que levam em consideração valores e normas que, além do institucional e do formal, consideram aspectos informais e culturais. A análise da corrupção deve atender ao reconhecimento de normas formais e informais, porquanto a passagem do privado ao público ocorre em meio a configurações de valores e normas. Ou seja, é fundamental pensar o aspecto normativo envolvido no conceito de corrupção, porque ele tem uma natureza fugidia e depende de concepções normativas a respeito das próprias instituições sociais, em que pesem, dessa forma, os valores que definem a própria noção do que vem a ser o interesse público.

3.4 O (neo)institucionalismo

Estudos sob o enfoque do chamado (neo) institucionalismo, nos últimos anos, vêm trazendo potenciais avanços nas investigações sobre as instituições na realidade brasileira.⁷⁴ A análise das instituições no contexto da modernidade que se pretende discutir neste ensaio teórico considera a abordagem institucional, que (re)surgiu entre as décadas de sessenta e oitenta, em resposta às crises, limitações e críticas relacionadas aos modelos explicativos até então dominantes nas ciências humanas e sociais: o behaviorismo (escola comportamentalista), o funcionalismo e o marxismo, bem como às abordagens racionalistas e formalistas das instituições.

Essa base de análise institucional, somada a outras versões analíticas de origem principalmente sociológica, histórica e da ciência política, veio a compor uma abordagem chamada institucionalismo, para distingui-lo daquelas teorias difundidas antes da Segunda Guerra Mundial até o advento da chamada revolução behaviorista. Além disso, passou a também incorporar o adjetivo “novo”,⁷⁵ pois, de certa forma,

⁷⁴ A título de referência, alguns desses trabalhos nacionais com discussões teóricas que envolvem esse enfoque são tratados por ANDRADE, J. C. S.; DIAS, C. C.; QUINTELLA, R. H. A dimensão político-institucional das estratégias socioambientais. In: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração, XXIII, Foz do Iguaçu, 1999. *Anais...* Foz do Iguaçu: ANPAD. 16 f. CD; DOLCI, Décio Bittencourt; KARAWEJCZYK, Tamara Cecília. Valores subjacentes à estratégia de uma organização: uma perspectiva de análise sob a ótica da teoria institucional e dos esquemas interpretativos. In: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração, XXVI, Salvador, 2002. *Anais...* Salvador: ANPAD. 15 f., CD; GAZZOLI, Patrícia. O (neo)institucionalismo abre espaço para o ator social: uma exigência da investigação empírica. In: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração, XXIX, Brasília, 2005. *Anais...* Brasília: ANPAD. 16 f., CD; GIMENEZ, F.A.P.; HAYASHI JUNIOR, P.; GRAVE, P.S. Isomorfismo Mimético em Estratégia. Encontro de Estudos em Estratégia, II, Rio de Janeiro, 2005. *Anais...* Rio de Janeiro: ANPAD. CD; MACHADO-DA-SILVA, C. L.; FONSECA, V. S. da; CRUBELLATE, J. M. Estrutura, agência e interpretação. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 9, edição especial. Artigos da BAR, 2005. p. 9-39; MACHADO-DA-SILVA, C. L.; FONSECA, V. S. da; FERNANDES, B. H. R. Mudança e estratégia nas organizações. In: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração, XXII, Foz do Iguaçu, 1998. *Anais...* Foz do Iguaçu: ANPAD. 15 f., CD; CRUBELLATE, João Marcelo; GRAVE, Paulo Sérgio. MENDES, Ariston Azevedo. A questão institucional e suas implicações para o pensamento estratégico. *Revista de Administração Contemporânea*, edição especial, 2004. p. 37-60.

⁷⁵ IMMERGUT, E. M. The Theoretical Core of the New Institutionalism. *Politics & Society*, v. 25, n. 1, mar. 1998, p. 5-34.

as abordagens tradicionais (behaviorismo, funcionalismo e marxismo) estariam relacionadas ao “velho” institucionalismo, que não reconhece uma lógica própria no funcionamento das instituições, identificando-as como elementos de um sistema maior e cumprindo funções pré-determinadas. Eis o (neo)institucionalismo, conceito a ser utilizado na presente discussão teórica sobre o fenômeno da corrupção.

Quais as suas contribuições? A análise das (inter)organizações pode contribuir para os estudos de controle como método auxiliar de identificação de variáveis que devem ser consideradas na administração pública e suas relações com a sociedade e o mercado. Nessa perspectiva de controle, é fundamental pensar a corrupção em uma dimensão sistêmica que alie a moralidade política – pressuposta e que estabelece os significados da corrupção – com a prática social propriamente dita, na dimensão do cotidiano das instituições e organizações do Estado e da sociedade. Resgatar uma dimensão de moralidade institucional para pensar o tema da corrupção significa buscar uma visão abrangente que dê conta dos significados que ela pode assumir na esfera pública.

A partir dessas significações nas instituições, seus impactos e suas transformações, observo que a forma de mudança da corrupção na sociedade, de acordo com aspectos jurídicos, políticos, sociais, históricos, culturais e econômicos muda também a representação das instituições e de seus atores. Faço um exercício breve, para pensar as mudanças de significado na transição do século anteriores para o presente, e nesse contexto da relação entre o fenômeno da corrupção e a mudança dentro e a partir das instituições. Ao fim do século XIX, os republicanos acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Uma das críticas mais contumazes à Primeira República era o proceder carcomido de seus processos políticos, com clara indicação de que a corrupção estava a acabar o país. Getúlio Vargas caiu em 1954 sob várias acusações, dentre elas de ter transformado o Palácio do Catete em um mar de lama (e de corrupção). O golpe de 1964 decorreu da luta contra a subversão e contra a corrupção. Em 1989 o Presidente da República, Fernando Collor de Melo foi eleito com a grande promessa de combater a corrupção e os “marajás” do serviço público, mas logo foi objeto de *impeachment* exatamente acusado de fazer uso de práticas corruptas. A diferença é que, a partir dos anos mais recentes, especialmente a partir de 1945, houve uma alteração ao sentido que se dava à corrupção. Até este período os sistemas eram corruptos. Não havia uma associação imediata entre a prática da corrupção e o agente político corrupto. Ocorreu uma mudança, a partir de meados do século passado que colocou as instituições e seus dirigentes como parte do fenômeno da corrupção.⁷⁶

⁷⁶ Ver para tanto a abordagem histórica de CARVALHO, José Murilo. Escola de Transgressão (Dossiê Corrupção). *Revista de História da Biblioteca Nacional*. Ano 4, n. 42, mar. 2009, p. 18-22. Dentre outros *insights*, o autor defende que o álibi da cupidez, que tanto marcou a nossa vida social ao longo do tempo, e a corrupção

Pensando a partir desta aproximação, a corrupção pode ser compreendida considerando aspectos pressupostos na prática social ordinária das instituições. Ao analisar os aspectos normativos envolvidos no tema da corrupção e o modo como a construção de sua significação social depende ainda dos valores que circulam no plano da sociedade. A legitimidade da ação política apenas é construída com a pressuposição desses valores fundamentais que configuram o que é e o que não é corrupção; ou seja, valores que configuram uma antinomia entre interesse público e corrupção, tendo em vista concepções de mundo e valores diferentes na moralidade política. Nesse caso, a corrupção deve ser analisada em uma dimensão sistêmica e integral que considere, de um lado, a existência de valores e normas que tenham uma conformação moral e, de outro lado, uma práxis realizada no âmbito do cotidiano das instituições das sociedades importantes para a configuração de um bom governo.⁷⁷

O distanciamento entre normas legais, morais e a prática social cria um contexto de tolerância à corrupção que explica o fato de atores, consensualmente, concordarem com a importância de valores fundamentais como respeito, honestidade, decoro e virtudes políticas, mas, ao mesmo tempo, concordarem que, na política, um pouco de desonestidade pode cumprir uma função importante.⁷⁸ Em um sentido maquiavélico,⁷⁹ é importante distinguir a política do mundo real e os valores normativos passíveis de acordo racional, o que explica esse contexto de tolerância. É dessa forma que a corrupção é “normal” à política, apesar de todos os esforços para impedi-la. Os juízos morais de valor, pautados pela vida e pela excelência, e os juízos de necessidade, pautados pela vida cotidiana, explicam a antinomia existente entre normas legais/morais e a prática social da corrupção, de acordo com a definição de limites teóricos que a circunscrevem. Ou seja, segundo esses limites, é possível definir uma taxonomia da corrupção conforme seu alcance na prática social. A corrupção pode ser controlada, tolerada ou definida como endêmica, de acordo com seu alcance prático na sociedade.

não têm significados similares, não são vícios de origem, nem destino a que estamos condenados para a eternidade.

⁷⁷ FILGUEIRAS, F. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

⁷⁸ Para perceber como essa questão é repleta de contradições, recomendo analisar os dados empíricos apresentados na pesquisa “A cabeça do brasileiro” – ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007 – especialmente o capítulo 1, intitulado “Corrupção: com jeitinho parece que vai”, p. 43-71. Ali se conclui que a “opinião pública reconhece e aceita, em grande medida, que se recorra ao jeitinho como padrão moral”. Há, nos dados, uma divisão profunda e clara (50% versus 50%) entre os que o consideram certo e os que o condenam. Por isso, “se os níveis de corrupção no Brasil provavelmente estão relacionados à aceitação social do jeitinho, os resultados da pesquisa indicam que temos um longo caminho pela frente se o que desejamos é o efetivo combate à corrupção” (p. 70-71).

⁷⁹ Filia-se aqui aos que adotam o pensamento de Maquiavel, não no sentido primitivo do maquiavelismo de um padrão de comportamento reprovável, mas no sentido de constatar a separação entre razão moral e razão de Estado. Há diversos estudos. Para uma análise próxima da questão da corrupção ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A sobrevivente ética de Maquiavel*. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129-139.

No que diz respeito à corrupção, constata-se que não basta uma mudança propriamente dita no aparato formal ou na máquina administrativa do Estado, mas é necessário, também, reforçar os elementos de uma cultura política democrática que tenha no cidadão comum o centro de especulação teórica e prática para uma concretização da democracia brasileira. Os avanços das reformas das leis e da máquina pública, nas duas últimas décadas, são inegáveis, com o reforço da transparência. Contudo, falta à democracia brasileira um senso maior de publicidade, pelo qual a transparência esteja referida a uma ativação da cidadania, à *accountability* e à participação, sem os quais os esforços de combate e controle da corrupção ficarão emperrados em meio a uma cultura tolerante às delinquências do agente público.

A partir das principais correntes do pensamento social, pode-se descortinar a constituição do enfrentamento do fenômeno da corrupção no universo do Direito brasileiro.

4 O direito brasileiro, suas normas e a corrupção

No contexto do Brasil neste começo de século, em que há uma renovada constitucionalização da vida jurídica brasileira, com uma abordagem pós-positivista em que os princípios passam a contar frente à normativa mais isolada, os esforços de controle da corrupção podem ser renovados a partir da proposta de um sistema de integridade em nível nacional com repercussões internacionais, aliás, como proposto nas Convenções da OEA (1996), da OCDE (1997) e das Nações Unidas (2003), das quais o Brasil é parte e que possuem, portanto, validade no nosso sistema jurídico.⁸⁰ Há uma direta influência das normas estrangeiras⁸¹ a ponto de transformar a corrupção em um dos tópicos mais importantes das relações internacionais.⁸² Noutro sentido, há uma dimensão complementar que é definir, sob um aspecto criminológico e institucional, a relação da norma, da lei e da transgressão na cultura política no Brasil, no sentido de uma luta pela democracia e pela prevalência do direito.

Não é difícil perceber o lento (mas progressivo) esforço institucional de criar normas que tratem do interesse público de um bom governo, despojado de efeitos

⁸⁰ OEA: Decreto nº 4.411, de 07 de outubro de 2002, que promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c” (cf. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 out. 2002); OCDE: Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997 (cf. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º dez. 2000); ONU: Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 (cf. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília DF, 1º fev. 2000).

⁸¹ GARCIA, Mônica Nicida. Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca *et alli* (Coords.). *Corrupção, Ética e Moralidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 271-285.

⁸² SPECK, Bruno Wilhem. O Controle da corrupção como desafio internacional. In: SPECK, Bruno Wilhem (Org.). *Caminhos da Transparência*. Campinas: Unicamp, 2002.

deletérios, em especial a corrupção. Nos séculos anteriores muito se tentou, por meio de uma legislação resistente aos efeitos da gramática política brasileira.⁸³

4.1 O tratamento constitucional antes de 1988

No plano constitucional, o final do século XIX e grande parte do século XX trouxeram dispositivos constitucionais prevendo a probidade administrativa como requisito a ser atendido pelo Presidente da República (e, por consequência, pelo aparato burocrático e administrativo como um todo), e que os atos atentatórios à probidade na esfera pública constituiriam crimes de responsabilidade do Presidente da República. A Constituição Republicana de 1891 já previa a probidade administrativa como um valor que, se violado, causaria a responsabilização do Presidente da República, na esfera criminal.⁸⁴ Na esteira da primeira Constituição da República Brasileira, a Constituição Federal de 1934,⁸⁵ a Constituição Federal de 1937,⁸⁶ a Constituição Federal de 1946,⁸⁷ e a Constituição Federal de 1967,⁸⁸ com pequenas mudanças entre uma e outra redação, cuidaram de responsabilizar o chefe do Poder Executivo por crime face à violação da probidade administrativa.

4.2 O tratamento infraconstitucional antes de 1988

No campo infraconstitucional, em meados do século XX, o Código Penal, promulgado em 07 de dezembro de 1940, criminalizou alguns aspectos presentes no fenômeno “corrupção” a partir da perspectiva do funcionário público e da Administração Pública. O artigo 312 tratou do peculato como sendo o crime de apropriação por parte do funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou privado de que tenha a posse em razão do cargo, ou seu desvio em proveito próprio ou

⁸³ A feliz expressão “gramática política do Brasil” é de Edson Nunes. Ela traduz a existência de distintas linguagens (clientelismo, corporativismo, insulamento burocrático e universalismo de procedimentos) sob a forma de uma “gramática” que explica o modo pela qual as instituições e o sistema social se articulam e na maneira pela qual ações e expectativas humanas são produzidas. Ver: NUNES, Edson de Oliveira. *A gramática política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 39 e ss.

⁸⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891). *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Artigo 54, 6º “a probidade da administração” e 7º “a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos”.

⁸⁵ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Artigo 57, f “a probidade administrativa” e g “a guarda e emprego legal dos dinheiros públicos”.

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Artigo 85, d “a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros públicos”.

⁸⁷ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Artigo 89, V, “a probidade administrativa”.

⁸⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (de 24 de janeiro de 1967). *Diário Oficial*, Brasília, 24 jan. 1967. Artigo 84, inciso V – *idem*.

alheio. Comete também crime o funcionário público, conquanto não tendo a posse, que subtrai ou concorre para que seja subtraído bem próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona o cargo. No artigo 315, criou-se fato delituoso que não era considerado pelo direito anterior, ou seja, dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei. O Código Penal propôs a punição por pena privativa de liberdade a conduta do funcionário público que exigisse, 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 que aceitasse promessa de tal vantagem.⁸⁹ Outro crime previsto foi o retardamento ou a omissão indevida, na prática de ato ou ofício, ou fazê-lo, contra disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.⁹⁰

Nesse *codex*, a corrupção (*stricto sensu*) tem apenas dois sentidos: (i) a corrupção passiva, tipificada pelo artigo 317 do Código Penal como “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 vantagem tal”;⁹¹ ou (ii) a corrupção ativa, tipificada no artigo 333 como “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.⁹²

Ainda no período do Governo de Getúlio Vargas, o Decreto-lei nº 3.240, de 08 de maio de 1941, tratou do sequestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes que acarretassem prejuízo ao erário. A importante Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, cuidou dos crimes de responsabilidade, aí incluído ato do Presidente da República atentatório contra a probidade na Administração, como forma de controlar uma parcela do poder.

Mais adiante, frente a um período de maior democracia no país, a Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, e a Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, estabeleceram regras para o sequestro e o perdimento de bens por tráfico de influência, abuso do cargo e/ou enriquecimento ilícito.

A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, ou Lei da Ação Popular, já em período autoritário, legitimou qualquer cidadão a pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, e definiu alguns aspectos relevantes para a definição da probidade administrativa (artigos 2º e 4º). Por fim, o Decreto-lei nº 201,

⁸⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Artigo 316 (crime de concussão).

⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Artigo 319 (crime de prevaricação).

⁹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁹² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

de 27 de fevereiro de 1967, no mesmo período autoritário que a Lei de Ação Popular, definiu os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores.⁹³

4.3 O tratamento constitucional após 1988

Foi em 1988, realmente, que se atingiu uma nova configuração do modelo constitucional brasileiro em torno da ideia central de ética política e da moralidade administrativa. A chamada Constituição cidadã⁹⁴ deu aos temas “probidade” e “moralidade administrativa” um destaque inédito.⁹⁵ Da mesma forma que não existe uma única compreensão da Constituição (as modernas constituições são plúrimas e com significações políticas variadas), não existe uma única teoria da Constituição.

De toda forma, pode-se afirmar que a Constituição brasileira é “o mais avançado texto jurídico-político produzido no Brasil”.⁹⁶ Esse avanço no campo da moralidade, como não poderia ser diferente, ocorreu de duas formas. A primeira, com a existência de normas constitucionais, com a afirmação direta e indireta do princípio originante. São exemplos:

- a) o artigo 14 para as hipóteses de inelegibilidade, em conjunto com seu §9º, a fim de proteger, entre outros, a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato;
- b) o artigo 15, inciso V, que prevê a perda ou suspensão dos direitos políticos em casos de improbidade administrativa;

⁹³ Não é objeto deste texto, mas seria importante discutir a relação entre política, instituições parlamentares, Poder Executivo e controle da probidade administrativa frente às modificações (mais autoritárias ou mais democráticas) do sistema de governo no Brasil. Como problema: qual situação e sistema de governo permitem maior quantidade de normas que têm uma preferência pela ideia de moralidade pública, e o quanto isso pode ser usado, em maior ou menor proporção, para atribuir à oposição um procedimento “corrupto”? Heloisa Starling aborda essa questão da seguinte forma: “A corrupção quebra o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão se associar para interferir na vida de seu país, e ainda degrada o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República –, seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão”. E numa análise que compara no tempo a questão do combate à corrupção no Brasil, conclui: “O regime militar brasileiro fracassou no combate à corrupção por uma razão simples – só há um remédio contra a corrupção: mais democracia”. STARLING, Heloisa Maria M. Falso Moralismo (Dossiê Corrupção). *Revista de História da Biblioteca Nacional*. Ano 4, n. 42, mar. 2009, p. 31.

⁹⁴ Expressão cunhada por Ulysses Guimarães, deputado constituinte, presidente da Câmara Federal e da Assembleia Nacional Constituinte quando foi entregue a Constituição pelos parlamentares à sociedade brasileira em 5 de outubro de 1988. O termo decorre da grande quantidade de leis voltadas à área social, mas hoje se crê que o apelido não pegou somente por isso.

⁹⁵ Além de CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, ver em PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008 os seguintes artigos: ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da Moralidade – algumas considerações, p. 37-48; MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e seu controle objetivo, p. 99-108; FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade administrativa, p. 195-226; MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa, p. 305-334; FERRAZ, Sérgio. Corrupção, ética e moralidade na administração pública, p. 367-376.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 524.

- c) o artigo 85, que tipifica a improbidade na Administração como crime de responsabilidade do Presidente da República (mantendo a tradição desde a Constituição de 1981, no seu inciso V); e
- d) mais importante, o artigo 37, especialmente seu *caput*, representou uma mudança no tratamento da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União.

Numa segunda dimensão de caráter procedimental, visando à tutela da probidade e da moralidade, a Constituição estabeleceu conjunto de dispositivos centrado no artigo 37, §4º – que define as sanções aplicáveis em caso de improbidade administrativa, a saber, (i) suspensão dos direitos políticos, (ii) perda da função pública, (iii) indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário. Tal conjunto de punições serve-se do apoio não apenas no Ministério Público (artigo 127, *caput*), mas também de dispositivos na esfera política (artigo 14, §9º, e o artigo 17, II e III), no campo parlamentar (artigo 54), ou no controle da administração – as Comissões Parlamentares de Inquérito e os Tribunais de Contas (respectivamente, artigos 54, 70 e seguintes) –, e no controle administrativo do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B, I, II e seguintes). Por fim, (re)legitimou a cidadania por meio da ação popular com o objetivo de anular ato lesivo à moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII), como um dos remédios jurídicos constitucionais no patamar do mandado de segurança, individual (artigo 5º, LXIX) ou coletivo (artigo 5º, LXX), mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), do *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII) e do *habeas data* (artigo 5º, LXXII). Ainda nessa quadra de proteção da ética na política, exsurgiram outras normas diretas e indiretas na Constituição de 1988, como o artigo 55, §1º, que estabeleceu a perda do mandato de Deputado ou de Senador cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar, definindo como uma de suas hipóteses a percepção de vantagens indevidas.

4.4 O tratamento infraconstitucional após 1988

A partir da Constituição de 1988, o Brasil aprovou novo conjunto de normas para enfrentar o quadro da proteção, racionalização e organização da administração pública, defesa da ética, da moralidade pública, das eleições limpas e do combate à corrupção. Dentre elas, destacam-se:

- a) Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990 – Código de Ética para Funcionários Públicos do Poder Executivo Federal;
- b) Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – Estatuto dos Servidores Públicos;
- c) Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata dos crimes contra o Sistema Tributário, especialmente em seu art. 3º;
- d) Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 – Lei da Improbidade Administrativa;
- e) Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei Geral de Licitações e Contratos;

- f) Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, que obriga os funcionários públicos a declarar bens e vencimentos;
- g) Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994 – Código de Ética para Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo Federal;
- h) Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998 – Lei Contra a Lavagem de Dinheiro, com as alterações da Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012, que tentou tornar mais eficiente a persecução penal nesses crimes;
- i) Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que acrescentou o Capítulo II-A ao Título XI do Código Penal e dispositivo à Lei nº 9.613/1998, instituindo a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF;
- j) Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal;
- k) Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns;
- l) Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002 – Foro Privilegiado Especial por Prerrogativa da Função, na atuação do Ministério Público;
- m) Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, conhecida como Lei Contra a Corrupção Eleitoral, acrescentou dois dispositivos à Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições:
 - m.1) a proibição da compra de votos (artigo 41-A), e
 - m.2) a proibição do uso eleitoral da máquina administrativa (parágrafo 5º do artigo 73), além de permitir que a punição – cassação do registro do candidato – possa ser aplicada mais rapidamente, antes da eleição ou da diplomação do infrator.
- n) Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, que alterou a LC nº 64/1990 e tornou mais rígidos os critérios de inelegibilidade para candidatos com alguma nódoa no passado político;⁹⁷
- o) Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação);
- p) Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 – Lei do Conflito de Interesses; e, por fim,
- q) Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

⁹⁷ Essas duas normas foram resultado de ampla mobilização da sociedade, leis de iniciativa popular que recolheram um milhão de assinaturas (a primeira) e cerca de um milhão e trezentas mil (a segunda) em todo o país.

4.5 Temos leis para enfrentar a corrupção. E daí?

É notável no recente campo jurídico que se dedica ao combate à corrupção, ao malfeito e à defesa da probidade, da ética pública e da moralidade administrativa e da transparência o quantitativo da produção normativa a partir da Constituição de 1988. Salta aos olhos o número de leis nesse período da história brasileira, sem prejuízo das muitas e importantes decisões dos tribunais pátrios e dos órgãos de controle interno e externo.

Mas aqui há uma contradição. No sentido de fornecer uma solução rápida e “justa” aos diversos casos de corrupção, ao lado do fortalecimento das penas, das normas ou dos procedimentos, cuidou-se de produzir uma quantidade expressiva de normas. Contudo, este maior número de leis não correspondeu, na mesma medida, a um sentimento de diminuição do fenômeno da corrupção na sociedade brasileira.⁹⁸ A princípio, a quantidade não configura um problema em si. Pode ser reflexo da espiral de escândalos e casos de corrupção que, na democracia recente, emergiu ao público em todo o país. Não se defende que o cipoal brasileiro de leis (e os cipoalzinhas que dele descendem) seja sinal de qualidade institucional. Mas, não é possível fulminar o modelo legislativo brasileiro apenas por seu tamanho, sob o risco de jogar fora o bebê junto com a água do banho. Temos, então, um bom conjunto de leis e normas para enfrentar a corrupção. Mas, é necessária uma nova Lei Anticorrupção? Acredito que sim.

4.5.1 O direito brasileiro e as complexidades do combate à corrupção

O que ensaio, diante de tamanha largueza do espectro normativo, vislumbrar algumas características do combate à corrupção. A primeira delas é que há uma enorme dificuldade, no modelo brasileiro, em oferecer uma resposta integral que transforme a questão da corrupção em uma estratégia comum ao Estado e à sociedade. Mesmo o leitor mais desatento, por conta do texto ou por outro fator, ao encerrar a enumeração da legislação pós-1988, não deixaria de concordar que, no campo do combate à corrupção (dentre outros), quanto mais se produz leis, mais leis são necessárias. E, por pior que possa soar, as leis ainda são parte de nossa estrutura estatal e da necessidade social. Não funcionará, por exemplo, uma lei com dois artigos: artigo 1º – Todos serão honestos; artigo 2º – São revogadas as disposições em contrário.⁹⁹

⁹⁸ Pensemos nos últimos dez anos: em 2002, por exemplo, o Brasil era o 45º colocado na lista, com uma pontuação superior à de hoje; em 2013, o Brasil obteve 42 pontos e ficou em 72º lugar entre os 177 países avaliados pelo Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional.

⁹⁹ Com a Lei Complementar nº 107/2001, que modificou o artigo 9º da Lei Complementar nº 95/1998, a revogação expressa tornou-se determinação legal, necessária aos artigos ou leis revogados. Veja-se que a

Aqui cabe ressaltar que não se trata de defender a opção por um modelo impossível para um país, como o Brasil, a partir de sua tradição político-jurídica, de seu Estado e de sua estrutura social. É que o modelo de Constituição que temos não permite a extrema redução na quantidade das leis que transforme – no limite – o sistema em um governo de homens.¹⁰⁰ Por outro lado, um governo de leis é preferível no contexto das democracias recentes. Esta opção, além do aspecto essencial da submissão de todos às leis, garante à democracia a emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas para o seu funcionamento.¹⁰¹ Para entender a necessidade desta opção, conta muito pensar que há uma característica das sociedades (como a brasileira) que exige outra postura: a complexidade.

4.5.1.1 Pensar o direito a partir da sociedade brasileira

Vivemos uma sociedade e um tempo complexos, em que o direito e sua teoria devem enfrentar tal complexidade.¹⁰² Há um risco produzido pelas mudanças tecnológicas

lei proposta já nasceria com problemas. Claro que minha proposta legislativa modesta decorre da seguinte Constituição: Artigo único – “*Todo brasileiro fica obrigado a ter vergonha na cara*”. Esta Constituição foi proposta em 1926 pelo historiador João Capistrano Honório de Abreu (1853-1927), segundo o qual os problemas do Brasil não estavam nas leis (Cf. *Revista Nossa História*, n. 3, ano 1, jan. 2004). Muitos ainda pensam em culpar, em parte, as leis pela existência da corrupção e da crise brasileira neste campo. Um exemplo dessa perspectiva está em recente artigo de Marcel van Hattem publicado pelo Instituto Millenium: “A raiz desse problema reside justamente na delegação da nossa própria confiança no próximo ao Estado, deixando-o decidir com quem podemos negociar. Se o Estado disser que o papel ou assinatura mais insignificante não está em dia, o negócio não sai. Ingressamos assim em um ciclo vicioso, em que ‘mais leis’ precisam ser criadas para combater os maus incentivos criados por ‘más leis’”. E aí ele recorda Lord Disraeli: “Quando os homens são honestos, leis são desnecessárias; quando são corruptos, elas são quebradas”, escreveu Benjamin Disraeli. Parafrazeando o estadista britânico oitocentista, para o brasileiro honesto a lei é vista hoje como estorvo; para o corrupto, como uma fonte de renda. É a tal arte de criar dificuldades para vender facilidades, que faz do Brasil um dos países mais hostis ao empreendedorismo no mundo. Um país onde grande parte da renda produzida acaba sendo desviada nas propinas e favores que o brasileiro paga para quem se serve do público ao invés de a ele servir”. Ver: HATTEM, Marcel van. *A lei como estorvo – ou como fonte de renda*. Instituto Millenium. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/a-lei-como-estorvo-ou-como-fonte-de-renda>>. Acesso em: 13 dez. 2013. Certamente, são críticas importantes, mas simplistas.

¹⁰⁰ Segundo a erudita distinção de Bobbio acerca de um governo de homens e de um governo de leis, que diz respeito ao modo de governar: “Enquanto o primado da lei protege o cidadão do arbítrio do mau governante, o primado do homem o protege da aplicação indiscriminada da norma geral – desde que, entende-se, o governante seja justo. A primeira solução subtrai o indivíduo à singularidade da decisão, a segunda o subtrai à generalidade da prescrição. Além do mais, assim como esta segunda pressupõe o bom governante, a primeira pressupõe a boa lei. As duas soluções são postas uma diante da outra como se se tratasse de uma escolha em termos absolutos: *ou-ou*. Na realidade, porém, ambas pressupõem uma condição que acaba por torná-las, com a mudança da condição, intercambiáveis. O primado da lei está fundado sobre o pressuposto de que os governantes sejam maus, no sentido de que tendem a usar o poder em benefício próprio. Vice-versa, o primado do homem está fundado sobre o pressuposto do bom governante, cujo tipo ideal, entre os antigos, era o grande legislador. De fato, se o governante é sábio que necessidade temos de restringi-lo na rede de leis gerais que o impedem de avaliar os méritos e os deméritos de cada um? Certo, mas se o governante é mau não é melhor submetê-lo ao império de normas gerais que impeçam a quem detém o poder de erigir o próprio arbítrio à condição de critério de julgamento do que é justo e do que é injusto?” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.152 e ss.).

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 154-155.

¹⁰² Gunther Teubner trabalha com o conceito de “complexidade” nos sistemas (dentre eles o jurídico). Ver: TEUBNER, Gunther. *Law as an Authopoietic System*. Oxford: Blackwell, 1993, especialmente os capítulos I

modernas,¹⁰³ pela mobilidade do capital, pela impossibilidade de controlar totalmente os fluxos econômicos dos mercados, dentre outros aspectos. Há, ainda, o fenômeno do pluralismo de valores, com todos os seus problemas, especialmente a criação de uma nova necessidade: o reconhecimento simultâneo e ao mesmo tempo contraditório desses valores.

As sociedades contemporâneas, e a brasileira (a partir de seu lugar no mundo) também estão tomadas pelo maior incremento da complexidade. Vivemos no Brasil, na segunda década do século XXI, na América Latina, em um mundo em mudança.¹⁰⁴ Essa é uma realidade marcada por grandes transformações, com um alcance global que, com diferenças e matizes, afetam o mundo inteiro. Os fenômenos da (i) globalização e (ii) das mudanças da ciência e da tecnologia impactam a cultura, a economia, a política, as ciências, a educação, o esporte, as artes e também, naturalmente, o direito. É, também, uma realidade que, para o ser humano, se tornou cada vez mais sem brilho e complexa.

A realidade social parece muito vasta para uma consciência que, levando em consideração sua falta de saber e de informação, facilmente se crê insignificante, sem ingerência alguma nos acontecimentos, mesmo quando soma sua voz a outras vozes que procuram se ajudar reciprocamente. Vive-se uma crise do sentido. Mas a questão é que a mera diversidade de pontos de vista, de opções e, finalmente, de informações, que costuma receber o nome de multiculturalidade, não resolve a ausência de um significado unitário para tudo o que existe. Não é uma época de mudanças, é uma mudança de época.

Dissolve-se a concepção integral do ser humano, sua relação com o mundo e com o sagrado, o individualismo enfraquece os vínculos comunitários e propõe uma radical transformação do tempo e do espaço. Os fenômenos sociais, econômicos, políticos, jurídicos e tecnológicos estão na base da profunda vivência do tempo, ao que se concebe fixado no próprio presente, trazendo concepções de inconsistência e instabilidade. Deixa-se de lado a preocupação pelo bem comum para dar lugar à realização imediata dos desejos dos indivíduos numa região (América Latina) em que coexistem diversas culturas indígenas, afro-americanas, mestiças, camponesas, urbanas e suburbanas. Esta outra época cria a necessidade de normas mais presentes

e II, em que o autor discute as consequências da complexidade para o direito. Noutro sentido, mas de certa forma complementar, Nicklas Luhmann cuida da mesma forma da questão da complexidade no direito em: LUHMANN, Nicklas. *Sistemas Sociales*. Lineamentos para uma teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998, especialmente o capítulo III com o conceito de dupla contingência.

¹⁰³ Há uma excelente aproximação acerca do problema desse risco nas sociedades contemporâneas em LUHMANN, Nicklas. El concepto de riesgo. In: BERIAIN, Josexto. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 123 e ss.

¹⁰⁴ A partir deste ponto, todas as características são inspiradas no *Documento de Aparecida*: texto conclusivo da V Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano e do Caribe. Brasília, São Paulo: CNBB/Paulinas/Paulus, 2007, n. 33 a 100.

e que contenham uma certa eficácia para permitir o funcionamento das instituições, especialmente se a Política está em torno dos ideais da liberdade e da democracia.

A globalização é fenômeno complexo que possui diversas dimensões (econômicas, políticas, culturais, comunicacionais etc.). Lamentavelmente, a face mais difundida e de êxito da globalização é sua dimensão econômica, que se sobrepõe e condiciona às outras dimensões da vida humana. Na globalização, a dinâmica do mercado tende a absolutizar-se como regulador de todas as relações humanas. Esse peculiar caráter faz da globalização um processo capaz de promover iniquidades e injustiças múltiplas. A globalização, tal como configurada atualmente, não é capaz sozinha de interpretar e reagir em função de valores objetivos que se encontrem além do mercado.

Ao mesmo tempo, a América Latina é uma região que vive, nas últimas décadas, um progresso democrático que se demonstra em diversos processos eleitorais. No entanto, há diversas formas de regressão autoritária por via democrática. Muitas vezes, a democracia é puramente formal. Noutras vezes, as democracias têm características especiais sob o formato de democracias delegativas.¹⁰⁵ Apesar do crescimento de procedimentos eleitorais mais frequentes e com maior legalidade, a democracia participativa e baseada na promoção e respeito aos direitos humanos ainda está distante da realidade latino-americana.

4.5.1.2 O direito público, alguns de seus problemas e a corrupção

Em uma teoria jurídica da corrupção, o direito público, especialmente o administrativo, é muito exigido todo o tempo. As múltiplas exigências se constituem como problemas para a práxis jurídica.

O meio jurídico brasileiro sofre de pobreza, que decorrem da diferença entre os avanços da Constituição de 1988 no campo jurídico e as dificuldades da doutrina e da jurisprudência em acompanhar o mesmo desenvolvimento. A doutrina tem abdicado de pensar o direito, muitas vezes apenas cuidando de comentar as decisões dos tribunais, em prejuízo ao seu papel tradicional. A jurisprudência, salvo as exceções, não consegue estabelecer um padrão mínimo que permita superar um período de transição que garanta a aplicação das normas jurídicas frente às muitas transformações constitucionais.

¹⁰⁵ O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011, p. 41: "El problema que presentan las democracias modernas es la elitización de la política. Un reducido grupo de políticos profesionales se alternan en el gobierno, en tanto que la población permanece al margen del ejercicio verdadero del poder estatal. En la sociedad capitalista, dividida en clases dominantes y dominadas, la elitización favorece a los grupos más encumbrados, dado que le permite manejar el estado a su antojo. La elitización solo es posible si el común de la gente se mantiene en una actitud pasiva respecto de los conflictos políticos y sociales. Este tipo de funcionamiento de la democracia lo denominamos democracia delegativa, dado que los ciudadanos delegan su poder en la elite y se desentienden de la política".

A atual Constituição, forte, com ampla presença do Estado em toda sociedade, intervencionista e híbrida acerca do controle do poder, ainda não é um conjunto de marcos para o avanço das leis, das ações estatais (inclusive da jurisdição), dos compromissos dos diversos setores sociais e também para o exercício do direito.

Noutro campo, o direito ainda padece de problemas internos. Muitos dos conceitos jurídicos expressos nas normas atuais são indeterminados, com termos “ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique”.¹⁰⁶ Há uma obscuridade das normas que permite o seu abuso por parte dos aplicadores e dos administrados, transformando tolerância muitas vezes em corrupção.¹⁰⁷

Em outro quadro da problemática, a interpretação jurídica brasileira vive presa ao passado autoritário. Luís Roberto Barroso explica:

[...] uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.¹⁰⁸

Muitas das conquistas dessas novas normas e sua possível aplicação são submetidas a uma abordagem que utiliza marcos jurídicos, pensamentos e doutrinas, além de decisões judiciais anteriores, que violam o próprio avanço constitucional a partir de 1988.¹⁰⁹

O direito mesmo pode ser aliado da corrupção. Aqui há uma tensão permanente entre, a partir do mundo do direito e de sua aplicação, prevenir ou apoiar a corrupção.¹¹⁰ Como o administrado está submetido a uma relação de poder, este sempre intensifica as possibilidades de sua violação. Zaffaroni entende a corrupção como uma relação de poder entre pessoas com poderes distintos:

A corrupção entende-se como a relação que se estabelece entre uma pessoa com poder decisório estatal e outra que opera fora deste poder, em virtude da qual se trocam vantagens, obtendo ambas um incremento patrimonial, em função de um ato ou omissão da esfera do poder da primeira em benefício da segunda.¹¹¹

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, 2003, *apud* MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74.

¹⁰⁷ Ver MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Ética, Poder y Estado*. Buenos Aires: RAP, 2004, p. 174.

¹⁰⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Dez Anos da Constituição de 1988* (foi bom para você também?). RTDP, p. 20-39.

¹⁰⁹ Ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹¹⁰ Ver GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 6. ed., Tomo 3, Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 14.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. La corrupción: su perspectiva latino americana. In: OLIVEIRA, Edmundo (Org.). *Criminología Crítica*. Belém: Edições CEJUP, 1990, p. 371: “[La corrupción] suele entenderse como la relación que se establece entre una persona con poder decisorio estatal y otra que opera fuera de este poder, en virtud de lo cual se cambian ventajas, obteniendo ambas un incremento patrimonial, en función de un acto (u omisión) de la esfera de poder de la primera en beneficio de la segunda”.

No mesmo sentido, Ocampo apresenta a corrupção como filha das relações clandestinas entre o poder da autoridade e o dinheiro.¹¹²

Diante das idiosincrasias do poder, especialmente na experiência brasileira, tem-se que muitas circunstâncias são ambíguas: de um lado (*i*) incentivam o descumprimento da norma e doutro (*ii*) criam ou aumentam os casos de falta de defesa pelos administrados, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Por exemplo:

- a) as normas são de validade duvidosa, obscuras e com muitos poderes conferidos aos aplicadores;
- b) o custo do cumprimento das normas é tamanho que põe em risco a continuidade da conduta privada ou mesmo a impede;
- c) há uma lassidão no controle do cumprimento da norma e aumenta muito a improbabilidade da detecção do descumprimento;
- d) as autoridades “selecionam” aqueles que serão controlados, nem sempre adotando critérios políticos neutros e transparentes;
- e) as vantagens de descumprir as normas, frente aos castigos e punições previstos, são superiores e justificam o risco de “ser pego”.

Há outras práticas e atitudes perniciosas nessa quadra do problema do direito frente à corrupção. Aqui, ainda estamos no campo do poder a partir da leitura do Estado por parte dos cidadãos: (*i*) há muita insegurança jurídica por parte dos administrados, o que aumenta o caldo de cultivo da corrupção; (*ii*): os órgãos administrativos são muitos e agem de forma descoordenada; e (*iii*) apenas poucos administrados (geralmente grandes empresas) conseguem acompanhar as muitas normas e suas subnormas,¹¹³ bem como os entendimentos decorrentes delas.

Muitas esferas do Estado, em todas as instâncias burocráticas, também provocam: (*i*) um desprezo pela lei, por conta de normas irreais ou excessivamente ambiciosas; (*ii*) muito poder discricionário; (*iii*) pouco juízo dos aplicadores das normas; e (*iv*) tempos distintos (rápido x demorado) na decisão administrativa, dentre outros aspectos. Tais problemas aumentam a corrupção ao invés de evitá-la. E o fenômeno tem se arrastado, no Brasil recente, de maneira insistente exatamente onde existem tensões, especialmente quando o particular leva as suas diversas demandas frente ao Estado, em todos seus níveis.¹¹⁴ Há, ainda, os temas inerentes à dimensão burocrática do Estado moderno. O crescimento do Estado gera um crescimento em sua burocracia.¹¹⁵ Na forma como se configurou o crescimento do Estado brasileiro,

¹¹² OCAMPO, Luis Moreno. *En defensa propia: cómo salir de la corrupción*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1993, p. 12: “La corrupción es hija de las relaciones clandestinas entre el poder de la autoridad y el del dinero”.

¹¹³ Cf. CAMACHO, Ricardo Gomes. *Norma, ideologia e a teoria da linguagem*. São Paulo: Alfa, 1981, p. 19-30.

¹¹⁴ Ver MAIRAL, Héctor. Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla. In: OLIVEIRA, Farley Martins Riccio de (Org.). *Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 381-442.

¹¹⁵ Cf. NUNES, Edson de Oliveira. *A gramática política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 52.

um projeto de controle da corrupção será eficaz apenas em grande escala. Além dos custos e da dificuldade de acreditar em seu êxito completo, esse controle dará maior força ao problemático sistema de execução da atividade pública.¹¹⁶ Haverá, na mesma medida, o aumento de certas patologias: (i) tomada de decisões esdrúxulas e com destempero; (ii) falta de critérios objetivos na definição das decisões, bem como as prioridades que merecem decidir; (iii) excesso de centralização; (iv) medo de decidir; (v) decisões por autoridades inadequadas, quando não incompetentes; (vi) baixa moralidade; (vii) dificuldade em torno de uma racionalidade mínima; (viii) distância do administrado; (ix) inabilidade de pensar soluções globais e flexíveis; etc.¹¹⁷

Por fim, uma questão que considero crucial: *quem controla os controladores?* A histórica pergunta (re)discutida por Norberto Bobbio¹¹⁸ devolve a questão do controle e das promessas descumpridas pela democracia real para o campo político mas também do direito. A questão é simples: em uma sociedade, onde os cidadãos não exercem o controle sobre os grupos controladores, é possível que o controle não seja uma “arma” a serviço da cidadania e da democracia, mas, simplesmente um dispositivo para impor as vontades soberanas do Estado sobre os súditos. No Brasil,

¹¹⁶ Cf. ANECHIARICO, F.; JACOBS, J. *The pursuit of absolute integrity*. How corruption control makes government ineffective. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 188.

¹¹⁷ Para Weber, a burocracia é uma organização cujas consequências desejadas se resumem na previsibilidade do seu funcionamento no sentido de obter a maior eficiência da organização. No entanto, ao estudar as consequências previstas (ou desejadas) da burocracia que a conduzem à máxima eficiência, notou também as consequências imprevistas (ou indesejadas) e que a levam à ineficiência e às imperfeições. A essas consequências imprevistas, deu-se o nome de disfunção da burocracia, para designar as anomalias de funcionamento responsáveis pelo sentido pejorativo que o termo adquiriu. Q. cfr.: WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos de sociologia compreensiva. 2. v. Brasília: UnB, 1999, p. 99; CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 268; MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 271-272 e 275-277: “O processo pode ser abreviadamente recapitulado: (1) Uma burocracia eficiente exige confiança de reação e estrita devoção aos regulamentos. (2) Tal devoção às regras conduz à sua transformação em absolutas; já não são concebidas como relativas a um conjunto de propósitos. (3) Isto interfere com a adaptação rápida, sob condições especiais não claramente visualizadas por aqueles que lançaram as regras gerais. (4) Assim, os mesmos elementos que favorecem à eficiência em geral, produzem ineficiência em casos específicos. Os indivíduos do grupo que não se divorciaram do significado que as regras têm para eles, raramente chegam a perceber a inadequação. Essas regras, com o correr do tempo, assumem caráter simbólico, em vez de serem estritamente utilitárias”.

¹¹⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 30-31. Veja-se como o texto soa profético: “Inútil dizer que o controle público do poder é ainda mais necessário numa época como a nossa, na qual aumentaram enormemente e são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõem os detentores do poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos. Se manifestei alguma dúvida de que a computadorocracia possa vir a beneficiar a democracia governada, não tenho dúvida nenhuma sobre os serviços que pode prestar à democracia governante. O ideal do poderoso sempre foi o de ver cada gesto e escutar cada palavra dos que estão a ele submetidos (se possível sem ser visto nem ouvido): hoje este ideal é inalcançável. Nenhum déspota da antigüidade, nenhum monarca absoluto da idade moderna, apesar de cercado por mil espiões, jamais conseguiu ter sobre seus súditos todas as informações que o mais democrático dos governos atuais pode obter com o uso dos cérebros eletrônicos. A velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – ‘Quem custodia os custódios?’ – hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: ‘Quem controla os controladores?’”. Se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida. Mais que de uma promessa não cumprida, estaríamos aqui diretamente diante de uma tendência contrária às premissas: a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder”.

particularmente, o controle do poder ainda engatinha apesar da quantidade e da qualidade das normas. Para mim, é resultado de dois movimentos complementares a pouca tradição democrática do país: (a) mecanismos insuficientes de controle do poder (e dos controladores em especial); e (b) uma ainda recente práxis de participação social e popular. O conjunto de normas do atual sistema brasileiro (que melhoraram o controle da corrupção, previnem e punem), ao lado das novas demandas da sociedade, especialmente após a redemocratização, ainda há muito a trilhar para dar ofe-recer no sentido de garantir que a corrupção atenda à democracia e não ao contrário.

Mas, o caso brasileiro do controle da corrupção modifica-se radicalmente, a partir de 2014, com a vigência da Lei nº 12.846/2013. Como não poderia ser diferente, esta norma não se presta como a única (ou a melhor) resposta direta ou indireta ao conjunto de problemas que o direito e a sociedade brasileira passam frente ao fenômeno da corrupção. Em alguns momentos, a lei acaba por reproduzir características desse direito e desta sociedade. A grande questão, contudo, é que a nova norma representa uma mudança de paradigma¹¹⁹ que pode reforçar o combate e o controle da corrupção e mudar o rumo da cultura jurídica e empresarial, além de permitir uma maior visibilidade de temas ainda submersos na relação entre administração e administrados.

5 A Lei nº 12.846/2013

A Lei Anticorrupção agrega um importante avanço nas normas que, após a Constituição de 1988, verticalizam o princípio da moralidade e o combate à corrupção. Só que esta norma faz outro movimento ao horizontalizar o alcance desse enfrentamento, ao responsabilizar e punir pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e por atos de corrupção. Na linguagem dos “corruptólogos”, passa-se a cuidar da outra ponta da relação corrupta: o *corruptor*. E, neste caso, para efeitos da nova Lei, o corruptor é a pessoa jurídica.

¹¹⁹ A ideia de paradigma é empregada na esteira do pensamento de Kuhn, que preconiza a existência de saltos na ciência que ocorrem nos períodos de desenvolvimento científico, em que são questionados e postos em causa os princípios, as teorias, os conceitos básicos e as metodologias, que até então orientavam toda a investigação e toda a prática científica. O conjunto de todos esses princípios constitui o que Kuhn chama “paradigma”. Segundo o autor, o conceito de paradigma tem dois sentidos fundamentais. Num sentido *lato*, o paradigma kuhniano refere-se àquilo que é partilhado por uma comunidade científica, uma forma de fazer ciência, uma matriz disciplinar. Uma comunidade científica caracteriza-se pela prática de uma especialidade científica, por uma formação teórica comum, pela circulação abundante de informação no interior do grupo e pela unanimidade de juízo em assuntos profissionais. Em sentido particular, o paradigma é um exemplar: é um conjunto de soluções de problemas concretos, uma realização científica concreta que fornece os instrumentos conceptuais e instrumentais para a solução de problemas. O paradigma é, nesse sentido, uma “concepção de mundo” que, pressupondo um “modo de ver” e de “praticar”, engloba um conjunto de teorias, instrumentos, conceitos e métodos de investigação; noutro caso, o conceito é utilizado para significar um conjunto de “realizações científicas concretas” capazes de fornecer “modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica”. Ver: KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, p. 30 e ss.

Como fruto da produção legislativa, ela busca conciliar racionalidade, objetividade e moralidade.¹²⁰ A questão aqui é que normas condizentes com as realidades históricas e comprometidas com as aspirações das populações e com o interesse público, traduzidas numa ética de responsabilidade, no sentido weberiano, são submetidas ao movimento incessante de sua desconstrução.

5.1 A estrutura da norma

A Lei Anticorrupção – LA – brasileira é simples. E dura. Apresenta-se aqui uma descrição estrutural,¹²¹ propondo ao leitor a experiência de “compreender” e “(des)construir”.

5.1.1 Os conceitos iniciais da LA

Ao dispor “sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (artigo 1º), a LA estabelece o seu alcance – bem amplo: as sociedades empresárias e as sociedades simples,¹²² personificadas ou não,¹²³ independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas,¹²⁴ ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (parágrafo único do artigo 1º).

Algumas questões destacam-se desde já:

- a) a responsabilidade é objetiva (administrativa e civil);
- b) a responsabilidade é pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira;
- c) as pessoas jurídicas (sociedades empresárias e as sociedades simples), independentemente de seu formato, fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação

¹²⁰ Cf. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988, art. 37, *caput*.

¹²¹ Foram adotados os ensinamentos acerca da estrutura lógica das proposições normativo-jurídicas, conforme Lourival Vilanova, sem que ele possa ser responsabilizado pela estruturação aqui apresentada da Lei Anticorrupção. Ver: VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997; e _____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 136 e ss.

¹²² Conforme o Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de fevereiro de 2002, as sociedades serão divididas em sociedades simples – art. 997 a 1.038 – e sociedades empresariais – art. 1.039 a 1.096.

¹²³ A sociedade não personificada é aquela que, embora constituída mediante instrumento escrito, não formalizou o arquivamento ou registro dos seus atos constitutivos. Assim, o contrato ou acordo tem validade somente entre os sócios, não tendo força contra terceiros. Portanto, a sociedade não personificada pode ser constituída de forma oral ou documental. O CCB prevê dois tipos de sociedades não personificadas: sociedade em comum – art. 986 e ss. – e sociedade em conta de participação – art. 991 e ss.

¹²⁴ Na forma do artigo 44 do CCB, as associações (I) e as fundações (III) são pessoas jurídicas de direito privado.

no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, são totalmente alcançadas.

Devo destacar o entendimento de que, na forma prescrita pela LA, estão incluídas nessa listagem aberta as organizações religiosas e os partidos políticos, na forma do Código Civil brasileiro.¹²⁵

Há mais: a LA aprofunda a questão da responsabilidade objetiva. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente pelos atos lesivos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (artigo 2º), não excluída a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (artigo 3º), e independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais dos dirigentes ou administradores (§1º), que serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade (§2º). Se a LA parasse por aqui, já estaria configurada a repetida tese de mudança de paradigma. Por muito tempo, conforme explicitado, a legislação de combate à corrupção cuidou de tudo e de todos, na forma da responsabilidade civil, penal e administrativa, mas apenas no campo da (a) modalidade subjetiva e (b) sem alcançar as pessoas jurídicas. Com a nova lei o quadro mudou radicalmente.

Mesmo em casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, a responsabilidade da pessoa jurídica subsiste (artigo 4º), sendo que nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas na LA decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados (§1º). A LA fortalece os “vínculos” entre sociedades, determinando que as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, consorciadas, serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nessa Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado (§2º).

5.1.2 Os atos lesivos da Lei Anticorrupção (LA)

Quais são os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira? Para os fins da LA, são todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas,¹²⁶ que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil

¹²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Artigo 44, incisos IV e V.

¹²⁶ As pessoas jurídicas do parágrafo único do artigo 1º da Lei Anticorrupção.

(artigo 5º). A LA então passa a numerar e definir quais são os atos lesivos, de forma absolutamente exclusiva e excludente:

- 1 – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- 2 – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na LA;
- 3 – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- 4 – 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;
- 5 – 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.

A lista tem, dentre seus comandos, os três primeiros que objetivam definir os atos lesivos em geral, um quarto que especifica os casos de licitações e contratos, e por fim, um último que cuida de tipificar uma conduta mais imprecisa: “dificultar atividade de investigação ou fiscalização”. Essa última hipótese ou será descumprida, ou, se cumprida, ensejará enormes dificuldades. Tenho a impressão que a proposição é extremamente aberta, pois não deixará de permitir abusos e interpretações desarticuladas da realidade.

Ainda nesse artigo (5º) exsurge o conceito, para a lei, do que é “Administração Pública estrangeira”: 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 (§1º); as organizações públicas internacionais (§2º); e o agente público estrangeiro, aquele que, 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, conforme o §3º.

5.1.3 A responsabilização administrativa

Mais adiante, a LA trata da responsabilização administrativa (artigo 6º). Nessa esfera serão aplicados às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos dois tipos de sanções: (a) multa; e (b) publicação extraordinária da decisão condenatória. Parece pouco, mas é muito: a multa (entre 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, nunca inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, conforme o artigo 6º, I) representa muito para a maior parte das pessoas jurídicas, especialmente por conta da sua adoção sobre o faturamento bruto.¹²⁷ Essa medida poderá encerrar as atividades de muitas pessoas jurídicas. Em seu inciso II, a LA ainda permite publicação extraordinária da decisão condenatória.

Essas duas sanções serão aplicadas, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações, que deverão ser fundamentadas (artigo 6º, §1º). A fundamentação significa aqui a obrigatoriedade da motivação, tanto da sanção como de sua gradação, na esteira do determinado pela Constituição de 1988, como, aliás, devem ser todos os demais atos da Administração Pública. Qualquer decisão administrativa sem a devida motivação representa retrocesso no Estado de Direito, o que, além de violar a Constituição (artigo 93, X), incorre na violação à Lei nº 9.784/1999 (artigos 2º e 50), dentre outras. As sanções serão precedidas da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica do ente público (artigo 6º, §2º). A adoção de qualquer sanção não excluirá a obrigação da reparação integral do dano causado (§3º).

¹²⁷ Para aplicar a multa será necessário compreender com solidez a diferença entre faturamento bruto e líquido, já que a primeira conta determinará a incidência dos percentuais. O faturamento bruto é o total de vendas de todos os produtos e serviços oferecidos aos clientes em um determinado período contábil analisado, os quais sofrem ligeiras variações de acordo com cada ramo de atividade ou interesse analítico. Já faturamento líquido diz respeito aos valores do faturamento bruto, subtraídos todos os impostos que a empresa deve pagar sobre sua atividade. Então, o faturamento bruto da lei é o faturamento líquido. Ver: FERRARI, Ed Luiz. *Contabilidade Geral*. 26. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 100-101. Tenho convicção que esse aspecto vai gerar muita disputa e confusão.

Ainda o artigo 6º detalha como funcionará a multa (§4º), caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica (a multa será de R\$ 6.000,00 a R\$ 60.000.000,00) e a publicação extraordinária da decisão condenatória (§5º). Esta 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 também em sítio eletrônico.

Os critérios para a aplicação das sanções administrativas serão (artigo 7º):

- a) a gravidade da infração;
- b) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- c) a consumação ou não da infração;
- d) o grau de lesão ou perigo de lesão;
- e) o efeito negativo produzido pela infração;
- f) a situação econômica do infrator;
- g) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- h) 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;
- i) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Esses critérios servirão, a partir de muitos cenários de avaliação, para graduar a sanção, sempre de maneira coordenada e sistemática. Ocorre que, tais elementos exigirão um grande cuidado dos aplicadores da norma e deverão ser avaliados em todas as etapas do processo administrativo. Dentre estes critérios, destaca-se o sétimo (cooperação na apuração) e o oitavo (mecanismos e procedimentos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação de códigos de ética e conduta). A LA favorece a adoção de sistemas de integridade, cujos parâmetros de avaliação serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal (parágrafo único do artigo 7º). Note-se que há duas dimensões ainda muito recentes no direito administrativo brasileiro: *(i)* a cooperação por meio dos acordos de leniência (artigo 16 e ss.); e *(ii)* a adoção de sistemas de integridade (artigo 7º, VIII), tema que será aprofundado adiante (5.3).

5.1.4 O processo administrativo de responsabilização

O processo administrativo de responsabilização terá minimamente as seguintes etapas bem definidas:

- a) instauração (artigo 8º, *caput*) do processo administrativo;
- b) criação da comissão de apuração (artigo 10) por ato próprio para apurar fato específico, com a necessária publicação do ato que a instituir (*idem*, §3º), sendo possível a constituição de comissão permanente em cada órgão ou entidade pública;
- c) organização dos fatos apontados como violadores da norma, bem como dos demais atos necessários à apuração;
- d) defesa da pessoa jurídica, no prazo de 30 (trinta) dias (artigo 11);
- e) diligências e instauração dos procedimentos de apuração, com contraditório e ampla defesa em todas as etapas;
- f) manifestação da Comissão acerca das possíveis sanções ou a não aplicação da sanção, apontando os critérios de sua decisão, por meio de relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas (artigo 10, §3º);
- g) manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica do ente público (artigo 6º, §2º) sobre as sanções;
- h) julgamento (artigo 8º, *caput*) do processo administrativo pela autoridade competente.

Alguns detalhes merecem atenção: o processo administrativo de responsabilização será (i) instaurado e (ii) julgado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (artigo 8º). A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação (artigo 8º, §1º). No âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na LA, para exame de sua regularidade ou para corrigi-los o andamento.

À CGU caberá ainda a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos na LA praticados contra a Administração Pública estrangeira, sempre observado o disposto no Artigo 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.¹²⁸

¹²⁸ Artigo 4º (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.

O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis (artigo 10).

Cria-se uma determinação interessante: o ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, a pedido da comissão de apuração, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão (artigo 10, §1º).

Dentre os poderes atribuídos à comissão de apuração, ela poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação (artigo 10, §2º).

A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as eventuais sanções aplicáveis (artigo 10, §3º), prazo este que poderá ser prorrogado mediante ato fundamentado da autoridade instauradora (*idem*, §4º).

A pessoa jurídica terá o prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação (artigo 11). Haverá a necessidade de muito cuidado no encaminhamento dos temas à pessoa jurídica para a apresentação da defesa, a fim de evitar obscuridades e ambiguidades presentes em muitos casos. O objetivo é evitar a constituição de acusações *prima facie* aparentemente verossímeis, mas que não resistem a uma avaliação jurídica e/ou judicial prudente e neutra. Tais situações acabam por se acerrar perigosamente de um quadro de absoluta ilegalidade e antijuridicidade. Nessa defesa, a pessoa jurídica poderá articular fatos e direitos, propor procedimentos, audiências, produção de provas em toda a sua extensão, com base no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa.

O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora para julgamento (artigo 12). Evidentemente, poderão ser utilizados os instrumentos da Lei Federal de Processo Administrativo. Dentre eles a possibilidade de apresentação de alegações finais com fundamento na Lei nº 9.784/1999 à autoridade julgadora, eis que albergados, inequivocamente, o princípio do direito à comunicação, o direito de aduzir alegações e apresentar documentos antes da decisão referentes à matéria objeto do processo (artigo 3º, III, e 38, *caput*, Lei nº 9.784/1999), sendo ainda vedada à Administração Pública a recusa ao recebimento de petições e documentos (artigo 6º, parágrafo único, Lei nº 9.784/1999).¹²⁹

¹²⁹ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º fev. 1999. "Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; [...] Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...]"

Por fim, ainda quanto ao processo administrativo, há três questões gravosas para a pessoa jurídica. A primeira: a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas na LA (artigo 13). A segunda: a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na LA ou para provocar confusão patrimonial, estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, sempre observados o contraditório e a ampla defesa (artigo 14). Por fim, a terceira: a comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

Há uma observação, mais procedimental, no parágrafo único do artigo 13, que prevê a inscrição em dívida ativa da Fazenda Pública não havendo pagamento do crédito apurado no processo administrativo.

5.1.5 O acordo de leniência

A LA, em seu artigo 16, apresenta a oportunidade de celebração de acordo de leniência entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos (artigo 5º) que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Os objetivos perseguidos nessa colaboração são:

- a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber (artigo 16, I); e
- b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (artigo 16, II).

Para a celebração do acordo de leniência, a LA estabelece que:

- a) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito (artigo 16, §1º, I);
- b) a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo (artigo 16, §1º, II);
- c) a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo,

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; [...] Art. 6º [...] Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas. [...] Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. §1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (artigo 16, §1º, III).

Celebrado o acordo de leniência, as pessoas jurídicas terão os seguintes direitos:

- a) isenção de algumas das sanções previstas (artigo 16, §2º, primeira parte): (i) publicação extraordinária da decisão condenatória (artigo 6º, II); e (ii) 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 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (inciso IV do artigo 19);
- b) redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável (artigo 16, §2º, segunda parte).

Por outro lado, o acordo de leniência não eximirá a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (artigo 16, §3º), e estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo (artigo 16, §4º).

Alguns efeitos estão previstos na LA acerca do acordo de leniência. Uma vez celebrado, seus efeitos serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas (artigo 16, §5º). Salvo no interesse das investigações e do processo administrativo, a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo (artigo 16, §6º). E não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada (artigo 16, §7º).

Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento (artigo 16, §8º).

Outra repercussão importante no campo dos direitos das pessoas jurídicas é que a celebração do acordo de leniência interromperá o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na LA (5 anos, artigo 25), na forma do artigo 16, §9º.

Reafirmando o papel central da Controladoria-Geral da União (CGU), esta será o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira (artigo 16, §10).

Passo seguinte, a LA traz uma ampliação do alcance do acordo de leniência. Em seu artigo 17, permite que a administração pública celebre acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88.

Por conta da importância dessas sanções e da possibilidade de incluí-las em acordo de leniência, transcrevo os artigos da Lei nº 8.666/1993:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

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.

§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.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

5.1.6 A responsabilização judicial

A LA trata também da responsabilização judicial das pessoas jurídicas (artigo 18), impondo-a ao lado da responsabilização administrativa.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, e o Ministério Público, na forma do artigo 19 da LA poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras, em razão dos atos previstos no artigo 5º:

- a) 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 (artigo 19, I);
- b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades (artigo 19, II);
- c) dissolução compulsória da pessoa jurídica (artigo 19, III);
- d) 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 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (artigo 19, IV).

Como visto, as sanções decorrentes da responsabilização judicial são duríssimas, razão pela qual a referida lei exigirá muito cuidado em sua aplicação. Por conta deste aspecto, a LA incorre no detalhamento dos critérios necessários para a dissolução compulsória da pessoa jurídica, na forma do parágrafo primeiro do artigo 19. São eles:

- a) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos (artigo 19, §1º, I); ou
- b) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (artigo 19, §1º, II).

As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (artigo 19, §3º) e o Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado (na forma do artigo 7º), ressalvado o direito do terceiro de boa-fé (artigo 19, §4º).

Como se não bastasse, nas ações ajuizadas exclusivamente pelo Ministério Público, ainda poderão ser aplicadas as sanções do artigo 6º da LA (multa, entre 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem

auferida, quando for possível sua estimação; e publicação extraordinária da decisão condenatória), sem prejuízo das previstas no capítulo da responsabilização judicial, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

A LA estabelece (artigo 21) que, nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, a famosa Lei da Ação Civil Pública. Já consolidada no direito brasileiro, reflexo das *class actions* norte-americanas, a ação civil pública ou coletiva foi alçada à condição constitucional logo em 1988 (artigo 129, III, da Constituição Federal). No parágrafo único do artigo 21, a LA determina que a condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

5.1.7 Demais disposições da Lei Anticorrupção

Ao cabo de sua organização, a LA cria alguns dispositivos procedimentais e alguns essenciais.

No campo procedimental, cria-se no âmbito do Poder Executivo Federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nessa Lei (artigo 22), que será informado e atualizado pelos mesmos órgãos com os dados relativos às sanções por eles aplicadas (artigo 22, §1º).

O CNEP conterá (artigo 22, §2º), entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

- a) razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ (artigo 22, §2º, I);
- b) tipo de sanção (artigo 22, §2º, II); e
- c) data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso (artigo 22, §2º, III).

Em caso de acordo de leniência, as autoridades competentes para celebrá-lo também deverão prestar e manter atualizadas no CNEP, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca deste, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo (artigo 22, §3º). E, se a pessoa jurídica não cumprir os termos do acordo de leniência, além das informações previstas anteriormente, deverá ser incluída no CNEP referência ao respectivo descumprimento (artigo 22, §4º). Esses registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora (artigo 22, §5º, I). Claro que

cabe também à pessoa jurídica interessada, uma vez cumpridos os prazos, requerer ao órgão ou entidade sancionadora a sua exclusão.

Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666/1993 (artigo 25).

Em seu artigo 24, determina a LA que a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas. Aqui resta uma imprecisão da norma, pois deixa ao alvedrio do administrador público a sua utilização. Melhor seria a destinação a um fundo público, por exemplo, de combate à corrupção.

Superadas as questões procedimentais, cuida a Lei Anticorrupção (artigo 25) do importante instituto da prescrição. Aqui a questão essencial: as infrações previstas na LA prescrevem em 5 (cinco) anos contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Conforme seu parágrafo único, na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Durante muitos anos, a teoria jurídica padeceu, no campo do direito administrativo, de profundidade acerca da prescrição. Parte da doutrina¹³⁰ entende que a prescrição encerra o poder do Estado, tanto que ganhou, em 1988, previsão constitucional (Constituição Federal, artigo 37, §5º),¹³¹ remetendo às leis o estabelecimento dos prazos. A questão exige discutir o direito fundamental das pessoas (e das pessoas jurídicas) ao esquecimento, na linha da doutrina civilista e das decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça.¹³² E o direito ao esquecimento requer a oportunidade de esquecer e de ser esquecido, bem como aplicação de uma justa medida temporal.

¹³⁰ Em parte da literatura especializada, o impedimento do exercício dos poderes de sanção do Estado em casos de prescrição corresponde a um bloqueio dos poderes administrativos; ver GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 456 e ss.

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. "Art. 37 [...] §5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento."

¹³² Da origem no campo penal, passando atualmente o campo civilista, o direito ao esquecimento deve alcançar também o Direito Administrativo. A tese do Direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado nº 531 promovida pelo CJF/STJ: "Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados". Ver as seguintes decisões do STJ, no campo do direito privado: REsp nº 1.335.153-RJ e REsp nº1.334.097-RJ, todos da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Questão ainda tormentosa na *práxis* administrativa é a (im)precisão da contagem do tempo da prescrição, exatamente pelas elaboradas criações a respeito da data da ciência da infração ou do dia de sua cessação, em casos infracionais permanentes ou continuados. Aqui não há aspecto de pequena monta, quando se tem em vista a preocupação de se observar o justo processo, em cuja noção se insere a determinação do termo inicial da persecução. Veja-se que, ainda sob o pálio de um mesmo artigo de norma (artigo 25), há duas formas de tempo no processo administrativo: (a) o tempo da ciência por parte da administração pública (tempo do ato de conhecer); e (b) o tempo da cessação da infração (tempo do fato).

A prescrição do poder de punir – como a prescrição em geral – atende à necessidade da pacificação das relações sociais e da segurança das relações jurídicas em particular, evitando que determinadas situações de conflito efetivo ou potencial se prolonguem indefinidamente no tempo, deixando a parte a ela submissa, em estado de contínua inquietação, como a famosa espada de Dâmocles pendendo sobre a cabeça, criando suplício interminável. É preciso enfatizar que o instituto da prescrição não deverá ser percebido como de menor importância, mas sempre como fator impossibilitante da sanção, a operar em favor do imputado, porque se trata de algo estabelecido com a finalidade de paralisar a atividade punitiva e pacificar as relações sociais. Não se compadece com esse entendimento superior a alegação tantas vezes repetida de que a prescrição favorece a impunidade ou estimula a prática de novos ilícitos.

Após esse importante tema do Direito Administrativo e Constitucional, a Lei Anticorrupção migra para a sua conclusão, destacando a representação da pessoa jurídica (artigo 26). Essa representação dar-se-á na forma do seu estatuto ou contrato social. As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens (artigo 26, §1º) e a pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (artigo 26, §2º).

Trata a LA de responsabilizar a autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas, não adotar providências para a apuração dos fatos (Artigo 27). Sofrerá a responsabilização penal, civil e administrativa nos termos da legislação específica aplicável.

No sentido de cumprir os compromissos internacionais, em especial a Convenção da OCDE (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais), a LA aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior (artigo 28).

A Lei Anticorrupção não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica (artigo 29), muito menos

a aplicação das sanções previstas da LA que afetam os processos de responsabilização e aplicação de penalidades (artigo 30) decorrentes da:

- a) Lei nº 8.429/1992, que define os atos de improbidade administrativa (artigo 30, I); e
- b) Lei nº 8.666/1993, que define os atos ilícitos, ou ainda outras normas de licitações e contratos da administração pública (artigo 30, II), inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) instituído pela Lei nº 12.462 /2011.

Por fim, como forma de permitir a adaptação da Administração Pública e dos particulares, a LA estabelece sua entrada em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação, passando a ser plena em 29 de janeiro de 2014.

5.2 Temas da Lei Anticorrupção

Colocados os tópicos da estrutura da Lei Anticorrupção, com breves comentários, procedo a uma análise de três temas gerais, com o objetivo de apontar perspectivas para sua aplicação e para o combate à corrupção.

5.2.1 A responsabilidade agora é objetiva

A primeira e grande novidade na Lei Anticorrupção é o fato de cuidar de um aspecto nunca tratado de forma direta pela legislação que tenta proteger o patrimônio público dos ataques da corrupção: a responsabilidade objetiva no campo administrativo e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Aqui cabe, mais uma vez, ressaltar que tal posição legal modificará, no meu entendimento, as relações entre pessoas jurídicas e administração pública frente ao fenômeno da corrupção.

A tradição jurídica, em especial no Brasil, consolidou a responsabilidade civil como resultado de uma obrigação secundária, decorrente do descumprimento de um dever jurídico originário. Dito de outra forma, por Sérgio Cavalieri Filho, a “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.¹³³ Na tradição jurídica, há quatro elementos na responsabilidade civil, a saber: (i) o fato, (ii) o dano, (iii) o nexo de causalidade e (iv) a culpa. Neste caso tem-se a responsabilidade civil subjetiva. Com o passar do tempo, e diante das complexidades das sociedades e do próprio Estado, o sistema da responsabilidade civil calcada na teoria da culpa revelou-se insuficiente para representar a melhor solução aos diversos conflitos. Este passou a conviver com

¹³³ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

a responsabilidade civil sem culpa, que tem cada vez tomado mais espaço no nosso ordenamento jurídico. Na responsabilidade civil objetiva, não se perquire acerca da ocorrência de culpa (ou do dolo), elemento subjetivo, que desaparece, restando somente: (i) o fato, (ii) o dano e (iii) o nexo de causalidade.¹³⁴

Tal opção da lei, muito combatida por seus opositores, em especial durante sua tramitação no Congresso Nacional, causará profundas transformações, pois, além dos seus efeitos, exigirá uma mudança da cultura das pessoas jurídicas, paralela a que ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor na experiência brasileira. Trata-se, no caso da Lei Anticorrupção, de responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo, segundo o qual a pessoa jurídica prestadora assume uma atividade arriscada, por natureza, da qual auferir vantagens e, por isso, deve também suportar os ônus que dela decorrem.

Como dito, a pessoa jurídica responderá objetivamente pelos atos ilícitos praticados em seu benefício ou interesse por qualquer de seus agentes, ainda que tenham agido sem poderes de representação ou sem autorização superior, mesmo que o ato praticado não proporcione a ela vantagem efetiva ou que eventual vantagem não a beneficie direta ou exclusivamente. Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. E serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei as entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, as sociedades controladas ou controladoras, as coligadas e, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas.

Um segundo aspecto que salta aos olhos, desde já, é que o patrimônio da pessoa jurídica poderá ser atingido para efeito de ressarcimento dos prejuízos causados. Além da multa (de 0,1% a 20% do faturamento bruto) e da publicação da decisão condenatória, haverá muitas outras consequências, já exploradas dantes.

Aqui se coloca questão grave, numa visão mais ampla do fenômeno jurídico da corrupção, acerca da responsabilidade das pessoas envolvidas numa relação ou numa “operação” que possa ser considerada corrupta. Um polo do fenômeno (o corruptor) estará submetido a esta forma de responsabilização: objetiva, que recai diretamente sobre seu patrimônio. Outro polo, corrompido(s) e provavelmente tão envolvido(s) quanto o primeiro na mesma relação, estará(ão) ainda sob o campo da responsabilidade subjetiva, eis que esta impera exclusivamente na legislação que cuida da moralidade, da probidade e da ética dos agentes públicos.

¹³⁴ Ver: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 1 v.; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed., aument. e atual. de acordo com o Novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2003, 7 v.; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 3 v.; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003; STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; e RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Saiu-se de uma situação (anterior à Lei Anticorrupção) em que sequer as pessoas jurídicas eram responsabilizadas, para outro extremo, em que a responsabilidade é objetiva, o que talvez não tenha sido a melhor solução. Em situações em que há uma desproporcionalidade na responsabilização, tenho sempre a opinião de que há riscos de se cometer “injustiças”. Sem contar os riscos de uma solução heterodoxa para evitar o controle da corrupção: mais corrupção! Deveria imperar nesse caso, como noutros, a questão da responsabilidade subjetiva, pois serão comprometidos patrimônios, marcas, nomes, imagens e a própria existência, em muitos casos, das pessoas jurídicas. No mínimo, para equilibrar a balança, a responsabilidade objetiva deveria ser aplicada também aos agentes públicos, incluindo-se aí os controladores em caso de má-fé comprovada, com sanções no mesmo nível. Não sei se punições extremas servem para modificar processos sociais.

Por conta dessas questões, penso que a dimensão da responsabilidade deverá ser compreendida de forma mitigada, diante das variáveis de uma “corrupção objetiva”¹³⁵ que recairão sobre as pessoas jurídicas. O respeito ao devido processo legal e o império das garantias constitucionais serão importantes para que, diante das diversas possibilidades de uso da Lei Anticorrupção, não se permita exatamente mais corrupção.

5.2.2 Processo administrativo e devido processo legal

O processo administrativo de responsabilização administrativa, sem prejuízo da responsabilização judicial, exigirá muito de todos os envolvidos. Autoridades, agentes públicos e pessoas jurídicas, sem distinção, deverão intensificar os esforços para garantir a execução do devido processo legal, como parte integrante dos direitos fundamentais do Estado de Direito, bem como da própria Constituição brasileira.

Esse esforço surgirá em decorrência da gravidade das sanções e dos cuidados de avaliar a responsabilidade objetiva frente aos riscos de cometer equívocos e atropelar as garantias do devido processo legal administrativo. A cultura brasileira dos processos administrativos neste início de século tem evidenciado um conjunto de problemas: (i) abuso da posição de Estado; (ii) responsabilização prévia, funcionando o processo administrativo apenas como simulacro; (iii) formalismo absoluto; (iv) pouco ou nenhum devido processo legal substantivo; (v) contraditório reduzido ou

¹³⁵ A expressão é de Marçal Justen Filho. Esse autor, ao avaliar a nova lei, crê que não haverá uma “corrupção objetiva” e que a sua interpretação deverá ser em termos, pois “nenhuma pessoa jurídica atua diretamente no mundo”. Claro que isto significa, para o conhecido administrativista, que dever-se-á sempre analisar o caso frente à conduta de um de seus agentes, formalmente ligados à pessoa jurídica ou não, sendo até desnecessário aludir a uma “responsabilidade objetiva da pessoa jurídica”. Talvez não seja o entendimento majoritário dos aplicadores da norma. Ver a posição em JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

inexistente, pois as manifestações dos administrados não são sequer consideradas na formação do juízo.

A lista de problemas complica-se quando se sabe da dificuldade de formação de agentes públicos com capacidade de enfrentar a questão, ainda mais com uma comissão formada, pela Lei Anticorrupção, por apenas 2 (dois) membros, opção contrária à tradição brasileira de pelo menos 3 (três) membros em comissões de apuração para permitir a superação de situações de empate e garantir um debate mínimo.

Outro aspecto é a importância que ganhará a “manifestação” jurídica dos advogados públicos, não apenas no sentido de defender a posição oficial, mas defender principalmente o direito.

No caso das autoridades que deverão julgar os casos da Lei, ao invés de apenas resumir e, muitas vezes, assinar sem ler o que as diversas assessorias “prepararão”, os cuidados deverão ser redobrados. Certamente a autoridade haverá que motivar a sua decisão com base, tanto nos fatos, como no direito, de forma a representar o resultado posterior de um trabalho de juízo comprometido com a Constituição e com a legislação.

E, por fim, há a dificuldade de entender que o Estado que analisa o fenômeno da corrupção é ao mesmo tempo, acusador, processante e juiz da questão posta. Essa questão estrutural já mereceu melhor tratamento quanto às questões tributárias, por exemplo, com o processamento em outro nível, mais autônomo, da Administração Pública central, por meio do Conselho de Recursos Administrativos Fiscais (CARF) na esfera federal. Enquanto se luta pela efetivação de uma “justiça administrativa”¹³⁶ que diminua a contaminação de interesses e relações difíceis entre Estado e sociedade, haverá que se defender permanentemente a formação e o controle estrito dos agentes públicos com o objetivo de separar o joio do trigo.

5.2.3 Os sistemas de integridade

Os sistemas de integridade¹³⁷ são mecanismos e procedimentos que servem para diminuir ou evitar o fenômeno da corrupção em uma determinada organização ou pessoa jurídica. A Lei Anticorrupção aposta na sua existência como uma forma de mudança cultural e como qualificação importante para atenuar a aplicação das severas sanções às pessoas jurídicas. São compostos por (i) manuais de boas práticas de integridade das pessoas jurídicas, (ii) sistemas de acolhimento, tratamento e

¹³⁶ Ver o estudo clássico de MASHAW, Jerry L. *Bureaucratic Justice: managing social security disability claims*, New Haven/London: Yale University Press, 1983.

¹³⁷ Cf. POPE, Jeremy. National integrity systems. *The TI Sourcebook*, 2000, Chapter 22. Disponível em: <<http://www.transparency.org/sourcebook>>. Acesso em: 27 nov. 2013; SPECK, Bruno Wilhelm. *Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2002.

apoio às denúncias internas e externas, (iii) modelos de procedimentos em casos de corrupção, (iv) criação de códigos de ética e conduta, (v) ampliação dos mecanismos de auditoria e *compliance*. Além da existência formal desses procedimentos e mecanismos, deverão ser analisados os esforços de cada pessoa jurídica em favorecer o permanente treinamento e inculturação da integridade no cotidiano das empresas. Treinamentos periódicos, publicações, avaliações e punições gradativas para o descumprimento das normas éticas internas serão imprescindíveis para garantir a sua efetividade, pois os sistemas de integridade são parte de um complexo e inexorável processo de educação.

Assim, as pessoas jurídicas deverão considerar nos sistemas de integridade aspectos como combate à corrupção, reação ao oferecimento ou ao pedido de suborno, além de incluir valores, políticas detalhadas, procedimentos internos e externos, gestão de risco e de crises, comunicação interna e externa, treinamentos internos de funcionários, guias para fornecedores e outros prestadores diretos e indiretos de serviços, avaliação, monitoria, seguros contra a ocorrência desses eventos etc. Não será um processo simples.

6 Desafios da Lei Anticorrupção

Se a Lei Anticorrupção for aplicada da forma como foi concebida, trará diversos desafios às pessoas jurídicas. O primeiro é a percepção de que o quadro legal realmente mudou. Um segundo dado a ser considerado é compreender as diferentes dimensões de cada uma das pessoas jurídicas, seu tamanho, suas relações e suas capacidades patrimoniais de adaptação às normas e às sistemáticas, além das repercussões em vários campos (tributário, penal, trabalhista, empresarial). No Brasil, esse aspecto deverá ser considerado de forma muito cuidadosa.

As organizações de empresas, sindicatos e outras formas de organização deverão conhecer, apoiar e organizar a integração das pessoas jurídicas a esse novo universo. Sem tal apoio, os compromissos que a Lei Anticorrupção exige serão extremamente custosos para a maior parte das pessoas jurídicas no Brasil. Outra questão decorrerá da contínua transferência de papéis e, conseqüentemente, de responsabilidades, do Estado para a sociedade, por meio das pessoas jurídicas. Ao fazer pesar sobre as pessoas jurídicas os atos ilícitos praticados por seus contratados – outras pessoas físicas ou jurídicas, ou seus próprios funcionários – a nova lei não considerou as dificuldades da organização, da condição humana e de suas capacidades de enfrentar o problema quando se está diante do fenômeno da corrupção. Evitar deslizes éticos não é simples.

7 À guisa de conclusão

Não há hesitação em afirmar que ganhou o combate à corrupção no Brasil com a Lei nº 12.846/2013. Essa norma vai impor uma nova agenda jurídica e política para as pessoas jurídicas, independentemente de seu tamanho ou forma de organização, nos próximos anos. Durante muito tempo, discussões e construções deverão ser realizadas. A proposta deste texto era, depois de um pequeno debate sobre o fenômeno da corrupção, buscar pensar a Lei Anticorrupção frente aos desafios e tensões persistentes no Brasil entre Estado e sociedade, apontar elementos para uma teoria jurídica da corrupção e descrever, de forma estrutural, a legislação como um todo, para permitir que os leitores percebessem sua importância.

Deixei para o encerramento, duas velhas perguntas: (i) a corrupção tentacular no Brasil diminuirá com a vigência da nova lei? (ii) a lei vai “pegar”? Com todas as reservas e cuidados necessários ao ato de predizer como será a criatura no momento de seu nascimento, a resposta às questões é positiva, na medida expressa do esforço coletivo para que essa realidade mude, respeitando direitos e garantindo deveres. Depende muito mais do conjunto de atores envolvidos na questão que da própria Lei Anticorrupção.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, p. 79-137, abr./jun. 2016.
