

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR

EDMILSON PEREIRA ALVES

**O DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO
COMO MECANISMO JURÍDICO DE INCENTIVO À PREVENÇÃO DA
CORRUPÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO E SOCIAL**

MARÍLIA

2017

Alves, Edmilson Pereira

O direito à luz da teoria dos sistemas e a lei anticorrupção como mecanismo jurídico de incentivo à prevenção da corrupção e ao desenvolvimento econômico e social / Edmilson Pereira Alves. - Marília: UNIMAR, 2017.

114f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social) – Universidade de Marília, Marília, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira

1. Direito 2. Teoria dos Sistemas 3. Corrupção 4. Compliance I. Alves, Edmilson Pereira

CDD – 341.5517

EDMILSON PEREIRA ALVES

**O DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO
COMO MECANISMO JURÍDICO DE INCENTIVO À PREVENÇÃO DA
CORRUPÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

MARÍLIA

2017

EDMILSON PEREIRA ALVES

**O DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO
COMO MECANISMO JURÍDICO DE INCENTIVO À PREVENÇÃO DA
CORRUPÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

Aprovada pela Banca Examinadora em 17/02/2017

Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira

Profª Drª. Florence Cronemberger Haret Drago

Prof. Dr. Tiago Cappi Janin

Dedico esse trabalho a todos aqueles que apesar de toda experiência contrária continuam acreditando que esse mundo pode ser melhor. Dedico a minha família, a minha esposa Paty e a minha filha Maria Gabriela, que generosamente suportaram comigo todas as dificuldades e transtornos que a construção de uma grande obra exige. Dedico aos meus pais, Dejamiro e Arlinda, que me ensinaram a nunca desistir.

Agradeço a Deus! E também aos meus familiares, aos amigos e amigas, os colegas da turma do Mestrado, inclusive os adversários. Agradeço, em nome do meu orientador, Prof. Dr. Daniel Barile, os professores e professoras do mestrado da Unimar.

O DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO COMO MECANISMO JURÍDICO DE INCENTIVO À PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL

Resumo: A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e a análise econômica do direito são as premissas nucleares que orientam o presente estudo. A sociedade contemporânea é altamente complexa e contingente, por isso, ela é marcada por incertezas e inseguranças. Na perspectiva da teoria dos sistemas, as soluções dos problemas, jurídicos ou não, somente serão efetivas se forem consideradas e respeitadas as particularidades de cada um dos subsistemas que compõe o sistema social. O fato é que isoladamente é impossível responder adequadamente um problema social. Nesse cenário, o referencial teórico da teoria dos sistemas tornou-se um instrumento valioso para a superação dos desafios que a sociedade moderna propõe a todos, em especial, aos operadores do Direito. A globalização imprimiu uma nova lógica nas relações humanas. Hoje todos estão conectados, sejam os países ou as pessoas. Para a teoria dos sistemas a sociedade é um sistema autopoietico cujo elemento constitutivo é a comunicação. Ela é funcionalmente diferenciada, isto é, constituída por sistemas sociais parciais ou subsistemas, como por exemplo, o direito, a economia, a política, a religião etc. Todo sistema autopoietico é operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, dotado de um código/programa binário específico que permite criar a diferença com o ambiente. O sistema é a diferença da diferença entre o sistema e o ambiente. Não existe sistema sem ambiente, nem ambiente sem sistema. Essa interação é constante e permanente. O fenômeno da corrupção, no ambiente nacional e internacional, tem um impacto altamente negativo nas vidas das pessoas mais vulneráveis economicamente. O Brasil, desde a década de noventa assumiu compromissos internacionais de combater e prevenir a corrupção. Porém, somente em 2014, no calor dos escândalos da operação Lava Jato, o Congresso Nacional votou a lei anticorrupção que entrou em vigência em 2014 e está regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15. Do ponto de vista do movimento da análise econômica do direito, pode-se concluir que a lei anticorrupção é uma lei indutora de incentivo à prevenção da corrupção e poderá significar para os empresários brasileiros uma mudança de paradigma na gestão de seus empreendimentos. Embora não seja obrigatório, conforme a lei anticorrupção, a implantação e a implementação do programa de integridade ou *compliance* nas empresas, mas, é altamente recomendável a adoção dessa medida. O *compliance* exige a aplicação dos princípios da governança corporativa, o que levará, conseqüentemente o ingresso da empresa em um novo cenário de gestão que valoriza os preceitos da ética profissional, combate e previne a corrupção e promove o desenvolvimento social e econômico da sociedade brasileira. O instituto jurídico do acordo de leniência é um forte mecanismo de incentivo ao combate à corrupção. Esse novo diploma legal preencheu uma grave lacuna no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o corrupto, juridicamente, escapava quase sempre impune, de modo que era vantagem a prática de atos de corrupção. Nessa pesquisa, foram utilizados os métodos dedutivo, sistemático, axiológico e teleológico. A investigação foi baseada em fontes doutrinárias, legislação, periódicos, sites de organizações não governamentais, tudo com a finalidade de demonstrar a vantagem da conciliação da perspectiva intra-sistêmico com a inter-sistêmica, especialmente entre o direito e a economia, tudo com a finalidade de buscar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária. A corrupção não será vencida, nem no Brasil e nem no mundo, apenas com a letra fria da lei, mas com a renovação da mentalidade dos agentes políticos, econômicos e jurídicos.

Palavras chave: Teoria dos Sistemas. Corrupção. *Compliance*.

THE RIGHT TO THE LIGHT OF THE SYSTEMS THEORY AND THE ANTICORRUPTION LAW AS A LEGAL MECHANISM OF INCENTIVE TO THE PREVENTION OF CORRUPTION AND TO ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT

Abstract: Niklas Luhmann's systems theory and economic analysis of law are the core assumptions that guide the present study. Contemporary society is highly complex and contingent, so it is marked by uncertainties and insecurities. From the perspective of systems theory, solutions to problems, legal or not, will only be effective if the particularities of each of the subsystems that make up the social system are considered and respected. The fact is that in isolation it is impossible to adequately respond to a social problem. In this scenario, the theoretical framework of systems theory has become a valuable tool for overcoming the challenges that modern society proposes to all, especially the operators of Law. Globalization has created a new logic in human relations. Today everyone is connected, be it countries or people. For the theory of systems society is an autopoietic system whose constitutive element is communication. It is functionally differentiated, that is, constituted by partial social systems or subsystems, such as law, economics, politics, religion, etc. Every autopoietic system is operationally closed and cognitively open, endowed with a specific binary code / program that allows creating the difference with the environment. The system is the difference of the difference between the system and the environment. There is no system without environment, no environment without system. This interaction is constant and permanent. The phenomenon of corruption, in the national and international environment, has a highly negative impact on the lives of the most economically vulnerable people. Since the 1990s, Brazil has made international commitments to combat and prevent corruption. However, only in 2014, in the heat of the scandals of the Lava Jato operation, the National Congress voted against the anticorruption law that came into force in 2014 and is regulated by Decree No. 8.420/15. From the point of view of the economic analysis of the law, it can be concluded that the anti-corruption law is an incentive law to prevent corruption and may mean for Brazilian entrepreneurs a paradigm shift in the management of their enterprises. Although it is not mandatory under the anti-corruption law, implementation and implementation of the integrity or compliance program in companies, but it is highly recommended to adopt this measure. Compliance requires the application of corporate governance principles, which will consequently lead to the company entering a new management scenario that values the precepts of professional ethics, combats and prevents corruption and promotes the social and economic development of Brazilian society. The leniency agreement's legal institute is a strong incentive mechanism for fighting corruption. This new law filled a serious gap in the country's legal system, since the corrupt, juridically, escaped almost always unpunished, so that it was advantage to practice acts of corruption. In this research, the deductive, systematic, axiological and teleological methods were used. The research was based on doctrinal sources, legislation, periodicals, websites of non-governmental organizations, all with the purpose of demonstrating the advantage of reconciling the intra-systemic and inter-systemic perspective, especially between law and economics, all with the To achieve a free, fair and supportive society. Corruption will not be overcome, either in Brazil or in the world, only with the cold letter of the law, but with the renewal of the mentality of political, economic and legal agents.

Keywords: Systems Theory. Corruption. Compliance.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CGU – Controladoria-Geral da União

CICC – Convenção Interamericana Contra a Corrupção

CNEP – Cadastro Nacional de Empresas Punidas

CNUCC – Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

CP – Código Penal

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

FGV – Fundação Getúlio Vargas

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

ICJBrasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira

ISE – Índice de sustentabilidade empresarial

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONG - Organização Não Governamental

UNODC – United Nations Office on Drug and Crime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 UMA BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	15
1.2 O DIREITO COMO SUBSISTEMA OU SISTEMA PARCIAL DA SOCIEDADE ...	18
1.3 O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO	20
1.3.1 O fechamento operativo e a abertura cognitiva dos sistemas autopoieticos.....	21
1.3.2 O código binário/programa do sistema autopoietico	23
1.3.3 A função do direito como estabilizador de expectativas normativas.....	26
1.4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS	27
1.4.1 A justiça como fórmula para a contingência	30
1.5 DO AMBIENTE DO SISTEMA: A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	34
1.5.1 A globalização como novo paradigma.....	37
1.5.2 A causa fundamental da crise do Estado-Nação moderno é o divórcio entre a política e o poder.....	42
2 DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL: SISTEMA E AMBIENTE	47
2.1 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PARADIGMA	50
2.2 DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA	52
2.3 DO IMPACTO NEGATIVO DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE	58
2.4 UMA VISÃO GERAL DA PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL	62
2.4.1 A estrutura jurídica brasileira de combate a corrupção	64
2.4.2 As instituições brasileiras de combate à corrupção	68
2.5 A INFLUÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS INTERNACIONAIS PRECEDENTES À LEI ANTICORRUPÇÃO.....	70
2.6 A GOVERNANÇA CORPORATIVA E A CORRUPÇÃO	74
2.6.1 Os princípios básicos da governança corporativa.....	75
2.6.1.1 Do princípio da transparência: confiança	76
2.6.1.2 Do princípio da equidade: tratamento justo.....	76
2.6.1.3 Do princípio da prestação de contas (<i>accountability</i>): responsabilização	76
2.6.1.4 Do princípio da responsabilidade corporativa: longevidade.....	77

3 A LEI ANTICORRUPÇÃO, COMPLIANCE E ACORDO DE LENIÊNCIA CORRUPÇÃO	79
3.2 O PROGRAMA DE INTEGRIDADE OU <i>COMPLIANCE</i>	85
3.3 AVALIAÇÃO DO <i>COMPLIANCE</i> OU PROGRAMA DE INTEGRIDADE	89
3.4. A GOVERNANÇA CORPORATIVA E O <i>COMPLIANCE</i>	91
3.5 OS PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE OU <i>COMPLIANCE</i>	92
3.5.1 O primeiro pilar: Comprometimento e apoio da alta direção	92
3.5.2 Segundo pilar: Ter uma Instância responsável pelo programa de integridade	92
3.5.3 Terceiro pilar: Analisar o perfil e o risco que a empresa está sujeita	93
3.5.4 Quarto pilar: Estruturação das regras e instrumentos	94
3.5.5 Quinto pilar: Estratégias de monitoramento contínuo	98
3.6 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO	98
3.6.1 Competência para firmar o acordo de leniência	99
3.6.2 Efetividade da colaboração na fase investigatória e processual administrativa	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS.....	109

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo científico é verificar a contribuição que o sistema jurídico nacional, após a vigência da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, poderá dar no sentido de combater e prevenir a corrupção na sociedade brasileira, especialmente no setor privado. Um dos objetivos do Brasil é construir uma sociedade justa, livre e solidária. Para isso, deverá superar o legalismo excessivo e assumir as novas técnicas modernas de prevenção à corrupção como o programa de integridade ou *compliance* e também as praticar dos princípios da governança corporativa.

As contribuições teóricas do movimento análise econômica do direito (*laws and economics*) servirão como chave de leitura da lei anticorrupção. Há pouco tempo, no calor dos escândalos da operação Lava Jato, o Congresso Nacional votou a lei anticorrupção que entrou em vigência em 2014 e está regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15. Pode-se dizer que esse novo diploma legal é um mecanismo jurídico de incentivo à prevenção da corrupção. Mais ainda, se o empresariado brasileiro implantar e implementar efetivamente o programa de integridade ou *compliance* previsto nessa lei e regulamentado no decreto, com certeza, ocorrerá uma mudança de paradigma na gestão empresarial brasileira.

O repertório teórico da teoria dos sistemas de Luhmann mostra-se capaz de dar conta da alta complexidade e contingência da sociedade contemporânea.

O fenômeno da globalização imprimiu uma nova lógica nas relações humanas e também no cenário internacional, tanto que as fronteiras do Estado-Nação foram definitivamente vencidas. A velha soberania do Estado precisa ser repensada nos dias atuais.

A fonte da crise mundial contemporânea, seja econômica-financeira-política, é o divórcio entre a política e o poder. A maior parcela do poder econômico está no controle das grandes corporações, do mercado. O Estado-Nação decide, mas o seu poder de realizar o que decide é frágil. Nesse contexto a democracia corre perigo.

O primeiro capítulo abordará brevemente os principais aspectos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Ressalta-se que primeiro passo para entender a teoria dos sistemas é a compreender o funcionamento da constante e permanente relação entre o binômio sistema/ambiente. Além disso, será abordado, num primeiro momento o estudo do sistema, como sistema autopoietico, operacionalmente fechado, cognitivamente aberto, dotado de uma

programação/codificação binária, sendo que um valor é positivo e outro negativo. O código binário do direito é licito/ilícito. Não tem terceira via. Em seguida, será estudado o ambiente, a sociedade contemporânea, altamente complexa e contingente, marcada por mudanças constantes, por precariedade e liquidez nas relações interpessoais. Numa palavra, a incerteza é marca registrada da sociedade atual.

O segundo capítulo se ocupará em responder a fundamental questão do acoplamento estrutural entre o sistema e o ambiente. Como ocorre a conexão do sistema como o ambiente, no caso concreto e como o sistema jurídico nacional se conecta com a sociedade contemporânea, complexa e contingente, no contexto da globalização.

Do ponto de vista do sistema jurídico nacional, a atual Constituição Federal adotou como paradigma de Estado, o estado democrático de direito e a ordem econômica como sendo de natureza capitalista. Apesar de ser juridicamente de natureza capitalista, a ordem econômica deverá ser especialmente fundada na valorização do trabalho, portanto, tem como alicerce a dignidade da pessoa humana e tem como finalidade realizar a justiça social, além dos outros princípios previstos no artigo 170 da atual Constituição.

Por sua vez, na sociedade contemporânea a corrupção tem provocado muitos impactos negativos. O Brasil tem assumido importantes compromissos internacionais de prevenção e combate à corrupção e recentemente entrou em vigência em nosso ordenamento jurídico a lei anticorrupção. Ressalta-se o papel fundamental que a governança corporativa desempenha no incentivo ao combate e à prevenção da corrupção nas empresas.

O terceiro capítulo destacar as contribuições que a lei anticorrupção traz ao sistema jurídico nacional no sentido de prevenir e combater a corrupção. Constatou-se que esse novo diploma legal é uma ação estatal de intervenção indutora na modalidade de incentivo. Embora essa nova lei seja voltada para as empresas privadas que se relacionam com o poder público, seja nacional ou estrangeiro, ela traz uma proposta que servirá para todos os tipos e tamanhos de empresas. Aliás, acredita-se que, aquelas empresas que implantarem e implementarem um programa de integridade ou *compliance*, terão como recompensa o ingresso num novo patamar de gestão empresarial.

O primeiro benefício do programa de integridade ou *compliance* é a mudança de paradigma na gestão do empreendimento. Outro benefício é que a empresa terá um poderoso mecanismo de combate e prevenção à corrupção o que aumentará significativamente as suas

condições de competição, inclusive em nível internacional. Por fim, o *compliance* servirá como causa atenuante na dosimetria da pena se a empresa for condenada por atos de corrupção contra a administração pública.

Foram utilizados neste estudo os métodos dedutivo, sistemático, axiológico e teleológico. A pesquisa foi baseada em fontes doutrinárias, legislação, periódicos, sites de organizações não governamentais, tudo com a finalidade de demonstrar a necessidade da conciliação do foco intra-sistêmico com o inter-sistêmica do direito.

O impacto negativo do fenômeno social da corrupção no Brasil somente será satisfatoriamente superado à medida que todos os envolvidos no processo de construção da sociedade justa, livre e solidária cooperar na elaboração da solução. Os outros subsistemas, como por exemplo, a religião, a economia e a política têm um papel fundamental nessa evolução. Será o diálogo constante e honesto entre os sistemas que tornará possível a vitória de todos. O Direito tem a sua contribuição específica a oferecer, mas a corrupção não será vencida apenas com a letra fria da lei, mas com a renovação da mentalidade. E o sistema jurídico nacional ao colocar em vigência a lei anticorrupção indicou o rumo que a sociedade brasileira deve seguir.

1 UMA BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Niklas Luhmann nasceu no dia oito de dezembro de 1927 em Lüneburg, na Alemanha e faleceu no dia seis de novembro de 1998, com quase setenta e um anos de idade. Foi jurista, funcionário público, professor, palestrante e sociólogo¹. Destaca-se também que o professor Niklas Luhmann e o professor Raffaele De Giorgi são co-fundadores do Centro de Estudo do Risco, estabelecido na Universidade Salento, em 1990, com o objetivo de analisar e estudar o risco em sociedades complexas².

Com o surgimento da sociedade moderna, altamente complexa e contingente, Luhmann, em suas pesquisas, percebeu que a sociologia era incapaz de descrever a nova sociedade. O antigo repertório teórico da sociologia era totalmente incapaz de responder aos novos desafios. Foi o trabalho de Luhmann que possibilitou à sociologia as condições de descrever a sociedade contemporânea. Sem dúvida, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é “[...] uma das mais criativas e originais elaborações teóricas da sociologia” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 1).

Na perspectiva do antigo paradigma sociológico, em resumo, partia-se do pressuposto de que a sociedade era uma simples continuação das ações humanas. O elemento básico e fundamental da formação da sociedade era o ser humano concreto. Nessa perspectiva não existe sistema social “[...] sem o concurso das ações humanas, do mesmo modo que estas, por sua vez, somente poderiam ser realizadas pelos seres humanos no interior de sistemas sociais” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 2). Essa corrente de pensamento foi denominada

¹ Cf. LIMA, 2007, p. 187. “Estudou Sociologia na Universidade de Harvard/EUA (1960/1961), onde foi influenciado por Talcott Parsons – autor, também, de uma Teoria dos Sistemas sociais. Além dele, teve forte presença na sua formação o antropólogo Arnold Gehlen. O encontro deles ocorreu quando Luhmann dirigia um instituto de pesquisa do governo alemão Hochschule für Verwaltungswissenschaften em Speyer (1962/1965). Doutorou-se pela Universidade Münster (1962). Em 1969, começou a lecionar em Bielefeld, onde lhe foi conferido o título de Professor Emérito (1993). Por toda a sua vida, teve sempre um ideal: desenvolver uma grande teoria, a qual abrangesse a vasta gama de fenômenos sociais. Deste escopo, resultou a Teoria dos Sistemas, levando-o a se tornar um dos grandes sociólogos contemporâneos. Luhmann é autor de aproximadamente sessenta livros e quatrocentos artigos. Faleceu em 1998, aos 71 anos de idade”.

² Cf. UNIVERSITÀ DEL SALENTO. “Il Centro di Studi sul Rischio è stato costituito presso l'Università del Salento nel 1990 su un progetto elaborato dal Prof. Niklas LUHMANN dell'Università di Bielefeld (RFT) e dal Prof. Raffaele DE GIORGI dell'Università del Salento, che ne è l'attuale Direttore. Il Centro ha come finalità l'analisi e lo studio del rischio nelle società complesse”.

por Luhmann de tradição humanista. Diante de tudo isso, Luhmann propõe uma mudança de paradigma.

Paradigma significa “[...] um modelo ou padrão aceito” (KUHN, 2003, p. 43) pela comunidade científica. O paradigma orienta a ação e condiciona o pensamento do cientista. A ciência normal, aquela desenvolvida dentro dos limites do paradigma aceito, tem a tarefa de, metaforicamente falando, montar o quebra-cabeça. A “[...] pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma” (KUHN, 2003, p. 45). Contudo, há momento em que ocorre uma anomalia, isto é, aparece “[...] um fenômeno para o qual o paradigma não preparara o investigador” (KUHN, 2003, p. 84). Nesse momento do trabalho científico normal, apareceu uma peça que não faz sentido na montagem do quebra-cabeça e, nesse instante, tem-se, então, uma situação de crise.

Com certeza, “[...] a crise é um pré-requisito para a revolução” (KUHN, 2003, p. 126), mas a revolução é para aqueles que estão envolvidos com o paradigma, pois, para os observadores externos parece apenas com mais uma etapa. Todavia, “[...] embora o mundo não mude com uma mudança de paradigma, depois dela o cientista trabalha em um mundo diferente” (KUHN, 2003, p. 159).

A mudança de um paradigma para outro não acontece de maneira gradual. Ela ocorre por meio de um salto. É “[...] preciso ter fé na capacidade do novo paradigma para resolver os grandes problemas com que se defronta, sabendo apenas que o paradigma anterior fracassou em alguns deles” (KUHN, 2003, p. 201). A proposta de Luhmann é uma verdadeira mudança de paradigma para a ciência sociológica.

Luhmann separa o indivíduo da sociedade. A decisão teórica de separar o indivíduo da sociedade é revolucionária. O indivíduo é um sistema e a sociedade outro.

Os indivíduos são “[...] sistemas psíquicos, cuja reprodução autopoiética se baseia na consciência” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 3 – 4). A sociedade é formada pela comunicação e não por indivíduos. A consequência dessa decisão é uma ruptura entre ações humanas e a sociedade. A teoria dos sistemas luhmanniano exige assumir “premissas claramente revolucionárias no que tange à análise social” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 4 – 5). Antes era uma unidade, agora uma diferença.

De um lado, o sistema social tem como forma e elemento último da sua constituição autopoiética a comunicação, de outro lado, o sistema psíquico tem a consciência. Contudo,

ambos utilizam-se do sentido para se reproduzirem, diferentemente do sistema orgânico que se reproduz partir da vida. Todavia, o sistema social e o psíquico são:

Sistemas auto-referencias, inclusive por razões lógicas, eles serão ambiente um para o outro, ou seja, nem a comunicação é capaz de determinar o fluxo dos pensamentos de uma consciência, nem esta é capaz de estabelecer a comunicação que circula na sociedade a não ser por meio de irritações/perturbações (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 5).

À luz da teoria dos sistemas, a palavra sentido deve ser definida “como uma aquisição evolutiva que permite a criação seletiva dos sistemas psíquicos e sociais que, assim sendo, podem se tornar auto-referenciais, distinguindo-se do ambiente” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 7). Cumpre esclarecer que, para Luhmann, sentido, não deve estar vinculado a um sujeito, mas, ao contrário, sentido é uma operação seletiva do sistema que tem a função de reduzir a complexidade de um ambiente que é sempre mais complexa do que o sistema. Em síntese, “o sistema social constitui sentido a partir da comunicação, enquanto os sistemas psíquicos constituem sentido por meio da consciência” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 13).

Para Luhmann, sistema consiste na diferença existente entre sistema e ambiente. Por consequência, não há sistema sem ambiente e vice-versa. Para o sistema psíquico, a consciência é a unidade elementar da sua autopoiese, mas para o sistema social, a comunicação é a unidade elementar da sua autopoiese.

É importante salientar que a comunicação não se confunde com linguagem. No pensamento luhmanniano, comunicação deve ser definida como a síntese de três seleções: mensagem, informação e compreensão. Dessa forma, “a comunicação passa a ser concebida como a única operação que é genuinamente social, pois é somente ela que pressupõe a existência e interação de pelo menos dois sistemas psíquicos, isto é, de dois seres humanos” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 37). À vista disso, não é possível acontecer o processo de comunicação somente com uma pessoa. Ressalta-se que a comunicação não é uma relação intersubjetiva, uma vez que, para a teoria dos sistemas, os sistemas sociais não são formados pelos sistemas psíquicos, pelo contrário, os sistemas sociais se reproduzem pela comunicação.

Em resumo, a comunicação entendida como “unidade sintética de três operações seletivas (mensagem, informação e compreensão) é, ademais, fundamental à sustentação do pré-requisito da clausura operacional nos sistemas sociais” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p.

39) e também da sua abertura cognitiva. Para a teoria de Luhmann, o sistema pressupõe o ambiente e o contrário é também verdadeiro. Assim como o sistema não pode operar fora dos seus limites, também o ambiente não poder interferir diretamente no sistema, poderá “apenas irritá-lo de modo a criar eventuais ressonâncias. Assim, se por um lado não há uma separação absoluta entre sistema e ambiente, por outro, não há uma relação de causalidade direta entre essas duas instâncias” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 46).

A sociedade é um “sistema autopoietico que se baseia na comunicação e não em homens ou ações por ele executadas” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 46). Não se pode esquecer que a finalidade de Luhmann era superar as insuficiências da teoria da ação e da filosofia da consciência que eram “incapazes de fundamentar uma análise consistente da sociedade contemporânea, caracterizada, acima de tudo, por sua complexidade” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 48).

1.2 O DIREITO COMO SUBSISTEMA OU SISTEMA PARCIAL DA SOCIEDADE

A teoria dos sistemas “concebe a sociedade moderna como funcionalmente diferenciada, enfatizando que, nesta, cada subsistema desenvolve sua função específica que seria balizada por um código binário exclusivo” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 113).

À luz da teoria dos sistemas, pode-se conceituar Direito como sendo um subsistema comunicacional inserido no sistema social, com um código binário exclusivo e, logicamente, existente somente dentro da sociedade e nunca fora dela. A aceitação do pressuposto de que o Direito é um sistema comunicacional positivo implica concordar que ele é:

Fenômeno essencialmente mutável e, portanto, contingente, o que, ademais está em constância com as necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Trata-se de uma mudança estrutural a partir da qual a fonte primordial do direito passa a ser a lei estatuída por decisão, o que elimina a possibilidade de submissão da análise do direito à diferença diretriz mutável/imutável. Com isso, o direito positivo, outrora visto como arbitrário, quando comparado ao direito natural imutável, passa a ser encarado como contingente e mutável, porém dotado da faculdade de regular sua própria mudança, o que exclui a imputação de mera arbitrariedade (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 120).

O direito positivo é fruto da construção evolutiva solidificada pelas decisões que formam o sistema jurídico. O Direito moderno tem um caráter mutável e contingente e, enquanto subsistema funcional da sociedade, “precisa conciliar sua função de estabilização das expectativas normativas por meio da regulação e da generalização congruente nas dimensões temporal, social e material [...] com a autopoiese dos demais subsistemas funcionais” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 126).

O direito moderno se caracteriza pela sua positividade, ou seja, “é posto com base em decisões e pode ser continuamente transformado com base em decisões cuja produção é regulada por procedimentos de natureza jurídica, definidos, também estes pela própria transformabilidade” (CAMPILONGO, 2011, p. 179).

A positividade do direito vai além da lei escrita. Em outras palavras, “só quando o direito passa a ser regularmente posto e alterável por decisão é que se pode falar de positividade” (NEVES, 2008, p. 24). Assim, percebe-se que o direito moderno “é um sistema diferenciado da sociedade moderna, funcionalmente especificado, que estabiliza estruturas de expectativas e institucionaliza a possibilidade da sua própria transformação” (CAMPILONGO, 2011, p. 183).

À luz do pensamento luhmanniano pode-se dizer que o sistema social moderno “[...] é diferenciado em sistemas especificados segundo a função. Cada um dos sistemas satisfaz a própria função e não pode ser substituído por outro” (CAMPILONGO, 2011, p. 185). O direito, a política, a economia, a religião é exemplo de subsistemas ou sistemas parciais da sociedade moderna. Cada um desses sistemas parciais é operacionalmente fechado.

O fechamento de um sistema significa que, aos estímulos ou aos distúrbios que provenham do ambiente, o sistema só reage entrando em contato consigo mesmo, ativando operações internas acionadas a partir dos elementos que constituem o próprio sistema. Disso resulta a autorreferência e a autopoiese do sistema: o sistema produz e reproduz os elementos dos quais é constituído, mediante os elementos que o constituem. Os sistemas fechados são, porém, ao mesmo tempo, sistemas abertos, na medida em que a própria reprodução se dá em um ambiente sem qual o sistema não poderia nem existir, nem se autorreproduzir (CAMPILONGO, 2011, p. 185 – 186).

O sistema é uma operação que gera uma diferença entre ele e o ambiente. É forçoso constatar que a operação que produz o sistema é constituída pela clausura operacional e a

abertura cognitiva. Na realidade é a atividade constante da operação que gera as fronteiras e delimita o sistema e, dessa forma, o diferencia do ambiente. Consequentemente, a relação sistema/ambiente é de interdependência.

1.3 O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

O conceito de autopoiesis foi inspirado nas ciências biológicas. Luhmann, em conversa informal com seu amigo, o filósofo Maturana, descobriu que a palavra *poiesis* significa “algo que se produz de fora de si mesmo: faz-se isto ou aquilo, não para executar uma ação que tem sentido unicamente pelo fato de ser feita, mas porque se quer produzir algo” (LUHMANN, 2011, p. 121). Ao acrescentar o prefixo *auto* na palavra *poiesis*, formou-se a expressão *autopoiesis* que, em síntese, expressa a ideia de produzir a si mesmo. Convém lembrar que para plena compreensão desse conceito é necessário fazer a diferenciação com a noção de criação.

No conceito de *poiesis*, do fazer, do produzir, nunca está pressuposto o controle total do processo de produção. Pode-se controlar unicamente uma parte do âmbito da causalidade. Por exemplo, para cozinhar um ovo, necessita-se de utensílios, fósforos, que se ferva a água, mas não é preciso modificar a constituição do ar, nem a composição substancial do ovo. Portanto, no conceito de *autopoiesis*, não se trata de *creatio*, de uma invenção de todos os elementos, mas somente da produção de um contexto cujas condições elementares já estão colocadas (LUHMANN, 2011, p. 122).

O subsistema jurídico é um sistema autopoietico *sui generis*, uma vez que suas operações comunicativas são prescritivas. O fato é que a *autopoiesis* é a operação que diferencia o sistema do ambiente, portanto, “o sistema se delimita perante o ambiente por meio de operações recursivamente fechadas, a partir das quais é capaz de produzir seus componentes por meio da sua própria rede interna de componentes” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 140).

A clausura operativa do sistema jurídico e também de qualquer outro sistema autopoietico é o que torna possível a sua “reprodução a partir de um circuito auto-referencial que, embora pressuponha a existência do ambiente, não pode ser determinada diretamente por

ele. Sem clausura operacional não é sequer possível considerar um sistema como autopoietico” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 143).

Cumpra mencionar que a clausura operacional não significa isolamento, pois, além disso, o sistema autopoietico é também cognitivamente aberto. Segundo Luhmann, cognitivamente aberto significa apenas que o sistema produz informação relevante numa condição de referência externa e a informação que diz respeito às suas diferenças em relação ao seu ambiente³. Existe uma constante e real interação entre o sistema e o ambiente.

1.3.1 O fechamento operativo e a abertura cognitiva dos sistemas autopoieticos

A teoria luhmanniana propõe uma nova abordagem ao positivismo jurídico característico da sociedade moderna. De acordo com o raciocínio de Luhmann, pode-se dizer que o sistema é um contexto de fatos promulgados por operações. Nesse sentido, a distinção básica para fundamentar o estudo do positivismo não será encontrada na tipologia da norma ou do valor, mas na distinção entre sistema e ambiente.

O ponto de partida para entender a teoria dos sistemas de Luhmann é considerar a diferença entre o sistema e o ambiente, pois, mais do que uma unidade o sistema é uma diferenciação. O ponto central dessa teoria consiste em explicar a unidade da diferença, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado do ambiente. Trata-se de um paradoxo: “o sistema consegue produzir sua propria unidade, na medida em que realiza uma diferença” (LUHMANN, 2011, p. 101).

A questão que precisa ser respondida é a seguinte. Como o sistema, através de suas operações, se diferencia do ambiente? Em síntese, a resposta a essa questão é encontrada no fechamento operacional do sistema. É através do funcionamento operacional fechado que torna possível o surgimento do sistema. Dizendo de outro modo, a “[...] diferença entre sistema e meio, que possibilita a emergência do sistema é, por sua vez, a diferença mediante a qual o sistema já se concentra constituído” (LUHMANN, 2011, p. 101).

³ Cf. LUHMANN, 2004, p. 112. “Cognitively open, therefore, means only that the system produces relevant information in a condition of external reference, and the relates that information to its differences from its environment”.

O fechamento operativo é o fundamento da distinção entre sistema e ambiente. Cumpre mencionar um importante esclarecimento, isto é, sistema fechado não significa isolado, muito pelo contrário, a teoria do encerramento operativo ou da *autopoiesis*, ressalta a intensa relação causal entre o sistema e seu ambiente e, mais ainda, destaca que a interdependência causal é estruturalmente necessária para o sistema.

Dessa maneira, o fechamento operativo “[...] estabelece que a diferença sistema/meio só se realiza e é possível pelo sistema. Isso não exclui que um observador externo, situado no meio, possa observar o sistema” (LUHMANN, 2011, p. 102). Portanto, o sistema produz um tipo de operação exclusiva que é capaz de criar as suas próprias fronteiras, de forma que torna possível a observação do sistema. A consequência imediata do fechamento operativo é que o sistema depende de sua própria organização para existir. Em outras palavras, a sua própria rede de operações produz sua própria operação e reproduz a si mesmo.

É fundamental destacar que “o axioma do *encerramento operativo* leva aos dois pontos mais discutidos na atual Teoria dos Sistemas: a) auto-organização; b) *autopoiesis*” (LUHMANN, 2011, p. 112).

A auto-organização é a capacidade do sistema de produzir a sua própria estrutura mediante operações específicas, uma vez que o sistema operacionalmente fechado não pode ter estrutura preestabelecida. Na lógica da teoria dos sistemas, “o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas” (LUHMANN, 2011, p. 113). Diante disso, o sistema, seja o direito, a econômica, a religião, ou qualquer outro, não depende e não precisa de nenhuma condição exterior para existir.

Para Luhmann, a *autopoiesis* acontece na “[...] determinação do estado posterior do sistema a partir da limitação anterior à qual a operação chegou” (LUHMANN, 2011, p. 113). A autorreprodução do sistema só é possível se existir uma estrutura limitante, mas, de fato, a produção ou reprodução do sistema acontece por meio da *autopoiesis*. Dessa maneira, “para uma teoria que se baseia em operações, as estruturas só existem e produzem efeito no momento em que o sistema põe em funcionamento suas operações” (LUHMANN, 2011, p. 113). Se a teoria dos sistemas pressupõe que as operações são auto-produzidas, deve-se concluir que tudo o que está acontecendo está acontecendo no presente. E mais, tudo que está

acontecendo está acontecendo ao mesmo tempo⁴. Portanto, “as estruturas são somente relevantes no presente, e só podem ser usadas pelo sistema colocadas em operação” (LUHMANN, 2011, p. 113).

Somente pode-se falar em *autopoiesis* e fechamento operativo, se as operações que se reproduzem entre si – reproduz o sistema – e mostram certas características. Elas formam *unidades emergentes* que só podem acontecer através do encerramento operativo do sistema; e, como tal, obter uma redução *independente da complexidade* – tanto do ambiente do sistema como do próprio sistema⁵. O sistema social pode ser definido no seu ambiente como um sistema comunicacional e o sistema legal é um subsistema do sistema social, bem como, a economia, a política, a religião. Contudo, a sociedade é mais do que um simples ambiente do sistema legal, na medida em que os estados mentais e físicos dos seres humanos são considerados relevantes.

A abertura cognitiva do sistema autopoietico permite uma verdadeira interação com o ambiente do sistema. Aliás, “os sistemas dinâmicos buscam preservar a sua integridade e a sua ordem interna constantemente, em permanente interação com o ambiente: enviando e recebendo informação incessantemente” (CARVALHO, 2005, p. 44). A abertura cognitiva do sistema autopoietico permite uma verdadeira interação com o ambiente do sistema. Vê-se, pois que, o fechamento operacional não significa isolamento. Obviamente que, quanto mais o sistema jurídico for capaz de “adaptar-se ao ambiente e suas mudanças, mais capaz será de se preservar e cumprir a sua função de resolver conflitos e garantir expectativas” (CARVALHO, 2005, p. 45).

1.3.2 O código binário/programa do sistema autopoietico

Faz-se necessário destacar também que, além da clausura operacional e da abertura cognitiva, é preciso considerar outros dois aspectos fundamentais. O primeiro é saber qual a

⁴ Cf. LUHMANN, 2004, p. 82. “If one assume that operations are self-produced, it follows that everything that is happening is happening in the present. This also means that everything that is happening is happening at the same time”

⁵ Cf. LUHMANN, 2004, p. 88. “[...] we can talk of autopoiesis and operative closure only if the operations that reproduce each other - and in his way reproduce the system - show certain characteristics. They form emergent units that can come about only through the operative closure of system; and as such they achieve an independent reduction of complexity - both of the environment of the system and of the system itself”.

função específica do sistema, no caso em estudo, do Direito. O segundo é conhecer a codificação binária “que forneça um valor positivo (lícito) e um valor negativo (ilícito) à operações do sistema” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 144).

No contexto da teoria dos sistemas, o sistema social é constituído pela comunicação. Sendo assim, o “direito é um sistema comunicacional altamente complexo e especializado [...] Essa é a característica principal que diferencia o direito dos demais sistemas comunicacionais: o fato de emitir mensagens sempre na função prescritiva ou ordenadora de condutas” (CARVALHO 2005, p. 135). Eis a função específica do direito, prescrever ou ordenar condutas. Para dizer de outro modo, a função do direito é a estabilização contrafática de expectativas normativas. A propósito, o código e a função são conceitos complementares que facilitam a compreensão operacional dos sistemas autopoieticos. A estabilização contrafática de expectativas normativas significa mais do que “a simples regulação de conflitos [...] implica que o direito, de alguma forma, possa interferir, influenciar ou pelo menos irritar de modo regulatório os demais subsistemas sociais” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 151). Na perspectiva da teoria dos sistemas, a função do direito de estabilização das expectativas normativas vai muito mais longe do que o que se entende pelo conceito de resolução de conflitos⁶, uma vez que ele também cria conflitos.

As expressões complexidade e contingências são “[...] tentativas de captar os problemas da vida social” (LIMA, 2007, p. 38). Complexidade significa que “[...] sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45) e contingência pode ser entendida como “[...] o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, 1983, p. 45). Ao sistema jurídico caberá, portanto, não garantir certezas, mas criar condições adequadas para a boa convivência na sociedade moderna, marcada pela complexidade e contingência. Sempre haverá a possibilidade do desapontamento das expectativas. Na realidade é exatamente esse desapontamento que faz surgir o direito.

O sistema jurídico, enquanto autopoietico, cujo funcionamento é operativamente fechado e cognitivamente aberto, constrói a sua legitimidade justamente “a partir de sua codificação binária e de seus programas decisórios condicionais, implementar sua função de estabilizar expectativas normativas” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 172).

⁶ Cf. LUHMANN, 2004, p. 153. “[...] the function of law as the stabilization of normative expectations goes much further than what is understood by the concept of conflict resolution”.

O código binário do sistema, por exemplo, do sistema jurídico é lícito/ilícito. Os códigos são estruturas pré-condicionadas das quais todas as outras operações dependem e, quando radicalmente simplificadas, podem ser rastreadas até a bi-estabilidade. Eles podem assumir dois estados, por exemplo, lícito/ilícito (positivo/negativo, 1/0, ligado/desligado)⁷. O código binário exclui a terceira via. Ou é positivo (lícito) ou é negativo (ilícito). Nesse passo, não tem meio termo, ou melhor, não existe um código binário meio lícito ou meio ilícito.

Como se pode verificar, existe uma distinção entre código e programa na operação interna do sistema. O código somente existe quando é submetido a uma operação do sistema, que por sua vez realizará uma pesquisa e decidirá qual valor deverá ser aplicado, o positivo ou o negativo. O código não existe por si mesmo, visto que ele é resultado de uma operação do sistema que inevitavelmente deve atribuir um valor a essa operação⁸.

Os códigos são distinções que só podem tornar-se autopoieticamente eficaz como distinção com a ajuda de outra distinção, ou seja, a distinção entre codificação e programação. Os códigos são um lado da forma e, o outro lado, são os programas do sistema. A autoterminação autopoietica do sistema só acontece por causa da diferença entre codificação e programação⁹.

Na perspectiva da teoria dos sistemas, o direito “consiste num subsistema que, sendo operacionalmente fechado a partir de sua codificação binária e de seus respectivos programas condicionais, tem por objetivo a consecução de uma função social específica: a estabilização contrafática de expectativas normativas” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 153). A distinção entre código e programa é fundamental para equilibrar:

[...] a rigidez e invariabilidade que caracterizam os códigos binários dos subsistemas funcionais, mediante a introdução de programas que permitem

⁷ Cf. LUHMANN, p. 182. “[...] Codes are preconditioned structures which, when simplified radically, can be traced back to bi-stability. This refers do systems that can assume two state (positive/negative, 1/0 on/off etc) on which all further operations depend”.

⁸ Cf. LUHMANN, 2004, p. 192. “[...] It follows that codes cannot exist by themselves. If an operation is brought under a code and so subsumed to a system, the question inevitably arise of which of the two values has to be attributed. This means that a coded system produces the search for further aspects of coding”.

⁹ Cf. LUHMANN, 2004, p. 193. “[...] Codes are distinctions, which can only become autopoietically effective as distinctions with the help of a further distinction, namely the distinction between coding and programming. Codes are one side of the form and, on the other side, are the programmes of the system. [...] the autopoietic self-determination of the system comes about only because of the difference between coding and programming”.

estabelecer os critérios para a correta atribuição dos valores dos códigos. Nesse sentido, o programa complementa a codificação por meio do preenchimento de seu conteúdo, decidindo acerca da adjudicação dos valores que compõem o código, o que faz com que desempenhe uma função essencial no que se refere à possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois é ele que determina quais aspectos do sistema têm que processar cognições e em que ocasiões isso deve acontecer (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 146).

Convém pôr em relevo que são os programas que garantem a efetividade da abertura cognitiva do sistema e, por sua vez, a codificação binária torna possível a clausura operacional. Dessa maneira, o sistema por meio das próprias operações se diferencia do ambiente.

1.3.3 A função do direito como estabilizador de expectativas normativas

A teoria luhmanniana considera o direito como um subsistema ou sistema parcial do sistema social. Por isso, a função da lei será descoberta dentro da respectiva sociedade que a lei estiver inserida. A sociedade moderna é altamente complexa e contingente, visto que:

[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas (LUHMANN, 1983, p. 45).

A sociedade contemporânea é caracterizada por sua alta complexidade e contingência. Atualmente existe inúmeras possibilidades de ser e há muito mais mobilidade e flexibilidade na organização social. Onde há mais possibilidade de escolha há também maior dificuldade em escolher, uma vez que ter ou ser tudo ao mesmo tempo é impossível. Dessa forma, na prática, “[...] complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade assumir-se riscos” (LUHMANN, 1983, p. 46).

Ao analisar a função da norma, constata-se a existência de uma relação entre a lei e o tempo. A propósito, a lei busca antecipar, pelo menos no nível da expectativa, um futuro genuinamente incerto e ainda desconhecido. Por isso, à medida que a sociedade produz um futuro incerto, proporcionalmente deve ocorrer mudanças nas suas normas¹⁰. Assim, importa dizer que a função do direito como estabilizador das expectativas normativas vai muito mais longe do que se poderia entender com o conceito de resolução de conflitos¹¹. O Direito também cria conflitos e desapontamentos.

O Direito pode oferecer expectativas, mas “[...] não pode garantir certeza. As comunicações jurídicas (como, por exemplo, os contratos, portarias, decretos – quaisquer gêneros legislativos – e sentenças judiciais), só apimentam a já complexa sociedade” (LIMA, 2007, p. 39). Além disso, os “[...] meios de comunicação de massa podem transformar o direito em informação ou espetáculo. Mais isso não significa sobreposição, substituição ou indiferenciação de funções” (CAMPILONGO, 2011, p. 161). Tudo isso pode criar um confusão e falso entendimento da verdadeira função do direito. Na prática, pode até “[...] Formar-se uma ‘jurisprudência jornalística’ que desorienta, desinforma e apresenta o direito como instrumento para resolução de males que definitivamente não cabe ao sistema jurídico resolver” (CAMPILONGO, 2011, p. 161).

Nem sempre as expectativas se realizam, de modo que, o desapontamento ou as decepções ocorrem com mais frequência do que se gostaria, mas “o desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori* [...] Essa é a forma de pensar o surgimento do direito a partir de desapontamentos” (LUHMANN, 1983, p. 59). Enfim, “o direito se especializa na produção de um tipo particular de comunicação que procura garantir expectativas de comportamento assentadas em normas jurídicas” (CAMPILONGO, 2011, p. 160).

1.4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS

¹⁰ Cf. LUHMANN, 2004, p. 147. “[...] Law's relation to time lies rather in the function of norms, that is, in the attempt to anticipate, at least on the level of expectations, a still unknown, genuinely uncertain future. This is also why the extent to which society produces an uncertain future varies with its norms”.

¹¹ Cf. LUHMANN, 2004, p. 153. “[...] The function of law as the stabilization of normative expectations goes much further than what is understood by the concept of conflict resolution”

À luz do pensamento luhmanniano, pode-se dizer que, evidentemente, a evolução acontece somente se a diferença e a adaptação são preservadas na relação entre sistema e ambiente, pois, de outro modo, o objeto da evolução desapareceria¹². Luhmann faz a seguinte questão: Qual a característica do sistema que torna possível a evolução? A resposta será encontrada no conceito de sistema autopoietico¹³.

A complexidade é o tema fundamental para aprofundar a compreensão da teoria dos sistemas, visto que, o sistema constitui-se na diferença da diferença entre sistema e ambiente e, por sua vez, pode-se afirmar que o meio (ambiente) é “[...] dotado de complexidade bem maior do que o sistema, devendo ser assim estabelecida uma diferença de complexidade entre eles” (LUHMANN, 2011, p. 179). Ainda segundo Luhmann, o conceito de complexidade “[...] surge para indicar a relação entre sistema e meio, a ser efetuada mediante *redução de complexidade*” (LUHMANN, 2011, p. 190).

O sistema autopoietico é um “[...] sistema homeostático que produz a sua própria organização e cuja virtude essencial é conservar a identidade do sistema ao mesmo tempo em que o faz sofrer as transformações indispensáveis à sua sobrevivência” (CARVALHO, 2005, p. 122). O direito, como um sistema autopoietico, fechado operativamente e aberto cognitivamente, se diferencia do ambiente, mas essa diferenciação não exclui a capacidade de evolução.

Luhmann enfatiza a clausura organizacional do sistema e, ao mesmo tempo, ressalta ser essa clausura possível através de sua abertura cognitiva ao ambiente. O ambiente estimula a auto-produção dos elementos do sistema, o que por sua vez, possibilita a manutenção de sua identidade em relação ao ambiente. Clausura e abertura não são concepções contraditórias, mas complementares (CARVALHO, 2005, p. 128).

Vê-se, pois, que o sistema é capaz de “[...] auto-regular e se auto-produzir por si só (daí a clausura organizacional) a partir do estímulo do ambiente (abertura cognitiva), é necessário chegar a uma terceira propriedade dos sistemas complexos: a sua auto-referencialidade” (CARVALHO, 2005, p. 128).

¹² Cf. LUHMANN, 2004, p. 231. “[...] Evidently evolution happens only if both difference and adaptation are preserved in the relationship between system and environment, for otherwise the object of evolution would disappear”.

¹³ Cf. LUHMANN, 2004, p. 232. “[...] The question is thus: which features of a system make evolution possible? [...] The concept of the autopoietic system will be our guideline [...]”

A autoprodução do sistema autopiético é contínua. “A auto-produção, portanto, é um sistema circular infinito, no qual o sistema cria os elementos que participarão do processo de produção de novos elementos” (CARVALHO, 2005, p. 123).

O fechamento operativo do sistema autopiético significa autonomia sistêmica, completude. De fato, os sistemas autopiéticos “[...] não podem ser diretamente manipulados de fora; da mesma forma, a fonte de sua energia, de sua renovação e produzida por ele mesmo. Essa clausura determina a identidade do sistema em relação ao seu ambiente” (CARVALHO, 2005, p. 124). Por outro lado, é condição necessária para a existência do processo autopiético a abertura cognitiva ao ambiente, sem esse aspecto o sistema é estático, portanto, não existe autopoiesis. O direito é um sistema autopiético, pois é “[...] fechado operacionalmente, ou normativamente, e aberto cognitivamente, i e., aberto às mensagens do ambiente, o que é condição do seu processo autopiético” (CARVALHO, 2005, p. 130).

É forçoso concluir que “o direito é um sistema comunicacional altamente complexo e especializado” (CARVALHO, 2005, p. 135). Nesse sentido, pode dizer que o Direito é “[...] uma tecnologia que consiste em produção de mensagens imperativas, com o fim de motivar condutas intersubjetivas, em direção à consecução de valores consagrados pelo próprio direito” (CARVALHO, 2005, p. 130).

A sociedade, como um sistema comunicacional, é constituída por subsistemas, cada um desses subsistemas autopiéticos são dotados de um código binário e valorativo exclusivo que torna possível a interpretação das mensagens externas.

O código do sistema econômico é ter/não ter; do sistema político é poder/não poder; e do sistema jurídico é lícito/ilícito. Todas as mensagens recebidas do ambiente (e, portanto, de outros sistemas) são processadas e convertidas através desse código binário. Portanto, uma mensagem enviada do sistema econômico ao sistema jurídico será processada em lícito/ilícito. Ou uma mensagem jurídica será processada pelo sistema econômico em ter/não ter (CARVALHO, 2005, p. 131).

Dessa maneira, cada sistema parcial, com o seu código binário próprio, conserva a sua exclusividade e, por consequência, a sua autonomia (identidade). Por seu turno, todos estão inseridos no mesmo sistema social e, desse modo, são todos obrigados a manter uma constante relação de interdependência.

1.4.1 A justiça como fórmula para a contingência

A unidade do sistema jurídico é alcançada, em primeiro lugar, dentro do próprio sistema legal que através de suas sequências operativas reproduz o sistema autopoieticamente. As sequências dessas operações acontecem dentro do sistema e isso torna possível a distinção entre sistema e ambiente. Essa distinção é uma autorreferência instantânea, isto é, uma escolha do sistema feita em um instante, que se mostra em contraste com todo o resto¹⁴. A operação é um processo constante que cria os limites ou fronteiras do sistema como o ambiente. O fechamento operativo cria a autorreferência do sistema.

A unidade de um sistema que opera com codificação binária só pode ser descrita como existindo sob a forma de um paradoxo¹⁵. Tendo em vista, por exemplo, a unidade da codificação binária legal/ilegal, ela só poderá ser descrita ou entendida como paradoxo, ou seja, a distinção entre legal e ilegal é obviamente legal, pois, caso contrário, não haveria administração ordenada da justiça. Este paradoxo pode ser desdobrado e traduzido para outras distinções em diferentes maneiras. Pode acontecer, por exemplo, sob a forma de uma observação de segunda ordem, ou seja, a distinção do observador e seu aparelho de observar.¹⁶ A teoria dos sistemas deixa de lado “[...] a distinção *sujeito/objeto*, substituindo-a pela diferenciação entre operação e observação” (LUHMANN, 2011, p. 115). É fundamental notar que:

Quando falamos em observar, defrontamo-nos com uma primeira diferenciação: *observar/observador*. Observar é a operação, enquanto observador é um sistema que utiliza as operações de observação de maneira recursiva, como sequência para obter uma diferença em relação ao meio (LUHMANN, 2011, p. 115).

¹⁴ Cf. LUHMANN, 2004, p. 211. “[...] The unity of the legal system is given first of all within the legal system by the form of its operative sequences, which reproduce the system autopoietically. These operations can observe their affiliation with the system, that is, distinguish between system and environment. This distinguishing is an instantaneous self-reference, that is, a designations of the system in an instant, which designates itself in contrast to everything else”

¹⁵ Cf. LUHMANN, p. 182. “[...] The unity of a system operating a binary code can be described only as existing in the form of a paradox”.

¹⁶ Cf. LUHMANN, 2004, p. 212. “[...] The unity of the binary code, therefore, can only be understood as a paradox. This paradox can be unfolded, that is, translated into further distinctions in different ways. It can happen, for instance, in the form of a second-order observation, that is, by the distinction of a different observer and his/its apparatus for observing”.

Verifica-se que, observar não é atividade de um sujeito, indivíduo ou pessoa, mas uma operação do sistema. Por sua vez, o observador é o próprio sistema. Em outras palavras, Luhmann explica que observar e observador referem-se “[...] a operações, em dois sentidos: para que o observador possa observar as operações, ele próprio tem de ser uma operação. O observador está, assim, dentro do mundo que ele busca observar ou descrever” (LUHMANN, 2011, p. 154).

De outro modo, pode-se dizer que o observador, o sistema, observa a operação e, em contrapartida, o próprio observador, o sistema, é uma operação. Desse modo, a diferenciação é sempre entre operação e observação. Em síntese, o observador (sistema) está dentro do mundo que ele observa.

Se existe a pretensão de garantir uma continuidade da observação, então, é necessário que:

O observador tem de ser um sistema estruturado, que se diferencia (a si mesmo) do meio. O sistema necessita de um limite através do qual possa observar algo, sendo que toda observação pressupõe a instituição das diferenças internas correspondentes (um sistema não diferenciado não pode observar a si mesmo). Isso significa também que o observador sempre tem de ser um sistema único, já que nenhum outro sistema pode diferenciá-lo daquilo que imediatamente será o seu meio, e nenhum outro sistema pode traçar da mesma forma o limite divisório entre ele mesmo e o meio (LUHMANN, 2011, p. 157).

Por exemplo, o sistema jurídico (o observador) é um subsistema do sistema social devidamente estruturado, visto que, tem um código binário próprio (legal/ilegal), que o diferencia do meio e também dos outros subsistemas, ou seja, do sistema político (governo/oposição), do sistema econômico (ter/não ter). O sistema pode observar a si mesmo e também outros sistemas.

A observação de segunda ordem consiste numa observação que se realiza sobre um observador. Luhmann explica que a observação de segunda ordem “[...] consiste em delimitar que não se observa a pessoa enquanto tal, mas somente a forma pela qual ela observa. *Observação de segunda ordem* significa focalizar, para observá-las, as distinções empregadas por um observador” (LUHMANN, 2011, p. 168). O sistema jurídico só observa o aspecto

jurídico e, por exemplo, o sistema econômico só observa o aspecto econômico. O sistema vê a realidade com seus óculos próprio. Cada sistema tem sua própria operação.

Essa observação de segunda ordem “[...] não constitui o emprego de uma lógica formal abstrata, mas a tentativa de observar aquilo que o observador não pode ver, devido a sua localização” (LUHMANN, 2011, p. 168). A observação de segunda ordem fixa-se, portanto, no ponto cego do observador e, por consequência, proporciona assim um ganho de poder para o observador. Dessa maneira, é possível afirmar que o mundo ou a realidade é vista ou compreendida sempre a partir de um ponto de vista, por isso, abre-se um novo horizonte no sentido de o mundo poder “[...] ser reconstruído, então, sob a modalidade da contingência e de outras possibilidades de ser observado” (LUHMANN, 2011, p. 169).

Ainda segundo Luhmann, a observação de segunda ordem é:

Uma observação de primeira ordem especializada no ganho de complexidade. Esse aumento de complexidade se efetua na medida em que se renuncia à confirmação final de validade e das garantias ontológicas, e na medida em que já não se pode apelar para as formas essenciais dos conteúdos do mundo (LUHMANN, 2011, p. 169 – 170).

Nesse sentido, pode-se afirmar que toda observação do mundo é constituída de maneira contingente, precária, provisória, pois, o conhecimento da realidade depende de um observador, de um sistema. Segundo Luhmann, “[...] O conceito de contingência do mundo designa, portanto, o que é dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) a luz de um possível estado diferente; designa os objetos em um horizonte de mudanças possíveis” (LUHMANN, 2011, p. 169).

Segundo Luhmann, justiça é autorreferência sob a forma de observação, mas não na forma de uma operação; não no nível do código, mas no nível de programas; não sob a forma do valor teórico, mas sob a forma de norma (desapontamento)¹⁷.

A ideia de justiça, segundo Luhmann, pode ser entendida como uma fórmula de contingência do sistema legal¹⁸. Recordar-se que contingência “[...] significa perigo de

¹⁷ Cf. LUHMANN, 2004, p. 214. “[...] Justice is self-reference in the form of observation, but not in the form of an operations; not on the level of the code, but on the level of programmes; not in the form of theory, but in the form of a (disappointment-ridden) norm”.

desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (LUHMANN, 1983, p. 46). Cumpre mencionar que a justiça, entendida como fórmula para contingência, é um esquema para a busca de razões ou valores que podem se tornar legalmente válido apenas na forma de programas¹⁹. Além disso, justiça, como fórmula de contingência, em sua forma mais geral, tem sido, tradicionalmente e, ainda hoje, identificada com a igualdade²⁰. Evidentemente que se trata da igualdade material. Constata-se que não se trata de uma justiça abstrata, formalmente igual para todos em todos os tempos e lugares, mas de uma busca constante do sistema para harmonizar, por meio da abertura cognitiva e dos seus programas, o seu código binário, no sentido de alcançar a justiça/igualdade no caso concreto.

Por fim, a justiça só pode significar uma *complexidade adequada* de tomada de decisões consistentes. O que é adequado resulta da relação entre o sistema jurídico e o social. Isso também tem sido chamado de “capacidade de resposta” do sistema legal²¹. Constata-se que na sociedade moderna há um aumento da legislação, por exemplo, novos diplomas legais, estatutos, o que torna possíveis decisões mais adequadas com a justiça ou igualdade material.

De acordo com o pensamento luhmanniano, o direito está exposto a uma observação de segunda ordem, a fim de ser capaz de decidir de forma diferente nos contextos de liberdade/limitação ou igualdade/desigualdade. Essa mesma lógica se aplica, de modo geral, a toda sociedade moderna, como uma forma generalizada da sua operação autodeterminante. Em uma estreita comparação, o sistema e a sociedade, deslocaram-se para um modelo de observação de segunda ordem.²²

Nota-se que em situações artificiais desafiadoras é necessário observar os observadores. Presumivelmente isso é verdade para todos os sistemas em funcionamento. Essa afirmação também se aplica ao que se pode ser chamado de discurso intelectual da

¹⁸ Cf. LUHMANN, 2004, p. 214. “[...] idea of justice can be understood as a formula for contingency of the legal system”.

¹⁹ Cf. LUHMANN, 2004, p. 218. “[...] The formula for contingency is a scheme for the search for reasons or values, which can become legally valid only in the form of programmes”.

²⁰ Cf. LUHMANN, 2004, p. 217. “[...] Justice as a formula for contingency in its most general form has traditionally, and still today, has been identified with equality”.

²¹ Cf. LUHMANN, 2004, p. 219. “[...] justice can only mean an adequate complexity of consistent decision-making. What is adequate follows from the relationship between the legal system and the social system. This has also been called the 'responsiveness' of the legal system”.

²² Cf. LUHMANN, 2004, p. 227. “[...] law exposes itself to a second-order observation, in order to be able to decide differently in the contexts of freedom/limitation, or equality/inequality. The same applies to modern society in general as a pervasive form of its operative self-determination. In a strict parallel to the differentiation of functioning systems as a prevailing form of differentiation, society has shifted to a model of second-order observation”.

modernidade e também ao sistema legal²³. É pertinente que se deixe claro que para alcançar o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária é insubstituível a atitude intelectual de observar os observadores. A operação específica de cada subsistema deverá ser averiguada constantemente.

1.5 DO AMBIENTE DO SISTEMA: A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A instabilidade e a fragilidade das relações e das coisas são características que marcam a sociedade contemporânea. Resumidamente, na sociedade atual, as relações são efêmeras, descartáveis e velozes. Vale frisar, metaforicamente dizendo, a vida na sociedade contemporânea é uma vida líquida, uma “[...] vida precária, vivida em condições de incerteza constante” (BAUMAN, 2009, p. 8).

De outro ponto de vista, na sociedade hodierna existe uma “inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro, as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários” (MORIN, 2000, p. 36). Por isso, a educação do futuro, para produzir conhecimento pertinente, terá que enfrentar e encontrar uma resposta para a seguinte questão: “Como perceber e conceber o Contexto, o Global (a relação todo/parte), o Multidimensional, o Complexo?” (MORIN, 2000, p. 36).

O conhecimento das informações ou dos dados deve ser situado em seu contexto. Informação fora do seu contexto não tem sentido completo e, pior, a interpretação será distorcida. O excesso de informações descontextualizadas gera confusão.

No processo de elaboração do conhecimento pertinente é fundamental considerar o aspecto global. Este é mais do que o contextual, “é o conjunto das diversas partes ligadas a ele de modo inter-retroativo ou organizacional” (MORIN, 2000, p. 37).

Além disso, o caráter multidimensional da realidade é relevante na construção do conhecimento pertinente. Por exemplo, o ser humano é “ao mesmo tempo biológico, psíquico,

²³ Cf. LUHMANN, 2004, p. 227. “[...] artificial situations, one must observe the observers. Presumably this is true for all functioning systems. It also applies to what can be called the intellectual discourse of modernity. And it applies to the legal system too”.

social, afetivo e racional. A sociedade comporta as dimensões histórica, econômica, sociológica, religiosa” (MORIN, 2000, p. 38). Por fim, a dimensão constitutiva da realidade é marcada pela complexidade.

Complexus significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade. Os desenvolvimentos próprios a nossa era planetária nos confrontam cada vez mais e de maneira cada vez mais inelutável com os desafios da complexidade (MORIN, 2000, p. 38).

A complexidade e a contingência gera outra característica relevante da contemporaneidade, a perda das certezas. Assim sendo, o desafio imposto ao direito é exatamente em “[...] observar e tomar decisões em um presente que, mesmo incerto e complexo, exige o controle dos riscos e a construção do futuro” (CARVALHO, 2013, p. 23).

A sociedade contemporânea, pós-industrial, é profundamente marcada pelo risco abstrato, invisível, irreparável e globalizante. Por outro lado, na sociedade industrial, predominava o risco concreto, visível, localizável e possivelmente reparável. Hoje a reflexividade dos “[...] riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com ele. Eles contêm um efeito *bumerangue*, que implode o esquema de classes” (BECK, 2010, p. 27).

No ambiente da sociedade pós-moderna, Niklas Luhmann desenvolveu um repertório teórico capaz de descrever essa sociedade. O antigo paradigma sociológico baseado na teoria da ação e na filosofia da consciência (a sociedade é formada pelas ações humanas) tornou-se insuficiente. A teoria dos sistemas é capaz de descrever a sociedade moderna, altamente complexa e contingente, repleta de paradoxos e contradições.

A sociedade contemporânea é “pautada pela fugacidade e efemeridade engendradas por uma condição de constante mutabilidade, cujo ritmo também se torna cada vez mais acelerado” (VILLAS BÔAS FILHO, p. 56 – 57). Diante disso, é imprescindível desenvolver uma teoria da sociedade que seja capaz de responder com efetividade à complexidade e contingência da sociedade contemporânea.

O fato é que o conceito de modernidade, enquanto objeto da análise sociológica, possui muitos significados. Resumidamente, pode-se apontar “[...] a existência de três grandes matrizes de descrição da modernidade, a saber: a) matriz da diferenciação social; b) matriz da racionalização; c) matriz da condição moderna” (VILLAS BÔAS FILHO, p. 55). Observa-se que Luhmann identificou-se com a primeira matriz.

A teoria dos sistemas define a sociedade como “sistema autopoietico que tem por elemento básico a comunicação, e os indivíduos são sistemas autopoieticos que têm por elemento básico a consciência, em virtude disso, exteriores reciprocamente” (VILLAS BÔAS FILHO, p. 90). É importante salientar que ao separar o elemento constitutivo da sociedade como sendo a comunicação e não mais os indivíduos, Luhmann inaugurou um novo paradigma para a ciência sociológica e, evidentemente, propôs uma nova imagem de sociedade.

A sociedade passa a ser concebida como um tipo de sistema auto-referencial autopoietico, diferenciado do ambiente e operacionalmente fechado, que compreende internamente todas as comunicações, donde decorre sua fragmentação em distintos subsistemas (ou sistemas parciais) funcionais que produzem comunicações submetidas a condições mais restritivas, balizadas pelos códigos binários específicos de cada subsistema. O direito, tal como a política, a economia, o sistema educacional, a religião, a arte etc., representaria um desses subsistemas que, por razões lógicas, não podem pretender ter qualquer ingerência direta uns sobre os outros (VILLAS BÔAS FILHO, p. 55).

A sociedade contemporânea é fundamentalmente complexa e contingente. Ela é caracterizada pela diferenciação funcional, uma vez que é constituída por subsistemas ou sistemas parciais. A sociedade moderna é “acêntrica e fragmentada em vários subsistemas autopoieticos funcionais, nos quais não haveria espaço para a primazia de um subsistema sobre os demais” (VILLAS BÔAS FILHO, p. 101).

A complexidade e a contingência do ambiente interagem a todo instante com o sistema. Contudo, essa inter-relação não obedece a lógica do princípio da causalidade. Na verdade, a irritação, provocada pela complexidade e contingência do ambiente é respondida por uma mudança de estrutura do sistema ou subsistema que, a partir da própria rede de operação, recursivamente fechada e cognitivamente aberta, responde ao ruído. Essas adaptações do sistema ou subsistema à complexidade e contingência do ambiente, através da

mudança de estrutura, expressa o próprio processo evolutivo do sistema ou subsistema que ocorre por meio dos mecanismos de variação, seleção e reestabilização.

Complexidade significa que “[...] sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45). Ela é o critério definidor da sociedade moderna, ou seja, “*complexidade*, entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas” (NEVES, 2008, p. 15). A complexidade gera incertezas e exige decisão. O outro lado da complexidade é a contingência. Entende-se por contingência “[...] o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, 1983, p. 45).

Ocorre que “[...] a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro lado, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional” (NEVES, 2008, p. 16). Na prática, a “[...] complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (LUHMANN, 1983, 46). Em síntese, “a diferenciação sistêmico-funcional é concebida como característica distintiva da sociedade moderna” (NEVES, 2008, p. 17).

1.5.1 A globalização como novo paradigma

Muitas faculdades de Direito ainda continuam “[...] imperturbavelmente a formar, ou quem sabe, deformar os estudantes, na idéia de que o direito é a emanção de um poder soberano único, absoluto, inteiro, exclusivo: o Estado” (ARNAUD, 1999, p. 3). É inquestionável que com a globalização o modo de ser do Direito e do Estado transformou-se irremediavelmente. O Estado já não é tão soberano como era e o Direito pátrio não tem a última palavra sobre as relações sociais.

A globalização, para os juristas, alcançou o patamar de novo paradigma²⁴. Portanto, a partir dela é possível encontrar “[...] uma nova maneira de colocar problemas considerados sem solução e até mesmo de superar a crise permanente na qual o Direito se encontra mergulhado” (ARNAUD, 1999, p. 3).

²⁴ Cf. KUHN, 2003, p. 43. “[...] um paradigma é um modelo ou padrão aceito”.

No cenário da globalização, a soberania do Estado-Nação sofreu uma forte flexibilização. A verdade é que as fronteiras nacionais foram definitivamente rompidas. A rede mundial de computadores oferece às pessoas as possibilidades de se conectarem umas com as outras em qualquer ponto do globo, desde que tenha acesso a internet. Um efeito desse fenômeno é o crescimento significativo do comércio eletrônico mundial. Ocorre que nenhum tudo é positivo, uma vez que, esse instrumento pode e é usado para práticas criminosas que exigem respostas. O mundo virtual precisa ser regulamentado e ainda “[...] não existe nenhum meio eficaz e útil, pelo menos até hoje, de controle daquilo que é intercambiado pela Rede, pode se imaginar a sua utilização por traficantes – e infelizmente isso não é apenas uma hipótese ou ficção” (ARNAUD, 1999, p. 10).

Para ser devidamente compreendido o fenômeno da globalização é necessário considerar certo número de condições. A primeira delas é a ocorrência de uma mudança no modelo de produção, houve um “[...] deslocamento da atividade econômica, que facilita as transferências de uma parte das operações de trabalho de um país para outro, contribuindo para a emergência de uma nova divisão do trabalho” (ARNAUD, 1999, p. 13). A consequência é um forte flexibilização do direito do trabalhador. Além disso, desenvolveu-se fortemente o mercado de capitais fora das fronteiras dos Estados-Nações ou, em outras palavras, existe um fluxo livre de investimento internacional que desconsidera qualquer tipo de fronteira.

A nova divisão do trabalho e o mercado internacional de capitais permitiram às empresas multinacionais crescerem rapidamente e, na mesma proporção, o seu poder de transação e de barganha foi reforçado pela econômica que se tornou planetária. Nesse contexto, torna-se cada vez mais importante os acordos comerciais entre as nações no sentido de formarem blocos econômicos.

As lideranças políticas representantes do Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS), discutiram a possibilidade da criação de um “Novo Banco de Desenvolvimento, idealizado para ser uma alternativa ao Banco Mundial e o Arranjo contingente de Reservas, espécie de ‘FMI do B’, o Brics querem mostrar que tem algo concreto que os une” (MELLO, 2014).

Ainda para compreender a era da globalização é indispensável considerar o fato de que o poder econômico global, formado pelos Estados mais ricos do globo, prescrevem aos Estados-Nações mais pobres a implementação dos mecanismos de regulamentação do

mercado em detrimento dos direitos sociais conquistados nacionalmente. O sistema capitalista global exige a reestruturação do Estado-Nação que, em síntese, consiste na privatização dos serviços públicos e na redução do papel do Estado. Aliás, as “próprias estruturas jurídicas são afetadas e adaptadas à interação econômica” (ARNAUD, 1999, p. 14).

Os conceitos neoliberais estão espalhados por todos os lugares e os meios de comunicação de massa repetem incansavelmente, as ideias de “mercado privatizado, livre mercado internacional, desregulação, desengajamento do Estado” (ARNAUD, 1999, p. 14). De mais a mais, constata-se também um discurso e uma “[...] tendência generalizada em todo o mundo à democratização, à proteção dos direitos humanos, a um renovado interesse pelo Estado de direito” (ARNAUD, 1999, p. 14).

Diante disso, é fácil perceber que o paradigma econômico neoliberal se impõe quase sem nenhuma dificuldade no cenário globalizado. Por outro lado, embora o Estado-Nação esteja enfraquecido e passa por uma série de dificuldades, ele “continua a ser um ponto de referência obrigatório” (ARNAUD, 1999, p. 15) na resolução dos novos desafios propostos pela globalização.

A situação contemporânea exige o equilíbrio entre o global e o local. Deve-se considerar os “[...] processos locais, às identidades locais sem o estudo das quais o processo global seria mal entendido; que ele opera em dialética permanente como ‘local’ – da a expressão recentemente cunhada: de “glocalização” (ARNAUD, 1999, p. 17).

A expressão glocalização é a síntese de dois espaços, o “espaço de fluxo”, o global, e o “espaço de lugares”, o local. A interação desses dois espaços é mais complexa do que se pode imaginar. Cumpre mencionar que os problemas “[...] mais agudos e ameaçadores que assombram nossos contemporâneos são, em geral, globalmente produzidos por forças extraterritoriais, localizadas no ‘espaço de fluxos’, que fica muito além do alcance de instrumentos político de controle” (BAUMANN, 2016, p. 149). Um dos problemas locais causado por conflitos globais, especialmente na África, Ásia e Oriente Médio é o aumento do número da população de refugiados, que em 2014 chegou a mais de 59,5 milhões de pessoas, sendo que mais da metade é constituído de menores de idade (PENA, 2016). Segundo o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), até abril de 2016, o Brasil possui 8.863 refugiados reconhecidos de “[...] 79 nacionalidades distintas (28,2% deles são mulheres – incluindo refugiados reassentados. Os principais grupos são compostos por nacionais da Síria

(2.298), Angola (1.420), Colômbia (1.100), República Democrática do Congo (968) e Palestina (376)” (ACNUR, 2016).

O paradigma capitalista neoliberal tem como objetivo ou valor primordial ganhar o maior lucro possível nos negócios ou na transação econômico-financeira, especialmente nas operações transnacionais. Por esse ângulo, a grande corporação “[...] não se preocupa mais em respeitar a lei pelo único motivo de que é preciso obedecer; ela raciocina fazendo cálculos para saber quais serão os custos com que ela terá de arcar” (ARNAUD, 1999, p. 22) com a desobediência, dado que, se o custo for elevado, então, realizará uma articulação política no sentido de pressionar o Estado-Nação para mudar os dispositivos legais que regulamenta aquela situação que proporciona pouco lucro.

Para exemplificar a força das grandes corporações é suficiente recordar o que aconteceu no Reino Unido. O “[...] Royal Bank of Scotland recebeu um resgate (*bailout*) de 45 bilhões de libras de dinheiro público – mais da metade do pacote de austeridade do governo, de 81 bilhões – e nem por isso deixa de se premiar com bônus astronômicos” (PENNY, 2014, p. 10). Vê-se, pois, que é preferível manter os altos lucros dos grandes bancos, mesmo que para isso seja necessário privar milhões de pessoas dos seus direitos básicos.

É imprescindível que o capital internacional e o Estado-Nação se reconciliem para garantir a efetividade dos direitos humanos. É de se perceber que, teoricamente, é fácil defender a tese de que o sistema capitalista e a democracia sejam o que há de melhor para todos. Mas, a realidade é bem mais complexa do que se pode imaginar à primeira vista. Nesses tempos de crise, a compatibilidade entre o capitalismo e a democracia retorna com uma questão ainda não respondida (MONEDERO, 2012, p. 1).

Na prática, a financeirização da economia, a desregulamentação econômica e a capacidade de pressão das grandes empresas limitam a capacidade de gestão do Estado-Nação. O livre fluxo de capital internacional permite que a riqueza seja facilmente transferida dos países mais pobres para os mais ricos sem quase nenhum controle. Mesmo que o nosso desejo fosse pelo “[...] fim da financeirização, do domínio do dólar e do capital internacionalizado é muito mais complexo e difícil, devido ao poder econômico, político e militar constituído e expandido por todo o mundo ao longo do século passado, pelos EUA” (NAKATANI, 2014, p. 1).

O fenômeno da globalização tornou-se um fator imprescindível a ser considerado na pesquisa de qualquer assunto jurídico que visa contribuir com o aperfeiçoamento e aplicação pertinente dos institutos jurídicos na sociedade contemporânea. O evento da globalização gerou uma revolução. A transformação que se apresenta é totalmente sem precedentes na história humana, “[...] o próprio direito está também implicado diretamente pelo processo de globalização” (ARNAUD, 1999, p. 3), e mais, “[...] a globalização adquiriu hoje em dia um valor de paradigma” (ARNAUD, 1999, p. 3) e, por consequência, “[...] os juristas podem encontrar no paradigma da globalização uma nova maneira de colocar problemas considerados sem solução, e até mesmo de superar a crise permanente na qual o Direito se encontra mergulhado” (ARNAUD, 1999, p. 3).

Paradigma, “[...] é um modelo ou padrão aceito” (KUHN, 2003, p. 43) pela comunidade científica. Uma vez aceito ele orienta a ação e condiciona o pensamento do cientista. Edgar Morin define paradigma como “promoção/seleção dos conceitos-mestre da inteligibilidade” (MORIN, 2000, p. 24).

O paradigma efetua a seleção e a determinação da conceptualização e das operações lógicas. Designa as categorias fundamentais da inteligibilidade e opera o controle de seu emprego. Assim os indivíduos conhecem, pensam e agem segundo paradigmas inscritos culturalmente neles (MORIN, 2000, p. 25).

Assim, o paradigma “instaura relações primordiais que constituem axiomas, determina conceitos comanda discurso e/ou teorias. Organiza a organização deles e gera a geração ou regeneração” (MORIN, 2000, p. 26). Dessa maneira, um paradigma pode “ao mesmo tempo elucidar e cegar, revelar e ocultar” (MORIN, 2000, p. 27).

A ciência normal, aquela desenvolvida dentro das fronteiras do paradigma aceito, oferece uma tarefa, metaforicamente falando, de montar quebra-cabeça. O conhecimento ou a “[...] pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma” (KUHN, 2003, p. 45).

Pode acontecer que apareça “[...] um fenômeno para o qual o paradigma não preparara o investigador” (KUHN, 2003, p. 84). Nesse caso, a rotina do trabalho científico foi interrompida, em razão do surgimento, simbolicamente falando, de uma peça que não se

encaixa no quebra-cabeça. Nesse instante, tem-se, então, a instauração de uma situação de crise.

Sem dúvida, “[...] a crise é um pré-requisito para a revolução” (KUHN, 2003, p. 126), mas a revolução é para aqueles que estão envolvidos com o paradigma, pois, para os observadores externos parece apenas como mais uma etapa. Todavia, “[...] embora o mundo não mude com mudança de paradigma, depois dela o cientista trabalha em um mundo diferente” (KUHN, 2003, p. 159).

A transição de um paradigma para outro não se dá progressivamente. Pelo contrário, acontece por meio de um salto. É sempre inquietante a mudança de paradigma, já que é “[...] precisa ter fé na capacidade do novo paradigma para resolver os grandes problemas com que se defronta, sabendo apenas que o paradigma anterior fracassou em alguns deles” (KUHN, 2003, p. 201).

Anthony Giddens entende que a globalização é um fenômeno que não se limita apenas ao aspecto econômico, aliás, a globalização é “política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica. Foi influenciada acima de tudo por desenvolvimentos nos sistemas de comunicação que remontam apenas ao final da década de 1960” (GIDDENS, 2005, p. 21).

1.5.2 A causa fundamental da crise do Estado-Nação moderno é o divórcio entre a política e o poder

A palavra crise tornou-se polivalente, em razão de seu conteúdo indefinido. Quer dizer, para causas inexplicáveis ou para situações difíceis, denomina-se indiscriminadamente crise. Qualquer fato “[...] adverso, em especial os concernentes ao setor econômico, é ‘culpa da crise’. Trata-se de uma atribuição de responsabilidade absolutamente despersonalizada, a qual liberta indivíduos de todo e qualquer envolvimento e faz alusão a uma entidade abstrata” (BAUMANN, 2016, p. 9). Isso é preocupante, uma vez que, os acontecimentos, inclusive os relativos à economia são frutos de decisões. Sendo assim, são atos ou omissões de pessoas físicas ou jurídicas dotadas de liberdade e, por isso, são plenamente capazes de ser responsabilizadas. Em vista disso, simplesmente culpar a crise é despersonalizar a responsabilidade e permitir a impunidade ou a irresponsabilização das pessoas, físicas ou jurídicas.

A pesar de ser muito divulgado que no idioma chinês a palavra crise (*weiji*) é composta por outras duas, sendo uma negativa (*perigo-wei*) e outra é positiva (*oportunidade-ji*), existe entendimento que esta explicação é de viés motivacional, visto que, o significado literal da palavra chinesa crise-*weiji*, de acordo com os acadêmicos de mandarim, significa “[...] ‘momento crucial’. Ou seja, ‘momento crucial de perigo’ – e não ‘perigo e oportunidade’” (RODRIGUES, 2013).

De qualquer forma, em sentido próprio, crise, “[...] expressa algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura. Indica separação, com certeza, mas também escolha, decisões e, por conseguinte, a oportunidade de expressar uma opinião” (BAUMANN, 2016, p. 11).

É verdade que a crise econômica atual é muito diferente da pior crise que já existiu na modernidade, “[...] aquela de 1929, que causou o colapso da bolsa e provocou uma série de suicídios, foi habilmente resolvida mediante a aplicação das teorias de Keynes” (BAUMANN, 2016, p. 10). Naquela época o Estado tinha condições de responder positivamente à crise, como por exemplo, incentivando a economia com a construção de grandes obras públicas.

A destruição das torres gêmeas do *World Trade Center* simbolizou o início do colapso do sistema financeiro especulativo norte-americano baseado em títulos podres. No ambiente globalizado, o que acontece num Estado-Nação tem consequências quase imediatas em outros, tanto que “uma queda da Bolsa de Tóquio tem repercussões imediatas em Londres ou Milão” (BAUMANN, 2016, p. 12). Na nova economia, o fluxo de capital internacional especulativo é enorme, “Daí a bolha especulativa com títulos podres, que começou na América do Sul e é responsável pelo mais sério colapso de todos os tempos do sistema bancário, infiltrando-se na Europa e desencadeando a presente crise, para a qual não conseguimos ver uma saída” (BAUMANN, 2016, p. 12).

Conforme o paradigma econômico capitalista neoliberal, em tempos de crise, as empresas privadas “[...] não têm interesse em investir capital em países que estejam passando por dificuldades sérias, em parte por causa do arrocho no crédito bancário, mas especialmente em função de retornos econômicos inconsistentes, resultantes da redução do consumo” (BAUMANN, 2016, p. 12). O Estado, por sua vez, não tem condições de estimular a econômica. Além disso, pode-se acrescentar ainda as adversidades endêmicas própria da atualidade, como por exemplo, a “poluição, barulho, corrupção e, acima de tudo, medo. O

sentimento mais velho do mundo, que nos acompanha ao longo de uma realidade marcada pela insegurança” (BAUMANN, 2016, p. 15).

Cumprir mencionar que “[...] as vítimas do colapso da bolsa no final dos anos 1920 tinham poucas dúvidas quanto a onde procurar resgate: no Estado, claro; num Estado *forte*, forte a ponto de ser capaz de *forçar* as circunstâncias gerais a coincidirem com sua vontade” (BAUMANN, 2016, p. 16 - 17). Contudo, hoje, ninguém sabe onde encontrar um porto seguro, pois, o Estado, está definitivamente fragilizado. Os recursos próprios do Estado que o tornava capaz de cumprir a sua tarefa de orientar a sociedade, atualmente, é quase insignificante. A gravidade da situação contemporânea está precisamente no divórcio entre o poder e a política. Entende-se poder como sendo “a capacidade de levar coisas a cabo, e a política, isto é, a habilidade de decidir como as coisas devem ser feitas” (BAUMANN, 2016, p. 17). O nó da questão é que o Estado-Nação não é mais capaz de manter a harmonia da relação poder/política, em razão da prevalência do poder, especialmente do poder econômico sobre a política, ou seja, sobre o Estado-Nação.

Claro está, portanto, que o Estado-Nação perdeu a capacidade de unir o poder e a política nas suas ações. Tendo em vista que poder é a capacidade de concretizar as decisões e a política é a “[...] a habilidade de decidir que coisas devem ser levadas a cabo e que coisas devem ser tratadas no âmbito global – onde já reside grande parte do poder efetivo de levar coisas a cabo – para sem assim evitadas ou desfeitas” (BAUMANN, 2016, p. 21). É precisamente essa separação entre o poder e a política que caracteriza a gravidade da crise atual. O Estado-Nação pode, em algumas vezes, até com boas intenções tomar uma decisão política voltada para questões sociais, porém, o poder de executá-la, quase sempre não está ao seu alcance. Diante disso, é fácil concluir que, na realidade, a separação entre poder e a política “[...] é uma das razões decisivas para a incapacidade do Estado de fazer escolhas apropriadas” (BAUMANN, 2016, p. 22).

Nos dias de hoje, a maior parcela do poder esta centralizada em forças globais. Nessa perspectiva, pode-se dizer que as grandes corporações detém o poder global, constituído por forças supranacionais e, por isso, “[...] sem representação política e, portanto, fundamentalmente não democrático” (BAUMANN, 2016, p. 23). Sendo assim, as forças globais têm total condição de impor seus interesses acima dos interesses dos Estados-Nação.

O paradigma econômico capitalista neoliberal impõe “[...] uma ética sem precedentes de ‘calcula econômico’, a qual se aplica a atividades em favor do público que antes o governo

garantia” (BAUMANN, 2016, p. 28). As funções sociais do Estado são submetidas a essa ética e, conseqüentemente, “[...] o neoliberalismo retira a responsabilidade do Estado, fazendo-o renunciar às suas prerrogativas e avançar na direção de sua gradual privatização” (BAUMANN, 2016, p. 28).

Na realidade, no contexto globalizado, o Estado-Nação ou o governo pode, no máximo, conseguir alguns arranjos, isto é, “[...] acordos interinos que desde o começo não são convincentes nem destinados a durar; na melhor das hipóteses, espera-se/reza-se para que sobrevivam até o próximo encontro do Conselho da União Europeia, ou até a próxima abertura do pregão da bolsa de valores” (BAUMANN, 2016, p. 21).

Existe uma forte tensão entre duas forças ou dois compromissos, muitas vezes, com motivações contrárias que exigem um posicionamento da liderança política. De um lado, a pressão dos eleitores que podem colocar e tirar o governante, de outro lado, a exigência das forças globais que são livres de qualquer vínculo com os eleitores. Portanto, “o efeito deste duplo compromisso não é muito diferente daquele de uma camisa de força” (BAUMANN, 2016, p. 30).

No contexto da globalização, a soberania dos Estados nacionais está fortemente flexibilizada, uma vez que, “[...] grande parte do poder antes contido no interior das fronteiras do Estado-nação se evaporou e voou para a terra de ninguém do ‘espaço de fluxos’, enquanto que a política continuou, como antes, territorialmente fixada e restringida” (BAUMANN, 2016, p. 32). O poder separado da política ficou livre de qualquer controle. Nesse sentido, o Estado, embora continue sendo uma unidade territorial formalmente soberana, porém, na verdade, serve apenas “[...] como depósito de lixo para problemas originados muito além do alcance de seus instrumentos de controle político, e há muito pouco que ela possa fazer para impedi-los, e muito menos preveni-los, considerando a quantidade de poder deixada à sua disposição” (BAUMANN, 2016, p. 34). Restará ao Estado lutar por uma solução local para um problema global, o que é evidentemente uma tarefa muito além das suas condições.

O ponto central da crise do Estado moderno é a separação entre a política e o poder. Nessas condições, o Estado democrático é o que mais foi atingido, pois, geralmente a Constituição destes Estados promete aos cidadãos participação nas decisões comuns, mas nas atuais condições estabelecidas pela globalização, as decisões “[...] são tomadas por órgãos não democraticamente designados nem controlados a partir de baixo. A tragédia do Estado moderno reside em sua incapacidade de implementar no âmbito global decisões tomadas

localmente” (BAUMANN, 2016, p. 42). O que ocorre é que as decisões mais importantes “[...] nos âmbitos econômico, financeiro e do desenvolvimento não são tomadas por órgãos institucionais, como manda o sistema democrático, mesmo que seja uma rede bastante frouxa, mas por elites poderosas, holdings, multinacionais, lobbies e o chamado ‘mercado’” (BAUMANN, 2016, p. 43).

2 DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL: SISTEMA E AMBIENTE

Nesse capítulo o objetivo é explanar de modo geral a conexão ou o acoplamento estrutural do sistema jurídico nacional com o ambiente, a sociedade brasileira contemporânea. Sabe-se que a premissa básica da teoria dos sistemas de Luhmann é que o sistema não pode existir sem ambiente e vice-versa. Essa complementariedade denomina-se acoplamento estrutural. É uma operação constante. O sistema se diferencia do ambiente por meio de seu funcionamento operacionalmente fechado e conecta-se ao ambiente através da sua abertura cognitiva, o que evita o isolamento do sistema. A relação sistema e ambiente é uma relação vital.

De um lado, na perspectiva do sistema jurídico, destaca-se que a atual Constituição Federal consagrou o Estado Democrático de Direito e a economia de mercado. Sendo assim, a livre iniciativa é o motor da ordem econômica e, por isso, sem dúvida, o sistema econômico brasileiro é de natureza capitalista. Todavia, como freio a esse sistema econômico, a ordem econômica, nos termos da constituição, tem como fundamento a valorização do trabalho humano e os outros princípios previstos no artigo 170, todos com a finalidade de concretizar a justiça social.

De outro lado, na perspectiva do ambiente, devem ser destacados os ruídos que atualmente o ambiente provoca ao sistema jurídico nacional. Sem dúvida, a corrupção tem sido uma das principais causas de grandes impactos negativos na economia brasileira. Recentemente o escândalo da operação lava jato, escancarou o superfaturamento de obras, aumentos exacerbado dos gastos públicos, a escassez de recursos para investimento em obras públicas, a desconfiança dos investidores internacionais.

Todavia, é longa a luta do Brasil contra a corrupção, desde a década de noventa, ele assumiu vários compromissos internacionais no sentido de combater e prevenir a corrupção. É tipificado no Código Penal a corrupção passiva, art. 317 e a corrupção ativa no artigo 333, desse mesmo diploma legal. Consta no sistema jurídico pátrio a Lei da improbidade administrativa, Lei nº 8.429 de 1992, a lei complementar nº 134, de 2010, lei da ficha limpa, a lei complementar nº 101 de 2000, lei da responsabilidade fiscal. Em 2004 foi criado a Controladoria Geral da União (CGU) e o portal da transparência. Também entrou em vigência a lei que regulamenta o acesso a informação, Lei nº 12.527 de 2011. Além disso, é importante

destacar o trabalho da Polícia Federal, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas dos Estados, no sentido de combater e prevenir a corrupção.

Nessa luta contra a corrupção os princípios da governança corporativa mostram-se de grande valia, uma vez que propõe uma descentralização da gestão empresarial e foco voltado para a eficiência nos resultados.

O acoplamento estrutural só é possível porque o sistema jurídico é um sistema autopoietico e, portanto, dotado de abertura cognitiva.

[...] *quantum* de abertura cognitiva do sistema normativo ao ambiente é que dará a medida de sua capacidade homeostática, i. é., quanto mais o sistema normativo for capaz de perceber as expectativas do meio social, melhor será capaz de adaptar-se a ele” (CARVALHO, 2005, p. 245).

A ponte entre sistema e ambiente é explicada pela teoria dos sistemas através do conceito de acoplamento estrutural. Torna-se necessário dizer que a conexão do sistema com o ambiente consiste num mecanismo de distinção de duplo efeito, sendo que, de um lado, há a inclusão e, de outro, a exclusão. “O que inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que exclui. As formas de acoplamento estrutural são, portanto, *restritiva* e assim *facilitam* a influência do ambiente sobre o sistema” (LUHMANN, 2016, p. 591).

Se o ambiente fosse fator causador direto de transformações no sistema, então, não haveria a diferenciação entre sistema/ambiente. Portanto, o ambiente apenas pode “[...] suscitar irritações, surpresas e perturbações” (LUHMANN, 2016, p. 592) ao sistema. É importante destacar que o ambiente “[...] em si não é irritado e somente um observador pode formular o enunciado segundo o qual o ‘o ambiente irrita o sistema’” (LUHMANN, 2016, p. 593).

A sociedade, na teoria dos sistemas, é compreendida como sendo um sistema de comunicação constituído pela comunicação de todos os subsistemas ou sistemas parciais. O direito é um dos subsistemas do sistema social, portanto, tem uma função específica na sociedade que é a “[...] estabilização contrafática de expectativas normativas” (VILLAS BOAS FILHO, 2009, p. 153).

A sociedade moderna, complexa e contingente, é funcionalmente diferenciada e quanto mais fortalecida essa diferenciação melhor será a conexão.

Os acoplamentos estruturais que vinculam o sistema do direito com outros sistemas funcionais da sociedade surgirão somente quando a diferenciação funcional do sistema da sociedade tiver alcançado um grau de desenvolvimento em que a separação e conexão dos sistemas funcionais constituam um problema, e no qual o paradoxo da unidade do todo, que compõe de partes, possa ser transferido aos acoplamentos estruturais, adquirindo forma. Essa teoria pode ser empiricamente posta à prova quando se puder estabelecer que, de fato, são conformados novos mecanismos de acoplamento estrutural no curso da realização da diferenciação funcional (LUHMANN, 2016, p. 597 – 598).

O sistema jurídico para cumprir sua função deve manter-se em diálogo com os outros subsistemas da sociedade. A unidade da sociedade se dará na diferenciação. Dessa forma, a pior corrupção é a interferência externa de um sistema em outro, pois, isso significa a destruição do sistema.

Um “sistema social eficiente será aquele que se mantiver sempre aberto cognitivamente aos demais sistemas sociais. É a única forma de manter a *autopoiese* do sistema comunicacional: a constante troca de mensagens com os demais sistemas” (CARVALHO, 2005, p. 241).

O sistema jurídico quando emite suas mensagens prescritivas cria possíveis ruídos para o sistema social, mas o sistema social “igualmente devolve mensagens provocadoras de ruídos ao sistema jurídico” (CARVALHO, 2005, p. 243).

Obviamente que, numa visão intra-sistêmica, sem dúvida, a maior “contribuição à epistemologia jurídica foi dada por Kelsen. Ao isolar a norma jurídica como objeto de sua ciência, o jurista austríaco identificou o elemento universal do direito: a mensagem prescritiva” (CARVALHO, 2005, p. 244).

Todavia, no regime democrático, cujo modelo de Estado é o Estado Democrático de Direito, tornar-se primordial que os juristas considerem o ponto de vista inter-sistêmica nas operações jurídicas. A concepção sistêmica da realidade tem a melhor condição de construir e garantir a harmonia dos valores sociais, prescritos pelo sistema jurídico, seja por lei ou princípios.

2.1 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PARADIGMA

Para melhor compreender o paradigma Estado democrático de direito, consagrado na atual Constituição brasileira, faz-se necessário estudar dois grandes paradigmas antecedentes, o Estado de direito e o Estado social de direito.

Há aspectos relevantes do paradigma Estado de direito e Estado social de direito que influenciam a interpretação do paradigma Estado Democrático de Direito. Essas particularidades remanescentes muitas vezes levam “[...] a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais” (NETTO, 2004, p. 30). Por isso, interessa saber diferenciar os paradigmas.

O paradigma Estado de Direito, cronologicamente, foi o primeiro. É o modelo do Estado burguês ou também denominado Estado de Direito ou ainda Estado Polícia. Esse paradigma é fruto da luta contra o poder absoluto das monarquias.

Segundo Bonavides, “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo” (BONAVIDES, 2004, p. 40). O Estado burguês tem na liberdade individual e na legalidade seu ponto chave de leitura. Nesse paradigma, o direito é “[...] um sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade” (NETTO, 2004, p. 32). Nessa acepção, há uma rígida separação entre a sociedade e o Estado, sendo que ao Estado cumpre apenas fiscalizar e aplicar a lei. Em outros termos, a atividade do juiz é mecânica, já que se limita apenas na “[...] leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados” (NETTO, 2004, p. 34).

O Estado de direito, para a sociedade, significou um grande avanço. Foi a primeira vez que os direitos fundamentais de primeira dimensão foram consagrados. Na prática, a liberdade e a igualdade abstrata, defendida pela burguesia, com o passar do tempo serviu para “[...] fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto” (NETTO, 2004, p. 34). Nesse período, registra-se a propagação da miséria sem precedentes. Essa foi “a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno” (BONAVIDES, 2004, p. 42).

Os novos acontecimentos colocaram em xeque o paradigma Estado de direito. As transformações sociais que vai “desde o socialismo implantado na Rússia em 1918, passando pelas sociais democracias como as da Alemanha de 1919 e da Áustria de 1920, até o nazismo e fascismo” (NETTO, 2004, p. 34). Acrescenta-se ainda, a luta pelos direitos políticos, coletivos e sociais, seguidos pelo surgimento da nova sociedade de massa. Diante de tudo isso, definitivamente, a sociedade não encontrava no direito uma resposta congruente aos seus anseios. Dessa maneira, surgiu outro paradigma capaz de responder ao novo ambiente social. Exige-se que a liberdade e igualdade reconheçam as diferenças materiais existentes entre as pessoas.

O segundo paradigma, na perspectiva cronológica, é o Estado social de direito ou Estado serviço ou ainda, Estado de bem-estar social. Nesse contexto, a percepção da função do Estado mudou essencialmente. Por exemplo, a propriedade privada é agora considerada “[...] como um mecanismo de incentivo à produtividade e operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social” (NETTO, 2004, p. 35).

O Estado de direito é predominantemente formal. O Estado social de direito é preocupado com o conteúdo dos direitos assegurados. Exige-se, no paradigma Estado social de direito, ações do Estado no sentido de materializar os direitos da população. Trata-se dos direitos de segunda geração. Por exemplo, saúde, educação, previdência etc. Nessa circunstância, a atividade jurisdicional tornou-se muito mais complexa, em razão de que a atividade do juiz não pode ser “[...] reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato” (NETTO, 2004, p. 36).

O sistema social evolui constantemente. Após a segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado social de direito começa a ser questionado, uma vez que a sociedade pós-industrial, a sociedade da informação tem relações hipercomplexas. Desperta-se para os direitos de terceira geração. Os direitos ambientais, do consumidor e da criança e do adolescente etc.

Atualmente tem-se em vigor, consagrada na atual constituição federal brasileira, o paradigma Estado democrático de direito. O pressuposto fundamental nesse modelo de Estado é a participação, a pluralidade e a abertura ao ambiente social. Sendo assim, para implementar esse paradigma é necessário conciliar segurança jurídica e justiça social. Constata-se que, a concretização do Estado democrático de direito exige muito mais empenho dos operadores do

direito, uma vez que para estar de acordo com esse paradigma, as “[...] decisões devem cumprir simultaneamente os critérios da certeza jurídica e da aceitabilidade racional” (NETTO, 2004, p. 38). Somente com a participação efetiva e o respeito a todas as partes envolvidas no processo de construção da decisão que se pode falar em realização do Estado democrático de direito.

Nesse cenário, o “ordenamento jurídico é mais complexo que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada” (NETTO, 2004, p. 38 – 39). Nesse caso, é elementar aos operadores do direito saber articular a aplicação dos princípios, que diferente das regras, podem coexistir. Assim, exige-se “sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica” (NETTO, 2004, p. 39). Conciliar segurança jurídica e justiça social é o perene desafio no paradigma Estado Democrático de Direito.

O vocábulo adjetivo democrático que qualifica o Estado deve significar que os valores da democracia devem irradiar-se “[...] sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica” (SILVA, 2012, p. 119).

A concepção de democracia no Estado democrático de direito fundamenta-se num “[...] processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária” (SILVA, 2012, p. 119). Soberania popular ou democracia é onde todos os membros da sociedade têm seu lugar e respeito. De outro ponto de vista, é primordial, no Estado democrático de direito, a defesa do princípio da legalidade que é fundamento deste novo paradigma. Nessa continuidade, o Estado deve estar submetido ao império da lei, mas da “[...] lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais” (SILVA, 2012, p. 119).

2.2 DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

O direito é uma das mais notáveis obras da inteligência humana. Compreender o direito significa, de certa forma, “[...] compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a

mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão” (FERRAZ JR., 2001, p, 21). Todos os aspectos da convivência humana de alguma maneira esta conectada ao sistema jurídico²⁵.

O direito existe somente dentro de uma sociedade específica. A propósito, entre o direito e a sociedade existe uma relação recíproca de interdependência. Estudar o direito é também conhecer a sociedade e vice-versa. À vista disso, Luhmann tem contribuições valiosas a oferecer ao jurista que busca conhecer e atuar realmente na construção do subsistema jurídico e, por consequência, do sistema social.

A ordem econômica brasileira, como parte do sistema jurídico, está prescrita na atual constituição, nos seguintes termos: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]” (Art. 170, *caput*, da CF/88).

Numa primeira leitura do artigo 170, da atual constituição, é razoável que o leitor imagine encontrar um enunciado normativo, portanto, do mundo do dever ser, conforme explica Eros Grau. (GRAU, 2014, p. 66). Entretanto, ao examinar com cuidado o texto jurídico deste artigo, que é um enunciado normativo, o pesquisador poderia facilmente constatar uma grave confusão entre a ótica do ser e a do dever ser. Sendo um texto normativo, a princípio, é obrigatória sua compatibilização com o mundo do dever ser.

Com o propósito de adequar a redação do texto jurídico constitucional, artigo 170, *caput*, Eros Grau propõe a seguinte redação: “a *ordem econômica* deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios” (GRAU, 2014, p. 67).

Declarar que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, tem uma consequência e um significado no mundo do ser, concreto, do sistema econômico. Cumpre ressaltar que, muito diferente será o sentido da afirmação “a ordem econômica, *deverá estar* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegura a todos existência

²⁵ Cf. LUHMANN, NIKLAS. 1983, p. 7. “Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e do qual é impossível se abstrair”.

digna” (grifo nosso). Nesse caso, trata-se de uma certificação do mundo do dever ser, ou seja, do mundo jurídico e, dessa forma, a referida ordem econômica passa a ser cuidada pelo sistema jurídico, para ser o que deveria ser.

O empenho desta reflexão é superar ou esclarecer a ambiguidade existente no texto constitucional do artigo 170. Pois, se ela é, logo, já esta pronta, mas, pelo contrário, se ela deve ser, assim, precisará ser conquistada. Caberá, em especial, ao Estado – no caso do Brasil, democrático de direito, junto com as empresas e a sociedade implementarem o modelo jurídico da ordem econômica (dever ser) na ordem econômica (ser) brasileira. A ordem econômica prevista na constituição “[...] não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)” (GRAU, 2014, 70).

Importa dizer que a atual Constituição ao prescrever que a ordem econômica deve ser fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, ela “[...] consagra uma economia de livre mercado, capitalista” (TAVARES, 2003, p. 133). O capitalismo é o sistema econômico “[...] no qual as relações de produção estão assentadas na *propriedade privada* dos bens em geral especialmente dos de produção, na *liberdade ampla*, principalmente de iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão-de-obra” (TAVARES, 2003, p. 34).

É forçoso concluir que, se a ordem econômica brasileira deve ser fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, a Constituição “[...] consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista” (SILVA, 2012, p. 790). Mas, por outro lado, apesar de ser capitalista “[...] a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da econômica de mercado” (SILVA, 2012, p. 790).

A finalidade da ordem econômica deve assegurar a todos existência digna. Porém, “[...] não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza” (SILVA, 2012, p. 791). A verdade é que o sistema capitalista é:

Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao

modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico (SILVA, 2012, 791).

O sistema capitalista apoia-se basicamente no sistema de mercado, ou seja, “[...] são as próprias condições deste mercado que determinam o funcionamento e equacionamento da econômica (liberdade)” (TAVARES, 2003, p. 34). Adam Smith ensinava que são os impulsos egoístas das pessoas que interagindo umas com as outras levava a uma harmonia social. “Esta harmonia foi provocada pelo confronto das pessoas no mercado, ou seja, pela competição. Assim, o choque entre egoísmo e competição leva ao melhor dos mundos” (ARAÚJO, 1986, p. 31). Dessa maneira, a mão invisível é capaz de “regular e equilibrar as relações econômicas, entre oferta e procura” (TAVARES, 2003, p. 34). Nessa linha de raciocínio, o papel do Estado será de não intervenção nas leis do mercado.

Todavia, nos termos do artigo 174, da atual Constituição, o Estado, como agente normativo e regulador, deve exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Pode-se falar em três modalidades de intervenção estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito, a saber: “*intervenção por absorção ou participação* (a), *intervenção por direção* (b) e *intervenção por indução* (c)” (GRAU, 2014, p. 143).

Além disso, a atual constituição consagrou o modelo do *Welfare State*. “A ordem econômica na Constituição de 1988 – digo-o – postula um modelo de *bem-estar*” (GRAU, 2003, p. 307). O modelo do *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social é “[...] a forma moderna mais avançada de exercício público da proteção social” (FIORI, 1997, p. 131). Alguns pensadores afirmam que não se pode falar em “Estado de Bem-Estar Social antes de 1950. Mirsha associa o novo padrão ou paradigma a mudanças que ocorrem simultaneamente no plano da regulamentação da economia de mercado e à afirmação hegemônica das políticas econômicas ativas de inspiração keynesiana” (FIORI, 1997, p. 133).

Existem várias tipologia do *Welfare State*, por exemplo, *welfare state* liberal, *welfare states* conservadores e fortemente corporativistas e os regimes social-democratas. Todavia, “em nenhum caso a periferia capitalista, e latino-americana em particular, aparece considera nessas tipologias” (FIORI 1997, p. 136). A propósito, os traços centrais *welfare* brasileiro são:

Um financiamento regressivo do gasto social e uma hipertrofia burocrática que eleva em muito o custo operacional e favorece a manipulação clientelística. Um *welfar estate*, em síntese meritocrático-particularista

fundado na capacidade contributiva do trabalhador e num gasto público residual financiado por um sistema tributário regressivo. Um sistema não-redistributivo e montado sobre um quadro de grandes desigualdades e de misérias absolutas (In: FIORI, 1997, p. 138).

A desmontagem do modelo de Estado de Bem-Estar ocorre paulatinamente. Nesse sentido, o fenômeno da globalização tem contribuído significativamente, pois, as transformações globais atingem diretamente nas condições de viabilidade do modelo de Estado de bem-estar. Por exemplo, as mudanças estruturais de produção “[...] acabam alterando a base socioeconômica do *welfare* na medida em que alteram a configuração e o fluxo dos riscos” (FIORI, 1997, p. 144); o aumento da imigração, ou seja, “[...] populações agora desocupadas de forma permanente se cruzam em vários espaços com o crescente movimento de imigração desencadeado pelas transformações econômicas e políticas” (FIORI, 1997, p. 144); uma forte interdependência entre os países “[...] por opção ou imposição, ao condicionar de forma cada vez mais estreita as gestões macroeconômicas nacionais, também acaba limitando os espaços autônomos de decisão dos governos no plano das políticas sociais” (FIORI, 1997, p. 144 – 145); a promoção de desregulamentação dos mercados nacionais “[...] transformou os gastos com política social em custos que oneram a competitividade das empresas capazes de participar da competição global” (FIORI, 1997, p. 145); uma crescente perda de força dos sindicatos. Enfim, “[...] todos esses fatores conjugados não apenas diminuem a possibilidade de qualquer tipo de solidariedade interna [...] como tornam cada vez mais problemática um ação estatal que não seja vetada pelos seus altos custos do ponto de vista da competitividade sistêmica” (FIORI, 1997, p. 145).

O modelo de Estado proposto pelas políticas neoliberais é a do Estado de direito ou do Estado mínimo e não intervencionista nas “leis” do mercado. Nesse contexto, o *welfare state* ou Estado do bem-estar, tem poucas chances de sobreviver, uma vez que o “[...] receituário neoliberal com a proposta pura e simples de cortes cada vez mais profundo no gasto público, sobretudo os de natureza social” (FIORI, 1997, p. 146) não permite o fortalecimento desse modelo de estado.

O neoliberalismo é nitidamente uma ideologia²⁶, “[...] uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar” (PERRY, 1995, p. 9). Nessa

²⁶ Cf. ARAÚJO, 1986, p. 15. “[...] A ideologia não é outra coisa senão o conjunto de normas, valores, símbolos, idéias e práticas sociais que procuram justificar as relações econômicas e sócias existente no interior da sociedade”.

sequência, pode-se dizer que o seu “[...] propósito era combater o keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as base de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro” (PERRY, 1995, p. 10). Para o pensamento neoliberal, o Estado, deve manter-se forte, mas “[...] em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas” (PERRY, 1995, p. 11). O principal objetivo de qualquer governo neoliberal é alcançar a estabilidade monetária, mesmo que para isso seja necessário adotar uma rígida “[...] disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem-estar, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. [...] reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas” (PERRY, 1995, p. 11).

John Maynarde Keynes²⁷ aponta as duas fraquezas do capitalismo, isto é, “[...] o desemprego e a distribuição excessivamente desigual e arbitrária da renda e da riqueza” (ARAÚJO, 1986, p 111). Contudo, defendia que estas fraquezas poderiam ser superadas pela intervenção do Estado na economia. A grande inovação de Keynes é a aplicação do princípio demanda efetiva. Conforme este princípio, os gastos em consumo e investimento, demanda, tem primazia sobre a produção, oferta. Em outras palavras, “[...] quem determina o volume da produção, portanto, o volume do emprego é a demanda efetiva que não é apenas a demanda efetivamente realizada, mas ainda o que se espera seja gasto em consumo mais o que se espera seja gasto em investimento” (ARAÚJO, 1986, p. 115). Em termos práticos, a aplicação desse princípio “significa o fim do *laisse-faire* e do liberalismo econômico” (ARAÚJO, 1986, p. 116).

A Inglaterra, no governo Thatcher, foi o primeiro “[...] país de capitalismo avançado publicamente empenhado em pôr em prática o programa neoliberal.” (ARAÚJO, 1986, p. 11). Em seguida, em 1980, os Estado Unidos, no governo de Reagan. O governo de Thatcher é o melhor exemplo do pacote neoliberal.

²⁷ Cf. ARAÚJO, 1986, p. 112. “Keynes nasceu em Cambridge (Inglaterra), em 1883, e faleceu em Sussex, em 1946. Teve vida agitada e sua atividade estendeu-se por campos muito variados do saber, da política e da arte. Foi funcionário público, professor, conferencista, assessor do tesouro britânico, diretor do banco da Inglaterra, político, economista, financista, protetor das artes e colecionador de livros raros. Representou a Inglaterra em várias reuniões importantes. Participou ativamente da vida política, social e econômica de sua época. Mas o que o tornou conhecido no mundo todo foi sua obra de economista, principalmente a *Teoria geral* que representou a ruptura com a teoria econômica prevalecente até então”.

Os governos Thatcher contraíram a emissão monetária, elevaram as taxas de juros, baixaram drasticamente os impostos sobre os rendimentos altos, aboliram controles sobre os fluxos financeiros, criaram níveis de desemprego massivos, aplastaram greves impuseram uma nova legislação anti-sindical e cortaram gastos sociais. E, finalmente – esta foi uma medida surpreendentemente tardia – se lançaram num amplo programa de privatização, começando por habitação pública e passando em seguida a indústrias básicas como o aço, a eletricidade, o petróleo, o gás e a água. Esse pacote de medidas é o mais sistemático e ambicioso de todas as experiências neoliberais em países de capitalismo avançado (PERRY, 1995, 12).

A ideologia neoliberal se espalhou no mundo inteiro, na verdade, trata-se “[...] de um corpo de doutrina coerente, autoconsciente, militante, lucidamente decidido a transformar todo o mundo à sua imagem, em sua ambição estrutural e sua extensão internacional” (PERRY, 1995, p. 22).

2.3 DO IMPACTO NEGATIVO DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE

O efeito dos atos de corrupção praticado contra a administração pública tem consequências extremamente negativas, uma vez que ameaça e impede o desenvolvimento de um país e de seu povo, especialmente os mais vulneráveis economicamente. Os Estados, seja os desenvolvidos ou os em desenvolvimento, são igualmente vítimas desta realidade perniciosa.

O resultado dos atos de corrupção atinge todas as pessoas, inclusive as que não participaram deles. De qualquer forma, ela é a causa da redução do investimento, do desrespeito ao Estado de direito e dos direitos humanos. A corrupção favorece práticas antidemocráticas, desvio de recurso destinado ao desenvolvimento e a prestação de serviços essenciais, afeta a capacidade do governo em fornecer serviços básicos aos seus cidadãos. Além de tudo isso, a corrupção tornou-se hoje uma das manifestações mais importantes do crime organizado no mundo globalizado que tem graves ramificações nacionais e internacionais²⁸.

²⁸ Cf. RAVINDRAN, 2006. “Corruption is a global problem which poses serious threat to the development of a country and its people. States, developed or developing, are equal victims of this problem. Corruption, apart from affecting the public at large, also causes reduced investment, lack of respect for the rule of law and human rights, undemocratic practices and diversion of funds intended for development and essential services, affects

A organização não governamental Transparência Internacional define corrupção, como sendo o abuso do poder público com o fim de obter ganhos privados. De acordo com essa organização, a corrupção pode ser classificada em três grupos, sendo que o primeiro é o da grande corrupção, que consiste em atos praticados no alto nível do governo que distorcem as políticas ou o funcionamento central do Estado, com o intuito de permitir aos líderes benefício particulares à custa dos bens públicos; o segundo é o da pequena corrupção, ou seja, aquele abuso diário do poder por parte de funcionários públicos de baixo ou médio nível, em suas interações com os cidadãos comuns; por fim, o terceiro grupo é a corrupção política que consiste na manipulação de políticas, instituições e regras de procedimento na alocação de recursos e financiamentos das decisões políticas, que abusam da sua posição para sustentar seu poder, status e riqueza²⁹.

É difícil encontrar uma definição unívoca do vocábulo corrupção que sirva para todas as nações, dado que é um conceito fluído, ou seja, a corrupção significa coisas diferentes para pessoas diferentes. As formas de corrupção são diferentes em termos de quem são os atores, iniciadores e aproveitadores, como é feita, e até que ponto ela é praticada³⁰. Além disso, em determinado contexto cultural um ato pode ser identificado como corrupção e em outro não.

Numa perspectiva mais ampla, pode-se entender por prática de atos de corrupção todas as ações que auferem vantagem indevida sobre as outras pessoas. No cotidiano, essas pequenas práticas somente são consideradas como sendo corruptas quando é o outro que as pratica. Em síntese, corrupto é sempre o outro. Tanto que até a entrada em vigor da lei anticorrupção, juridicamente, pouco se discutia sobre a conduta do corruptor.

government's ability to provide basic services to its citizens. Most importantly, corruption has the greatest impact on the most vulnerable part of a country's population, the poor. Further, corruption today has become one of the most salient manifestations of the organized crime syndicate of the globalized world, which has grave national and international ramifications".

²⁹ Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. "Generally speaking as "the abuse of entrusted power for private gain". Corruption can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs. Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the state, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low- and mid-level public officials in their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies. Political corruption is a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth".

³⁰ Cf. RAVINDRAN, 2006. "[...] Corruption being a fluid concept signifies different things to different people and no single definition of corruption would be equally accepted in every nation. The forms of corruption are diverse in terms of who are the actors, initiators and profiteers, how it is done, and to what extent it is practiced".

De modo geral, a definição comum aceitável de corrupção na literatura atual concentra-se sobre o abuso de cargo público para ganho pessoal. Cumpre apontar que a ausência de outros setores da sociedade, como por exemplo, do setor privado e das organizações da sociedade civil na definição da corrupção é preocupante³¹, visto que é unilateral.

O Banco Mundial e a organização não governamental Transparência Internacional defendem o mesmo significado de corrupção, isto é, “o uso da posição pública de um indivíduo para proveitos pessoais ilegítimos” (CANDELORO, 2012, p. 233). Verifica-se que, nessa compreensão de corrupção está ausente um elemento fundamental, o setor privado. Aliás, “[...] é nessa combinação que as práticas de suborno e corrupção acontecem. Não haveria o corrupto se não houvesse o corruptor e vice-versa” (CANDELORO, 2012, p. 233).

O Banco Mundial no documento “Ajudando os países a combater a corrupção, o papel do Banco Mundial”³² reconhece a existência da corrupção no setor privado, mas claramente assume que o seu principal interesse é o setor público, uma vez que o ele empresta principalmente aos governos e apoia as políticas governamentais, programas e projetos. Nessa situação, o Banco Mundial, esta apenas defendendo os seus próprios interesses.

Por outro ângulo, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) também propõe uma definição:

A corrupção é um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta todos os países do mundo. Em diferentes contextos, a corrupção prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade política. A corrupção corrói as bases das instituições democráticas, distorcendo processos eleitorais, minando o Estado de Direito e deslegitimando a burocracia. Isso causa o afastamento de investidores e desestimula a criação e o desenvolvimento de empresas no país, que não conseguem arcar com os “custos” da corrupção (UNDOC).

³¹ Cf. RAVINDRAN, 2006. “[...] The common acceptable definition of corruption in current literature focuses on the abuse of public office for personal gain.

There is concern over this definition as it excludes corruption in other sectors such as the private sector and civil society organizations”.

³² Cf. WORLD BANK. “[...] Bribery occurs in the private sector, but bribery in the public sector, offered or extracted, should be the Bank’s main concern, since the Bank lends primarily to governments and supports government policies, programs, and projects”.

As sequelas dos atos de corrupção são altamente prejudiciais ao Estado e especialmente aos mais vulneráveis economicamente. A desigualdade social é exacerbada num ambiente onde prevalece a corrupção. Sem dúvida, esse assunto é profundamente complexo, particularmente na sociedade brasileira, marcada historicamente pela escravidão, clientelismo e desigualdade social.

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), em março de 2010, apresentou um relatório sobre o custo da corrupção no Brasil. Nesse estudo, ficou demonstrado que a corrupção “[...] gera custos econômicos para a sociedade, prejudicando seu crescimento econômico e desenvolvimento social, comprometendo sua competitividade” (FIESP, 2010). Ainda segundo esse relatório, a corrupção tem conexão direta na economia.

Se o controle da corrupção no Brasil for mais rigoroso, reduzem-se os pagamentos de propinas e subornos, o superfaturamento de obras, a necessidade de realizar o trabalho mais de uma vez etc. Ou seja, se o país tivesse o mínimo teórico de corrupção percebida (CPI igual a 10), maior seria o montante de recursos disponíveis, liberados pela inexistência das práticas corruptas. Na medida em que este montante maior de recursos ainda se destina à corrupção, ele representa um custo para o país (o custo da corrupção). Se o país apresentasse um controle ainda maior da corrupção (CPI igual a 10) o custo médio anual da corrupção para o Brasil é estimado em R\$ 69,1 bilhões (preços correntes de 2008), o que corresponde a 2,3% do PIB (FIESP, 2010, p. 26).

Embora esse dado esteja desatualizado, mas é suficiente para se verificar, em linhas gerais, as graves consequências negativas da corrupção na econômica. Parece-nos que corrupção zero é uma realidade muito difícil de ser alcançada, porém, supondo que o índice de percepção da corrupção no Brasil fosse de 7,45, “estima-se um custo médio anual da corrupção de 1,38% do PIB” (FIESP, 2010, p. 28). Nessa sequência, pode-se atestar que “o custo médio anual da corrupção de R\$ 41,5 bilhões ultrapassa o gasto de R\$ 49,52 bilhões dos Estados e União em segurança pública em 2008. É possível afirma ainda que o custo médio da corrupção representa 2,3% do consumo das famílias” (FIESP, 2010, p. 28).

A organização não governamental Transparência Internacional, com sede em Berlim, Alemanha, tem como objetivo dar voz às vítimas e as testemunhas da corrupção. O trabalho dessa organização é feito em parceria com governos, empresas e cidadãos, visando acabar

com o abuso de poder, a corrupção e os negócios secretos. A Transparência Internacional quer um mundo livre da corrupção³³.

2.4 UMA VISÃO GERAL DA PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

O Brasil em 2011 comemorou festivamente a conquista de ser a sexta maior econômica mundial, superando até mesmo o Reino Unido. Todavia, em 2014, era a sétima economia, atrás dos Estados Unidos, China, Japão, Alemanha, Reino Unido e França. Em 2015 foi ultrapassado pela Índia e Itália, caindo para nona posição (NAKAGAWA, 2016). Porém, em 2014, milhões de brasileiros saíram às ruas em várias cidades para exigirem melhorias na prestação dos serviços públicos e menos corrupção. Aliás, esse assunto foi muito debatido na última campanha eleitoral à presidência da república (MARTINI, 2014).

A organização não governamental Transparência Internacional, tem como missão combater a corrupção no mundo. Nessa lógica, ela realizou uma pesquisa, atualmente com cento e setenta e cinco países, entre eles o Brasil, que mede o índice de percepção da corrupção. Sabe-se que a corrupção é um fenômeno altamente complexo, por isso, a pesquisa é subjetiva. A pontuação é verificada numa escala de zero a cem, sendo que zero é altamente corrupto e cem é altamente limpo (MARTINI, 2014, p. 2). O Brasil, em 2014, foi classificado com quarenta e três pontos e ocupa o 69º lugar na lista da percepção da corrupção. Em 2013, marcou quarenta e dois pontos e em 2012 quarenta e três. A Dinamarca ocupa o primeiro lugar, com noventa e dois pontos. A Somália está no 174º lugar, com apenas oito pontos (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2014).

A análise do fenômeno da corrupção no Brasil está conectada com o financiamento privado das campanhas eleitorais. Por exemplo, as recentes investigações de corrupção na adjudicação de contratos da Petrobras, mostram que os diretores e funcionários da estatal, vários membros do congresso e governadores supostamente criarão um esquema de conluio

³³ Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. “From villages in rural India to the corridors of power in Brussels, Transparency International gives voice to the victims and witnesses of corruption. We work together with governments, businesses and citizens to stop the abuse of power, bribery and secret deals”. As a global movement with one vision, we want a world free of corruption. Through chapters in more than 100 countries and an international secretariat in Berlin, we are leading the fight against corruption to turn this vision into reality.

com as maiores empresas de construção, que também são os maiores contribuintes da campanha, a manipular processos de compras públicas³⁴.

Na verdade, as doações das empresas para as campanhas políticas é uma das maneiras do poder econômico se sobrepor à vontade popular, tanto que “uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão” (LUCHETE, 2016).

Deve-se considerar também, como risco de corrupção, a má gestão nos convênios de repasse de recursos públicos entre os entes federativos. Embora exista uma prestação de contas, mas a falta de formação pessoal e de infra-estrutura tecnológica torna, muitas vezes, impossível o efetivo controle da devida aplicação dos recursos públicos no interesse da população (MARTINI, 2014, p. 4).

Nesse contexto, deve-se considerar como um avanço a criação, pela Lei nº 10.683 de 2003, a Controladoria-Geral da União (CGU), órgão do Governo Federal que atua na defesa do patrimônio público e no incremento da transparência da gestão e de combate à corrupção (CGU, 2014).

Alguns setores e instituições brasileiras são mais suscetíveis de envolvimento em atos de corrupção. Os políticos brasileiros são vistos pelos cidadãos como o ator institucional mais corrupto, juntamente com o parlamento. Outras instituições como a polícia e o judiciário são também vistos como corruptos. Não pode esquecer também de importantes setores da administração pública como a saúde e educação.

A Fundação Getúlio Vargas (FGV), em 2014, realizou um levantamento estatístico de natureza qualitativa, em sete estados brasileiros, com o objetivo de acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao poder judiciário. Trata-se do Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil). Esse índice é composto por dois subíndices. De um lado, tem-se o subíndice da percepção, ou seja, mede-se a opinião da população e a forma

³⁴ Cf. MARTINI, Maíra (2014). “For instance, recent investigations of corruption in the awarding of contracts by the state-owned oil company, Petrobras, show that directors and senior officials of the state company, several members of congress and governors allegedly created a scheme in collusion with the largest construction companies, which are also the largest campaign contributors, to manipulate public procurement processes”.

com a instituição presta o serviço. De outro lado, tem-se o subíndice do comportamento, isto é, busca-se identificar se a população recorre ao judiciário para solucionar conflitos³⁵.

Segundo o relatório do ICJBrasil, o levantamento estatístico, na declaração espontânea, com relação à confiança no Poder Judiciário, no primeiro e no quarto trimestre de 2014 constatou que apenas “[...] 30% dos entrevistados responderam que o Judiciário é confiável ou muito confiável. Em outras palavras, mais da metade da população (70%) não confia no sistema de Justiça” (ICJBrasil, 2014, Ano 06, p. 15). A situação das outras instituições não é muito diferente. No entanto, de acordo com os entrevistados, “o Judiciário foi considerado uma instituição menos confiável do que as Emissoras de TV, a Polícia, as Grandes Empresas, a Imprensa Escrita, o Ministério Público, a Igreja Católica e as Forças Armadas, esta última sempre apontada como a instituição mais confiável” (ICJBrasil, 2014, Ano 06, p. 15).

Com relação à administração pública, constata-se que ainda é marcada pela ineficiência e por um grande número de indivíduos que ocupam cargos de confiança. Muitas vezes esses cargos são utilizados em troca de apoio político ou preenchidos com base no clientelismo e patronagem (MARTINI, 2014, 5).

O jornalista e diretor executivo da organização não governamental (ONG) Transparência Brasil, afirma que em 2013 o Brasil superou os Estados Unidos e a Alemanha em número de cargos comissionados, sendo que, por exemplo, somente o Poder Executivo do Brasil conta com “[...] cerca de 22,5 mil funcionários ocupando cargos comissionados, contra, aproximadamente, 4 mil nos Estados Unidos, 300 no Reino Unido e 500 na Alemanha e na França”³⁶. A questão é que, como explica Cláudio Weber Abramo, muitas vezes esses cargos de confiança são preenchidos por pessoas sem a mínima qualificação profissional para exercer a função. O fato é que, geralmente, são nomeados cabos eleitorais ou a pessoas que os políticos devem favores.

2.4.1 A estrutura jurídica brasileira de combate a corrupção

³⁵ Cf. FGV (Fundação Getúlio Vargas). *Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil*. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil>. Acesso em 31 jul. 2016

³⁶ INSTITUTO MILENIUM. *Brasil supera EUA e Alemanha em número de cargos comissionados*. Disponível em: <http://www.institutomillennium.org.br/blog/brasil-supera-eua-alemanha-em-numero-de-cargos-comissionados/>. Acesso em 31 jul. 2016.

O Brasil demonstrou de várias maneiras que está comprometido em combater a corrupção, tanto que várias leis já foram aprovadas, mecanismos de controle reforçados e parcerias internacionais foram firmadas, como por exemplo, o Brasil é signatário na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção da OCDE e da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (MARTINI, 2014, p. 6).

Corrupção passiva é o ato de “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” (Art. 317 do CP). Contudo, a Lei nº 10.763, de doze de novembro de 2003, alterou a pena do referido crime. A pena mínima de reclusão passou de um para dois anos e a máxima de oito para doze anos e multa.

Cumprir mencionar que, para o Código Penal, conforme o artigo 327, *caput*, “considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. O parágrafo primeiro prescreve que, “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. Esse parágrafo foi acrescentado pela Lei nº 9.983 de 2000. Por fim, o parágrafo segundo desse artigo, determina que a pena se aumentada da terça parte “quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”. Esse parágrafo foi incluído pela Lei nº 8.799 de 1980.

Por sua vez, corrupção ativa consiste em “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” (Art. 333, *caput*, do CP). A pena é a mesma da corrupção passiva.

A corrupção, no ordenamento jurídico pátrio, também pode ser tratada como um ato de improbidade administrativa, de acordo com a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (MARTINI, 2014, p. 7). Em linhas gerais, constitui-se ato de improbidade, o enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9. Ou lesão ao erário, que seja por ação ou omissão, dolosa ou culposa, artigo 10. Ou qualquer ação ou omissão que ofenda os princípios da administração pública ou viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Outro passo significativo de combate à corrupção foi a Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, que inclui o artigo 41-A, na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, Lei das eleições. (MARTINI, 2014, p. 7).

A lei complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, chamada lei da ficha limpa, foi criada por meio de iniciativa popular, nos termos do artigo 61, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de combater a corrupção eleitoral. Nesse sentido, a lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece os casos de inelegibilidade, foi alterada, uma vez novas hipóteses de inelegibilidade foram incluída visando proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Em relação à transparência, pode-se afirmar que o quadro jurídico brasileiro é relativamente forte. (MARTINI, 2014, p. 7). A lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, chamada lei de responsabilidade fiscal, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal dos recursos públicos, desde o planejamento fiscal, execução e transparência, em todas as esferas do Estado, isto é, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Cumpre mencionar que no quesito transparência, o artigo 48 da lei de responsabilidade fiscal, foi aprimorado pela lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009³⁷.

Outra importante iniciativa do governo brasileiro foi a criação do Portal da Transparência com o objetivo de aumentar a transparência da administração pública, permitindo aos cidadãos acompanhar a alocação dinheiro público e desempenhar um papel de monitorização deste processo (MARTINI, 2014, p. 7).

O Portal da Transparência do Governo Federal “é uma iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU), lançada em novembro de 2004, para assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos”³⁸. O propósito que se pretende alcançar com o portal é

³⁷ Cf. A Lei Complementar nº 131/09 acrescentou o parágrafo único ao artigo 48 da LC 101/00, nos seguintes termos: “A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A”

³⁸ Portal da Transparência. “O Governo brasileiro acredita que a transparência é o melhor antídoto contra corrupção, dado que ela é mais um mecanismo indutor de que os gestores públicos ajam com responsabilidade e permite que a sociedade, com informações, colabore com o controle das ações de seus governantes, no intuito de checar se os recursos públicos estão sendo usados como deveriam”.

umentar a transparência na gestão pública e, conseqüentemente, permitir ao cidadão acompanhar e fiscalizar o gasto do dinheiro público.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, regula o acesso a informações, já previsto no inciso XXXIII, do artigo 5º, no artigo 37, inciso II do parágrafo 3º, no artigo 216, parágrafo 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

Cumpre mencionar que, desde 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, no artigo 19, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), prescreveu que “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras” (DUDH, art. 19).

A organização não-governamental, Artigo 19³⁹, realizou uma avaliação do primeiro ano da implantação da lei brasileira de acesso a informação. Nesse relatório, é facilmente constatado que o Brasil deve continuar a “[...] investir no aprimoramento das práticas e na criação de estruturas ainda mais sólidas, que impulsionem de forma efetiva uma transformação da cultura do segredo para uma cultura de abertura, fazendo valer o direito humano à informação” (ARTIGO 19. 2013, p 7). O fato é que, “[...] mesmo com a regulamentação do direito à informação e o estabelecimento de procedimentos específicos para garantir o acesso, 32% dos pedidos de informação feitos após a vigência da Lei 12.527 ficaram sem resposta” (ARTIGO 19. 2013, p. 22). Todavia, é considerável o número de órgãos “[...] que forneceu integralmente a informação solicitada, de maneira satisfatória, o que demonstra uma tendência ao progressivo cumprimento da LAI” (ARTIGO 19. 2013, p. 23).

Essa tendência é confirmada no relatório de 2014. Por exemplo, o Senado Federal, progrediu positivamente no cumprimento da lei de acesso à informação. Em 2013 o Senado Federal “[...] prorrogou o prazo para resposta em oito de nove pedidos. Em 2014, não houve prorrogação de nenhum pedido e a taxa de acesso integral chegou a 80%. (ARTIGO 19. 2014, p. 26).

³⁹ ARTIGO 19. “É um organização não-governamental de direitos humanos nascida em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração dos Direitos Humanos da ONU. Com escritórios em nove países, a ARTIGO 19 está no Brasil desde 2007, e desde então tem se destacado por impulsionar diferentes pautas relacionadas à liberdade de expressão e informação. Entre as quais, estão o combate às violações ao direito de protesto, a descriminalização dos crimes contra a honra, a elaboração e a implementação da Lei de Acesso à Informação e a construção e defesa do Marco Civil da Internet”

Com relação ao poder judiciário, a situação é a seguinte: “50,9% das respostas forneceram acesso integral à informação solicitada; 20% das respostas forneceram acesso parcial e em 9,1% dos casos não houve respostas” (ARTIGO 19, 2014, p. 27). É imprescindível observar que esse dado é preocupante, uma vez que em 2014, “20% dos pedidos obtiveram uma negativa de acesso como resposta. Quanto à qualidade das respostas, 22% delas tinham fundamentação inadequada, 22% eram incompletas e 56% foram satisfatórias” (ARTIGO 19, 2014, p. 27).

O judiciário é o poder menos transparente segunda pesquisas realizadas pela organização não-governamental Artigo 19. Com base na lei de acesso de informação, foram distribuídos três pedidos em cada Tribunal de Justiça do país, totalizando oitenta e um pedidos. A média do tempo de resposta foi de vinte e seis dias. Outro dado importante é que em “57 dos 81 pedidos, [...] foi preciso entrar com recurso para pedir informação que não tinham sido enviadas embora tenham sido requeridas” (ARTIGO 19, 2016).

Ainda no sentido de combater a corrupção, foi aprovada a Lei nº 12.813/13. Esse diploma legal dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego, no âmbito do Poder Executivo federal e também sobre os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. Segundo essa lei, configura-se conflito de interesse a “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” (Art. 3º, inciso I).

2.4.2 As instituições brasileiras de combate à corrupção

No Brasil existem várias instituições estatais responsáveis em combater a corrupção. Vale lembrar, nesse caso, a polícia federal, o ministério público, a controladoria geral da união e os tribunais de contas, municipais, estaduais e da união.

A missão da polícia federal é “exercer as atribuições de polícia judiciária e administrativa da União, a fim de contribuir na manutenção da lei e da ordem, preservando o

estado democrático de direito”⁴⁰. Compete a essa instituição a investigação dos casos de corrupção que envolve verba federal ou instituição federal.

O Ministério Público é instituição permanente e “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Art. 127, da CF/88). Nos últimos anos tem desenvolvido um papel especial no combate à corrupção.

A especialização e a profissionalização no enfrentamento à corrupção têm sido objeto de intensa preocupação do Ministério Público Federal. Nesse sentido, a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção nas Procuradorias da República e Procuradorias Regionais da República, como células especializadas na prevenção e no enfrentamento dessa temática, permitiu alcançar um salto estatístico em quantidade e qualidade das ações anticorrupção movidas pelo MPF. [...] Atualmente, encontram-se em andamento no Ministério Público Federal 26 mil investigações diretas envolvendo fatos de corrupção, sendo que, neste ano de 2015, até o mês de outubro, já foram ajuizadas 1.229 ações de improbidade administrativa e 901 ações penais envolvendo casos de corrupção (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015).

O Ministério Público Federal lidera a campanha nacional conhecida como “10 medidas contra a corrupção”. É necessário reconhecer que a instituição tem desempenhado bem a sua função, porém, é imprescindível adotar uma postura de prudência quando a missão ganha formato de salvador da pátria.

Ao assumir a presidência, Michel Temer, publicou e no mesmo dia entrou em vigor a Lei nº 13.341/16, que fez várias mudanças na organização da Presidência da República e dos Ministérios. É oportuno para o nosso estudo mencionar a extinção da Controladoria-Geral da União (Art. 1º, inciso III) e a criação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU (Art. 3º, inciso I). Nessa sequência de ações, cumpre ressaltar a extinção do cargo de Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União (Art. 4º, inciso IV).

Conforme a opinião de alguns especialistas em combate a corrupção e dos servidores federais, a mudança na Controladoria-Geral da União que passa a integrar o Ministério da

⁴⁰ POLÍCIA FEDERAL. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/institucional/missao-visao-e-valores>. Acesso em 03 dez 2016.

Fiscalização, Transparência e Controle, gerou uma “perda de identidade e o enfraquecimento da independência no trabalho de combate à corrupção” (FREITAS, 2016).

Com certeza, os tribunais de contas são ferramentas importantes na promoção da boa governança e luta contra a corrupção. Todavia, um relatório inédito sobre a vida pregressa de todos os 238 integrantes dos 34 tribunais de contas do país constata sérios problemas. Assim, importa dizer que “de cada dez conselheiros, seis são ex-políticos, dois sofrem processos na Justiça ou nos próprios Tribunais de Contas e 1,5 é parente de algum político local” (PAIVA; SAKAI, 2014, p. 1). Claro está, portanto que:

Os principais órgãos e auxiliares do Poder Legislativo na fiscalização dos recursos públicos, os Tribunais de Contas são desenhados para não funcionar. Dois terços dos integrantes são nomeados pelo Legislativo e um terço pelo Executivo, eles costumam ser indicados justamente para neutralizar o papel fiscalizatório desses órgãos – e, de quebra, para agradar a correligionários, parentes e aliados (PAIVA; SAKAI, 2014, p. 1 – 2).

Constata-se que o Brasil possui uma estrutura jurídica de combate à corrupção relativamente boa, inclusive foi reforçada com a lei anticorrupção. Contudo, será necessário manter ativo um constante processo de aprimoramento.

2.5 A INFLUÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS INTERNACIONAIS PRECEDENTES À LEI ANTICORRUPÇÃO

Convém mencionar que o Brasil é signatário de três convenções internacionais contra a corrupção. A primeira é a Convenção Interamericana contra a Corrupção – CICC, adotada pelos países-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA; a segunda é a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; e a terceira é a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção – CNUCC. (CANDELORO, 2012, p. 241 – 243).

A Convenção da Organização dos Estados Americanos (OEA) “foi o primeiro instrumento internacional de combate à corrupção que tratou tanto de medidas preventivas

como punitivas em relação aos atos corruptos” (CGU, 2014). Em síntese, ela foi adotada em Caracas, em 29 de março de 1996 e internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo “Decreto Legislativo 152/2002, sendo ratificado e promulgado pelo Decreto 4.410 da Presidência da República, de 07 de outubro de 2002, ocasião em que passou a compor o ordenamento jurídico interno do Brasil” (CAMBI; GUARAGNI, 2014, p. 49). É importante destacar que no Brasil, essa convenção foi aprovada “[...] com reserva ao artigo XI, § 1º, “c”, que trata da tipificação da prática de lobby para a adoção de decisão de autoridade pública com o objetivo de obter proveito ilícito” (CGU, 2016, p. 5).

O segundo documento internacional foi a convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997 e entrou em vigor internacional em 15 de fevereiro de 1999. Para os países signatários desta convenção a situação é a seguinte:

[...] passa a ser crime o oferecimento, a promessa ou doação de qualquer vantagem indevida a um funcionário público estrangeiro, direta ou indiretamente, para que, por meio de ação ou omissão no desempenho de suas funções oficiais, esse funcionário realize ou dificulte transações comerciais ou obtenha outras vantagens ilícitas na condução de negócios internacionais. No Brasil a Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 (CANDELORO, 2012, p. 242).

O terceiro documento internacional é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas – ONU, em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, em Mérida, no México, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 348/05. Nessa sequência, foi promulgado pelo decreto nº 5.687, 31 de janeiro de 2006, portanto, nessa data a convenção integra o sistema jurídico pátrio.

A corrupção não é um privilégio da cultura brasileira. Ela existe desde as primeiras civilizações. A verdade é que atualmente a corrupção está presente tanto em países desenvolvidos como também naqueles em desenvolvimento. Além disso, a corrupção “afeta negativamente a efetividade das políticas públicas e o crescimento econômico do país. Arranha o processo democrático e compromete a legitimidade das instituições de Estado” (CGU, 2016, p. 5).

O fato é que a corrupção apresenta-se hoje como um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento econômico e político dos países. “Além de afetar, de modo geral, o desenvolvimento econômico, a corrupção também acarreta danos às empresas que valorizam práticas justas em suas transações comerciais” (CGU, 2007, p, 7).

É importante mencionar que na década de noventa a corrupção já era presente nos debates internacionais.

A partir da década de 1990, observa-se uma crescente preocupação da comunidade internacional com os impactos da corrupção. É nesse contexto que a Convenção Interamericana foi formulada, figurando como o primeiro instrumento jurídico internacional a reconhecer o caráter transnacional da corrupção e a importância da cooperação como instrumento para combatê-la (CGU, 2016, p. 5).

O preâmbulo da convenção das nações unidas contra a corrupção reconhece a gravidade e a ameaça que a corrupção oferece para “a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado” (UNODC, 2007, p. 4).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a corrupção está fortemente ligada com outras formas de crime, como por exemplo, o crime organizado, a corrupção econômica e a lavagem de dinheiro. A verdade é que a corrupção é um problema transnacional que afeta todas as sociedades e economias. Por isso, para combatê-la é necessária uma cooperação internacional e a para criar mecanismos de prevenção e combate exige-se um enfoque amplo e multidisciplinar.

Convém mencionar também outros dois compromissos internacionais do quais o Brasil faz parte. O primeiro é o Acordo de Cooperação trilateral Índica, Brasil e África do Sul “foi estabelecido com o objetivo de alcançar diversos setores de políticas públicas, [...] para cooperação em administração e governança pública” (CANDELORO, 2012, p. 243). O segundo é o *The Open Government Partnership – OGP* – Parceria para Governo Aberto – 2011, cujo objetivo é “assegurar compromissos governamentais concretos nas áreas de promoção da transparência, luta contra a corrupção, participação social e fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias, de maneira a tornar os governos mais abertos, efetivos e responsáveis” (CALENDORO, 2012, p. 243).

Vê-se, pois, que a Lei nº 12.846/2013, lei anticorrupção empresarial, é resultado de um longo processo histórico e normativo de combate e prevenção à prática de atos de corrupção. Nesse sentido, ela deve ser “interpretada e aplicada com rigor no combate a todas as práticas contrárias ao respeito e à proteção do patrimônio público” (CAMBI; GUAARAGNI, 2014, p.45).

O ministro Dias Toffoli teve uma participação especial no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional e quando discursava sobre assuntos relativos ao Estado, regulação e jurisdição constitucional, em certo momento, para enfatizar que o Brasil não estava no fundo do poço e recordou a situação dos Estados Unidos nos anos de 1977.

Segundo Toffoli, até 1977, empresas americanas podiam deduzir de seus impostos os gastos com propina paga a funcionários públicos de outros países. Naquele ano, por iniciativa do presidente Jimmy Carter, o Congresso americano editou a lei anticorrupção no exterior, ou *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) (CANÁRIO, 2015)

É necessário destacar que embora o sistema jurídico americano tivesse um consistente “conjunto de normas que proíbem o suborno de funcionários públicos nacionais nos Estados Unidos, não havia nada na lei dos EUA sobre o suborno de funcionários públicos estrangeiros” (FERREIRA; MOROSINI, 2013, p. 263).

A situação da corrupção nos anos setenta nos Estados Unidos, em resumo, era segundo a Comissão Norte-Americana de Câmbios e Títulos (SEC, sigla em inglês), órgão responsável pela regulação do mercado de ações nos EUA, a seguinte, “mais de 500 empresas norte-americanas admitiram pagar o equivalente a 300 milhões de dólares em suborno a funcionários públicos estrangeiros” (FERREIRA; MOROSINI, 2013, p. 263). Nesse contexto, em 1977 foi promulgada a lei norte-americana *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*, “em virtude da proliferação dos crimes do colarinho branco na década de 1970” (CALENDORO, 2012, p. 244).

Por sua vez, em julho de 2011, no Reino Unido “entrou em vigor a lei *UK Bribery – Act*, lei britânica que criminaliza suborno ou propina, e já é tida como ‘a lei mais dura contra corrupção no mundo’” (CALENDORO, 2012, p. 247).

2.6 A GOVERNANÇA CORPORATIVA E A CORRUPÇÃO

Em palavras simples, pode-se começar definindo governança como sendo “um conjunto de princípios e práticas que permeia um modelo de gestão, seja no âmbito corporativo, familiar ou social” (CALENDERO, 2012, p. 291). Vê-se, pois, que governança envolve um conjunto de princípios e práticas que devem ser “a base de atuação da organização, definindo os papéis das partes, suas obrigações, seus direitos, as soluções para possíveis conflitos, mantendo a harmonia necessária ao desenvolvimento sustentável dos negócios” (CALENDERO, 2012, p. 291). É forçoso concluir que a governança define um modelo de gestão participativa, seja corporativa, familiar ou social.

Para o presente estudo o interesse está voltado exclusivamente para a governança corporativa. Em apertada síntese, a origem governança corporativa está no chamado conflitos de agência, isto é, na “dissociação da propriedade da gestão, apareceram os conflitos de interesse entre acionistas e gestores” (CALENDERO, 2012, p. 292). No início, a primeira preocupação era proteger os direitos dos acionistas, uma vez que, os gestores poderiam “ter interesses próprios, além daqueles comuns aos dos sócios, começando aí as decisões que não necessariamente atendem o interesse de ambos” (CALENDERO, 2012, p. 292). A governança corporativa é um instrumento que serve para proteger o direito de todos os envolvidos no processo de realização do objetivo comum.

De fato, os primeiros passos da governança corporativa não foram no Brasil. Porém, é suficiente para o momento destacar que no nosso país, o interesse pela governança corporativa iniciou-se com “o advento das privatizações e a abertura do mercado nacional ao capital externo, as organizações precisavam demonstrar a boa gestão e transmitir mais segurança aos investidores estrangeiros, adaptando-se às exigências e aos padrões internacionais” (CALENDERO, 2012, p. 292).

Frisa-se que, no Brasil, a principal referência sobre governança corporativa é o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Ele é uma organização sem fins lucrativos, fundada em 27 de novembro de 1995 que promove várias atividades, como por exemplo, palestras, fóruns, conferências, treinamentos, networking e publica pesquisas, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável das corporações e, por consequência, influenciar na construção de uma sociedade mais transparência, justa e responsável.

O Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, elaborado pelo IBGC, define governança corporativa como sendo:

[...] o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgão de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade” (IBGC, 2015, p. 19).

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) entende que governança corporativa é:

o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas (CVM, 2002, p. 1).

A governança corporativa permite a execução de uma ação cooperativa entre todos os interessados. Além disso, aumenta o valor da empresa, reduz custo e facilita a viabilidade de ingressar no mercado de capitais.

2.6.1 Os princípios básicos da governança corporativa

A ideia de princípio conecta-se necessariamente a ideia de fundamento. Sabe-se que quanto mais sólidos forem os fundamentos de uma edificação mais segura ela será e, o contrário também é verdadeiro. Segundo as recomendações da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) os princípios básicos da governança corporativa são: “transparência; equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas” (CVM, 2002, p. 1). Vale observar que o código das melhores práticas de governança corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) consta, além destes, o princípio da responsabilidade corporativa.

2.6.1.1 Do princípio da transparência: confiança

O código das melhores práticas de governança corporativa, publicado em 2010, define o princípio da transparência nos seguintes termos:

É mais do que a obrigação de informar é o desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. A adequada transparência resulta em um clima de confiança tanto internamente quanto nas relações da empresa com terceiros. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à criação de valor (IBGC, 2010, p. 19).

O princípio da transparência busca construir um ambiente de confiança entre todos os envolvidos “com a” e “na” corporação, ou seja, o espírito de confiança deve reinar direta e indiretamente.

2.6.1.2 Do princípio da equidade: tratamento justo

Entende-se por princípio da equidade o dever de tratar de maneira isonômica todos os envolvidos na ou com a corporação. Em outras palavras, o princípio da equidade constitui-se “pelo tratamento justo de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders). Atitudes ou políticas discriminatórias, sob qualquer pretexto, são totalmente inaceitáveis” (IBGC, 2010, 19). Cumpre ressaltar que *Stakeholder*, “[...] significar partes interessadas, sendo pessoas ou organizações que podem ser afetadas pelos projetos e processos de uma empresa”⁴¹. Deve-se, considerar os vários aspectos e efeitos da ação ou omissão da empresa.

2.6.1.3 Do princípio da prestação de contas (*accountability*): responsabilização

⁴¹ PORTAL DA ADMINISTRAÇÃO. *Stakeholder*. Disponível em: <http://www.portal-administracao.com/2014/07/stakeholders-significado-classificacao.html>. Acesso em 17 set. 2015

Segundo o princípio da prestação de contas os sócios, os administradores (conselheiros de administração e executivo ou gestores) conselheiros fiscais e auditores, todos “devem prestar contas de sua atuação, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões” (IBGC, 2009, p. 19).

Ressalta-se que as mudanças políticas, sociais e institucionais ocorridas no Brasil “[...] contribuíram para que a tradução da palavra *accountability* germinasse no solo brasileiro” (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 12).

Nesse sentido, em síntese, dois acontecimentos foram fundamentais para o desenvolvimento, na cultura brasileira, do significado da palavra *accountability*, isto é, a promulgação da Constituição Federal de 1998 e a reforma do aparelho do Estado em 1995.

Com a reforma administrativa do Estado ocorreu “[...] a adoção do paradigma da administração gerencial em substituição ao burocrático, a necessidade de mecanismo para o exercício do controle social no Brasil ganhou especial notoriedade” (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 13). Em outras palavras, no paradigma burocrático o foco estava no procedimento, no gerencial esta no resultado.

Dessa forma, num contexto de gerenciamento, *accountability*, pode ser traduzido em nossa língua como algo que “envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo” (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 22). São exigências que podem ser melhores compreendidas no campo da ética do que no direito, pois, “[...] uma visão moderna de responsabilidade, tendo em vista que esta não pode ter como base a ameaça e a sanção, mas um sentimento interiorizado que ‘cada um faz parte da solução e não apenas do problema’” (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 7).

2.6.1.4 Do princípio da responsabilidade corporativa: longevidade

Segundo o princípio da responsabilidade corporativa, “os agentes de governança devem zelar pela sustentabilidade das organizações, visando à sua longevidade, incorporando considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações” (IBGC, 2010, p. 19).

De qualquer sorte, no contexto da governança corporativa é necessário considerar o aspecto inter-sistêmico da organização. Embora seja lícito a empresa obter lucro com suas operações, mas é necessário também considerar essas ações numa perspectiva de médio e a longo prazo.

Já faz algum tempo iniciou uma tendência mundial “de os investidores procurarem empresa socialmente responsáveis, sustentáveis e rentáveis para aplicar seus recursos” (CANDELORO, 2012, p. 305). Já existem no Brasil empresas que se preparam para a longevidade. O índice de sustentabilidade empresarial – ISE, funciona como uma espécie de selo que qualidade, pois, “da mesma forma que cresce a busca por empresas certificadas em práticas amigas do meio ambiente e socialmente responsáveis, vemos que passa a crescer também a busca por mais evidências de práticas de boa Governança Corporativa” (CANDELORO, 2012, p. 305 – 306).

Atualmente se têm aprofundado nos debates sobre governança corporativa e também aumentado a pressão para a adoção das boas praticas de Governança Corporativa, mas, o fato é que ainda tem muito trabalho a ser feito.

O Brasil ainda se caracteriza pela alta concentração do controle acionário, pela baixa efetividade dos Conselhos de Administração e pela alta sobreposição entre propriedade e gestão. O que significa um vasto campo para o incentivo ao conhecimento, às ações e à divulgação dos preceitos da Governança Corporativa.

Não existe a possibilidade de se ter uma Governança Corporativa eficiente sem *Compliance*, pois é ele que fortalece os controles internos da empresa e mitiga os riscos atrelados à reputação e riscos de sanções regulatórias, disseminando elevados padrões éticos (CANDELORO, 2012, p. 306).

A governança corporativa, se executado com seriedade, pode ser um poderoso instrumento de combate e prevenção aos atos de corrupção. O acolhimento das práticas de governança corporativa na gestão empresarial significa uma verdadeira mudança de mentalidade.

3 A LEI ANTICORRUPÇÃO, *COMPLAINE* E ACORDO DE LENIÊNCIA CORRUPÇÃO

A lei anticorrupção ou a lei da empresa limpa é fruto de um longo processo de combate à corrupção. Todavia, cumpre mencionar que, muito mais forte do que a pressão das ruas ou da sociedade brasileira para criar uma nova lei de combate à corrupção, especialmente voltado para o setor político, foi imposição dos mecanismos internacionais ao Congresso Nacional. Os credores ou investidores internacionais querem sentir-se seguros para investir no Brasil.

Verifica-se que, o foco da lei anticorrupção é voltado para o aspecto da prevenção. Os custos da corrupção, seja social ou financeiro, são tão prejudiciais que o melhor seria que não houvesse a corrupção, portanto, o legislador brasileiro optou por enfatizar a prevenção. A história mostra que raramente são recuperados os efeitos prejudiciais causados pelos atos de corrupção. Sabe-se que é impossível não existir a corrupção, então, nesse caso, é necessário a adequada punição.

O novo diploma legal quer que a relação entre as empresas privadas e o poder público seja livre de atos corruptos, nos termos do artigo 5º da Lei nº 12.846/13. Seguindo o rumo da prevenção, a lei anticorrupção, propõe ao empresariado brasileiro a implantação e implementação do programa de integridade ou *compliance* nas empresas, prioritariamente nas que se relacionam diretamente com o poder público.

Seguindo o caminho da prevenção, o presente trabalho propõe estudar, à luz da teoria dos sistemas de Luhmann e das premissas do movimento análise econômica do direito (AED), a lei anticorrupção e, de modo particular, a aplicação e as vantagens do *compliance* no setor privado. Sem o foco na prevenção, destaca-se a importância do instituto jurídico do acordo de leniência na luta contra a corrupção. Registra-se que é totalmente cabível e necessário a implantação e a implementação do programa de integridade ou *compliance* no setor público.

A análise econômica do direito (AED) ou *laws and economics*, no Brasil, até o momento é pouco conhecida e aplicada. “Não se pode afirmar que possa ser enquadrada em um conceito único, pois há diversas escolas e diversos precursores, que foram incluindo ou excluindo premissas no decorrer do desenvolvimento do próprio movimento” (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 91).

Sob a perspectiva da teoria dos sistemas é perfeitamente viável o intercâmbio entre direito e econômica. “A análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão de ambos” (COOTER; ULEN, 2010, p. 33). O objetivo é utilizar ferramentas da economia para aperfeiçoar a aplicação das normas jurídicas. O direito também pode contribuir com a economia, por exemplo, “a ausência de propriedade segura e contratos confiáveis costumava paralisar a economia de alguns países da Europa oriental e do terceiro mundo” (COOTER; ULEN, 2010, p. 33).

O movimento análise econômica do direito ou *laws and economics* ensina que as leis funcionam como incentivos para mudar o comportamento das pessoas. As premissas básicas da análise econômica do direito são três. Primeira premissa é a escolha racional ou maximização. As pessoas maximizam os benefícios, ou seja, elas escolhem o melhor para ela. As pessoas reagem a incentivos. Nesse sentido, “as pessoas reagem às sanções da mesma forma como reagem aos preços: ao tomar o comando normativo como um preço, o receptor da norma automaticamente por ser racional avalia a relação entre custo e benefício da conduta que poderia vir a praticar” (GONÇALVES, RIBEIRO, 2013, p. 83). Segunda premissa, em síntese, é a seguinte: quando todos reagem aos incentivos e buscam os seus próprios interesses, o resultado acabará sendo o equilíbrio. A terceira premissa é a eficiência, ou seja, análise do custo e do benefício das escolhas. O fato é que “sempre existem custos nas relações de mercado e que estes influenciam na interação entre os agentes e nas condições de negociação, ou seja, no preço” (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 92).

A análise econômica do direito pode ser estudada sob o aspecto positivo ou normativo. “Análise Positiva do Direito é o ramo da análise econômica que descreve como a economia de fato funciona [...] Análise Normativa do Direito é o ramo da AED em que são feitas prescrições sobre como a economia deveria funcionar” (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013, p. 82).

O conceito de externalidade é outra contribuição da análise econômica do direito. Externalidades são “os efeitos e consequências dos atos dos agentes econômicos, dentre os quais se incluem o governo. Estes efeitos podem ser benéficos ou prejudiciais, dependendo de como se realizem” (COLIENDO, 2016, p. 196).

A criação de uma lei, por exemplo, da lei anticorrupção, é um ato de intervenção estatal. “A intervenção pode ser definida, então, como a ação do Estado no domínio

econômico, buscando, no exercício de suas funções, alcançar determinados fins” (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013, p. 87).

3.1 A LEI ANTICORRUPÇÃO COMO NORMA DE INTERVENÇÃO POR INDUÇÃO

O Estado pode intervir na ordem econômica de três maneiras. Segundo Eros Grau, temos a intervenção por absorção ou participação, por direção ou por indução (GRAU, 2014, p. 90). A intervenção por indução ocorre quando “o Estado manipula os instrumento de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados” (GRAU, 2014, p. 144).

A lei nº 12.846/13 ou lei anticorrupção empresarial, artigo 1º, dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticarem atos de corrupção contra administração pública nacional ou estrangeira. A responsabilização da pessoa jurídica não afasta a responsabilização de seus dirigentes ou administradores, na medida da sua culpabilidade. Mesmo que a pessoa jurídica alterar o contrato social seja por transformação, incorporação, fusão ou cisão, subsiste a responsabilidade.

A responsabilização objetiva “[...] dispensa o dolo ou a culpa por parte dos seres humanos que tenham atuado em nome do ente coletivo” (GUARAGNI, 2013, p.70). Na esfera civil, o atual Código Civil (CC) prescreve a responsabilização objetiva, em alguns casos. Em outras palavras, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Art. 927, parágrafo único). Vale observar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), também prescreve, em certas situações, a responsabilização independentemente de culpa. Ou seja:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção montagem, fórmulas, manipulação, apresentações ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (Art. 12, *caput*, do CDC). O fornecedor de serviços

responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (Art. 14, *caput*, do CDC)

Por outro lado, na esfera administrativa, conforme atual Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que prestam serviços públicos “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra a o responsável nos caso de dolo ou culpa” (Art. 37, parágrafo 6º, da CF/88). Outro exemplo de responsabilização objetiva no âmbito administrativo são as infrações cometidas contra a ordem econômica.

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguinte efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante (Art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/11).

Vê-se, pois que, já existem possibilidades de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas no ordenamento pátrio. Todavia, agora, os atos lesivos contra a administração pública, seja nacional ou estrangeira, serão responsabilizados objetivamente, quer civil ou administrativamente.

Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV – no tocante a licitações e contratos: a) Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c)

Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional (Art. 5º da Lei nº 12.846/13).

É forçoso constatar que a responsabilidade civil visa somente a indenização do prejuízo, mas a responsabilidade administrativa “não se encontra vinculada estritamente à ideia de dano” (CASCIONE, 2015, p. 31). A lei em comento coloca os dois regimes sob a mesma técnica, ou seja, responsabilidade objetiva. Trata-se de um rol taxativo. Vale ressaltar que há sérias discussões sobre a constitucionalidade da lei anticorrupção.

O custo da desobediência aos preceitos da lei anticorrupção, tanto na esfera administrativa ou judicial, poderá significar a ruína econômica da empresa.

Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previsto neste lei as seguintes sanções:

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 estimação; e

II – publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º (VETADO)

[...]

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III – dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando:

I – ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II – ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados

§ 2º (VETADO)

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé.

Nota-se que as sanções supramencionadas são de elevado custo para a empresa. Além disso, observa-se que a lei criou o cadastro nacional de empresas punidas (CNEP) que dará

publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos do poder executivo, legislativo e judiciário, nos termos do artigo 22 da lei anticorrupção.

Por outro lado, a título de incentivo, será causa de atenuação das sanções a empresa que implantou e implementou o “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (art. 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção). Os critérios de avaliação do programa de integridade são os prescritos no artigo 41 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

3.2 O PROGRAMA DE INTEGRIDADE OU *COMPLIANCE*

A palavra *Complainece* “é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa” (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 88). O conceito de missão empresarial funciona “como um lembrete periódico a fim de que os funcionários saibam para onde ir e como conduzir os negócios” (CANDELORO, 2012, p. 29). Por sua vez, visão “é a imagem que a instituição tem a respeito de si mesma e do seu futuro [...] é o caminho estratégico que a instituição pretende percorrer durante determinado período de tempo e quais ferramentas utilizará para seguir nessa missão” (CANDELORO, 2012, p. 30). Por fim, valores funcionam “como uma cultura organizacional, sobre a qual se alicerçam a Missão e a Visão” (CANDELORO, 2012, p. 30). Dessa forma, pode-se definir *compliance* “como uma ferramenta que as instituições utilizam para nortear a condução dos próprios negócios, proteger os interesses de seus clientes e salvaguardar o seu bem mais precioso: a reputação” (CANDELORO, 2012, p. 30).

O *Compliance* envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais e éticas para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem busca lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução dos seus negócios (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 88).

Dessa maneira, pode-se concluir que o *compliance* significa uma superação da compreensão do capitalismo que visa o lucro a qualquer preço. A ferramenta *compliance* consiste em:

Um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como as atitudes de seus funcionários; um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e o risco legal, os chamados “risco de *Compliance*”, a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades (CANDELORO, 2012, p. 30)

Cumprido ressaltar que o conjunto dos riscos de imagem e os riscos de sofrer sanções por órgãos reguladores e autorreguladores constituem o que se chama de “risco de *Compliance*”.

Desde fevereiro de 2014 está vigente a Lei nº 12.846/ 2013 que regulamenta a responsabilização objetiva das empresas que praticarem atos lesivos à administração pública. Todas as empresas que mantêm, de alguma forma, relações com o poder público, caso praticarem atos lesivos contra a administração pública, seja nacional ou estrangeira, estarão sujeitas às sanções desse novo diploma legal. Nesse caso, tem-se, um típico exemplo de risco legal ou de *compliance*.

A Lei Anticorrupção⁴² é muito mais uma resposta às obrigações internacionais que o Brasil assumiu, enquanto signatário de convenções internacionais e, especialmente da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, do que reação aos recentes protestos públicos da população contra os escândalos de corrupção, especialmente no caso da Petrobras.

Vale destacar que ao responsabilizar objetivamente, civil e administrativamente, as pessoas jurídicas privadas, por atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, o foco da nova lei é, evidentemente, não mais o corrupto, mas o corruptor. Não existe corrupto sem corruptor.

Na Lei anticorrupção não consta a obrigatoriedade da implantação do mecanismo de *compliance* nas empresas. Situação diferente é a prescrição da lei que dispõe sobre os crimes

⁴² Lei 12.846/13. Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

de “lavagem” ou ocultação de bens, direito e valores. A Lei nº 9.613/98⁴³, artigo 10, inciso III, alterado pela Lei nº 12.683/12, prescreve para as pessoas físicas e jurídicas, nos termos do artigo 9º, da Lei 9.613/98, o dever de adotar e implantar mecanismos de *compliance*.

Em outras palavras, a “Lei de Lavagem de Dinheiro passou a exigir, nos termos do art. 10, inciso III, a adoção de ‘*políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender*’ (sistema de *compliance*)” (CASCIONE, 2015, p. 99).

Em que pese não ser uma exigência expressa na lei anticorrupção a adoção e implantação dos mecanismos de *compliance* é altamente recomendável no combate e na prevenção da corrupção. Se a pessoa jurídica não implantar o mecanismo de *compliance*, de imediato, não existe “previsão de qualquer sanção – ao menos a princípio – decorrente da não adoção de políticas de *compliance*” (CASCIONE, 2015, p. 100).

Por outro lado, o decreto regulamentador da lei anticorrupção determina que no “acordo de leniência conterà, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre: IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade” (Art. 37, inciso IV, do Decreto Federal nº 8.420/15).

A implementação de programa de integridade, ou seja, de *compliance* é uma das melhores maneiras de prevenir e combater a corrupção. Portanto, mesmo não sendo, pelo menos a princípio, uma obrigação legal para as empresas, tudo evidencia que é altamente recomendável. Aliás, o combate e a prevenção à corrupção só será eficiente se, de fato, isso representar um valor para a empresa.

É oportuno consignar também que a empresa poderá ser responsabilizada objetivamente se ficar comprovado que a pessoa jurídica utilizou “de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados” (Art. 5º, inciso III, da Lei nº 12.846/13).

O Instituto Ethos, baseado em outras experiências bem sucedidas, propõe aos empresários brasileiros um projeto de combate/prevenção à corrupção. O projeto, de modo geral, consiste no “Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção: para unir

⁴³ Lei nº 9.613/98. Art. 10. [...] III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (Redação dada pela Lei 12.683/2012).

empresas com o objetivo de promover um mercado mais íntegro e ético e erradicar o suborno e a corrupção”⁴⁴. Para participar do projeto basta as empresas ao assinarem o pacto assumirem o compromisso de praticar e divulgar a legislação brasileira anticorrupção o mais amplo possível. Além disso, elas devem-se comprometer a primar pela prática da transparência de informações e a colaborar efetivamente com investigações de casos de corrupção. Atualmente, têm quatrocentas e vinte e uma empresas signatárias desse pacto, das quais cento e oitenta e três são do Estado de São Paulo, ou seja, mais de quarenta e três por cento das empresas signatárias são paulista.

Os atos lesivos que configuram a responsabilização objetiva, civil ou administrativo, das empresas são aqueles tipificados no artigo 5º, da lei anticorrupção, rol taxativo. É importante notar que na dosimetria da pena será considerado “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (Art. 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/13). Vê-se, pois, que a implantação da ferramenta de *compliance* poderá ser de grande valia para as empresas.

A existência de mecanismos de *compliance* nas empresas, após a lei anticorrupção, tornar-se fundamental, não só para prevenir ou combater, mas para diminuir a incidência das sanções aplicadas. O Decreto Federal nº 8.420/2015 que regulamentou a lei anticorrupção, definiu *compliance* ou programa de integridade, no contexto de uma pessoa jurídica como sendo o “[...] conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”. Nesse sentido, pode-se dizer que “as atividades de *Compliance* inserem-se em um contexto de gestão preventiva de riscos, monitorando e supervisionando continuamente as práticas corporativas e as operações cotidianas, de modo a inserir a instituição dentro do arcabouço da boa governança” (CALENDELORO, 2012, p. 339).

Deste modo, “é somente por meio da adoção de um programa de *compliance* que se poderá, de fato, evitar a ocorrência de atos lesivos contra a administração pública ou, ao menos, diminuir os riscos de sua ocorrência” (CASCIONE, 2015, p. 103).

⁴⁴ INSTITUTO ETHOS. Disponível em: <https://www3.ethos.org.br/conteudo/projetos/integridade/pacto-empresarial-pela-integridade-e-contra-a-corrupcao/#.WERRRrIrLIU>. Acesso em 04 dez 2016.

3.3 AVALIAÇÃO DO *COMPLIANCE* OU PROGRAMA DE INTEGRIDADE

O desafio a ser superado na implantação e implementação de um programa de *compliance* será o mesmo da mudança que acontece na mudança de paradigma. O mecanismo de *compliance* é um verdadeiro salto de qualidade na gestão empresarial. A função do programa de integridade vai muito além do que ser apenas mais uma ferramenta de fiscalização ou cumprimento de normas e regularmente ou mesmo de detecção de desvios. Verdadeiramente, “hoje um bom programa de *Compliance* aufere à organização a credibilidade necessária para se alinhar à tendência mundial com melhores práticas na condução dos negócios” (CANDELORO, 2012, p. 254).

O decreto federal regulamentador da lei anticorrupção define *compliance* ou programa de integridade, no âmbito de uma pessoa jurídica, nos seguintes termos:

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, irregularidade e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (Art. 41, caput, do Decreto Federal nº 8.429/15).

Frisa-se que *compliance* é um mecanismo que, se bem trabalhado, servirá para inserir a empresa num padrão de competição de nível mundial. Trata-se de uma mudança de paradigma. O *compliance* não é apenas uma ferramenta para não errar, mas para fazer com excelência o que tem de ser feito.

Cumprido ressaltar que o mecanismo de *compliance* “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 sua efetividade” (Art. 41, parágrafo único, do Decreto Federal nº 8.420/2015).

Se a pessoa jurídica apresentar “sem sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo” (Art. 5º, parágrafo 4º, do Decreto Federal nº 8.420/15) e, considerar na dosimetria das sanções a serem aplicadas, os seguintes parâmetros:

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 – registro 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 (Art. 42, parágrafo 1º, Decreto Federal nº 8.420/15).

Nessa oportunidade, fica claro que não é suficiente dizer que a empresa tem implantado um programa de integridade ou *compliance*, mas o mais relevante é que ele seja realmente efetivo. Aliás, inclusive a “efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração” (Art. 42, parágrafo 2º, do Decreto Federal nº 8.420/15) também será considerado na dosimetria da sanção. Além disso, será considerado como critério de avaliação da qualidade do *compliance*, o seguinte aspecto:

O porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes

comerciais; IV – o setor do mercado em que atua; V – os países em que atua, direta ou indiretamente; VI – o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. (Art. 42, parágrafo 1º, do Decreto Federal nº 8.420/15).

Não existe um modelo padrão de *compliance* ou programa de integridade que serve formalmente para todas as empresas. Cada empresa deverá analisar os seus riscos e suas necessidades e elaborar o seu programa de integridade. Desta feita, resta plenamente cabível a conclusão de que a preocupação do legislador é realmente com a efetividade do programa de integridade ou *compliance* implementado na empresa.

3.4. A GOVERNANÇA CORPORATIVA E O *COMPLIANCE*

A estrutura de governança corporativa deseja a implantação e implementação do programa de *compliance*. Por outro lado, torna-se difícil a execução do programa de *compliance* ou programa de integridade sem a estruturação da governança corporativa na empresa.

Vale observar que é totalmente inviável ter “[...] uma Governança Corporativa eficiente sem *Compliance*, pois é ele que fortalece os controles internos da empresa e mitiga os riscos atrelados à reputação e riscos de sanções regulatórias, disseminando elevados padrões éticos” (CALENDORO, 2012, p. 306). Em outros termos, “é preciso assentar que um programa de *compliance* adequado depende fundamentalmente de sua inserção na estrutura de governança corporativa da empresa” (CASCIONE, 2015, p. 106).

O programa de integridade ou *compliance* exige “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” (Artigo 42, inciso XV, do Decreto Federal nº 8.420/15). Portanto, caso a empresa não tenha condições de criar uma equipe de *compliance*, então, pelo menos dever “destacar um colaborador preferencialmente de nível hierárquico superior, para que se torne responsável por tais atribuições” (CASCIONE, 2015, p. 106).

3.5 OS PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE OU *COMPLIANCE*

Sabe-se que não existe um modelo padrão de programa de *compliance*. Cada empresa deve fazer uma cuidadosa análise da sua situação e criar o seu programa. Só faz sentido a implantação e implementação do programa de *compliance* na empresa se for para funcionar efetivamente. Esse projeto é muito mais do que uma mera formalidade.

3.5.1 O primeiro pilar: Comprometimento e apoio da alta direção

O comprometimento é “uma das palavras-chave para o sucesso de um programa de *Compliance*” (CANDELORO, 2012, p. 259). Ressalta-se que é o comprometimento de todos os agentes e, especialmente, da alta direção da empresa. Tanto que o primeiro parâmetro a ser avaliado sobre a qualidade do programa de integridade é o “comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa” (Art. 42, inciso I, do Decreto Federal nº 8.420/15). Nesse sentido, a atitude da alta direção da empresa “é condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às e pra a aplicação efetiva do Programa de Integridade” (CGU, 2015, p. 6).

Vale dizer que a alta administração deve “demonstrar efetivamente tal comprometimento através de atitudes; com isso, todos os profissionais da instituição se pautarão pelos exemplos e assimilarão melhor a importância e o seu papel num ambiente de controle saudável e eficaz” (CANDELORO, 2012, p. 260).

3.5.2 Segundo pilar: Ter uma Instância responsável pelo programa de integridade

Uma vez que já tem o completo apoio da alta direção da empresa, o próximo passo é criar “um setor de *compliance* que possa se dedicar à estruturação, manutenção e revisão do programa adotado, dando soluções práticas para o dia-a-dia das atividades desenvolvidas, no que concerne à prevenção de atos lesivos contra a administração pública” (CASCIONE, 2015, p. 106).

É necessário destacar que o “setor de *compliance* ou o responsável pelo programa (*compliance officer*) devem poder se reportar diretamente e formalmente às maiores instâncias decisórias da organização” (CASCIONE, 2015, p. 106). Além disso, é importante também “a alocação de recursos financeiros, materiais e humanos adequados” (CGU, 2015, p. 9), para garantir a independência do setor.

De fato, o sucesso do programa de *compliance* depende de todos os profissionais da empresa. Aliás, todos devem “ter clara percepção de que *Compliance* é uma responsabilidade de todos, não importando a função ou posição; além disso, cada profissional é o responsável primário por seus processos, controles e, conseqüentemente, potenciais riscos” (CANDELORO, 2012, p. 261).

3.5.3 Terceiro pilar: Analisar o perfil e o risco que a empresa está sujeita

Não existe um programa de *compliance* uniforme, ou seja, dependendo do perfil da empresa será construído o programa de integridade. Considera-se na análise do perfil e o risco que pessoa jurídica está sujeita.

I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV o setor do mercado em que atua; V – os países em que atua, direta ou indiretamente; VI o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte (Art. 42, parágrafo 1º, do Decreto Federal nº 8.420).

Preliminarmente, a tarefa é identificar as situações de risco ou “fatores que possam facilitar, camuflar ou contribuir para prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (CGU, 2015, p. 11). Com base nessas informações, a segunda tarefa é “desenvolver políticas com o objetivo de aumentar o controle sobre as situações de risco e diminuir as chances de ocorrência dos atos lesivos” (CGU, 2015, p. 11)

3.5.4 Quarto pilar: Estruturação das regras e instrumentos

Cumprir mencionar que “a existência de regras escritas de padrões de conduta é indispensável para qualquer estrutura organizacional” (CASCIONE . 2015, p. 108).

Pode-se dizer, resumidamente, que as regras internas da empresa dividem-se em dois grupos. “No primeiro grupo, encontram-se as regras deontológicas que devem nortear o comportamento e as ações dos colaboradores e prestadores de serviço em geral” (CASCIONE, 2015, p. 108). Por outro lado, o segundo grupo é mais abrangente, pois, nele encontra-se regras de procedimentos internos, o organograma da empresa e também “comunicação interna, programas de comunicação e treinamento, investigações internas, procedimentos de apuração, canais de comunicação, análises reputacionais, procedimentos de auditoria societária e em contratação, etc.” (CASCIONE, 2015, p. 109).

A propósito será critério de análise da qualidade do programa de *compliance* a existência de escrita de “padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos” (Art. 42, inciso II, do Decreto Federal nº 8.420/15).

Cumprir mencionar que, conforme “a arquitetura de responsabilização da Lei Anticorrupção, essas regras devem ser direcionadas às controladoras, controladas e coligadas do grupo societário e, também, especialmente, aos terceiros relacionados que ajam no interesse da pessoa abrangida” (CASCIONE, 2015, p. 109). É importante que a adesão seja por escrito.

Assim, importa dizer que, seria oportuno que o código de ética e o de conduta estivessem reunido em um único documento. Mas, “o importante é que tais padrões de comportamento sejam claros, sejam seguidos por todos, e que se encontrem também amplamente acessíveis ao público externo, em especial aos parceiros de negócio e clientes” (CGU, 2015, p. 14).

As ações propostas pelo programa de *compliance* serão sempre determinadas pela análise dos riscos. Tudo vai depender do grau de relacionamento que a pessoa jurídica mantém com o poder público, seja em processos licitatórios, 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 certidões” (Art. 42, inciso VIII, do Decreto Federal nº 8.420/15).

Diante disso, por exemplo, poderia criar uma regra que determina “a rotatividade de funcionários da empresa que tenham contato com agentes públicos, de modo a diminuir a possibilidade de vícios, ou regras que vedem a realização de reunião de um único funcionário da empresa com agentes públicos” (CGU, 2015, p. 15). Outra experiência que se mostra válida é não deixar que um único funcionário possa validar de forma “autônoma documentos que serão apresentados para participação da empresa em licitações, em virtude do risco de falsificação ou eventuais fraudes ao processo” (CGU, 2015, p. 15). Do mesmo modo, “não é aconselhável que atuais ou ex-agentes públicos e pessoas a eles relacionadas sejam contratados sem que cuidados adicionais que enfatizem o caráter técnico da escolha sejam adotados” (CGU, 2015, p. 15). Outro cuidado é a empresa limitar o poder discricionário de funcionários responsáveis pelas decisões relativas aos processos licitatórios.

A questão de oferecimento de brindes, presentes ou hospitalidade é uma questão bastante sutil. Portanto, é necessário muito cuidado, uma vez que “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada” (Art. 5º, inciso I, da Lei 12.846/13) configura ato lesivo à administração pública. Nesse contexto, é “fundamental que a empresa crie uma política interna sobre o oferecimento e pagamento de brindes, presentes e hospitalidades e estabeleça de imediato o que é aceitável e o que nunca é aceitável” (CGU, 2015, p. 16).

Vale ressaltar que é necessário manter controle interno “que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica” (Art. 42, do Decreto Federal nº 8.420/15). Percebe-se que o objetivo é identificar as impropriedades dos registros contábeis, pois, o “suborno, assim como outras práticas ilícitas, é geralmente disfarçado contabilmente em pagamentos legítimos como comissões, consultorias, gastos com viagens, bolsas de estudo, entretenimento, etc” (CGU, 2015, p. 17).

Para as grandes corporações é recomendável que promovam auditoria externa independente de seus registros contábeis.

É um critério importante na avaliação da qualidade do programa de *compliance* a empresa ter “diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão de

terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agente intermediários e associados” (Art. 42, inciso XIII, do Decreto Federal nº 8.420/13).

Nesse ponto de vista, é recomendável que antes de efetivamente contratar terceiros, seja pessoa física ou jurídica, tenha-se o cuidado de verificar se no passado o contratado teve algum envolvimento em ato lesivo à administração pública. Além disso, se for pessoa jurídica “é aconselhável ainda verificar se possui Programa de Integridade que diminua o risco de ocorrência de irregularidades e que esteja de acordo com os princípios éticos da contratante” (CGU, 2015, p. 18). Poderá também inserir cláusulas que, por exemplo, exige o comprometimento com a integridade nas relações com poder público.

Vale lembrar que é primordial a empresa adotar medidas efetivas, no sentido de prevenir-se da responsabilização por atos lesivos praticados pela outra empresa. Portanto, é necessária a “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” (Art. 42, inciso XIV, do Decreto Federal nº 8.420/15). A atitude da empresa deverá ser proativa.

A partir da constatação de indícios de irregularidades (por intermédio de verificações de documentos, livros societários, demonstrações financeiras, validades de licenças e autorizações, processos e procedimentos documentados, pesquisas em bases de dados públicas e na internet, entre outros), a empresa pode identificar a necessidade de investigações mais detalhadas, que lhe permitam a decisão sobre seguir ou não com o processo de fusão ou aquisição (CGU, 2015, p. 19).

O fato é que uma empresa “comprometida com a integridade nos negócios deve estar atenta para o histórico daqueles que receberão seus financiamentos, patrocínios ou doações, para evitar possíveis associações de sua imagem com fraudes ou corrupção” (CGU, 2015, p. 19).

É preciso que a empresa desenvolva mecanismos de transparência para a liberação de doações. Em síntese, é recomendável que a empresa estabeleça e divulgue antecipadamente qual será sua postura diante de situações concretas de pedido de doações ou patrocínio.

Deverá ser uma preocupação do programa de *compliance* trabalhar no sentido de divulgar e facilitar o acesso ao código de ética ou conduta, bem como a todos os documentos

que tratam sobre integridade nos negócios. Os meios de divulgação podem ser os mais variados possíveis, como por exemplo, internet, rede interna da empresa, em cartazes, e-mail. Vale lembrar o cuidado com o idioma, ou seja, facilitar o acesso. Por último, é saudável que a empresa mantenha “canais para fornecer orientações e esclarecimento de dúvidas com relação aos aspectos do Programa de Integridade. Os canais devem ser gratuitos e de fácil acesso a todos na empresa e abertos a terceiro e ao público, quando for o caso”. (CGU, 2015, p. 20).

Outro instrumento que valoriza consideravelmente o programa de *compliance* da empresa é a promoção de “treinamentos periódicos sobre o programa de integridade” (Art. 42, inciso IV, do Decreto Federal nº 8.420/15). “A empresa deve ter um plano de capacitação com o objetivo de treinar as pessoas sobre o conteúdo e os aspectos práticos das orientações e das políticas de integridade” (CGU, 2015, p. 20). Esses treinamentos devem ser voltados para solucionar questões práticas.

Um mecanismo vital para o funcionamento eficiente do programa de *compliance* é a empresa ter bons “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé” (Art. 42, inciso X, do Decreto Federal nº 8.420/15).

Para assegurar a efetividade dos canais de denúncia da empresa é preciso que ela “tenha políticas que garantam a proteção ao denunciante de boa-fé como, por exemplo, o recebimento de denúncias anônimas e a proibição de retaliação de denunciante” (CGU, 2015, p. 21). Ainda nesse sentido, é fundamental manter transparência no processo para conferir melhor credibilidade nas denúncias.

É muito prejudicial ao programa de *compliance* a impunidade, por isso, as regras do programa não podem ficar só no papel. “Ainda mais importante é a certeza da aplicação das medidas previstas em caso de comprovação da ocorrência de irregularidades” (CGU, 2015, p. 22). Cumpre mencionar que deve ser plenamente garantido o direito de defesa.

Realmente é fundamental que o programa de *compliance* tenha “procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerado” (Art. 42, inciso XII, do Decreto Federal nº 8.420/15). As regras internas da empresa deverão “tratar de aspectos procedimentais a serem adotados nas investigações como: prazos, responsáveis pela apuração das denúncias, identificação da

instância ou da autoridade para a qual os resultados das investigações deverão ser reportados” (CGU, 2015, p. 22). A questão é agilidade no processo para evitar as consequências do dano.

3.5.5 Quinto pilar: Estratégias de monitoramento contínuo

O programa de *compliance* não é uma obra acabada, mas, pelo contrário, exige sempre atualização, “visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º, da Lei nº 12,846, de 2013” (Art. 42, inciso XV, do Decreto Federal nº 8.420/15).

Vale recordar algumas perguntas que pode ajudar a melhorar a efetividade do programa de *compliance*.

A empresa está monitorando adequadamente a aplicação das políticas relacionadas às suas principais áreas de risco? A instância responsável pelo Programa de Integridade está conduzindo o processo de monitoramento de forma objetiva, com independência e autonomia em relação às áreas monitoradas? Os resultados apontados em processos anteriores de auditoria, monitoramento do Programa de integridade e outros mecanismos de revisão foram considerados e corrigidos? Como a empresa está respondendo às questões identificadas durante o processo de monitoramento? São desenvolvidos planos de ação para correção das fragilidades encontradas? Existe uma área responsável pelo acompanhamento desse plano de ação? (CGU, 2015, p. 24).

É fundamental que o setor de *compliance* da empresa mantenha-se sempre numa atitude proativa, propondo constantes avaliações da efetividade do programa de integridade implantado, proporcionando estudos, debates, sempre com o objetivo de responder com eficiência às constantes mudanças do mercado. Sem um devido monitoramento o programa de *compliance* envelhecerá precocemente.

3.6 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Mantendo-se fiel ao foco da prevenção, torna-se pertinente estudar o instituto jurídico do acordo de leniência. A corrupção é ato complexo e difícil de ser desmascarado. Nesse sentido, se alguém que fez parte do esquema revelar o procedimento, com certeza será mais rápido o combate esse mal.

O acordo de leniência está prescrito na lei anticorrupção nos artigos 16 e 17 e regulamentado nos artigos 28 ao 40, do Decreto Federal nº 8.420/15. É interessante notar que as duas palavras, acordo e leniência, “transmite a ideia de colaboração, de harmonia e de boa vontade na consecução de objetivos comuns” (CAMBI, 2014, p. 189).

Assim, acordo de leniência pode ser conceituado como:

Um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção. Trata-se de instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas (MARRARA, 2015, p. 4)

A tônica do acordo de leniência é a relação de concordância e colaboração. Sendo assim, em teoria, esse instrumento jurídico deveria ser mais eficiente no combate à corrupção do que a simples repressão, uma vez que ele “[...] estimula, mediante benefícios ou sanções positivas, que a pessoa jurídica autora dos ilícitos do artigo 5º revele a verdade” (CAMBI, 2014, p. 190).

3.6.1 Competência para firmar o acordo de leniência

De um lado, tem-se a administração pública como vítima do ato lesivo. De outro lado, tem-se a pessoa jurídica responsável pela prática de um ou alguns dos atos previstos no artigo 5º da lei anticorrupção. O acordo ocorrerá entre esses dois sujeitos, a pessoa jurídica privada e o ente público, o Estado.

É competente para firmar o acordo de leniência, de um lado, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e, de outro a pessoa jurídica que praticou os atos previstos na lei anticorrupção e que querem efetivamente colaborar com a investigação e o processo

administrativo (Art. 16, *caput*, da Lei nº 12.846/13). No âmbito do Poder Executivo federal a Controladoria-Geral da União é competente para celebrar acordo de leniência (Art. 29, do Decreto Federal nº 9.420/15).

3.6.2 Efetividade da colaboração na fase investigatória e processual administrativa

O artigo 16 da lei anticorrupção é categórico ao afirmar que o acordo de leniência deve efetivamente produzir efeitos concretos na investigação e no processo administrativo. Desse modo, é necessário que dessa colaboração resulte, primeiro, a identificação dos demais infratores, se houver e, segundo, ocorra rápida obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Em resumo, fique demonstrado a autoria e a materialidade do crime.

O fato é que a pessoa jurídica que procurar a administração para celebrar o acordo de leniência, estará confessando a sua prática de um ou mais atos lesivos descritos no artigo 5º da lei anticorrupção ou dos artigos 86 a 88 da lei de licitações e contratos.

Se não for preenchido os dois objetivos do acordo de leniência, autoria e materialidade, não será possível a “sua realização sem as provas ou os meios de prova indispensáveis para a demonstração desses requisitos, tendo em vista a seriedade e a efetividade do ato de colaboração” (CAMBI, 2014, p. 201).

Além desses dois requisitos, autoria e materialidade, para a validade do acordo de leniência é necessário o preenchimento cumulativo de mais três requisitos.

I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (Art. 16, parágrafo 1º, da Lei nº 12.846/13).

Além desses três requisitos, acrescentam-se outros três que também são essenciais. O acordo de leniência de ser formalizado, primeiro, diante da autoridade competente, segundo, ter expressa manifestação da autoridade e, terceiro, que dessa “[...] colaboração resulte a efetiva identificação dos envolvidos e a obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito” (CAMBI, 2014, p. 202).

A pessoa jurídica interessada deverá ser a primeira a se manifestar no sentido de propor o acordo. Depois da primeira, nenhuma outra envolvida no mesmo caso poderá se manifestar nesse sentido. Frisa-se que o acordo de leniência é com a pessoa jurídica. A empresa precisa cessar imediatamente o seu envolvimento na infração investigada, desde a celebração do acordo. “Se a pessoa jurídica assim não proceder, o acordo de leniência não poderá ser celebrado ou, se já firmado, poderá ser denunciado pela autoridade pública competente, cessando os seus efeitos benéficos” (CAMBI, 2014, p. 203). É preciso que a pessoa jurídica confesse a sua participação no ilícito. Cumpre ressaltar que a “cooperação com as investigações e o processo administrativo deve ser plena, contínua e regular, de modo que se essa cessar após a celebrado [...] o acordo poderá ser denunciado pela autoridade, perdendo o mesmo a sua eficácia legal” (CAMBI, 2014, p. 203). “O acordo de leniência é ato administrativo bilateral, por isso, só pode ser firmado pela autoridade competente, sob pena de vício de competência, gerador de nulidade da avença” (CAMBI, 2014, p. 203). É também ato bilateral e discricionário da administração pública. Portanto, a autoridade deve manifestar-se de maneira formal e motivada a sua vontade. Por fim, é preciso que tenha uma efetiva colaboração na investigação tanto na investigação como no processo administrativo.

Vale frisar que os “efeitos do acordo de leniência são vinculados, obrigatórios e decorrem da Lei, não propriamente do acordo, o qual não pode retirar os benefícios conferidos pelo ordenamento jurídico à entidade privada” (CAMBI, 2014, p. 205).

A lei anticorrupção não estende os benefício do acordo de leniência às pessoas físicas, o que poderá ser um sério obstáculo a proposta de acordo de leniência sob o regime desta lei.

A exclusão das pessoas naturais do alcance do acordo de leniência, especialmente os ligados à pessoa jurídica, impõe o pacto pelo silêncio entre o dirigente corruptor da pessoa jurídica e o agente público corrupto, o que resulta na preservação da danosa cultura de corrupção presente na esfera pública nacional. Sem alcançar a pessoa física, é evidente que essa não se

sentirá estimulada a elucidar os atos lesivos à administração pública, revelando os agentes públicos corruptos e ímprobos que lesam o Estado e a sociedade brasileira (CAMBI, 2014, p. 211).

De qualquer sorte, já existe no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 12.529/11 que estende os benefícios do acordo de leniência às pessoas físicas. Eis uma questão que merece uma melhor análise.

Cumprе ressaltar que a “proposta de acordo de leniência somente se tomará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo” (Art. 16, parágrafo 6º, da Lei nº 12.846/13). O silêncio, muitas vezes, é fundamental para o sucesso não só da celebração do acordo, mas também de sua efetividade.

Depois de encerrar a fase de investigação, a autoridade deverá informar o Ministério Público para, se necessário, tomar as medidas jurídicas cabíveis. Cumprе mencionar que, “a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (Artigo 5º, inciso LX, da CF/88). Se o representante do Ministério Público entender que deve manter o sigilo este poderá ser estendido até a fase do processo administrativo. Todavia, ao Ministério Público, enquanto titular privativo de promover a ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF/88) e órgão eleito constitucionalmente como o legitimado para propor o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social (art. 129, inciso III, da CF/88) não poderá ser limitado pelo sigilo.

Se não for reconhecida a prática do ato ilícito investigado por parte da pessoa jurídica, o acordo de leniência deverá ser rejeitado. “A rejeição do acordo de leniência não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada” (CAMBI, 2014, p. 215).

Ocorre que “em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração público do referido descumprimento” (Art. 16, parágrafo 8º, da Lei nº 12.846/13). Frisa-se que o acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei anticorrupção.

A administração pública “poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88” (Art. 17, da Lei 12.846/13). Todavia, após uma breve análise, constata-se que “o acordo de leniência só tem efetivamente cabimento nas hipóteses do art. 88, incs. II e III da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por se amoldarem essas infrações administrativas ao espírito da Lei 12.846” (CAMBI, 2014, p. 219). Nos demais casos não cabem acordo, pois, trata-se de situações inequívocas e evidentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De modo geral, os estudos jurídicos desenvolvem-se numa perspectiva intra-sistêmica. A mais valiosa contribuição, nesse sentido, foi dada por Hans Kelsen ao determinar o isolamento do elemento universal do direito, as saber, a mensagem prescritiva.

Considerando a complexidade e a contingência da sociedade contemporânea, é oportuno destacar que as novas pesquisas jurídicas deverão considerar também a lógica da visão inter-sistêmica das operações jurídicas. A propósito, o paradigma Estado Democrático de Direito, consagrado na atual constituição brasileira, de certa forma, exige dos operadores do direito uma postura intelectual que leva em conta além da lógica intra-sistêmica também a inter-sistêmica. Na sociedade moderna, acêntrica, os vários sistemas estão conectados.

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann mostra-se como sendo um repertório teórico capaz de dar uma resposta pertinente à alta complexidade e contingência da sociedade contemporânea. Essa teoria representa uma mudança de paradigma na interpretação e compreensão da sociedade e, por consequência do direito. Para o antigo paradigma sociológico a sociedade era constituída por indivíduos concretamente considerados, mas para Luhmann, a sociedade tem como elemento constitutivo da sua autopoiese a comunicação. Portanto, houve um salto ou ruptura na compreensão da constituição da sociedade. É a comunicação e não as pessoas concretas que formam a sociedade. Esse pensamento é revolucionário.

A sociedade pós-moderna é funcionalmente diferenciada e quanto mais fortalecida a diferenciação melhor será a conexão entre os sistemas parciais, como por exemplo, o direito, a política, a religião, a economia, etc. Nenhum sistema parcial é capaz de abranger toda a realidade. O direito moderno é um direito positivado, no sentido de ser construído constantemente por decisões precárias e em constante evolução, ora confirmando as expectativas e ora criando desapontamentos.

No contexto da teoria dos sistemas de Luhmann, o sistema é a diferença entre a diferença do sistema e do ambiente sistema. Essa diferenciação acontecer por meio da autopoiese, ou seja, do funcionamento operacionalmente fechado e cognitivamente aberto do sistema. O resultado das operações internas do sistema é concretizado ou exteriorizado num

código binário de valor positivo ou negativo, no caso do sistema jurídico, lícito/ilícito. Cada sistema parcial tem um código binário específico.

O direito moderno é mutável, contingente e capaz de regular as suas próprias mudanças através de seus mecanismos intrínsecos, o que exclui definitivamente a arbitrariedade. Cada sistema parcial tem sua própria lógica.

A sua função específica do direito é estabilizar estruturas de expectativas e institucionalizar a possibilidade de sua própria mudança. Percebe-se que, no arcabouço teórico da teoria dos sistemas, a realidade é observada sob a lógica da observação de segunda ordem. Nessa linha de raciocínio, no âmbito do conhecimento, não se considera a relação sujeito/objeto, mas observar/observador. Observar é a operação do sistema e observador é o próprio sistema. Cada sistema parcial enxerga a realidade com os seus próprios óculos.

Desse modo, o sistema jurídico vê a realidade do ponto de vista jurídico. Mas, a realidade pode ser examinada a partir de outros pontos de vista, como por exemplo, econômico, político, religioso etc. Então, o direito não tem a última palavra sobre toda a realidade, mas somente sob o ponto de vista jurídico.

Realmente, torna-se cada vez mais necessário pensar o direito não só na lógica intra-sistêmica como defendia Hans Kelsen, mas também considerar as relações inter-sistêmica do direito. As soluções jurídicas ou mesmo econômicas, políticas, religiosas, para terem efeitos verdadeiramente satisfatórios na sociedade contemporânea terão que respeitar a autonomia dos outros subsistemas que constitui o sistema social. A concepção inter-sistêmica permite uma visão completa da sociedade contemporânea que é complexa e contingente.

O ambiente desempenha, na teoria dos sistemas, um papel imprescindível. Por isso, nenhum estudo jurídico poderá desconsiderar os inegáveis efeitos que o fenômeno da globalização provocou no comportamento das pessoas e a transformação que ocorreu no modelo de produção e na fragmentação do poder estatal. A causa originária da atual crise econômica-financeira-política é o divórcio entre a política e o poder. A maior parcela do poder está no controle das grandes corporações, uma vez que a quantidade do fluxo de capital internacional é determinada quase absolutamente pelos interesses das grandes empresas e, sem dúvida, têm como principal objetivo a obtenção de lucro. Os problemas globais, como por exemplo, o grande número de refugiados no mundo, inclusive no Brasil, tornam-se um problema local, mas como solução global. A verdade é que isoladamente nenhum país

sozinho conseguira resolver esse problema. Os dilemas atuais exigem uma solução inter-sistêmica.

A corrupção, entendida como uma atitude de obter vantagens pessoais ilícitas utilizando-se da administração pública produz sérios impactos negativos na economia e na sociedade em geral. Observa-se que os prejudicados são as pessoas vulneráveis economicamente. É justificada a preocupação internacional de combater e prevenir a corrupção contra a administração pública. O Brasil é signatário de vários documentos internacionais referentes ao combate e à prevenção à corrupção.

Na elaboração da lei anticorrupção, com certeza, a influência internacional foi muito mais decisiva do que o barulho das ruas ou das redes sociais na elaboração, promulgação e vigência da lei brasileira anticorrupção. Os credores e os investidores internacionais querem segurança para investir no Brasil e o sistema jurídico tem condições de estabilizar expectativas.

A lei da empresa limpa ou lei anticorrupção tem aspectos positivos que merecem destaques. Por exemplo, o legislador buscou incentivar o empresariado brasileiro a adotar mecanismo de prevenção à corrupção. A implantação e implementação do programa de integridade ou *compliance* na gestão empresarial significará uma mudança de paradigma.

Os custos da corrupção são elevadíssimos. O ideal era que não houvesse corrupção. A história mostra que raramente serão recuperados os efeitos prejudiciais causados pelos atos de corrupção e, ao que tudo indica, parece-nos ser impossível a total inexistência da corrupção.

A prevenção e a mudança de mentalidade são os métodos mais efetivos de combater a corrupção. Nesse sentido, a prática dos princípios da governança corporativa e do *compliance*, especialmente no âmbito da iniciativa privada, mostra-se de imediato o que se tem de mais concreto e possível a fazer. Sem dúvida, também caberá ao poder público adotar as devidas medidas de prevenção à corrupção.

A corrupção é ato complexo, ou seja, exige dois sujeitos, o corrupto e o corruptor. Diante disso, se a iniciativa privada adotar e efetivamente praticar os princípios da governança corporativa e do *compliance* os índices de percepção da corrupção no Brasil vai necessariamente diminuir, isto é, seremos uma sociedade menos corrupta. Ninguém é corrupto sozinho.

Ainda seguindo o caminho da prevenção, à luz da teoria dos sistemas de Luhmann e das premissas do movimento análise econômica do direito (AED), pode-se concluir que a lei anticorrupção volta-se para o setor privado a sua preocupação. Agora existe mecanismo jurídico para punir o corruptor. A partir de 2014, o novo diploma legal, a lei anticorrupção, estabeleceu a responsabilização objetiva, civil e administrativa, por atos lesivos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Agora o agente privado, o corruptor, será juridicamente responsabilizado independentemente de culpa.

Além da responsabilização objetiva da empresa privada, a lei anticorrupção, embora não exija a implantação e a implementação do programa de integridade ou *compliance*, o novo diploma legal dispõe que aquelas empresas que adotarem um efetivo programa de integridade ou *compliance*, se praticarem algum dos atos previstos no artigo 5º da lei anticorrupção terão como incentivo, por já terem o programa de *compliance*, a atenuação da pena.

O decreto regulamentador da lei anticorrupção elenca vários parâmetros para a avaliação da efetividade do programa de *compliance*. O programa de integridade é mais do que o mero cumprimento da lei formal, ele deve funcionar de fato. A implementação do *compliance* significará uma mudança de paradigma na gestão empresarial, uma vez que a aplicação das ferramentas e a prática das atividades propostas pelo programa de *compliance* colocará a empresa no patamar das melhores do mundo na produção bens ou prestação de serviços do seu respectivo ramo. Do ponto de vista inter-sistêmica, a empresa terá que cuidar da relação com os terceiros ou interessados. É muito mais difícil a existência de práticas corruptas dentro de uma empresa que tem um efetivo programa de *compliance* e, se caso ocorrer, ela terá as melhores condições de resolver o problema.

O programa de integridade ou *compliance* deverá ser inserido na estrutura de governança corporativa. O princípio da transparência é o primeiro instrumento de combate e prevenção à corrupção. Transparência é mostrar as informações às partes interessadas, criando um cenário de confiança e boa-fé. A corrupção acontece metaforicamente falando na escuridão e a transparência é claridade. Além desse princípio, a governança corporativa, tem com base o princípio da equidade, ou seja, do tratamento justo, isonômico com todos os envolvidos na cooperação. Por sua vez, o princípio da prestação de contas significa que o administrador deve prestar contas de suas ações, se responsabilizar por aquilo que fez. Por

fim, o princípio da responsabilidade corporativa tem o sentido de zelo pela sustentabilidade da organização e por sua longevidade.

É oportuno destacar que não existe um modelo padrão de programa de *compliance*, ele será elaborado a partir da análise dos riscos e do perfil da pessoa jurídica. Outro aspecto importante é manter-se atento ao contínuo processo de monitoramento para o seu constante aperfeiçoamento. É preciso realizar treinamentos periódicos e investir na divulgação das regras e procedimentos da empresa. Acima de tudo é preciso o comprometimento da alta direção da empresa.

O acordo de leniência tem previsão na lei anticorrupção e poderá ser um importante instrumento legal de combate à corrupção. A ressalva fica por conta de que os benefícios do acordo, segundo a lei anticorrupção, não se estendem à pessoa física.

O sistema jurídico brasileiro, com a lei anticorrupção, aumentou a sua capacidade de combater e prevenir a corrupção. Contudo, não será a lei fria que resolverá a corrupção no Brasil. Mas se os que se envolverem em atos lesivos à administração pública não forem realmente punidos, a corrupção continuará sendo para alguns um negócio vantajoso. O fato é que não existe corrupto sem corruptor, nem corruptor sem corrupto. Basta que uma das partes não queira e os dias da corrupção estarão contados. Agora, para as empresas privadas, juridicamente, a situação é preocupante.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Dados sobre o refúgio no Brasil: balanço até abril de 2016*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 09 jun. 2016.

ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. *História do pensamento econômico: uma abordagem introdutória*. São Paulo: Atlas, 1986.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARTIGO 19. *Balanço de 1 ano da Lei de acesso à informação pública*. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2013/05/balancoLai.pdf>. Acesso em 05 ago. 2016.

_____. *Monitoramento da lei de acesso à informação pública em 2014*. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/05/Monitoramento-da-Lei-de-Acesso-%C3%80-Inforna%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-em-2014.pdf>. Acesso em 05 ago. 2016.

_____. *Pesquisas aponta que Judiciário é o Poder menos transparente*. Disponível em: <http://artigo19.org/blog/2016/05/23/pesquisa-aponta-que-judiciario-e-o-poder-menos-transparente/>. Acesso em 05 ago. 2016.

BAUMAN, Zygmund. *Vida Líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 5ª edição. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 24 abr. 2016.

_____. *Decreto Legislativo nº 348/05*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html>. Acesso em 04 out. 2016.

_____. *Decreto nº 5.687/06*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 04. Out. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848/1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 13 out. 2016.

_____. *Lei 12.813/2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm. Acesso em 03 out. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 101/00*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso 04 ago. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 131/09*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm#art1. Acesso em 04 ago. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 135*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm. Acesso em 13 out. 2016.

_____. *Lei nº 10.763/03*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.763.htm. Acesso em 13 out. 2016.

_____. *Lei nº 12.582/11*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em 04 ago. 2016.

_____. *Lei nº 13.341/16*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm. Acesso em 03 out. 2016.

_____. *Lei nº 8.429/92*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em 13 out. 2016.

_____. *Lei nº 9.840/99*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm. Acesso em 13 out. 2016.

_____. *Lei nº 9.983/00*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9983.htm. Acesso em 13 out. 2016.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Lei Anticorrupção, comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANÁRIO, Pedro. (2015), *Brasil precisa de leis de governança corporativa pública, propõe Dias Toffoli*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/pais-leis-governanca-corporativa-publica-toffoli>. Acesso em 04 out. 2016.

CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier, 2005.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CARVALHO, José Murilo de Carvalho. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Disponível em: www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf. Acesso em 15 out. 2016.

_____. *Histórico*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico>. Acesso em 30 jul. 2016.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editara Martin Claret, 2004.

CONVENÇÃO DA OCDE. *CGU, 2007*. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/assuntos/assuntos-internacionais/publicacoes/cartilha_ocde.pdf. Acesso em 13 out. 2016.

_____. *DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO*. UNODC. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 04 out. 2016.

_____. *INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentos-relevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>. Acesso em 04 out. 2016.

CVM. 2002. *Recomendações da CVM sobre governança corporativa*. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/investidor-em-acao/files/2011/04/cartilha-CVM-Governan%C3%A7a-Corporativa.pdf>. Acesso em 13 out. 2016.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

DUDH. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 05 ago. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA; MOROSINI. *A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais*. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/austral/article/viewFile/35615/23981>. Acesso em 04 out. 2016.

FGV (Fundação Getúlio Vargas). *Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil*. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil>. Acesso em 31 jul. 2016

_____. *Relatório ICJBrasil, 2014, ANO 06*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 31 jul. 2016.

FIESP. *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>. Acesso em 20 jul.2016.

FIORI, José Luís. *Estado de Bem-Estar Social: Padrões e Crises*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREITAS, Caetano. *Para especialistas, fim da CGU enfraquece controle e combate à corrupção no país*. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/05/para-especialistas-fim-da-cgu-enfraquece-controle-e-combate-a-corrupcao-no-pais-5801064.html>. Acesso em 13 out. 2016.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 16ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª edição. Malheiros Editores, 2014.

_____. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. Disponível em: http://www.ibgc.org.br/userfiles/Codigo_julho_2010_a4.pdf. Acesso em 16 set. 2015, p. 19.

JHERING, Von Rudolf. *A evolução do direito*. Bahia, Imprensa Vitória, 1953.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 8º ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. *A DECISÃO JUDICIAL COMO COMUNICAÇÃO DIFERENCIADA: Uma investigação à luz da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041009.pdf>. Acesso em 10 out. 2016.

LUCHETE, Felipe. *STF publica acórdão que proíbe financiamento eleitora por empresas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/stf-publica-acordao-proibe-financiamento-eleitoral-empresas>. Acesso em 30 jul. 2016.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fnstes, 2016.

_____. *Law as a social system*. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford: University Press, 2004.

_____. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/99195-174379-1-PB.pdf>. Acesso em 08 out. 2016.

MARTINI, Maíra. *Brazil: overview of corruption and anti-corruption*. Disponível em: http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Country_profile_Brazil_2014.pdf. Acesso em 30 jul. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELO, Patrícia Campos. *No Brasil, Brics tentam deixar de ser só uma sigla*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/07/1485136-no-brasil-brics-tentam-deixar-de-ser-so-uma-sigla.shtml>. Acesso em 28 mai. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *100 casos de corrupção 2015*. Disponível em: <https://spark.adobe.com/page/DgF4n/>. Acesso em 03 out. 2016.

MONEDERO, Juan Carlos. *¿Posdemocracia? Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediência*. Disponível em: http://nuso.org/media/articles/downloads/3881_1.pdf. Acesso em 29 mai. 2016.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2ª ed. São Paulo: Unesco, 2000.

NAKAGAWA, Fernando. *Brasil cai para a posição de 9ª economia do mundo*. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/pib-em-dolar-cai-25-e-brasil-cai-para-a-posicao-de-9a-economia-do-mundo>. Acesso em 30 jul. 2016.

NAKATANI, Paulo. *O dinheiro e a financeirização da economia mundial*. Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/O-dinheiro-e-a-financeirizacao-da-economia-mundial/4/31520>. Acesso em 29 mai. 2016.

NETTO, Menelick de Carvalho. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito*. Disponível em:

https://www.academia.edu/14497539/A_Hermen%C3%AAutica_Constitucional_sob_o_para digma_do_Estado_Democr%C3%A1tico_de_Direito. Acesso em 12 out. 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PAIVA, Natália; SAKAI, Juliana. *Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas*. Disponível em http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/04/TransparenciaBrasil_TribunaisdeContas_Abril2014.pdf. Acesso em 03 out. 2016.

PENA, Rodolfo F. Alves. *População de refugiados no mundo*. Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/populacao-refugiados-no-mundo.htm>. Acesso em 11 out. 2016.

PENNY, Laurie. *O mundo e os indignados, segundo Penny Red*. Disponível em: http://nuso.org/media/articles/downloads/1._Penny_EP_14.pdf. Acesso em 29 mai. 2016.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf>. Acesso em 20 set. 2015.

POLÍCIA FEDERAL. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/institucional/missao-visao-e-valores>. Acesso em 03 out. 2016.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Despesas*. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/>. Acesso em 04 ago. 2016.

RAVINDRAN, RajeshBabu. *The United Nations Convention Against Corruption: A critical overview* (March 1, 2006). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891898&download=yes. Acesso em 12 out. 2016.

RODRIGUES, Sérgio. *Crise: perigo, oportunidade e... papo furado*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/lendo-a-lenda/crise-perigo-oportunidade-e-papo-furado/>. Acesso em 09 jun. 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2014: results*. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2014/results>. Acesso em 20 jul. 2016.

_____. *What is corruption?* Disponível em: <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>. Acesso em 20 jul. 2016.

UNIVERSITÀ DEL SALENTO. Disponível em: <https://www.unisalento.it/web/guest/453>. Acesso em 03 jul. 2016.

UNODC (United Nations Office on Drug and Crime). *UNODC e Corrupção*. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/>. Acesso 20 jul. 2016.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WORLD BANK. *Helping Countries Combat Corruption*. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corrptn.pdf>. Acesso em 20 jul. 2016.