

**IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI/OÑATI**

**TEORIAS SOCIAIS E CONTEMPORÂNEAS DO
DIREITO**

DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO

GERMANO ANDRÉ DOEDERLEIN SCHWARTZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E56 Encontro Internacional do CONPEDI (4. : 2016 : Oñati, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Germano André Doederlein Schwartz – Florianópolis:

CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-148-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Sociedade: diálogos entre países centrais e periféricos

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teorias Sociais do Direito. 3. Teorias Contemporâneas do Direito.

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI

TEORIAS SOCIAIS E CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

Apresentação

Este GT do IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado em Oñati, Espanha, foi realizado no dia 17 de maio de 2016, a partir de 10h. Foram apresentados 9 dos 12 trabalhos encaminhados.

O propósito do TG era o de congregar artigos que versassem sobre temas atuais pesquisados relativos a teorias sociais da contemporaneidade. E, efetivamente, alcançou esse intento. O primeiro artigo apresentado, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI 12846/2013), aborda tema extremamente atual, mormente no Brasil, relativamente à corrupção, que pode ser descrito como uma “doença endêmica”. O estudo trata dos esforços empreendidos para o combate à corrupção, abrangendo a questão da proteção da livre iniciativa e do mercado, uma vez que a corrupção, para além de causar males aos orçamentos, também causa uma ilegitimidade concorrencial, resultando protegidas, ilicitamente, determinadas partes contratadas pelo serviço público e por estatais no ambiente de corrupção.

O artigo ARGUMENTAÇÃO, CAPACIDADE CIVIL E DISCERNIMENTO: A INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL APÓS O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, confronta a edição da Lei nº 13.146/2015 com o conceito de autonomia, este desenvolvido conforme Habermas, pois, essencialmente, a Lei revogou o artigo 3º do Código Civil Brasileiro, atribuindo igualmente formal aos portadores de deficiência mental. E, com efeito, a Lei estabelece, em seu art. 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, revogando os incisos II e III do art. 3º do Código Civil e alterando a redação do art. 4º, passando a compreender como incapacidade relativa os que não puderem, de modo transitório ou permanente, exprimir a sua vontade.

Em AS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO E O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL DAS NANOTECNOLOGIAS: PERSPECTIVAS PARA A TEORIA JURÍDICA DA EMPRESA A PARTIR DOS COMPASSOS DO TEMPO DE FRANÇOIS OST os autores enfrentam, na pesquisa, o processo de ruptura histórica pelos ideais empresariais institucionalizantes, como tema central. Apresentam, ainda, o elo de ligação entre a tradição e o presente e, específico e demonstram que o caos instalado no último quarto do século XXI, decorreu do esvaziamento total das tradições empresariais, desorientando a humanidade, muito embora, no campo formal, a teoria jurídica da empresa mantenha valores corporativos tradicionais. Buscam

investigar, enfim, os três compassos do tempo propostos por François Ost, aplicados à análise da questão empresarial e o modo de suas interfaces com a evolução num cenário de globalização.

A informatização da sociedade é retratada em **BIG DATA BIG PROBLEMA! PARADOXO ENTRE O DIREITO À PRIVACIDADE E O CRESCIMENTO SUSTENTÁVEL**, em que, ao lado dos benefícios que podem ser gerados pelo tráfego de dados pessoais na internet, como, por exemplo, nas doenças que podem afetar determinada região e que é constatada pelos numerosos medicamentos adquiridos, o que pode significar um dado importante para que sejam realizadas políticas públicas para debelar a patologia, há a questão da violação da privacidade.

Para mostrar o quão importante é a temática da corrupção, outro artigo também o aborda: **CORRUPÇÃO, ÉTICA E DIREITO NO BRASIL**. A partir do pressuposto, encontrado na sociologia de Durkheim, de que a corrupção é um fato social (no sentido de que não se reduz a um fato psíquico de indivíduos individualmente considerados, mas é antes um modo de agir e de pensar determinado preponderantemente por circunstâncias exteriores aos indivíduos), os autores buscam entender em que medida o ambiente social brasileiro, do qual o direito é um elemento importante, favorece o desenvolvimento de práticas corruptas pelos seus membros e instituições públicas e privadas. A questão fundamental a ser respondida, portanto, é: por que a anticorrupção estabelecida pelas normas jurídicas contidas na legislação brasileira específica e no princípio geral da boa-fé não tem sido suficiente para impedir o avanço crescente da corrupção no país ou, quando menos, não tem sido percebida como uma realidade efetivada?

A autora de **CRISE DA MODERNIDADE E A VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO DESAFIOS AO POSITIVISMO JURÍDICO** defende, enfim, a compreensão, de que “a única maneira de preservar a autoridade do legislador democrático e de preservar a dignidade da legislação consiste em não introduzir considerações morais ou de qualquer outro tipo na determinação e aplicação do direito, é dizer, em não ultrapassar os estreitos limites da atuação adjudicatória do direito, devendo os aplicadores e intérpretes judiciais ser fiéis à produção legislativa, esta sim, capaz de produzir democraticamente o direito válido”. No texto é feita a confrontação entre o positivismo e o desenvolvimento de outras escolas teóricas no pós Segunda Guerra Mundial.

A hermenêutica é também objeto do estudo pesquisado e apresentado no artigo **DA EPISTEMOLOGIA À TEORIA DO DIREITO: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE HERMENÊUTICA CRÍTICA E DIREITO**. O autor destaca que “a hermenêutica tem sido

duramente atacada em suas múltiplas ocorrências no direito, especialmente pelo seu nível de imprecisão e por uma racionalidade sempre questionável. A pesquisa objetiva, então, fornecer as bases – a partir da filosofia kantiana - para investigar em que medida uma hermenêutica crítica pode oferecer uma orientação epistemológica ao Direito na contemporaneidade”.

A conhecida e antiga polemização teórica desenvolvida por Habermas contra a teoria de Luhmann está destacada no artigo DIREITO E POLÍTICA: POLÊMICA ENTRE HABERMAS E LUHMANN NA DEFESA DAS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SISTÊMICA. Resumidamente, sustenta o autor “que a crítica procedimental de Habermas à limitação de clausura do subsistema do Direito, formulada por Luhmann, não reconhece, - por paradoxal que seja - o grau de abertura, admitida por este último, que permite exatamente a interação entre política e direito”.

O último artigo apresentado foi SOBERANIA DE QUEM? O PAPEL DO POVO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS, em que os autores enunciam o problema do avanço dos Estados democráticos, que traz a ideia de que o povo seria o titular soberano do poder. Contudo, destacam que “a percepção da realidade é bastante diferente. A noção de democracia encontra-se ligada a um espaço público de discussão livre. Por outro lado, o distanciamento entre os governantes e governados e a ausência do povo no processo democrático gera uma massa amorfa e facilmente manipulável, a figura do homo sacer”.

Prof. Germano André Doederlein Schwartz - UNILASALLE / FMU

Prof. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro - UNILASALLE

CORRUPÇÃO, ÉTICA E DIREITO NO BRASIL
CORRUPCIÓN, LA ÉTICA Y LO DERECHO EN BRASIL

Frederico de Andrade Gabrich
Tiago Lopes Mosci

Resumo

No Brasil a corrupção é uma realidade factual incontestável, de fácil observação na vida cotidiana das pessoas, das empresas e do Estado. No âmbito do direito a corrupção é um fato jurídico, da espécie ato ilícito. Do ponto de vista sociológico, a corrupção é um fato social, pois constitui um modo de agir e de pensar determinado preponderantemente por circunstâncias exteriores aos indivíduos. A corrupção tem como pano de fundo uma dimensão ética, que se estabelece no ordenamento jurídico não apenas por intermédio de regras legais, mas, principalmente, por meio do princípio da boa-fé.

Palavras-chave: Corrupção, Ética, Direito, Fato social, Ato ilícito, Sociedade de mercado

Abstract/Resumen/Résumé

En Brasil la corrupción es una realidad incontestable, fácilmente observable en la vida cotidiana de las personas, en las empresas y en el Estado. En el alcance del derecho, la corrupción es un hecho jurídico ilegal. Desde un punto de vista sociológico, la corrupción es un hecho social, pues es una forma de actuar y de pensar determinada principalmente por circunstancias externas a los individuos. La corrupción tiene como telón de fondo una dimensión ética, que establece el ordenamiento jurídico no sólo a través de normas legales, pero sobre todo, por medio del principio de la buena fe.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corrupción, Ética, Derecho, Hecho social, Agravio, Sociedad de mercado

1. INTRODUÇÃO

Infelizmente, no Brasil, a corrupção nos meios sociais, empresariais, políticos e governamentais é uma realidade factual incontestável, comprovada por inúmeros casos vivenciados pelas pessoas nos seus cotidianos, noticiados sistematicamente pela imprensa e confirmados por milhares de processos administrativos e judiciais.

De fato, a situação é tão grave que tem-se a impressão de que a corrupção é um fato social que orienta o funcionamento de muitas empresas e o relacionamento delas com o Poder Público, com uma coerção cultural impositiva segundo a qual não existe alternativa para a gestão absolutamente lícita das organizações privadas e/ou públicas.

Este artigo propõe uma reflexão acerca da corrupção no Brasil, com enfoque em seus aspectos social e jurídico, ambos interrelacionados. A partir do pressuposto, encontrado na sociologia de Durkheim, de que a corrupção é um fato social (no sentido de que não se reduz a um fato psíquico de indivíduos individualmente considerados, mas é antes um modo de agir e de pensar determinado preponderantemente por circunstâncias exteriores aos indivíduos), buscar-se-á entender em que medida o ambiente social brasileiro, do qual o direito é um elemento importante, favorece o desenvolvimento de práticas corruptas pelos seus membros e instituições públicas e privadas.

A questão fundamental a ser respondida é: por que a anticorrupção estabelecida pelas normas jurídicas contidas na legislação brasileira específica e no princípio geral da boa-fé não tem sido suficiente para impedir o avanço crescente da corrupção no país ou, quando menos, não tem sido percebida como uma realidade efetivada?

Um aspecto importante a ser considerado na análise proposta é a reflexão acerca da imposição (ou não) de paradigmas de comportamento empresarial estabelecidos por nações consideradas como centrais no âmbito internacional, a partir de Convenções estabelecidas pela Organização das Nações Unidas – ONU, uma vez que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (United Nations Convention against Corruption – UNCAC) foi um motivador decisivo para o estabelecimento de novos parâmetros de governança corporativa e legislação anticorrupção no Brasil nos últimos anos.

A partir do método dedutivo e com fundamento nos referenciais teóricos propostos principalmente por Émile Durkheim, por César Fiuza e por Michael Sandel, espera-se lançar diretrizes para a reflexão crítica acerca desse problema e para sua elucidação.

2. CORRUPÇÃO COMO FATO SOCIAL

De acordo com o dicionário Houaiss da língua portuguesa, a palavra *Corrupção* possui os seguintes significados:

Corrupção. *s.f.* ato, processo ou efeito de corromper 1 deterioração, decomposição física, orgânica de algo; putrefação <c. dos alimentos> 2 modificação, adulteração das características originais de algo <c. de um texto> 3 fig. depravação de hábitos, costumes etc.; devassidão 4 ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, ger. com oferecimento de dinheiro; suborno <*usou a c. para aprovar seu projeto entre membros do partido*> 5 emprego, por parte de pessoas de serviço público e/ou particular, de meios ilegais para, em benefício próprio, apropriar-se de informações privilegiadas, g. acarretando crime de lesa-pátria <*é grande a c. no país*> 6 JUR disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem, não cumprindo com suas funções, prejudicando o andamento do trabalho etc.; prevaricação ETIM lat. *Corruptio, onis* 'corrupção, deterioração' [...] (HOUAISS, 2001, p. 848).

Independentemente de qualquer significado filológico ou linguístico, Tocqueville (1998) observa que a corrupção pode assumir, pelo menos, dois sentidos básicos, sendo o primeiro relativo à corrupção dos princípios e alicerces da estrutura política e social. Já o segundo, seria aquele relativo às transações ilícitas, quando estabelecidas para que alguém em posição de poder possa se beneficiar de uma vantagem.

De acordo com Filgueiras (2009), o tratamento científico e sistemático da corrupção remonta 1950, com o surgimento de uma perspectiva funcionalista nos estudos das ciências sociais. E, segundo este autor:

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-se típica de sociedades em processo de mudança social.

Entretanto, Filgueiras (2009) também observa que, na abordagem funcionalista (que foi dominante nos anos 1960), busca-se apenas observar o problema da modernização a partir da análise da relação custo-benefício, pois a corrupção poderia até mesmo cumprir uma função no desenvolvimento de um país, já que ela poderia agilizar a burocracia e tornar mais rápida a emissão de documentos e a outorga de autorizações pelo Estado, facilitando o desenvolvimento econômico por intermédio de um laço informal entre os burocratas e a iniciativa privada.

O mencionado autor ressalta, contudo, que:

[...] A partir dos anos 1970, a literatura sobre o tema da corrupção deu uma guinada metodológica, direcionando-a 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, ao definir os valores dentro da estrutura social.[...]

Dos anos 1980 para cá, ocorreu uma virada metodológica das pesquisas sobre a corrupção, ao incorporar uma abordagem econômica para um problema político, 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 do Leste-Europeu e na Rússia (JOHNSTON, 2005). Ademais, a literatura de viés econômico sobre o tema da corrupção percebeu que os custos superam os benefícios apontados pela teoria funcionalista. (FILGUEIRAS, 2009, p. 396).

Nesse sentido, exatamente em linha com a visão cultural da corrupção, segundo o Papa Francisco:

A corrupção não é um ato, e sim um estado pessoal e social, no qual a pessoa se acostuma a viver. Os valores (ou desvalores) da corrupção são integrados a uma *verdadeira cultura*, com capacidade doutrinal, linguagem própria, modo de proceder peculiar. É uma cultura de “*pigmeização*”, que insiste em convocar adeptos para rebaixá-los ao mesmo nível da cumplicidade admitida e corrupta. (BERGÓLIO, 2005, p. 38).

Não obstante, independentemente de uma visão exclusivamente cultural ou econômica, é importante observar que a corrupção geralmente decorre não apenas de um elemento individual, concreto ou coletivo isolado, mas de diversos fatores subjetivos, objetivos, econômicos, sociais, religiosos, políticos e culturais, que interagem e se complementam, sem que um, necessariamente, prevaleça sobre o outro.

Por isso, segundo Raquetat (2011), é possível identificar teoricamente diversas justificativas ou causas para o afloramento da corrupção em diversos países, dentre as quais podemos destacar, também com amparo nas afirmações de Filgueiras (2009), as seguintes:

- a) o tamanho excessivo do Estado e de sua burocracia;
- b) o deficiente desenvolvimento das instituições democráticas e do sistema capitalista (pois, este último, no plano teórico, favorece a competição e a prevalência dos mais eficientes);
- c) o desenvolvimento de uma cultura deficiente em valores comunitários (que acaba favorecendo o desenvolvimento dos laços de família – familismo: *tudo é permitido desde que atenda aos interesses da família*) (RAQUETAT, 2011);
- d) o excesso de hierarquia estabelecido por algumas religiões – tais como a católica, ortodoxa oriental e a muçulmana;
- e) a manutenção de um mesmo grupo político no poder por longos períodos;
- f) a centralização do poder;
- g) a desordem administrativa;
- h) a falta de transparência político-administrativa;
- i) as distorções do sistema eleitoral;
- j) a desigualdade social;
- k) a discricionariedade do servidor público;

- l) a impunidade;
- m) as tradições herdadas (especialmente em decorrência dos sistemas patriarcais e patrimonialistas).

Em maior ou menor medida, essas características se mostram particularmente presentes em sociedades em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, configurando o que, com Durkheim, podemos descrever como um fato social. Segundo o referido autor, fato social é “toda maneira de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou, ainda, que é geral ao conjunto de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui existência própria, independentemente das manifestações individuais que possa ter” (1972, p. 31-33).

A análise da relação entre indivíduos e sociedade empreendida por Durkheim é absolutamente inovadora em relação às teorias que o antecederam, por estabelecer o primado da sociedade sobre o indivíduo. Um dos conceitos centrais da teoria de Durkheim é a ideia de uma *consciência coletiva*, definida como “o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade”, e que “forma um sistema determinado, que tem vida própria” (1999, p. 50).

Raymond Aron (2008, p. 462-464) explica que

A consciência coletiva só existe em virtude dos sentimentos e crenças presentes nas consciências individuais, mas se distingue, pelo menos analiticamente, destas últimas, pois evolui segundo suas próprias leis e não é apenas a expressão ou o efeito das consciências individuais. (...)

Dessa análise, Durkheim deduz uma idéia que manteve por toda a sua vida, e que ocupa o centro de toda sua sociologia: a que pretende que o indivíduo nasce da sociedade, e não que a sociedade nasce dos indivíduos.

Daí decorre que, para Durkheim, fatos sociais devem ser compreendidos e estudados como realidades próprias, exteriores ao indivíduo. As ações, crenças e costumes dos membros de uma sociedade não são determinadas por estados psíquicos, internos ao indivíduo e inacessíveis aos outros. Ao contrário, estados psíquicos individuais, “longe de serem inerentes à natureza humana, derivam da organização coletiva (...). Quase tudo o que se encontra nas consciências individuais vem da sociedade” (REALE; ANTISERI, p. 394-5).

Então, a corrupção não é um fenômeno psíquico que tem sede em eventual inclinação de determinados indivíduos para obter para si vantagem indevida em prejuízo de outros ou de toda a coletividade. É, ao contrário, um fenômeno social, cuja existência se desprende dos estados subjetivos dos membros da sociedade individualmente considerados. Durkheim não se ocupou especificamente do problema da corrupção, mas é possível que o enxergasse, a exemplo do suicídio (que é um tema central em sua obra), como “a expressão e prova de

certos traços, talvez patológicos, da organização atual da vida coletiva” (ARON, 2008, p. 474).

De acordo com a metodologia durkheimiana, sendo a corrupção um fenômeno social, para estudá-la cientificamente é preciso estudá-la objetivamente, isto é, do ponto de vista exterior. Para isso, torna-se necessário identificar os elementos através dos quais a consciência coletiva pode ser reconhecida e compreendida. Segundo Durkheim, estes sintomas ou expressões dos fenômenos de consciência são fenômenos jurídicos. Daí extraem-se, pelo menos, dois pressupostos fundamentais para o estudo da relação entre indivíduo, sociedade e direito: (i) o direito é um elemento central para a compreensão dos fenômenos sociais, pois é um dos reveladores da consciência coletiva de uma sociedade; e (ii) o direito é, ele próprio, um fenômeno social. Como observou Ehrlich (1976), ainda no tempo presente, como em outras épocas, o centro da gravidade do desenvolvimento do direito não se acha na legislação, nem na ciência jurídica, nem na jurisprudência, mas na sociedade mesma. Impõe-se, então, o estudo da corrupção sob a ótica do direito.

3. CORRUPÇÃO COMO FATO JURÍDICO E AS PRINCIPAIS NORMAS ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

No âmbito do direito, independentemente das diversas acepções possíveis do termo, ou de suas causas, a corrupção pode ser considerada como fato jurídico.

Nesse sentido, o fato é considerado jurídico quando ele cria, adquire, modifica, resguarda, transfere ou extingue um direito (ou uma obrigação) de alguma pessoa (natural ou jurídica), independentemente de ele ter sido praticado a partir de uma vontade humana dirigida ou decorrente de um fato causado pela natureza.

Assim, de acordo com César Fiuza:

Fato é todo acontecimento. Há alguns fatos que não repercutem no mundo do Direito; não criam relações jurídicas, como um trovão, um cometa que passa, o voo de um passarinho etc. Desses fatos não cuidaremos. Trataremos, sim, dos fatos que interessam ao Direito por criarem, modificarem ou extinguirem relações ou situações jurídicas. A estes fatos chamaremos de fatos jurídicos. (FIÚZA, 2004, P. 187).

Todavia, o fato jurídico pode ser considerado um ato ou um negócio jurídico quando ele é praticado por um ser humano, a partir de sua vontade dirigida especificamente para a sua caracterização.

Nessa linha de raciocínio, segundo Pontes de Miranda:

O ato humano pode entrar no mundo jurídico como ato, ou como fato. Já ai está a dicotomia dos suportes fáticos em atos, que entram no mundo jurídico como atos jurídicos, e atos, que só entram no mundo jurídico, como fatos jurídicos. Se não quis

o ato jurídico que resultou, não se pode pensar em negócio jurídico[...]. Donde ter-se pensado em considerar não negociais todos os atos jurídicos cuja eficácia não corresponda ao conteúdo da vontade. (MIRANDA, 2000, p. 505).

Nesse sentido, “ato jurídico é todo fato jurídico humano. É, assim, toda ação ou omissão do homem, voluntária ou involuntária, que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas.” (FIUZA, 2004, p. 188). Não obstante, dessa definição genérica, a doutrina especificamente classifica em três espécies os atos jurídicos, sendo: (i) em sentido estrito; (ii) negócio jurídico; (iii) ato ilícito.

Dessa maneira, de acordo com César Fiuza:

[...] ato jurídico em sentido estrito é toda ação lícita, não voltada a fim específico, cujos efeitos jurídicos são produto mais da Lei do que da vontade do agente. Aliás, pouco importa que o agente deseje os efeitos, uma vez que derivam da Lei. A vontade é de simples manifestação.

Vemos, assim, que o ato jurídico em sentido estrito possui dois elementos: uma ação humana, combinada com o ordenamento jurídico. O que o diferencia dos negócios jurídicos, como veremos, é o fato de não ser ato de autonomia privada, gerador de efeitos que derivam da vontade do agente.

Exemplos típicos de ato jurídico *stricto sensu* são os atos de registro civil. Quando um pai registra seu filho, pratica ato de emissão de vontade combinado com o ordenamento jurídico. Ao registrar o filho, o pai não tem em mente nenhum objetivo específico, como criar, modificar ou extinguir relação ou situação jurídica. Fá-lo por mero respeito à Lei e por questão de segurança.[...] (FIUZA, 2004, p. 189).

Por outro lado, no caso específico dos negócios jurídicos, é absolutamente fundamental e determinante a vontade humana dirigida para a produção de um resultado específico e desejado (que cria, modifica ou extingue uma ou várias relações ou situações jurídicas), mas que é realizado de acordo com o que é permitido ou com o que não é proibido pelo ordenamento jurídico, por intermédio das normas jurídicas (princípios e regras) estabelecidas por meio das diversas fontes do direito (lei, costumes, jurisprudência, atos administrativos, contratos).

Já o ato ilícito é toda ação ou omissão humana que contraria a ordem jurídico normativa ou produz efeitos contrários a ela. É o ato antijurídico. A legislação brasileira tipifica a corrupção como ato ilícito em diversas esferas (criminal, tributária, administrativa, cível, empresarial, dentre outras), e consagra a anticorrupção como o padrão de conduta a ser observado pelos indivíduos e instituições públicas e privadas.

Nesse sentido, a corrupção é considerada crime e os tipos penais de Corrupção Passiva (praticado por funcionário público) e Corrupção Ativa (praticado pelo particular contra a administração pública) estão previstos nos artigos 317 e 333 (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) que estabelecem, respectivamente, o seguinte:

Corrupção passiva

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Apesar de a previsão legal dos mencionados tipos penais relativos à corrupção existir a décadas no ordenamento jurídico nacional, nos últimos anos, a legislação brasileira foi incrementada com leis e decretos específicos anticorrupção, que reconhecem ser a corrupção um fato social punível, tanto no âmbito público, quanto privado.

Nesse sentido, destaca-se a Lei n. 12.846, de 1 de Agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, sendo a mesma aplicável às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (Art. 1º).

De fato, a Lei n. 12.846/2013 estabeleceu, como principais inovações, a possibilidade de responsabilização objetiva (independente da análise da culpa), cível e administrativa, das pessoas jurídicas e das pessoas morais (sociedades sem personalidade jurídicas) corruptoras, sem prejuízo da possibilidade de responsabilização de seus dirigentes ou administradores (na medida da culpabilidade deles), ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Além disso, de acordo com o artigo 5º da Lei n. 12.846/13, constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública (definidos no artigo 37 da Constituição brasileira) ou contra os compromissos internacionais assumidos

pelo Brasil. E mais: o mesmo artigo define e considera como ato ilícito de corrupção, prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou pessoa a ele relacionada, bem como a fraude em licitações e o uso de interposta pessoa para dissimular ou ocultar os reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos ilícitos praticados, dentre outras condutas que dificultem a atividade de investigação ou fiscalização.

No âmbito administrativo, a Lei n. 12.846/13, em seu artigo 6º, estabelece que serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos de corrupção, as sanções de (i) multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa; e (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória.

Todavia, na aplicação das sanções administrativas, de acordo com o artigo 7º da Lei n. 12.846/13, deve ser levada em consideração: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Originariamente, o artigo 16 da Lei n. 12.846/13, previa que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderia celebrar Acordo de Leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos de corrupção, para que estas pessoas pudessem colaborar efetivamente com as investigações e com o processo administrativo correspondente, recebendo, em contrapartida, a possibilidade de redução das penas e sanções previstas na lei (com redução de até 2/3 das multas aplicáveis). Mas, tudo isso, sem que a celebração do Acordo de Leniência impedisse a possibilidade de responsabilização judicial da pessoa jurídica responsável pelo ilícito.

Ocorre, todavia, que, a Medida Provisória n. 703, de 18 de Dezembro de 2015, alterou substancialmente (mesmo que provisoriamente, no momento em que este artigo é escrito) a finalidade, o “espírito” e a redação, sobretudo, dos artigos 16 a 18 da Lei n. 12.846/13, para permitir que as pessoas jurídicas que celebrarem Acordos de Leniência não sejam consideradas inidôneas, não sofram quaisquer sanções restritivas ao direito de licitar e contratar com a administração pública (conforme previsto na Lei n. 8.666/93 e outras normas

que tratam de licitações e contratos), tenham as suas penas pecuniárias remidas (caso a acordante seja a primeira pessoa jurídica a celebrar o acordo relativo aos fatos e atos ilícitos investigados), reparem os danos causados apenas na proporção de sua capacidade econômica e, pior, não sejam responsabilizadas judicialmente, já que as Advocacias Públicas ficam proibidas de proporem ou prosseguirem com ações judiciais relativas à responsabilização civil das pessoas jurídicas acordantes. Resta saber se o Congresso Nacional irá confirmar ou não tais modificações que, em tese, deturpam completamente o instituto originário do Acordo de Leniência e a própria finalidade da lei anticorrupção, sem que exista, também em tese, qualquer urgência ou relevância que tenha justificado especificamente a edição da Medida Provisória n. 703/2015.

Não obstante, a regulamentação da lei anticorrupção brasileira é realizada pelo Decreto n. 8.420, de 18 de Março de 2015, e suas principais contribuições para o sistema brasileiro anticorrupção são a normalização do Programa de Integridade (que pode ser usado para individualização e dosimetria das penas e sanções aplicáveis às pessoas jurídicas infratoras, conforme previsto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei n. 12.846/2013), a instituição do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS (artigo 43 do Decreto n. 8.420/2015), e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (artigo 45 do Decreto n. 8.420/2015).

Nesse sentido, de acordo com o disposto no artigo 41 do Decreto n. 8.420/2015:

o programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Entretanto, ainda conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 41 do Decreto n. 8.420/2015, o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir a sua efetividade. E isso significa dizer que cada empresa deve criar e desenvolver o seu próprio programa de integridade, com a previsão de medidas que o tornem consentâneo com os riscos atuais da empresa, bem como permitam a sua eficácia real, de maneira a permitir a mudança e/ou a manutenção de um padrão ético de conduta de todos os seus administradores, empregados e *stakeholders*.

Não obstante, conforme disposto no artigo 42 do Decreto n. 8.420/2015, o Programa de Integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros fundamentais:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e
- XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Por tudo isso, é relativamente fácil concluir que o Programa de Integridade das organizações, a partir de suas diretrizes, políticas e normas jurídicas internas de ética e de conduta, combinado com os seus sistemas de auditoria, controle e denúncia, deve ser instrumento real (e não apenas formal) de criação e de desenvolvimento de uma nova cultura

empresarial marcada, sobretudo, pela ética e pela licitude absoluta das ações cotidianas das empresas e instituições brasileiras.

É importante ressaltar, todavia, que a promulgação dessas normas legais (e de outras, como, por exemplo, a lei de acesso às informações – Lei n. 12.527, de 18 de Novembro de 2011, e a Lei n. 12.683, de 9 de Julho de 2012, que visa tornar mais eficiente a persecução penal do crime de lavagem de dinheiro) decorreu não apenas do crescimento, da publicidade e da investigação de muitos casos de corrupção no Brasil, mas, sobretudo, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (United Nations Convention against Corruption – UNCAC), que foi promulgada pela ONU em 31 de outubro 2003 e que entrou em vigor em 14 de dezembro de 2005, tendo a mesma sido aprovada, no Brasil, por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Nesse aspecto, como ressaltou o então Senador Pedro Simon, em discurso proferido no Senado Federal em 14 de Outubro de 2011, o Brasil foi o país que propôs, por meio de sua delegação, a elaboração de uma convenção específica contra a corrupção no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU.¹ Esse fato específico, inclusive, afasta qualquer argumento de submissão do Brasil aos fatos jurídicos ou sociais impostos pelos países centrais, mais ricos, mais desenvolvidos, que têm assento permanente no Conselho de Segurança da ONU, ou que dominam a cena internacional.

Indiscutível, então, que, no Brasil, o ato, o processo ou efeito de corromper e/ou de subornar uma pessoa, uma empresa ou uma instituição, com o oferecimento de dinheiro ou de qualquer outro tipo de benefício, com o fim de obter para si ou para outrem vantagem indevida, antiética, injusta ou ilícita, pode ser classificado, genérica e juridicamente, como um fato jurídico, da espécie ato ilícito, pois a sua existência é contrária às normas jurídicas expressas do direito brasileiro.

Apesar disso, a corrupção nos meios empresariais, políticos, governamentais e sociais é uma realidade factual incontestável no Brasil nos dias de hoje. Segundo balanço divulgado pelo Ministério Público Federal no dia 09 de dezembro de 2015², data em que se comemora o Dia Internacional contra a Corrupção, atualmente estão em andamento nada menos do que 26.000 investigações para apurar possíveis casos de corrupção no Brasil. Apenas no período de janeiro a outubro de 2015, o Ministério Público Federal ajuizou 901 ações penais e 1.229

¹ Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/simon-brasil-e-signatario-de-acordos-contr-a-corrupcao/>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

² Disponível em: <<http://www.diariodigital.com.br/politica/brasil-tem-26-mil-investigacoes-que-apuram-casos-de-corrupcao/138516/>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

mil ações por improbidade administrativa. Se levarmos em consideração as investigações e processos nas esferas estadual e municipal, os dados certamente serão ainda mais alarmantes.

A percepção dos cidadãos brasileiros acerca da corrupção é outro dado que corrobora a constatação de que a corrupção é uma realidade factual incontestável no Brasil. Todos os anos, o Instituto Datafolha realiza uma pesquisa com o objetivo de identificar o maior problema do país para os brasileiros. A mais recente pesquisa, feita no mês de novembro de 2015, apontou que, pela primeira vez desde o seu início, em 1996, a corrupção é vista como o maior problema do Brasil na atualidade, superando a saúde, o desemprego, a educação, a violência e os problemas econômicos³.

Desse modo, observa-se no Brasil um enorme descompasso entre a realidade social (corrupção) e o padrão de conduta estabelecido pelo direito (anticorrupção), situação social que Durkheim descreve como uma *anomia*. Em seus comentários à obra de Durkheim, Reale e Antiseri (2007, p. 396) explicam que “*Anomia* (a-nomos = privado de leis) é uma situação social na qual não existem mais leis ou regras ou, se existem, são confusas, contraditórias ou então ineficazes”. É estado de desordem, ausência ou desintegração das normas sociais que se verifica, dentre outras situações, quando as regras vigentes na sociedade já não são capazes de constranger os indivíduos a agirem segundo determinados padrões e, portanto, assegurar a estabilidade social.

A questão fundamental é saber quais são as causas deste descompasso e o que fazer para estabelecer o estado de equilíbrio e harmonia social que se verifica quando, por um lado, o direito é o reflexo dos costumes, comportamentos e anseios da sociedade e, por outro lado, a sociedade se orienta segundo os padrões por ela exteriorizados por meio do direito.

4. ÉTICA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO ANTICORRUPÇÃO

Algumas das mais instigantes reflexões a esse respeito têm sido feitas pelo filósofo americano Michael J. Sandel. Em obra intitulada *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado* (2014), o autor sugere que devemos, enquanto sociedade, repensar juntos uma questão fundamental: qual deve ser o papel do dinheiro e dos mercados em nossas sociedades?

Para Sandel, um traço muito característico das sociedades ocidentais contemporâneas é o de que existem pouquíssimas coisas que o dinheiro não pode comprar. Alguns exemplos ilustram esse argumento:

³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

- a) em certas prisões americanas, infratores abastados podem pagar por acomodações melhores, mais limpas e tranquilas, longe das celas dos presos não pagantes;
- b) parques de diversões vendem “ingressos vip” para que as pessoas que não desejam esperar algumas horas pelas atrações mais concorridas, como as pessoas comuns que também pagaram ingressos, possam, literalmente, furar a fila. A propósito, o serviço de “fura fila” já é oferecido por diversas empresas nos Estados Unidos para todo tipo de situação, até mesmo para as concorridas audiências públicas no Congresso Nacional, em que os cidadãos têm a oportunidade de discutir os mais variados e relevantes assuntos de interesse coletivo. Nesse caso, os principais clientes das empresas de “guarda lugar” são os lobistas, que não estão dispostos a esperar algumas horas nas longas filas que podem se formar conforme a importância do assunto em pauta, mas podem pagar o quanto for necessário pelo serviço de espera;
- c) alguns países africanos vendem a caçadores o direito de abater animais em extinção como rinocerontes, elefantes e leões. Recentemente, o abate autorizado de um leão no Zimbábue por um caçador americano mediante o pagamento de cinquenta mil dólares causou enorme repercussão internacional;
- d) em meio ao agravamento da situação político-social de alguns países, que provoca o aumento substancial do número de refugiados em várias partes do mundo, o professor de direito Peter Schuck (1997) propôs a criação de um mercado de refugiados políticos nos seguintes moldes: um organismo internacional atribuiria a cada país uma cota anual de refugiados com base na riqueza nacional. A partir daí, os países passariam a comprar e vender essas obrigações entre eles. Assim, por exemplo, se o Japão recebesse uma cota anual de vinte mil refugiados e não os quisesse receber, poderia pagar à Rússia ou a Uganda para ficar com eles.

Esses exemplos mostram que, à medida em que o capitalismo foi se consolidando como o principal sistema de organização econômica e distribuição dos meios de produção, nós passamos a recorrer aos mecanismos, ao pensamento e às soluções de mercado em cenários cada vez mais amplos, mesmo naqueles usualmente governados por outros tipos de normas, critérios e princípios. Nem mesmo o modo como defendemos nossas nações e lutamos nossas guerras escapa à lógica do mercado. Nas recentes campanhas militares no Iraque e no Afeganistão, o número de contingentes militares privados em solo (leia-se: mercenários contratados e pagos para lutar) chegou a ser maior do que o número de tropas formadas por soldados nacionais.

Sandel observa que isso não ocorreu porque tivemos um debate público sobre se queríamos ou não terceirizar as nossas guerras, mercantilizar refugiados, autorizar a compra do direito de assassinar animais ou possibilitar que lobistas financiados por grandes e poderosas corporações paguem para ter acesso privilegiado aos foros de debate público em detrimento dos cidadãos comuns igualmente afetados pelas deliberações. Nós vivemos uma revolução silenciosa. Quase sem percebermos, deixamos de *ter uma economia de mercado* e passamos a *ser uma sociedade de mercado*. A diferença é a seguinte:

Uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização de uma atividade produtiva, mas uma sociedade de mercado é um lugar onde quase tudo pode ser posto à venda. É um modo de vida em que o pensamento de mercado e os valores de mercado começam a dominar todos os aspectos da vida: relações pessoais, vida familiar, saúde, educação, política, leis, vida cívica. É um lugar em que as relações sociais são formatadas à imagem do mercado. (SANDEL, 2013; 2014, p. 16).

A teoria segundo a qual cada aspecto da vida humana é permeado por valores de mercado é chamada de visão econômica da vida. Nos últimos anos, essa teoria tem se tornado cada vez mais popular entre os economistas. Sandel explica que, tradicionalmente, a economia se ocupa de questões reconhecidamente econômicas – inflação e desemprego, poupança e investimento, taxas de juros e comércio exterior. Uma de suas tarefas básicas é explicar de que maneira os países enriquecem e como o sistema de preços joga com a oferta e a demanda de bens de mercado.

Desde a década de 1970, no entanto, os economistas vêm reconfigurando sua disciplina e a tornando mais abstrata e ambiciosa:

Ultimamente, contudo, muitos economistas abraçaram um projeto mais ambicioso, porque a economia oferece, sustentam eles, não apenas um conjunto de percepções sobre a produção e o consumo de bens materiais, mas também uma ciência do comportamento humano. No cerne dessa ciência está uma ideia simples mas de grande alcance: em todas as esferas da vida, o comportamento humano pode ser explicado partindo-se do princípio de que as pessoas decidem o que fazer sopesando custos e benefícios das opções à sua frente e escolhendo aquela que acreditam ser capaz de lhes proporcionar maior bem-estar ou que tenha maior utilidade.

Se essa ideia estiver correta, tudo tem seu preço. O preço pode ser explícito, como no caso dos carros, das torradeiras e da carne de porco. Ou será implícito, como no caso do sexo, do casamento, dos filhos, da educação, das atividades criminosas, da discriminação racial, da participação política, da proteção ambiental e até da vida humana. Tenhamos ou não consciência disso, a lei de oferta e procura governa o provimento de todas as coisas. (SANDEL, 2014, p. 50).

Uma das teses mais influentes a esse respeito foi apresentada em 1976 pelo economista americano Gary Becker, em obra intitulada *The Economic Approach to Human Behavior*. A análise de Becker acerca do casamento, que é uma das mais expressivas manifestações sociais em várias culturas, é bastante ilustrativa:

(...) uma pessoa decide casar-se quando a expectativa de utilidade do casamento supera a utilidade esperada do celibato ou da persistência na busca de um parceiro

mais adequado. Da mesma forma, uma pessoa casada põe fim ao casamento quando a utilidade esperada da nova situação de celibato ou de casamento com outro parceiro supera a perda de utilidade ocorrida na separação, inclusive as perdas decorrentes da separação física dos filhos, da divisão de bens, dos custos jurídicos e assim por diante. Como muitas pessoas estão em busca de parceiros, pode-se dizer que existe um *mercado* de casamentos. (BECKER, 1976, , p. 10).

É evidente que essa abordagem não é uma unanimidade entre aqueles que estudam o comportamento humano. Há quem considere a ideia de que toda ação humana pode ser entendida à luz de um mercado uma concepção exagerada e radical. O próprio Sandel reconhece que a questão continua sendo objeto de acalorados debates entre economistas, cientistas políticos, juristas e outros especialistas, mas ressalta que, apesar disso, impressiona a força adquirida por essa imagem não apenas no mundo acadêmico, mas também na vida cotidiana, como demonstra o crescente recurso a mecanismos de mercado para resolver problemas sociais.

Os defensores da abordagem econômica do comportamento humano argumentam que não há mal nenhum em ser uma sociedade de mercado. Argumentam que a criação de um mercado de refugiados, por exemplo, tende a beneficiar todas partes envolvidas: Rússia e Uganda ganham uma nova fonte de renda nacional, o Japão cumpre suas obrigações em relação aos refugiados e se consegue, assim, acomodar um número maior de refugiados. Por que, então, deveríamos nos preocupar?

Sandel aponta pelo menos duas razões para isso. A primeira diz respeito à desigualdade. Quanto mais coisas o dinheiro pode comprar, mais a afluência ou a falta dele se torna relevante em uma sociedade. Se a única coisa que o dinheiro determinasse fosse o acesso a artigos de luxo tais como iates, férias extravagantes, obras de arte ou carros importados, a desigualdade não seria muito relevante. No entanto, quando o dinheiro passa a controlar o acesso a coisas básicas e essenciais, como a saúde e a educação de qualidade ou o debate político, a desigualdade se torna um problema consideravelmente maior. “Quando todas as coisas boas podem ser compradas e vendidas, ter dinheiro passa a fazer toda a diferença do mundo. A mercantilização de tudo afia o ferrão da desigualdade e suas consequências para a vida social e cívica”, afirma Sandel (2013; 2014, p. 14).

A segunda razão diz respeito precisamente à corrupção. Os economistas muitas vezes partem do pressuposto de que os mercados não afetam ou comprometem os bens que eles regulam, mas isso não é verdade. Os mercados deixam sua marca nas normas sociais: “Em relação a alguns bens e práticas sociais, quando o pensamento e os valores de mercado entram em cena, eles podem mudar o significado dessas práticas e desencorajar atitudes e normas com as quais vale a pena se importar” (SANDEL, 2013). Se isso for verdade, a corrupção se

explica, em grande medida, pelo fato de que, quanto mais nos tornamos sociedades de mercado, mais nós desaprendemos que determinados bens têm um valor intrínseco, não mensurável em termos materiais, uma motivação que escapa a avaliações de custo e benefício.

Nesse sentido, a criação de mecanismos de burlar a fila pode, em determinados casos, corromper o valor da igualdade intrínseco à ética da fila, segundo a qual “quem chega primeiro tem preferência”. Se a fila em questão dá acesso à oportunidade de se fazer ouvir em um debate público que decidirá importantes temas para a coletividade, permitir a compra e venda de lugares desencoraja o exercício da cidadania. Substituir soldados nacionais por mercenários que lutam por dinheiro pode corromper o sentimento de patriotismo e o senso de engajamento que os cidadãos devem ter em relação a suas nações. Da mesma forma, tratar refugiados como mercadoria corrompe valores como a humanidade, a dignidade e a solidariedade devidas a todos os seres humanos, em especial aos que se encontram em situação de penúria.

Por isso, parece acertada a ampliação do conceito de corrupção tal como propõe Sandel (2014, p. 45-15):

Costumamos associar o conceito de corrupção a lucros indébitos. Mas a corrupção não é apenas uma questão de suborno e pagamentos ilícitos. Corromper um bem ou uma prática social significa degradá-lo, atribuir-lhe uma valoração inferior à adequada. (...) quando decidimos que determinados bens podem ser comprados e vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso. Mas nem todos os bens podem ser avaliados dessa maneira. Os exemplos mais óbvios são os seres humanos. A escravidão era ultrajante por tratar seres humanos como mercadorias, postas à venda em leilão. Esse tratamento não leva em conta os seres humanos de forma adequada – como pessoas que merecem respeito e tratamento condigno, e não como instrumentos de lucro e objetos de uso. Algo semelhante pode ser dito em respeito dos bens e práticas que nos são valiosos.

Aqui chegamos ao ponto central da discussão. A corrupção enquanto fato social tem no pano de fundo uma dimensão ética. À medida em que as relações sociais vão se tornando cada vez mais mercantilizadas, os indivíduos e organizações tendem a considerar cada vez menos a existência de bens e valores não materiais - humanidade, igualdade, solidariedade, engajamento cívico, dentre outros. O problema é que esses bens e valores, que podemos chamar de morais e cívicos, são absolutamente fundamentais e imprescindíveis para a nossa existência enquanto sociedade. Não há sociedade sem valores que a estructure, estabelecendo e reforçando os laços de solidariedade e pertencimento coletivo em mínima medida.

Uma das mais valiosas lições que a ética ensina é a de que valores morais não podem ser impostos pelo direito. O direito protege valores, mas não os ensina. O respeito que uma sociedade defere às normas jurídicas que a regulam (eficácia social) depende em grande

medida da aceitação e internalização dos valores que estão por detrás das normas pelos membros da sociedade. Esse é o sentido da constatação de Ehrlich de que o centro da gravidade do desenvolvimento do direito encontra-se não na legislação ou na ciência jurídica, mas na própria sociedade. Então, a substituição da ética dos valores pela ética do mercado ajuda a explicar porque a corrupção se apresenta como uma realidade social tão presente, apesar da invidiosa existência de um padrão jurídico anticorrupção.

É interessante observar que o direito brasileiro não apenas possui uma legislação anticorrupção extensa e avançada até mesmo em relação a países mais desenvolvidos, como também se esforça por transformar a obrigação, em princípio moral, de se portar de forma ética, em uma obrigação jurídica. Exemplo disso é o princípio da boa-fé estabelecido no artigo 422 do Código Civil. Como observa Gabrich (2010, p. 69-75),

O princípio da boa-fé, recepcionado expressamente pela legislação brasileira, e reconhecido pela doutrina e jurisprudência, tem como objetivo fundamental o de garantir a lisura nos negócios jurídicos, representando uma verdadeira imposição ética em matéria contratual. Em virtude desse princípio, os contratantes têm, antes de tudo, a obrigação moral e ética, concretizada nas normas jurídicas, de agir de forma leal e proba para a consecução dos objetivos traçados no instrumento contratual. [...]

A boa-fé assume vários significados dentro do Direito, mas, no plano doutrinário, François Gorphe, desde 1928, ressalta que a boa-fé é empregada em duas acepções distintas. Na primeira, mais conhecida, a boa-fé está relacionada à ignorância do erro, do injusto, do antijurídico, posto que o agente do ato acredita, por desconhecimento, agir conforme o direito. Na segunda acepção, a boa-fé é sinônimo de lealdade e de fidelidade à palavra dada. Assim, Gorphe constata que a boa-fé possui duas funções. A primeira, criadora, faz surgir o direito do fato, uma vez que os efeitos jurídicos ligados à boa-fé variam conforme a situação concreta. A segunda função, por sua vez, permite a utilização da boa-fé como critério de interpretação dos atos jurídicos e da lei. [...]

Inobstante, o alinhamento entre o fato social e o fato jurídico depende da apropriação dos valores que o direito protege pelos indivíduos e organizações. Se Sandel estiver correto, para darmos um passo importante nessa direção nós devemos nos perguntar onde os mercados se encaixam e onde eles não se encaixam por poderem, na verdade, corromper valores e atitudes com as quais vale a pena nos importar. Para isso, será necessário fazermos algo no qual não somos bons, que é debater publicamente a respeito do valor e do significado das práticas sociais que nós valorizamos, desde nosso corpo à vida em família, às relações pessoais, à saúde, ao ensino e aprendizado, à vida cívica.

Como essas questões são controversas, nós tentamos evitá-las, mas parece que chegamos ao ponto em que já não conseguimos mais. O fato de a corrupção ter se tornado insuportável para a sociedade brasileira é uma prova disso.

5. CONCLUSÕES

A questão fundamental proposta pelo presente artigo foi analisar porque a anticorrupção estabelecida pelas normas jurídicas contidas na legislação brasileira específica e no princípio geral da boa-fé não tem sido suficiente para impedir o avanço crescente da corrupção no país ou, quando menos, porque a ilicitude da corrupção não tem sido percebida como uma realidade efetivada.

Para responder a essa questão fundamental demonstrou-se que a corrupção é um fato jurídico, da espécie ato ilícito, pois a legislação brasileira busca coibir a corrupção em diversas esferas, consagrando a anticorrupção como o padrão de conduta a ser observado pelos indivíduos e instituições. Ainda no que se refere à análise da corrupção enquanto fenômeno jurídico, considerou-se importante destacar que a maior parte das normas legais brasileiras anticorrupção decorrem diretamente da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que surgiu a partir de proposta da delegação brasileira na ONU, o que afasta, nesse caso, qualquer argumento de submissão do Brasil aos fatos jurídicos ou sociais impostos pelos países centrais, mais ricos, mais desenvolvidos, que têm assento permanente no Conselho de Segurança da ONU, ou que dominam a cena internacional.

Além disso, restou demonstrado que a corrupção, a partir da sociologia de Durkheim, é também um fenômeno eminentemente social, no sentido de que não se reduz a um fato psíquico de indivíduos individualmente considerados, sendo antes um modo de agir e de pensar determinado preponderantemente por circunstâncias exteriores aos indivíduos.

A análise da corrupção sob os aspectos sociológico e jurídico mostrou que existe no Brasil um enorme descompasso entre a realidade social e o padrão de conduta estabelecido pelo direito, pois, se por um lado, o direito busca coibir práticas corruptas por meio de diversos instrumentos normativos, por outro lado, a corrupção nos meios sociais, empresariais, políticos e governamentais é uma realidade factual incontestável. Nesse contexto, buscou-se identificar as causas desse descompasso e apontar possíveis caminhos para o estabelecimento do estado de equilíbrio e harmonia social.

Para isso, recorreu-se à reflexão proposta por Michael Sandel acerca do papel que os mercados desempenham na vida das pessoas em sociedades como a brasileira. O argumento central é o de que a crescente substituição da ética dos valores pela ética do mercado ajuda a explicar porque a corrupção se apresenta como uma realidade social tão evidente, apesar da inudiversa existência de um padrão jurídico anticorrupção. A corrupção, enquanto fato social e jurídico, tem como pano de fundo uma dimensão ética, de modo que seu controle perpassa pela aceitação e internalização dos valores que estão por detrás das normas jurídicas pelas

pessoas, bem como pelas instituições públicas e privadas. Mas tudo isso implica escolhas, exige reflexão, aprendizado e evolução cultural.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BECKER, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, University ou Chicago Press, 1976.

BERGOLIO, Jorge M (Papa Francisco). *Corrupção e Pecado*. São Paulo: Editora Ave-Maria, tradução de Sandra Martha Dolinsky, 2013.

BRASIL. *Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 31 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

BRASIL. *Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015*. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm#art1>. Acesso em: 02 jan. 2016.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Editora Martin Claret. 6ª reimpressão, 2012.

DURKHEIM, E. *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, E. *O que é fato social?* In *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Por Maria Isaura Pereira de Queiroz. 6ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

EHRlich, E. *I fondamenti della sociologia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1976.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia ente normas morais e prática social. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, n. 2, Novembro, 2009, p. 386-421.

FIÚZA, César. *Manual de Direito Civil*. 8ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GABRICH, Frederico de Andrade. *O Princípio da Informação*. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

RAQUETAT, Petter Fischer. Impunidade: um estímulo à corrupção. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Faculdade de Ciências Sociais, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/37835/000823710.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do Romantismo até nossos dias*. v. 3. 8ª ed. São Paulo: Paulus, 2007.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANDEL, Michael J. *Por que não deveríamos confiar nossa vida cívica aos mercados*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5ELY6SMHRP4>>. Acesso em 07 jan. 2016.

SCHUCK, Peter H. *Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal*. *Yale Journal of International Law*, 22 (1997): 243-97.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.