

**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

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A LEI ANTICORRUPÇÃO
EMPRESARIAL LEI 12.846/2013**

**EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA LEY ANTICORRUPCIÓN
EMPRESARIAL LEI 12.846/2013**

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini ¹

Resumo

Visa a pesquisa avaliar a relação entre a atividade empresarial, a corrupção na relação público-privado e a utilidade da Lei nº 12.846/2013 nesse contexto. A comunicação de preceitos econômicos e sociais no momento de se elaborar a legislação econômica é patente, uma vez que a proteção do mercado e a manutenção do equilíbrio concorrencial são elementos essenciais para que se viabilize o desenvolvimento econômico e social proclamado pela Constituição de 1988. A análise econômica do direito, como instrumento metodológico, parece ter revelado a sua aptidão para o enfrentamento dos questionamentos próprios dessa pesquisa, relacionados à Lei Anticorrupção Empresarial.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Corrupção, Equilíbrio concorrencial, Proteção do mercado, Lei anticorrupção empresarial

Abstract/Resumen/Résumé

La investigación tiene por objetivo evaluar la relación entre la actividad empresarial, la corrupción en la relación público-privada y la utilidad de la Ley nº 12.846/2013. La comunicación de los preceptos económicos y sociales en el momento de la elaboración de la legislación económica es evidente, ya que la protección del mercado y el mantenimiento del equilibrio de la competencia son elementos esenciales para permitir el desarrollo económico y social. El análisis económico del derecho, como herramienta metodológica, parece haber puesto de relieve su capacidad para hacer frente a las mismas preguntas de esta investigación.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Análisis económico del derecho, La corrupción, Equilibrio competitivo, Protección del mercado, Ley contra la corrupción de negocios

¹ Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba.

Introdução

A corrupção é um tema em voga no Brasil contemporâneo, revelada nos escândalos ocorridos nessas primeiras duas décadas do século XXI. Empresas estatais, empresas privadas fornecedoras de bens ou prestadoras de serviços, dirigentes de estatais e políticos estão sendo investigados e processados em razão de licitações fraudadas e contratos ilegais que somam valores bilionários, revelando a gravidade e a lesividade ao interesse público desse problema historicamente presente na realidade brasileira.

Na perspectiva empresarial, sabe-se que as empresas podem desempenhar um papel importante no combate à corrupção, atuando para promover um mercado mais íntegro e ético. O problema causado por empresas que não respeitam a legislação é evidente, uma vez que estas passam a obter vantagens de maneira ilegítima, prevalecendo-se sobre sociedades que não adotam práticas corruptoras, as quais sofrem com a carga tributária e com os riscos inerentes à atividade empresária, mas não tendo chances, entretanto, de concorrência em condições de igualdade com aquelas que adotam práticas ilícitas em seus negócios.

O presente estudo visa a correlacionar a Análise Econômica do Direito e o esforço do Estado no combate à corrupção, uma vez que a proteção de um mercado privado sadio, onde a liberdade de iniciativa e a livre concorrência são respeitadas, é objetivo representativo dos mais elevados interesses sociais, na linha de preservação daquilo que está estabelecido na Constituição de 1988, no que tange aos direitos individuais e sociais, no que atina à ordem econômica definida em seu artigo 170 e seguintes, bem assim no que se refere aos princípios e regras informadores da Administração Pública.

A manutenção de uma economia equilibrada, por meio de atos regulatórios do Estado, é condição importante para o desenvolvimento de um modelo econômico de mercado, que permita a geração de riquezas que beneficie toda a sociedade.

Neste sentido, a Lei 12.846/2013, batizada como Lei Anticorrupção Empresarial, vem em momento sensível da sociedade brasileira, para instituir novo modelo jurídico no combate à corrupção: a responsabilidade objetiva, civil e administrativa, de pessoa jurídica, em razão da prática de ato lesivo contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Objetiva-se com a pesquisa realizar a Análise Econômica do Direito em face da corrupção, tendo como referência a Lei 12.846/2013, especialmente no que tange à sua potencial efetividade no controle da corrupção na esfera pública e na redução do desequilíbrio concorrencial entre empresas fornecedoras do Estado, provocado pela prática de atos lesivos definidos na referida normativa.

As duas questões que se almeja responder no transcorrer do desenvolvimento e na conclusão desse artigo são as seguintes: a Lei 12.846/2013 tem, potencialmente, condições de reduzir a corrupção na esfera pública? Por outro lado, a mencionada Lei está vocacionada à preservação da concorrência entre empresas fornecedoras do Estado?

Partindo da pesquisa bibliográfica, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, empregando-se como principal instrumento para a dissecação do tema pesquisado a Análise Econômica do Direito. Embora se reconheça a natural limitação da metodologia aplicada, inclusive porque a efetividade do Direito não depende exclusivamente da norma jurídica ou da economia, o corte proposto parece permitir a construção de argumentos capazes de responder, ao menos em tese, aos questionamentos apresentados, cuja mensuração pragmática só se dará no decorrer do tempo e por intermédio de método diverso do ora adotado, baseado em pesquisa de campo.

1. Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito enxerga o fenômeno jurídico na perspectiva econômica, considerando os custos para concretização de seus institutos, bem como os impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais, partindo de princípios e conceitos utilizados na economia (PIMENTA, 2010, p. 97).

Nesse mesmo sentido, PINHEIRO (2005, p. 88/89) aponta três premissas fundamentais à Análise Econômica do Direito: a primeira, consistente no fato de que o indivíduo estaria sempre disposto a esforçar-se para alcançar mais, maximizando suas vantagens, benefícios e proveitos; a segunda, seria a de que, na ocasião em que os indivíduos sopesam suas alternativas, de modo a buscarem qual a mais racional, tomam em consideração o “sistema de preços”, que diz respeito a saber se haveria ou não incentivos ou sanções e, se, compensaria o resultado inicialmente pretendido; a terceira e última premissa. é representada pelas normas positivadas, que teriam caráter de “incentivos”, ou maneiras de coibir ou persuadir atitudes e condutas humanas, sendo indiscutível a natureza jurídica deste postulado.

Neste ponto, inegavelmente, a punição de determinadas condutas indesejáveis ao Direito, como por exemplo, as relativas ao enriquecimento injustificado, ao inadimplemento obrigacional, ao abuso de direito, ao descumprimento contratual, à violação da concorrência, à prática da corrupção *etc.*, desempenha um importante papel no comportamento do empresariado, que preferirá comportar-se legitimamente, se houver risco efetivo de punição.

No momento em que se analisa o problema da corrupção na esfera pública, na relação que se estabelece entre o Estado e suas entidades e as empresas privadas fornecedoras de bens

e serviços, percebe-se que a racionalidade econômica que informa esse tipo de convenção está baseada na maximização dos lucros, independentemente dos meios, se não houver norma jurídica que efetivamente iniba esse tipo de comportamento. Ou seja, haverá corrupção nos negócios públicos, nas licitações públicas, se o cálculo econômico para as empresas desprovidas de uma gestão ética indicar que esse tipo de negócio compensa economicamente.

Embora seja o mercado o ambiente mais propício para se obter lucros, ele apresenta defeitos como, por exemplo, a existência de poder econômico cartelizado, informações assimétricas, tributação excessiva, dever de indenizar em razão de externalidades, concorrência desleal *etc.*, próprias da atividade econômica, que aumentam os riscos do negócio.

É justamente ao se deparar com as falhas de mercado que, de acordo com a Análise Econômica do Direito, vislumbra-se a atuação do Estado, com o objetivo de se eliminar ou reduzir tais problemas ou distorções, para se obter maior eficiência econômica na alocação de recursos de ordem pública ou privada.

POSNER (2005, p. 10), tido como precursor da Análise Econômica do Direito, descreveu que tal perspectiva versa, principalmente, sobre as consequências da vontade desmedida dos agentes econômicos que, tendencialmente, querem levar a máxima vantagem nas negociações concorrenciais, não importando a forma como isso possa se dar:

La mayoría de los análisis económicos consiste en esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interacciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, em otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos.

O emprego dessa racionalidade instrumental pode levar o empresário a atuar de modo a maximizar seus lucros independente dos meios, inclusive empregando mecanismos que importem em concorrência desleal, se não houver a atuação estatal regulando e vedando comportamentos considerados ilegais e ilegítimos.

A “Teoria dos Jogos”, instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito, auxilia a compreender ou prevenir possíveis comportamentos dos agentes em conflitos de interesses. No dizer de RIBEIRO (2009, p. 109): “Essa teoria é um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito”.

A partir do momento em que se verifica que a decisão de um agente é influenciada pela atitude que se espera de um outro agente ao qual se relaciona, forma-se o comportamento estratégico, tendo em vista que se conhecem as regras do jogo.

De acordo com a Teoria dos Jogos, a norma é vista como subsídio para que se trace o comportamento do indivíduo, pois este ao saber as regras do jogo, decide qual a forma mais interessante de atuar, cumprindo ou não a lei. A lei, portanto, induz os comportamentos dos atores do jogo econômico (PIMENTA, 2010, p. 113). Em que pese a existência de outros fatores, como por exemplo a questão cultural (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 1), a ausência de uma ordem jurídica eficaz, que ponha em risco efetivo o lucro obtido com a corrupção na esfera pública, é fator que estimula comportamentos corruptos.

A legislação tem função primordial neste aspecto, sendo que regras e mecanismos eficientes de combate à corrupção possuem o condão de alterar comportamentos dos agentes do mercado, uma vez que estes pesarão os riscos de atuar de maneira ilegal, até chegarem ao ponto de não mais valer a pena, economicamente, assumi-los.

2. Aspectos econômicos e concorrenciais de afetação do mercado

Independente de outros efeitos produzidos pelos atos de corrupção, tipificados no ordenamento jurídico, são os aspectos econômico e concorrencial o foco deste estudo.

A corrupção, no tocante ao sistema capitalista propriamente dito, inevitavelmente coloca empresas concorrentes em situação de desigualdade, uma vez que a sociedade corruptora obtém vantagens indevidas em razão da utilização de meios escusos em sua atividade empresária, pondo seus concorrentes que não se valem de tais práticas em clara desigualdade e disparidade perante o mercado.

Seria ingenuidade pensar que a Lei 12.846/2013 não possui qualquer relação com as exigências globalizadas de combate à corrupção vinculadas à proteção do mercado, com o fim precípua de proteger a ordem econômica capitalista. Talvez este seja o mote principal do referido diploma legal, acima, inclusive, da própria questão do combate à corrupção e da defesa do patrimônio público. Com efeito, o primeiro parágrafo do preâmbulo da Convenção contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada pelo Brasil em 17/12/1997, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14/06/2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30/11/2000, fonte inspiradora por excelência da Lei Anticorrupção, confirma o que se está a dizer quando assevera:

Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade; (...).

Em outros termos, celebrada no âmbito da Organização para o Comércio e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, a preocupação central do documento internacional foi o de preservar a livre concorrência, as condições internacionais de competitividade nos negócios internacionais firmados entre o Estado e a iniciativa privada, não raramente informados pela corrupção, que distorce a concorrência.

A concorrência desleal é um problema que remonta à revolução industrial, onde a oferta abundante de bens e serviços, maior do que a procura, gerou práticas comerciais abusivas de mercado (GABARDO, 2009, p. 159).

MALLOY (2007, p. 86/87) destaca a importância da preocupação com o outro no que se refere à concorrência, no sentido de que a vantagem obtida não pode ser às expensas do concorrente, devendo existir um mínimo de ética no processo concorrencial. “Os indivíduos, as comunidades, precisam trabalhar juntos para criar significados e valores: a cooperação e não a dominação é a chave do progresso e da prosperidade social por meio do intercâmbio de mercado”.

Segundo GRAU (2014, p. 21/22), para corrigir os problemas relacionados à livre concorrência, fruto das imperfeições do liberalismo e da sua incapacidade de autorregulação, atribuiu-se ao Estado, na passagem do século XIX para o século XX, a prerrogativa dessa regulação do mercado.

No tocante à regulação e ao Estado Providência, o conceito de Estado de Bem-Estar Social desenvolvido no século XX, existiu sob diversas formas, diferenciando-se nos EUA, Alemanha e França, por exemplo. O que poderia identificar tal modelo em todos os lugares, a grosso modo, seria o reconhecimento de uma função intervencionista estatal orientada a promover o desenvolvimento econômico e social. A intervenção no domínio econômico é evidente em tais casos, como também a atuação direta em campos reservados a si próprio, que não seriam, desta forma, uma intervenção, mas sim uma atuação estatal em sua própria competência originária. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 17)

Tal modelo providencialista teve seu sucesso e seu fracasso no século XX. No início, o resultado foi vitorioso, com a elevação dos níveis de condição de vida da população, medidos pelo aumento da expectativa de vida e conforto, fruto da quantidade de benefícios ofertados. Tais benefícios consistiam em saneamento, educação, assistência e previdência social. Contudo, com o crescimento da qualidade de vida, a população passou a crescer em um ritmo acelerado, o que causou, como reflexo, um aumento da expectativa de vida e, conseqüentemente, dos custos de manutenção de tais benefícios, elevando-se os gastos com previdência social e saúde. Verificou-se a partir disso, a chamada crise fiscal, consistente na

incapacidade do Estado em prover todos esses compromissos, ocasionando a suspensão de novos projetos relacionados à implementação de direitos e a limitação dos serviços e estruturas estatais já existentes. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 18/19)

A crise do Estado de Bem-Estar produziu a necessidade de reformas, resultando no Estado Regulador. Proveniente do fracasso do *Welfare State*, o novo modelo estatal reduziu a sua intervenção direta no domínio econômico, repassando essa atividade ao setor privado, assumindo o Estado, paralelamente, a competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares no domínio econômico (JUSTEN FILHO, 2012, p. 22). No lugar de realizar diretamente o exercício da atividade empresarial, passou o Estado Regulador a intervir no mercado por meio de instrumentos jurídicos de autoridade.

De acordo com JUSTEN FILHO (2012, p. 24), não se pode aceitar que o Estado deva desaparecer, uma vez que cabe a este, precipuamente, a promoção dos interesses sociais. De outro lado, é da natureza dos particulares agir egoisticamente. A assunção pelo Estado da atividade regulatória objetiva conciliar diferentes concepções ideológicas, garantindo as regras do mercado e realizando valores de solidariedade social. A redução da intervenção direta do Estado é fruto de sua relativa incapacidade de materializar as promessas da fase de Bem-Estar.

Dentre as principais modificações do modelo regulatório, têm-se: o alargamento das atividades estatais sujeitas aos regimes de Direito Público e de Direito Privado; a inversão da relevância do instrumento interventivo, ou seja, se antes a atuação estatal era direta, agora passa-se a privilegiar a competência regulatória, não agindo diretamente; a motivação da atuação regulatória do Estado, tendo em conta a relevância dos interesses coletivos, passando a agir como uma espécie de incentivador de determinadas atividades que deseja realizadas, através da regulamentação do mercado e da economia, impedindo a prevalência pura e simples do lucro; e, finalmente, a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada, devendo tais regramentos serem constantemente modernizados e aperfeiçoados (JUSTEN FILHO, 2012, p. 25).

A defesa da livre concorrência pode abranger diversos aspectos em razão das inúmeras situações fáticas que podem ocorrer no complexo jogo de mercado, especialmente nas economias dos países em desenvolvimento. Para enfrentar esses desafios,

[É] preciso revisitar o Estado moderno, para esmiuçar mais a fundo o que significa, sob esse novo enfoque e qual a profundidade de seu papel regulatório em economias subdesenvolvidas. Nelas não parece haver dúvida sobre a necessidade de propulsão pelo Estado do processo de desenvolvimento. Não se trata, no entanto, da propulsão anticíclica, do tipo keynesiano. É necessária uma propulsão apta a resolver ou minimizar os problemas estruturais dessas economias e, ao mesmo tempo, capaz de difundir o conhecimento econômico. Será preciso

então repensar o modelo jurídico de propulsão econômica Estatal (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 38).

A difusão do conhecimento, para as teorias desenvolvimentistas, portanto, é primordial para o desenvolvimento da economia, não se permitindo a concentração de tecnologias apenas em uma pequena parcela dos atores participantes do mercado.

Tudo isso se reflete, posteriormente, em condições de cuidado à concorrência, pois a formação de blocos econômicos de pessoas jurídicas dominando o mercado, com a formação de monopólios e a cartelização de preços, fatalmente é pernicioso ao consumidor e à economia.

Outra finalidade incutida na proteção da concorrência, encontra-se fundada no direcionamento que o Estado pretende dar à economia, no sentido de fazer com que o interesse público seja priorizado, juntamente com o desenvolvimento econômico (FONT Y LLOVET, 2003, p. 364/365). Os mencionados autores explicam que o Estado, no momento em que não presta diretamente um determinado serviço de interesse público, deverá regular a atividade para assegurar que esse serviço seja realizado e que essa prestação se dê de forma apropriada: “Crece ahí la función de regulación, que incluye actividades de ordenación, de policía y de control. Se trata de funciones “de autoridade”, unilaterales, que es donde debe introducirse la participación.”

Ainda na esteira do interesse público, o Estado deve primar pela igualdade de armas entre os concorrentes em licitações públicas, contudo, salvo em situações de mérito público relevante e claramente demonstrado, é que essa diminuição do caráter competitivo estará justificada, sob pena de ilegalidade (FERREIRA, 2012, p. 79).

Neste sentido é salutar destacar que o exercício de uma competência administrativa deve sempre ser pautado com referência às suas razões de existir, não sendo um fim em si mesmo, como mera formalidade instrumental. Esta é a razão pela qual uma regra de igualdade entre concorrentes pode ser mitigada, no específico caso da contratação feita pelo Estado. Esta também é a razão pela qual, por vezes, o Estado pode optar pela proteção ao meio ambiente em detrimento do aspecto econômico, ou a prevalência de um serviço público essencial em detrimento de uma proposta mais vantajosa (FERREIRA, 2012, p. 116). Mas são situações muito específicas, que apenas poderão afetar a forma de contratação licitatória através do Estado.

Por sua vez, JUSTEN FILHO (2002, p. 22/23) cuida da importância da atuação do Estado Regulador na garantia de interesses públicos, asseverando a relevância da participação

de todos os segmentos da sociedade. Demais disso, afirma que “os organismos estatais não apresentam suficiente habilidade para o atendimento satisfatório a certas necessidades comuns, o que significa atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente”. Em outros termos, o Estado Regulador atribui à iniciativa privada a prestação de serviços públicos não exclusivos, normatizando e fiscalizando a sua prestação.

Como visto, a proteção da concorrência por parte do Estado pode acontecer sob diversos aspectos. Neste sentido, a proteção do mercado através da regulação da concorrência, pode estar relacionada diretamente com o combate à corrupção, que, como visto, pode interferir negativamente nas relações concorrenciais entre empresas privadas fornecedoras de bens e serviços para o Estado. Contudo, até a publicação da Lei nº 12.846/2013, não existiam medidas efetivas de repressão às pessoas jurídicas participantes de ações corruptoras, ao menos não de maneira isolada, omissão legislativa do Estado brasileiro que, ao não vedar e sancionar o comportamento empresarial corrupto, preservou as condições econômicas de mercado aptas a produzir concorrência desleal, inclusive no que tange às empresas fornecedoras de bens e serviços para o Estado. Em outras palavras, a ausência de regulação estatal nessa seara, induziu, ao não inibir, a um “vale tudo” no mercado.

3. “Ótimo de Pareto”, “Eficiência Kaldor-Hicks” e o desequilíbrio econômico gerado pela corrupção

A Lei da eficiência de Pareto é uma teoria desenvolvida pelo engenheiro e economista franco-italiano Vilfredo Frederico Damaso Pareto, publicada em 1897, em seu livro “Cours d’Économie Politique”, e que passou a ser conhecido como o “ótimo de Pareto”, sendo a formulação matemática do equilíbrio paretiano publicada em artigo da “Giornale degli Economisti”, em 1906, e expandido no anexo do livro “Manuale di Economia Politica”.

De forma resumida, o conceito de “ótimo de Pareto” significa dizer que não há como melhorar a situação de uma pessoa sem que isso gere uma piora para outra pessoa, ou seja, nenhuma mudança pode ocorrer sem que isso faça com que uma pessoa melhore sua situação sem piorar a situação de uma outra pessoa. (POSNER, 2005, p. 17)

SEN (1999, p. 47/48) considera que determinado estado social atingiu um ótimo de Pareto se, e somente se, for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa. Entretanto, afirma que este é um tipo limitado, pois podem haver pessoas na miséria extrema e outras extremamente ricas, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos.

Tal conceito é importante para este estudo pois a corrupção desequilibra o mercado concorrencial, gerando benefícios para uma pessoa em detrimento às outras, fugindo do que se pretende representar pelo estado de perfeita eficiência econômica. Para se obter um mercado eficiente, todas as transações econômicas na sociedade deveriam ocorrer de tal modo que nenhum concorrente melhore sua situação às custas do desequilíbrio e do prejuízo alheio, especialmente quando esse desequilíbrio decorre de um comportamento desleal, de uma trapaça do concorrente.

Essa é uma razão para se combater a corrupção nas relações concorrenciais entre empresas privadas fornecedoras de bens e serviços para o Poder Público. Pelo “ótimo de Pareto”, num quadro de corrupção endêmica, a empresa que empregar a corrupção em seus negócios melhora permanentemente a sua situação enriquecendo-se ilicitamente, em detrimento de suas concorrentes, por melhores que possam ser, porquanto o fator corrupção, a rigor, elimina o jogo de mercado, suprime a leal disputa entre as empresas, não passando uma licitação nessas condições de um “jogo de cartas marcadas”, cujo vencedor é conhecido desde o início do certame.

Os ganhos ilegais da empresa corruptora representam o empobrecimento forçado das concorrentes, gerando um desequilíbrio econômico, um desequilíbrio de mercado que necessita ser enfrentado, de modo a permitir o resgate da livre concorrência e da eficiência econômica. O balanço final deveria importar numa situação em que nenhuma transação econômica poderia desobedecer a regra paretiana.

Se for possível originar um remanejamento da riqueza entre os concorrentes, de modo que alguns fiquem em situação melhor, sem que haja piora na situação dos outros atuantes, tem-se uma “melhoria de Pareto”. Pode-se relacionar a eficiência de Pareto à unanimidade. Ao introduzir alguma política pública ou norma legal, se todos os agentes que são afetados estão em situação melhor ou ao menos idêntica, considera-se que essa introdução foi eficiente no sentido de Pareto (TABAK, 2015, p. 324).

A dificuldade dessa acepção é que, em geral, a introdução de normas jurídicas leva a que existam potenciais ganhadores e perdedores. Nesse caso, um conceito mais geral de eficiência precisa ser utilizado. Um dos mais experimentados é o de “Eficiência de Kaldor-Hicks”, que é definido como a confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada norma. A introdução de uma norma jurídica gera benefícios para alguns agentes e custos para outros agentes. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma, essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks. (TABAK, 2015, p. 325)

Desta maneira, a ideia de eficiência está ligada sobremaneira à maximização de bem-estar da sociedade. Quando uma proposição legislativa é útil e eficiente, ela conseqüentemente proporcionará um aumento de bem-estar para a sociedade. Por exemplo, uma lei que pune a empresa por atos de corrupção é algo positivo, pois induz que todas as concorrentes se alinhem a um mesmo regime concorrencial, de forma a prestigiar o mérito e a eficiência econômica, reduzindo os custos do Estado no caso de uma compra por ele realizada.

Nessa perspectiva, a Lei 12.846/2013 piora a situação de empresas corruptoras e de agentes públicos corruptos. O benefício total, no entanto, é significativo, posto que para além do resgate da livre concorrência, princípio fundamental da ordem econômica capitalista, adotada pela Constituição de 1988, ela tem potencial para gerar eficiência econômica nos negócios em geral, inclusive nos negócios públicos, garantindo que os recursos públicos não serão desviados para o enriquecimento ilícito ou desperdiçados, mas aplicados adequadamente a seus fins de interesse público primário.

Justen Filho (2002, p. 37) comenta sobre as crises cíclicas do capitalismo e da importância da atuação do Estado no reequilíbrio da economia, para induzir o desenvolvimento econômico e proteger a sociedade.

Na ausência de elementos externos reguladores, o processo capitalista tende a manter essa inevitável sucessão de períodos mais favoráveis e outros desvantajosos para a comunidade. A alternância de ciclos é inerente ao capitalismo e não deriva de elementos externos marcantes. Os fatos que desencadeiam imediatamente a crise ou o desaparecimento da crise são irrelevantes, sob certo aspecto. São as condições e circunstâncias do mercado que tornam possível que o evento produza a crise ou o desenvolvimento. Isso conduz à concepção de que o Estado deve adotar as providências necessárias a eliminar o desequilíbrio, evitando as causas que conduzem à crise e propiciando fatores para o desenvolvimento.

Partindo deste raciocínio, é possível utilizar a teoria econômica para analisar proposições legislativas e políticas públicas. Caso essas aumentem o bem-estar e promovam a eficiência, então devem ser adotadas pela sociedade.

No tocante à corrupção, pressupõe-se que o legislador tenha o diagnóstico de que a corrupção em determinados setores do governo e da iniciativa privada se encontre em níveis elevados. Nesse caso, seria necessário aumentar o controle social sobre práticas de corrupção para coibi-las.

O objetivo de uma proposição legislativa pode ser o de reduzir a corrupção, e um dos elementos essenciais para coibir essa prática seria o de aumentar a participação da sociedade

por meio de denúncias. O diagnóstico inicial é o de que o número de denúncias é baixo e poderia ser incentivado.

Uma lei que traga benefícios a quem denuncie atos de corrupção, bem como que forneça mecanismos de funcionamento para a realização de acordo de leniência que efetivamente garanta vantagens ao denunciante, pode aumentar os benefícios privados, induzindo os agentes a denunciarem sempre que tiverem conhecimento de casos de corrupção. Com uma lei desse tipo, as pessoas são induzidas a denunciar casos de corrupção, aumentando a chance de recuperação de recursos públicos desviados, salvaguardando os interesses públicos e privados envolvidos, na perspectiva do “ótimo de Pareto”. Perdem os agentes públicos corruptos e as empresas corruptoras; ganham a sociedade e as empresas que agem informadas pela legalidade e pelo mérito.

A lei, desta forma, deve ser vista como um instrumento para viabilizar a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade, conforme a “eficiência de Kaldor-Hicks”. As sanções legais alteram a estrutura de incentivos de modo a que os agentes entrem em arranjos que sejam ótimos, no sentido de Pareto. Outra função substancial, é que a lei facilite a coordenação entre os agentes e as expectativas do Estado no momento em que entra em vigor. Dessa forma, já começa a ocorrer alguma conformidade com a lei, independentemente da ameaça de sanções que possam advir da nova lei. A lei tem o potencial de influenciar o comportamento dos agentes construindo um ponto focal (TABAK, 2015, p. 327).

4. A legislação antecedente à Lei 12.846/2013 e o controle da corrupção empresarial

O agente público tem o dever funcional de aplicar a legislação da forma como está positivada, não devendo realizar juízo de valor quanto a conveniência ou não de sua incidência. No que tange especialmente à corrupção empresarial, duas eram as legislações que permitiam a punição da pessoa jurídica por ato de corrupção: a Lei de Ação Popular – Lei 4.717/ 1965; e a Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992.

Trata a Lei 4.717/1965 da possibilidade de ajuizamento, por qualquer cidadão, para a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como entidades autárquicas, sociedades de economia mista, empresas públicas, sociedades mútuas de seguro onde a União represente os segurados, de instituições ou fundações onde o tesouro público tenha participado com mais de 50% (cinquenta por cento) da receita anual, empresas incorporadas ao patrimônio público e de serviços sociais autônomos.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma ampliação na competência da Ação Popular, sendo-lhe atribuída a possibilidade de anular também “ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, conforme artigo 5º, inciso LXXIII.

A ação popular, portanto, busca proteger tanto o patrimônio público quanto a moralidade administrativa, sendo aplicável, inclusive, à repressão contra atos de corrupção causadores diretamente prejuízo ao erário. Neste sentido, “a Constituição erigiu a moralidade administrativa em fundamento autônomo para a ação popular e numa categoria jurídica passível de controle jurisdicional *per se* (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 464). Portanto, a ação popular pode ser um meio de se anular atos da Administração Pública em sentido amplo, que visem lesar o patrimônio ou que tenham sido realizados através de meios que maculem a moralidade administrativa, gerando reflexos evidentes nos contratos firmados com o Poder Público.

Inobstante isso, até a publicação da Lei 12.846/2013, no tocante a atos de corrupção, havia a necessidade de se comprovar a culpa nestas situações do agente público envolvido, sendo o ressarcimento do erário consequência da declaração de nulidade do ato ou contrato administrativo ofensivo à moralidade administrativa, o que tornava difícil – e ainda torna, pois essa Lei vige entre nós – a responsabilização de pessoa jurídica envolvida e beneficiária da corrupção geradora da nulidade do negócio jurídico.

Noutras palavras, a Lei de Ação Popular não alcança diretamente a pessoa jurídica por atos de corrupção, atingindo-a apenas reflexamente com a eventual responsabilização solidária pelo ressarcimento do erário. A corrupção empresarial não é o mote da Lei 4.717/1965, tornando-a, nessa medida, economicamente vantajosa como estratégia empresarial para obter contratos com a Administração Pública, lesando o patrimônio público e a moralidade administrativa, bem assim desequilibrando a concorrência em razão da ilícita e desleal estratégia.

Não é muito diferente com a Lei 8.429/1992. O artigo 37 da Constituição Federal, especificamente em seu § 4º, instituiu a punição aos agentes públicos por atos de improbidade administrativa. Buscou a legislação garantir que condutas de servidores públicos fossem punidas adequadamente, reparando os danos causados e prevenindo a prática de novos ilícitos semelhantes, quando verificadas práticas consubstanciadas em obtenção patrimonial indevida que causem prejuízo ao erário ou violem princípios da administração pública.

Além do ressarcimento, a Lei de Improbidade Administrativa admite que a pessoa jurídica possa ser punida com multa civil, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente

ao patrimônio e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritária, por um determinado período de tempo, consoante regulado nos incisos do art. 12 da Lei 8.429/1992.

O problema é que sem a participação do agente público, não existia e não existe a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica, punida, no caso, não como autora, mas como terceira beneficiária do ato de improbidade administrativa. Com efeito, consoante a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “é inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda” (Brasil, STJ, 2015).

Além da necessidade de se punir o autor do ato de improbidade, que é sempre o agente público, essa responsabilização é invariavelmente baseada em dolo ou culpa, não se admitindo a responsabilidade objetiva, conforme a pacífica jurisprudência da Corte Superior responsável pela interpretação da lei federal brasileira: “é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário” (Brasil, STJ, 2015b).

Em outros termos, não existe ato de improbidade administrativa praticado direta e exclusivamente por particular ou por pessoa jurídica, não sendo a entidade empresarial alcançável pela Lei de Improbidade Administrativa, a não ser como coadjuvante da corrupção praticada pelo servidor público em sentido amplo. A Lei não se dirige exatamente ao particular ou à pessoa jurídica, mas ao agente público como protagonista, como autor do ato de improbidade, apresentando-se a pessoa natural ou jurídica na qualidade de partícipe, de terceiro induzindo, concorrendo ou se beneficiando do ato de corrupção, do ato ímprobo.

A Lei 8.429/1992 representou um avanço em relação a Lei de Ação Popular, porquanto para além do mero ressarcimento, previu sanções aplicáveis à pessoa jurídica envolvida na prática de atos de improbidade administrativa. Entretanto, essa Lei não foi capaz de inibir a corrupção empresarial e proteger os princípios da ordem econômica da Constituição de 1988. Não é de se estranhar essa ausência de efeito no meio empresarial, pois o foco da Lei de Improbidade Administrativa foi outro: punir o enriquecimento ilícito do agente público, os atos causadores de prejuízo ao erário e o atentado contra os princípios da Administração Pública, igualmente protagonizados pelo agente público, conforme revelam os arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, que definem os ilícitos.

Tal como a Lei de Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa não reverteu a lógica perversa da corrupção na relação firmada entre a Administração Pública e a empresa privada fornecedora de bens e serviços para o Estado, inibindo a prática de atos de improbidade administrativa, apesar dos já mencionados avanços e dos resultados obtidos, com a condenação de muitos ímprobos, contabilizados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Essas Leis não criaram as condições econômicas de que trata o “ótimo de Pareto” ou a “eficiência de Kaldor-Hicks” capazes de inibir a corrupção nas relações firmadas pelas empresas privadas com o setor público.

Com a inovação da Lei 12.846/2013, entretanto, surge a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica autora de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, bem assim de se inverter a relação custo/benefício economicamente favorável a práticas contrárias à ética empresarial.

5. Lei 12.846/2013 e a proteção ao mercado

A Lei 12.846/2013 não é uma iniciativa isolada ou pioneira do Estado brasileiro, sendo reflexo de um conjunto de posições já adotadas no país, bem como de diversos acordos internacionais de cooperação que visam ao combate à corrupção. Dentre algumas iniciativas, destacam-se a Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, promulgada pelo Decreto 3.678/2000; A Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006.

O significado dessas Convenções Internacionais de Combate à Corrupção é o de que a corrupção não pode mais ser vista como um problema local, regionalizado, sendo encarado mundialmente, afetando todos os países, prejudicando a livre concorrência, os consumidores, as finanças públicas, a democracia, a república e o comércio internacional.

A corrupção prejudica a livre concorrência e os consumidores, quando empresas obtêm vantagens ilícitas da Administração Pública e, à custa disso, conquistam maior espaço no mercado, sem gerar um incremento na competição e na qualidade dos produtos postos em circulação. É o caso do pagamento de propinas a fiscais para receber em troca a tolerância oficial quanto a condutas de concorrência desleal, pirataria, contrabando, sonegação de impostos, infrações das regras de vigilância sanitária, falta de alvará, etc.

A corrupção prejudica as finanças públicas quando empresas se unem a agentes públicos para fraudar licitações, superfaturar obras públicas, cancelar tributos devidos, desviar recursos de órgãos públicos em geral, aprovar leis e atos normativos de interesse meramente privado.

A corrupção prejudica a Democracia e a República, pois torna a Administração Pública refém de interesses privados e minoritários, serviente apenas de sua função essencial de atendimento dos interesses coletivos, de modo isonômico.

A corrupção prejudica igualmente o comércio internacional, pois distorce as condições de competitividade, tornando-o desequilibrado e desleal (COSTÓDIO FILHO *et al*, 2015, p. 21).

Tendo em foco os prejuízos causados à livre concorrência e ao comércio internacional, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em seu art. 3º, trata do tema do combate aos malefícios produzidos pela corrupção, admitindo a punição do funcionário público estrangeiro, da pessoa física do particular e, também, da pessoa jurídica, neste último caso com sanções de cunho penal ou não, dependendo do sistema jurídico do Estado-parte.

O dispositivo diferencia claramente a responsabilidade da pessoa natural, funcionário ou não, e da pessoa jurídica, inclusive determinando que em países onde não exista a previsão legal para a punição penal das pessoas jurídicas, que estas devam ser responsabilizadas por intermédio de sanções não criminais, diferenciando, neste caso, o crime do funcionário estrangeiro do denominado “ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira”, denominação dada pela Lei 12.846/2013 ao “crime” da pessoa jurídica no sistema normativo brasileiro, Lei essa resultante do atendimento da aludida Convenção.

A inovação legislativa trazida no art. 5º da Lei 12.846/2013 é positiva e vem na esteira do dispositivo legal acima transcrito, suprindo o que entende ser uma deficiência do Direito Penal nacional que apenas pune a responsabilidade culposa, em sentido amplo, da pessoa natural:

A inovação legislativa é bem-vinda, pois não é de hoje que os ilícitos cometidos contra a administração pública o são em nome e em proveito da pessoa jurídica, e não exatamente em benefício da pessoa natural. Os ilícitos que vitimizam a administração pública, especialmente os de grande repercussão econômica, como os que ocorrem nas licitações e contratos administrativos, são praticados por empresas e em seu benefício, por intermédio da ação de seus diretores, gerentes, empregados, etc. A normativa supre uma deficiência do Direito Penal, focado na responsabilização culposa (em sentido amplo) da pessoa natural (BERTONCINI *et al*, 2015, p. 118/119).

A responsabilidade objetiva prevista na Lei 12.846/2013, em seus primeiros artigos, é a grande inovação trazida pela normativa, uma vez que não existia no ordenamento jurídico pátrio qualquer previsão de responsabilidade direta da pessoa jurídica por atos de corrupção, exigindo-se sempre o vínculo específico entre a pessoa física corruptora e a empresa investigada, concomitantemente à ciência da prática do ato pela cúpula diretiva da sociedade, sem jamais se olvidar do indispensável e essencial comportamento ilegal, lesivo ou ímprobo do agente público, conforme definidos nas referidas Lei de Ação Popular e Lei de Improbidade Administrativa.

O combate à corrupção protege diretamente a concorrência leal, impedindo que o mercado seja desequilibrado por práticas de fortalecimento indevido ou de concentração excessiva de poderio econômico em razão da utilização de meios injustos, desleais e corruptos.

BANDEIRA DE MELO (1997, p. 23), ao falar sobre o princípio da igualdade, ensina que essa norma possui dois objetivos: “de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos”.

A desigualdade, muitas vezes possibilitada (ou não impedida de maneira efetiva) por lacunas jurídicas, é também um elemento de estímulo de comportamentos corruptos adotados por empresários inidôneos que visam concorrer de maneira díspar no mercado. Em havendo o evidente desequilíbrio entre empresas idôneas e inidôneas, que são useiras na prática de atos de corrupção, haja vista estas obterem vantagens econômicas que lhe possibilitarão prevalência sobre as concorrentes, a Lei Anticorrupção, ainda que tardiamente, vem para coibir tais práticas na tentativa de manter o equilíbrio concorrencial, o funcionamento sadio do mercado, sem se olvidar da proteção do patrimônio público, preenchendo uma lacuna até então existente no sistema normativo brasileiro, não suficientemente colmatada pela Lei de Ação Popular e pela Lei de Improbidade Administrativa, como demonstrado anteriormente.

O viés econômico da Lei 12.846/2013 é evidente, no sentido de se buscar otimizar a concorrência e não permitir que alguns agentes se sobreponham sobre os demais mediante a adoção de práticas corruptas em seus negócios, definidas no art. 5º da mencionada Lei como “atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira”. As sanções estão previstas nos arts. 6º e 19 da Lei.

A responsabilização da pessoa jurídica nesses casos se dá objetivamente (BERTONCINI *et al*, 2015, p. 159), bastando a demonstração da prática de ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, e do nexos causal entre o comportamento previsto no art. 5º da Lei 12.846/2013 e seus efeitos (quando exigidos), para se concluir pela existência de responsabilidade da pessoa jurídica e consequente aplicação das sanções descritas nos arts. 6º e 19.

Considerada a perspectiva econômica tratada nessa pesquisa, é possível se dizer que a partir do advento da Lei 12.846/2013 o risco econômico de um agir empresarial baseado na corrupção cresceu significativamente, porquanto a pessoa jurídica, desde a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, pode ser punida mediante responsabilidade objetiva e independentemente da responsabilização das pessoas naturais envolvidas, que responderão em

outras esferas, mediante a demonstração de culpa. Em outros termos, o risco de punição da pessoa jurídica é grande, o que deve levar a uma mudança de comportamento, baseada na lei e no respeito à lealdade concorrencial.

Neste sentido já se observa, com a Lei 12.846/2013, o movimento de empresas em instituir códigos de ética e treinamentos comportamentais voltados aos seus funcionários, bem como a criação de programas de *compliance*, no intuito de prevenir futuros casos de corrupção.

Com o advento da Constituição de 1988, o princípio da moralidade administrativa foi incluído no Texto Maior, e passou a ser invocado comumente na prática judicial, talvez numa tentativa de refrear aquilo que LUSTOZA (2013, p. 278) denomina de “generalização do antiético [que] trouxe à tona uma descrença em relação ao país”, revelando o Judiciário “uma concepção axiológica a respeito das relações jurídicas”. Aliás, é notório o comprometimento do Ministério Público e do Poder Judiciário com os princípios constitucionais da Administração Pública, refletido nos paradigmáticos casos dos “Mensalão” e da “Operação Lava Jato”. A Lei Anticorrupção Empresarial vem se somar ao conjunto de ferramentas do sistema jurídico brasileiro para a proteção do princípio da moralidade administrativa.

Além da moralidade, a Lei 12.846/2013 objetiva induzir o respeito aos demais princípios da Administração Pública, e, em especial, à proteção da Constituição Econômica, preservando a livre concorrência entre empresas fornecedoras de bens e produtos para a Administração Pública, nas relações comerciais internas e internacionais por elas celebradas com o Estado nacional – no caso, a República Federativa do Brasil – ou com Estados estrangeiros, sob pena de punição baseada em responsabilidade objetiva, tudo indicando inverter a lógica econômica até então vigente no Brasil, de que a corrupção seria um “bom negócio” nas relações público-privado.

O “ótimo de Pareto” e a “eficiência de “Kolder-Hicks” parecem ter sido alcançados, gerando as condições minimamente necessárias para uma economia informada por um menor grau de corrupção, capaz de promover “o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III do art. 3º da CF). Apenas o tempo dirá, por intermédio de uma pesquisa de campo, se a Lei 12.846/2013 efetivamente desenvolverá ou não o seu potencial econômico que de reduzir a corrupção e elevar os níveis de eficiência e moralidade das relações público-privado.

CONCLUSÃO

As duas questões que se almejou responder com a pesquisa foram as seguintes: a Lei 12.846/2013 tem, potencialmente, condições de reduzir a corrupção na esfera pública? Por outro lado, a mencionada Lei está vocacionada à preservação da concorrência entre empresas fornecedoras do Estado? Como visto, as respostas são positivas para ambos os questionamentos.

Com efeito, a Análise Econômica do Direito fornece terreno fértil para uma discussão mais técnica de proposições legislativas e políticas públicas em geral, especialmente as relacionadas à ordem econômica. Não há aqui qualquer pretensão de se esgotar o tema, mas sim trazer alguns pontos de relevância da nova legislação no que tange à proteção do mercado, especificamente no cuidado com o equilíbrio concorrencial entre seus atores.

A interdisciplinaridade dos ramos do Direito e de teorias econômicas mostram-se cada vez mais importantes, uma vez que o efeito econômico gerado por uma legislação pode auxiliar no equilíbrio do mercado, como também contribuir negativamente para tanto, não bastando apenas uma análise normativista, positivista, sem que se consulte outras ciências no momento de se elaborar um projeto de lei.

A Lei 12.846/2013, portanto, além de buscar coibir atos de corrupção por serem estes morais e eticamente reprováveis, tem em sua finalidade proteger o mercado contra a concorrência desleal, que tanto atingem empresários idôneos, propulsores da geração de riquezas e de empregos, fatores essenciais ao desenvolvimento econômico e social de qualquer nação, como a sociedade em geral, lesada pela corrupção.

Muito ainda se discutirá sobre a nova Lei 12.846/2013, tanto na academia quanto no Poder Judiciário, contudo, é possível se afirmar, segundo o referencial teórico aplicado, que a Lei atinge sensivelmente o empresário brasileiro e estrangeiro que celebra negócios no país, e que estes, em razão da responsabilidade objetiva aplicável às pessoas jurídicas, deverão se ajustar às novas regras para que não sejam punidos em razão de seus negócios com o Estado. Ao que parece, teoricamente, a lógica econômica da corrupção sofreu um significativo revés com o advento da Lei Anticorrupção Empresarial, o que somente o tempo confirmará.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª Edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara; SANTOS, José Anacleto Abduch. Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988.

____. Lei federal nº 4.717/1965 – Lei da Ação Popular.

____. Lei federal nº 12846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial.

____. Lei federal nº 8429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

Brasil. STJ, 2015. Precedentes: AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015; REsp 1282445/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 21/10/2014; REsp 1409940/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 22/09/2014; REsp 1171017/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014; REsp 896044/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 19/09/2010; REsp 1181300/PA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 24/09/2010; REsp 1504052/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, julgado em 29/05/2015, DJe 17/06/2015.

Brasil. STJ, 2015b. Precedentes: AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015; AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 04/05/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 22/04/2015; REsp 1478274/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 31/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 09/12/2014; REsp 1237583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRATURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 02/09/2014.

Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional, 35 ed., São Paulo, Malheiros, 2012

FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012

- ____. Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. Belo horizonte: Fórum, 2009
- FONT Y LLOVET, Tomàs. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2003
- GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014
- JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002
- LUSTOZA, Helton Kramer. A crise ética na sociedade brasileira, in Revista Jurídica, Curitiba, v.1, n. 30, 2013.
- MALLOY, Robin Paul. Derecho y economía de mercado: una nueva. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- LIVIANU, Roberto. Corrupção e Direito Penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.
- PETRELLUZZI, Marco Vinicio. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014
- PIMENTA, Eduardo Goulart. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.
- PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88-89.
- POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo. Revista de Economía. 2005.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica. Ed. Elsevier. 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. Malheiros: São Paulo, 2002.
- SEN, Amartya Kumar. *Sobre Ética e Economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- TABAK, B. M. . A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas. Revista de Informação Legislativa, v. 52, p. 321-345, 2015.