

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Augusto César Monteiro Filho

O combate à corrupção globalizada e a proteção dos direitos humanos: perspectivas do transconstitucionalismo e diálogos entre as jurisdições local, regional e global

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Augusto César Monteiro Filho

O combate à corrupção globalizada e a proteção dos direitos humanos: perspectivas do transconstitucionalismo e diálogos entre as jurisdições local, regional e global

Dissertação apresentada à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos das Relações Sociais sob orientação da Prof(a). Doutora Flávia Cristina Piovesan

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2019

Banca Examinadora

... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..."

(José Saramago)

“O direito é um poder passivo ou pacificado pelo Estado e é sinônimo de poder, pois sem esta participação e legitimação democrática, só resta a violência, a descrença e a barbárie.”

(Hannah Arendt)

[...] o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. (...) A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens [...] (Noberto Bobbio)

AGRADECIMENTOS

A Deus, força maior, pela generosidade com que tem me brindado nesta vida.

Aos meus pais, Augusto César Monteiro e Evy Maria de Araújo Silva Monteiro, personificações do amor incondicional por seus filhos, apego à família e pela eficácia do exemplo na transmissão de valores e princípios de vida.

Aos meus filhos, Henrique Augusto e Pietro Augusto, verdadeiras bênçãos, os quais proporcionam-me, diariamente, o meu mais relevante e feliz papel: o privilégio de ser seu pai e poder acompanhar seu desenvolvimento em todas as esferas, com a esperança de transmitir os mesmos valores e exemplos recebidos de meus pais.

A minha esposa Vanesa Ana, amor à primeira vista que só cresce desde então, pelo companheirismo e pela abençoada família que formamos, a quem dedico a seguinte passagem de uma de nossas músicas preferidas, parte de nossa história, obra-prima do magnífico Stevie Wonder:

...This is not a coincidence
And far more than a lucky chance
But what it is that was always meant
Is our ribbon in the sky for our love, love

We can't lose with God on our side
We'll find strength in each tear we cry
From now on, it will be you and I
And our ribbon in the sky, ribbon in the sky
Ribbon in the sky for our love...

A minha amada irmã gêmea Renata de Araújo Monteiro Yoshida, amiga de todas as horas, ser humano mais altruísta que conheço.

A minha querida tia Antonia de Oliveira Fernandes (*in memoriam*), por todo carinho e dedicação recebidos.

A Yumi Uyemura, Sônia Uyemura e Seika Uyemura (*in memoriam*), diletas amigas, tão importantes em minha formação pessoal, com todo o amor.

A minha querida orientadora, professora Flávia Cristina Piovesan, pessoa acessível, presente e carinhosa durante todo o processo de elaboração deste trabalho, sempre na vanguarda e à frente de seu tempo, dedico a presente frase, atribuída à Leonardo da Vinci, que, a meu sentir, se lhe amolda à perfeição: “*A simplicidade é o último grau de sofisticação.*”

A Patrícia Sales, presente que a PUC-SP me deu durante essa jornada, pelo constante auxílio, incentivo e amizade.

A Severina Maria da Conceição, nossa Nina, pela lealdade e dedicação a nossa família por mais de três décadas, com toda a gratidão.

Ao amigo Paulo Eduardo Morato Pinto de Almeida (*in memoriam*), entusiasta do Direito, que tão cedo partiu, deixando um legado de amor à vida, compartilho essa conquista, que é nossa.

Aos amigos de infância Mauro Augusto Putti Neto e Renato Ferreira Albuquerque, pela parceria e convivência de mais de três décadas. Como é bom ter amigos de verdade!

Aos amigos de AGU, Ricardo Quartim de Moraes, Rodrigo Fernando Machado Chaves e Kelly Watanabe Koketsu, pela paciência a mim dispensada durante a elaboração do trabalho e, sobretudo, pelas indicações bibliográficas e críticas sempre construtivas.

E, por fim, à Advocacia Geral da União (AGU), instituição a que sirvo com muito orgulho e dedicação há quinze anos, pelo auxílio financeiro recebido por intermédio de sua Escola (EAGU), importante instrumento de estímulo ao necessário aperfeiçoamento acadêmico e profissional de seus membros.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU - Advocacia Geral da União

BC – Banco Central do Brasil (também conhecido por BACEN ou BCB)

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

BIRD – World Bank

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CEIS – Cadastro Nacional de Pessoas Inidôneas e Suspeitas

CF – Constituição Federal de 1988

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNUC - Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção

CNB - Colégio Notarial do Brasil

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

CPI - Corruptions Perception Index

COPLAD – Comitê Permanente para a Prevenção do Crime na América Latina

DIP – Direito Internacional Público

DO – Diário Oficial

DOU – Diário Oficial da União

DOJ - US Department of Justice

DPA - Deferred Prosecution Agreement

DRCI - Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional

EC – Emenda Constitucional

ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos

FBI - Federal Bureau of Investigation

FCPA – Foreign Corrupt Practices Act

FIFA - Fédération Internationale de Football Association – Federação Internacional de Futebol

FMI – Fundo Monetário Internacional

GAFI - Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo

HC – Habeas Corpus

ILANUD - Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente

LAI – Lei de Acesso à Informação

LAB-LD – Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro

LC – Lei Complementar

LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LOA - Lei Orçamentária Anual

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MESICIC - Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção

MJ - Ministério da Justiça

MP – Medida Provisória

MPF – Ministério Público Federal

NPA - Non-Prosecution Agreement

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONG – Organização Não-Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PAR - Processo Administrativos de Responsabilização

PEPs – Cadastro de Pessoas Politicamente Expostas

PF – Polícia Federal

PNLD - Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

PPA - Plano Plurianual
RFB – Receita Federal do Brasil
RIF – Relatório de Informações Fiscais
REDE-LAB - Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro
SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEC - Securities and Extension Commission
SFO - Serious Fraud Office
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TI – Transparency International
TCU – Tribunal de Contas da União
TRF - Tribunal Regional Federal
UIF – Unidade de Inteligência Financeira
UNCAC - United Nations Convention against Corruption
UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development
UNDP - United Nations Development Programme
UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime
UNTOC - United Nations Convention Against Transnational Organized Crime
USAID – United States Agency for International Development

MONTEIRO FILHO, Augusto César. **O combate à corrupção globalizada e a proteção dos direitos humanos:** perspectivas do transconstitucionalismo e o diálogo entre as jurisdições local, regional e global.

RESUMO

Objetiva o presente trabalho empreender um estudo crítico sobre a corrupção e suas nefastas consequências para implementação progressiva dos direitos humanos em âmbito interno e internacional, com reflexos e repercussões fenomênicas, em especial, nas searas dos direitos sociais e econômicos, sobretudo aqueles de natureza prestacional pelo Estado. Impende seja o tema corrupção objeto de estudo sob o enfoque dos mecanismos de prevenção, detecção e combate, considerados os planos internacional e interno, inclusive mediante mútua colaboração entre as nações, mormente considerando a circunstância de ignorar fronteiras, em face de práticas ilícitas transnacionais com efeitos deletérios para além de lindes territoriais. Posto isso, cumprirá a problematização sobre o papel do direito interno e do direito internacional na conjugação de esforços tendentes à coibição de práticas corruptas transnacionais, haja vista à sua aptidão em obstaculizar a concreção dos objetivos de nossa República e, bem assim, os da comunidade internacional, no que atina com os direitos humanos – *jus cogens*. Analisar-se-á, outrossim, as perspectivas do transconstitucionalismo, na espécie, bem como a necessária aproximação dialógica entre as jurisdições local, regional e global (*cross jurisdictions*). A influência do ambiente globalizado e a maior inserção do Brasil no cenário econômico internacional recomendam a abordagem da cooperação internacional como instrumento jurídico de prevenção e de combate à corrupção, haja vista à crescente interdependência das nações na ordem internacional contemporânea, advindo, por corolário, a imperiosidade de conjugação de esforços para o enfrentamento de temas complexos e comuns, revelando-se indisputável a relevância do fenômeno da corrupção na agenda política internacional. Nessa esteira, serão visitadas as Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário e sua força vinculante, bem como o altivo papel que a Organização das Nações Unidas – ONU tem desempenhado nesse mister.

Palavras-chave: corrupção, direitos humanos, tratados internacionais, transconstitucionalismo, cooperação jurídica internacional, diálogo entre jurisdições

MONTEIRO FILHO, Augusto César. **O combate à corrupção globalizada e a proteção dos direitos humanos:** perspectivas do transconstitucionalismo e o diálogo entre as jurisdições local, regional e global.

ABSTRACT

The present work aims to undertake a critical study on corruption and its harmful consequences for the progressive implementation of human rights internally and internationally, with phenomenic reflexes and repercussions, in particular in the social and economic rights, especially those of a state-provided nature. It is the subject of corruption under study under the focus of prevention, detection and combat mechanisms, considered international and internal plans, including through mutual collaboration between nations, especially considering the circumstance of ignoring transnational illicit practices with deleterious effects beyond territorial linder. Having said that, it will meet the problematization of the role of domestic law and international law in combining efforts aimed at curbing transnational corrupt practices, with a view to their ability to hinder the concretion of the objectives of our republic and, as well, those of the international community, in what is in the way with human rights – *jus cogens*. The prospects of transconstitucionalism in the species, as well as the necessary dialogical approximation between local, regional and global jurisdictions (*cross jurisdictions*) will be analyzed. The influence of the globalized environment and Brazil's greater insertion in the international economic scenario recommend the approach of international cooperation as a legal instrument for preventing and combating corruption, with a view to increasing interdependence of nations in the contemporary international order, coming, by corollary, the imperative of combining efforts to address complex and common themes, revealing the relevance of the phenomenon of corruption on the international political agenda. In this wake, the International Conventions that Brazil is a signatory to and its binding force will be visited, as well as the relevant role that the United Nations – UN has played in this mister.

Keywords: corruption, human rights, international treaties, transconstitucionalism, international legal cooperation, dialogue between jurisdictions.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 –	See the full CPI 2018 Results	59
Figura 2 –	Corrupção Governamental, por país. Porcentagem de pessoas para quem a corrupção no governo é um grande problema.....	65
Figura 3 –	Corrupção em ascensão, por país - Porcentagem de pessoas para quem a corrupção aumentou nos últimos 12 meses.....	65
Figura 4 –	Porcentagem de cidadãos que sofreram extorsão sexual ou conhecem alguém que tenha sofrido	68
Figura 5 –	Porcentagem de cidadãos aos quais foram oferecidos subornos em troca de votos. Taxas de Compra de voto por País.....	69
Figura 6 –	Corrupção por Instituição - Porcentagem dos cidadãos que acreditam que todas ou a maioria das pessoas nesses grupos ou instituições têm envolvimento com corrupção	70
Figura 7 –	Porcentagem de usuários que pagaram propina para terem acesso a serviços públicos nos últimos 12 meses	71
Figura 8 –	Porcentagem de usuários que pagaram propina para terem acesso a serviços públicos nos últimos 12 meses, por serviço.	71
Figura 9 –	Porcentagem das pessoas que concordam que o cidadão comum pode fazer diferença na luta contra a corrupção	75
Figura 10 –	Global Corruption Barometer – Latin America & The Caribbean 2019	76
Figura 11 –	Corruption Undermines Democracy	111
Figura 12 –	Corruption Perceptions Index 2018 – African Union	122

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 MARCO CONCEITUAL	26
1.1 A corrupção como engraxante da burocracia estatal	32
2 PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO NA ORDEM INTERNACIONAL	38
2.1 A emergência da pessoa humana na ordem jurídica internacional no âmbito do Direito Internacional Público	38
2.2 Dos principais Tratados Internacionais sobre Corrupção	44
3 APONTAMENTOS SOBRE O ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – 2018	58
3.1 Apontamentos do Global Corruption Barometer – Transparency International - Latin America & The Caribbean 2019.....	64
4 PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO NA ORDEM INTERNA.....	77
4.1 Breves Delineamentos do Arcabouço Jurídico Doméstico	77
4.2 A educação como instrumento de transformação cultural.....	99
5 O COMBATE À CORRUPÇÃO GLOBALIZADA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	103
6 DIÁLOGOS ENTRE AS JURISDIÇÕES LOCAL, REGIONAL E GLOBAL.....	131
6.1 O uso da jurisprudência estrangeira como elemento de expansão da tutela dos direitos humanos	138
6.2 Perspectivas do Transconstitucionalismo.....	153
CONCLUSÃO	170
REFERÊNCIAS	175

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica experimentada desde a segunda metade do século XX até os dias atuais, sobretudo no campo informacional, apresenta reflexos, como sensível, nos âmbitos de integração política e econômica dos Estados soberanos.

O relacionamento internacional não mais se circunscreve aos Estados, abrangendo, registre-se, organizações não governamentais (ONGs), empresas jurídicas transnacionais e os próprios indivíduos, envoltos em contingências políticas, econômicas, geopolíticas, culturais, ambientais, bélicas, de segurança alimentar, dentre outras, marcadas pelos característicos do dinamismo e da potencialidade de irradiar efeitos, desconhecendo fronteiras físicas, mercê, inclusive, da transmissibilidade das informações com espantosa velocidade.

Tem-se que o próprio conceito de soberania, em certa medida, merece revisitação, por assim dizer, haja vista à tamanha interdependência das nações para o enfrentamento de problemas complexos comuns, tais como a proteção do meio ambiente, a regulação dos mercados e do comércio internacional, a abordagem da crise humanitária no que diz com os fluxos migratórios decorrentes de múltiplas circunstâncias, e.g. a guerra civil, a fome, a extrema pobreza, opressões manejadas por governos ditatoriais, entre tantas outras questões de relevo, nas quais insere-se, indisputavelmente, o fenômeno da corrupção transnacional.

As fronteiras, nessa toada, apresentam-se gradativamente mais tênues, ao passo que se internacionalizam as questões mais importantes que envolvem as sociedades.

Nesse diapasão, os Estados tendem a submeterem-se cada vez mais a órgãos internacionais, comprometendo-se, nessa seara, por intermédio de tratados internacionais dotados de eficácia normativa, firmados em diversas matérias - exteriorização de sua soberania, sobretudo no que diz com a recuperação de ativos desviados e objeto de lavagem de capitais – braço financeiro da criminalidade organizada, por assim dizer, por cujo intermédio são perpetrados inúmeros outros delitos que vulneram bens jurídicos ontologicamente valiosos no âmbito do consenso humanitário (tráfico de pessoas, terrorismo, redução à condição análoga à de escravo, tráfico de órgãos, armas etc).

Nessa ordem de ideias, Tercio Sampaio Ferraz Jr.¹ assinala ser a globalização, certamente, uma expressão ambígua e vaga. De um lado, admite sentidos conceituais distintos, de outro, aponta para distintos objetos. Na sua vagueza, refere-se ora a um entrelaçamento das economias nacionais em planos mundiais, ora para formas extensas de comunicação, ora para uma interpenetração cultural etc. Na sua ambiguidade, ora revela a simultaneidade *in praesentia* dos eventos, ora uma generalização dos sentidos prevaletentes, inaugurando uma forma cultural diferente.

Discorrendo sobre o fenômeno da globalização, Paulo Henrique Gonçalves Portela² assevera:

Definimos a globalização como um processo de progressivo aprofundamento de integração entre as várias partes do mundo, especialmente nos campos político, econômico, social e cultural, com vistas a formar um espaço internacional comum, dentro do qual bens, serviços e pessoas circulem da maneira mais desimpedida possível.

A rigor, a globalização é fenômeno recorrente na história da humanidade, experimentando momentos de maior intensidade, como as Grandes Navegações, a Revolução Industrial e a década de noventa do final do século passado, após o fim da Guerra Fria. Na acepção mais comum na contemporaneidade, refere-se ao forte incremento no ritmo da integração da economia mundial nos últimos anos.

Nesta vereda, tem-se que o fenômeno da globalização e da conseqüente maior integração econômica entres os Estados, com a criação de ambientes de comércio internacional comum, sem barreiras, livre circulação de pessoas, mercadorias e prestação de serviços, trouxe consigo, como bem apreende José Eduardo Faria³, uma redifinação do conceito de soberania estatal, por assim dizer, assim como o enfraquecimento de seu poder de regulação no plano jurídico-institucional, mercê do protagonismo assumido por agentes econômicos e de mercado, operando-se um certo “deslocamento informal” do poder decisório. Seguem excertos de sua instigante reflexão:

[...] A transnacionalização das decisões econômicas e das transações financeiras, por sua vez, abriu caminho para a expansão do mercado de euromonedas, o surgimento de centros financeiros *offshore* e a ampliação do volume de créditos privados destinados às economias emergentes, quer na Ásia, quer na América Latina. E, à medida que os bancos de investimentos,

¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional, Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Editora Manole, 2007, p. 540.

² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*, 6ª Edição, 2014, *jusPodium*, p. 40.

³ FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade*. In: *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. Flávia Piovesan (Coordenadora), Max Limonad, 2002, p. 597-607.

corretoras de valores, companhias de seguros e fundos de pensão tornaram-se capazes de operar *on line* e escala planetária, graças à revolução tecnológica, à informática, à microeletrônica e às telecomunicações, o sistema de relações interbancárias converteu-se num dos principais mecanismos de refinanciamento dos bancos internacionais, levando ao progressivo aparecimento de um sem-número de operações financeiras fora do controle dos mecanismos nacionais de reservas monetária. (...)

No âmbito industrial, paralelamente, com a informatização das linhas de produção, as rígidas instalações industriais de caráter fordista foram substituídas por fábricas mais leves, enxutas e flexíveis, o que permitiu a fragmentação das atividades produtivas em cidades, nações, regiões e continentes distantes e levou as empresas transnacionais a encararem as diferentes sociedades como conjunto de grupos e mercadorias unidos em rede.

Em apertada síntese, poder-se-ia consignar que a globalização ressignificou o alcance dos comportamentos humanos, gerando, além da mencionada interdependência econômica entre os países do mundo, no sentido da potencial propagação dos efeitos de acontecimentos ocorridos em um dado território à economia de outros -; a própria conexão recíproca de tais eventos, advindo, pois, a internacionalização de questões humanitárias, ambientais, econômicas, dentre tantas outras, em cujo bojo insere-se a criminalidade transnacional, a saber: contrabando, terrorismo, narcotráfico, exploração da imigração ilegal, tráfico de seres humanos, de armas, crime financeiro internacional, crimes cibernéticos (pedofilia na internet) – ilícitos perpetrados, no mais das vezes, por organizações criminosas estruturadas que, por intermédio da assim chamada delinquência global, convolaram-se em organizações detentoras de poderosa força política.

Tratando-se, portanto, de uma criminalidade globalizada, que se aproveita da cada vez maior livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas – corolário do fenômeno da internacionalização das economias nacionais -; seu enfrentamento reclama, de igual sorte, um concerto global, uma reunião de esforços e cooperação internacional, em crescente desenvolvimento, sobretudo no que toca à corrupção e recuperação de ativos desviados, o que denota a importância dos tratados internacionais subscritos e ratificados a esse respeito.

Dessarte, a corrupção há de ser enfocada como um fenômeno complexo e multifacetado, derivado de múltiplas causas a irradiarem consequências que alcançam todo o desenvolvimento social, abrangendo entidades e empresas estatais e privadas, influenciando a qualidade da democracia e, portanto, os aspectos civil, político, econômico, social, cultural e ambiental de um Estado.

A prática ostensiva da corrupção enfraquece a governança e as instituições democráticas, promove a impunidade, mina o estado de direito e exacerba a desigualdade sócio-econômica, tanto em razão de uma ineficiente alocação dos recursos produzidos pela sociedade, quanto em virtude de uma deformação na formulação e execução de políticas públicas, sobretudo aquelas atinentes aos direitos sociais, cuja concreção pressupõe custos e dotação orçamentária prévia.

Nesse cenário de escassez de recursos para fazer frente a todas as necessidades sociais propugnadas pela Constituição Federal, Luciano Benetti Timm⁴ obtempera:

A realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que eles deveriam atender. Esse conflito entre opções trágicas aparece na literatura jurídica constitucional sobre a conhecida teoria da “colisão de princípio ou de direitos fundamentais”.⁵ Sem aprofundar demais a discussão, nessa linha de pensamento, a solução do problema jurídico em questão passa por uma ponderação de princípios diante do caso concreto, avaliando-se as circunstâncias e o peso de cada princípio em um processo argumentativo que acontecerá em um tribunal. Entretanto, o método argumentativo proposto por esta escola é fundamentalmente retórico-discursivo e não oferece guias interpretativos, nem critérios desejáveis de previsibilidade e nem mesmo de precisão quanto ao melhor resultado à sociedade daquele debate que acontecerá no tribunal no caso concreto.

Para resolver o mesmo problema de colisão de princípios, qualquer um dos métodos oferecidos pela análise econômica certamente indicaria que existem “escolhas trágicas” a serem feitas.⁶ Se os recursos são escassos, certamente nem todas as necessidades sociais de saúde, educação, lazer serão atendidas. O diagnóstico, portanto, de colisão de direitos está correto e descreve bem a normatividade do texto constitucional. Entretanto, sua proposição para a solução do problema é insuficiente.

A solução, ou, em outras palavras, a ponderação concreta deve estar comprometida não só com a disputa argumentativa (melhor argumento apresentado), mas também com o resultado (a solução em jogo que tende a atender de modo mais abrangente um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais (maior utilidade social e, portanto, de eficiência paretiana).

A concretização dos direitos sociais no Brasil e no mundo enseja questões complexas, na medida em que os recursos existentes na sociedade são escassos e

⁴ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Luciano Benetti Timm e Ingo Wolfgang Sarlet (Organizadores), Livraria do Advogado, 2ª Edição, Porto Alegre, 2009, p. 60.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. (TIMM; SARLET, 2009, p. 60).

⁶ Na mesma linha de GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; e AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (TIMM; SARLET, 2009, p. 60).

sua prestação envolve custos vultosos. Nessa quadra, o Estado é obrigado a realizar “*escolhas trágicas*”, ou seja, eleger prioridades dentre várias demandas legítimas.

Os direitos sociais prestacionais, consigne-se, são contemplados em políticas públicas - entendidas estas como um conjunto de ações empreendidas pelo poder público visando certo objetivo de interesse público.

O programa orçamentário pode ser apreendido, nessa toada, como o conjunto orgânico de ações que, a partir de certos insumos, objetiva a geração e entrega de produtos para seu público alvo – os cidadãos. Vocaciona-se, desta feita, à promoção de mudanças nas condições de vida da sociedade.

Dessume-se, assim, que as políticas públicas se afiguram tendentes à alteração da dinâmica socioestrutural, mediante a eleição das prioridades estatais nos diversos segmentos setoriais, com o correlato planejamento das ações e respectiva alocação de recursos financeiros tendentes à sua concreção, ou seja, verificação fenomênica.

Maria Paula Dallari Bucci⁷ assenta, nessa perspectiva, que as políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Ao demandar a explicitação dos pressupostos relacionados à tomada de decisão alocativa, as políticas públicas contribuem de maneira significativa para o controle prévio da discricionariedade administrativa, permitindo o controle e o escrutínio sociais.

E estas, indubitavelmente, são sobremodo afetadas pelos desvios de recursos decorrentes da corrupção, cuja prática avilta, pois, direitos humanos fundamentais.

O célebre livro “*The cost of rights – Why liberty depends on taxes*”⁸ – dos autores americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em tradução livre, “*O Custo dos Direitos – Por que a liberdade depende dos tributos*”, problematiza a questão envolvendo o custeio dos direitos e a implementação de políticas públicas nos Estados Unidos no fim do século passado.

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

⁸ HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. Editora: W. W. Norton & Company (17 de abril de 2000).

A obra pauta-se no argumento de que direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos sem apoio e fundos públicos, enveredando pela análise de questões orçamentárias e, lado outro, pelo enfoque de interesses que podem ser protegidos por indivíduos ou grupos mediante o uso de instrumentos governamentais.

Abordam os autores, portanto, o tema da reserva do possível, exortando a seguinte reflexão: *“Taking rights seriously means taking scarcity seriously”* – em tradução livre, *“Levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”*, em argumento nitidamente voltado a um diálogo com Ronald Dworkin.

Desvelaram-se no Brasil nos últimos anos práticas corruptas perpetradas pela alta cúpula do poder político, aliada à elite do capitalismo detentora de conglomerados empresariais transnacionais, com o desvio de importes vultosos, mediante sofisticadas práticas de evasão de divisas, lavagem de dinheiro, ocultação patrimonial, negócios jurídicos simulados, em território nacional e no exterior, cuja persecução e efetiva coibição pressupõem, portanto, a conjunção de esforços entre os países envolvidos, intercâmbio de inteligência e informações sensíveis, o que resta viabilizado, em certa medida, por intermédio dos tratados internacionais sobre o tema, objeto de abordagem nos capítulos seguintes.

Ilustrativamente, no âmbito da operação Lava Jato, que em razão de sua magnitude ganhou repercussão internacional, denunciou-se um esquema que envolvia grandes empreiteiras organizadas em cartel para celebração de contratos superfaturados com o Poder Público, mediante corrupção consistente no pagamento de elevadas somas aos altos executivos da estatal petrolífera (Petrobrás S.A.) e a outros agentes públicos, por intermédio de operadores financeiros em conluio, os quais ocultavam a origem do dinheiro mediante contratos simulados com empresas de fachada ou movimentações financeiras no exterior (empresas offshores).

O estratagema ilícito retroalimentava-se pela participação de agentes políticos com poder para interferirem na indicação de dirigentes da Petrobrás S.A., destinando-se parte dos valores desviados do erário ao financiamento de campanhas e partidos políticos, num ciclo vicioso e pernicioso à própria democracia e à sua força legitimadora.

Em meio ao cenário exposto, em âmbito interno, de igual sorte, sobrevieram normatizações e instrumentos tendentes ao aperfeiçoamento do arcabouço jurídico no enfrentamento do fenômeno da corrupção, os quais, embora não se revelem

imunes a críticas e aperfeiçoamentos, traduzem, inequivocamente, novos marcos normativos no trato da questão.

Inserem-se nesse contexto os novos institutos jurídicos positivados da delação premiada, os acordos de leniência e a própria Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/13, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15 - cenário normativo propulsor dos programas de *compliance* para as empresas brasileiras e estrangeiras com atuação no país, mediante a implementação de programas de integridade, com o objetivo de aperfeiçoar mecanismos de controle interno nessas corporações, capazes de prevenir, detectar e punir fraudes e ilícitos que venham a ser praticados em seu âmbito ou por seus colaboradores, a exemplo do que já previam o *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act* e o *UK Bribery Act*.

Tem-se, portanto, que o momento político recente, embora turbulento para o país, revelou-se propício a certas reformas legislativas tendentes ao combate à corrupção e aptas, ao menos em tese e desde que aplicadas com observância do “*rule of law*” e do “*due processo of law*” -; a promover os interesses mais amplos da sociedade em detrimento das pretensões financeiras e egoísticas pertencentes a grupos de empresários e à cúpula do poder político, ambos envolvidos nos episódios de corrupção detectados e levados à apreciação jurisdicional.

Nessa quadra, o Poder Judiciário desempenha papel da maior relevância, na medida em que cada vez mais são submetidas a sua apreciação ações penais e de improbidade administrativa envolvendo importantes figuras do cenário político e econômico nacionais, com notória exposição midiática, cabendo-lhe, pois, agir com parcimônia e equidistância, de sorte a bem e fielmente exercer sua função precípua, sem deixar-se levar pela pressão social, a famigerada “*voz das ruas*”.

Se lhe impõe, como efeito, velar pela estrita observância do devido processo legal albergado pela Constituição Federal – art. 5º, LIV, LV, assim como pela prevalência das garantias fundamentais insculpidas na Lei Maior – tudo como forma de conferir legitimidade às potenciais inflições de penalidades que possam resultar das imputações devidamente comprovadas, sob o crivo do contraditório, observado seu respectivo ônus argumentativo (art. 93, IX, da CF).

Nesse sentido, oportuna a lição proposta por Jarbas Luiz dos Santos⁹:

⁹ SANTOS, Jarbas Luiz dos. Corrupção – Corresponsabilidade dos Agentes Estatais e da Sociedade Civil à luz do “Republicanismo”. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 75.

É nesse contexto de exigência de respostas que chegamos a algumas ponderações acerca do papel do Poder Judiciário, enquanto parte componente do aparato estatal, bem como do papel da sociedade civil, esta enquanto não simples destinatária do exercício do poder, mas como verdadeira fonte desse poder, nos termos teorizados por Rousseau – para quem o soberano é o povo e não o governante – e nos termos positivados pela nossa ordem constitucional (parágrafo único do art. 1º da CF/88).

Pois bem, ao Poder Judiciário, enquanto uma das partes integrantes do Estado – também dentro da configuração teórica que teve seu ápice à época do Iluminismo, quando da elaboração e adoção de teorias acerca da limitação do poder já desconcentrado e sob o jugo da lei – cabe não apenas a solução de conflitos de toda ordem (desde conflitos privados, restritos e sem grandes implicações na vida da sociedade como um todo, a conflitos cujas soluções interferirão diretamente nos destinos da Nação), como também zelar pela manutenção da ordem jurídica, até porque, conforme anteriormente declinado, é com base em tal ordem que se dará o funcionamento da máquina estatal. O resguardo à ordem jurídica, de seu turno, implica a necessidade de consciência quanto ao fenômeno da corrupção, conforme a conceituação ampla a que fizemos alusão anteriormente, e a consequente tomada de posição frente a ela. Tal tomada de posição, longe da adoção de posicionamentos político-partidários explícitos, consiste no bom exercício da atividade jurisdicional (etimologicamente, “dizer o direito”), o que se faz mediante prolação de decisões fundamentadas, com base na legislação vigente e com esteio nas suas finalidades – resguardo à ordem jurídica, pacificação social, concretização de direitos e garantias, etc. Nada disso, entretanto, faz-se possível sem que o Poder Judiciário compreenda a corrupção como patologia degenerativa da vida em sociedade.

Na mesma toada, discorrendo sobre o Estado Constitucional, a fórmula ‘*the rule of law*’ e ‘*under the law*’, J. J. Gomes Canotilho¹⁰ assim pontifica:

[...] Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na jurisprudência mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades¹¹, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado democrático. (...)

A interpretação do sentido da fórmula **Rule of Law** foi variando, mas é possível assinalar-lhe quatro dimensões básicas. *The rule of Law* significa, em primeiro lugar, na sequência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um *processo justo* legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do “país” perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 6ª ed., 2002, p. 92-95.

¹¹ Assim, D. ALLAND, “L’État sans qualités”, in *Droits*, nº 16 (1993), p. 5. (CANOTILHO, 2002, p. 92-95).

segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)¹².

Das primorosas lições trazidas pelo mestre português exsurge, pois - desde que guardadas as especificidades e atualizações temporais das ordens jurídicas internas sob estudo -; a imperiosa necessidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, em processos administrativos ou judiciais e, bem assim, dos direitos fundamentais dos cidadãos e do dever de fundamentação das decisões jurídicas, sejam estas prolatadas no âmbito judicial, administrativo ou controlador, como, aliás, aponta expressamente a nova LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - norma de sobredireito, orientadora do processo de interpretação de outras normas, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello preconiza:

Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra as intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos.¹³

Confira-se, ainda, a dicção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, lançada nos moldes do quanto exposto alhures, com o escopo de que não haja o desvirtuamento das finalidades de combate à corrupção, sobretudo pelas instituições integrantes do sistema de justiça:

Resaltando que el fortalecimiento de la independencia, imparcialidad y capacidad de los sistemas de justicia en la lucha contra la corrupción es un elemento crucial para enfrentar este fenómeno y que la labor de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en el monitoreo e implementación de un enfoque de derechos humanos frente a la corrupción debe ser reforzada.

Conscientes que en la lucha contra la corrupción, es indispensable que los Estados garanticen los derechos humanos de los posibles imputados, de tal manera de garantizar que dichos procesos aseguren el objetivo de combatir la corrupción, y evitar su utilización con otros fines¹⁴.

¹² Vide, VENN ALERT DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1ª ed., 1885. (CANOTILHO, 2002, p. 92-95).

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Judicial dos Atos Administrativos*. RDP 65/27.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

Oportuno o registro de Gilberto Bercovici¹⁵:

Os próprios norte-americanos entenderam que a 'separação dos poderes' não exigiria que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e interpenetração, realizada de maneira que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais. A mera declaração escrita dos vários limites não era suficiente. O mecanismo encontrado na Constituição norte-americana foi, em vez da separação total e absoluta dos poderes, a introdução do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Nesta senda, o Estado Constitucional moderno deve erigir-se como de direito democrático, colocando-se em relevo a soberania popular, na medida em que o poder político emana do povo.

Considerando que la Carta Democrática Interamericana reafirma que son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho y que establece como principios fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa¹⁶.

Como pontua Ana Isabel Burke de Lara Alegre¹⁷, almeja-se uma globalização com equidade – menos disparidade dentro e entre nações; inclusão – menos marginalização de pessoas e países; ética – menos violação dos direitos humanos; segurança humana – menos instabilidade das sociedades e menos vulnerabilidades das pessoas; sustentabilidade – menos destruição ambiental – e desenvolvimento – menos pobreza e privação.

Apresentada a introdução vocacionada a proporcionar uma visão panorâmica do multifacetado fenômeno da corrupção globalizada, o primeiro capítulo assentará o recorte conceitual utilizado no decorrer do presente estudo, seguindo-se a análise da prevenção e do combate à corrupção no plano internacional, com ênfase aos tratados internacionais sobre o tema, à cooperação internacional e, ainda, aos instrumentos de recuperação de ativos e enfrentamento da lavagem de dinheiro (segundo capítulo).

¹⁵ BERCOVIVI, Gilberto. *O controle Externo do Judiciário e a Soberania Popular*. In: Reforma do Poder Judiciário. Coordenação de André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesus Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005, p. 189.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

¹⁷ ALEGRE, Ana Isabel Burke de Lara. *Globalização vs. Segurança*. In: Globalização, Justiça & Segurança Humana – capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI. Robério Nunes dos Anjos Filho (Organizador). Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU, Brasília, 2011, p. 30.

O terceiro capítulo abordará a apresentação dos resultados de recentes de profícuos estudos levados a efeito pela organização não-governamental Transparência Internacional, com enfoque na problematização do tema corrupção, suas principais causas e efeitos, tanto no cenário global quanto no âmbito da América Latina e Caribe.

Caberá ainda uma breve consideração acerca da educação como instrumento de transformação cultural, imprescindível para vindouras abordagens mais informadas e esclarecidas sobre as causas do fenômeno corrupção, suas nefastas consequências ao desenvolvimento sócio-econômico, formas de prevenção, detecção e punição.

O quarto capítulo será dedicado à análise do arcabouço jurídico interno concernente ao combate à corrupção, por intermédio de apontamentos acerca dos principais marcos normativos disponíveis em nosso ordenamento no trato da matéria, sem pretensão exauriente, abordando-se, ainda, aspectos do controle de convencionalidade.

Traçaremos no quinto capítulo a relação entre o fenômeno da corrupção e a proteção dos direitos humanos, sob a perspectiva do direito ao desenvolvimento nas diversas arenas, econômica, política, social e institucional.

O sexto e último capítulo contemplará as perspectivas do transconstitucionalismo na espécie e a relevância e premência do constante diálogo jurisdicional entre os âmbitos local, regional e global, sobrevivendo, em arremate, as conclusões, não exaustivas, acerca das problematizações em torno do atualíssimo e relevante objeto da pesquisa.

1 MARCO CONCEITUAL

Intuitivamente, tem-se que a corrupção – termo polissêmico, revela-se apta a afetar, de maneira prejudicial, a eficiência, a equidade e a legitimidade das atividades estatais, num ciclo pernicioso capaz de distorcer a alocação eficiente de recursos, distanciando a economia de seu ponto ótimo de maximização de bem-estar e, no limite, gerando má distribuição de riquezas e coibindo não apenas o crescimento econômico, como, de igual sorte, a execução e efetiva implantação de políticas públicas em searas sensíveis para a sociedade, como o são, exemplificativamente, a saúde, a educação, a infraestrutura, a segurança etc.

Jarbas Luiz dos Santos¹⁸, recorrendo a Aristóteles, apresenta-nos uma definição de corrupção que, a despeito de não ostentar caráter técnico-jurídico, permite-nos extrairmos a ideia de sua essência. Confira-se:

Aristóteles aponta a corrupção, em sua obra *Física* (V, 225, a, 17) como sendo uma das quatro causas de “movimento” (i.e., transformação), em virtude do qual a substância se gera ou se destrói. É a corrupção, assim, **“uma mudança que vai de algo ao não-ser desse algo; é absoluta quando vai da substância ao não-ser da substância, específica quando vai para a especificação oposta”** (apud Abbagnano¹⁹, 2007, p. 250). Ao conceito aristotélico de “corrupção” opõe-se o de “geração”.

Se nos afigura tarefa árdua definir o termo corrupção em face da inexistência de um conceito unívoco, o que se acentua na medida em que analisamos as complexas dimensões de um fenômeno multifacetado.

Convém assentar o conceito generalista encampado pela Resolução 1/18²⁰ da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a saber:

Habiendo realizado dos reuniones de consulta con operadores de justicia, expertos y sociedad civil, quienes destacaron que la corrupción se caracteriza por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales.

¹⁸ SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Corrupção – Corresponsabilidade dos Agentes Estatais e da Sociedade Civil à luz do “Republicanismo”*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 70.

¹⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

Na mesma linha, observa-se um conceito genérico adotado pela Transparência Internacional²¹, consoante o qual corrupção consiste “*no abuso do poder confiado para ganho privado*”, ou seja, no desvio ou abuso do poder com a finalidade de permitir a famigerada sobreposição do pessoal ao coletivo. Pode ser classificada como grande, mesquinha e política, dependendo da quantidade de dinheiro perdido e do setor em que ocorre. Tem-se, assim, o seguinte cenário:

A grande corrupção consiste em atos cometidos em um alto nível de governo com aptidão para distorcerem as políticas ou o funcionamento central do Estado, permitindo que os líderes se beneficiem às custas do bem público.

A corrupção mesquinha se refere ao abuso cotidiano do poder confiado a funcionários públicos de nível baixo e médio em suas interações com cidadãos comuns, que frequentemente tentam acessar bens ou serviços básicos em locais como hospitais, escolas, departamentos de polícia e outras agências.

A corrupção política consiste na manipulação de políticas, instituições e regras de procedimento na alocação de recursos e financiamento por tomadores de decisão política, que abusam de sua posição para sustentar seu poder, status e riqueza²².

Renato Ramalho²³ identificou um conjunto de causas que geram ou podem gerar a corrupção, a saber:

- Elevado poder discricionário. Em termos mais gerais, qualquer política com elevado poder discricionário cria oportunidades para práticas corruptas. São exemplos deste grupo as restrições ao comércio externo e subsídios governamentais, como a imposição de licenças de importação/exportações, o protecionismo e a concessão de subsídios a certos setores da economia. Estudos mostram que economias com menos subsídios ou mais abertas ao comércio externo, por não discriminarem grupos beneficiários, estão associadas a menores níveis de corrupção.
- Baixo nível de salários. Os baixos salários são um estímulo à busca de fontes alternativas para completar a renda e isto pode ocorrer tanto com os funcionários do setor público quanto do setor privado.
- Sistema político. O nível de corrupção do sistema político tende a estar associado ao nível de competição política. É provável que o nível de

²¹ A Transparency Internacional é hoje possivelmente a mais importante organização não-governamental cujo escopo precípua radica-se no combate à corrupção. Disponível em: <http://www.transparency.org>. Acesso em: 04 ago. 2019.

²² 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.

²³ RAMALHO, Renato M. *Corrupção, instituições e desenvolvimento*. Escola de Economia de São Paulo, FGV, 2006.

corrupção seja maior em regimes autoritários, com menor pressão política.

- Desigualdade social e de direitos. A aceitação da diferença de direitos entre setores da sociedade promove a impunidade sobre práticas corruptas.

Anne Peters²⁴, em lapidar artigo intitulado “*Corruption and Human Rights*”, evidencia, de início, a problemática relacionada à conceituação do termo corrupção.

Corruption²⁵ is not a technical term; it is not considered a criminal offence in most criminal codes around the world and it also does not have a legal definition in most international treaties. The most common definition is that used by the NGO Transparency International, according to which corruption is the abuse of entrusted power for private gain. Such abuse may happen on the level of day-to-day administration and public service (“petty corruption”), or on the high level of political office (“grand corruption”). These terms do not mark a legal distinction but merely describe variations of the same theme. Often, a particular scheme of corruption permeates the various levels of public administration, and thus links both forms of corruption.

Daniel Kaufmann e Cheryl W. Gray²⁶ afirmam que uma definição usual de corrupção consiste no uso de cargos públicos para ganhos privados. Isso inclui suborno e extorsão, que necessariamente envolvem pelo menos duas partes (corrupto e corruptor), e outros tipos de prevaricação que um funcionário público pode realizar sozinho, incluindo fraude e peculato.

Assentam os autores que a apropriação de bens públicos para uso privado e o desvio de fundos públicos por políticos e funcionários de alto escalão (associados à “grande” corrupção em vários países, alguns dos quais cercados por cleptocracias) -, têm impactos adversos claros e diretos sobre o desenvolvimento econômico de um país, de tal sorte que seus custos não justificariam uma discussão sofisticada a esse respeito, em face da previsibilidade dos resultados e conclusões.

Pontuam, outrossim, ser mais complexa a análise do suborno de funcionários públicos por particulares - e, em especial, seu impacto no desenvolvimento do setor privado. Neste cenário, afigura-se útil considerar o que as partes privadas podem “comprar” de um político ou burocrata²⁷:

²⁴ PETERS, Anne. *Corruption and Human Rights*. Working paper series N° 20, Basel Institute on Governance, September 2015, p. 10-34.

²⁵ See Mark Pieth, Chapter 2: *A Very Short Introduction to Corruption*, In: Fritz Heimann/Mark Pieth, *Confronting Corruption* (New York: Oxford UP 2016). (PETERS, Anne, 2015, p. 10-34).

²⁶ KAUFMANN, Daniel. GRAY, Cheryl W. *Corruption and Development*. In: *Finance & Development* / March 1998.

²⁷ A general definition of corruption is the use of public office for private gain. This includes bribery and extortion, which necessarily involve at least two parties, and other types of malfeasance that a public official can carry out alone, including fraud and embezzlement. Appropriation of public assets for private use and embezzlement of public funds by politicians and high-level officials (associated with “grand”

- Contratos governamentais: o suborno pode influenciar a escolha de partes privadas para fornecer bens e serviços públicos e os termos exatos desses contratos de fornecimento. Também pode afetar os termos de recontratação durante a implementação do projeto.
- Benefícios do governo: os subornos podem influenciar a alocação de benefícios monetários (evasão de impostos, subsídios, pensões ou seguro de desemprego) ou benefícios em espécie (acesso a escolas privilegiadas, assistência médica, moradia e imóveis, ou participações em empresas sendo privatizadas).
- Receitas públicas: os subornos podem ser usados para reduzir o montante de impostos ou outras taxas cobradas pelo governo de partes privadas.
- Economia de tempo e prevenção regulatória: os subornos podem acelerar a concessão de permissão do governo para realizar atividades legais.
- Influenciar os resultados do processo legal e regulatório: os subornos podem alterar os resultados do processo legal e regulatório, induzindo o governo a não conseguir impedir atividades ilegais (como tráfico de drogas ou poluição) ou a favorecer indevidamente uma parte sobre outra em processos judiciais ou outros procedimentos legais.

Analisando a incidência de corrupção e sua ocorrência nas diferentes sociedades, pontuam Daniel Kaufmann e Cheryl W. Gray que o fenômeno varia desde raro, passando a difundido, chegando, por fim, ao nível sistêmico.

Em sendo raro, mais factível e provável será sua detecção, punição e coibição. Uma vez que se torne sistemático, entretanto, a probabilidade de detecção e punição diminui, e incentivos são criados para que a corrupção aumente ainda mais, advertindo-se que onde há corrupção sistêmica, as instituições, regras e normas de comportamento já foram adaptadas a um *modus operandi* corrupto, com burocratas e outros agentes frequentemente seguindo os exemplos predatórios, ou mesmo recebendo instruções de seus diretores na arena política²⁸.

corruption in various countries, some of which are beset by kleptocracies) have such clear and direct adverse impacts on a country's economic development that their costs do not warrant sophisticated discussion. The analysis of bribery of public officials by private parties - and, in particular, its impact on private sector development - is, however, more complex. In unbundling bribery, it is useful to consider what private parties can "purchase" from a politician or bureaucrat:

- Government contracts: Bribes can influence the choice of private parties to supply public goods and services and the exact terms of those supply contracts. It can also affect the terms of recontracting during project implementation.
- Government benefits: Bribes can influence the allocation of monetary benefits (tax evasion, subsidies, pensions, or unemployment insurance) or in-kind benefits (access to privileged schools, medical care, housing and real estate, or ownership stakes in enterprises being privatized).
- Public revenues: Bribes can be used to reduce the amount of taxes or other fees collected by government from private parties.
- Time savings and regulatory avoidance: Bribes can speed up the government's granting of permission to carry out legal activities.
- Influencing outcomes of the legal and regulatory process: Bribes can alter outcomes of the legal and regulatory process, by inducing the government either to fail to stop illegal activities (such as drug dealing or pollution) or to unduly favor one party over another in court cases or other legal proceedings. (KAUFMANN; GRAY 1998).

²⁸ KAUFMANN, Daniel. GRAY, Cheryl W. *Corruption and Development*, In: Finance & Development / March 1998, p. 8.

Importa explicitar que a própria Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada em 2003 – Convenção de Mérida, não define conceitualmente o termo corrupção.

Optou, por outro vértice, por apresentar um rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*) de atos e condutas que se subsumem ao tipo de corrupção, assim como recomendar que cada Estado Parte adote medidas no sentido de combater, mediante a criação de tipos penais incriminadores, as condutas de suborno (*bribery*); peculato, malversação, apropriação indébita e outros desvios; tráfico de influência; abuso de funções; enriquecimento ilícito e a lavagem de dinheiro.

No Dicionário de Política Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino²⁹ conceituam corrupção como:

[...] o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual (...) Corrupção significa transação ou troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper (...) uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima (...) pode também ser tida como tentativa para a obtenção de um acesso privilegiado.

Reconheça-se que apesar de traduzir esse conceito o ideário comum existente na concepção popular, seu espectro sobremodo restritivo não espelha a dimensão do fenômeno, sequer em seu aspecto subjetivo.

Modesto Carvalhosa³⁰ bem assinala que o consenso universal hoje – e que se vê em todos os Tratados que versam sobre a matéria – é que a dimensão tomada pela corrupção no mundo advém da organização empresarial, sem o que seria impossível a associação criminosa que domina as contratações com o Governo e estatais, representadas pelos cartéis e, muito menos, as fraudes que caracterizam a execução desses contratos viciados na sua adjudicação e realização de obras, serviços e fornecimentos.

E prossegue: desloca-se o foco da pessoa física, além dos donos dessas empresas – seus controladores – para o da pessoa jurídica, na qualidade de organização dos fatores empresariais voltados para a consecução do crime de corrupção, em concerto com os agentes públicos, políticos e administrativos.

²⁹ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 291-292.

³⁰ CARVALHOSA, Modesto. *O combate ao crime organizado de corrupção*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 907.

Mercê desse cenário de inexistência de um marco conceitual unívoco, impõe-se para a finalidade do presente trabalho a adoção de um recorte conceitual compreensivo do fenômeno da corrupção como um desvio dos deveres formais associados a um cargo público, em função de benefícios privados, conforme alude Joseph Nye³¹, conceito esse encampado pelo Banco Mundial (World Bank - BIRD), ao definir corrupção como sendo, grosso modo, o “*abuso do poder público para benefícios privados.*”

Com efeito, no âmbito do Banco Mundial, de acordo com Drew Harker e Nathaniel Castellano³²:

(a) ato de corrupção consiste na oferta, concessão, recebimento, solicitação, direta ou indireta, de qualquer item de valor com o intuito de influenciar indevidamente as ações de outra parte; (b) fraude refere-se a qualquer ato ou omissão, incluindo uma declaração falsa, que sabidamente ou imprudentemente engana, ou tenta enganar, uma parte para obter benefícios financeiros ou não, para evitar o cumprimento de uma obrigação; (c) colusão é o arranjo entre duas ou mais partes com a intenção de alcançar um propósito impróprio, incluindo a influência imprópria das ações de outra parte; (d) correção é “o dano ou a ameaça de dano a uma pessoa de modo a influenciar de modo impróprio suas ações”; e (e) obstrução é “(i) a destruição deliberada, falsificação, alteração ou ocultação de provas materiais de uma investigação ou a provisão de falso testemunho a investigadores de modo a materialmente impedir uma investigação do Banco relacionada a alegações de prática corrupta, fraudulenta, coercitiva ou colusiva; e/ou a ameaça, assédio ou intimidação de qualquer parte para preveni-la de apresentar seu conhecimento de assuntos relevantes à investigação ou de seguir com a investigação; ou (ii) atos com o propósito de materialmente impedir o exercício dos direitos contratuais do Banco de auditar ou acessar informação”.

No setor privado, as infrações incluem práticas anticompetitivas e afronta às normas regulatórias, condutas que merecem menção por sua relevância na abordagem do fenômeno, porém, assente-se, não serão aprofundadas no presente trabalho.

³¹ NYE, Joseph. *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*. American Political Science Review, nº 61, 1967, pp. 417-427.

³² HARKER, Drew A.; CASTELLANO, Nathaniel E. The World Bank sanctions system, 01.02.2017. Briefing Paper nº 17-3. Disponível em SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2922782>>. Acesso em 04.08.2019.

1.1 A CORRUPÇÃO COMO ENGRAXANTE DA BUROCRACIA ESTATAL

Interessante consignar a existência de autores para quem a corrupção pode ensejar ganhos sistêmicos tais como desenvolvimento econômico e político, por paradoxal que possa soar essa assertiva.

Nessa esteira, Joseph Nye³³ sustenta que a corrupção, entendida como o desvio de deveres formais de uma atividade pública mercê de interesses pessoais ou ganhos financeiros – comportamento expresso, no mais das vezes, na prática de suborno, nepotismo e apropriação indébita, pode contribuir para o desenvolvimento econômico de três modos: pela formação de capital, pela redução da burocracia e pelo incentivo ao empreendedorismo.

Nesse sentido, José Vitor Lemes Gomes³⁴, discorrendo sobre a perspectiva de Joseph Nye, expressa que a corrupção favorece a formação de capital em países onde o capital privado é escasso para financiar o desenvolvimento.

O dinheiro proveniente da corrupção, nesse caso, poderá contribuir para formação de capital, desde que seja usado para promover o desenvolvimento econômico ao invés de ser aplicado em bancos suíços - enfatiza.

No que tange a redução da burocracia, a corrupção é um meio de acelerar negócios que encontram obstáculos na rigidez das normas administrativas, os quais seriam inviabilizados sem a corrupção. Com mais capital e menor burocracia, a emergência de empreendedores torna-se mais provável, o que é favorável ao crescimento econômico, argumenta.

Prossegue o autor, forte na doutrina de Joseph Ney, problematizando os possíveis efeitos positivos da corrupção, desta feita na seara política, estatuidos:

No que se refere ao desenvolvimento político, Nye argumenta que a corrupção pode favorecer a integração nacional e a capacidade governamental. Para o autor a integração nacional seria promovida ao tornar as relações entre os cidadãos e o estado menos impessoais. No entanto, o autor reconhece que a corrupção só pode ser útil quando mantida sob controle, pois em caso contrário pode desagradar setores modernos da sociedade, afinal “...*what is integrative for one group may be disintegrative for another.*” (NYE, 1967,420). Se para um homem tradicional pior que a corrupção é ver seu filho preso, para grupos modernos, tais como estudantes de classe média, a ausência de honestidade pode destruir a legitimidade do sistema.

³³ NYE, Joseph Nye. *Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis*. The American Political Science Review, v. 61, n. 2, jun. 1967, p. 417-427.

³⁴ GOMES, José Vitor Lemes, *A corrupção em perspectivas teóricas*. In: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF v. 5, n. 1 e 2 jan./dez. 2010, p. 21-33.

Nye ressalta que o financiamento de partidos políticos é um dilema, ou seja, *“financing political parties tends to be a problem in developed as well as less developed countries, but it is a particular problem in poor countries.”* (1967,421). Nesses casos a corrupção pode ser uma alternativa para o financiamento partidário. Os partidos, ao longo do tempo, podem converter-se em fiscais da corrupção, isto é, passarão a exercer os papéis de situação e oposição, logo de mútua fiscalização, o que reduzirá ou controlará a corrupção³⁵.

Tangenciando, ainda, esse viés da corrupção como elemento que induziria a eficiência estatal em alguma medida, José Álvaro Moisés³⁶ consigna a estabilidade política e o chamado “engraxamento” de estruturas burocráticas, sem descuidar de seus efeitos perniciosos:

Segundo o conhecimento convencional, as explicações usuais de economistas e cientistas políticos para o fenômeno da corrupção apontam especialmente para o papel do desenvolvimento econômico e do desenho institucional. Os estudos mais comuns tratam tanto das consequências sistêmicas negativas da corrupção, como o clientelismo, o nepotismo e a ilegitimidade política, quanto das duas supostas implicações positivas, como a estabilidade política e o chamado “engraxamento” de estruturas burocráticas. Tratam também das implicações da corrupção para as decisões de políticas econômicas e seus efeitos negativos para o investimento público e privado.

Ainda nesse contexto, Anne Peters³⁷ salienta que os comentários sul-africanos do *Facebook* indicam que o cidadão médio não considera necessariamente a corrupção um mal abominável que deve ser erradicado - um “câncer”, como o presidente do Banco Mundial, James Wolfensohn, disse em 1996 - como parte de uma campanha anticorrupção global.

Termos como “*palm grease*” e “*speed money*” mostram que, mesmo apenas algumas décadas atrás, a maioria das sociedades pelo menos tolerava pagamentos informais para lubrificar as engrenagens da vida econômica e social e acelerar suas operações. Mas mesmo ao preço das violações dos direitos humanos?³⁸ – retorse a preclara autora.

³⁵ GOMES, José Vitor Lemes, *A corrupção em perspectivas teóricas*. In: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF v. 5, n. 1 e 2 jan./dez. 2010, p. 21-33.

³⁶ MOISÉS, José Álvaro. *O Impacto da Corrupção na Qualidade da Democracia*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 84.

³⁷ PETERS, Anne. *Corruption and Human Rights*. Working paper series Nº 20, Basel Institute on Governance, September 2015. p. 7.

³⁸ Secondly, the South African Facebook comments indicate that the average citizen does not necessarily consider corruption to be an abhorrent evil that must be eradicated – a “cancer”, as World Bank president James Wolfensohn said in 19962 – as part of a global anti-corruption campaign. Terms such as “palm grease” and “speed money” show that even just a few decades ago, most societies at least tolerated informal payments to lubricate the gears of economic and social life and to accelerate its operations. But even at the price of human rights violations? (PETERS, Anne. 2015, p. 7).

Vê-se que a ilustrativa menção à opinião média da sociedade sul-africana, no caso apontado, envolvendo possíveis práticas de corrupção por ocasião da realização da Copa do Mundo da FIFA no país em 2010, trazida por Anne Peters, não veio desacompanhada de um intrigante questionamento, qual seja, seriam práticas corruptas toleráveis ainda que afrontosas aos direitos humanos?

Samuel Huntington³⁹ relaciona a corrupção à baixa institucionalização política que ocorre em sociedades onde o processo de modernização avança na economia sem o correlato avanço no plano institucional político.

Para ele, *“a corrupção evidentemente é uma medida da ausência de institucionalização eficiente”* e, ainda, um fenômeno imanente ao processo de modernização.

Analisando o fenômeno no espectro da relação custo-benefício, adepto da teoria da modernização que é, Huntington reputa que possa em alguma medida ser concebido como um acelerador do desenvolvimento econômico e político, desde que não se revele desenfreado, ou seja, desde que haja um equilíbrio mínimo entre seus custos e benefícios ou, em outras palavras, que esteja sob controle.

No que diz com a rigidez burocrática do Estado, há certa aproximação entre os pensamentos de Joseph Ney e Huntington⁴⁰, para quem *“a corrupção pode ser um meio de superar as normas tradicionais ou os regulamentos burocráticos que emperram o desenvolvimento econômico”*, funcionando como um lubrificante nas relações entre setor privado da economia e o Estado.

Para Huntington⁴¹, *“...em termos de crescimento econômico, a única coisa pior que uma burocracia rígida, supercentralizada e desonesta é uma burocracia rígida, supercentralizada e honesta.”*

Susan Rose-Ackerman⁴² constata que *“a corrupção ocorre na interface dos setores público e privado. Sempre que uma autoridade pública possui poder*

³⁹ HUNTINGTON, Samuel P. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. São Paulo: Ed. USP, 1975, p. 72.

⁴⁰ HUNTINGTON, Samuel P. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*, São Paulo: Ed. USP, 1975, p. 82-83.

⁴¹ Huntington declarou: “En términos de crecimiento económico, lo único peor que una sociedad con una burocracia rígida, muy centralizada y deshonestas es una sociedad con una burocracia rígida, muy centralizada y honesta”. In: HODGSON, Geoffrey; SHUXIA, Kiang. *La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista*. Revista de Economía Institucional, vol. 10, núm. 18, primer semestre, 2008, pp. 55-80. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

⁴² ROSE-ACKERMAN, Susan. *A economia política da corrupção*. In: ELLIOT, Kinberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UnB, 2002, p. 59-64.

discricionário sobre a distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado, criam-se incentivos para que haja suborno”.

Com efeito, ainda de acordo com a autora, “o governo compra e vende bens e serviços, distribui subsídios, organiza a privatização de empresas estatais e faz concessões. As autoridades frequentemente detêm um monopólio de informações valiosas. Todas essas atividades criam incentivos para a corrupção.”

Nessa quadra, a organização da máquina estatal relaciona-se diretamente com o fenômeno da corrupção, podendo, dessarte, ser-lhe mais favorável ou restritiva.

Nessa perspectiva, uma administração pública burocrática e disfuncional revelar-se-ia um cenário contributivo para a corrupção, manejada, em certa medida, nesse contexto, como instrumento de burla à autoridade pública e seus percalços procedimentais até que sobrevenha uma decisão administrativa - a ser pautada, dentre outros, pelo princípio da eficiência (EC 19/98).

Nesse sentido, como pontua Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho⁴³:

Se o imperativo de racionalidade no exercício do poder pode parecer para alguns pensadores mais deferentes ao papel do Direito escrito na disciplina do Estado como algo muito etéreo, já que não consagrado como princípio constitucional expreso a reger a função executiva, a constitucionalização da disciplina da Administração Pública exige que todas leis e regulamentos que lhe são aplicáveis sejam lidos a partir de valores contidos na Carta Política, dentre os quais está o da eficiência.

Entretanto, Luiz Paulo Rosenberg e Rafael Bistafa⁴⁴, fortes na doutrina de Rose-Ackerman, ponderam que, mesmo quando a corrupção é uma via rápida para driblar políticas governamentais excessivamente restritivas, revela-se sempre uma escolha “*second-best*”. Especialmente em economias emergentes, um respeitável histórico de crescimento não pode ser utilizado para justificar a existência contínua de uma ineficiente e injusta relação entre governo e setor privado⁴⁵.

⁴³ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. *Governança Pública, Um Ensaio sobre Pressupostos e Instrumentos de uma Ação Estatal Juridicamente Eficiente*, quartier latin, São Paulo, 2019, p. 195.

⁴⁴ ROSEMBERG, Luiz Paulo; BISTAFA, Rafael. *Oferta&Procura no mercado de corrupção*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 130.

⁴⁵ No mesmo sentido, vide HODGSON, Geoffrey; SHUXIA, Kiang. *La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista*. Revista de Economía Institucional, vol. 10, núm. 18, primer semestre, 2008, pp. 55-80. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, p. 73: A la corrupción se la consideraba como el campeón de la eficiencia económica contra la burocracia pública obtusa. Esos argumentos no tenían en cuenta la posibilidad de que el Estado puede ser necesario para mantener el comercio y hacer cumplir los contratos. La corrupción erosiona esos poderes: el resultado puede ser que sea más difícil implementar los contratos, en detrimento de la actividad empresarial y del producto. Las visiones positivas de la corrupción como lubricante de los

Os referidos autores sustentam, de maneira interessante, que a primeira linha de ação contra a corrupção consistiria na eliminação das condições que a viabilizaram, de tal sorte que o problema *“será mitigado onde prevalecer a transparência e a liberdade de trocar, concorrer, criar, empregar, e desempregar, onde houver um aparato regulatório de aplicação automática, sem precisar passar pelo crivo de um carimbador público venal”*.

Subjaz às enfáticas palavras transcritas a ideia de eliminação de todo o aparato estatal que enseje burocratização sufocante desprovida de proporcionalidade finalística.

Outro vértice de análise haveria de recair sobre a tributação confiscatória, aludem os autores -; na medida em que, quanto mais o contribuinte sentir-se espoliado sem a correlata contrapartida em serviços públicos essenciais adequados, providos pelo Estado, maior a propensão de tomar o risco de mobilizar um corrupto para manipular o valor que teria de oferecer à tributação.

Simon Deakin, David Gindis, Geoffrey M. Hodgson, Kainan Huang e Katharina Pistor⁴⁶, em artigo publicado no *Journal of Comparative Economics* 45 (2017), intitulado *“Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law”*, chamam a atenção para a circunstância de ser impossível, no plano fático e jurídico, a eliminação total, pura e simples de toda a regulamentação estatal ou mesmo da margem de discricionariedade que lhe é conferida em dadas situações. Em tradução livre, assentam os autores:

O institucionalismo jurídico compartilha com outras abordagens institucionais uma ênfase na importância das regras sociais. Como Dopfer, Foster e Potts (2004, p. 263) colocam: "um sistema econômico é uma população de regras, uma estrutura de regras e um processo de regras". O institucionalismo jurídico acrescenta a isso a afirmação adicional de que muitas das regras mais importantes e poderosas têm caráter legal e são apoiadas pelo poder e autoridade do Estado.

Uma consequência imediata desta visão é a impossibilidade literal de uma desregulamentação completa, ou de uma economia ou mercado não regulamentado. As regras estão em toda parte, e são essenciais para a vida social e econômica. Tudo o que pode ser alcançado é mudar algumas regras, ou remover algumas para permitir que outros façam mais trabalho. Em vez de uma desregulamentação universal, o institucionalismo jurídico complementa a difícil questão da investigação de que tipo de regras são

engranajes de la actividad económica son criticadas por Leys (1965), Bardhan (1997), Kaufmann (1997), Shleifer y Vishny (1993) y algunos otros. (ROSEMBERG, Luiz Paulo; BISTAFA, Rafael. 2016, p. 130).

⁴⁶ DEAKIN, Simon, GINDIS, David, HODGSON, Geoffrey M., HUANG, Kainan, PISTOR, Katharina. *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law*. In: *Journal of Comparative Economics* 45 (2017).

adequadas para cada circunstância específica. Dadas as complexidades e incertezas envolvidas, tal abordagem deve ser cautelosa e experimental, e não pode prosseguir com base num projeto prévio completo.⁴⁷

Extrai-se do excerto acima, a importância da atividade regulatória desenvolvida pelo Estado e suas instituições, não havendo falar em remoção absoluta da discricionariedade em seu desempenho, muito embora essa seja apontada como uma das circunstâncias propiciadoras de um ambiente corruptível.

Nesse diapasão, se, de um lado, deve-se ponderar e bem calibrar o impacto regulatório das atividades econômicas de sorte a não obstá-las ou desestimulá-las indevidamente – atividade a ser desempenhada com tecnicidade e parcimônia, por outro vértice, não há como o Estado despir-se de seu papel regulamentador da vida em sociedade, não se nos afigurando a discricionariedade administrativa, quando cabível, um mal em si, mas, apenas quando levada a efeito com desvio de finalidade ou abuso de poder, afastando-se da impessoalidade e eficiência administrativa – e, portanto, da persecução do interesse público primário que incumbe a todo órgão ou agente público.

⁴⁷ Legal institutionalism shares with other institutional approaches an emphasis on the importance of social rules. As Dopfer, Foster and Potts (2004, p. 263) put it: "an economic system is a population of rules, a structure of rules, and a process of rules." Legal institutionalism adds to this the further claim that many of the more important and powerful rules are legal in character, and they are backed by the power and authority of the state.

One immediate consequence of this vision is the literal impossibility of complete de-regulation, or of an unregulated economy or market. Rules are everywhere, and are essential to social and economic life. All that can be attained is to change some rules, or to remove some to allow others to do more work. Rather than universal de-regulation, legal institutionalism addresses the difficult research question of what kind of rules are appropriate for each particular circumstance. Given the complexities and uncertainties involved, such an approach must be cautious and experimental, and cannot proceed on the basis of complete prior design (DEAKIN, Simon, GINDIS, David, HODGSON, Geoffrey M., HUANG, Kainan, PISTOR, Katharina, 2017).

2 PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO NA ORDEM INTERNACIONAL

2.1 A emergência da pessoa humana na ordem jurídica internacional no âmbito do Direito Internacional Público

Oportuno trazer à colação, de início, o conceito de Direito Internacional Público preconizado por Guido Fernando Silva Soares⁴⁸, na medida em que harmoniza e compreende as concepções clássica e moderna:

O Direito Internacional Público, de uma perspectiva tradicional, poderia ser definido como um sistema de normas e princípios jurídicos que regula as relações entre os Estados. Na atualidade, contudo, tal definição é por demais estreita, uma vez que não contempla um dos grandes destinatários de suas normas, a pessoa humana, nem situações particulares de outros sujeitos de Direito Internacional Público, que não são Estados.

Diz-se que o conceito acima transcrito bem harmoniza as concepções clássica e moderna de Direito Internacional Público justamente ao colocar em evidência a circunstância de as relações internacionais e a tutela de interesses correlatos não se circunscreverem apenas aos Estados e às organizações internacionais, abarcando, outrossim, empresas, organizações não governamentais (ONGs) e os indivíduos.

Regula, outrossim, como se dará a conjugação de esforços para o atingimento de desideratos comuns e, bem assim, o enfrentamento de problemas globais ou regionais, que transcendam a esfera de interesses meramente locais e internos, como, *exempli gratia*, a tutela do meio ambiente, a proteção dos direitos humanos, o combate à corrupção transnacional etc.

Celso D. de Albuquerque Mello⁴⁹, em percuciente análise, estatui:

[...] Direito somente existe para regulamentar as relações entre os homens. Ele é um produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno da socialização, que se manifesta em todos os ramos do Direito (...).

A conclusão a que podemos chegar é que a melhor posição é a que defende serem sujeitos de DI os Estados, as organizações internacionais, o homem, etc, isto é, todo ente que possuir direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional. (...) É o homem, pessoa internacional, como é o Estado, apenas a sua capacidade jurídica de agir é bem mais limitada que a do Estado.

⁴⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, v 1, p. 21.

⁴⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.766, 769-770.

Tem-se que a ordem jurídica, pois, volta-se, finalisticamente, à tutela dos direitos da pessoa humana – ponto fulcral para se consolidar o homem como sujeito de Direito Internacional.

Defende-se, nesse cenário, a personalidade internacional do indivíduo, que passa a ostentar posição de destaque, portanto, no cenário de globalização, não mais compatível com uma ideia de soberania estatal ilimitada, incontrastável.

Nesse diapasão, exsurge nítida a relevância da cooperação internacional, verdadeiro instrumento de reforço de que dispõem os Estados na tutela de bens jurídicos e na consecução de objetivos cuja importância transcenda suas fronteiras, a ser somado às respectivas ordens jurídicas internas.

Luiz Fabricio Thaumaturgo Vergueiro⁵⁰, analisando os avanços, percalços e desafios da cooperação jurídica internacional, assim preconiza:

[...] O processo assume graus (ou geometrias) variáveis, com maior intensidade no continente europeu, onde se instala uma Comunidade Econômica, logo substituída pela União Europeia, com arroubos de federalismo, em que circulam livremente entre os membros pessoas, capitais e mercadorias, juntamente com seus “produtos judiciais”. Sentenças cíveis de países diferentes são executadas sem maiores formalidades, como se fossem ditadas por juízes locais – todos coordenados por uma rede de Tribunais Comunitários -, e mandados de prisão expedidos em um lado do continente são cumpridos por policiais e juízes no outro extremo.

Fora da Europa, um processo integracionista menos intenso, mas também significativo, envolveu os países membros da então criada Organização das Nações Unidas, e nas várias planícies do mundo surgiram organizações regionais que se esforçam por chegar a um nível de integração semelhante ao europeu.

Percebem estes vários Estados, contudo, que novas demandas de cooperação surgem a cada dia, e que o estreitamento de relações econômicas permite identificar alguns valores comuns a toda a espécie humana. A progressiva enunciação e o reconhecimento desses valores em textos normativos internacionais que passam a vincular os Estados diante de sua adesão voluntária aos tratados sobre o assunto permitem afirmar a existência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, exigível desses mesmos Estados [...].

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵¹, reconhecendo a imprescindibilidade da cooperação internacional na prevenção e combate efetivo à corrupção, assim dispõe:

⁵⁰ VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. *Cooperação Jurídica Internacional Vertical: Civil e Criminal*. Quartier Latin, São Paulo, 2016, p. 255.

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, destacan que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente dicho fenómeno, y reafirman la importancia de la cooperación entre Estados para que su acción sea efectiva, incluyendo la asistencia técnica para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción.

La CIDH reconoce la labor que ha desarrollado el Mecanismo de Seguimiento a la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).

Salienta Paulo Henrique Gonçalves Portela⁵²:

[...] O Direito Internacional Público destina-se não só a gerar efeitos no âmbito das relações internacionais, mas também dentro dos Estados. Com efeito, as normas internacionais prescrevem condutas que deverão ser executadas exatamente pelas autoridades responsáveis pela condução das relações internacionais de um ente estatal. Além disso, os tratados normalmente determinam ações que os Estados deverão efetivar dentro de seus territórios, como no caso do Protocolo de Quioto, ato internacional que visa a reduzir a poluição ambiental no mundo e que, para isso, deverá logicamente levar à redução da emissão de poluentes pelas indústrias nacionais, ou dos tratados dos direitos humanos, que não lograrão contribuir para a proteção e a promoção da dignidade humana no mundo se os Estados, sob cuja jurisdição se encontram as pessoas naturais, não garantirem o gozo dos direitos consagrados em seus textos nas respectivas áreas territoriais [...].

Insta trazer à colação a dicção do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ao reconhecer a existência de normas inderrogáveis do direito internacional, o *ius cogens*:

Artigo 53 – Tratados em conflito com uma norma imperativa do direito internacional geral (“*jus cogens*”): É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza (tradução livre)⁵³.

A interpretação prevalente a partir de então na doutrina de Direito Internacional foi no sentido de que o *ius cogens* irradiaria verdadeira carga axiológica, abarcando valores e princípios fundamentais da ordem internacional, inderrogáveis, pois.

⁵² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 6 ed., *jusPodium*, 2014, p. 47-51.

⁵³ “Article 53 – Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“*jus cogens*”): A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts conflicting with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character” (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).

Tem-se, por corolário, que a abertura constitucional à normas de direito internacional acaba por consagrar uma limitação do próprio Estado aderente ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem (*pro homine*) e, bem assim, pressupõe a compatibilidade das previsões consensuais com o direito interno, em prestígio à observância de princípios cogentes de valor superior.

Cançado Trindade, na mesma senda, pontifica:

A nova dimensão do direito de proteção do ser humano, dotado reconhecidamente de especificidade própria, vem-se erigindo no plano jurisprudencial sobre o binômio das obrigações de “respeitar” e “fazer respeitar”, em todas as circunstâncias, os tratados de Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵⁴

Destaque-se, outrossim, que os ordenamentos jurídicos internos se abrem a fontes de direito supranacionais, alterando-se sobremaneira o monopólio de criação do direito.

Se assim se dá no plano da abertura dos Estados ao direito internacional, J. J. Gomes Canotilho⁵⁵ realça a submissão ao Estado de Direito no plano do direito interno, recorrendo, nesse desiderato, ao ***The Reign of Law*** norte-americano. Vejamos:

Nos Estados Unidos, o “império do direito” – **The Reign of Law** – ganhou contornos rasgadamente inovadores. Como primeiro tópico – e tópico central – do Estado Constitucional dos Estados Unidos será de referir a ideia de *always under law*⁵⁶. O Estado Constitucional arranca, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior (*higher lawmaking*), ou seja, uma constituição onde se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites. Dentro destes esquemas constitucionais essenciais incluem-se os direitos e liberdades dos cidadãos (*rights and liberties of citizenship*) juridicamente gerados na república e, por conseguinte, inerentes à *higher law* publicamente plasmada por escrito na constituição. Em segundo lugar, o Estado constitucional associa a *juridicidade do poder à justificação (justifying) do governo*. Não basta uma qualquer invocação de representação e, muito menos, um iluminismo qualquer de um qualquer monarca esclarecido. As *razões do governo* devem ser *razões públicas* que tornem patente o *consentimento* do povo em ser governado em determinadas condições. Desde logo, o governo é sempre um governo subordinado às leis (*government under law*), entendidas estas como um esquema regulativo consistente e coerente formado por um conjunto unificado de princípios de justiça e de direito. Desta forma, “o governo que se aceita” ou o “governo que está justificado” será apenas o governo que nas suas acções, interpretações ou resoluções obedece a esse conjunto de princípios e regras de direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição. O “governo justificado” – diga-se por outras palavras – é, assim, o governo que cumpre a

⁵⁴ CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v. 1, p. 435.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, 6ª edição, 2002, p. 92-95.

⁵⁶ Por último, cfr. FRANK I, MICHELMAN, “Always under Law”, in *Constitutional Commentary*, 12/2 (1995), p. 227 e ss. (CANOTILHO, 2002, p. 92-95)

obrigação jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência.

Por último, da “essência constitucional americana” fazem parte os tribunais que exercem a justiça em nome do povo (*people’s court*). Os tribunais devem ser constituídos por juízes e os juízes são agentes do povo nos quais este deposita a confiança (*trust*) de preservação dos princípios de justiça e dos direitos condensados na lei superior. Se necessário, os juízes farão uso do seu “direito-dever” de acesso à constituição desaplicando as “más leis” do governo e declarando-as nulas (*judicial review of legislation*)

Priscila Akemi Beltrame e Juliana Correia de Araújo⁵⁷ ao abordarem o tema *compliance* e as organizações internacionais demonstram os esforços empreendidos em âmbito global, vocacionados ao enfretamento do fenômeno da corrupção, tema prioritário na agenda internacional:

As organizações internacionais são entidades formadas por Estados e que personalizam interesses desta coletividade formando uma pessoa jurídica distinta da vontade individual de seus membros⁵⁸. Para levarem a cabo seus objetivos, geram recursos humanos, físicos, jurídicos, tecnológicos e financeiros, assim como ativam mecanismos de governança para orientar os processos decisórios e de representatividade interna. Elas por vezes cumprem o papel de incubadoras de tratados internacionais pelo fato de serem especializadas em algum campo de interesse internacional ou de atuação regional e por dialogarem diretamente com os Estados negociando iniciativas vinculadas ao seu mandato.

Especificamente em relação ao tema da corrupção, este começou a ser tratado no âmbito dos mandatos das organizações internacionais a partir da percepção de que a corrupção é um fenômeno que distorce não só valores da economia globalizada⁵⁹, mas da própria disputa por acesso a mercados. Com isso, os países interessados em projetar esta preocupação em fóruns mundiais colocaram o tema na agenda internacional.

Em pleno século XXI e no auge da sociedade de informações, na qual um acontecimento em um dado local irradia efeitos desconhecendo fronteiras físicas, com aptidão para gerar impactos políticos, sociais e econômicos em outros Estados, recomenda-se fortemente a atuação coordenada das nações e organismos internacionais no intuito de combater a corrupção transnacional.

⁵⁷ BELTRAME, Priscila Akemi; ARAÚJO, Juliana Correia de. *Compliance e as Organizações Internacionais*. In: Manual de Compliance, André Castro Carvalho, Rodrigo de Pinho Bertocelli, Tiago Cripa Alvim e Otavio Venturini (Coordenadores), gen & Forense ed., 2018, p. 706.

⁵⁸ Nos dizeres de Sereni, “organização internacional é uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional, constituída por ato internacional, disciplinada nas relações entre as partes por normas de direito internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico interno próprio e é dotado de órgãos e institutos próprios, por meio dos quais realiza as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos” (SERENI, Ângelo Pier, apud MALLO, 2002, p. 583). (BELTRAME; ARAÚJO, 2016, p. 706).

⁵⁹ Neste sentido, sobre as distorções dos preços e serviços, v. OLKEN, Benjamin A. (MIT); PANDE, Rohini (Universidade de Harvard), *Corruption in developing countries*, agosto de 2011. Disponível em: http://scholar.harvard.edu/files/rpande/files/corruption_in_developing_countries.pdf. Acesso em: 3 ago. 2019. (BELTRAME; ARAÚJO, 2016, p. 706).

Como assinala Tércio Sampaio Ferraz Jr⁶⁰, pode-se dizer que a globalização altera, sobretudo, a concepção do próprio direito, visto agora como um fenômeno de integração simultânea, não redutível a sistemas legais cujo protótipo foi a ordem escalonada à moda de Kelsen. E prossegue:

Dá-se, do lado privado, o aparecimento do que a doutrina começa a chamar de direito responsivo, não controlado, operacionalmente, por velhos paradigmas como da liberdade/responsabilidade, contrato como interrelação individual, substituído, hoje, ao menos no direito do consumidor e da intercorrência por concepções integradas: um contrato envolve, para além dos contratantes, a consideração de uma série de situações simultâneas, de economia de escala, de complexidades trabalhistas, de regulação multiestatal, de finanças públicas e privadas, obrigando o jurista a ter olhos abertos para uma complexidade muito superior à mera complexidade normativa estatal.

Do lado público, a noção de norma fundamental de ordem escalonada começa a ser questionada pela percepção de uma estrutura normativa em rede, em que o escalonamento se particulariza como um esquema de algumas ordens (como a constitucional), mas não pode ser generalizado para o direito como um todo. Nesse, ao contrário, o que se observa é uma intersecção de diversos ordenamentos, comandada por uma regulação aberta, baseada em princípios irreduzíveis a uma hierarquia.

Em suma, a globalização nos obriga a repensar os localismos, a considerar as imposições multifárias e simultâneas. De uma sociedade fundada na lógica da inclusão/exclusão, passamos pela sociedade funcional e chegamos a uma sociedade de descentralizações coordenadas/descoordenadas, em que o centro parece estar em toda parte e, ao mesmo tempo, em parte alguma, em que a pessoa como ser livre, ganha uma tão larga proteção que, quanto mais a protege, mais a reduz a um sujeito sob imposições e submissões.

E esse é o desafio a ser enfrentado na oposição privado/público, sigilo/transparência, liberdade/controle, Estado/cidadania, no limiar do século XXI”.

Deveras, o enfiamento a esse tipo de delito não revelar-se-á eficaz se relegado apenas ao âmbito interno de cada Estado, muitos dos quais ainda em desenvolvimento e submetidos a regimes de exceção.

⁶⁰ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional, Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Editora Manole, 2007, p. 551-552.

2.2 Dos principais Tratados Internacionais sobre Corrupção

A busca pela efetividade da justiça, no espectro das complexas relações que se intensificam entre as nações e seus povos pressupõe, como perceptível, mútua e sistemática colaboração.

O tema é objeto de preocupação crescente da comunidade internacional e, dada a íntima relação entre corrupção e crime organizado, cumpre registrar o teor do item 1 do art. 8º da Convenção de Palermo, que trata da criminalidade organizada transnacional nos seguintes termos:

1. Cada Estado-Parte adotará as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os seguintes atos, quando intencionalmente cometidos: (...) b) Por um agente público, pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho de suas funções oficiais.

No espectro da assinalada mútua e sistemática colaboração, sobreleva destacar a cooperação jurídica internacional, consistente numa solicitação formal a outro país de alguma medida judicial, investigativa ou administrativa necessária para um caso concreto em andamento, sendo os Estados nacionais, como adverte Marcelo Varella, os responsáveis pelo sucesso do Direito Internacional e das Organizações Internacionais por eles criadas:

[...] a ordem internacional, na ótica jurídica, é marcada pela forte presença do Estado nacional. O Estado soberano é ainda a principal fonte do direito, dos instrumentos de regulação da vida internacional, apesar da presença de entidades que têm influência sobre suas decisões⁶¹.

O Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento têm se revelado agentes importantes no combate à corrupção, no plano investigativo e de monitoramento de governos corruptos em diversos países e suas relações com empresas multinacionais. Merecem destaque, ainda, o FBI, a SFO (*Serious Fraud Office*), da Inglaterra, e o *Working Group on Bribery*, da OCDE.

Com efeito, afigura-se crescente a sistematização da abordagem internacional ao enfretamento da corrupção, tema central na agenda sobre boa governança.

Impende realçar, nesse desiderato, o relevante papel desempenhado por associações civis e organizações internacionais como a Transparência Internacional

⁶¹ VARELLA, Marcelo D. *A Crescente Complexidade do Sistema Jurídico Internacional*. Brasília: in Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set.2005, p. 138.

(TI), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID), as quais têm fomentado e executado diferentes programas de cooperação econômica bilateral e multilateral, com o objetivo de lidar com o desenvolvimento e combate à corrupção.

A Organização das Nações Unidas tratou pela vez primeira a temática da corrupção em transações comerciais internacionais no ano de 1975, por intermédio da Resolução 3.514, precursora de iniciativas que passaram a ser levadas a efeito por outras Organizações Internacionais e por alguns Estados nacionais, com o escopo de combatê-la e criminalizá-la.

Nesse contexto, merece destaque a Lei sobre a Prática da Corrupção no Exterior, *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act*, promulgada em 1977 pelo Senado americano, objetivando coibir práticas desonestas no comércio exterior, como o suborno de funcionários públicos estrangeiros, de sorte a recuperar a confiança pública na integridade do sistema empresarial americano.

Em 29 de março de 1996, a Organização dos Estados Americanos – OEA aprovou o primeiro tratado internacional específico sobre o tema do combate à corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, em Caracas, Venezuela, incorporada em nosso sistema normativo pelo Decreto federal 4.410, de 2002.

O documento contemplou o compromisso de adoção pelos Estados signatários de normas tendentes a assegurar em seus respectivos âmbitos a observância de conduta proba no exercício dos cargos e funções públicos, assim como o incremento de mecanismos de controle interno e externo dos atos da Administração, exortando a participação e o maior engajamento da sociedade civil nesta seara.

Restou reconhecida a imperiosidade de adoção imediata de um instrumento internacional tendente à facilitação da cooperação internacional, propugnando-se, nesse sentido, com o escopo de assegurar certa uniformidade de tratamento no combate transnacional à corrupção, que cada Estado Parte, dentre outras medidas, tipifique em seu âmbito interno os atos de corrupção descritos no artigo VI⁶², mediante a implementação de normas penais incriminadoras.

⁶² Atos de corrupção

I. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

Segue transcrito, por elucidativo dos propósitos da Convenção Interamericana contra a Corrupção, seu preâmbulo. Confira-se:

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO Preâmbulo OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício; PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social; RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins; CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção; RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente; CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos; PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico ilícito de entorpecentes, que ameaçam e corroem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis; TENDO PRESENTE que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício, CONVIERAM em assinar a seguinte CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO.

-
- a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
 - b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
 - c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
 - d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
 - e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

Convém pontuar que medidas preventivas, investigativas e punitivas também restaram contempladas na Convenção, como a quebra do sigilo bancário, o bloqueio de bens, a extradição, assim como a cooperação com jurisdições de outros Estados na persecução de atos corruptos transnacionais, em áreas como assistência jurídica mútua e cooperação técnica, e a sugestão de que os países signatários adequem o direito interno para tipificar criminalmente os tipos de corrupção descritos no próprio instrumento, como ressaltado alhures, incluindo suborno transnacional e enriquecimento ilícito.

Este último, no Brasil, segue previsto apenas como ilícito civil, sujeito às previsões da LIA – Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, art, 9º, VII) e da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Civis da União – art. 132, IV), encontrando-se pendente, portanto, o cumprimento do compromisso assumido pelo Estado brasileiro de tipificar tal conduta criminalmente.

Em Assembleia Geral da OEA realizada em junho de 2001, em San José da Costa Rica, determinou-se a criação do MESICIC - Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, com o objetivo de contribuir para a realização de seus propósitos; acompanhar os compromissos assumidos pelos Estados Partes e facilitar a realização de atividades de cooperação técnica, do intercâmbio de informações, de experiências e melhores práticas e da harmonização das legislações dos Estados Partes⁶³.

O MESICIC é composto por dois órgãos, a saber: a Conferência dos Estados partes e a Comissão de Peritos, contando, ainda, com o apoio da Secretaria geral da Organização dos Estados Americanos - OEA, que funciona como Secretaria técnica, tendo representado, no âmbito regional das Américas, avanço significativo voltado ao combate à corrupção e à promoção de uma mudança cultural nos países por ela afetados.

A Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)⁶⁴, assinada em Mérida, México, em 09/12/2003, passou a integrar o direito positivo brasileiro com a publicação do Decreto federal nº 5.687, de 2006.

⁶³ OEA. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. CARACAS: 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/convencao.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

⁶⁴ ONU. Convenção das Nações unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003). Edited by UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. Viena: 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>. Acesso em: 01 ago. 2019.

Reconheceu a dimensão universal do fenômeno, colocando-o, portanto, sob os esforços da mais importante organização internacional, a própria ONU.

O documento é abrangente e contém oito capítulos, dos quais merecem especial destaque os seguintes: Capítulo II – Medidas Preventivas; Capítulo III – Penalização e aplicação da lei; Capítulo IV – Cooperação Internacional; Capítulo V – Recuperação de Ativos.

O artigo 1º contempla suas finalidades, a saber:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Nessa perspectiva, impende seja implementado na ordem jurídica interna relevante instrumento contemplado pela Convenção de Mérida, da qual o Brasil é signatário, consistente na criminalização do enriquecimento ilícito do funcionário, conforme permissivo do art. 20 do tratado:

Com sujeição à sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Participante considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

A lavagem de dinheiro, criminalizada pela primeira vez no Brasil por intermédio da Lei nº 9.613/98, alterada pela Lei nº 11.343/06 e, mais substancialmente, pela Lei nº 12.683/12, insere-se com especial relevo na engrenagem crime organizado/corrupção, motivo pelo qual a Convenção de Mérida determina aos países signatários sua incriminação, conforme se extrai de seu artigo 14.

Nesse particular, cumpre destacar a dicção da Convenção de Palermo, que trata do crime organizado transnacional, ao aquilatar a importância de perseguir-se o proveito e o produto de determinados crimes e, em especial, o dinheiro obtido pela prática do tráfico ilícito de entorpecentes:

Art. 6º - 1. Cada Estado-Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

- a) i) A conversão ou transferência de bens quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito

- de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas de seus atos;
- ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;
- b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:
- c) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;
- d) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

O art. 18 da Convenção de Palermo prevê a cooperação internacional para fins probatórios ou qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Requerido.

Preocupada em conferir maior efetividade ao instituto da cooperação internacional no combate a delitos transnacionais, José Paulo Batazar Junior⁶⁵ esclarece que:

A partir da EC 45, a competência para a concessão de exequatur foi transferida para o STJ, que, alterando a orientação do STF, entendeu pela desnecessidade de homologação da sentença estrangeira, a fim de garantir maior efetividade à cooperação internacional (STJ, CR 438, Fux, CE, u. 15.8.07), mesmo em caso de medida de busca e apreensão, o que não violaria a ordem pública, especialmente em caso de crime organizado transnacional, por estar a medida expressamente autorizada pelos arts. 12, partes 6 e 7; 13, partes 2 e 18, da Convenção de Palermo (STJ, EDCR 43, Fux, CE 1.8.08). Na mesma decisão foi afirmada a possibilidade de adoção da medida sem a oitiva da parte contrária, sendo caso de contraditório diferido (STF, HC 90485, Peluso, 2ª T., DJ 8.6.07).

De lembrar, por fim, que, de acordo com o art. 9º do CP: “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis”.

Pontue-se que no plano internacional, a Convenção de Viena – Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1988, referendada pelo Brasil em 1991 (D. 154, de 26.6.1991, DOU 27.6.1991, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14.6.1991, DO 17.6.1991), previa em seu art. 3º, b, a obrigação de incriminação da lavagem de dinheiro, com ênfase inicial nas vultosas divisas geradas por essa modalidade criminosa.

⁶⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.153.

O artigo 8º da UNCAC, ao tratar da cooperação internacional, autoriza a adoção de medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes de lavagem de dinheiro, cometidos no estrangeiro.

Os esforços anticorrupção pressupõem, como sensível – reitere-se à exaustão, efetiva cooperação internacional, abrangendo assistência legal mútua na coleta e compartilhamento de evidências – aí incluído o sigilo bancário, ações conjuntas de investigação, rastreamento, congelamento de bens, apreensão e confisco de produtos de crimes, dentre outras, estimulando-se a celebração de acordos bilaterais ou multilaterais que permitam a criação de órgãos mistos de apuração em relação às matérias objeto de investigações, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados.

Impende realçar a possibilidade de a assistência legal mútua ser ofertada mesmo na ausência de dupla criminalização, desde que não haja medidas coercitivas.

Nesse particular, consigna com precisão Paulo Henrique Gonçalves Portela⁶⁶:

[...] Notadamente a partir do século XX, a cooperação internacional consolidou-se como traço marcante do Direito Internacional, que deixou, portanto, de meramente regular o convívio entre Estados, com vistas a manter o *status quo* internacional, para servir também como meio para que estes alcançassem objetivos comuns. Com a expansão da vertente cooperativa do Direito Internacional, surgiram também as organizações internacionais, que se firmaram como novos sujeitos de Direito Internacional. Por fim, permitiu-se a diversificação das matérias tratadas pelo Direito Internacional, visto que são vários os assuntos objeto da cooperação internacional, a exemplo dos direitos humanos, do meio ambiente, do combate ao crime e aos ilícitos transnacionais, da cultura, da ciência e tecnologia e do esporte.

Os artigos 51 a 59 da convenção dispõem sobre a recuperação de ativos, um seu princípio fundamental, pautado na mútua cooperação para rastrear e recuperar o proveito dos crimes.

Nesse contexto, propugna-se que as instituições financeiras verifiquem a identidade de seus clientes; determinem a identidade de beneficiários de contas volumosas; dispensem especial atenção e controle reforçado a contas mantidas por altos funcionários públicos; reportem transações suspeitas às autoridades competentes; e, por fim, previnam o estabelecimento de bancos sem sede física.

⁶⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 6 ed., *jusPodium*, 2014, p. 47-51.

Impende consignar a esse propósito, a existência, no Brasil, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado ao Ministério da Justiça (MJ), ao qual incumbe⁶⁷:

I - articular, integrar e propor ações entre os órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e o Ministério Público para o enfrentamento da corrupção, da lavagem de dinheiro e do crime organizado transnacional, inclusive no âmbito da Enccla;

II - coordenar a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro - Rede-Lab;

III - estruturar, implementar e monitorar ações de governo, além de promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e do Ministério Público nas seguintes áreas:

a) cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal, inclusive em assuntos de prestação internacional de alimentos, subtração internacional de crianças, adoção internacional, extradição, transferência de pessoas condenadas e transferência da execução da pena; e

b) recuperação de ativos;

IV - exercer a função de autoridade central, por meio da coordenação e da instrução de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III, por delegação do Ministro de Estado, exceto se houver designação específica que disponha de maneira diversa;

V - exercer a função de autoridade central federal em matéria de adoção internacional de crianças, nos termos do disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

VI - negociar acordos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III e aqueles relacionados com as demais matérias de sua competência, além de exercer as funções de ponto de contato, enlace e similares nas redes de cooperação internacional e de recuperação de ativos;

e

VII - atuar nos procedimentos relacionados com a ação de indisponibilidade de bens, de direitos ou de valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do disposto na Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015.

No que atina com a cooperação entre os sistemas de justiça, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estatui em sua Resolução 1/2018⁶⁸:

La CIDH destaca la relevancia de la cooperación entre los sistemas de justicia de los Estados, con miras a enfrentar un fenómeno transnacional, tales como el intercambio de información, la creación de unidades de investigación multilaterales que pudiesen fomentar una unidad probatoria y una política coordinada de identificación de flujos de activos destinados a corrupción, y de recuperación de activos.

No que diz com a prevenção à corrupção, emerge a previsão de que os Estados Partes implementem políticas efetivas que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, como a integridade, a

⁶⁷ Competência estabelecida pelo Decreto nº 9.662, de 1º de janeiro de 2019, Anexo I.

⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

transparência no trato da coisa pública, a prestação de contas pelos gestores públicos, accountability etc.

Destaque-se, uma vez mais, a esse propósito, a posição defendida pela CIDH:

Para la CIDH, es importante contar también con el apoyo, la participación y cooperación de personas y grupos de la sociedad civil, como las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que los esfuerzos de los Estados y de la CIDH en el ámbito de la lucha contra la corrupción sean eficaces, tal como lo establecen los citados instrumentos internacionales⁶⁹.

Nessa quadra, o acesso da sociedade civil às informações concernentes ao funcionamento da máquina estatal, no que não se afigurem essas passíveis de sigilo nos termos constitucionais (imperativos de segurança da própria sociedade e do Estado), deve ser plenamente franqueado, de sorte a propiciar o correlato escrutínio e controle social.

Importa realçar, portanto, a Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011⁷⁰, representativa de verdadeiro avanço institucional para o exercício do controle social das ações praticadas pelo Poder Público, pautada que está, como sensível, no ideário da transparência, já que um governo que se pretenda democrático não se compadece com a opacidade de seus atos.

Nesse sentido, por elucidativo, cumpre transcrever a percepção de Marília Souza Diniz Alves⁷¹:

A Lei nº 12.527/2011 é o marco regulatório que propõe a migração da cultura de sigilo da administração pública brasileira para o culto ao acesso. Isso implica substituir os ritos de criação de documentos secretos por ritos de ampla divulgação. A mudança de cultura decorre de uma construção, e não de uma imposição. Sua legitimidade advém do reconhecimento que a sociedade atribui aos ritos por ela observados. Isso explica o porquê de algumas leis simplesmente não terem aplicabilidade no Brasil; afinal, o erro legislativo consiste em crer que com mera promulgação de uma lei ter-se-á automaticamente uma mudança de comportamento.

⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁷⁰ LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011.

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

⁷¹ ALVES, MARÍLIA SOUZA DINIZ. Do sigilo ao acesso: análise tópica da mudança de cultura. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2012, p. 124.

Nesse diapasão, indisputavelmente, a educação e a transparência afiguram-se instrumentos relevantíssimos na árdua tarefa de combater o fenômeno da corrupção.

Convém assentar a noção de transparência, tal como prevalece para a Organização Não Governamental “Transparência Internacional”⁷², cujo escopo precípuo consiste, justamente, na institucionalização do combate à corrupção.

Transparência é lançar luz sobre regras, planos, processos e ações. É saber por que, como, o que e quanto. A transparência garante que funcionários públicos, gerentes, membros do conselho e empresários ajam de forma visível e compreensível e relatem suas atividades. E isso significa que o público em geral pode responsabilizá-los. É a maneira mais segura de nos protegermos contra a corrupção e ajuda a aumentar a confiança nas pessoas e instituições das quais nosso futuro depende.⁷³

Confira-se, ainda, a posição sufragada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁷⁴, na mesma vertente:

Conscientes que la falta de transparencia de la gestión pública facilita la corrupción e impide el control ciudadano y el escrutinio de la prensa sobre asuntos críticos como la contratación pública y la gestión del presupuesto, en particular sobre gastos en infraestructura y programas sociales; las actividades de lobby; el conflicto de interés y sistemas de empleo público, así como el financiamiento de los partidos políticos y de las campañas políticas. (...)

El derecho de acceso la información pública y el principio de la transparencia de la gestión estatal, protegido por el artículo 13 de la Convención, han sido reconocidos como unas de las principales herramientas en la lucha contra la corrupción. En la región, de acuerdo con lo establecido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en sus informes anuales, 23 países de las Américas ya cuentan con marcos normativos e instituciones que garantizan el acceso a la información pública. La mayor parte de los países de la región se encuentran admitidos en la iniciativa para el gobierno abierto (Open Government Partnership) y han adherido a los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS), que promueve la apertura del gobierno, la transparencia en todos los niveles estatales y políticas públicas y la participación ciudadana. Sin perjuicio de los avances alcanzados, aún persisten desafíos para la implementación efectiva de las obligaciones de transparencia activa y pasiva que deben observar los gobiernos, lo que podría tener un impacto en el combate contra la corrupción.

⁷² Transparency International. Disponível em: <https://www.transparency.org/what-is-corruption>. Acesso em: 01 ago. 2019.

⁷³ Transparency is about shedding light on rules, plans, processes and actions. It is knowing why, how, what, and how much. Transparency ensures that public officials, civil servants, managers, board members and businesspeople act visibly and understandably, and report on their activities. And it means that the general public can hold them to account. It is the surest way of guarding against corruption, and helps increase trust in the people and institutions on which our futures depend.

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

Nesta senda, afigura-se impositiva a adoção de medidas para ampliar o acesso dos cidadãos às contas públicas e de estímulo à participação e engajamento da sociedade nesse processo, ou seja, no exercício do controle social dos atos governamentais.

Nessa ordem de ideias, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho⁷⁵ preconizam:

Tem-se exigido cada vez mais dos governos abertura de suas fronteiras para a ampliação do acesso à informação, participação social e colaboração coletiva como formas de prevenir e combater desvios de conduta, abusos de poder e atos de corrupção.

A gestão pública baseada no governo aberto, neste sentido, avança ao incluir na arena administrativa atores de outras esferas e áreas do conhecimento para com eles compartilhar experiências, aperfeiçoando as políticas públicas e sedimentando a democracia.

No Brasil, um importante exemplo de experiência cooperativa interinstitucional é a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), cuja missão é integrar atores e órgãos públicos brasileiros para o aperfeiçoamento de ações e metas nacionais contra o crime econômico-organizado.

Deverá, ainda, nos termos da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUC), ser dispensada especial atenção à meritocracia na seleção e recrutamento de pessoal para integrar os quadros da administração, aumentando-se a transparência no financiamento de campanhas e partidos políticos, com vista ao fortalecimento das instituições e dos valores democráticos, éticos e de justiça, fundamentos do Estado de Direito.

Mencione-se que os Estados Partes devem desenvolver códigos de conduta que incluam medidas de estímulo a denúncia de corrupção por parte de servidores, como a implementação de ouvidorias, coibindo, ademais, qualquer ação apta a ensejar conflito de interesses.

Os processos licitatórios devem propiciar a mais ampla participação e dispor de critérios justos e impessoais, como forma de atenderem aos desideratos da maior competitividade possível para a contratação com o Poder Público, observada a estrita vinculação às disposições insertas no instrumento convocatório, as regras editalícias.

O Poder Judiciário e o Ministério Público, dada a relevância de sua atuação no enfrentamento da corrupção, devem ter salvaguardada sua independência institucional (art. 11), reclamando-se dos Estados – nada obstante, a adoção de

⁷⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 307.

medidas que regulem a conduta de seus membros, de sorte a reforçar a integridade e evitar o surgimento de oportunidade de práticas corruptas que os envolvam.

Dentre as medidas de prevenção à corrupção contempladas pela convenção voltadas ao setor privado, destacam-se: o desenvolvimento de padrões de auditoria e de contabilidade para as empresas; prover sanções civis, administrativas e criminais efetivas e dotadas de caráter dissuasório; promover a cooperação entre os aplicadores da lei e o setor privado e prevenir o conflito de interesses.

Ainda nessa seara, exsurge a relevante questão envolvendo o financiamento eleitoral, considerando que no Brasil, a título ilustrativo, embora haja certa transparência relativamente às quantias doadas pelo setor privado para o financiamento de partidos políticos e suas candidaturas a cargos eletivos, tem-se a percepção de que tais doações sequer ostentam um viés ideológico - de defesa e promoção de visões de mundo em que se acredita -; na exata medida em que as mesmas grandes empresas doadoras, geralmente contumazes contratantes com o Poder Público, financiam partidos e quadros políticos com matizes ideológicos radicalmente opostos – desde que evidenciada alguma chance de êxito no pleito.

Nesse cenário, tais financiamentos mais se assemelham a “investimentos” cujo retorno tenderá a ser cobrado daqueles que se elegerem, numa relação espúria que envolverá contratos públicos, subornos, superfaturamentos e toda a sorte de fraudes, de maneira a fazer retornar aos doadores os vultosos importes antes disponibilizados às siglas partidárias, num ciclo pernicioso que se retroalimenta e subtrai, gradativamente, a crença dos cidadãos na política e em sua capacidade de promover melhora de vida, o que, em certa medida, tristemente, corrói e infirma a própria democracia.

No concernente ao combate e à punição da corrupção, a convenção exorta os Estados Partes a criminalizarem condutas que abranjam não apenas suas formas básicas, como o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, o desvio de recursos públicos, apropriação indébita, peculato etc, como, de igual sorte, a tipificarem penalmente os atos tendentes ao seu encobrimento, tais como obstrução da justiça e lavagem de recursos oriundos das práticas ilícitas (branqueamento de capitais).

A penalização à corrupção, portanto, pressupõe seja o sistema de justiça criminal capaz de detectar, processar, punir e reparar os danos advindos dos atos antijurídicos.

Nesse sentido, urge transcrever excerto da Resolução 1/17 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁷⁶ sobre a luta contra a impunidade e a corrupção, o qual assenta:

La lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. Por ello, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos. En el contexto de la OEA, la lucha contra la corrupción tiene un rol importante en la implementación de compromisos fundamentales que los Estados miembros han asumido. Como reafirma la Carta Interamericana: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos [...] [y] el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho [...] Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

No marco legal interamericano, reitere-se, os Estados têm o dever de adotar medidas legislativas, administrativas e outras para garantir o exercício dos direitos humanos em face das violações e restrições causadas pelo fenómeno da corrupção.

A Convenção da OCDE contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, de dezembro de 1997, foi ratificada pelo Brasil em 15/07/2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30/11/2000.

Apresenta objeto mais restrito, se comparada às anteriormente citadas, conforme aquilata Thiago Zanini Godinho:

[...] A sua contribuição principal é acordar ao direito penal interno de cada signatário para punir empresas ou pessoas físicas que praticaram atos de corrupção no exterior, inclusive em Estados nos quais tais atos seriam beneficiados por uma imunidade de jurisdição.⁷⁷

A Convenção da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico) traz em seu bojo a previsão de que nenhuma razão pode ser invocada pelos Estados Partes como justificativa para deixar de processar as empresas corruptas que tenham causado dano ao Estado, material ou moral, mercê da prática de atividades criminosas. Confira-se, nesse sentido, a dicção de seu art. 5º:

⁷⁶ RESOLUCIÓN 1/17 DERECHOS HUMANOS Y LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD Y LA CORRUPCIÓN. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁷⁷ GODINHO, Thiago J. Zanini. *Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção*. Belo Horizonte: In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 58; jan/jun de 2011, p. 241 a 386.

Art. 5º - A investigação e a abertura de processo por corrupção de um funcionário público estrangeiro estarão sujeitas às regras e princípios aplicáveis de cada Parte. Elas não serão influenciadas por considerações de interesse econômico nacional, pelo efeito potencial sobre as relações com outros Estados ou pela identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas.

Nessa esteira, colhe-se que se comprometem os Estados signatários ao consagrarem a responsabilidade plena da pessoa jurídica, independentemente da figura da pessoa física que a controle ou dirija.

3 APONTAMENTOS SOBRE O ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – 2018

Afigura-se-nos oportuna a transcrição de estudo realizado pela Transparência Internacional objetivando a aferição da percepção da corrupção em diversos países do globo, o que acaba por franquear um cenário comparativo por continentes e melhor aquilatar suas causas e consequência em cada qual.

Desde a sua criação em 1995, o Índice de Percepção da Corrupção, principal produto de pesquisa da *Transparency International*, tornou-se o principal indicador global de corrupção do setor público.

O índice oferece um instantâneo anual do grau relativo de corrupção, classificando países e territórios de todo o mundo.

Em 2012, a *Transparency International*⁷⁸ revisou a metodologia usada para construir o índice para permitir a comparação de pontuações de um ano para o outro.

O IPC - Índice de Percepção da Corrupção (ou CPI - Corruptions Perception Index) de 2018 baseia-se em 13 pesquisas e avaliações de especialistas para medir a corrupção do setor público em 180 países e territórios, atribuindo a cada uma pontuação de zero (altamente corrupto) a 100 (muito limpo).⁷⁹

Colhe-se do Mapa do Índice de Percepção da Corrupção 2018, divulgado em janeiro de 2019, que o Brasil ocupa uma posição intermediária no cenário global (105), ostentando, nada obstante, alto índice de corrupção, obtendo a menor pontuação do IPC em sete anos, qual seja, 35/100.

⁷⁸ Transparency International is a global movement with one vision: a world in which government, business, civil society and the daily lives of people are free of corruption. Through more than 100 chapters worldwide and an international secretariat in Berlin, we are leading the fight against corruption to turn this vision into reality. Disponível em: https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_Summary_EN.pdf. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁷⁹ Transparência Internacional. Since its inception in 1995, the Corruption Perceptions Index, Transparency International's flagship research product, has become the leading global indicator of public sector corruption. The index offers an annual snapshot of the relative degree of corruption by ranking countries and territories from all over the globe. In 2012, Transparency International revised the methodology used to construct the index to allow for comparison of scores from one year to the next. The 2018 CPI draws on 13 surveys and expert assessments to measure public sector corruption in 180 countries and territories, giving each a score from zero (highly corrupt) to 100 (very clean). Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 29 ago. 2019.

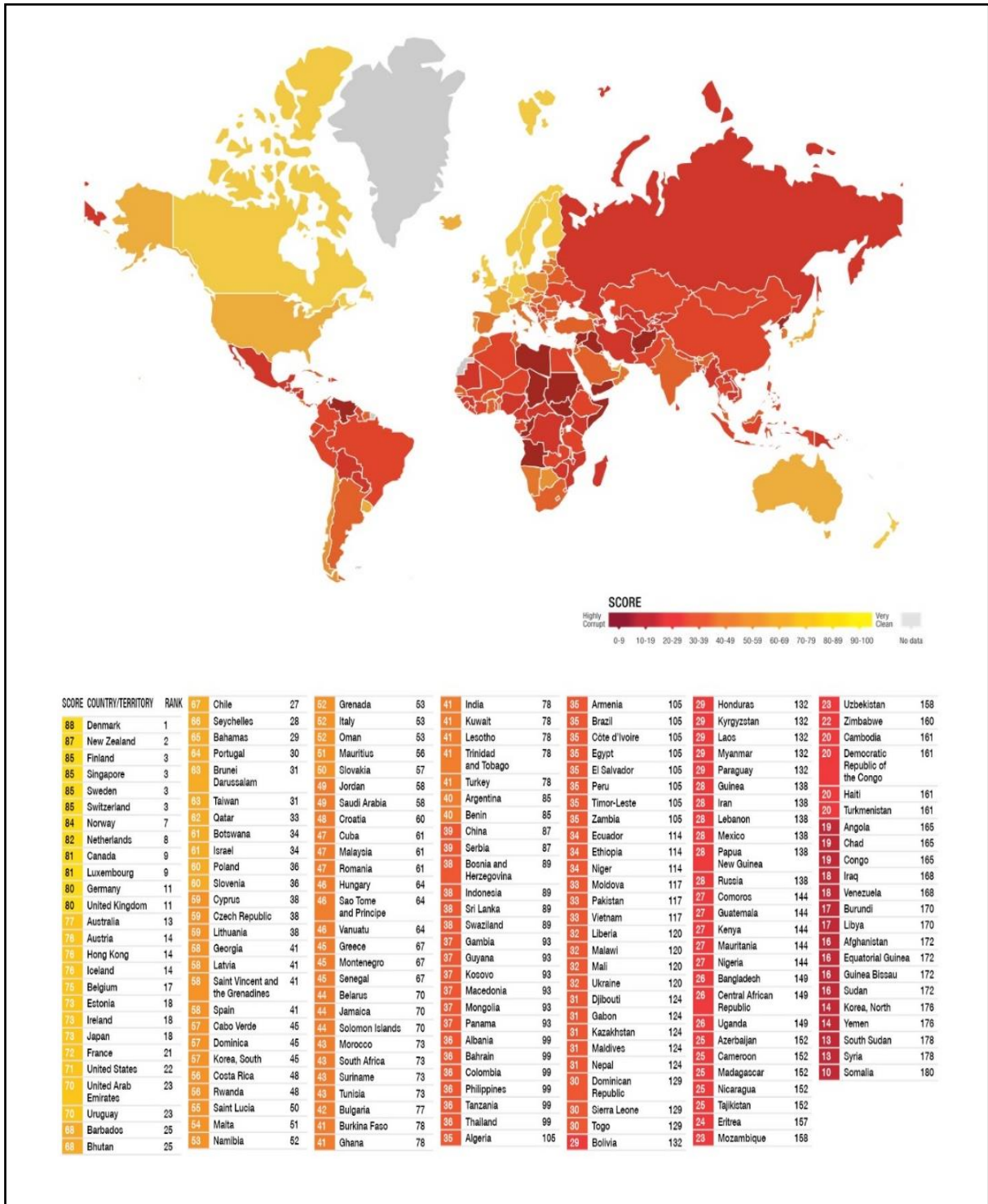


Figura 1: See the full CPI 2018 Results
 Fonte: Transparency International, 2018.

O relatório registra ainda que mesmo os países com maior pontuação, como a Dinamarca, não são imunes à corrupção. Embora o IPC mostre que o setor público dinamarquês é um dos mais limpos do mundo, a corrupção ainda existe, como visto em recentes escândalos envolvendo o Danske Bank⁸⁰.

Impõe-se registrar que os apontamentos a seguir contendo os gráficos respectivos foram extraídos do relatório *Corruption Index Perception 2018* da Transparência Internacional⁸¹. Vejamos suas conclusões, em tradução livre:

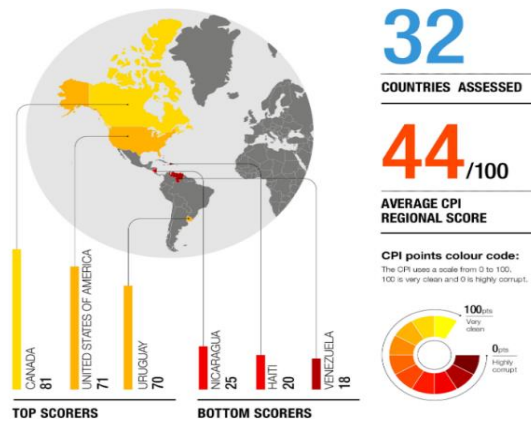
A análise regional da pesquisa realizada pela Transparência Internacional⁸² demonstra que as Américas, cuja pontuação média foi de 44/100, continuam fracassando em fazer sérias incursões contra a corrupção.

⁸⁰ Nesse sentido, conferir : https://www.transparency.org/news/feature/trouble_at_the_top_why_high_scoring_countries_arent_corruption_free.

⁸¹ Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁸² The Americas region continues to fail in making any serious inroads against corruption. Populist leaders are transforming politics across the region, raising red flags through their treatment of the media, civil society and democratic institutions, all of which risk becoming less able to act as checks and balances against corruption. 44/100. The United States (US) dropped four points since last year to earn its lowest score on the CPI in seven years. This decline comes at a time when the US is experiencing threats to its system of checks and balances as well as an erosion of ethical norms at the highest levels of power. The Asia Pacific region is stagnating in the fight against corruption. A lack of progress is unsurprising given the prevalence of weak democratic institutions, and a lack of laws and enforcement mechanisms, all of which typically contribute to higher rates of corruption. However, with two countries in the top 10, and two in the bottom 10, the region is highly diverse in its anti-corruption approach. Massive public mobilisation against corruption and voter turnout resulted in new governments and anti-corruption reforms in India, Malaysia, the Maldives, and Pakistan. Despite these encouraging developments, we are yet to see how they translate into solid action, especially when it comes to combatting elusive forms of grand corruption. Eastern Europe and Central Asia is the second lowest scoring region in the index, head of Sub-Saharan Africa. With nearly every country scoring 45 or less out of 100, there has been very little progress in combatting corruption. A general lack of political will, weak institutions and few political rights create an environment where corruption flourishes with little opposition. Armenia is expected to begin enacting anti-corruption reforms in 2019. Judicial reform should be at the top of the priority list; a proper separation of powers, as well as the appropriate checks and balances, will go a long way to ensuring these reforms are a success. The role of civil society is also crucial. The fight against corruption in the Middle East and Northern Africa remains grim. In a region where civil liberties continue to be under repressive state control and the social contract between states and their citizens has been broken for decades, it is no surprise that corruption remains stubbornly high. Leaders need to strengthen checks and balances, support citizens' rights and deliver on anti-corruption commitments. In Jordan, citizen protests helped unseat the prime minister, but the new government has yet to fulfil its anti-corruption commitments. Another challenge is the presence of influential actors blocking government attempts to advance anti-corruption. Looking ahead, the government should ensure financial and administrative independence of public institutions, and protect civil society and free speech. Sub-Saharan Africa is the lowest scoring region on the index, and has failed to translate its anti-corruption commitments into any real progress. A region with stark political and socio-economic contrasts and longstanding challenges, many of its countries struggle with ineffective institutions and weak democratic values, which threaten anti-corruption efforts. Despite stagnation across the region, there are some promising political developments, particularly in Angola, Kenya, Nigeria and South Africa. In South Africa, citizen engagement and various official inquiries into corruption abuses are positive steps, while new leadership in Angola provides hope for anti-corruption reforms. While Western Europe and the European Union are doing better than other parts of the globe, they still have a long way to go to tackle corruption effectively. A lack of prioritising anti-corruption reforms alongside rising populist rhetoric combine with weakening democratic institutions in many countries to make a strong case for renewed efforts. The Czech Republic has been steadily improving its CPI score since 2014,

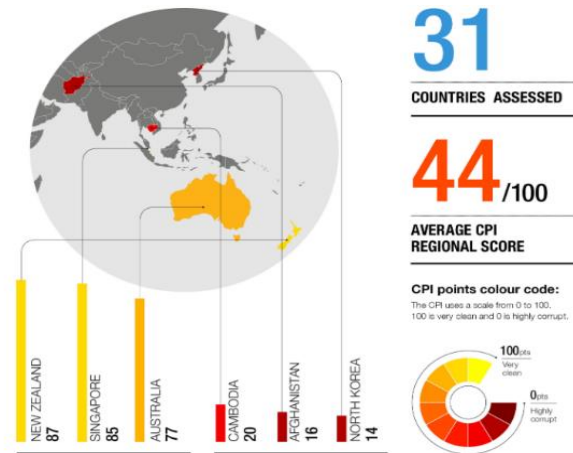
Os líderes populistas estão transformando a política em toda a região, vêm comprometendo avanços civilizatórios por meio do controle da mídia, da sociedade civil e das instituições democráticas, que correm o risco de se tornar menos capazes de agir como freios e contrapesos contra a corrupção. Os Estados Unidos (EUA) caíram quatro pontos desde o ano passado e obtiveram a menor pontuação no IPC em sete anos. Esse declínio ocorre no momento em que os EUA estão enfrentando ameaças ao seu sistema de freios e contrapesos, além de uma erosão das normas éticas nos mais altos níveis de poder.



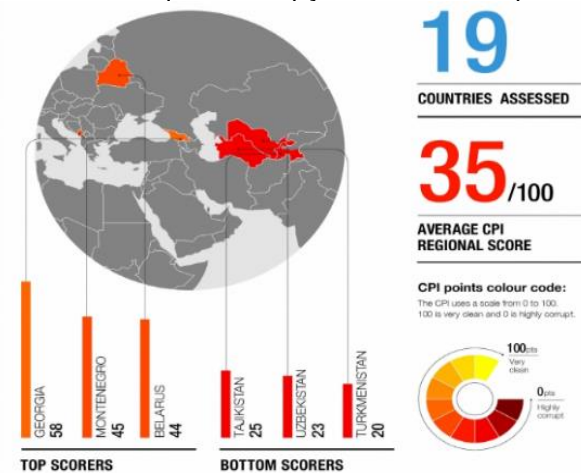
A região da Ásia-Pacífico, cuja pontuação média foi de 44/100, mostra-se estagnada na luta contra a corrupção. A falta de progresso não surpreende, dada a prevalência de instituições democráticas fracas e a falta de leis e mecanismos de aplicação, os quais normalmente contribuem para taxas mais altas de corrupção. No entanto, a região é altamente diversificada em sua abordagem anticorrupção, possuindo dois países entre os dez menos corruptos (Singapura e Hong Kong) e outros dois entre os dez mais corruptos (Coreia do Norte e Camboja).

A mobilização pública maciça contra a corrupção e a participação dos eleitores resultou em novos governos e reformas anticorrupção na Índia, Malásia, Maldivas e Paquistão. Apesar desses desenvolvimentos encorajadores, ainda estamos para ver como eles se traduzem em ações sólidas, especialmente quando se trata de combater formas ilusórias de grande corrupção, aduz o relatório.

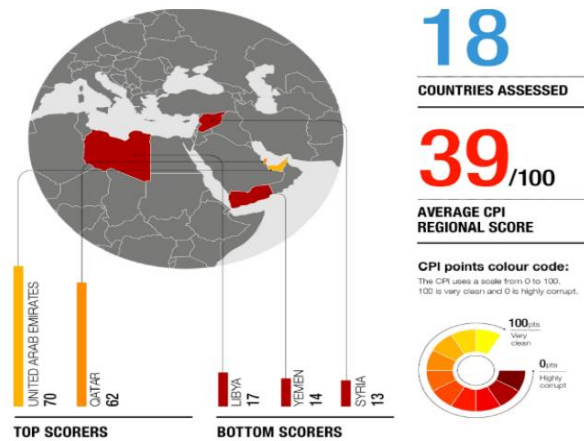
but events in the past year suggest gains may be fragile. The prime minister has been found guilty of conflict of interest in relation to his media holdings. He has also been accused of conflict of interest over connections to a company which has received millions of euros in EU subsidies. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 29 ago. 2019.



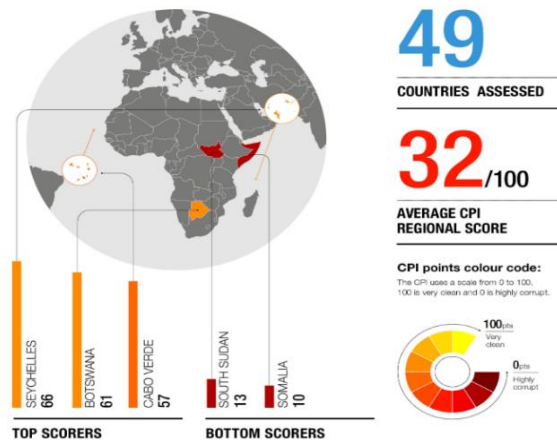
A Europa Oriental e a Ásia Central, com pontuação média de 35/100, são a segunda região com menor pontuação no índice, perdendo apenas para a África Subsaariana. Com quase todos os países marcando 45 ou menos em 100, houve muito pouco progresso no combate à corrupção. Uma falta geral de vontade política, instituições fracas e poucos direitos políticos criam um ambiente em que a corrupção floresce com pouca oposição.



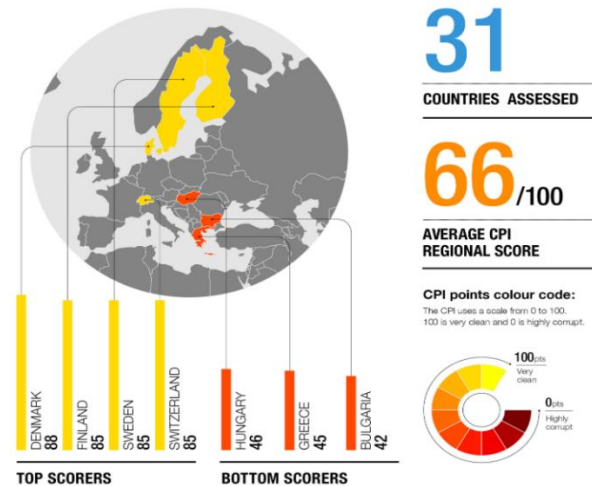
A luta contra a corrupção no Oriente Médio e no norte da África continua sombria (pontuação média de 39/100). Em uma região em que as liberdades civis continuam sob controle repressivo do estado e o contrato social entre estados e cidadãos está quebrado há décadas, não é de surpreender que a corrupção continue teimosamente alta. Os líderes precisam fortalecer freios e contrapesos, apoiar os direitos dos cidadãos e cumprir os compromissos anticorrupção.



O estudo da Transparência Internacional aponta que a África Subsaariana é a região com menor pontuação do índice (32/100) e não conseguiu traduzir seus compromissos anticorrupção em nenhum progresso real. Uma região com fortes contrastes políticos e socioeconômicos e desafios de longo prazo, na qual muitos de seus países enfrentam instituições ineficazes e fracos valores democráticos, que ameaçam os esforços anticorrupção. Apesar da estagnação na região, existem alguns desenvolvimentos políticos promissores, particularmente em Angola, Quênia, Nigéria e África do Sul. Na África do Sul, o envolvimento dos cidadãos e várias investigações oficiais sobre abusos de corrupção são passos positivos, enquanto a nova liderança em Angola oferece esperança para reformas anticorrupção.



Concluindo a análise regional, o estudo aponta que embora a Europa Ocidental e a União Europeia estejam se saindo melhor do que outras partes do globo (pontuação média de 66/100), ainda há um longo caminho a percorrer para combater a corrupção de maneira eficaz. Há o fundado temor de a não priorização de reformas anticorrupção, juntamente com a crescente retórica populista, levar ao enfraquecimento das instituições democráticas em muitos países.



3.1 Apontamentos – Global Corruption Barometer – Transparency International Latin America & The Caribbean 2019

Apresentados os estudos realizados pela Transparência Internacional atinentes ao índice de percepção da corrupção em âmbito global, afigura-se nos relevante, de igual sorte, nos debruçarmos sobre outra ilustrativa e recente pesquisa levada a efeito pela atuante ONG, desta feita, com enfoque nos países da América Latina e Caribe⁸³, consistindo no maior e mais detalhado apanhado da opinião pública e informações sobre as visões e experiência dos cidadãos sobre corrupção na região (entre janeiro e março 2019, foram ouvidos mais de 17.000 cidadãos em 18 países da região).

Colhe-se da atualíssima pesquisa, publicizada em setembro de 2019, que os últimos cinco anos propiciaram um cenário favorável ao despertar da consciência cidadã, no sentido de combater a corrupção e entendê-la como um mal que impacta o desenvolvimento dos países e a qualidade de vida das pessoas, mormente em razão de terem restado desvelados casos rumorosos envolvendo políticos de alto escalão e a elite econômica de conglomerados empresariais, como se deu, recentemente, na Guatemala e no Brasil.

Apesar deste cenário de crescente conscientização cidadã acerca dos efeitos maléficos da corrupção, a 10ª edição do Barômetro da Corrupção Global - América Latina e Caribe denota que a maioria da população acredita que seus governos não

83

Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019. Acesso em: 24 out. 2019.

estão fazendo o suficiente para combatê-la de maneira eficaz, prevalecendo a impressão de seu incremento nos últimos 12 meses, em toda a região. Confira-se tal análise graficamente:

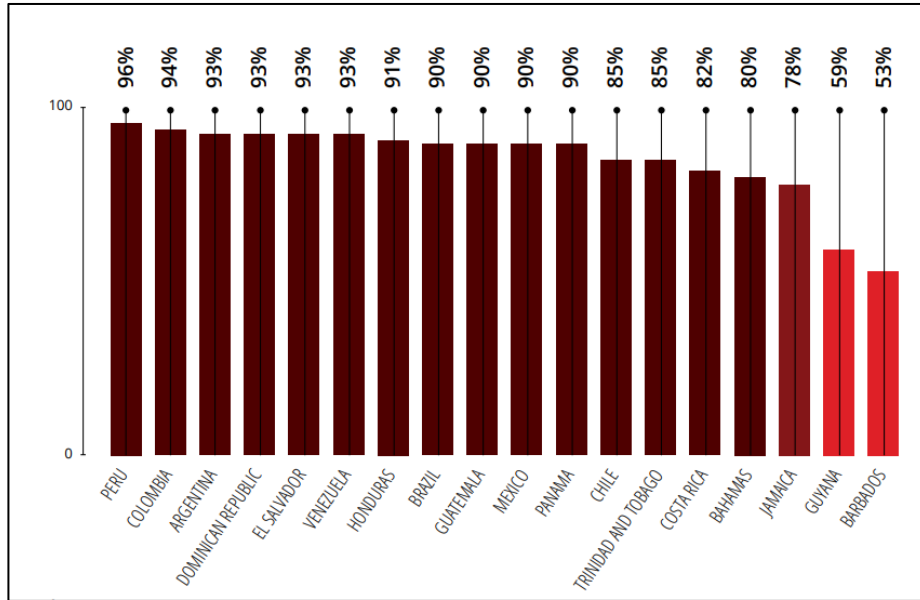


Figura 2: Corrupção Governamental, por país. Porcentagem de pessoas para quem a corrupção no governo é um grande problema.
 Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 10.

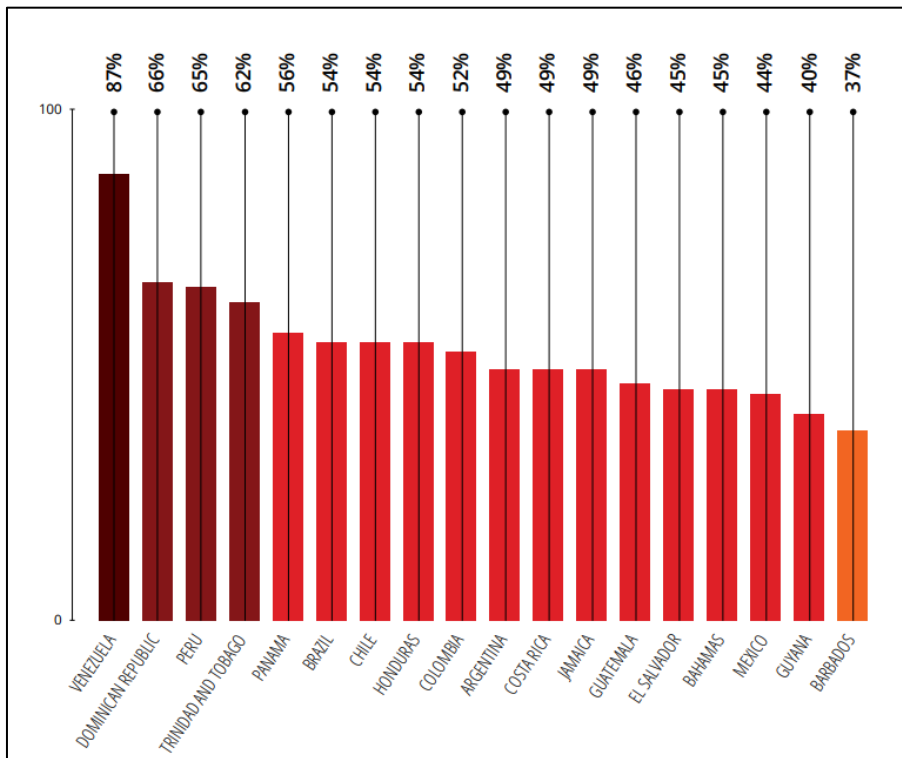


Figura 3: Corrupção em ascensão, por país - Porcentagem de pessoas para quem a corrupção aumentou nos últimos 12 meses.
 Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 8.

A maioria dos latino-americanos e cidadãos do Caribe (53%) acha que a corrupção aumentou em seu país nos últimos 12 meses, enquanto apenas 16% acredita haver declinado.

Nessa perspectiva, o relatório da Transparência internacional sob enfoque coloca em evidência a República Dominicana, em razão da constatação de forte sensação de impunidade em eventos envolvendo corrupção.

Nesse contexto, Participación Ciudadana, capítulo da Transparency International na República Dominicana, publicou vários relatórios, incluindo “Vinte anos de impunidade”⁸⁴ e “Corrupção sem punição”⁸⁵, que destacam mais de 300 casos de corrupção entre 1983 e 2013, com o registro de apenas uma condenação.

O escândalo da Lava Jato, prossegue o relatório, seria um exemplo poderoso de tal impunidade. A empresa brasileira Odebrecht confessou haver pago aproximadamente US\$ 92 milhões em propinas somente na República Dominicana⁸⁶ e dedicou um departamento inteiro para gerenciar subornos lá e em 11 outros países.⁸⁷

A empresa também admitiu inflacionar o valor de vários contratos de construção, muitos dos quais duas a três vezes superiores às cotações iniciais.⁸⁸

Apesar dessas admissões, o governo chegou a um acordo com a Odebrecht que permitia à empresa continuar operando na República Dominicana em troca de uma multa.⁸⁹ A promotoria judicializou o caso envolvendo apenas seis pessoas⁹⁰ e excluiu alguns dos maiores contratos de construção.⁹¹

⁸⁴ Participación Ciudadana, 20 años de impunidad, March 2015, https://issuu.com/pciudadana/docs/20_a__os_de_impunidad

⁸⁵ Participación Ciudadana, La corrupción sin castigo, March 2015, https://issuu.com/pciudadana/docs/la_corrupci__n_ni_castigo

⁸⁶ CNN Español, República Dominicana, ¿por qué el caso Odebrecht no avanza como en otros países?, May 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/2019/05/15/republicadominicana-por-que-el-casoodebrecht-no-avanza-como-en-otrospaises/>

⁸⁷ International Consortium of Investigative Journalists, Odebrecht's hidden transactions, June 2019, <https://www.icij.org/investigations/briberydivision/explore-odebrechts-hiddentransactions/>

⁸⁸ Participación Ciudadana, Odebrecht-Punta Catalina: Más Corrupción Impune, May 2018, <https://pciudadana.org/odebrecht-puntacatalina-mas-corrupcion-impune-2/>

⁸⁹ Diario Libre, Así operó Odebrecht en República Dominicana, June 2019, <https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/asi-operoodebrecht-en-republica-dominicanaFL12198915>

⁹⁰ Acento, Lea íntegro fallo envió a juicio de fondo seis de los imputados en caso Odebrecht, June 2019, <https://acento.com.do/2019/actualidad/8697486-lea-integro-falloenvio-a-juicio-de-fondo-seis-de-los-imputados-en-caso-odebrecht/>

⁹¹ Participación Ciudadana, Odebrecht-Punta Catalina: Más Corrupción Impune, May 2018, <https://pciudadana.org/odebrecht-puntacatalina-mas-corrupcion-impune-2/>

Até o momento, ninguém foi responsabilizado pelos desdobramentos da operação Lava Jato na República Dominicana, cenário que justifica, por eloquente, a percepção de impunidade da população relativamente a desmandos e corrupção governamental.

Ratificando a linha doutrinária explorada no curso do presente trabalho, o relatório da Transparência Internacional aquilata que a corrupção dificulta o crescimento econômico e o fornecimento adequado de serviços públicos, chegando, no limite, a privar pessoas de seus direitos humanos e dignidade.

Chama atenção o estudo pela vez primeira, em sua décima edição, até mesmo, a relatos sobre cidadãos coagidos a fornecer favores sexuais em troca de serviços públicos, como saúde e educação - uma prática conhecida como extorsão sexual ou "sextortion".⁹²

⁹² Corruption hinders economic growth and the delivery of public services. In some cases, corruption even deprives people of their human rights and dignity, like when citizens are coerced to provide sexual favours in exchange for public services, such as health and education – a practice known as sexual extortion or “sextortion”. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019. Acesso em: 24 out. 2019.

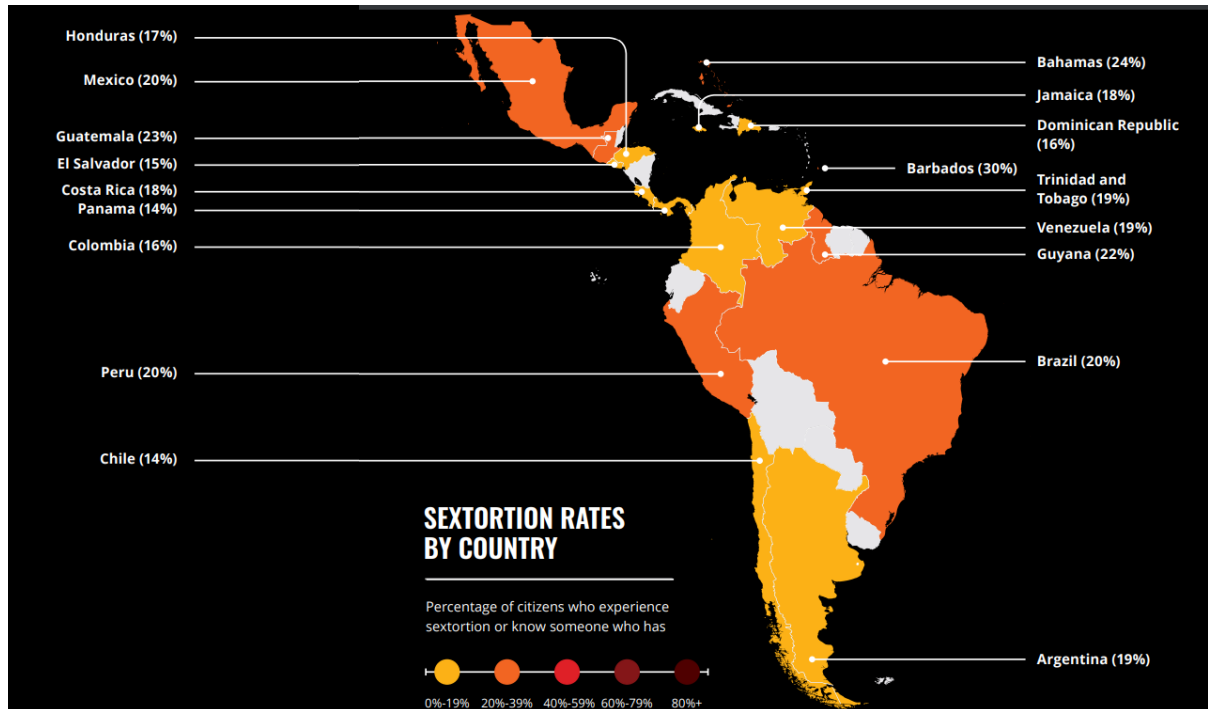


Figura 4: Porcentagem de cidadãos que sofreram extorsão sexual ou conhecem alguém que tenha sofrido⁹³
 Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 21.

Outro aspecto ressaltado e alinhado ao entendimento doutrinário sobre o tema diz com a falta de integridade política na região e sua aptidão em enfraquecer a democracia, como se dá por intermédio de abusos de poder econômico nos processos eleitorais, exurgindo a problemática sobre compra de votos e disseminação de notícias falsas (*fake news*).

Iniciativas tais levam à descrença gradativa nas instituições políticas e ao surgimento e empoderamento de líderes populistas pautados na retórica do combate à corrupção.

⁹³ For the first time, the GCB results highlight data on sextortion, one of the most significant forms of gendered corruption. When sex is the currency of the bribe, evidence points towards a gender bias that particularly affects women. Some women are coerced into providing sexual favours in order to receive public services, including health care and education. Our results show that one in five citizens experiences sextortion, or knows someone who has. In Barbados and Guatemala, 30 per cent and 23 per cent of citizens, respectively, experience sextortion or know someone who has. More than 70 per cent think that sextortion happens at least occasionally. Only eight percent of citizens think that it never happens.

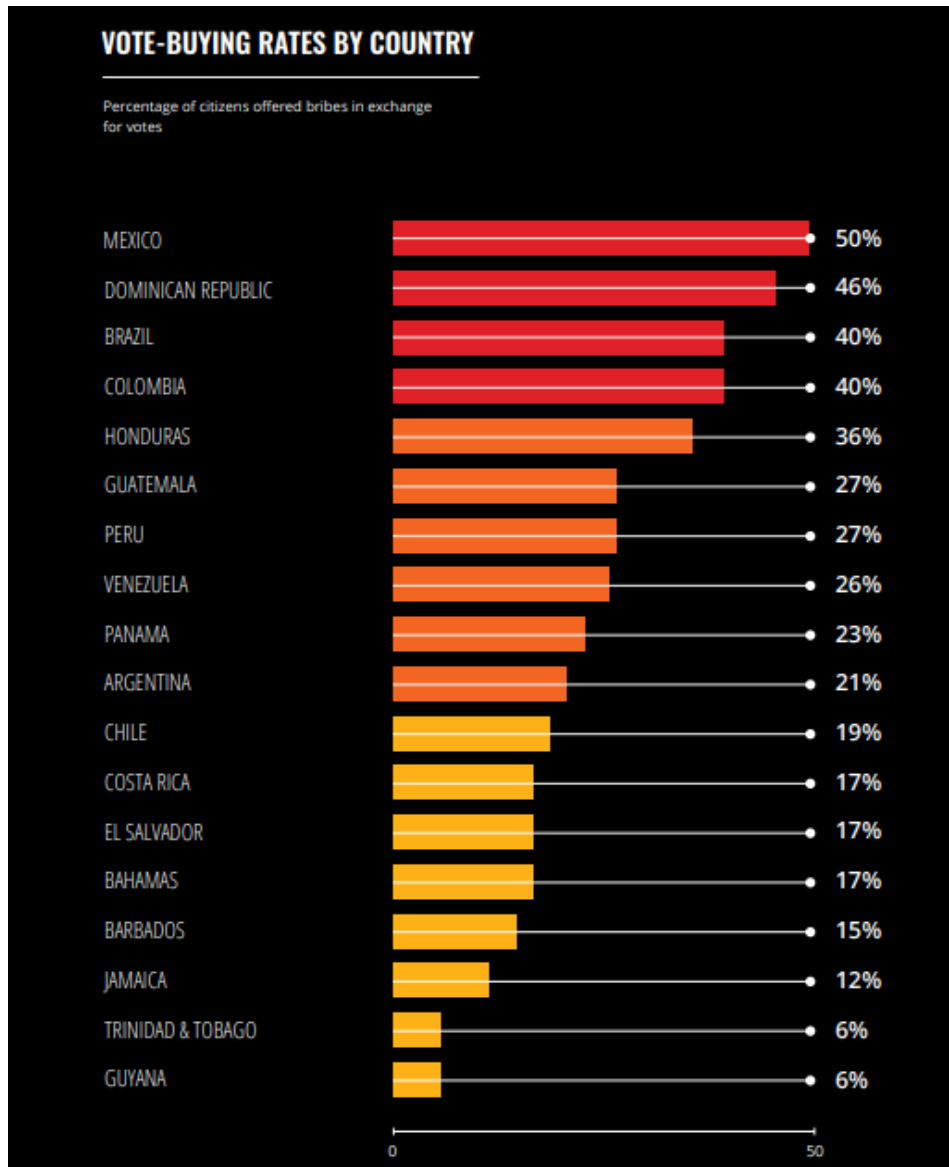


Figura 5: Porcentagem de cidadãos aos quais foram oferecidos subornos em troca de votos. Taxas de Compra de voto, por País.
Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 25.

Os resultados evidenciam haver um longo caminho a percorrer para a melhoria da integridade política na região.

Sessenta e cinco por cento dos cidadãos da América Latina e do Caribe pensam que seu governo é dirigido por e para alguns interesses privados, particularmente nas Bahamas e Brasil (79 e 75 por cento respectivamente).

Cinquenta e quatro por cento também pensam que os políticos tomam decisões ou votam de maneira a favorecer as empresas ou indivíduos que lhes dão apoio político ou doações, revelando-se, dessa maneira, o financiamento de campanhas, a

compra de votos e o abuso do poder econômico, as principais modalidades da corrupção política.⁹⁴

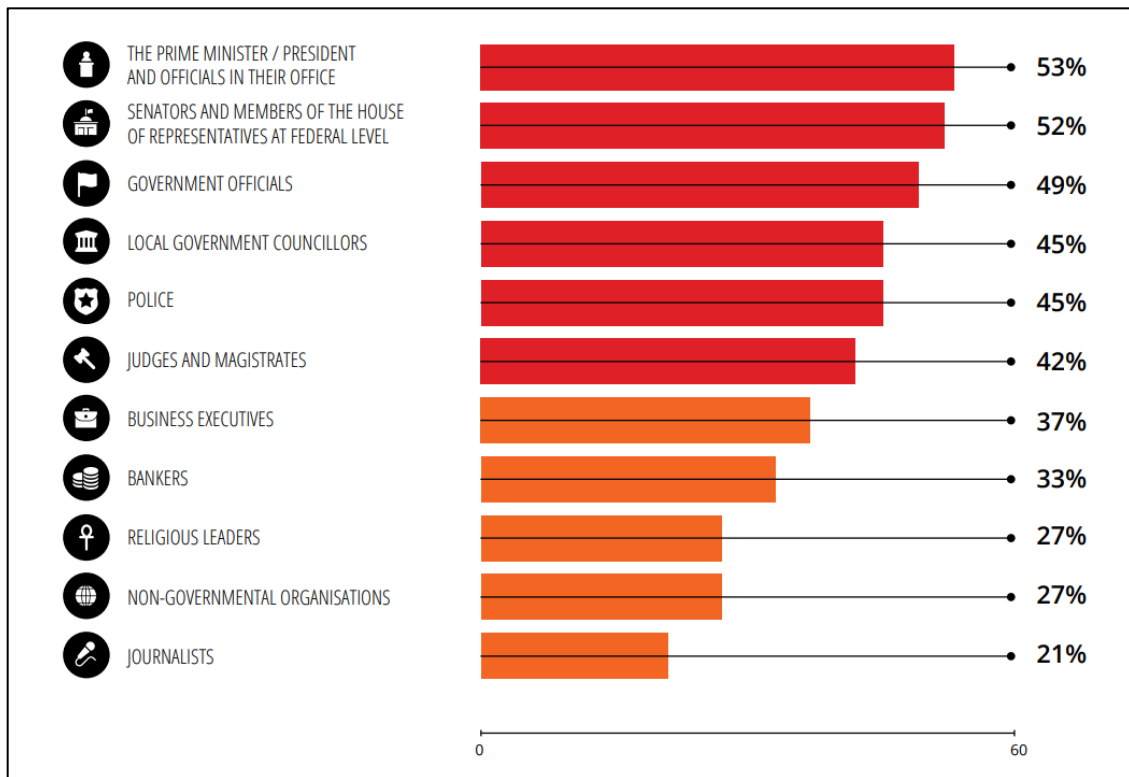


Figura 6: Corrupção por Instituição - Porcentagem dos cidadãos que acreditam que todas ou a maioria das pessoas nesses grupos ou instituições têm envolvimento com corrupção.

Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 14.

Digna de destaque como uma triste marca, a pesquisa demonstra que mais de uma em cada cinco pessoas que acessaram serviços públicos, como água e eletricidade, pagou suborno no ano anterior, o que equivale a aproximadamente 56 milhões cidadãos nos 18 países pesquisados, lançando luz, ainda, como consignado alhures, a uma nova forma de corrupção de gênero, a extorsão sexual, na qual as mulheres constituem grupo mais vulnerável.⁹⁵

⁹⁴

Disponível

em:

https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019. Acesso em: 24 out. 2019.

⁹⁵ The GCB found more than one in five people who accessed public services, such as water and electricity, paid a bribe in the preceding year. This equates to approximately 56 million citizens in the 18 countries surveyed. The GCB also reveals that corruption is hitting some of the most vulnerable people the hardest; women are more likely to pay bribes for health services and public school education. Furthermore, for the first time, the GCB sheds light on sexual extortion, or sextortion, one of the most significant forms of gendered corruption.

Disponível

em:

https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019. Acesso em: 24 out. 2019.

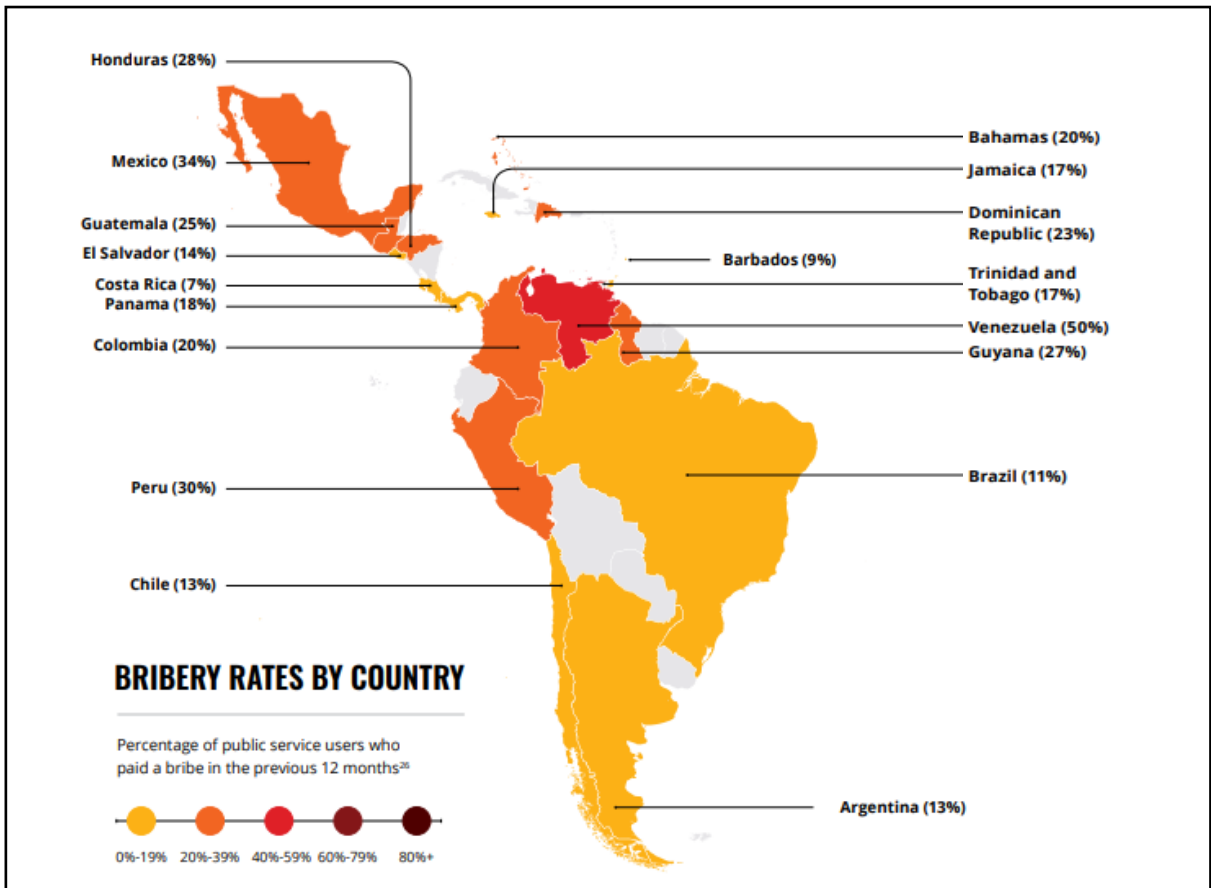


Figura 7: Porcentagem de usuários que pagaram propina para terem acesso a serviços públicos nos últimos 12 meses.
 Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 16

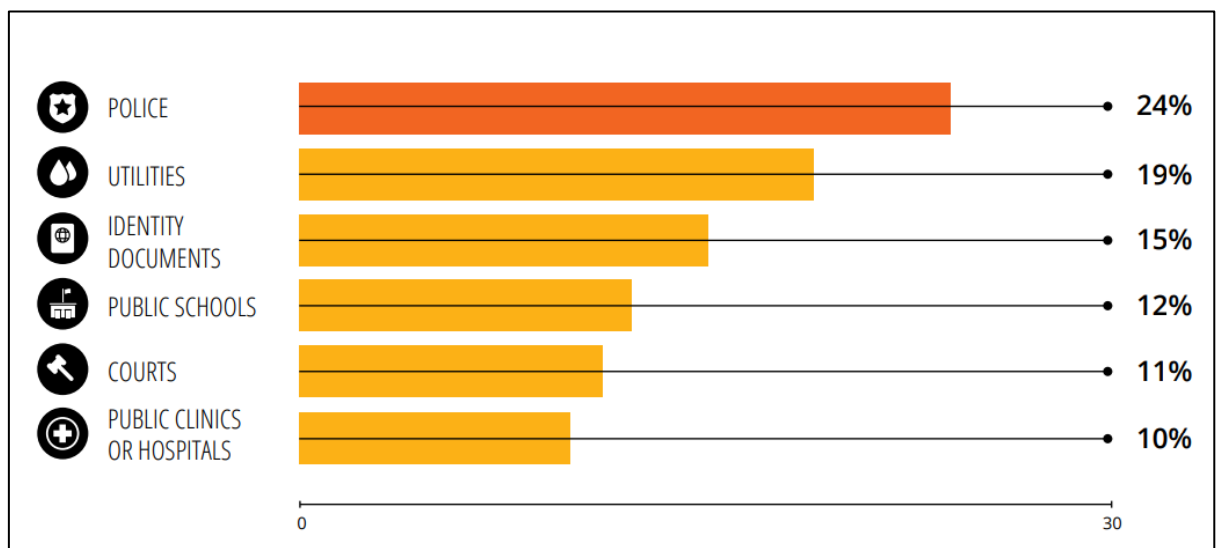


Figura 8: Porcentagem de usuários que pagaram propina para terem acesso a serviços públicos nos últimos 12 meses, por serviço.
 Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 17

A pesquisa denota, como perceptível, que a corrupção contribui para a erosão da confiança dos cidadãos na legitimidade democrática, no governo e nas instituições públicas, incluindo órgãos integrantes do sistema de justiça e a própria polícia.

Nessa perspectiva, o nível de confiança da sociedade nessas instituições apresenta-se assaz baixo, em toda a América Latina e no Caribe, chegando a 90% ou mais dos cidadãos com pouca ou nenhuma confiança nessas instituições em países como a Venezuela, El Salvador, Colômbia, Guatemala, Panamá e Peru.⁹⁶

No que atina com a percepção de corrupção governamental, o relatório coloca em evidência a situação vivenciada pela Venezuela⁹⁷, assolada por uma extraordinária crise humanitária, em parte como resultado de níveis sem precedentes de grande corrupção e peculato. Bilhões de dólares em dinheiro público foram canalizados para o exterior e mais de 20 países abriram investigações judiciais sobre o uso indevido de fundos venezuelanos.⁹⁸

De acordo com a Comissão de Controladoria do ramo legislativo da Venezuela, a Assembléia Nacional, aproximadamente US\$ 400 bilhões foram desviados pelos presidentes Hugo Chávez e Nicolás Maduro.⁹⁹

⁹⁶ Barbados and Guyana are the only two countries where a majority of citizens have trust in government, courts and police. In Venezuela, El Salvador, Colombia, Guatemala, Panama and Peru, 90 per cent or more of citizens report having little or no trust in these institutions. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019. Acesso em: 24 out. 2019.

⁹⁷ Venezuela is experiencing an extraordinary humanitarian crisis, in part as a result of unprecedented levels of grand corruption and embezzlement. Billions of dollars of public money have been funneled abroad, and over 20 countries have opened judicial investigations into alleged misuse of Venezuelan funds. According to the Comptrollership Commission of Venezuela's legislative branch, the National Assembly, approximately US\$400 billion was embezzled under presidents Hugo Chávez and Nicolás Maduro. Meanwhile, more than four million Venezuelan citizens fled the country due to lack of food, medicine and basic public services, such as electricity and water. Deteriorating security and transportation services, and gas shortages also caused millions of citizens to leave. Since 2015, the National Assembly has been under attack by the executive branch and the Supreme Court. Without the ability to provide oversight of public resources, the National Assembly is ill-equipped to serve its constitutional function. Instead, Venezuela has been governed by presidential decrees, in direct violation of the constitution. Public protests are illegal and hundreds of citizens have been arrested for speaking out. In addition, more than 8,000 extrajudicial executions have been carried out since 2015. The GCB data shows that while 87 per cent of Venezuelans think that most or all people in the office of the president are corrupt, only 38 per cent think that most or all parliamentarians are corrupt. Citizens seem to view the National Assembly, which has an oppositional majority, as less corrupt than the executive branch. Disponível em:

https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019. Acesso em: 24 out. 2019.

⁹⁸ Transparencia Venezuela, Al menos 20 países investigan 50 casos de corrupción con dinero de Venezuela, August 2019. Disponível em: <https://transparencia.org/ve/al-menos-20-paises-investigan-50-casos-de-corrupcion-con-dinero-de-venezuela/>

⁹⁹ National Assembly of Venezuela, Superlano: 350 mil millones de dólares es el desfalco a la nación por hechos de corrupción, August 2018. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/_superlano-350-mil-millones-de-dolares-es-el-desfalco-a-la-nacion-por-hechos-de-corrupcion

Enquanto isso, mais de quatro milhões de cidadãos venezuelanos fugiram do país devido à falta de alimentos, remédios e serviços públicos básicos, como eletricidade e água.¹⁰⁰ A deterioração dos serviços de segurança e transporte e a escassez de gás também resultaram na saída de milhões de cidadãos.

Desde 2015, a Assembléia Nacional está sendo atacada pelo poder executivo e pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰¹ Sem a capacidade de supervisionar os recursos públicos, a Assembléia Nacional está mal equipada para desempenhar seus misteres constitucionais¹⁰² e o país tem sido governado por decretos presidenciais, em violação direta a sua Constituição.

Os protestos públicos são considerados ilegais e centenas de cidadãos foram presos por se manifestarem.¹⁰³ Além disso, mais de 8.000 execuções extrajudiciais foram realizadas desde 2015.¹⁰⁴

Dentre as principais iniciativas propugnadas pela Transparência Internacional aos governos em face dos achados registrados no estudo, encontram-se, grosso modo: a) o reforço da integridade política, assegurando-se um ambiente mais transparente sobretudo em torno dos pleitos eleitorais; maior regulamentação dos financiamentos de campanhas políticas e sua publicização em portais online e em formatos abertos, de sorte a se submeterem ao escrutínio e controle pela sociedade e combate à disseminação de notícias falsas; b) a redução de situações que possam facilitar um ambiente propício à corrupção no que atina com o acesso aos serviços públicos, mediante sua disponibilização aos cidadãos de maneira mais eficiente e por intermédio do uso de tecnologia apta a minimizar processos burocráticos que não atendam a contento a atividade finalística, a seu tempo e modo; c) o fortalecimento das instituições do sistema de justiça, mediante a adoção de critérios não políticos e transparentes para nomeações e distribuição impessoal dos casos a serem julgados;

¹⁰⁰ UNHCR, Emergencies – Venezuela situation. Disponível em: <https://www.unhcr.org/venezuela-emergency.html> (accessed September 2019).

¹⁰¹ Reuters, Venezuela Supreme Court has staged effective coup: jurists' group, September 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-venezuelapolitics-jurists/venezuela-supremecourt-has-staged-effective-coup-jurists-group-idUSKCN1BN14F>.

¹⁰² Transparencia Venezuela, Una ojeada a la "secreta" Ley de Presupuesto Nacional, September 2018. Disponível em: <https://transparencia.org.ve/una-ojeada-a-lasecreta-ley-de-presupuesto-nacional/>

¹⁰³ Human Rights Watch, Venezuela: TRANSPARENCY INTERNATIONAL 54 Arrests, Killings in Anti-Government Protests, January 2019. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2019/01/25/venezuelaarrests-killings-anti-governmentprotests>

¹⁰⁴ Amnesty International, Venezuela: Authorities must stop criminalizing and killing young people living in poverty, September 2018. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/09/venezuela-authorities-must-stop-criminalizing-and-killing-young-people-living-in-poverty/>

d) a promoção do empoderamento dos indivíduos, da sociedade civil organizada e da mídia, em reportarem e denunciarem casos de corrupção, mediante a adoção de legislação que proteja as testemunhas, consoante os standards internacionalmente vigentes; e) reconhecimento da extorsão sexual como uma forma de corrupção e adoção de medidas que reduzam a cultura de evengonhar as mulheres ou mesmo de culpá-las pelos abusos ou investidas, circunstâncias que as desencorajam e desestimulam a denunciar as ocorrências desse jaez. Em outras palavras, o sistema de justiça deve deter as ferramentas e os mecanismos corretos e adequados para endereçar os casos de extorsão sexual mediante a disponibilização de um ambiente seguro, acessível e, principalmente, sensível às questões de gênero reportadas e; f) promover a implementação e a divulgação do compromisso de Lima adotado na VIII Cúpula de Américas, que descreve 57 ações para fortalecer a governança democrática contra a corrupção¹⁰⁵.

Insta realçar que apesar do cenário apresentado, consistente num quadro em que a maior parte da população da América Latina e do Caribe desconfia de suas instituições e têm percepção de altos índices de corrupção em seus países, esta acredita, lado outro, que suas próprias ações possam fazer diferença na luta contra esse mal (77%), não obstante os fundados receios quanto a possíveis retaliações decorrentes de denúncias dessa ordem.

Confira-se o interessante gráfico inserto no relatório da Transparência Internacional¹⁰⁶ a esse respeito:

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18655-compromiso-de-lima-governabilidade-democratica-frente-a-corrupcao-declaracao-conjunta>

¹⁰⁶ Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019. Acesso em: 24 out. 2019.

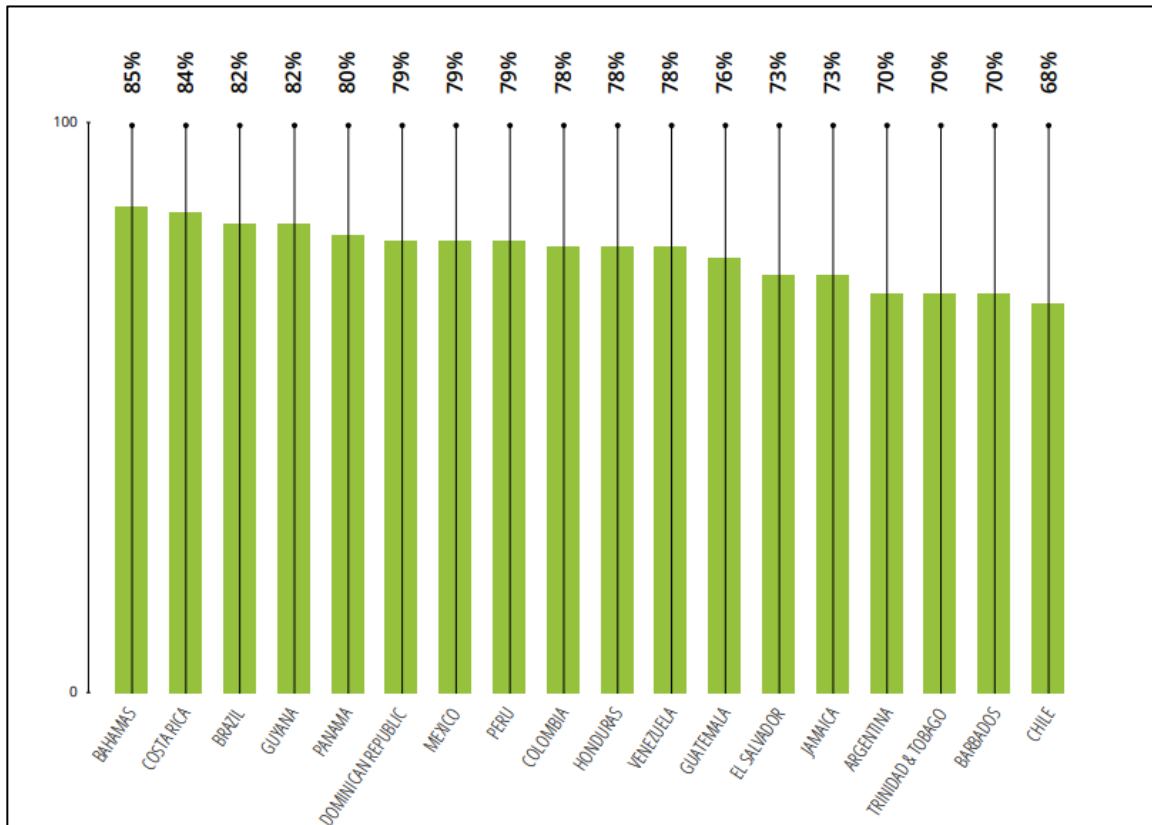


Figura 9: Porcentagem das pessoas que concordam que o cidadão comum pode fazer diferença na luta contra a corrupção.

Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 28

Em remate, a informação revela-se ferramenta essencial para capacitar os cidadãos a exigir prestação de contas por parte dos governos e combater a corrupção. Menos que metade dos cidadãos (39%) conhecem seu direito de solicitar informações do governo, agências e instituições.

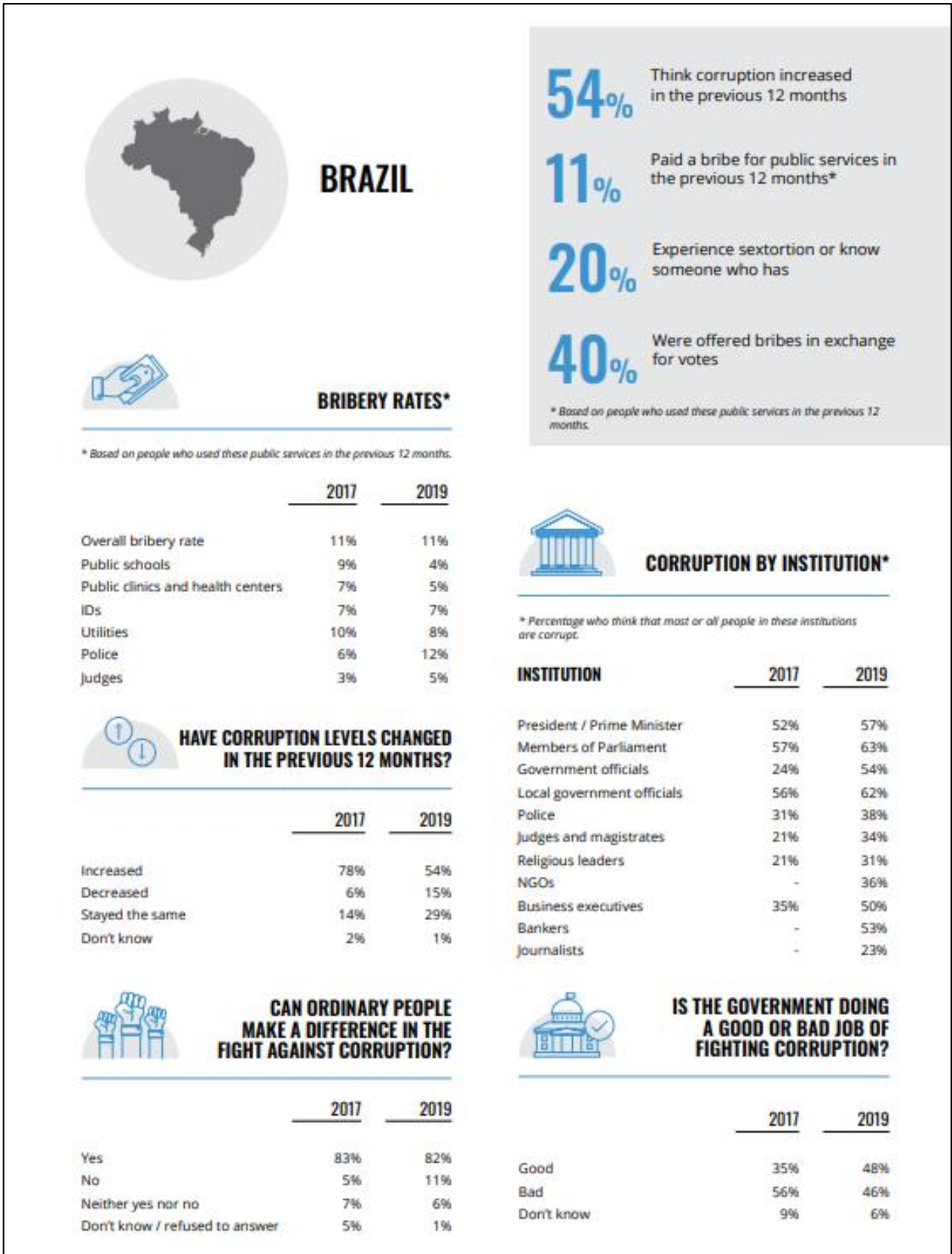


Figura 10: Global Corruption Barometer – Latin America & The Caribbean 2019
 Fonte: Pring e Vrushi, 2019, p. 37

4 PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO NA ORDEM INTERNA

4.1 Breves Delineamentos do Arcabouço Jurídico Doméstico

A Constituição Federal de 1988 ao tratar da Administração Pública dispõe expressamente ser um seu princípio norteador a moralidade administrativa, verdadeiro fundamento de validade das legislações que direta ou indiretamente disciplinam ou tangenciam o tema da corrupção, justamente para coibi-la e obstaculizar sua prática, já que atos desse jaez militam ostensivamente em desfavor dos objetivos da República Federativa do Brasil, insertos no art. 3º, da Lei Maior.

O exercício do poder econômico, consoante a dicção constitucional¹⁰⁷, há de compatibilizar-se com valores outros como a livre iniciativa, a defesa da concorrência e dos mercados, a proteção dos consumidores, a tutela do meio ambiente, a salvaguarda da integridade física e moral dos trabalhadores, entre outros, com vistas à obtenção da distribuição de riquezas e geração de bem-estar social.

Como sensível, para o atingimento do desiderato constitucional de distribuição de riquezas e geração de bem-estar social, prestigiando-se, por outro vértice, os demais valores – também de assento constitucional, a serem compatibilizados e harmonizados, afigura-se imprescindível o aperfeiçoamento da defesa da concorrência no Brasil, em seus âmbitos preventivo e repressivo, nas vias administrativa e judicial.

Tem-se como premissa, portanto, a circunstância de a livre concorrência não ser ilimitada, cabendo ao Estado corrigir as possíveis distorções verificadas no mercado, de sorte a reprimir o abuso de poder econômico que vise à dominação dos

¹⁰⁷ Dos princípios Gerais da Atividade Econômica

Art. 170. 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:

(...)

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, na dicção do art. 173, § 4º, da CF/88.

Com efeito, situações há em que o Estado deve intervir e funcionar como agente regulador da atividade econômica, de sorte a coibir condutas incondizentes com os fundamentos e princípios da ordem econômica.

A própria globalização e expansão das fronteiras internacionais, com o sensível incremento do comércio internacional nos países em desenvolvimento, como o nosso, tornam o problema exponencial, na medida em que crises econômicas pontuais em outros países costumam afetar o mercado interno em variados segmentos.

Adentrando na seara do combate à corrupção empresarial que assim atua em desacordo com os princípios regentes de nossa ordem econômica, calha trazer à colação as palavras de Modesto Carvalhosa¹⁰⁸, por enfáticas e elucidativas:

A atividade empresarial segue, portanto, princípios constitucionais fundados na ética dos negócios. E esses princípios constitucionais não contemplam a preservação de atividade econômica de empresas que lesam o Estado, a sociedade e os concorrentes do mercado, com suas atividades criminosas de suborno, cartelização, fraudes contratuais, lucros ilícitos, tráfico de influência, favorecimento e demais crimes contra o Poder Público e a coletividade.

A Constituição Federal, no mesmo art. 170 e seguintes, repele e afasta, em virtude dos princípios que expressa, as empresas cuja conduta leva à obtenção de lucros ilícitos à custa do Estado e, conseqüentemente, da dilapidação do patrimônio coletivo. E nem admite o art. 170 da CF/88 a preservação da empresa que solapa o regime de livre concorrência e o próprio conceito de livre mercado, pelo qual todas as empresas devem ter idênticas oportunidades jurídicas de licitar e de contratar com o Poder Público.

Por isso, não podem as empresas que se tornaram organizações corruptas, individualmente ou em associação com outras (cartel), invocar o princípio da preservação da empresa para conviver com aquelas que obedecem aos cânones constitucionais estabelecidos no art. 170 da CF/88.

Nessa ordem de ideias e considerando a dicção constitucional inserta no § 5º, do art. 173 da Lei Maior, abre-se ensejo para a responsabilização da própria pessoa jurídica, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, sem prejuízo da responsabilidade individual de seus dirigentes.

¹⁰⁸ CARVALHOSA, Modesto. *O combate ao crime organizado de corrupção*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 911.

Nessa esteira, arremata Modesto Carvalhosa¹⁰⁹, ressaltando outra não desprezível “sanção metajurídica”, decorrente da comprovação de corrupção no âmbito empresarial:

Outra importante sanção contra as empresas corruptas é meta-jurídica: a perda de reputação, com repercussões devastadoras e permanentes sobre seus negócios.

Nesse campo reputacional, o que tem contado muito no combate mundial à corrupção são os regimes de *compliance* das empresas não envolvidas em esquemas de corrupção. Cada vez mais estas empresas, em virtude de suas regras internas de *conformidade*, têm se negado a negociar e a contratar com aquelas sob investigação de corrupção.

Acrescente-se a retração dos bancos e do mercado financeiro na renovação de empréstimos e na emissão de *bonds* e outras formas de financiamento de empresas envolvidas em investigações sobre corrupção.

Por todas essas iniciativas, a nível mundial, a prática da corrupção empresarial tem sido muito afetada, seja no plano das próprias empresas envolvidas, que sofrem todo o tipo de sanções, em nível internacional, jurídicas e, também, econômicas, pelo boicote que sofrem no setor privado, financeiro e contratual, em que operam.

Para as empresas em geral, multinacionais e locais, que contratam com o Poder Público dos diversos países, está se criando a percepção de que a corrupção é um péssimo negócio e uma atividade desastrosa que, a curto, médio e longo prazos, leva à queda de valor ou a venda ruínosa de ativos das empresas envolvidas e mesmo a seu desaparecimento.

Em linhas gerais, o Brasil conta com um arcabouço normativo vastíssimo no que diz com o combate à corrupção e a busca por lisura, retidão e probidade no trato da coisa pública¹¹⁰.

¹⁰⁹ CARVALHOSA, Modesto. *O combate ao crime organizado de corrupção*. Op. cit. p. 913.

¹¹⁰ Ilustrativamente, confira-se: Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal), Lei nº 1.0798/50 (Lei do impeachment), Lei nº 4.729/65 (tipificação do crime de sonegação fiscal), Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), Decreto-Lei nº 201/67 (responsabilidade dos prefeitos e vereadores), Lei nº 6.799/80 (institui causa especial de aumento de pena em crimes cometidos contra administração pública), Lei nº 7.492/86 (tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei Complementar nº 64/90 (estabelece os casos de inelegibilidade, prazos de cessação e dá outras providências), Lei nº 8.112/90 (dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União), Lei nº 8.137/90 (tipifica os crimes contra a ordem tributária), Lei nº 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa); Lei nº 9.803/95 (Lei do crime organizado); Lei nº 9.613/98 (tipifica os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores), Lei nº 9.807/99 (contempla o instituto da delação premiada), Lei nº 10.028/00 (Lei de crimes fiscais), Decreto 3.678/00 (OCDE - Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais – celebração em 1997), Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), Lei Complementar nº 105/2001 (Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências), Lei nº 10.467/02 (prevê crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional), Decreto nº 4.410/02 (OEA – convenção interamericana contra corrupção – celebração em 1996), Lei nº 10.763/03 (modificou a pena dos crimes de corrupção ativa e passiva), Decreto nº 5.483/2005 (regulamenta a sindicância patrimonial como procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades), Decreto nº 5.687/06 (convenção das nações unidas contra corrupção – convenção de Mérida, celebrada em 2003), Lei Complementar nº 135/10 (Lei da ficha limpa), Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC), Lei nº 12.813/13 (prevê o conflito de interesses), Lei nº 12.846/13 (lei anticorrupção), Lei nº 12.891 (promove a reforma do código eleitoral), Decreto nº 8.420/15 (regulamentação da lei

Nada obstante, irrompe a percepção de baixa efetividade deste vasto marco normativo na prevenção e combate à corrupção, prevalecendo uma sensação geral reativa e pouco eficiente ao fenômeno, ou seja, de impunidade e continuismo das práticas arraigadas culturalmente e, de maneira reflexa, disseminadas nos âmbitos político e social.

Colhe-se que o bem jurídico tutelado pelos tipos penais incriminadores de corrupção em suas variadas formas no ordenamento jurídico brasileiro, (e.g. arts. 317,318, 333, do Código Penal), grosso modo, é a regularidade do funcionamento da administração pública, coibindo-se desvios no exercício funcional e finalístico que lhe é próprio.

Importa consignar, ainda, que o combate à corrupção se revela sobremodo oneroso, em razão mesmo da dificuldade probatória de atos praticados de forma dissimulada, clandestinamente ou seguidos de outros que objetivam, justamente, sua ocultação -; dificuldade esta que se estende para a demonstração necessária do liame ou vinculação com atos praticados pelo funcionário público.

Reconhecida a relação entre corrupção e crime organizado, afiguram-se oportunas as considerações lançadas por José Paulo Baltazar Junior¹¹¹, para quem:

A corrupção de agentes públicos tem íntima relação com o crime organizado, pois as práticas criminosas somente podem se perpetuar no tempo se forem toleradas por agentes públicos, nomeadamente aqueles encarregados de sua repressão. Sendo assim, o controle do crime organizado passa, necessariamente, por uma política de controle da corrupção, o que requer não só a tomada de medidas penais, mas também outras, de ordem administrativa, como a realização de sindicâncias patrimoniais, a investigação de servidores que apresentem patrimônio incompatível com seus vencimentos, a modificação do local de atuação do funcionário, e mesmo a filmagem ou gravação de abordagens policiais.

A Lei nº 8.429/92, Lei de improbidade - LIA¹¹², prevê as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional,

anticorrupção), Decreto Presidencial nº 9.663/19 (regulamenta o processo administrativo para apuração do descumprimento de normas de combate à lavagem de dinheiro por entidades sensíveis), Decreto nº 10.153/19, dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciadores de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492/2018, dentre outras

¹¹¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, Crimes Federais, 9ª Edição, Saraiva, 2014, p. 381.

¹¹² CF, Art. 37. (...)

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

reputando-se para tal fim, agentes públicos, todos aqueles que mantêm vínculo com a Administração, ainda que de maneira transitória (art. 2º).

Em seu bojo há a diferenciação dos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); que causam prejuízo ao erário – art. 10; e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Atualmente, no Brasil, o enriquecimento ilícito do servidor público é um ato de improbidade administrativa, que configura um ilícito civil e administrativo, nos termos da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, não passível, portanto, de ação criminal.

Há projetos de lei em andamento no Congresso Nacional que visam tipificar a conduta como crime, objetivando atender ao estabelecido nas Convenções sobre corrupção subscritas e ratificadas pelo Brasil.

Ao discorrer sobre a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que foi regulamentada pelo Decreto nº 8.945/2016, Irene Patrícia Nohara¹¹³ realça seu acentuado destaque na intensificação da fiscalização a partir da previsão de regras de governança para garantir maior segurança, sobretudo aos investidores privados. Logo, a fiscalização é um ponto central da disciplina legal.

Contextualiza a administrativista, outrossim, o cenário político subjacente a sua edição, após a eclosão de escândalos de corrupção que acarretaram o desvio de bilhões de reais dos cofres públicos. Confira-se percuciente excerto de suas ponderações:

Por conseguinte, a Lei das Estatais surgiu em um cenário político conturbado, tendo sido influenciada pelas ocorrências da Operação Lava Jato, tanto que, por exemplo, além dos objetivos de assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, houve, no art. 31 da lei, a previsão de um objetivo licitatório de evitar operações em que se caracterize o sobrepreço ou o superfaturamento. Trata-se de uma previsão incomum, dado que geralmente os objetivos das licitações são previstos de forma positiva: assegurar igualdade, gerar a contratação mais vantajosa, promover o desenvolvimento, mas até então não havia objetivo negativo previsto para uma licitação, do tipo: fazer o procedimento para evitar superfaturamento, algo que deveria estar pressuposto, dado que o superfaturamento viola princípios da Administração. Outrossim, a ideia da lei também foi no sentido de prever regras mais rígidas para nomeação de administradores de empresas estatais, no intento de supostamente evitar desvios decorrentes de um eventual aparelhamento político (no sentido negativo) da estatal. Aqui cumpre asseverar que o uso político da estatal, com o aparelhamento para a prática de desvios de

¹¹³ NOHARA, Irene Patrícia. Fiscalização das empresas estatais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/116/edicao-1/fiscalizacao-das-empresas-estatais>, acesso em 04/08/2019.

recursos é um sentido negativo, mas o uso da estatal para a realização de política tarifária razoável, que garanta a universalização do serviço, bem como para a promoção do desenvolvimento, pelo estímulo, economicamente sustentável, da tecnologia brasileira de produção e oferta de produtos ou serviços, seriam usos positivos da estatal para realização de políticas públicas setoriais. Daí porque a expressão uso político da estatal pode ser ambígua.

Comungamos da opinião externada pela preclara administrativista ao sublinhar que a lei errou quando pretendeu equiparar o regime de tratamento das estatais, não diferenciando, à revelia da determinação constitucional, empresas que prestam serviços públicos das que atuam no domínio econômico.

O mesmo se diga em relação à preocupação com conflito de interesses, uma das tônicas legais, ao disciplinar mais transparência e prestação de contas, voltada muito mais para o equacionamento dos problemas que são vivenciados pelas sociedades de economia mista, que abrem parcela do capital para a iniciativa privada, do que propriamente para a realidade das empresas públicas.

Nada obstante, pretende-se apenas colocar em relevo a preocupação legal estampada em seu art. 6º, no sentido de que o Estatuto das Estatais e de suas subsidiárias deva ser estabelecido em observância às regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, às práticas de gestão de riscos e controle interno, e à composição de administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção constates na lei, restando robustecidos tanto o controle interno, quanto o externo, no concernente à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial (arts. 85 a 90 da Lei nº 13.303/2016 e arts. 45 a 50 do Decreto nº 8.945/2016).

Digna de registro, ainda, a Lei Complementar nº 135, de 2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa, marco legal que regulamenta restrições à elegibilidade (Lei Complementar nº 64, de 1990), fruto de um projeto de iniciativa popular.

A Lei Complementar nº 135/10, que deu nova redação à Lei Complementar nº 64/90, instituiu outras hipóteses de inelegibilidade voltadas à proteção da probidade e moralidade administrativas no exercício do mandato, nos termos do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião da análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI 4578), que tratavam da Lei Complementar nº 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, por maioria de votos, entendeu por sua constitucionalidade.

A lei prevê que serão considerados inelegíveis os candidatos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão da prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais, o meio ambiente e a saúde pública, além daqueles previstos na lei que regula a falência.

Serão declarados inelegíveis, ainda, os candidatos que tenham cometido crimes eleitorais para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

A principal e mais controvertida novidade trazida pela Lei da Ficha Limpa consiste, portanto, na inexigibilidade do trânsito em julgado da decisão judicial que venha a ser proferida nos moldes acima expostos, para o fim de afastar-se a elegibilidade do candidato no pleito eleitoral.

Importa destacar, nesse contexto, que a Lei nº 13.165/2015 alterou as Leis nº 9.504/97, nº 9.096/95, e nº 4.737/65 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina; em específico, deu nova redação ao artigo 20, excluindo a previsão de doações de pessoas jurídicas:

[...] O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha usando recursos repassados pelo partido, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas, na forma estabelecida nesta Lei.

A nova lei se harmoniza com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu na ADI 4650-DF (Relator Min. Luiz Fux) a inconstitucionalidade da doação por pessoa jurídica:

*A ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a *contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões 'ou pessoa jurídica',*

constante no art. 38, III, e 'e jurídicas', inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

Dessarte, proibida a doação de empresas a candidatos e partidos políticos, tem-se, em tese, um esforço no âmbito do combate à corrupção política.

Diz-se em tese, na medida em que há o fundado receio, apontado por especialistas e já verificado na prática, do incremento do chamado “caixa dois” – contabilidade não oficial, para fins de financiamento a candidaturas e cargos eletivos.

Mencione-se, outrossim, como marco normativo importante no enfrentamento à corrupção no Brasil, a Lei nº 8.666/93, que regulamenta as licitações e contratos com a Administração Pública, os quais devem obediência ao quanto previsto no art. 37, inciso XXI, da Lei Maior.

Com efeito, o desvirtuamento dos processos de escolha e contratação com o Poder Público constitui um dos maiores instrumentos de corrupção administrativa e, em razão dos importes envolvidos, sobretudo em obras de infraestrutura, impõe-se assegurar a isonomia aos participantes dos certames e a intangibilidade do interesse público e, assim, a higidez do erário.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), conhecida oficialmente como Lei Complementar nº 101/2000 é considerada por muitos analistas, como um marco na modernização das contas públicas, franqueando maior transparência no controle interfederativo recíproco.

Permite, outrossim, mais acurado controle do ciclo orçamentário das políticas públicas, sobretudo pelos Tribunais de Contas (art. 71 da Constituição Federal), desde seu planejamento até sua execução, por intermédio da análise das leis que o integram, a saber, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), assim como o mais adequado acompanhamento sobre a destinação efetiva dos percentuais mínimos assegurados constitucionalmente ao financiamento de direitos sociais como saúde e educação (exceção ao princípio orçamentário da não afetação, por intermédio das vinculações de receitas tributárias), como garantias institucionais¹¹⁴ à promoção do núcleo essencial desses direitos.

Pontua-se, nas sendas das razões aduzidas, que o sistema de planejamento e orçamento no setor estatal é fundamental para a consecução de políticas públicas, relevando explicitar com algum detalhamento, nesse sentido, as principais normas

¹¹⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 143-144.

relativas à matéria no plano constitucional pátrio, de cuja concretude sobressai a definição das reais prioridades alocativas do Estado, a saber:

- o plano plurianual (PPA) destina-se à apresentação dos programas com seus produtos e recursos, indicadores e metas para o período de 4 (quatro) anos – tendo como conteúdo, nessa esteira, programas de duração continuada e despesas de capital. Deve guardar correlação com o plano de governo do candidato que se elegeu mandatário político (art. 165, inciso I e § 1º da Constituição Federal de 1988);

- a lei de diretrizes orçamentárias – (LDO) apresenta as diretrizes que definem o conteúdo e o modo de execução da Lei de Orçamento Anual. Constitui verdadeiro eixo analítico do ciclo orçamentário em torno do qual todo o restante se estrutura (art. 165, inciso II e § 2º da Constituição Federal de 1988 e no art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101/2000);

- e, por fim, a lei orçamentária anual (LOA), a qual deve conter a estimativa da receita e fixação a despesa (vide art. 165, § 8º da CR/1988). A LOA apresenta os programas, suas ações, produtos, recursos, indicadores e metas para o ano (art. 165, inciso III e § 5º da Constituição Federal de 1988 e art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal Lei Complementar nº 101/2000).

Impende não olvidar a Lei nº 9.613/1998, voltada ao combate do crime de lavagem de capitais, em razão da qual restou criada no mesmo ano de sua edição a unidade de inteligência financeira nacional, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (arts. 14 e 15¹¹⁵), com o objetivo de fiscalizar e disciplinar atividades ilícitas previstas no diploma normativo, aplicando penas administrativas, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

¹¹⁵ Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Economia, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo das competências de outros órgãos e entidades. (Redação dada pela Medida Provisória nº 886, de 2019)

§ 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 2003)

Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

Revela-se o COAF – atualmente Unidade de Inteligência Financeira (UIF – MP 893, editada em 19/08/2019¹¹⁶), importante órgão no âmbito da cooperação internacional, na medida em que responsável pela prevenção e fiscalização da prática do crime de lavagem de dinheiro, mediante a requisição e prestação de informes sobre operações financeiras atípicas ou suspeitas aos órgãos do sistema de justiça, como, de maneira proeminente, o Ministério Público.

Apresenta, nessa ótica, importância fundamental no combate à criminalidade organizada, em razão de sua aptidão em identificar e minar, em certa medida, o braço financeiro dessas organizações e, portanto, sua capacidade de atuação.

A Unidade de Inteligência Financeira (UIF) encontra-se administrativamente vinculada ao Banco Central do Brasil (BACEN) e é dotada de autonomia técnica e operacional, incumbindo-lhe a produção de inteligência financeira e a proteção dos setores econômicos contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

Coordena, nesse desiderato, a troca célere de informações entre as autoridades competentes visando o combate efetivo à ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores, informando os órgãos responsáveis pela investigação e instauração de procedimentos, em identificando ocorrências suspeitas de atividade ilícita, não lhe cabendo, portanto, promover medidas cautelares, quebras de sigilo, ou mesmo requerer a instauração de processo penal.

Nesse contexto, importa mencionar a recomendação nº 29 do GAFI¹¹⁷ - Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo¹¹⁸, lançada justamente no sentido de que os países criassem Unidades de

¹¹⁶ Em agosto de 2019 o governo federal expediu uma medida provisória que muda o nome do Coaf para Unidade de Inteligência Financeira (UIF) e o transfere do Ministério da Fazenda para a estrutura do Banco Central.

¹¹⁷ GAFI – Nota interpretativa 8 da Recomendação 29 (UIFs) “A UIF deverá ser operacionalmente independente e autônoma, o que significa que a UIF deverá ter autoridade e capacidade de desenvolver suas funções livremente, inclusive tomar por conta própria a decisão de analisar, solicitar e/ou disseminar informações específicas.”

¹¹⁸ O Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) é uma organização intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Periodicamente, o GAFI realiza avaliação dos países membros acerca da implementação de medidas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Criado em 1989, o GAFI é um organismo elaborador de políticas que atua visando a gerar a vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias nessas áreas. Para cumprir este objetivo, o GAFI publicou as suas Recomendações.

As 40 Recomendações do GAFI constituem-se como um guia para que os países adotem padrões e promovam a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro relacionadas a esses crimes. Hoje, esses padrões são adotados por mais de 180 países. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao->

Informação Financeira (UIF) para receber, analisar e transmitir declarações de operações suspeitas¹¹⁹, em sintonia com a Diretriz nº 2018/843 do Conselho Europeu, a qual realça a necessidade de reforço à eficiência UIFs no combate ao terrorismo e à lavagem de dinheiro.

Impõe-se mencionar, por relevante, o julgamento em curso no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo do recurso extraordinário (RE) nº 1.055.941¹²⁰, com repercussão geral reconhecida¹²¹, acerca da (im)possibilidade de compartilhamento por órgãos de controle de dados sensíveis dos cidadãos, fiscais e bancários, com o Ministério Público, para fins de embasamento de investigações criminais, independentemente de prévia autorização judicial.

Ao tempo da conclusão do presente trabalho, releva consignar, por maioria de votos (9 a 2), o egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu inexistir inconstitucionalidade no compartilhamento de provas entre a Receita Federal do Brasil

internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi.

Acesso em: 01 dez. 2019.

¹¹⁹ GAFI – RECOMENDAÇÃO 29. Unidades de Inteligência Financeira Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente. (...) NOTA INTERPRETATIVA DA RECOMENDAÇÃO 29 (UNIDADES DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA) (...) (c) Disseminação 4. A UIF deverá ser capaz de disseminar, espontaneamente ou a pedido, as informações e os resultados de suas análises para as autoridades competentes relevantes. Deveriam ser usados canais dedicados, seguros e protegidos para a disseminação. - Disseminação Espontânea: A UIF deverá ser capaz de disseminar as informações e resultados de suas análises para as autoridades competentes quando houver suspeita de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes ou financiamento do terrorismo. Com base na análise da UIF, a disseminação das informações deverá ser seletiva e permitir que as autoridades destinatárias se concentrem em casos/informações relevantes. - Disseminação a pedido: A UIF deverá ser capaz de responder a pedidos de informações de autoridades competentes de acordo com a Recomendação 31. Quando a UIF receber um pedido de uma autoridade competente, a decisão de conduzir a análise e/ou disseminar as informações para as autoridades solicitantes será da própria UIF.

¹²⁰ O colegiado, ao admitir a repercussão geral da controvérsia, concluiu o seguinte: "CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL." (RE 1055941 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 12/04/2018).

¹²¹ CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...) §3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

(RFB) e o Ministério Público, necessárias e imprescindíveis para confirmação e lançamento do crédito tributário.

O recurso paradigma sob julgamento foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), que anulou ação penal por considerar ilegal o compartilhamento de dados compartilhados pela Receita Federal com o Ministério Público, sem autorização judicial (cláusula de reserva jurisdicional).

O eminente Relator, Ministro Dias Toffoli, apontou a vedação de encaminhamento da íntegra do procedimento fiscal, inadmitindo a remessa de documentos acobertados por sigilos fiscal e bancários, como declarações de imposto de renda e extratos bancários.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, ao inaugurar a divergência, sem limitar o compartilhamento do Fisco a determinados tipos penais, firmou posição no sentido da possibilidade, a título de prova emprestada, de remessa da integralidade do procedimento fiscalizatório, mantido o dever de sigilo pelo órgão destinatário.

Sugeriu fosse assentada a seguinte tese:

“É constitucional o compartilhamento, tanto pela UIF dos RIFs, quanto pela RFB, da íntegra do procedimento fiscalizatório que define o lançamento do tributo, com órgãos de persecução penal para fins criminais, que deverão manter o sigilo das investigações.”

Em sessão ocorrida em 04/12/2019 os Ministros fixaram a tese, sublinhe-se, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral¹²², no sentido de ser constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal que define o lançamento do tributo com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

¹²² Como foi visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: i) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário. ii) questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito a correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica – dimensão objetiva dos direitos fundamentais. (DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação as decisões judiciais e processos nos tribunais. 7. Ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2010. p. 333-334.

Assentaram, ainda, que o compartilhamento referido no item anterior pela Unidade de Inteligência Financeira e pela Receita deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios, resguardado, de toda sorte, posterior crivo judicial, a teor da cláusula da inafastabilidade da jurisdição, inserta no inciso XXXV, do art. 5º, da Lei Maior.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu possível o compartilhamento de informações entre o Fisco e o Ministério Público, quer quando referentes a montantes globais, independentemente da instauração de procedimento fiscal (art. 5º, LC nº 105/01), quer quando, tendo havido procedimento fiscal, compreenda contas, extratos bancários, depósitos e aplicações financeiras (art. 6º, LC nº 105/01), reputando viável, nessa linha, a irrestrita remessa das informações coletadas pelo Fisco, bem como da integralidade do procedimento fiscalizatório, sendo desnecessária, em ambos os casos, prévia autorização judicial.

Registre-se a recente edição do Provimento nº 88/19, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, datada de 01/10/2019, o qual inclui os cartórios brasileiros na rede de instituições de combate à corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo.

A norma entrará em vigor em 3 de fevereiro de 2020 e determina a comunicação à UIF – Unidade de Inteligência Financeira, antigo Coaf, de operações registradas em cartórios que levantem suspeita de vinculação a algum desses crimes, consoante avaliação dos notários e registradores.

A edição do provimento regulamenta, em parte, a Lei nº 9.613/98 e executa ações previstas para 2019 pelos órgãos que integram a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. As informações terão caráter sigiloso, podendo ser objeto de solicitação ao CNJ.

A norma determina, ainda, a criação e manutenção de um cadastro único de clientes do notariado, pelo Colégio Notarial do Brasil – CNB, com o escopo de reunir informações fornecidas pelos próprios notários de forma sincronizada.

Sobreleva consignar, ainda, forte nas preocupações externadas por Pierpaolo Bottini¹²³, que as recentes modificações no perfil e na estrutura do antigo COAF -

¹²³ BOTTINI, Pierpaolo. Mudança do Coaf para o BC e o combate à lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-29/direito-defesa-mudanca-coaf-bc-combate-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 30 out. 2019.

Conselho de Controle de Atividades Financeiras, agora UIF – Unidade de Inteligência Financeira, encetadas pela MP nº 893/19, podem ter o condão de enfraquecer sua independência e capacidade operacional e vão, ainda, na contramão das principais diretrizes internacionais sobre a matéria. Vejamos suas plausíveis ponderações:

[...] O governo federal expediu em agosto a Medida Provisória 893, que submete a UIF nacional — antigo Coaf — ao Banco Central e afasta a necessidade de que seus membros sejam funcionários públicos.

Se o órgão antes tinha certa autonomia ao estar atrelado diretamente ao Ministério da Fazenda, e independência por ser constituído exclusivamente por servidores públicos, agora é subordinado a uma autarquia e pode ter em seu conselho membros do setor privado.

A medida é disfuncional e arriscada.

A Diretiva EU 2015/849 – documento de referência de combate a lavagem de dinheiro mesmo para países externos à União Européia, dispõe em seu item 37 que:

“37 Todos os Estados-Membros criaram, ou deverão criar, UIF operacionalmente independentes e autônomas para recolher e analisar a informação que recebem com o objetivo de estabelecer ligações entre as operações suspeitas e as atividades criminosas a elas subjacentes, a fim de prevenir e combater o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. *Deverá entender-se por UIF operacionalmente independente e autônoma a UIF com os poderes e os meios para desempenhar livremente as suas funções, nomeadamente a possibilidade de decidir autonomamente quanto à análise, ao pedido e à disseminação de informações específicas.* (...)

A MP em análise vai de encontro a essas diretrizes internacionais e à proposta do Congresso Nacional para o fortalecimento da UIF. Ao subordiná-la a uma *autarquia*, não fixar mandatos para conselheiros e permitir membros externos ao serviço público, a norma fragiliza a instituição, cria um regime instável para seus integrantes e dificulta o acúmulo de experiências, essencial para um órgão de estratégia de informação.

As funções do Banco Central não se confundem com as da UIF. O primeiro regulamenta e fiscaliza o *sistema financeiro* e as *instituições financeiras*. A segunda tem um âmbito mais abrangente, pois recebe e sistematiza e informações de inúmeros setores para além de bancos e similares, a maior parte deles sem qualquer relação com as atividades do Banco Central. (...)

Não se discute a competência ou isenção dos diretores do Banco Central, mas não parece adequado que eles regulem processos sancionatórios destinados a setores distintos da área *financeira*, estranhos às suas atribuições, competência e experiência.

No que se refere à *estrutura*, a comunidade internacional recomenda que as UIFs tenham assegurados recursos suficientes para o cumprimento de suas funções.

Nesse sentido, o GAFI recomenda que:

10. A UIF deverá receber recursos financeiros, humanos e técnicos adequados, de forma a assegurar sua autonomia e independência e permitir que a UIF possa cumprir de forma eficaz suas responsabilidades. Os países deveriam possuir processos para garantir que os funcionários da UIF tenham altos padrões profissionais, inclusive padrões de confidencialidade, além de serem idôneos e aptos.¹²⁴

A MP, embora preveja autonomia técnica e operacional, não prevê *autonomia orçamentária* à UIF. O órgão passará a depender do Banco Central para garantir estrutura mínima ao exercício de suas atividades. Ocorre que a

¹²⁴ GAFI – Nota interpretativa da Recomendação 29 (UIFs).

autarquia tem outras prioridades, outras atribuições, e talvez não dê à UIF a devida atenção institucional, comprometendo sua estrutura.

Para além disso, como já exposto, a Medida permite que agentes do setor privado componham o Conselho da UIF. Sem questionar a competência de profissionais desta área, a falta de experiência no setor público e eventuais conflitos de interesse podem afetar sua atividade, sem contar o risco de compartilhar informações sensíveis com pessoas não submetidas ao rigor disciplinar imposto aos servidores públicos em relação à gestão do sigilo.

Vale destacar que o GAFI sugere que *“a UIF deverá ser capaz de obter e empregar os recursos necessários para desenvolver suas funções, de forma individual ou rotineira, livre de qualquer influência ou interferência política, governamental ou industrial indevida, que possa comprometer sua independência operacional.”*¹²⁵ A presença de representantes do setor privado no Conselho — sem a existência de quarentenas ou restrições — pode comprometer tal *independência*.

Por fim, a MP não prevê mandato para os membros da UIF, comprometendo sua independência ao subordiná-los a atos de vontade de dirigentes do Banco Central, nem sempre atrelados às finalidades institucionais da agência de inteligência.

A existência de uma UIF forte e independente é a chave para prevenir e combater a lavagem de dinheiro. Ao rebaixar seu status institucional e submetê-la a autarquia com atribuições distintas, o governo federal coloca em risco um mecanismo importante para o combate ao crime organizado, seguindo na contramão do mundo e de sua própria diretriz de reforçar a segurança pública. [...]

Embora não tenha transcorrido tempo hábil para a aferição do impacto das recentes alterações promovidas na Unidade de Inteligência Financeira brasileira, se nos afiguram plausíveis e bem fundamentadas as preocupações externadas por Pierpaolo Bottini.

Esperamos que aspectos formais concernentes a sua composição e alocação no organograma federal não militem, de fato, em desfavor do exercício de sua atividade finalística, haja vista à sua relevância indisputável na árdua tarefa de combate ao crime organizado.

Criada em dezembro de 2003 pelo ex-Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro pauta-se na especialização, cooperação e transparência para a consecução de seu desiderato, reunindo integrantes dos três poderes, membros dos Ministérios Públicos e Tribunal de Contas (TCU), entidades públicas autônomas e independentes, entidades corporativas, instituições públicas financeiras e sociedade civil organizada, tendo por objetivo articular a ação conjunta entre órgãos públicos brasileiros que atuam na fiscalização, na inteligência e no controle de ações voltadas ao combate coordenado à corrupção e à lavagem de dinheiro.

¹²⁵ GAFI – Nota interpretativa da Recomendação 29 (UIFs).

Nesse sentido pontificam Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho¹²⁶:

[...] Diálogo e consenso reforçam o caráter democrático e representam a força motriz da Estratégia. A coordenação e a colaboração, por sua vez, estão ligadas à articulação institucional dos órgãos de controle, atuando em rede. Por outro lado, a cooperação se relaciona à transnacionalidade dos ilícitos combatidos, demonstrando ser também importante a expansão do agir para além das fronteiras nacionais. A especialização está ligada ao aumento da capacitação dos agentes públicos, elevando a eficiência da atuação dos membros dos órgãos de prevenção e combate à corrupção. A participação e a conscientização revelam a inclusão da sociedade civil como peça-chave na criação de ações de prevenção e controle e na consequente legitimação dos resultados do governo. Por fim, a transparência equaliza todas as premissas acima, oportunizando a ampliação do controle e diminuindo os riscos de desvio de dinheiro público. [...]

Destacam os autores¹²⁷, outrossim, os principais resultados anticorrupção e antilavagem no combate nacional ao crime organizado¹²⁸, obtidos, dentre outros, por ações instrumentalizadas pela Estratégia:

- Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – PNLD: reflexo da integração e da cooperação administrativa dos órgãos de controle, o PNLD visa instruir e capacitar agentes públicos e privados na prevenção e no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Por influência direta da ENCCLA, o Programa inspirou também a criação no Brasil de Delegacias de Polícia e Setores da Justiça especializados em crimes financeiros.
- LAB-LD – Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro: trata-se de um modelo de parceria colaborativa firmada entre os atores da ENCCLA destinado a reunir, cruzar e confrontar informações investigativas através do desenvolvimento de softwares e hardwares de última geração. Atuando em rede, o foco do LAB-LD é permitir a otimização de tempo e a supressão da ausência de especialização dos servidores provocada pelo grande volume de dados complexos envolvendo a lavagem de dinheiro e a corrupção.
- CEIS – Cadastro Nacional de Pessoas Inidôneas e Suspeitas: é um grande exemplo de transparência e colaboração pensado pela Estratégia. Consiste em um cadastro público e nacional, de linguagem fácil e acessível a todos, esclarecendo às autoridades a idoneidade das pessoas ou empresas contratadas ou em vias de serem admitidas pelo poder público. O direcionamento, portanto, é para as contratações públicas, para os processos de licitação, para as condenações por ato de improbidade administrativa e sanções pelos Tribunais de Contas. A publicidade é usada em caráter nacional como instrumento de alerta para outras entidades a respeito de penalizações ou sanções já impostas pelo poder público, evitando-se novas ineficiências.

¹²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 314.

¹²⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli, A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 320-322.

¹²⁸ Registre-se, ainda, a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

- LAI – Lei de Acesso à Informação (nº 12.527/11): sem dúvida, a LAI é o maior marco legislativo brasileiro sobre transparência e abertura de dados públicos aos cidadãos. (...)
- PEPs – Cadastro de Pessoas Politicamente Expostas: este resultado expande as fronteiras da ENCCLA e eleva o grau de cooperação para o âmbito internacional. O PEPs foi criado por sugestão da Estratégia para atendimento do art. 52 da Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção (em inglês, *United Nations Office on Drugs and Crimes* – UNODC), que sugeria aos países a implantação de um cadastro nacional de pessoas politicamente expostas, tais como Presidente, Ministros, Deputados, Senadores e demais políticos e agentes públicos. O objetivo da medida é regular e fiscalizar o cumprimento das obrigações financeiras e prevenir o enriquecimento ilícito de pessoas membros do governo.
- Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas: fruto da ação nº 03/2015 da ENCCLA, que previa a criação de diretrizes para avaliar programas de integridade (*compliance*) previstos na Lei nº 12846/13 (Anticorrupção), o trabalho resume com maestria a atuação transparente, colaborativa e cooperativa da ENCCLA. Auxiliando o Poder Legislativo, responsável pela elaboração da Lei Anticorrupção (colaboração), a Estratégia, em parceria com a extinta CGU, organizou a criação de um manual orientador de boas práticas empresariais para membros da iniciativa privada, esclarecendo o conceito de Programa de Integridade (*compliance*) previsto na Lei nº 12.843/13 (transparência e colaboração). Lançado em setembro de 2015, o documento objetiva cooperar com os empresários brasileiros na prevenção, detecção e punição de atos ilícitos envolvendo empregados e servidores públicos em situações de suborno, fraudes ou abuso de poder político. [...]

Arrematam os autores¹²⁹ que embora a ENCCLA represente uma política de governo vocacionada a aproximar consensualmente organismos públicos com a finalidade de melhor articular as suas ações de controle, não lhe cabe adotar medidas de constrição contra a corrupção, tampouco sendo dotada de medidas de coerção para impelir outros atores a agirem consoante suas diretrizes.

Exerce, nesse viés, importante função catalisadora de ações e recomendações anticorrupção, direcionada a partir de uma vontade política do governo (quase metade de seus integrantes compõem o Poder Executivo).

Daí falar-se, por corolário, não possuir a ENCCLA autonomia e independência para atuar como órgão de Estado, faltando-lhe, pois, *enforcement* para implantar suas metas e aplicar seus valores.

Concluem os autores, nessa perspectiva, que embora o Brasil assuma um protagonismo no cenário mundial em matéria de corrupção, ainda se encontra dependente dos rumos da política de governo para avançar no sentido da consolidação de uma Política Nacional Anticorrupção.

¹²⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli, A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 329.

Releva não olvidar a importante missão desempenhada pelo Tribunal de Contas da União¹³⁰ (TCU) no âmbito do controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional.

Com efeito, a legitimidade de atuação desse importante órgão de controle – o TCU, haure seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, relevando frisar sua imanente condição de, no exercício de suas atribuições, se afigurar importante indutor de políticas públicas, cuja expertise pode render ensejo ao seu aperfeiçoamento desde sua concepção, abrangendo sua execução e controle – este último a ser efetivado, portanto, tanto em sede preventiva quanto repressiva.

Por fim, imperioso registrar a Lei federal nº 12.846, de 2013, a assim chamada “Lei anticorrupção”, fruto de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O art. 1º da Lei anticorrupção assinala explicitamente o propósito de atribuir à pessoa jurídica a responsabilização objetiva pelo cometimento dos ilícitos nela assinalados.

¹³⁰ Consituição Federal: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Representa, portanto, importante avanço ao prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Ressalte-se a circunstância de a lei colmatar uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores.

A Lei Anticorrupção prevê punições como multa administrativa - de até 20% do faturamento bruto da empresa - e o instrumento do acordo de leniência, que permite o ressarcimento de danos de forma mais célere, além da alavancagem investigativa, estimulando-se, ainda, programas de integridade, os quais vêm disseminando-se tanto na esfera corporativa privada quanto na governança pública, com o desenvolvimento gradativo de uma nova cultura organizacional pautada em valores éticos e em procedimentos capazes de prevenir, detectar e punir eventuais desvios de conduta, mediante mapeamento e gestão de riscos, criação de ouvidorias, envolvimento de todo o corpo funcional integrante da instituição etc.

Discorrendo sobre o acordo de leniência na legislação brasileira, Marcos Augusto Perez¹³¹ assinala:

[...] De forma objetiva, a legislação brasileira chama de acordo de leniência a convenção celebrada entre um particular potencialmente infrator da lei e o Poder Público, com o objetivo de substituir a imposição unilateral da sanção administrativa que, em tese, lhe seria aplicada. Por meio do acordo a Administração obtém a declaração do particular infrator quanto à prática de ilegalidades; eventualmente aplica contra o infrator sanções administrativas, de forma consensual, sem que se dedique a longas disputas judiciais, e ainda obriga o mesmo a colaborar com a Administração, carregando-lhe provas e evidências capazes de penalizar outros infratores. O infrator tem o benefício da redução das sanções, mediante negociação protegida pela confidencialidade. (...)

Em sentido estrito, a legislação brasileira prevê os acordos de leniência na Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência)¹³² e, mais recentemente, na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Mas de modo mais amplo, em função de sua natureza jurídica, com algumas nuances normativas caso a caso, a leniência pode ser comparada a outras convenções substitutivas da decisão unilateral da Administração, tais como o compromisso de ajustamento de conduta, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), da Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Instrumentos análogos ao acordo de leniência podem ser encontrados, ademais, na legislação criminal: a delação ou colaboração premiada, prevista inicialmente na Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) e posteriormente na Lei 12.850/2013 (Organizações Criminosas) e o instituto da transação penal, regido pela Lei 9.099/95, com o qual também guarda algumas semelhanças.

¹³¹ PEREZ, Marcos Augusto. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Anticorrupção Brasileiro. In: 48 visões sobre a corrupção, quartier latin, 2016, p. 655-657.

¹³² Anteriormente, no terreno da concorrência, a Lei 8.884/94, com a redação que lhe deu a Lei 10.149/2000, já fazia referência ao acordo de leniência. (PEREZ, 2016, p. 655-657).

Posto isso, extrai-se que o instituto objetiva propiciar o exercício do *jus puniendi* estatal com maior celeridade e eficiência, mediante a colaboração negociada do infrator (alavancagem investigativa), a tomada de seu compromisso de cessão da conduta ilícita e adequação às exigências legais e, ainda, obter a reparação dos danos gerados, sendo geralmente utilizado em sede de infrações à ordem econômica, como se dá, exemplificativamente, por intermédio da formação de cartéis.

Registra o autor, ainda, a eficácia do instrumento, largamente utilizado por órgãos norte-americanos, como o DOJ (US Department of Justice) e SEC (Securities and Extension Commission)¹³³, como DPA (Deferred Prosecution Agreement) ou NPA (Non-Prosecution Agreement), por cujo intermédio a Administração norte-americana recuperou de empresas que se admitiram infratoras valores expressivos nos últimos anos, da ordem de nove bilhões de dólares em 2012; dois bilhões e novecentos em 2013 e cinco bilhões e cem em 2014¹³⁴.

Dessume-se, pois, do cenário exposto, que o acordo de leniência, além de conferir maior eficiência e celeridade à atividade sancionatória do Estado, ostenta um viés notadamente de promoção do desenvolvimento econômico, na medida em que franqueia espaço para que as empresas flagradas em práticas ilegais adequem sua conduta à legalidade, de sorte a continuarem operando em suas respectivas atividades econômicas, preservando-se investimentos realizados, os recolhimentos tributários incidentes e os empregos gerados por estas corporações, não raro, de caráter transnacional.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), no entanto, talvez seja o órgão com mais expertise na celebração de acordos de leniência no Brasil, valendo-se, para tanto, como apontado, das faculdades criadas pela Lei nº 12.529/2011.

Já no âmbito da Lei nº 12.846/2013 - Lei Anticorrupção¹³⁵, no que toca à União, a Controladoria-Geral da União (CGU) – Ministério da Transparência,

¹³³ Para a procuradora-geral assistente da divisão criminal do DOJ, Leslie Caldwell: “No sistema dos Estados Unidos, ao menos, o acordo é uma ferramenta mais poderosa realmente do que o processo judicial”. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/18/2014-year-end-update-on-corporate-deferred-prosecution-and-non-prosecution-agreements/#more-6776>.> Acesso em: 19 set. 2019.

¹³⁴ Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/18/2014-year-end-update-on-corporate-deferred-prosecution-and-non-prosecution-agreements/#more-6776>. Acesso em: 19 set. 2019.

¹³⁵ CAPÍTULO II - DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

Fiscalização e Controle¹³⁶ é responsável por grande parte dos procedimentos como instauração e julgamento dos processos administrativos de responsabilização (PAR) e celebração dos acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal.

Assinale-se que mesmo com a sobrevivência do Decreto nº 8.420/2015, regulamentador da Lei Anticorrupção, não restaram superados os percalços existentes em sua aplicação, mormente os relacionados à diferenciação entre o processo anticorrupção propriamente dito e aquele voltado à apuração de lesão à ordem econômica e, bem assim, ao eventual *bis in idem* constatável entre as instâncias anticorrupção, antitruste, de responsabilidade civil e criminal e de improbidade administrativa.

Outro ponto nevrálgico a ser melhor equacionado diz com os efeitos jurídicos da admissão da prática de conduta ilícita e de culpa perante a Administração, no que toca à responsabilidade criminal das pessoas físicas que a compõem e dirigem, haja vista à inexistência de um sistema de integração das sanções administrativas e penais – o que enseja, ao fim e ao cabo, um desincentivo à leniência.

A insegurança jurídica na celebração de acordos de leniência no Brasil decorre, nesta perspectiva, da superposição de instâncias sancionatórias

Art. 5º 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.

¹³⁶ Medida Provisória 726/16 convertida na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. A Controladoria-Geral da União (CGU) foi transformada em Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle.

(administrativa, civil e penal) a serem levadas a efeito por órgãos públicos, no exercício de seus misteres institucionais, que nem sempre dialogam como seria o desejável.

Com efeito, há hipóteses de *bis in idem* na própria esfera sancionatória administrativa, como adverte de maneira perspicaz a doutrina e, ainda, equivocidade no que atina com a legitimidade ativa para a celebração do acordo¹³⁷, ensejando, por vezes, até mesmo disputas por protagonismo institucional, ao passo que a sociedade e o interesse público primário desejam, a bem da verdade, atuação coordenada e eficiente dos diferentes agentes envolvidos nesse processo – MPF (Ministério Público Federal), AGU (Advocacia Geral da União), CADE (Conselho Administrativo da Defesa da Ordem Econômica), CGU (Ministério da Transparência e Controle), Polícia Federal (PF), entre outros, numa aproximação dialógica e profícua relativamente aos fins colimados.

Nesse sentido, pontifica Marcos Augusto Perez¹³⁸:

[...] Atente-se, ainda, para o fato de que se o Ministério Público tem competência para a realização de acordos de colaboração premiada, não o tem, por outro lado, para a celebração de leniência para os fins da Lei 12.846/2013, o que agrava a fragmentação jurídica com que o tema vem sendo tratado no Brasil e majora os desincentivos aqui tocados. Do mesmo modo, também na esfera relacionada à improbidade administrativa (Lei 8.429/90), o Ministério Público não consegue se comprometer com a celebração de um acordo que elimine a aplicação dos consectários punitivos da Lei 12.843/2013. Neste caso, a fragmentação jurídica, a qual já flerta com o caos, é agravada pela estrutura institucional do Ministério Público, pois o promotor ou o conjunto de promotores da causa não possuem autonomia para a celebração do acordo substitutivo da sanção, tendo que submetê-lo ao órgão colegiado competente, o qual pode decidir em sentido contrário e não homologar eventual acordo[...]

A mesma conduta, apesar de eventual celebração de acordo de leniência pela empresa – que buscaria justamente um acordo substitutivo de sanções -, geraria: sanções administrativas atenuadas em função do acordo de leniência; sanções criminais para as pessoa físicas que representaram as empresas na infração; ressarcimento integral do dano; sanções da Lei 8.666/1993 (Licitações e Contratos) e sanções da Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa). [...]

¹³⁷ Vide, nesse sentido, o julgamento do Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000, pelo TRF – 4ª Região.

¹³⁸ É justamente isso que ocorreu no acima referido caso do acordo de leniência da SBM Offshore, em que, após o Ministério da Transparência, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público (no caso os promotores da causa) concordarem com a celebração do acordo de leniência, a 5ª CCR do MPF resolveu não homologar o acordo. Disponível em: http://d2f17dr7ourrh3.cloud-front.net/wp-content/uploads/2016/09/IC-1.30.001.001111.2014-42_Reduzido.pdf. Acesso em: 19 set. 2016. (PEREZ, Marcos Augusto. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Anticorrupção Brasileiro. In: 48 visões sobre a corrupção, quartier latin, 2016, p. 666-667).

Merece registro, ainda, a Polícia Federal, em sua atividade de polícia judiciária que tem contribuído sobremaneira para a identificação, persecução penal e desmantelamento de organizações criminosas e atos de corrupção sistêmica.

Consigne-se, por derradeiro, o recentíssimo Decreto nº 10.153/19, publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 04/12/2019, que dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciadores de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492/2018, tendente a franquear um canal mais seguro de comunicação entre os cidadãos e as autoridades públicas constituídas, exortando o exercício de um maior controle social em prol da retidão da atuação administrativa e da proteção do erário.

Como inicialmente exposto, os breves delineamentos do arcabouço jurídico doméstico ressaltados não ostentam pretensão exaustiva, senão apenas o apontamento perfunctório daqueles considerados os principais marcos normativos nacionais no combate ao fenômeno da corrupção, em suas múltiplas facetas.

4.2 A educação como instrumento de transformação cultural

Fernando Figueiras¹³⁹ aborda aspectos e vícios de nossa cultura política, como o patrimonialismo, circunstância apta a explicar, em boa medida, certo grau de naturalidade com que o fenômeno da corrupção é visto entre nós, embora, reconheça-se, o grau de indignação social revela-se crescente com ocorrências tais, mormente após recentes escândalos que assolaram o país, como o Mensalão e a Operação Lava Jato, à guisa exemplificativa. Recorrendo a Faoro, o autor afirma:

O patrimonialismo, nosso vício de origem, é fruto de um Estado que intervém na sociedade e coordena e comanda, pelo alto, a exploração do mundo produtivo e mercantil. Tal vício de origem é nossa herança do mundo ibérico (FAORO, 2000). De acordo com Faoro, a sociedade ibérica subordinou-se ao Estado, de modo que em Portugal formou-se um absolutismo precoce, que alojou os estamentos da sociedade nos órgãos da burocracia. O estamento burocrático do mundo ibérico comportava-se como proprietário da soberania, criando um sistema de exploração e dominação que se reproduziu como marca fundamental de nossa tradição política por meio de uma corrupção sistêmica¹⁴⁰

¹³⁹ FILGUEIRAS, F. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, 2009, p. 386-421.

¹⁴⁰ A vertente do patrimonialismo, no âmbito do pensamento social e político brasileiro, é derivada de *Os donos do poder*, de Raymundo Faoro. De acordo com essa vertente, formou-se, no Brasil, um Estado centralizador e expropriador da riqueza, que estaria assentado na existência de um estamento que se alojou na burocracia estatal, de modo a construir todo um sistema de privilégios. Como destaca Campante, o conceito de patrimonialismo em Faoro dista do conceito original, presente na obra de Weber. De acordo com Campante, em Weber, o conceito de patrimonialismo é um princípio de

Ainda segundo Faoro, o patrimonialismo no Brasil é o resultado de uma relação entre Estado e sociedade em que o primeiro oprime a segunda pela reprodução de um sistema de privilégios e prebendas, destinadas aos estamentos alojados na burocracia estatal. Esse estamento burocrático coordena e administra o Estado sem conhecer regras impessoais e racionais, que separem os meios de administração e a função burocrática propriamente dita. O resultado do patrimonialismo é que a corrupção faz parte de um cotidiano de nossa constituição histórica. O clientelismo, a patronagem, o patriarcalismo e o nepotismo constituem tipos de relação do Estado com a sociedade em que a corrupção é a marca fundamental; afinal, à sociedade nada resta senão buscar o acesso aos privilégios do estamento burocrático mediante a compra de cargos públicos e títulos de honraria, favores da burocracia e a participação no erário do Estado. O conceito de patrimonialismo tem uma rigidez histórica que caracteriza um elemento estrutural da sociedade brasileira. Dessa forma, a corrupção é fruto da herança deixada pelos colonizadores portugueses, que confere ao Brasil um forte caráter de sociedade tradicional, onde a corrupção é prática corriqueira em função da ausência de capitalismo, em particular do mercado. Como destaca Faoro:

Tudo acabaria - mesmo alterado o modo de concessão do comércio — em grossa corrupção, com o proveito do luxo, que uma geração malbaratara, legando à estirpe a miséria e o fumo fidalgo, avesso ao trabalho. A corte, povoada de senhores e embaixadores, torna-se o sítio preferido dos comerciantes, todos, porém, acotovelados com a chusma dos pretendentes - pretendentes de mercês económicas, de cargos, capitânias e postos militares. (...) A expressão completa desta comédia se revela numa arte, cultivada às escondidas: a arte de furta. A nota de crítica e de censura flui de duas direções, ao caracterizar o enriquecimento no cargo como atividade ilícita: a ética medieval, adversa à cobiça, e a ética burguesa, timidamente empenhada em entregar o comércio ao comerciante (FAORO, 2000. p. 99-100).

Nessa vereda, a prevenção e o combate à corrupção pressupõem a educação como um instrumento relevante de transformação cultural, devendo-se estimular, nessa senda, o respeito aos direitos humanos e aos bens e interesses públicos voltados ao desenvolvimento sustentável.

Affonso Ghizzo Neto¹⁴¹ põe em evidência a dimensão da educação como fator de combate à corrupção mediante o enfoque do fenômeno como um grave problema de ação coletiva. Obtempera o seguinte:

[...] Ao mesmo tempo que não podemos cair na tentação de atribuir à corrupção todos os males da democracia brasileira – o que seria um grande equívoco -, é preciso compreender o fenômeno como problema de ação coletiva. A problemática é ainda mais dramática em sociedades como a brasileira, caracterizada por uma alta percepção social do fenômeno da corrupção, onde as organizações criminosas solidificam círculos viciosos clientelistas de difícil ruptura. Nestes entornos a desconfiança social incentiva

legitimação, baseado em um mundo tradicional, em que, nem sempre, o Estado é centralizado, como, por exemplo, no sistema feudal. A recepção do conceito de patrimonialismo em Faoro, nesse sentido, obedece a uma ampla confusão conceitual e metodológica. A esse respeito, conferir Campante (2003).

¹⁴¹ GHIZZO NETO, Affonso. *O Combate à Corrupção e a Educação como Instrumento de Ação Coletiva*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 30.

o funcionamento parcial das instituições de governo e a corrupção pode se converter em um grave problema de ação coletiva¹⁴² [...].

E prossegue o autor em seu lapidar ensaio:

[...] Em sociedades com alta percepção social da corrupção, ao se reproduzirem círculos viciosos que alimentam a desconfiança de toda a coletividade, o funcionamento parcial das instituições é aceito com normalidade, sendo natural que as políticas governamentais sejam formatadas a partir de uma lógica particularista. Como adverte Jimenez Sánchez (2014), nestas sociedades a problemática da corrupção não coincide com o diagnóstico feito pela teoria da agência, sendo obrigatória uma reavaliação do diagnóstico a partir da compreensão da corrupção como problema de ação coletiva¹⁴³.

Com as contribuições referidas, parece possível compreender que a luta contra a corrupção, além de complexa, só pode ser superada através do comprometimento ativo de toda a sociedade, presentes instituições fortes e imparciais, círculos virtuosos e o exercício constante de uma individualidade voltada para a valorização dos bens comuns. Nesse particular, torna-se necessário descobrir como a educação poderá contribuir para resolver este dramático problema de ação coletiva [...].

Debruçando-se sobre o tema da transparência governamental e da assim chamada *public accountability*, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho¹⁴⁴ assentam, com propriedade:

[...] Como se vê, uma das razões da adoção deste moderno sistema chamado governo aberto é aperfeiçoar os instrumentos de combate à corrupção. Afinal, é indubitável que pela atuação em rede a partir de um governo respaldado pela tríade transparência, participação e colaboração se eleva sobremaneira a probabilidade de prevenção, identificação e punição de atos corruptos. Corroborando este pensamento, Robert Klitgaard acrescenta ao dizer que para se controlar atos de corrupção não bastam ações governamentais essencialmente punitivas ou repressivas, mas também medidas de controle preventivas que orientem o Estado a aumentar a qualidade da contratação de servidores, os investimentos em tecnologia da informação e a transparência governamental. [...]

Analisando o tema da ação coletiva, Mancur Olson¹⁴⁵ argumenta que o ator racional inserido em um grupo tende a maximizar benefícios e a evitar custos, motivo pelo qual a produção de bens públicos só pode frutificar de ações coletivas quando

¹⁴² Um dilema de ação coletiva tem lugar quando os indivíduos que compõem um grupo se comportam de maneira racional do ponto de vista individual (perseguindo seu próprio e particular interesse) mas, todavia, provocando uma situação coletiva em que todos saem perdendo enquanto sociedade. (GHIZZO NETO, 2016, p. 30).

¹⁴³ GHIZZO NETO, Affonso. *O Combate à Corrupção e a Educação como Instrumento de Ação Coletiva*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 41.

¹⁴⁴ KLITGAARD, 1994, p.109 apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 311.

¹⁴⁵ OLSON, Mancur. *A Lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais*. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Edusp, 2011, p. 14.

o grupo encontra-se sob o efeito de coerção ou de incentivos seletivos, mediante ação coordenada, mecanismos típicos de grandes organizações.

Na verdade, a menos que o número de indivíduos do grupo seja realmente pequeno, ou a menos que haja coerção ou algum outro dispositivo especial (...) os indivíduos racionais e centrados nos próprios interesses não agirão para promover seus interesses comuns ou grupais.

Nessa ordem de ideias, a racionalidade instrumental aliada a uma tendência egoística de maximizar os próprios benefícios com o menor dispêndio pessoal e monetário possível, justificam, em certa medida, a aparente apatia ou inércia da sociedade diante da corrupção e a dificuldade de mobilização e engajamento para coibi-la.

Nesse cenário, portanto, urge aliar-se a educação e a transparência como instrumentos vocacionados à maior conscientização, participação e engajamento da sociedade para lidar com o fenômeno da corrupção, o que diz diretamente com suas legítimas expectativas pelo fortalecimento democrático e institucional, com os reflexos naturais no desenvolvimento econômico, político e social.

5 O COMBATE À CORRUPÇÃO GLOBALIZADA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Analisando a agenda de construção dos direitos humanos, sua concepção contemporânea e sua relação indissociável do direito ao desenvolvimento, Flávia Piovesan¹⁴⁶ ressalta a carga axiológica que encerram, bem como seus característicos de universalidade e indivisibilidade.

Recorrendo a Norberto Bobbio e Hannah Arendt, assinala o processo sucessivo de construção e reconstrução por que passam os direitos humanos, bem como realça sua ressignificação, sobretudo no pós-Guerra, como resposta às atrocidades perpetradas durante o nazismo.

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁴⁷ Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.¹⁴⁸ Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor

¹⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116.

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. (PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116)

¹⁴⁸ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1979. A respeito, ver também LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia da Letras, 1988. p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania*. In: *Direitos Humanos no século XXI*, 1998, p. 156. Para Allan Rosas: "O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente" (ROSAS, Allan. *So-Called Rights of the Third Generation*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1995, p. 243. (PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116)

da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema de proteção de direitos humanos existisse”.¹⁴⁹

Na mesma linha de raciocínio, embora voltado ao fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, pontua Luís Roberto Barroso:¹⁵⁰

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a II Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tornar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração.

Posta uma sucinta dimensão sobre a reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra e sua inegável expansão internacional, o presente capítulo tenciona correlacionar os efeitos deletérios da corrupção perpetrada tanto em âmbito interno quanto transnacional, com o enfraquecimento destes, mormente em sua acepção de

¹⁴⁹ BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*, op. cit. p. 17. Para Henkin: “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente “estatais”, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos.” (*International law*, op. cit., p. 2). Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte Populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se ‘o direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se sua vinculação aos temas da democracia e da paz” (Prefácio ao livro: *Os direitos humanos como tema global*, op cit., p. XXVI). (PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116)

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267-268.

direito ao desenvolvimento – abrangente das dimensões da justiça social (aptidão para interagir na dinâmica sócioestrutural); efetiva participação e accountability (liberdade de expressão e de discussão) nos processos de tomada de decisão governamental; promoção de políticas nacionais e, ainda, sob o viés da cooperação internacional.

No ano de 2000, Kofi Annan, então Secretário-Geral da ONU, referindo-se ao conceito de segurança humana, destacou elementos centrais interrelacionados com a segurança do Estado, visando à manutenção da estabilidade em escala nacional, regional e global. Esses elementos dizem respeito à “libertação do medo e à libertação da necessidade, de modo a propiciar a interseção da liberdade de atitudes das gerações futuras com a herança estratégica de um ambiente natural saudável” (United Nations SG/SM/7382).

A Assembleia Geral da ONU, em 10 de setembro de 2014, em Nova York, aprovou a Resolução A/Res 68/309, com o fim de pavimentar o caminho dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – Agenda 2030 da ONU, sendo a segurança humana ponto fulcral na ligação entre estes (chave-vínculo na concretização das metas convergentes que precisam ser executadas em escala nacional, regional e global)¹⁵¹. São eles:

Erradicação da pobreza; 2. Fome zero; 3. Boa saúde e bem-estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 6. Água limpa e saneamento; 7. Energia acessível e limpa; 8. Emprego digno e crescimento econômico; 9. Indústria, inovação e infraestrutura; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis; 13. Combate às alterações climáticas; 14. Vida abaixo d'água; 15. Vida sobre a terra; 16. Paz, justiça e instituições fortes; 17. Parcerias em prol das metas.

Há um conjunto de 169 metas e uma escala metodológica para monitoramento¹⁵², revisão e atualização dos indicadores que permitem a avaliação de desempenho, no contexto de cada país, no período de 2015 a 2030, conforme os objetivos anunciados.

Em apertada síntese pretende-se a otimização da segurança humana mediante sustentabilidade econômica, sociopolítica, cultural e ambiental.

¹⁵¹ OLIVEIRA, EDMUNDO. O Universo da Segurança Humana – COPLAD – ILANUD PUBLICATION, SAN JOSÉ – COSTA RICA, 2018, p. 179-183.

¹⁵² Ver: <https://sustainabledevelopment.un.org>. Acesso em: 01. Dez 2019.

Oportuno registrar os oito princípios delineados nas Diretrizes das ONU para a prevenção do crime, a saber: I – liderança governamental, em todos os níveis, para criar e manter uma estrutura institucional de efetiva prevenção do crime; II – desenvolvimento socioeconômico com estratégias políticas, sociais e econômicas para fomentar a integração dos laços nas comunidades e nas famílias, visando à proteção de jovens e crianças em situação de risco; III – cooperação e parcerias entre órgãos do governo, sociedade civil e setores empresariais; IV – sustentabilidade e responsabilidade com o uso de financiamento de programas e de medidas de avaliação da prevenção do crime; V – emprego de práticas e experiências comprovadas referentes ao êxito das políticas e programas de prevenção do crime; VI – respeito aos direitos humanos e elevação da cultura da legalidade; VII – preocupação com as conexões da criminalidade local e com o crime organizado transnacional; VIII – zelo em relação às diferenças entre homens e mulheres, assim como entre pessoas vulneráveis no convívio social¹⁵³.

Ainda com escólio em Edmundo Oliveira¹⁵⁴, ao problematizar e externar inquietações em torno da criminalidade organizada e sua atuação transnacional e, bem assim, os impactos econômicos e sociais decorrentes, colhe-se:

Efetivamente, vive-se numa época de muita inquietação social, na qual o crime e a violência não são fantasias na dinâmica da globalização. De um lado há a globalização socioeconômica, de outro lado há a globalização do crime impulsionada pela carência de proteção social e pelo choque na autoestima causado por dificuldades econômicas. Para garantir um futuro promissor, com segurança, em todas as regiões do planeta, é preciso abrir os olhos e descobrir o que se pode ainda fazer, enquanto é tempo. É necessário frear a escalada do crime organizado, causa pujante dos oceanos de medo e de vulnerabilidade que movem a dramaticidade da vida no dia-a-dia. [...]

Estima-se que 10 bilhões de dólares deixem de entrar anualmente no Brasil, na área do turismo, por causa da violência e da contaminação do crime organizado¹⁵⁵.

O que mais preocupa, sobremaneira, em muitos países, é a ascensão do poder paralelo das redes e organizações criminosas, ao lado do poder transversal, representado pelo cruzamento dos interesses ilícitos de servidores do Governo que mandam a moralidade às favas e aderem à avidez dos agentes do crime organizado. Esse cruzamento é revestido pela infraestrutura da criminalidade subterrânea bem mais difícil de ser desvendada, porque ela é silenciosa.

¹⁵³ OLIVEIRA, EDMUNDO. O Universo da Segurança Humana – COPLAD – ILANUD PUBLICATION, SAN JOSÉ – COSTA RICA, 2018, p. 192-193.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, EDMUNDO. O Universo da Segurança Humana – COPLAD – ILANUD PUBLICATION, SAN JOSÉ – COSTA RICA, 2018, p. 194-196.

¹⁵⁵ Questão situada em: OLIVEIRA, Edmundo. *Cooperation and Law Enforcement to Counter Organized Crime in the Common Market Countries of South America – Mercosul*. Helsinki, Finland, Heuni Edition, 2005, p. 35-39.

E, de maneira enfática, o autor chama a atenção para a magnitude das cifras envolvidas nos delitos perpetrados pelas organizações criminosas transnacionais, estimadas pela ONU e pelo Banco Mundial:

Se o crime organizado fosse um país, ele estaria entre as vinte principais potências do planeta. Essa constatação vem sendo anunciada desde abril de 2012, resultante de um estudo criterioso elaborado pelo Escritório da ONU sobre Drogas e Crime (UNODC) em parceria com o Banco Mundial (BIRD). E os números estão crescendo, visto que as sagas das organizações criminosas, desfrutando das peripécias da lavagem de dinheiro, geram receita anual superior a 1 trilhão de dólares, o que corresponde a um percentual de 4 a 5 % do PIB mundial. Só o tráfico de drogas tem um custo anual estimado em 320 bilhões de dólares, com destaque para o fluxo da cocaína. Por sua vez, o trabalho escravo rende 150 bilhões de dólares por ano, sendo que 99 bilhões vêm da exploração sexual.

Uma vez mais com arrimo no autorizado magistério de Flávia Piovesan¹⁵⁶, convém afastemos, de pronto, a errônea concepção de que haveria uma primazia dos direitos civis e políticos, a serem observados e respeitados, ao passo que poder-se-ia relegar a um segundo plano os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais, frise-se, afiguram-se justiciáveis. Tomemos suas palavras:

Além disso, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Ao analisar os fatores que contribuem diretamente para a corrupção, Vito Tanzi¹⁵⁷ assinala que ela está geralmente relacionada com as atividades do Estado e especialmente com seu poder monopolista e discricionário¹⁵⁸.

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116.

¹⁵⁷ TANZI, Vito. *Corruption Around the World. Causes, Consequences, Scope, and Cures*. 1998 International Monetary Fund, Vol. 45, Nº 4 (December 1998).

¹⁵⁸ Corruption is generally connected with the activities of the state and especially with the monopoly and discretionary power of the state. Therefore, as Gary Becker, Nobel Laureate in economics, pointed out in one of his *Business Week* columns, if we abolish the state, we abolish corruption. But, of course, quite apart from the fact that corruption can exist in the private sector, a civilized society cannot function without a state, and in modern, advanced societies, the state must have many functions. The Becker argument seems to collide with the reality that some of the least corrupt countries in the world, such as Canada, Denmark, Finland, the Netherlands, and Sweden, have some of the largest public sectors,

Sob esse enfoque, propõe Tanzi a interessante problematização:

Portanto, como Gary Becker, Prêmio Nobel de Economia, apontou em uma de suas colunas da *Business Week*, se abolirmos o estado, abolimos a corrupção. Mas, é claro, além do fato de que a corrupção pode existir no setor privado, uma sociedade civilizada não pode funcionar sem um Estado, e nas sociedades modernas e avançadas, o Estado deve ter muitas funções. O argumento de Becker parece colidir com a realidade de que alguns dos países menos corruptos do mundo, como Canadá, Dinamarca, Finlândia, Holanda e Suécia, têm alguns dos maiores setores públicos, medidos como receita fiscal ou despesa pública no produto interno bruto. Assim, a solução para o problema da corrupção pode não ser tão simples quanto apenas reduzir o nível de tributação ou gasto público. Pelo contrário, a maneira como o Estado opera e desempenha suas funções é muito mais importante do que o tamanho da atividade do setor público medido da maneira tradicional¹⁵⁹.

Enfatizando os impactos do fenômeno da corrupção na sociedade e seus altos custos econômicos, sociais e políticos, contrários ao desenvolvimento, Bruno Wilhelm Speck¹⁶⁰ assenta:

A passagem da visão naturalista da corrupção para a ótica da corrupção como problema implica uma série de mudanças na avaliação do fenômeno. Em sociedades que definem a corrupção como um problema, ou até como um dos problemas principais a serem enfrentados, as antigas avaliações positivas são substituídas pela percepção de que a corrupção tem altos custos econômicos, sociais e políticos. Os cidadãos começam a reconhecer na corrupção um dos fatores responsáveis pela alocação ineficiente de recursos e pela deterioração da qualidade dos serviços públicos. A corrupção não somente desperdiça recursos públicos como também cria incentivos errados para o direcionamento dos investimentos econômicos. O custo político é alto, porque instituições vistas como corruptas são desacreditadas e não terão o apoio da população. Para finalizar, o exemplo de cima serve de guia para o comportamento dos cidadãos. A ideia da associação política para realizar o bem comum torna-se um eufemismo para encobrir a convivência cínica de egoístas não assumidos.

À medida que o problema começa a ser percebido como político, uma outra mudança tende a ocorrer. A corrupção encarada como problema induz os atores a descobrirem formas viáveis de enfrentá-la. As estratégias são várias. Algumas abordagens valorizam medidas educativas e punitivas, direcionando o enfoque para os incentivos positivos e negativos que afetam o indivíduo. Uma outra estratégia enfatiza reformas no sistema político e econômico, identificando as causas estruturais ou institucionais da corrupção (WORLD

measured as shares of tax revenue or public spending in gross domestic product. Thus, the solution to the problem of corruption may not be as simple as just reducing the level of taxation or public spending. Rather, the way the state operates and carries out its functions is far more important than the size of public sector activity measured in the traditional way. (TANZI, Vito. *Corruption Around the World. Causes, Consequences, Scope, and Cures*. 1998 International Monetary Fund, Vol. 45, N° 4. December 1998).

¹⁵⁹ The state can exercise its role through various instruments. Some of these lend themselves more easily to acts of corruption. See Tanzi (1995a). For an empirical analysis that links market structure and rents to the level of corruption, see Ades and Di Tella (forthcoming). (TANZI, Vito. *Corruption Around the World. Causes, Consequences, Scope, and Cures*. 1998 International Monetary Fund, Vol. 45, N° 4 December 1998).

¹⁶⁰ SPECK, B. W. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas*. In: SPECK, Bruno Wilhelm et al. *Os custos da corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

BANK, 2000:4). Uma das tarefas, nesse contexto, é a detecção das áreas e instituições-chaves, para que se conduzam reformas estruturais e institucionais. A visão da corrupção como problema começa a ser complementada pela busca por soluções práticas.

Adicionalmente, as iniciativas em vários países podem contar com o apoio logístico de organizações internacionais da sociedade civil, como a Transparência Internacional, ou organizações de cooperação governamental, como a OCDE (Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico). Na medida em que os diferentes programas de cooperação econômica bilateral e multilateral reconhecem a corrupção como um problema para o desenvolvimento, criam eles linhas de ação e alocam recursos especiais para programas, com a finalidade de erradicá-la. A Usaid (US Agency for International Development) tem programas de controle da corrupção há tempos (USAID, 1998). O Banco Mundial integrou o controle da corrupção nas suas linhas de ação a partir de 1996 (WORLD BANK, 2000).

Correlacionando a corrupção ao enfraquecimento da democracia e da legitimidade do Estado, a Transparência Internacional, por intermédio do Índice de Percepção de Corrupção (IPC) de 2018, revela que o fracasso contínuo da maioria dos países em controlar significativamente a corrupção está contribuindo para uma crise da democracia em todo o mundo.

Eis as palavras de Delia Ferreira Rubio, Presidente da *Transparency International* a esse respeito:

Our research makes a clear link between having a healthy democracy and successfully fighting public sector corruption. Corruption is much more likely to flourish where democratic foundations are weak and, as we have seen in many countries, where undemocratic and populist politicians capture democratic institutions and use them to their advantage. [...]

CPI results correlate not only with the attacks on press freedom and the reduction of space for civil society organisations. In fact, what is at stake is the very essence of democracy and freedom.¹⁶¹

Na mesma esteira, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho¹⁶² pontuam:

A corrupção, dizem Timothy Power e Matthew Taylor, possui maior impacto em regimes democráticos porque afeta a legitimidade das instituições, a igualdade dos cidadãos e a representação do governo pelo povo (POWER, 2011, p. 6-7). Portanto, é um mal que precisa ser enfrentado como um problema de ação coletiva e coletivamente ser combatido (PERSON; ROTHSTEIN; TEORELL, 2013, p. 452,464).

E, defendendo uma imprensa livre que possa desempenhar seu elevado mister de investigar e informar a sociedade sobre desvios de recursos públicos e

¹⁶¹ Transparency International, 2018.

¹⁶² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 307.

práticas corruptas, com altivez e destemor, ao lado de ativistas da sociedade civil, manifesta-se Patricia Moreira, Diretora da mencionada ONG:

No activist or reporter should have to fear for their lives when speaking out against corruption. Given current crackdowns on both civil society and the media worldwide, we need to do more to protect those who speak up.

No mesmo sentido, propugna a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁶³:

Preocupados que, tal y como lo ha documentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de sus informes de país, el sistema de peticiones y casos, medidas cautelares y resoluciones, los funcionarios públicos, operadores de justicia, periodistas, personas defensoras de derechos humanos, líderes sociales, jóvenes y líderes de pueblos indígenas y de comunidades afrodescendientes, son víctimas frecuentes de ataques contra la vida, la integridad, libertad y seguridad personal, como consecuencia de investigar, informar y denunciar actos de corrupción. [...] El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido la relación estrecha y fundamental existente entre el derecho a la libertad de expresión y la democracia, reconocido como una “piedra angular” de toda sociedad democrática. El artículo 13 de la Convención Americana protege especialmente la búsqueda y difusión de información relativa a la corrupción por su importancia para la consolidación, funcionamiento y preservación de los sistemas democráticos.

Confira-se a seguir o gráfico extraído do relatório da percuciente pesquisa levada a efeito pela Transparência Internacional, correlacionando o nível de institucionalidade democrática e o índice de percepção da corrupção:

¹⁶³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

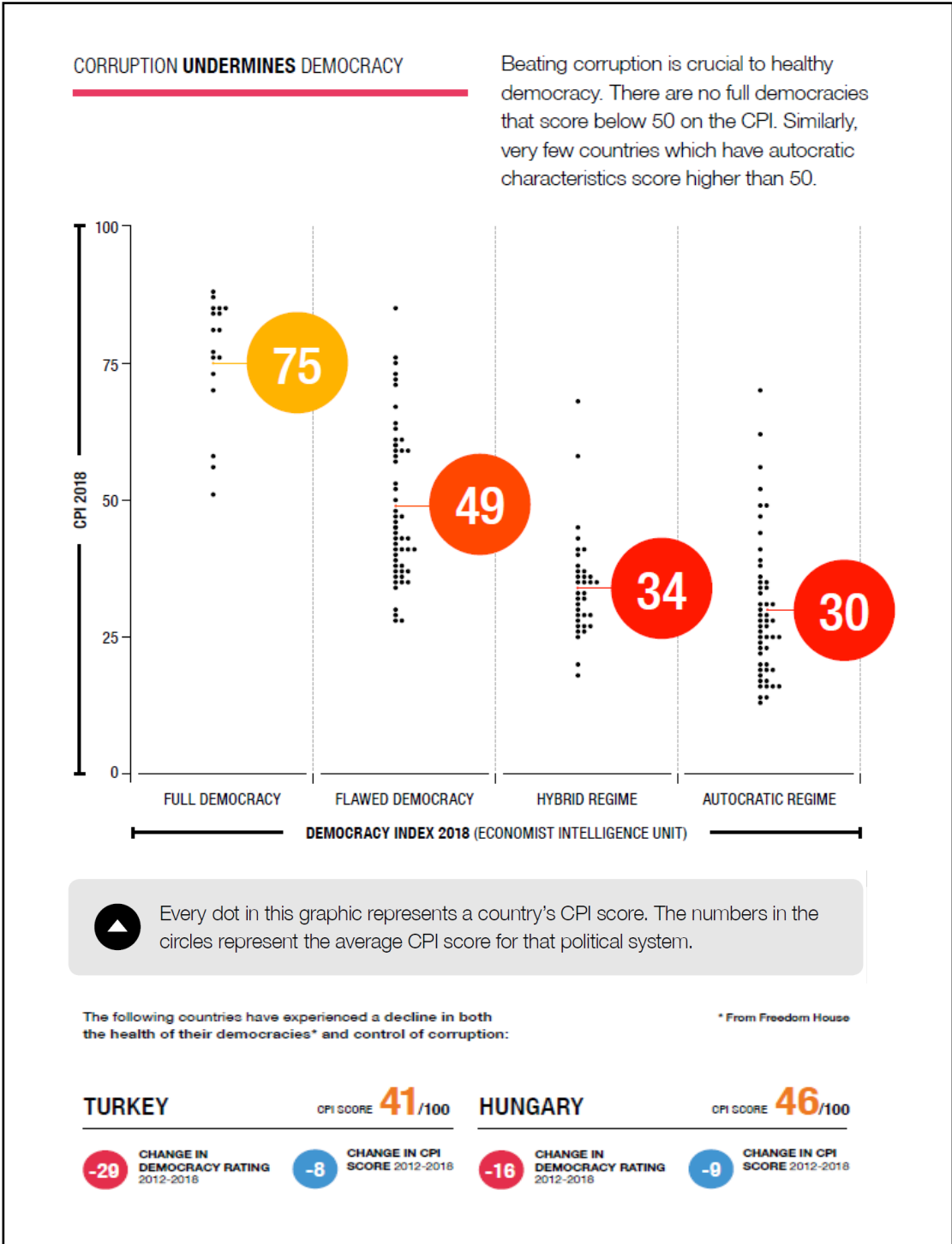


Figura 11: Corruption Undermines Democracy
 Fonte: Transparency International, 2018.

Os dados trazidos pelo relatório do Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional 2018¹⁶⁴ afiguram-se, a um só tempo, emblemáticos e eloquentes, denotando a íntima e direta relação existente entre a percepção da corrupção e a legitimidade democrática, revelando-se aquela maior em países com tendências autocráticas, dotados, portanto, de instituições democráticas e direitos políticos mais fracos.

Aludindo a esse ciclo vicioso que se retroalimenta, Patricia Moreira, Diretora da ONG, aquilata com lucidez o seguinte triste cenário:

A corrupção afasta a democracia para produzir um ciclo vicioso, onde a corrupção mina as instituições democráticas e, por sua vez, as instituições fracas são menos capazes de controlar a corrupção.¹⁶⁵

Observe-se, outrossim, a inexistência de democracias sólidas com pontuação abaixo de 50 no índice de percepção da corrupção (IPC).

De outra banda e confirmando o apontado vínculo entre a corrupção e a institucionalidade democrática, constata-se que pouquíssimos países com características autocráticas têm pontuação superior a 50.

Alinhavando a íntima relação entre corrupção, instabilidade política e democrática, crença social nas instituições, sistema de justiça e efeitos deletérios no desenvolvimento econômico, Simon Deakin, David Gindis, Geoffrey M. Hodgson, Kainan Huang e Katharina Pistor¹⁶⁶, em artigo publicado no *Journal of Comparative Economics* 45 (2017), intitulado “Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law”, pontificam, com realismo e base empírica¹⁶⁷:

¹⁶⁴ Every dot in this graphic represents a country’s CPI score. The number in the circles represent the average CPI score for that political system.

Exemplifying this trend, the CPI scores for Hungary and Turkey decreased by eight and nine points respectively over the last six years. At the same time, Turkey was downgraded from "partly free" to "not free" by Freedom House, while Hungary registered its lowest score for political rights since the fall of communism in 1989.

These ratings reflect the deterioration of rule of law and democratic institutions, as well as a rapidly shrinking space for civil society and independent media, in those countries. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2018_global_analysis. Acesso em: 05 ago. 2019.

¹⁶⁵ Corruption chips away at democracy to produce a vicious cycle, where corruption undermines democratic institutions and, in turn, weak institutions are less able to control corruption. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2018_global_analysis. Acesso em: 05 ago. 2019.

¹⁶⁶ DEAKIN, Simon, GINDIS, David, HODGSON, Geoffrey M., HUANG, Kainan, PISTOR, Katharina. *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law*. In: *Journal of Comparative Economics* 45 (2017).

¹⁶⁷ Legal institutionalism also illuminates the phenomenon of corruption. Corruption has its apologists, such as those who claim that it oils the wheels of commerce, or that if it is done by mutual consent it must be Pareto efficient (Huntington, 1968). Especially in the context of bureaucracy and underdevelopment, corruption may seem to be the only way to get things done. Once again, this view

O institucionalismo jurídico também ilumina o fenômeno da corrupção. A corrupção tem seus apologistas, como aqueles que afirmam que ela lubrifica as engrenagens do comércio, ou que, se for feita por mútuo consentimento deve ser eficiente em termos pareteanos (Huntington, 1968). Especialmente no contexto da burocracia e do subdesenvolvimento, a corrupção pode parecer ser a única maneira de fazer as coisas. Mais uma vez, esta visão pressupõe que os mercados e as empresas operam naturalmente fora da lei e ao arrepio das instituições estatais; lei e regulamentação dão origem à corrupção porque aumentam os custos do comércio. Do ponto de vista do institucionalismo legal, no entanto, a corrupção aparece como a imagem negativa da ordenação legal. Às vezes é definida como o uso do mecanismo de preços onde é proibido - como nas relações com a burocracia (Rose-Ackerman, 1999). O que é ilegal é, naturalmente, uma questão de design jurídico. A corrupção pode, assim, servir como um parâmetro acerca do alcance da ordenação legal em uma sociedade ou sua rejeição. Os custos sociais da corrupção podem ser enormes (Hodgson e Jiang, 2007). Eles incluem a corrosão do sistema legal, em favor dos interesses de elite e nepotismo. As evidências mostram que a corrupção desincentiva a concorrência econômica efetiva, mina o investimento, inibe o Estado de Direito, mina a administração estatal eficaz e promove a instabilidade política. Vários estudos empíricos indicam que a corrupção tem efeitos negativos sobre o desempenho econômico.¹⁶⁸ Dada a importância de uma lei eficaz e de sistemas jurídicos em funcionamento no desenvolvimento econômico, a redução nos níveis de corrupção é uma prioridade importante. Isso, no entanto, não pode ser feito unicamente por meio da lei ou sua remoção, onde é difícil a constituição de empresas, mercados e troca. Em vez disso, o fenômeno da corrupção evidencia que o sucesso das soluções legais depende de sua legitimidade aos olhos dos destinatários da lei.

assumes that markets and business naturally operate outside law and states institutions; law and regulation give rise to corruption because they increase the costs of commerce. From the perspective of legal institutionalism, however, corruption appears as the negative image of legal ordering. It is sometimes defined as the use of the price mechanism where it is outlawed – as in dealings with the bureaucracy (Rose-Ackerman, 1999). What is outlawed is of course a question of legal design. Corruption can thus serve as a barometer for the reach of legal ordering in a society or its rejection. The social costs of corruption may be huge (Hodgson and Jiang, 2007). They include the corrosion of the legal system, in favor of elite interests and nepotism. Evidence shows that corruption stultifies effective economic competition, undermines investment, inhibits the rule of law, undermines effective state administration, and promotes political instability. Several empirical studies indicate that corruption has negative effects on economic performance. Given the importance of effective law and functioning legal systems in economic development, reduction in the levels of corruption is an important priority. This, however, cannot be done by through law alone, or by removing law where it is critical for constituting firms, markets and exchange. Instead, the phenomenon of corruption evidences that the success of legal solutions depends on their legitimacy in the eyes of law's addressees. (DEAKIN, Simon, GINDIS, David, HODGSON, Geoffrey M., HUANG, Kainan, PISTOR, Katharina, 2017).

¹⁶⁸ Veja, nesse sentido: SHLEIFER, A., VISHNY, R. W., 1993. Corruption. Q. J. Econ. 108 (3), 599-617, August; MAURO, P. 1995, Corruption and growth. Q. J. Econ. 110 (3), 681-712, August; JAIN, A. K., 2001. Corruption: a review. J. Econ. Surv. 15 (1), 71-120, February; MO, Park Jung. 2001. Corruption and economic growth. J. Comp. Econ. 29 (1), 66-79, March; AIDT, T. S. 2003. Economic analysis of corruption: a survey. Econ. J. 113 (8) November, pp. F632 – FF52; PELLEGRINI, L., GERLAGH, R. 2004. Corruption's effect on growth and its transmission channels. Kyklos 57 (3), 429-456. (DEAKIN, Simon, GINDIS, David, HODGSON, Geoffrey M., HUANG, Kainan, PISTOR, Katharina, 2017).

Daniel Kaufmann e Cheryl W. Gray¹⁶⁹ apontam que algumas considerações sobre a corrupção são frequentemente ouvidas em países em desenvolvimento, tais como:

[...] suborno e corrupção podem ter efeitos positivos; corrupção é endêmica em todos os lugares; os custos de lidar com a corrupção são proibitivos; e os poucos recursos que existem devem ser gastos em medidas de fiscalização, como agências governamentais de vigilância de alta performance. Mas, de fato, há evidências crescentes de que os custos econômicos da corrupção são enormes; os níveis de corrupção variam amplamente entre os países em desenvolvimento; controlar a corrupção é viável; e as estratégias para combater a corrupção precisam prestar mais atenção às suas causas fundamentais - e, portanto, aos papéis de incentivos, prevenção e reformas econômicas e institucionais específicas.

Analisando os custos econômicos da corrupção e reconhecendo o incremento significativo de pesquisas teóricas e empíricas a abordarem objetivamente o tema nos últimos anos, sintetizam os preclaros estudiosos as seguintes conclusões¹⁷⁰:

- O suborno é generalizado, mas há variações significativas entre e dentro das regiões. Por exemplo, as respostas da pesquisa sugerem que Botswana e Chile têm menos suborno do que muitos países totalmente industrializados.
- O suborno aumenta os custos de transação e a incerteza em uma economia.
- Suborno geralmente leva a resultados econômicos ineficientes. Impede o investimento estrangeiro e interno a longo prazo, desvaloriza talentos para atividades rentáveis e distorce as prioridades setoriais e as escolhas tecnológicas (por exemplo, criando incentivos para contratos de grandes projetos de defesa em vez de clínicas de saúde rurais especializadas em cuidados preventivos). Leva as empresas à informalidade, reduz a capacidade do Estado de aumentar as receitas e leva a que taxas tributárias cada vez maiores sejam cobradas de um número cada vez menor de contribuintes. Isso, por sua vez, reduz a capacidade do estado de fornecer bens públicos essenciais, incluindo o estado de direito – cenário apto a

¹⁶⁹ KAUFMANN, Daniel. GRAY, Cheryl W. *Corruption and Development*. In: Finance & Development / March 1998, p. 7.

¹⁷⁰ KAUFMANN, Daniel. GRAY, Cheryl W. *Corruption and Development*, In: Finance & Development / March 1998, p. 8.

Economic costs of corruption

The body of theoretical and empirical research that objectively addresses the economic impact of corruption has grown significantly in recent years. It leads, in general, to the following conclusions:

- Bribery is widespread, but there are significant variations across and within regions. For example, survey responses suggest that Botswana and Chile have less bribery than many fully industrialized countries.
- Bribery raises transaction costs and uncertainty in an economy.
- Bribery usually leads to inefficient economic outcomes. It impedes long-term foreign and domestic investment, misallocates talent to rent-seeking activities, and distorts sectoral priorities and technology choices (by, for example, creating incentives to contract for large defense projects rather than rural health clinics specializing in preventive care). It pushes firms underground (outside the formal sector), undercuts the state's ability to raise revenues, and leads to ever-higher tax rates being levied on fewer and fewer taxpayers. This, in turn, reduces the state's ability to provide essential public goods, including the rule of law. A vicious circle of increasing corruption and underground economic activity can result.
- Bribery is unfair. It imposes a regressive tax that falls particularly heavily on trade and service activities undertaken by small enterprises.
- Corruption undermines the state's legitimacy.

resultar num círculo vicioso de crescente corrupção e atividade econômica subterrânea.

. O suborno é injusto. Impõe um imposto que se aplica particularmente às atividades de comércio e serviços empreendidas por pequenas empresas.

. A corrupção mina a legitimidade do Estado.

Na mesma linha de raciocínio, Flávia Piovesan¹⁷¹, ao abordar os desafios contemporâneos do direito ao desenvolvimento, pondera:

A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda que se recorra ao direito ao desenvolvimento. Para desvendar o alcance do direito ao desenvolvimento, importa realçar, como afirma Celso Lafer, que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos EUA) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então URSS). Neste cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”¹⁷².

É, assim, adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas: “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional”¹⁷³.

...

Além do componente de justiça social, o componente democrático é essencial do direito ao desenvolvimento.

É dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento.

Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) não são apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas. Realça ainda Amartya Sen que nenhuma democracia consolidada conviveu com a miséria extrema, como atesta a experiência histórica. Daí a relação indissociável entre o exercício dos direitos civis e políticos e o exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Neste contexto, os princípios da participação e da *accountability* são centrais ao direito ao desenvolvimento.

Exatamente nesse contexto do direito ao desenvolvimento afiguram-se sensíveis os efeitos deletérios da corrupção, cujo custo, grosso modo, representa o

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116.

¹⁷² LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁷³ ROSAS, Allan. *The Right to Development*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1995, p. 254-255.

montante de recursos desviado de atividades produtivas para práticas corruptas, reduzindo, assim, a capacidade e a eficácia do investimento.

Enfatizando os efeitos prejudiciais do fenômeno da corrupção para o desenvolvimento econômico e social dos povos e a premente necessidade de máxima cooperação internacional possível no seu enfrentamento, Tony Gean Barbosa de Castro¹⁷⁴ assenta:

A corrupção doméstica corrói o tecido social. A corrupção transnacional deteriora o desenvolvimento das nações e as relações entre elas. Uma de suas consequências é distorcer as condições internacionais da concorrência. É o que, com acerto, prevê o primeiro considerando do preâmbulo da Convenção da OCDE¹⁷⁵ a qual, ao reconhecer, preliminarmente, que a corrupção é um fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais, incluindo o comércio e o investimento, afirma que tal prática abala a boa governança e o desenvolvimento econômico de todos os povos. (...)

Pela pertinência, trazemos à lume excelente digressão desenvolvida por CARVALHO e SILVEIRA, confira-se:

Em realidade, as atividades econômicas de impacto transnacional aumentaram de maneira significativa e trouxeram novos desafios para o Direito da Concorrência. **A cooperação internacional se torna, neste contexto, um instrumento importante para enfrentar este novo cenário para a implementação de uma política consistente de defesa da concorrência.** Isto porque, enquanto as relações econômicas se internacionalizam cada vez mais, as normas de proteção da concorrência permanecem nos níveis nacionais ou regionais¹⁷⁶.

Pavimentando o apoio a essa necessidade de nivelamento de armas, podemos mencionar três convenções internacionais contra a corrupção que trazem a ferramenta da cooperação internacional como indispensável para o enfrentamento da corrupção transnacional que tem se mostrado uma imperfeição perniciosa ao comércio internacional a partir da corrosão do jogo competitivo.

Nessa ordem de ideias, pertinente a reflexão trazida por PFLUG e OLIVEIRA em torno da identificação de um movimento de “internacionalização no combate à corrupção por instrumentos como Convenções e Tratados, uma vez que a sua prática ultrapasse os limites do Estado, para se configurar um fenômeno mundial”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ CASTRO, Tony Gean Barbosa. In: RDPJ, BRASÍLIA, ANO 2, N. 4, p. 227-244, jul-dez, 2018.

¹⁷⁵ Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais internacionais, da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), adotada em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto nº. 3.678/2000. Primeiro considerando do preâmbulo: Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade. (CASTRO, Tony Gean Barbosa, 2018).

¹⁷⁶ CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013. p. 98. (CASTRO, Tony Gean Barbosa, 2018).

¹⁷⁷ PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. *O Brasil e o combate internacional à corrupção*. BRASÍLIA: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, a.46, n. 181. jan./mar. 2009, p. 188. (CASTRO, Tony Gean Barbosa, 2018).

Vito Tanzi e H. Davoodi¹⁷⁸ identificam diferentes maneiras pelas quais a corrupção pode prejudicar o desempenho econômico de um país, na medida em que afeta as decisões de investimentos, limita o crescimento econômico, altera a composição dos gastos governamentais, distorce a livre concorrência, abala a legitimidade dos governos e a confiança no Estado.

Observam os autores que a corrupção reduz o incentivo ao investimento produtivo, pois é interpretada como mais uma taxa a ser paga, diminuindo a rentabilidade dos projetos.

Os efeitos também são sentidos no investimento estrangeiro direto (IED), dado que países mais corruptos apresentam maior “custo informal”, o que limita a competitividade do país frente a esse investimento.

Nesse cenário, a incerteza sobre a necessidade de um pagamento adicional de recursos para viabilização de um projeto desestabiliza o ambiente de negócios do país, colocando-o em desvantagem em relação aos seus competidores.

Investidores internacionais certamente avaliam a qualidade institucional do país, o grau de corrupção e de efetividade do governo na administração pública, a segurança jurídica e, portanto, a previsibilidade de retorno de aporte financeiros em atividades produtivas a serem financiadas.

Acresça-se que o desvio de certo montante financeiro para atividades ilegais provoca queda nas receitas arrecadadas pelo governo, ocasionando perdas orçamentárias e reduzindo a possibilidade de financiamento de gastos produtivos e, bem assim, da eficácia dos recursos distribuídos pelo setor público.

Fechando o pernicioso ciclo, a corrupção enseja a alocação ineficiente dos recursos, uma vez que os ativos financeiros são desperdiçados em atividades caçadoras de renda (“*rent seeking*”) e improdutivas; gera ineficiência na administração pública, pois os contratos licitados ganhos por empresas corruptoras podem comprometer a qualidade dos serviços e da infraestrutura pública, impactando negativamente a produtividade total da economia; distorce a composição dos gastos públicos, pois o governo tende a favorecer projetos nos quais a lucratividade gerada pela corrupção seja maior, advindo, por corolário, a deformação das políticas sociais e de desenvolvimento, numa verdadeira inversão de prioridades alocativas.

¹⁷⁸ TANZI, V.; DAVOODI, H. *Corruption, Public Investment, and Growth*. International Monetary Fund. 1997. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp97139.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

Nesse sentido, afiguram-se totalmente procedentes as percepções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao estatuir na Resolução 1/2018¹⁷⁹ o seguinte:

[...] al prevalecer la corrupción, los actores involucrados establecen estructuras que capturan las entidades estatales, a través de distintos esquemas criminales, por ejemplo, a) al adoptar decisiones gubernamentales de manera irregular, tales como contratos y obras públicas, nombramientos o ascensos, leyes o exoneraciones tributarias, afectando los principios de igualdad, transparencia, debido proceso e imparcialidad; b) al valorar los contratos y obras públicas de manera desviada, favoreciendo el interés privado por sobre el público, afectando los recursos con que cuenta el Estado; c) al requerir los funcionarios públicos prebendas indebidamente a cambio de servicios públicos; d) al influir indebidamente en los procesos electorales mediante el financiamiento ilícito de campañas electorales y candidaturas.

No mesmo diapasão, Lucas Rocha Furtado, avaliando os impactos da corrupção na economia, pontifica:

[...] seja em razão da simples observação da realidade, seja em razão de estudos desenvolvidos no âmbito da macroeconomia, são evidentes os reflexos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico de um país e, em consequência, sobre a qualidade de vida da população. Redução do consumo, necessidade de aumento dos gastos públicos, que torna improdutivos importantes recursos públicos, redução dos níveis de investimento, aumento da desigualdade social – decorrente do aumento da concentração de renda –, e transferência para o exterior por meio de mecanismos de lavagem de ativos de parcela significativa dos recursos destinados a importantes projetos sociais e econômicos, execução de projetos megalomânicos e de muito pouco interesse para o desenvolvimento da população e ineficiência generalizada decorrente do aumento dos custos de produção são apenas alguns dos efeitos da corrupção sobre a economia. Não resulta difícil, pois, concluir que a corrupção gera pobreza, ainda que esta última possa igualmente ser apontada como uma das causas da corrupção.¹⁸⁰

Na mesma toada, analisando os custos da corrupção, a Transparência Internacional¹⁸¹ aponta como suas principais e maléficas consequências:

A corrupção afeta as sociedades de várias maneiras. Nos piores casos, isso custa vidas. Além disso, custa às pessoas sua liberdade, saúde ou dinheiro. O custo da corrupção pode ser dividido em quatro categorias principais: política, econômica, social e ambiental.

Na frente política, a corrupção é um grande obstáculo à democracia e ao Estado de Direito. Em um sistema democrático, escritórios e instituições perdem sua legitimidade quando são mal utilizados para vantagem privada. Isso é prejudicial nas democracias estabelecidas, mas ainda mais nas

¹⁷⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

¹⁸⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 50.

¹⁸¹ Transparency International. Disponível em: <https://www.transparency.org/what-is-corruption>. Acesso em 01 ago. 2019.

emergentes. É extremamente desafiador desenvolver liderança política responsável em um clima corrupto.

Economicamente, a corrupção esgota a riqueza nacional. Políticos corruptos investem recursos públicos escassos em projetos que enfileiram seus bolsos em vez de beneficiar comunidades, e priorizam projetos de alto nível, como barragens, usinas, oleodutos e refinarias, em vez de projetos de infraestrutura menos espetaculares, mas mais urgentes, como escolas, hospitais e estradas. A corrupção também dificulta o desenvolvimento de estruturas justas de mercado e distorce a concorrência, o que impede investimentos.

A corrupção corrói o tecido social da sociedade. Mina a confiança das pessoas no sistema político, em suas instituições e em sua liderança. Um público desconfiado ou apático pode então se tornar mais um obstáculo para desafiar a corrupção.

A degradação ambiental é outra consequência de sistemas corrompidos. A falta ou não aplicação de regulamentos e legislação ambiental significa que os preciosos recursos naturais são explorados de maneira descuidada e sistemas ecológicos inteiros são devastados. Desde mineração, extração de madeira e compensações de carbono, as empresas em todo o mundo continuam pagando subornos em troca de destruição irrestrita.¹⁸²

No que diz respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, na mesma esteira dos efeitos deletérios apontados alhures, a CIDH assenta¹⁸³, com precisão:

En su Resolución 1/17 relativa al tema corrupción, la CIDH “reafirma la importancia que tiene la lucha contra la corrupción para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya efectividad depende de políticas y presupuesto públicos.” En dicha resolución, referida principalmente a Guatemala, la CIDH estableció:

“En su seguimiento a la situación de derechos humanos en el país, la Comisión observó las consecuencias de la corrupción, que afecta no sólo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario nacional, de por sí insuficiente para satisfacer

¹⁸² Corruption impacts societies in a multitude of ways. In the worst cases, it costs lives. Short of this, it costs people their freedom, health or money. The cost of corruption can be divided into four main categories: political, economic, social and environmental.

On the political front, corruption is a major obstacle to democracy and the rule of law. In a democratic system, offices and institutions lose their legitimacy when they're misused for private advantage. This is harmful in established democracies, but even more so in newly emerging ones. It is extremely challenging to develop accountable political leadership in a corrupt climate.

Economically, corruption depletes national wealth. Corrupt politicians invest scarce public resources in projects that will line their pockets rather than benefit communities, and prioritise high-profile projects such as dams, power plants, pipelines and refineries over less spectacular but more urgent infrastructure projects such as schools, hospitals and roads. Corruption also hinders the development of fair market structures and distorts competition, which in turn deters investment.

Corruption corrodes the social fabric of society. It undermines people's trust in the political system, in its institutions and its leadership. A distrustful or apathetic public can then become yet another hurdle to challenging corruption.

Environmental degradation is another consequence of corrupt systems. The lack of, or non-enforcement of, environmental regulations and legislation means that precious natural resources are carelessly exploited, and entire ecological systems are ravaged. From mining, to logging, to carbon offsets, companies across the globe continue to pay bribes in return for unrestricted destruction. (Transparency International).

¹⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, vida digna y justicia. De igual modo, señaló que la corrupción, junto con la impunidad, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia efectiva del Estado de Derecho y restringen el pleno goce de los derechos humanos que la Convención Americana reconoce a toda persona. Las consecuencias son particularmente graves para las personas, grupos y colectividades históricamente excluidas, en especial para quienes viven en situación de pobreza y pobreza extrema en el país”.

La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad. Entre estos grupos, las mujeres, los líderes sociales, defensores del derecho a la tierra, pueblos afrodescendientes y pueblos indígenas son los más afectados. Asimismo, el impacto de la corrupción es muy grave en la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, en las personas migrantes, y en personas LGBTI.

O secretário-geral da ONU, Kofi Annan, escreveu no prefácio da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção que esta “prejudica desproporcionalmente os pobres” e promove a “desigualdade”.¹⁸⁴

Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto da Resolução 1/2018 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁸⁵, cuja dicção põe em evidência justamente a afirmação acima, corroborando-a:

Destacando que la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres.

Releva mencionar, à guisa ilustrativa, ainda que sucintamente - a corroborar o quadro acima apontado, o teor da décima edição do Barômetro Global de Corrupção (GCB) para África¹⁸⁶, publicado pela Transparência Internacional em parceria com o Afrobarometer, em Berlim, em 11 de julho de 2019, no Dia Africano de Luta contra Corrupção, o qual consigna que mais de metade dos cidadãos entrevistados em 35 países africanos acham que a corrupção está piorando no seu país.

¹⁸⁴ ANNAN, Kofi A. Foreword. In: United Nations Office on Drugs and Crime. Vienna. United Nations Convention Against Corruption. United Nations: New York, 2004, p. iii.

¹⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

¹⁸⁶ Transparency International. Disponível em: https://www.transparency.org/files/content/pages/2019_GCB_Africa_PressRelease_PT.pdf. Acesso em: 04 ago. 2019.

Mais de metade das pessoas entrevistadas (59%) acham que o seu governo está fazendo pouco no que diz respeito ao combate à corrupção.

O barômetro GCB é a maior e mais detalhada pesquisa de opinião pública sobre suborno e outras formas de corrupção na África. No total, 47.000 cidadãos em 35 países foram entrevistados e forneceram as suas opiniões sobre a corrupção e experiências diretas de suborno.

Os resultados mostram que mais de 1 em 4 cidadãos, ou o equivalente a mais de 130 milhões de pessoas, pagaram subornos nos últimos 12 meses para obter serviços públicos, tais como documentos de identidade, saúde e educação.

O barômetro GCB também destaca que a corrupção afeta os mais vulneráveis de maneira desproporcional, sendo que os mais pobres pagam duas vezes mais subornos do que os mais ricos.

Os jovens pagam mais subornos do que as pessoas com mais de 55 anos.

Patricia Moreira, diretora executiva da Transparency International, pondera:

A corrupção impede o desenvolvimento económico, político e social na África. É um grande obstáculo para o crescimento económico, a boa governança e liberdades básicas, tais como a liberdade de expressão ou o direito dos cidadãos de exigirem que os seus governos prestem contas. Embora os governos tenham um longo caminho a percorrer para reconquistar a confiança dos cidadãos e para reduzir a corrupção, a corrupção faz parte de um contexto maior. O suborno e a lavagem de dinheiro, como práticas internacionais, desviam recursos críticos dos serviços públicos. Os cidadãos comuns são os que mais sofrem.¹⁸⁷

Prosseguindo-se na análise do relatório, extrai-se que quando inquiridos sobre as diferentes instituições nos seus países, os cidadãos relataram que a polícia é a instituição mais corrupta, sendo que 47% das pessoas acreditam que a maioria ou toda a polícia é corrupta. Os cidadãos também acham que os funcionários do governo e parlamentares são altamente corruptos, 39% e 36%, respectivamente.

Como na edição anterior do barômetro GCB para África, o maior número de casos de suborno relatados entre os entrevistados é pago à polícia. Esse pode ser o motivo pelo qual mais de dois terços dos entrevistados temem retaliação se denunciarem casos de corrupção.

Por outro lado, mais de metade dos cidadãos acredita que as pessoas comuns são capazes de fazer a diferença no combate à corrupção. *“Para reduzir o peso da corrupção sobre as pessoas comuns, os Estados africanos que ainda não o fizeram,*

¹⁸⁷ Transparency International, 2018.

devem ratificar efetivamente a Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção”, afirmou Paul Banoba, coordenador regional da Transparency Internacional para África Oriental. “Os africanos acreditam que podem fazer a diferença. Os governos devem facilitar o espaço para que isso aconteça.”

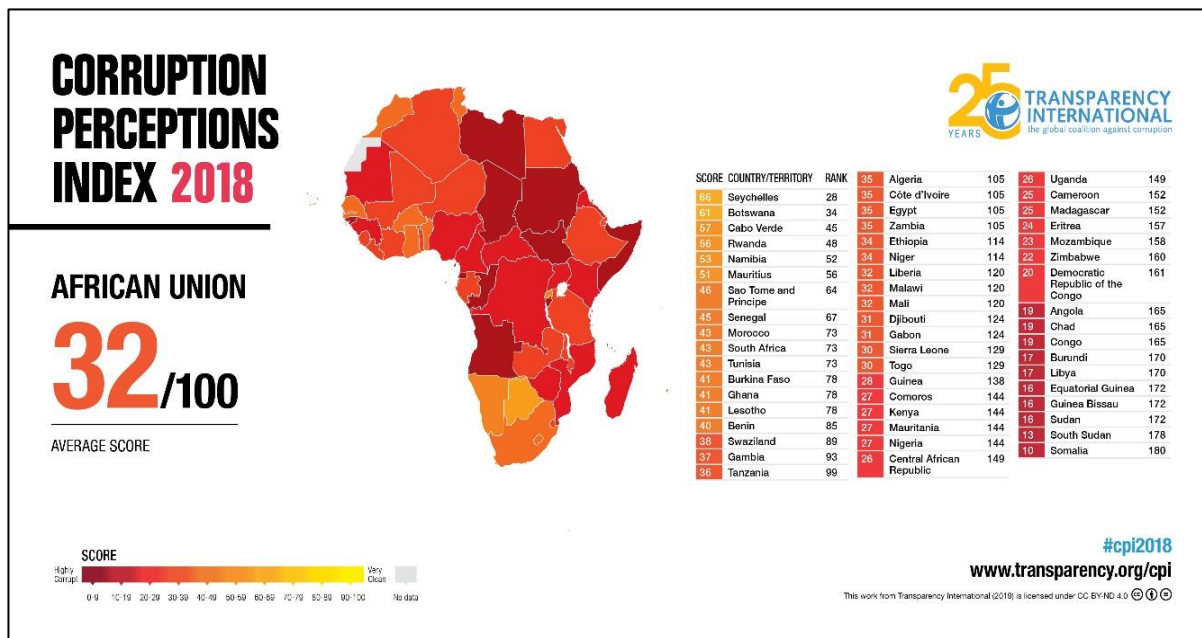


Figura 12: Corruption Perceptions Index 2018 – African Union
Fonte: Transparency International, 2018.

A *Transparency International*¹⁸⁸ pede que os governos coloquem os compromissos anticorrupção em prática e que:

- Investiguem, processem e penalizem todas as denúncias de casos de corrupção no setor público e privado, sem exceção.
- Desenvolvam padrões mínimos e diretrizes para concursos públicos éticos e estabeleçam práticas sólidas de aquisição em todo o continente através de formação, monitoria e pesquisa.
- Adotem práticas de concursos públicos abertos, que tornem os dados e a documentação mais claros e fáceis de analisar e garantam transparência nos procedimentos de concursos públicos.
- Criem mecanismos para receber as denúncias de cidadãos e fortaleçam a proteção oferecida aos denunciantes para garantir que os cidadãos possam denunciar casos de corrupção sem medo de represálias.
- Permitam que a imprensa e a sociedade civil exijam a prestação de contas aos governos.
- Apoiem transparência no financiamento dos partidos políticos.
- Permitam a cooperação transfronteiriça para combater a corrupção.

Nesse diapasão, torna-se cada vez mais assente na comunidade internacional a imbricação existente entre o direito ao desenvolvimento, a prevalência

¹⁸⁸ Transparency International, 2018.

dos direitos humanos e o prestígio ao Estado Democrático de Direito, para cujo atingimento mostra-se imprescindível o combate à corrupção, tanto no plano interno quanto no transnacional, mormente mercê da intensificação do processo de globalização e conseqüente interdependência econômica, relevando não olvidar os processos de integração regionais existentes.

Thomas Buergenthal¹⁸⁹, analisando a evolução do sistema internacional de direitos humanos contemporâneo demonstra que o direito internacional experimentou um crescimento fenomenal nos últimos cem anos.

Anota que por ocasião da edição do primeiro volume da Revista Americana de Direito Internacional publicado em 1907, os seres humanos enquanto tais não gozavam de proteção no âmbito internacional.

Hoje, o direito internacional concede aos indivíduos uma plethora de direitos humanos internacionalmente garantidos.

Obtempera o autor que com a internacionalização dos direitos humanos e a criação de tantas instituições intergovernamentais para dar-lhes efeito, pode-se levar a crer que o sistema como um todo está funcionando bem e que é efetivo na proteção dos direitos humanos em todo o mundo, o que não condiz com a verdade!

Embora o sistema de direitos humanos internacional, tal como existe hoje, esteja inegavelmente funcionando melhor do que muitos teriam acreditado possível vinte ou trinta anos atrás, ele não impediu as violações massivas que foram, e continuam a ser cometidas, em muitas partes do mundo.

O autor coloca em evidência, ainda, a conjugação de esforços no plano normativo e institucional de direito internacional de proteção aos direitos humanos, assim como o trabalho que está sendo feito por ONGs e várias burocracias de direitos humanos nacionais e intergovernamentais – o que tem salvo vidas, melhorado os direitos humanos em muitos países e está conseguindo forçar um número crescente de governos a levar suas obrigações de direitos humanos mais a sério do que antes.

E, lucidamente, arremata: isso é progresso, independentemente de como alguém o defina.¹⁹⁰

¹⁸⁹ BUERGENTHAL, Thomas. *The Evolving International Human Rights System*. In: *The American Journal of International Law*, v.100, n. 4, out. 2006, p. 783- 807.

¹⁹⁰ As this overview of the evolution of the contemporary international human rights system demonstrates, this branch of international law has experienced phenomenal growth over the past one hundred years. When the first volume of the *American Journal of International Law* was published in 1907, human beings had no rights under international law. Today international law accords individuals a plethora of internationally guaranteed human rights. But because so much

Anne Peters¹⁹¹ assinala que mercê da globalização, exsurge uma reação lógica dos Estados na luta internacional contra a corrupção, tendo havido, ao menos no plano formal, 172 (cento e setenta e duas) ratificações da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), adotada em 2003, na medida em que praticamente todos os casos de grande corrupção têm um elemento transnacional.

Pontua que na década de 1990, os Estados Unidos conseguiram a adoção de um tratado para criminalizar o suborno estrangeiro, a saber, a Convenção Anti-Suborno da OCDE de 1997, cujo principal objetivo na época era eliminar as vantagens competitivas injustas das empresas que pagavam subornos nos novos mercados dotados de política internacional anticorrupção: em primeiro lugar, melhorar o funcionamento dos mercados globais; em segundo lugar, promover o crescimento econômico; em terceiro lugar, reduzir a pobreza; e, em quarto lugar, para salvaguardar a legitimidade do Estado¹⁹².

A luta contra a corrupção fundiu-se em grande parte com a agenda da boa governança e o discurso¹⁹³ do desenvolvimento, sendo estes, atualmente, muitas vezes analisados através de uma lente de direitos humanos¹⁹⁴.

international human beings law has come into force and so many intergovernmental institutions have been created to give effect to it, one might be led to believe that the system as whole is functioning well and tha it is effective in protecting rights of human beings the world over. That is certainly not true! Although the internaitional human rigths system as it exists today is undeniably functioning better than many would have believed possible twenty or thirty years ago, it has not prevented the massive violations tha have been, and continue to be, committed in many parts of the world. Equally, though, the system in place today – and here I refer not only to the formal institutions and legal norms, but also to the work being done by NGOs and various human rights bureaucracies both national and intergovernmental – has saved lives, improved the human rights conditions in many countries, and is succeeding in forcing na increasing number of governments to take their human rights obligations more seriously than before. That is progress regardless of how one defines it. (BUERGENTHAL, Thomas. *The Evolving International Human Rights System*. In: *The American Journal of International Law*, v.100, n. 4, out. 2006, p. 783- 807).

¹⁹¹ PETERS, Anne. *Corruption and Human Rights*. Working paper series Nº 20, Basel Institute on Governance, September 2015, p. 10-34.

¹⁹² See Susan Rose-Ackerman, Introduction: *The Role of International Actors in Fighting Corruption*, in: Rose-Ackerman/Paul Carrington (eds.), *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* (Durham: Carolina Academic Press 2013), 3-38, 5. See also the preamble of UNCAC 2003 (n. 5), first preambular paragraph. (PETERS, Anne. 2015).

¹⁹³ See, e.g., Human Rights Council, “*The role of good governance in the promotion and protection of human rights*” of 27 March 2008, para. 4: “Decides to continue its consideration of the question of the role of good governance, including the issue of the fight against corruption in the promotion and protection of human rights, [...]” (UN Doc. A/HRC/ RES/7/11). See also UN Development Programme – Oslo Governance Centre, *The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development* (2004). (PETERS, Anne. 2015).

¹⁹⁴ The 172 ratifications of the UN Convention against Corruption (UNCAC), which was adopted in 2003, shows that States around the world are – at least verbally – committed to the international fight against corruption. This appears to be a logical reaction to the fact of globalization, due to which practically all cases of grand corruption have a transnational element. In the 1990s, the United States achieved adoption of a treaty to criminalize foreign bribery, namely the OECD Anti-Bribery Convention of 1997.

Discorre a autora, ao abordar um estudo que preveu a estimativa de desvio de recursos nos contratos públicos no âmbito da União Europeia, que aproximadamente 13% de toda a despesa orçamentária para a aquisição pública é perdida¹⁹⁵ -, os concorrentes malsucedidos são as vítimas em potencial se não receberem o contrato em razão de critérios estranhos ao processo, caso ostentem expectativa concreta para a contratação e não apenas perspectivas abstratas.

Os clientes e os usuários finais, de igual sorte, são afetados negativamente pela corrupção nos contratos públicos se tiverem que pagar preços mais altos ou se receberem um produto de qualidade inferior porque os fundos foram desviados, durante o processo de produção.

Aborda, ainda, o cenário político, em cujo âmbito os eleitores são adversamente afetados pela dependência financeira dos candidatos aos principais doadores, considerando-se a “dívida política” após o pleito e os interesses escusos subjacentes e dissimulados.

Uma vez mais, propõe Anne Peters uma instigante provocação: as pessoas afetadas direta ou indiretamente pela corrupção são suficientemente individualizadas, e estariam os direitos humanos realmente em jogo nesses cenários?

Aquilata a autora¹⁹⁶ que na prática predominante das Nações Unidas, apenas o vocabulário mais fraco é usado para estabelecer a conexão entre corrupção e direitos humanos, de modo que quase todos os textos referem-se apenas a um “impacto negativo” no gozo dos direitos humanos¹⁹⁷, ou afirmam que a corrupção

The primary goal at the time was to eliminate the unfair competitive ad-vantages of companies paying bribes in the new markets international anti-corruption policy: firstly, to improve the functioning of the global markets; secondly, to promote economic growth; thirdly, to reduce poverty; and fourthly, to safeguard the legitimacy of the State. Anti-corruption has largely been merged with the good governance agenda and the development discourse, and good governance – as well as development – is nowadays often analysed through a human rights lens. (PETERS, Anne. 2015).

¹⁹⁵ PricewaterhouseCoopers, Study prepared for the European Anti-Fraud Office (OLAF), Public Procurement: costs we pay for corruption. Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU (2013). (PETERS, Anne. 2015).

¹⁹⁶ The third doctrinal question is whether it even makes sense to speak of human rights violations. In the predominant practice of the United Nations, only weaker vocabulary is used to make the connection, both in the strategic documents – such as the new reports of the Human Rights Council – and in the country-, issue-, or individual case-specific monitoring practice of the treaty bodies and the Charter-based Human Rights Council. Almost all the texts refer only to a “negative impact” on the enjoyment of human rights, or state that corruption “undermines” human rights, or emphasize the grave and devastating effect” of corruption on the enjoyment of human rights. (PETERS, Anne. 2015).

¹⁹⁷ Human Rights Council, Res. 29/11 “The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights” of 2 July 2015; Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the issue of the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights (UN Doc. A/HRC/28/73) of 5 January 2015, especially para. 21; Opening statement by Navi Pillay, High Commissioner for Human Rights,

“mina” os direitos humanos¹⁹⁸, ou enfatiza o “efeito grave e devastador” da corrupção no gozo dos direitos humanos¹⁹⁹.

Sustenta²⁰⁰ que os tribunais nacionais que moldaram significativamente os contornos legais dos direitos humanos sociais, nomeadamente os tribunais constitucionais da Índia²⁰¹ e da África do Sul²⁰², tendem a afirmar, em vez de justificar, que a corrupção viola os direitos humanos, afirmando-se crucial, portanto, do ponto de vista legal, discernir o grau de afronta a um dado direito perpetrada por determinada prática, de sorte a que aquelas qualificadas como violadoras de direitos humanos, recebam o tratamento respectivo e as correlatas sanções, proporcionais às ofensas.

Nesse diapasão, assinala que os direitos humanos dão origem a obrigações em três níveis, quais sejam, o de observar, proteger e cumprir.

A deficiente implementação, aplicação e execução de medidas anticorrupção eficazes constituem, essencialmente, uma omissão do Estado, passível de ser verificada de forma transversal, ou seja, em suas atividades legislativa, executiva, judiciária e controladora.

Panel on “the negative impact of corruption on human rights” of 13 March 2013, in: United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner, 8-10 (8). (PETERS, Anne. 2015).

¹⁹⁸ UN Human Rights Commission, Sub-Commission: “Deeply concerned that the enjoyment of human rights, be they economic, social and cultural or civil and political, is seriously undermined by the phenomenon of corruption” (Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Resolution of 5 August 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/L.24/Rev. 1, second preambular paragraph). (PETERS, Anne. 2015).

¹⁹⁹ UN Human Rights Commission, Progress report 2005 (n. 17), para. 41. (PETERS, Anne. 2015).

²⁰⁰ Those domestic courts that have significantly shaped the legal contours of social human rights, namely the Indian and South African constitutional courts, tend to assert rather than justify that corruption violates human rights. For instance, the Constitutional Court of South Africa holds that “[c]orruption and maladministration are inconsistent with the rule of law and the fundamental values of our Constitution. They undermine the constitutional commitment to human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.” In a 2012 judgment, the Supreme Court of India held that “[c]orruption [...] undermines human rights, indirectly violating them”, and that “systematic corruption is a ‘human rights’ violation in itself”. From a legal standpoint, it is crucial whether we qualify a situation as merely undermining human rights, or whether we qualify it as a true rights violation that must be deemed unlawful and may be addressed with the usual sanctions. (PETERS, Anne. 2015).

²⁰¹ Supreme Court of India held that “[c]orruption [...] undermines human rights, indirectly violating them”, and that “systematic corruption is a ‘human rights’ violation in itself”. [2012] 9 S.C.R. 601 602 State of Maharashtra through CBI, Anti Corruption Branch, Mumbai v. Balakrishna Dattatrya Kumbhar (Criminal Appeal No. 1648 of 2012), 15 October 2012, para. 14. (PETERS, Anne. 2015).

²⁰² Constitutional Court of South Africa, South African Association of Personal Injury Lawyers v Health and Others, 28 November 2000, (CCT 27/00) [2000] ZACC 22, para. 4. See also *ibid.*, Hugh Glenister v President of the Republic of South Africa and others, 17 March 2011, (CCT 48/10) [2011] ZACC 6, para. 176: “Endemic corruption threatens the injunction that government must be accountable, responsive and open [...]”; para. 177: “It is incontestable that corruption undermines the rights in the Bill of Rights, and imperils democracy”. (PETERS, Anne. 2015).

A dimensão da obrigação de proteger foi desenvolvida em relação aos perigos provenientes de terceiros, como os operadores econômicos, sendo, portanto, adequada para fornecer apoio adicional aos direitos humanos para a criminalização do suborno estrangeiro exigido pelo OECD Anti-Bribery.

Registre-se que as obrigações do Estado de proteger em relação às atividades de corporações transnacionais, fundamentadas em direitos humanos, são estabelecidas na *soft law* dos Princípios Orientadores de Negócios e Direitos Humanos das Nações Unidas de 2011 (Princípios Ruggie).²⁰³

Nessa ordem de ideias, desenvolve-se a responsabilidade do Estado na hipótese de ação ou omissão que represente o não cumprimento a contento das obrigações de prevenção e proteção dos direitos humanos.

O Capítulo II da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção exige que os Estados Partes adotem uma série de medidas preventivas, que vão desde o estabelecimento de um órgão anticorrupção e a reorganização do serviço público até a promulgação de códigos de conduta para funcionários públicos, reorganização dos contratos públicos e prevenção da lavagem “*branqueamento*” de capitais.

Como a formulação das obrigações da UNCAC é bastante branda, dificilmente é possível responsabilizar internacionalmente um Estado Parte se este não cumprir suas obrigações ou o fizer de maneira deficiente – registra.

Entretanto, se as interpretarmos em conformidade com a dicção do Artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – prossegue Anne Peters, torna-se evidente que as medidas mencionadas devem ser efetivamente tomadas, no contexto das obrigações de proteger e cumprir (incluindo prevenir) afrontas a direitos humanos.

Importa registrar a relevância das obrigações processuais no âmbito de proteção dos direitos humanos, na medida em que funcionam como um indicador para a mensuração acerca do cumprimento de sua implementação progressiva, incluindo atividades de planejamento e monitoramento. Nesse contexto, como princípio fundamental da UNCAC (2003), a transparência assume importância fulcral.

José Eduardo Faria aquilata que o cenário de integração de empresas transnacionais e seu protagonismo nos sistemas produtivo e financeiro em escala

²⁰³ UN Guiding Principles on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (UN Doc. A/HRC/17/31), 21 March 2011; adopted by the UN Human Rights Council on 6 July 2011 (UN Doc. A/HRC/RES/17/4). (PETERS, Anne. 2015).

mundial acabam por interferir sobremaneira na eleição, pelos Estados onde atuam, das próprias prioridades alocativas - ainda com maior intensidade naqueles em desenvolvimento, passando a influenciar, cada vez com maior ênfase, na disciplina normativa e regulatória das ordens jurídicas internas, diante da imposição do poder econômico e do jogo dos mercados.

Nessa quadra, restam gradativamente preteridos direitos sociais prestacionais; a qualidade dos serviços públicos disponibilizados à população – com o incremento, inclusive, de privatizações; precarizadas as relações laborais, num processo de “objetificação” do ser humano e “indiferença” à sua dignidade, como constata na seguinte passagem:²⁰⁴

[...] Conjugadas entre si, como se vê, do ponto de vista político e institucional todas essas transformações até aqui apontadas foram muito além da simples desregulamentação dos mercados domésticos, seja dos países desenvolvidos, seja dos países emergentes. Elas também deram aos agentes produtivos e às instituições financeiras condições de escapar da carga tributária que pesava sobre determinados mercados domésticos e constituía a espinha dorsal das políticas sociais. Comprometeram a efetividade das políticas econômicas, monetária, previdenciária e fiscal nos países capitalistas, reduzindo o campo de ação de seus formuladores e condutores em matéria de controle da oferta de moeda, dos juros e do câmbio. E deflagraram um processo, em cuja dinâmica, quanto mais débil é a intervenção estatal no sistema de preços e nos mecanismos formadores dos custos de mão-de-obra e maior é a intensidade das privatizações dos serviços essenciais, menor é o peso de valores como o da igualdade no debate político. Num cenário em que até as obrigações públicas também são reduzidas ao conceito geral de mercadoria e convertidas em negócios privados, e os titulares de um direito civil se transformam em meros consumidores de serviços empresariais, se os homens são *iguais*, isso só ocorre no mercado – e, assim, mesmo, como proprietários de bens ou da própria força de trabalho. Portanto, jamais como cidadãos. (...)

Numa situação-limite, o que se tem a partir daí no plano jurídico-institucional é cada vez menos uma ordem soberanamente produzida e cada vez mais um ordem recebida dos agentes econômicos e do mercado. Trata-se de uma ordem que, operando sob a forma de redes formais e informais e envolvendo atores com distintos graus de influência e poder, e preocupados em negociar acordos específicos sobre matérias determinadas, tende a substituir as esferas políticas pelo mercado como instância máxima de regulação.

Diante do cenário exposto, absolutamente aplicável ao Brasil e, bem assim, transponível a diversos países latino-americanos e de outras partes do globo – entrelaçados que estão por essas relações políticas e econômicas transnacionais, afigura-se-nos imprescindível a disseminação da cultura da defesa dos direitos

²⁰⁴ FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade*. In: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional. Flávia Piovesan (Coordenadora), Max Limonad, 2002, p. 597-607.

humanos, cuja emergência emancipatória representa patamares protetivos mínimos, transitando-se da pirâmide jurídica hermética fundada no *State approach* para a permeabilidade do trapézio jurídico fundado no *Human rights approach*, como pretende Flávia Piovesan²⁰⁵, de sorte a prestigiar a dignidade humana, mormente em tempos nos quais as regras de mercado tendem a oprimi-la em busca de maior rentabilidade, com o crescente desmantelamento do Estado social previsto pela Constituição Federal de 1988, que sequer se perfectibilizou entre nós, substituído que vem sendo, a passos largos, por um Estado mínimo, aderente aos interesses do poderio econômico.

Impõe-se obtemperar, contudo, não sermos contrários às evoluções tecnológicas, às interações econômicas globais e, tampouco, aos progressos econômicos delas advindos.

Consignamos, apenas, ser necessária a demarcação do espaço dos direitos humanos de sorte a que a ordem econômica e as atividades produtivas observem efetivamente a dignidade humana, fundamento de nossa República, os ditames da justiça social e a valorização do trabalho humano, nos termos dos incisos do artigo 170, da Constituição Federal, bem como suas demais diretrizes – dentre as quais insere-se, frise-se, a tutela do meio ambiente -; com a finalidade de promover os objetivos estampados em seu artigo 3º, dentre os quais o de construir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, ainda, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Advirta-se, como o faz Flávia Piovesan²⁰⁶, com espeque em Luigi Ferrajoli, que “*a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra os Estados*”.²⁰⁷

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Controle de Convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições*. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013, p. 141.

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Controle de Convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições*. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*, Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013, p. 120

²⁰⁷ Luigi Ferrajoli, *Diritti Fondamentali – Um dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338. Para Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do

Pertinentes os seguintes excertos da Resolução 1/18 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁰⁸, os quais assentam com propriedade e estreme de dúvidas, a relação direta e umbilical entre o controle e o enfrentamento da corrupção e a prevalência dos direitos humanos.

Considerando que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales-, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad.

A corrupção, ao privar os indivíduos da fruição de diversos bens e prestações que lhes seriam destinados não fosse o desvio dos recursos para a satisfação de interesses pessoais, avilta, indisputavelmente, a dignidade da pessoa humana, erigida como ponto de referência normativa tanto para o direito interno quanto para o internacional.

Em um Estado patrimonial no qual as posições políticas e administrativas têm como principal objetivo gerar renda (“*rent seeking*”), convive-se com maior naturalidade com o fenômeno da corrupção.

Já o Estado Democrático de Direito comprometido com valores fundamentais, como a dignidade humana, não se compadece com esta e deve, pois, buscar instrumentos e institucionalização bastantes ao seu efetivo e sério enfrentamento.

setor privado ou mesmo da esfera doméstica. (PIOVESAN, Flávia. *Controle de Convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições*. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*, Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013, p. 120).

²⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

6 DIÁLOGOS ENTRE AS JURISDIÇÕES LOCAL, REGIONAL E GLOBAL E PERSPECTIVAS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Discorrendo sobre o princípio do cosmopolitismo com o escopo de abordar o diálogo internacional na interpretação constitucional, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento²⁰⁹ asseveram:

Há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo. Esse é um lado bastante positivo da globalização. Além do Direito Constitucional ter de lidar cada vez mais com fenômenos transnacionais, o interesse e a facilidade de acesso ao que ocorre em outros sistemas jurídicos nacionais e internacionais aumentou muito. Com isso, ampliou-se a possibilidade real de integração não apenas econômica ou política entre os países e organizações internacionais, mas também “discursiva”²¹⁰: não só a normatividade internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional.

Este é um fenômeno global.²¹¹ Como observou Cass Sunstein “o constitucionalismo cosmopolita parece ser a onda do futuro. O mundo jurídico está, num certo sentido, se tornando menor e mais transparente, e a consulta a julgamentos estrangeiros torna-se então inevitável”.²¹² O fenômeno é positivo por vários aspectos. Novos argumentos e pontos de vista são incorporados ao debate constitucional, que se torna muito mais rico. Adquire-se uma perspectiva mais ampla e menos provinciana das questões discutidas, o que permite o diagnóstico de possíveis fragilidades e inconsistências dos pontos de vista tradicionalmente adotados no plano nacional.²¹³ Consensos globais que se consolidam em torno da democracia e dos direitos humanos podem se irradiar ainda mais.

Interessa apresentar excerto do preâmbulo da obra de Marcelo Neves²¹⁴, ao consignar a necessidade de comunicação e criação de espaços dialógicos entre as

²⁰⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*, editora Fórum, 2ª ed., 2016, p. 452.

²¹⁰ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariella Morales (Org.). *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, p. 515-530. (SOUZA NETO; SARMENTO. 2016, p. 452).

²¹¹ A tendência é reconhecida mesmo por seus críticos, como o jurista conservador norte-americano, Robert Bork, para o qual viemos um momento de “homogeneização internacional do direito constitucional” (BORK, Robert. H. *Coercing Virtue: the Worldwide Rule of Judges*, p. 23-24). Bork critica a tendência sob o argumento de que as constituições devem ser interpretadas de acordo com as tradições e com a história particular de cada país: se as decisões estrangeiras são importantes, elas deveriam fornecer subsídios para a atividade constituinte ou legislativa, não para a judiciária. (SOUZA NETO; SARMENTO. 2016, p. 452).

²¹² SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*, p. 189. (SOUZA NETO; SARMENTO. 2016, p. 452).

²¹³ Cf. KUMM, Mathias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTAN, Joel P. *Rulling the world?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, p. 307. (SOUZA NETO; SARMENTO. 2016, p. 452).

²¹⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. XXI.

diversas ordens jurídicas num contexto de crescente e inevitável fenômeno de integração global:

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.

Nada obstante, o conhecimento e a ponderação dos argumentos trazidos pela experiência jurídica e judiciária internacional não devem implicar sua incorporação automática, independentemente de maiores reflexões.

Com efeito, não de ser sopesados característicos internos de cada país e aspectos culturais que lhe são próprios (margem de apreciação nacional), de sorte a melhor aquilatar-se sua verdadeira identidade traduzida pela vontade política do povo (CF, art. 1º, parágrafo único), identificando-se, portanto, eventuais lacunas que possam legitimamente ser colmatadas pela experiência internacional.

Em âmbito interno, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que os tratados internacionais, ainda que versem sobre direitos humanos, ostentam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, exceção feita unicamente àqueles incorporados ao nosso ordenamento em conformidade com o rito procedimental inserto no § 3º, do art. 5º, da Lei Maior²¹⁵, instituído pela Emenda Constitucional 45/04.

Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados em observância ao procedimento contemplado pelo § 3º, do art. 5º, da Lei Maior²¹⁶, ostentam hierarquia de emenda constitucional, podendo, portanto, mesmo modificá-la, desde que respeitado seu núcleo material intangível, consubstanciado pelas cláusulas pétreas.

²¹⁵ “Artigo 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas à Constituição.”

André de Carvalho Ramos²¹⁷ também se debruçou sobre o novo mecanismo de incorporação de tratados internacionais que veiculem direitos humanos no ordenamento pátrio, contemplado pela EC 45/04, que fez introduzir no art. 5º da Constituição Federal, o § 3º. Assim discorreu:

No texto constitucional, o artigo 5º, § 2º, permite, ao dispor sobre os “direitos decorrentes” do regime, princípios e tratados de direitos humanos, o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo, que alberga os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, até a edição da EC nº 45/04, o estatuto desses tratados, na visão do STF, era equivalente à mera lei ordinária. Essa emenda introduziu o § 3º do artigo 5º, com a seguinte redação: “Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Em razão desse novo dispositivo, o STF modificou sua posição, mas ainda situou os tratados aprovados sem o rito especial do citado parágrafo no patamar da suprallegalidade. Restam, então, os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, como parte integrante de um restrito bloco de constitucionalidade.

E, de maneira perspicaz, assentou o alcance da citada modificação introduzida por força e obra do poder constituinte derivado reformador, ao promulgar a EC 45/04. Confira-se:

Logo, todos os demais artigos da Constituição que tratam do princípio da supremacia da norma constitucional, como, por exemplo, os referentes ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade (artigos 102 e 103), devem agora ser lidos como componentes do mecanismo de preservação da supremacia *do bloco de constitucionalidade como um todo* e não somente da Constituição. Várias são as consequências dessa nova visão. Em primeiro lugar, a constitucionalização do Direito, fenômeno pelo qual todas as normas do ordenamento sofrem influência dos comandos constitucionais, é agora regida pelas normas da Constituição e *também* pelas normas dos tratados celebrados sob o rito especial. A *filtragem constitucional* do ordenamento, ou seja, a exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição passa contar também com o filtro dos valores existentes nesses *tratados de rito especial*.

Consigne-se que mesmo antes da previsão acima referida ser introduzida na Constituição Federal pela EC 45/04, expoentes da doutrina brasileira como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan²¹⁸ já sustentavam que os tratados

²¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil*. In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 451-452.

²¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

internacionais de direitos humanos teriam hierarquia constitucional, por força do disposto no § 2º, do art. 5º, da Carta Política, ao passo que outros autores preconizavam até mesmo seu caráter supraconstitucional, como Celso Duvivier de Albuquerque Mello.²¹⁹

Apesar de a maior parte dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil em matéria de direitos humanos não ostentar hierarquia constitucional, tal circunstância não se revela impeditiva de que irradiem relevantes efeitos no campo hermenêutico das normas constitucionais.

A título ilustrativo e em reforço argumentativo, lembremo-nos da importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos para a alteração do posicionamento encampado pelo Pretório Excelso, acerca da validade da prisão do depositário infiel, em afronta ao quanto disposto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.²²⁰

Dispõe o texto constitucional que *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*.

Dessarte, reconhecendo o status supralegal do Pacto de San José da Costa Rica, que veda a prisão do depositário infiel, reputou a Suprema Corte que esta vedação haveria de prevalecer em relação a qualquer decisão do legislador noutro sentido, afastando, portanto, o surgimento de conflito entre a Constituição e o tratado internacional.

Destaque-se que a EC 45/04, além de prever a incorporação dos tratados de direitos humanos com status de emendas constitucionais, desde que aprovados consoante o rito do § 3º, do art. 5º, trouxe outras duas relevantes disposições sobre a matéria, como a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional²²¹ e a previsão do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de grave violação dos direitos humanos²²².

²¹⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²²⁰ HC nº 72.131/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, Julg. 22.11.1995, DJ, 1º ago. 2003.

²²¹ “Artigo 5º, § 4º. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

²²² “Art. 109, § 5º: Nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

Analizando a tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos encampada no julgamento do Supremo Tribunal Federal, Antonio Moreira Maués²²³ nos franqueia uma visão panorâmica sobre os principais dissensos havidos entre os Ministros:

[...] O Ministro Gilmar Mendes afirma, em seu voto no RE nº 466.343, que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”, o que indicava a insuficiência da tese da legalidade ordinária desses tratados e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o Ministro Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico no Brasil.”

O ponto comum, compartilhado se exceção por todos os ministros, de que o STF deveria reconhecer uma posição privilegiada às normas internacionais de proteção dos direitos humanos não elidia uma polêmica sobre seu nível hierárquico. Superada a tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, e sem que nenhum membro do STF defendesse a tese da supraconstitucionalidade, duas orientações disputaram o entendimento do STF.

Para a minoria, representada pelo voto do Ministro Celso de Mello, os tratados de direitos humanos teriam caráter “materialmente constitucional”, mesmo que houvessem sido aprovados antes da EC nº 45, compondo o “bloco de constitucionalidade”. Assim, o novel § 3º, do art. 5º, ao atribuir formalmente hierarquia constitucional aos tratados aprovados com base nele, não teria vindo retirar a hierarquia constitucional material dos tratados ratificados anteriormente, reconhecida com base no dever do Estado de “respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.” Dessa forma, o § 3º teria vindo reforçar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, uma vez que não seria razoável colocar em níveis hierárquicos distintos tratados que dispõem sobre a mesma matéria.

E, lucidamente, arremata o autor, lançando suas impressões sobre a tendência do constitucionalismo mundial, não obstante a tese encampada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria, no julgamento do RE nº 466.343²²⁴:

Apesar disso, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, os princípios de direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitiam mais a manutenção da tese da

²²³ MAUÉS, Antonio Moreira, *Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional*. In: *A Interface dos Direitos Humanos com o Direito Internacional*, Tomo I, SORES, Mauro Lúcio Quintão; SOUZA, Mércia Cardoso de (Org.), ed. Fórum, p. 142-143.

²²⁴ MAUÉS, Antonio Moreira, *Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional*, In: *A Interface dos Direitos Humanos com o Direito Internacional*, Tomo I, SORES, Mauro Lúcio Quintão; SOUZA, Mércia Cardoso de (Org.), ed. Fórum, p. 143.

legalidade, servindo a supralegalidade como uma solução que viria compatibilizar a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

Como anunciado alhures, o conhecimento e a ponderação dos argumentos trazidos pela experiência jurídica e judiciária internacional não implicam sua incorporação automática.

Exemplo eloquente dessa constatação vem bem plasmado na decisão do Supremo Tribunal Federal ao discutir a recepção da Lei de Anistia pela Constituição Federal de 1988, no concernente ao excerto que garantira a impunidade aos agentes do regime militar que cometeram graves violações de direitos humanos durante a ditadura.

Objetivava a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a declaração de não-recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979 - a concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos - crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Em orientação contrária à reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sedimentada no sentido da completa incompatibilidade dessas anistias com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal considerou recepcionada a Lei de Anistia, na íntegra, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153, aforada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, de Relatoria do Ministro Eros Grau²²⁵.

No exemplo apontado, a nosso sentir, o STF não andou bem ao desconsiderar os parâmetros interpretativos internacionais prevalecentes na espécie, na medida em que privilegiou um entendimento mais restritivo à tutela dos direitos humanos.

Com efeito, nesse cenário de influências recíprocas entre as ordens jurídicas, tem-se que o princípio do cosmopolitismo, embora não propriamente vinculante dos interpretes da(s) Constituição(ões) aos tratados internacionais, exerce fundamental influência nesse processo hermenêutico, na medida em que impõe o devido escrutínio

²²⁵ ADPF nº 153, Rel. Min. Eros Grau, Julg. 29.04.2010, *DJ* 06 ago. 2010.

do peso argumentativo de fontes transnacionais, com especial reverência aos tratados e à jurisprudência de cortes aos quais o país esteja vinculado.

Valemo-nos, uma vez mais, da abalizada doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento²²⁶:

Vicki C Jackson elaborou uma tipologia das posturas constitucionais diante das fontes transnacionais – internacionais ou estrangeiras: a *resistência*, que ocorre quando, por razões diversas, recusa-se o diálogo com as fontes alienígenas; a *convergência*, que se dá quando se busca a todo custo ajustar a interpretação constitucional às fontes internacionais ou às tendências do Direito Comparado; e o *engajamento*, que é um meio termo entre as primeiras posturas, e acontece quando há abertura para o diálogo transnacional, mas também preocupação com o respeito à cultura constitucional local, que pode levar a eclosão de eventuais dissonâncias. Jackson defendeu, a nosso ver com razão, que o modelo normativo mais adequado às características do mundo globalizado contemporâneo, mas também ao ideário do constitucionalismo democrático – que enfatiza a importância da autodeterminação coletiva do povo e do respeito às suas especificidades culturais -, é o do *engajamento*, em que não há espaço para o *provincianismo constitucional*, mas tampouco se busca uma homogeneização normativa a todo custo. (...)

A incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na nossa ordem constitucional pode acarretar colisões com normas anteriores presentes no Texto Magno. É também possível a ocorrência de conflitos entre normas constantes em diferentes tratados internacionais de direitos humanos, todos incorporados com hierarquia de emenda constitucional. Nessas hipóteses, a doutrina²²⁷ tem enfatizado que os critérios tradicionais para solução de antinomias – hierárquico, cronológico e de especialidade – devem ceder espaço para outro critério de conteúdo material, já tradicional no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos:²²⁸ o princípio da prevalência da norma mais favorável ao titular do direito. Como ressaltou Flávia Piovesan “no plano de proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas e melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana”.²²⁹

²²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*, editora Fórum, 2ª ed., 2016, p. 456.

²²⁷ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*; RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, p. 106-110. (SOUZA NETO; SARMENTO. 2016, p. 456).

²²⁸ O critério da prevalência da norma mais favorável à vítima está expressamente consagrado em vários tratados internacionais de direitos humanos, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 5º (2)), no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (art. 5º (2)); na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (art. 23); na Convenção sobre dos Direitos das Crianças (art. 41); na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 29, b); na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (arts. 13 e 14); e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 60). Ele também tem sido usado pelas cortes internacionais de direitos humanos. Veja-se, por exemplo, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o *Parecer Consultivo sobre a filiação obrigatória de jornalistas* (artigos 13 e 29 da Convenção), de 13 de novembro de 1985: “Em consequência, se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana”. (SOUZA NETO; SARMENTO. 2016, p. 456).

²²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 98-99. (SOUZA NETO; SARMENTO. 2016, p. 456).

Partilhando do mesmo ideário e propugnando por um “fundamento processual do cosmopolitismo” como acesso universal à justiça, Jânia Maria Lopes Saldanha e Irina Graziela Cervantes Bravo²³⁰ bem observam a pertinência de que sejam superadas visões do mundo radicadas na separação binária entre estatalismo e internacionalismo.

Com efeito, o pluralismo do mundo contemporâneo reclama a desafiadora e desejável consolidação de instituições aptas a darem respostas adequadas às demandas que desbordam das fronteiras nacionais, aduzindo, nessa linha de raciocínio, a existência de muitos cosmopolitismos, o que dialoga, de maneira próxima, com a internacionalização dos direitos humanos e dos interesses do comércio global, desafiando os juristas a abarcarem na agenda a problemática da hospitalidade. E, com maestria, arrematam:

Finalmente, é possível afirmar, a risco de toda crítica, que dos fundamentos materiais que podem servir de base ao cosmopolitismo, a hospitalidade universal e a solidariedade, quem têm à base os direitos humanos, são as duas expressões que o iluminam. Todavia, sem a garantia de que as violações a eles perpetradas, em qualquer tempo e lugar, imprescindem de acolhimento em justiça – que garanta o direito de ser ouvido, o recurso efetivo, o devido processo legal perante um juiz independente, imparcial, dotado de efetividade, cuja resposta seja dada em prazo razoável – o que se verá é apenas uma garantia formal. Por isso, reivindica-se seja o acesso à justiça elevado à condição de um direito humano universalizável. A compreensão hermenêutica do que seja o acesso à justiça não poderá derivar do raciocínio lógico-formal, matematizado, tampouco de *standards* previamente impostos e congelados no tempo. Sua conformação derivará do trabalho da comunidade dos intérpretes que deverão ter a sabedoria de reconhecer a força viva das Constituições e das Convenções para que, a partir daí, possa ser elevado à condição, difícil mas esperada, de “fundamento processual” do cosmopolitismo.

6.1 O uso da jurisprudência estrangeira como elemento de expansão da tutela dos direitos humanos

Discorrendo sobre a dicotomia entre o Constitucionalismo Global e o Constitucionalismo Nacional, J. J. Gomes Canotilho²³¹ nos oferece a *ratio* do

²³⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. *O diálogo jurisprudencial sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais*. In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 293-294.

²³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 6ª ed., 2002, p. 1353/1354.

surgimento e cada vez maior consolidação daquele, pautada, ontologicamente, no *jus cogens* e nos direitos humanos:

Em primeiro lugar, a *democracia* e o *caminho para a democracia* devem considerar-se como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional. No plano interno, a democracia é o “governo menos mau” e no plano externo a democracia promove a paz. Em segundo lugar, na sua qualidade de princípio material, de natureza internacional e constitucional, o **princípio da autodeterminação** deve ser reinterpretado não apenas no sentido de que os “povos” devem deixar de estar submetidos a quaisquer formas de colonialismo, mas também no sentido de que a legitimação da autoridade e da soberania política pode e deve encontrar suportes sociais e políticos a outros níveis – supranacionais e subnacionais – diferentes do “tradicional” e “realístico” Estado-Nação. A *globalização das comunicações e informações* e a “expansão mundial” de unidades organizativas internacionais (organizações não governamentais), privadas ou públicas (mas não estatais), deslocam o papel obsidiante do “actor estatal”, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e económica cada vez mais estruturante. A isto acresce que os *fins* do estado não são imutáveis. Se ontem a “conquista territorial”, a “colonização”, o “espaço vital”, o “interesse nacional”, a “razão de estado” surgiam sempre como categorias quase ontológicas, hoje os fins dos estados podem e devem ser os da construção de “Estados abertos e internacionalmente “amigos” e “cooperantes” no plano externo. Por isso, o *phatos* de um programa de “paz mundial” assenta na intensificação do “desarmamento” e na viabilização efectiva de uma segurança colectiva. Nesse contexto, readquire virtualidades crescentes a *organização internacional*, sobretudo na sua forma de associação geral entre as Nações – Nações Unidas.

Estes parâmetros teóricos influenciam hoje claramente as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. Com efeito, as relações internacionais devem ser cada vez mais reguladas em termos de *direito* e de *justiça*, convertendo-se o *direito internacional* numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da “política e relações internacionais” quer da própria construção constitucional interna. Para além deste *jus cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através progressiva elevação dos **direitos humanos** – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os *direitos humanos* -, articuladas com o papel da *organização internacional*, fornecerão o enquadramento razoável para o constitucionalismo global.

No mesmo diapasão, Fátia Piovesan,²³² com arrimo em Antonio Cassese, assenta a constatação de que a soberania estatal vem gradativamente sendo ressignificada mercê da necessária rearticulação do poder público de maneira pluralista e policêntrica, demandando-se, nessa esteira, maior cooperação entre os diversos sistemas com vistas a reduzir a fragmentação.

²³² PIOVESAN, Flávia. *Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições*. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013, p. 116.

Nessa ordem de ideias, exsurtem o estabelecimento hierárquico de valores e princípios e a intridução de cláusulas de reconhecimento, validade e efetividade das normas no plano do diálogo entre os ordenamentos jurídicos. Confira-se:

State sovereignty is becoming diluted. Public power in being rearticulated in pluralistic and polycentric forms (...) This pluralism requires an order to fill in the gaps, reduce fragmentation and induce cooperation between different systems; to establish hierarchies of values and principles; and to introduce rules of the recognition, validity and effectiveness of norms". (Antonio Cassese, *When legal orders collide: the hole of the Courts*, Global Law Press – editorial Derecho Global, Sevilha, 2010, p. 15).

Nessa quadra e considerada a emergência do paradigma do **human rights approach**, tem-se que o estímulo à colaboração entre as jurisdições internas e internacionais, mediante a aproximação dialógica e construtiva de seus aspectos tende a franquear espaço profícuo no sentido de otimização da proteção dos direitos fundamentais - expressão da dignidade humana.

Colacionamos, uma vez mais, o abalizado magistério de Flávia Piovesan²³³:

[...] Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell²³⁴: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na ideia de que as relações entre goventantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”. [...]

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do mínimo ético irredutível. [...]

²³³ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Coordenadores), Editora *Lumen Iuris*, Rio de Janeiro, 2010, 2ª tiragem, p. 52-53.

²³⁴ Andrew Hurrell, Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world, In: Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 227. (PIOVESAN, Flávia, 2010, p. 52-53).

Na mesma ordem de ideias, André Ramos Tavares²³⁵ propugna pela utilização da jurisprudência constitucional estrangeira sempre que esta afigurar-se um instrumento conducente a um incremento no nível de proteção dos direitos humanos fundamentais, desde que presente compatibilidade com os comandos dogmáticos da Constituição nacional. Pontifica o preclaro autor:

A opção pela abertura à jurisdição constitucional não nacional deve ser amplamente praticada, por todas nações, e não apenas por algum grupo específico de países, quando se tratar de direitos humanos fundamentais. Mas as jovens democracias, que ainda se encontram em processo de consolidação tanto das liberdades públicas como do Estado social, devem estar mais atentas à jurisprudência de países que já alcançaram o estágio democrático e social que está presente também em suas próprias constituições. Mesmo assim, é preciso que a utilização seja não por mera reverência e sim por um modelo de interlocução (assimilação crítica), pois também democracias consolidadas podem apresentar decisões constitucionais inconsistentes com a busca pela maior proteção dos direitos humanos fundamentais. [...]

O ponto de partida, aqui, está na semelhança entre a maioria dos textos constitucionais dos países do Ocidente quanto aos objetivos democráticos e sociais a serem assegurados em seus Estados, o que aproxima um dos principais conjuntos de normas constitucionais, exatamente aquele referente aos direitos humanos fundamentais. Se Portugal e Espanha têm, em suas respectivas constituições, contemplado o Direito à privacidade, e o amadurecimento do conteúdo desta cláusula vem sendo feito, significativamente, há décadas, recentes Estados (como os países do leste europeu) têm na consulta a esta jurisprudência uma enorme fonte de auxílio na consolidação desse modelo em um nível de excelência. Mas a assimilação acrítica é, ainda aqui, inadequada e, em certa medida, inviável (pela própria diferenciação que pode haver entre os entendimentos das diversas jurisdições constitucionais estrangeiras, apesar do elo semântico ou até mesmo teleológico).

Prossegue o autor, ao postular uma tutela jurisdicional mais efetiva e que franqueie a máxima promoção dos direitos humanos fundamentais, a pertinência de cogitar-se de um direito fundamental implícito à ampla proteção decorrente da utilização cruzada de jurisprudência constitucional não nacional, mormente considerando-se que o constitucionalismo coloca problemas idênticos aos Estados Constitucionais.

Nessa toada, dentro de um sistema constitucional que admita (e, por maiores razões, quando imponha) a utilização de jurisprudência constitucional estrangeira, de maneira crítica e consistente (constante) – argumenta; seria impositiva sua utilização,

²³⁵ TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=65598>. Acesso em: 2 dez. 2019.

como decorrência da própria ideia de segurança e maximização dos direitos humanos fundamentais.

Nessa esteira, a rejeição da jurisprudência estrangeira mais benéfica ao direito fundamental questionado teria de se justificar com base em particularidades latentes de cada Constituição nacional – afirma André Ramos Tavares, assertiva com a qual concordamos, haja vista à ampliação do espectro protetivo dos direitos humanos fundamentais, aumentando-se o ônus argumentativo para fins de eventual restrição do alcance de sua tutela.

André de Carvalho Ramos²³⁶, demonstrando a verdadeira expansão do Direito Internacional e o crescimento exponencial de tribunais internacionais nos últimos tempos, alude ser este fenômeno decorrente das crises vivenciadas pela humanidade nesse início de século XXI, mediante a necessidade de enfrentamento de questões comuns e supraestatais como o são a ambiental, a econômica, a política e a social em tempos de globalização e mercados interligados, registrando, outrossim, o estabelecimento de doze novos tribunais internacionais nas últimas décadas. Vejamos.

Os números são eloquentes. Houve o estabelecimento de doze novos tribunais internacionais nos últimos vinte anos, como o Tribunal do Mar, a Corte do Espaço Econômico Europeu (EFTA Court), a Corte Centro-Americana de Justiça, a Corte da Comunidade de Estados Independentes, a Corte de Justiça do Mercado Comum do Sudeste e Leste Africano (COMESA Court), o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica da África Ocidental (Ecowas Court), o Tribunal de Justiça do Mercado Comum do Caribe (Caricom Court) e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.²³⁷

Ou seja, nesses últimos anos foram criados mais tribunais internacionais permanentes do que em todas as décadas anteriores, pois, até 1990, existiam apenas seis em atividade, a saber: Corte Internacional de Justiça, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, do Pacto Andino, do Benelux e as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.²³⁸ [...]

Essa expansão do Direito Internacional acelerou-se com as crises vivenciadas pela humanidade nesse início de século XXI. Há uma crise ambiental, que assola o planeta (o derretimento do Pólo Norte é apenas um de seus exemplos), social (a desigualdade social crônica e miséria de

²³⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil* In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 444-445.

²³⁷ Ver mais sobre a explosão do número de tribunais internacionais em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. (RAMOS, André de Carvalho. 2016, p. 444-445).

²³⁸ Ver mais sobre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos em RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012. (RAMOS, André de Carvalho. 2016, p. 444-445).

centenas de milhões envergonham a humanidade), econômica (com a crescente debilidade do dólar, “moeda nacional internacional”, porém sem lastro e dependente cada vez mais dos desejos chineses) e política (com as “guerras sem fim”, violações brutais de direitos e omissão da ONU). Tais crises erodem a capacidade de um Estado isolado de fazer frente a tais desafios, como se vê hoje na crise econômica dos Estados Unidos e da Europa, o que gera o apelo ao Direito Internacional.

Maurício Ramires²³⁹ ressalta a relevância do diálogo judicial internacional sob o enfoque da maior legitimidade da própria jurisdição constitucional no Estado Democrático.

Sob essa ótica, os precedentes estrangeiros serviriam de demonstração de que uma determinada interpretação, ainda que contramajoritária, encontraria esteio na tradição que conformou o pré-compromisso constitucional, deslocando o foco da discussão, portanto, da vontade individual para a construção supra-individual. Confira-se excerto de sua profícua análise:

Essa noção pode ser valiosa para a própria consolidação da democracia contra as tentações autoritárias. É apenas aparentemente paradoxal que se sustente que uma “comunidade supranacional de juízes”, aplicando o direito de maneira independente e contramajoritária através do controle de constitucionalidade, possa ser um vetor democrático em suas comunidades políticas, e não o contrário. A contradição é dissolvida uma vez que se compreenda que a democracia é indissociável da existência de um sistema de proteção de direitos que precisa operar de forma autônoma perante o poder central, mas que ao mesmo tempo deve reverência às conquistas civilizatórias da humanidade.

O círculo hermenêutico (GADAMER, 2010; STRECK, 2007), que gira entre a parte e o todo, implica o incessante envio e reenvio do atual para o histórico e do histórico para o atual; do prático para o teórico e do teórico para o prático; do familiar (nacional) para o estranho (estrangeiro) e do estranho para o familiar. É assim que as experiências constitucionais espalhadas pelo mundo conformam indícios formais a guiar o intérprete da Constituição nesse movimento de resolução dialética e simultânea (porque circular) de problemas que parecem contraditórios entre si, mas que são ao mesmo tempo indispensáveis para a existência do que hoje entendemos como uma sociedade democrática e regulada por um sistema de direito: a autoafirmação do poder dos juízes constitucionais perante os outros poderes estatais constituídos e a contenção do poder desses mesmos juízes. A cobrança por uma coerência interacional das decisões da justiça constitucional pode ser uma expressão desta contenção; o esforço dos julgadores para demonstrar essa coerência, por outro lado, pode ser o caminho para aquela autoafirmação.

²³⁹ RAMIRES, Maurício. *O papel do diálogo judicial internacional para a legitimação e independência da jurisdição constitucional*. In: Justiça Constitucional, Jorge Miranda, Fernando Antônio Dias Menezes e João José Custódio da Silveira (Coord.), Almedina, 2018, p. 308-309.

Sobreleva notar, como o fazem com argúcia Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem²⁴⁰, que o diálogo e a influência recíproca entre cortes não se restringem à mera consulta ao direito estrangeiro e a seus precedentes, impontando assentar não apenas a contextualização de sua potencial aplicabilidade ao caso sob análise - como, sobretudo, as razões que justificam a influência argumentativa e, portanto, persuasiva, na corte receptora, de sorte a permitir a identificação da *ratio decidendi* de incidência comum, sempre voltada ao vetor hermenêutico da efetiva tutela dos direitos humanos nos planos interno e internacional, diferenciando-a de sua aplicação como mero reforço argumentativo acessório, secundário. Nesse sentido pontificam:

Independentemente de qual seja a terminologia utilizada para a definição do processo de comunicação, troca e influência recíproca entre cortes, é fundamental ressaltar que não se trata de um método de simples consulta ao direito estrangeiro como aquele secularmente praticado. O processo desenvolvido atualmente apresenta variações em relação à influência exercida na corte receptora, de modo que, por vezes, será mero uso acessório, mas na maior parte dos casos é marcado pelo uso como argumento persuasivo, ou ainda, em casos mais raros e certamente mais polêmicos, como parte da *ratio decidendi*, constituindo elemento conclusivo da decisão²⁴¹. O processo que vislumbramos é também caracterizado pela identificação e interação entre as cortes dialogantes, pela construção voluntária de novos canais de trocas e pela preocupação, por parte das cortes e magistrados, com a contextualização de suas interpretações sobre os direitos humanos no plano internacional.

Os autores²⁴² ainda nos apresentam as chamadas redes horizontais e verticais de diálogos jurisdicionais, cujo traço distintivo radica-se, justamente, no elemento da autoridade, na medida em que as primeiras convivem com o respeito

²⁴⁰ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. *O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais*. In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 349-350.

²⁴¹ Jeremy Waldron aponta como uma das questões centrais do debate envolvendo o uso de direito estrangeiro por cortes estadunidenses justamente a delimitação de autoridade que exercem na jurisdição nacional, como elemento persuasivo ou conclusivo. WALDRON, Jeremy. "Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*". *Harvard Law Review*, v. 1195, 2005, p. 130. Na mesma direção argumenta Christopher McCrudden, para quem tal distinção entre "autoridade persuasiva" e "autoridade vinculante" deve ser feita quando se debate o papel contemporâneo do diálogo jurisdicional. Para este último autor, autoridade vinculante é aquela que deve ser aplicada pelo juiz, enquanto a autoridade persuasiva é o material relevante à decisão, mas não vinculante em sentido hierárquico. MCCRUDDEN, "Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", p. 502. Gustavo Cardoso bem identifica a transformação no uso do direito comparado na jurisprudência brasileira ao notar que "atualmente, a argumentação comparada faz-se presente na racionalidade das decisões dos tribunais superiores de vários países, notadamente daqueles tribunais que precipuamente devem zelar pelo texto constitucional". CARDOSO, Gustavo Vitorino. "O direito comparado na jurisdição constitucional". *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 6, 2010, p. 470. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁴² DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. *O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais*. In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 349-350.

mútuo pelas respectivas parcelas de autoridade, operando sem hierarquia e vinculação jurídica formal. As redes verticais, por seu turno, trabalham com a ideia e imposição (*enforcement*), podendo operar, também, como redes de integração, como bem detectam:

O chamado diálogo jurisdicional ocorre de diferentes maneiras, com diferentes atores e em múltiplas direções. Anne-Marie Slaughter descreve as redes horizontais (*horizontal networks*) de maneira abrangente, como sendo um componente de uma ordem mundial desagregada, a qual inclui agentes públicos encarregados da proteção e aplicação dos direitos humanos (dentre outras atribuições), e podem tanto ser informais e flexíveis como institucionalizadas²⁴³. As redes horizontais foram formadas com as demandas da globalização e se instrumentalizaram com o avanço da tecnologia, particularmente a possibilidade de “globalização judicial” introduzida pela *internet*, através da disponibilização *on-line* da jurisprudência e legislação de inúmeros países²⁴⁴. As redes se estreitaram ainda mais e deram espaço a uma espécie de harmonia entre cortes nacionais, um entendimento de respeito mútuo pelas respectivas parcelas de autoridade e aceitação recíproca da possibilidade de desentendimentos sobre a lei²⁴⁵.

Portanto, são redes que operam sem hierarquia e vinculação jurídica formal. Interessante observar que, nesse contexto, juízes dialogam com as razões produzidas pelos seus pares de rede e as acolhem ou rejeitam com base em seus próprios entendimentos do sentido da lei e da justiça²⁴⁶. A consolidação de tais redes – e, portanto, do diálogo entre seus membros –, conta ainda com significativa contribuição dos encontros presenciais. Não se trata mais de encontros protocolares. A institucionalização de tais agendas contribui para a aproximação e solidariedade de magistrados que compartilham desafios profissionais e, principalmente, ampliam suas perspectivas jurídicas²⁴⁷.

A diferença entre as redes horizontais e verticais é o elemento da autoridade. Redes verticais são redes de imposição (*enforcement*) que podem operar também como redes de harmonização, “no sentido de que aproximam regras nacionais e supranacionais”.

Debruçando-se sobre a abertura internacional e a abertura da Constituição, ou seja, sobre o fenômeno da crescente constitucionalização do direito internacional, J. J. Gomes Canotilho²⁴⁸ pontua que estas não se voltam a qualquer ordem internacional, mas àquela comprometida com a primazia da função emancipatória dos direitos humanos. Vejamos.

²⁴³ Cf. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 19. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁴⁴ Cf. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 72. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁴⁵ O termo cunhado pela autora é “judicial comity” e envolve o paradoxo de uma “maior predisposição ao choque com outras cortes quando necessário, como parte inerente do engajamento como iguais em um projeto comum”. Cf. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 87. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁴⁶ Cf. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 91. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁴⁷ Cf. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 99. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, 6ª ed., 2002, p. 370.

A abertura internaional e a abertura da Constituição, nos termos acabados de descrever, não são uma abertura para *qualquer* ordem internacional. Pelo contrário, é uma ordem internacional informada e conformada por determinados princípios a que se refere o artigo 7º da Constituição da República. A ordem internacional e as relações internacionais devem assentar em princípios intrinsecamente justos: o principio da independência nacional, o respeito dos direitos dos homens, dos direitos od povos, da igualdade entre os estados, de solução pacífica dos conclitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para emancipação e progresso da humanidade (art. 7º/1).

A passagem reproduzida acima do magistério do mestre português oferece substanciosos subsídios para refletirmos sobre as críticas articuladas por Richard Posner, identificadas por Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem, no que diz com a legitimidade do uso de jurisprudências estrangeiras por cortes diversas.

No que se refere à legitimidade do uso de jurisprudência estrangeiras, é recorrente a observação de que juízes têm autoridade, pois sua atividade tem um grau de legitimidade democrática que não pode ser estendida ao magistrado de outra jurisdição.²⁴⁹ Para Richard Posner, seria problemático o uso de decisão oriunda de corte de Estados não-democráticos. Seria, ainda, necessário “identificar o processo de nomeação/eleição de juízes de todas as jurisdições citadas.²⁵⁰ A questão da legitimidade relaciona-se também com a contextualização da fonte citada, pois a corte estrangeira que “exportou” a decisão “não interpretou o mesmo texto constitucional ou leis ou precedentes que enquadrariam a e guiariam a análise” tal como faria a corte receptora.²⁵¹ Neste sentido, diante das variações internas de cada sistema jurídico, “abrem-se oportunidades promíscuas”.²⁵²

Malgrado não se nos afigurem desimportantes a preocupação e crítica veiculadas pelo autor americano, aderimos ao entendimento esposado por Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem, para quem o alto grau de abstração das normas de proteção de direitos humanos, sua *ratio essendi* universal e progressiva internacionalização justificam seu uso na implementação de diálogos jurisdicionais, desde que mediante critérios e com a devida parcimônia. Nesse sentido:

Apesar da relevância da crítica, vale ressaltar que em matéria de direitos humanos a questão da legitimidade recebe contornos diferenciados. No caso de países signatários dos mesmos tratados de direitos humanos, há que se considerar que a construção da jurisprudência doméstica também será

²⁴⁹ POSNER, R. No Thanks, We Already Have Our Own Laws 22. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁵⁰ POSNER, R. No Thanks, We Already Have Our Own Laws 22. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁵¹ POSNER, R. No Thanks, We Already Have Our Own Laws 22. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁵² POSNER, R. No Thanks, We Already Have Our Own Laws 22. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

influenciada pelas normas e jurisprudência internacionais. Ademais, as normas de direitos humanos possuem, geralmente, níveis elevados de abstração de modo que, “mais do que em outras áreas do direito, é provável que se ganhe mais do que se perca com o uso de fontes estrangeiras”.²⁵³ Por fim, cortes nacionais, ao interpretar casos que envolvem direitos humanos, buscam evitar o constrangimento de conclusões discrepantes em relação aos seus pares de outros países, preocupação que “serve como poderoso incentivo a que prestem cuidadosa atenção aos requisitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Traduzindo essa perspectiva aberta e globalizadora sobre o diálogo entre os sistemas europeu e americano de direitos humanos, Javier García Roca, Humberto Nogueira Alcalá e Rafael Bustos Gisbert²⁵⁴ reforçam sua natureza supranacional, com inevitável impacto interno em virtude das obrigações internacionais assumidas por força dos tratados subscritos e ratificados pelos Estados.

Afirmam que o Direito, por definição, encontra-se submetido de forma permanente a revisão a partir de imperativos de racionalidade, modernidade e eficiência, assentando que o grau de abertura ao diálogo e à comparabilidade dos ordenamentos dos diferentes países configura uma escala quantitativa (VERGOTTINI), mas que em qualquer grau do mesmo fenômeno, toda a abertura volta-se à especulação doutrinária e jurisprudencial, afigurando-se sempre um bom indício acerca da profundidade do estudo fático e jurídico e, bem assim, da rejeição às superstições.

Nessa ordem de ideias, prosseguem os autores, a importação e exportação de interpretações sobre os direitos impede o solipsismo das altas cortes.

O elevado grau de globalização adquirido em matéria de finanças e mercados, como evidenciado pela crise econômica de 2007 demonstra a incapacidade dos governos de oferecer soluções isoladamente, de sorte que essas aproximações nacionalistas evidenciem-se gradativamente desprovidas de justificação, resultando necessária uma nova compreensão da realidade fundada

²⁵³ Esin Örüçü “Whiter comparativism in human rights cases?” ... cit. p. 229. No mesmo sentido Tom Bingham observa que “há algumas áreas do direito – por exemplo, tributário e previdenciário – nas quais a tarefa das cortes é essencialmente interpretar e aplicar os extremamente detalhados e complexos esquemas jurídicos elaborados pelo Parlamento. É improvável que o juiz ganhe muita ajuda para resolver um problema apresentado à corte com considerações de esquemas análogos na Alemanha ou Austrália ou os Estados Unidos.” Widening horizons the influence of comparative law and international law on domestic law, p. 2. (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 349-350).

²⁵⁴ ROCA, Javier García; ALCALÁ, Humberto Nogueira; GISBERT, Rafael Bustos. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, ROCA, Javier García et al, Civitas: Thomson Reuters, Madrid, Primera Edición, 2012, p. 67.

numa interpretação evolutiva, realista e sociológica e a abertura a cenários de diálogo, como são a influência do direito estrangeiro e do direito comparado.

Apreende-se, pois, a importante reflexão no sentido da maior legitimidade das decisões judiciais que pode advir de um cenário de diálogos jurisdicionais e mútua e recíproca influência argumentativa entre órgãos vocacionados, ao fim e ao cabo, à tutela dos direitos fundamentais, como o são os tribunais locais e as cortes de justiça supranacionais.

Oportunas as problematizações apresentadas por Conrado Hübner Mendes²⁵⁵ sobre o tema dos diálogos jurisdicionais, sobretudo no âmbito das jurisdições constitucionais, ao aquilatar, a um só tempo, os proveitos que podem advir do que nomina “uma constituição global de direitos”, estimulando-se um ideal universalista emancipatório do indivíduo e, lado outro, as dificuldades, óbices e receios naturais a essa espécie de exercício, ainda incipiente, mas tão necessária à expansão da força normativa dos diversos textos constitucionais e convencionais existentes, desde que prestigiados seus princípios sensíveis mais caros e respeitada a carga axiológica neles plasmada.

Em tradução livre, seguem suas percucientes ponderações:

Uma constituição global de direitos, como o leitor poderia ter antecipado, não é um único texto normativo monolíngue, nem um código abstrato e de fórmula. Também não é um instrumento normativo estático e homogêneo de cima para baixo. É, em vez disso, um repositório de raciocínio moral aplicado que define permanentemente os limites da autonomia pessoal dentro de uma política. É uma reconstrução racional de decisões legais dispersas, um mosaico plural que compartilha o ideal universalista da emancipação individual dentro de uma comunidade. É um romance em cadeia cosmopolita e multilíngue, conectado por um projeto moral compartilhado. Estudiosos e juízes constitucionais são responsáveis por enxergar esta colcha de retalhos global.

Esse ideal político, sem dúvida, requer uma reelaboração cuidadosa da natureza da autoridade da lei. A natureza da constituição que emerge gradualmente do diálogo entre tribunais estrangeiros opera sob uma lógica de influência e persuasão. Essa rede de decisões exerce, portanto, um tipo de autoridade mais sutil, à qual juristas e cientistas políticos nem sempre prestam atenção suficiente. É uma manifestação do constitucionalismo em sua dimensão moral, e não em sua dimensão legal e política.

Participar do desenvolvimento de uma constituição global de direitos é uma opção que os tribunais podem ou não querer fazer. O medo do etnocentrismo e outros perigos descritos acima parece mal colocado ou pelo menos exagerado. Na medida em que uma constituição global de direitos é uma conquista moral louvável, a recusa contundente em contribuir com ela carece

²⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. A GLOBAL CONSTITUTION OF RIGHTS: THE ETICS, THE MECHANICS AND THE GEOPOLITICS OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW. In: Transformative Constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, Indian and South Africa. VILHENA Oscar; BAXI, Upendra and VILJOEN Frans (editors). Pretoria University Law Press (PULP), 2013, p. 52-64.

de uma justificativa plausível. Essa atitude rejeita o outro como um membro da mesma comunidade.²⁵⁶

E, lucidamente, arremata o autor, exortando a reflexão sobre o tema e encorajando sua prática pelos juristas, apesar dos desafios que se nos apresentam na árdua tarefa:

O estado da arte no direito constitucional comparado, nas últimas décadas, caracteriza-se pela falta de um repertório conceitual comum, pela proliferação de metáforas, rótulos e slogans, pela multiplicação de conceitos classificatórios e receitas metodológicas. Fazer um balanço desses debates é uma tarefa massiva e urgente. Este ensaio pretendia aprofundar um pouco mais e identificar outras camadas que ainda não foram claramente exploradas. Tentou dar um passo atrás e fazer um exercício interpretativo. Ainda há uma falta de clareza do que está em jogo quando os tribunais constitucionais nacionais se envolvem. Ainda não temos uma visão geral das dimensões necessariamente envolvidas. Quais são os princípios que podem explicar, justificar e exigir essa prática? Como articular essa prática à luz dos nossos ideais políticos mais queridos? Em outras palavras, qual é a melhor interpretação disso? A precisão descritiva não é o objetivo deste exercício, mas a solidez normativa.

A teoria normativa constantemente fica decepcionada com o mundo real. Isso faz parte do seu trabalho crítico. No entanto, surpreendentemente ou não, já ajudou a mudar o mundo pelo menos algumas vezes na história. Forneceu alternativas, imaginou diferentes quadros da vida social. E fez isso porque não estava satisfeita com a descrição, por assim dizer, com imagens da realidade. Os tribunais devem se envolver com o direito comparado, desde que o façam "da maneira correta", de acordo com os princípios normativos mais justificados. Essa é a alma da mensagem comparativa. Esta não é uma tarefa simples, muito menos em sociedades pluralistas, e menos ainda em nível global.²⁵⁷

²⁵⁶ A global constitution of rights, as the reader might have anticipated, is not a single monolingual normative text, nor an abstract and formulaic code. It is not a static and homogeneous top-down normative instrument either. It is, instead, a repository of applied moral reasoning that permanently defines the boundaries of personal autonomy within a polity. It is a rational reconstruction of dispersed legal decisions, a plural mosaic that shares the universalist ideal of individual emancipation within a community. It is a cosmopolitan and multilingual chain novel, connected by a shared moral project. Constitutional scholars and judges are responsible to see this global patchwork.

This political ideal, undoubtedly, requires careful re-elaboration on the nature of law's authority. The nature of constitution that gradually emerges from the dialogue between foreign courts operates under a rationale of influence and persuasion. This web of decisions exerts, therefore, a more subtle kind of authority, to which jurists and political scientists have not always paid sufficient attention. It is a manifestation of constitutionalism in its moral dimension, rather than its legal and political ones.

To participate in the development of a global constitution of rights is an option that courts may or may not wish to make. The fear of ethnocentrism and other dangers described above seems misplaced or at least overstated. To the extent that a global constitution of rights is a laudable moral achievement, the blunt refusal to contribute to it lacks a plausible justification. This attitude rejects the other as a co-member of the same community.

²⁵⁷ The state of the art in comparative constitutional law, in the last decades, is characterised by a lack of a common conceptual repertoire, by a proliferation of metaphors, labels and slogans, by a multiplication of classificatory concepts and methodological recipes. To take stock of these debates is a massive and urgent task. This essay intended to dig a bit deeper and to identify other layers that have not been clearly explored so far. It tried to step back and to do an interpretive exercise. There is still a lack of clarity of what is at stake when national constitutional courts engage with each other. We still do not have an overall picture of the dimensions necessarily involved, of what are the principles that may explain, justify and demand this practice. How to articulate this practice in the light of our most cherished

De igual sorte, a apontada concepção de que a perceptível e crescente abertura das ordens jurídicas internas à ordem jurídica internacional não se volta a qualquer ordem internacional, mas àquela comprometida com a primazia da função emancipatória dos direitos humanos, dialoga de maneira muito próxima, nos contextos latino-americano e europeu, com o cenário identificado por Flávia Piovesan²⁵⁸ como a “*europicização*” do sistema interamericano e a “*interamericanização*” do sistema europeu, mediante, inclusive, incursões e participação da sociedade civil, a lhes conferir crescente legitimação social. Nesse sentido:

O sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana. O sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Nesse contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com o sistema global (mediante a incorporação de parâmetros protetivos de direitos humanos); o diálogo com os sistemas regionais (a envolver a “*europicização*” do sistema interamericano e a “*interamericanização*” do sistema europeu); o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade); e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

Nesta senda, a compreensão de que as ordens jurídicas internas dos Estados soberanos, a ordem internacional e as relações internacionais devem pautar-se em princípios intrinsecamente justos, inspirados na dignidade humana como verdadeiro

political ideals? In other words, what is the best interpretation of it? Descriptive accuracy is not the point of this exercise, but normative soundness.

Normative theory constantly gets disappointed with the real world. That is part of its critical job. However, surprisingly or not, it has already helped to change the world at least a few times in history. It supplied alternatives, imagined different pictures of social life. And it did that because it was not satisfied with description, so to say, with pictures of reality. Courts should engage with comparative law as long as they do it ‘in the right way’, according to the most justified normative principles. That is the soul of the comparative message. This is not a simple task, even less in pluralistic societies, still less at a global level.

²⁵⁸ No mesmo sentido, prossegue Flavia Piovesan: (...) Por fim, adicione-se o profícuo diálogo do sistema interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente empoderamento. O sistema enfrenta o paradoxo de sua origem – nasceu em um ambiente marcado pelo arbítrio de regimes autoritários com a expectativa estatal de seu reduzido impacto – e passa a ganhar credibilidade, confiabilidade e elevado impacto. A força motriz do sistema interamericano tem sido a sociedade civil organizada por meio de um transnacional network, a empreender exitosos litígios estratégicos. (PIOVESAN, Flávia. *Diálogos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma*. In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 487).

fundamento de validade e indisputável vetor hermenêutico, enseja novo paradigma a nortear a cultura jurídica, no que Flávia Piovesan²⁵⁹, ao focar a realidade latino-americana atual, aquilatou a passagem da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*. Confira-se:

A respeito do diálogo com os sistemas nacionais, como já mencionado, consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”. Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*.

Isto é, aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a ressignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

De um lado, despontam Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*.

Com efeito, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional [...]

Salienta Flávia Piovesan²⁶⁰, outrossim, a abertura ao diálogo inserta na Convenção Americana e a circunstância de as normas protetivas dos direitos humanos consubstanciarem patamares de tutela mínimos.

[...] Por outro lado, o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do artigo 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados internacionais de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio *pro ser humano*. Às regras interpretativas consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, somem-se os tratados de direitos humanos do sistema global – que, por sua vez, também enunciam o próprio *pro persona* fundado na prevalência da norma mais benéfica, como ilustram o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 16,

²⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 9ª edição, Ed. Saraiva, 2016, p. 136.

²⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 9ª edição, Ed. Saraiva, 2016, p. 137-138.

parágrafo 2º, da Convenção contra a Tortura e o artigo 4º, parágrafo 4º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. [...]

Em remate, analisando como se dá o controle de convencionalidade em suas modalidades difusa e concentrada, Flávia Piovesan²⁶¹ observa que o juiz nacional passa a ser, também, juiz interamericano, em razão de exercer o controle de convencionalidade na esfera doméstica, ou seja, na via difusa, ao escrutinar a incorporação da normatividade e da principiologia afeta aos direitos humanos no contexto latino-americano. Já o controle de convencionalidade na modalidade concentrada, consigna, fica a cargo da Corte Interamericana, à qual se atribui a última palavra na interpretação da Convenção Americana. Confira-se:

Cláusulas de abertura constitucional e o princípio por ser humano inspirador dos tratados de direitos humanos compõem os dois vértices – nacional e internacional – a fomentar o diálogo em matéria de direitos humanos. No sistema interamericano este diálogo é caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. Como enfatiza a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade das leis, entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.²⁶²

Insta realçar a importância da doutrina jurídica no contexto da tutela dos direitos humanos, assim como seu papel na vanguarda por sua ampliação progressiva, de sorte a não se ater a um exercício secundário de reproduzir decisões judiciais, mas, antes e sobretudo, informá-las e impulsioná-las paulatinamente a um nível de tutela mais expansivo.

Nessa quadra, Javier García Roca, Humberto Nogueira Alcalá e Rafael Bustos Gisbert²⁶³ bem observam e exortam a importância fundamental do papel a ser desempenhado pela doutrina científica:

²⁶¹ ²⁶¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 9ª edição, Ed. Saraiva, 2016, p. 138.

²⁶² Ver caso *Almocinad Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006. (PIOVESAN, Flávia, 2016, p. 138).

²⁶³ ROCA, Javier García; ALCALÁ, Humberto Nogueira; GISBERT, Rafael Bustos. *La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo*. In: *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, ROCA, Javier García et al, Civitas: Thomson Reuters, Madrid, Primera Edición, 2012, p. 74.

[...] Finalmente, pero no em importancia, es imprescindible la colaboración entre la *doctrina científica* de ambos hemisférios que comenta y sistematiza ambas jurisprudências cuando interpreta los derechos y garantías. No debería contentarse con representar un rol secundario, de simple glosa de las sentencias, en vez de asumir um papel protagonista en muchos escenarios, afrontando y estudiando cuestiones centrales y complejas y yendo por delante de las jurisprudências de ambas Cortes con el fin de coadyuvar a su solución. No em balde se habla cada vez más por los especialistas tanto em Europa como América Latina de un *ius commune* constituido por la protección supranacional de los derechos donde, al igual que ocurrió en el viejo Derecho Común medieval em las universidades italianas y en el resto de las universidades europeas, debe jugar un papel decisivo en su edificación la comunidade doctrinal de los juristas que viaja por ambos hemisférios en su dialogo com los tribunales. La ausencia de un verdadero legislador internacional en materia de derechos humanos en los dos continentes obliga a concede un papel decisivo a ambas fontes complementarias: doctrina y jurisprudencia. Para cualquier buen jurista, no existen fronteras territoriales ante la similitud de las normas y de los supuestos de hecho. Sorprende por eso la acusada tendencia de algunas doctrinas nacionales – la estadounidense entre ellas y algunas otras europeas em menor medida – a encerrarse en sus monólogos internos, desconociendo los frutos de otras elaboraciones europeas o latoniamericanas; uma autossuficiencia desprovista de racionalidad y justificación. No és un buen comienzo para contar uma historia en un contexto globalizado.

6.2 Perspectivas do Transconstitucionalismo

A dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República – art. 1º, III, da Constituição Federal, denota a carga axiológica plasmada no texto constitucional, revelando-se, portanto, relevantíssimo vetor hermenêutico na aferição do sentido e alcance de suas disposições. Corroborando a assertiva, Ingo Wolfgang Sarlet dispõe:²⁶⁴

Não obstante representar o termo enorme vagueza e subjetividade, temos a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental do ser humano, que exige das demais pessoas e do Estado um tratamento reconhecedor e solidário, que garanta condições mínimas de subsistência econômica, social e política.¹

Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade. [...]”

Recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material - Cf. a

²⁶⁴ Artigo – Revista Eletrônica Consultor Jurídico - Conjur - 1 de setembro de 2017, Por Ingo Wolfgang Sarlet – www.conjur.com.br – acesso em: 25 jun. 2019.

decisão proferida no Acórdão nº 509 de 2002, versando sobre o rendimento social de inserção.

Ainda com escólio em seus ensinamentos temos que²⁶⁵:

[...] os direitos fundamentais são amparados por “deveres de proteção estatais”, que operam como verdadeiros “imperativos de tutela”, em consonância com o dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Daí é que “é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles”. Ou seja, o reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais em favor dos cidadãos implica também o direito à sua “proteção mediante a organização e o procedimento”, a fim de lhes assegurar objetiva consecução por parte do Estado.

Sobreleva pontuar, a essa altura, o verdadeiro papel contramajoritário atribuído ao Poder Judiciário na proteção de direitos fundamentais e da dignidade de minorias e grupos vulneráveis.

Traz-se à colação, por relevante, julgado da CIDH²⁶⁶ cuja fundamentação denota a impossibilidade de sacrifício de tais direitos em razão de maiorias circunstanciais formadas no parlamento.

Hito importante, aunque también problemático según algunas visiones doctrinarias, es la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el "Caso Gelman vs. Uruguay", por la que la Corte IDH amplió intensamente las fronteras de operatividad del examen convencional y subrayó que la protección de los derechos fundamentales funciona como límite a las mayorías en el marco de desarrollo de la vida democrática. Mantuvo que: Particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.* (párr. 239)²⁶⁷—subrayado ariadido-

A fim de esclarecer as garantias, o constitucionalista Jorge Miranda pontua:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo; os direitos permitem a realização das pessoas e

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 149-151.

²⁶⁶ BAZÁN, Victor. *ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DIÁLOGO JURISDICCIONAL*. In: Revista Temas Socio Jurídicos, Vol. 36 N° 72 Enero - Junio de 2017, pp. 13 – 37.

²⁶⁷ Corte IDH, "Caso Gelman vs. Uruguay", Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos.²⁶⁸

Nesse contexto, tem-se que no cenário de globalização e, pois, de mútuas e recíprocas influências entre os Estados soberanos, aproximações nacionalistas extremadas vão se tornando, gradativamente, desprovidas de uma justificação racional, reclamando-se, portanto, o desenvolvimento de uma interpretação dinâmica e evolutiva de conceitos por vezes arraigados culturalmente, assim como a abertura ao diálogo e às relações internacionais (interpretação constitucional *secundum conventionem*), em prestígio à coexistência harmônica do pluralismo cultural, num arranjo pautado na dignidade humana como valor universal, pondo-se em relevo, nessa esteira, a proteção das minorias, não bastando, destarte, a mera invocação genérica à cláusula de legitimidade democrática para oprimi-las.

Daí decorre a indisputável relevância do papel contramajoritário das jurisdições interna e internacional.

Recorrendo ao magistério de André de Carvalho Ramos²⁶⁹, ao contextualizar o pensamento utilitarista clássico, consoante teoria consagrada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill no final do século XVIII e início do século XIX, no âmbito dos direitos humanos, colhe-se:

No campo dos direitos humanos, o utilitarismo clássico sustenta que a avaliação de uma conduta decorre de suas consequências e não do reconhecimento de direitos. Assim, determinado ato é – ou não – reprovável de acordo com as circunstâncias e consequências. O resultado em prol da felicidade do maior número possível de pessoas pode justificar determinada ação, uma vez que a utilidade não é simplesmente a felicidade individual. Para minimizar eventual defesa de monstruosidades (assassinato de alguns para beneficiar muitos, por exemplo), o utilitarismo não aceita que se obtenha a felicidade geral em prejuízo da felicidade individual. Logo, o utilitarismo não seria uma visão totalitária de eliminação da autonomia individual para o benefício da sociedade, mas sim uma visão de maximização das consequências positivas de uma conduta. A crítica ao utilitarismo em geral recai sobre a impossibilidade de uso dos indivíduos (e seus direitos) como instrumentos de maximização da felicidade da maioria. Ademais, há os riscos de se optar por uma ação que beneficie muitos e viole direitos fundamentais de poucos.

Como sensível, não se nos revela desimportante a crítica apresentada ao utilitarismo, mercê dos riscos de optar-se por uma ação que beneficie muitos e viole direitos fundamentais de poucos.

²⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. São Paulo: Coimbra, 9ª ed., 2012, p. 88-89.

²⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 90.

Importante a lição de Jorge Reis Novais²⁷⁰ aplicada ao sistema jurídico do Estado de Direito, apoiado em Ronald Dworkin, para quem:

[...] ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia.

(...)

Assente e reinterpretada à luz do princípio da igual dignidade da pessoa humana, ela não se confina aos direitos políticos, mas é extensiva a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais). Por outro lado, para além de uma função diretamente orientada à garantia da qualidade da democracia, a concepção dos direitos como trunfos significa, também, a proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa contra restrições essenciais ou determinantemente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências (visões de mundo) particulares ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjunturalmente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas. Por último, é um recurso especialmente adequado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos cuja debilidade, isolamento ou marginalidade não lhes permita, mesmo em quadro de vida democrático, a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais mediante meios comuns da participação política ou da luta social ou sindical²⁷¹.

Ainda no espectro do direito inclusivo, Canotilho²⁷² assevera que as modernas sociedades perderam, há muito, um de seus traços característicos, qual seja, a identidade comunitária baseada numa forte homogeneidade social, tornando-se multiculturais e multiétnicas. Confira-se:

No seio das sociedades inclusivas vivem minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas. Reconhecendo este facto, a Assembleia Geral da Nações Unidas adoptou, em Dezembro de 1992, uma *Declaração dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas*. A noção de minorias e de direitos de minorias levanta muitos problemas. **Minoria** será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, dotado de características étnicas, religiosas e linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria²⁷³.

²⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17-18.

²⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 32.

²⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. Almedina, 6ª ed., 2002, p. 387-388.

²⁷³ Seguimos a definição de J. DESCHÊNES, Proposition concernant une définition du terme minorité. Cfr. FENET/COUBI/SHULTETENCHKHOFF/ANSBACK, *Le Droit et les Minorités*, Bruxelles, 1995;

Atentando à acepção inclusiva da dignidade humana, Canotilho²⁷⁴ observa o crescente multiculturalismo existente nos diversos países, propugnando pela tolerância e devido respeito às diferenças étnicas, linguísticas, culturais, religiosas etc. Vejamos.

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprime essa ideia através dos *princípios da não identificação e da neutralidade*, pois a República só poderis conceber-se como *ordem livre* na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo e da vida²⁷⁵. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente. (J. Rawls).

De igual sorte, constitui a dignidade humana o principal ponto de interconexão nos diálogos e celebração de acordos internacionais pelos Estados, importando trazer à colação o magistério de Canotilho²⁷⁶, no que diz com a proteção internacional da pessoa humana.

Não obstante a tradição de algumas dimensões internacionais na protecção dos direitos fundamentais, o direito internacional clássico considerava o <<indivíduo>> como <<estranho>> ao processo dialético-normativo deste direito. Hoje, a introdução dos *standards dos direitos* do homem no direito internacional²⁷⁷ – garantia e defesa de um determinado *standard* para todos os homens – obrigou ao desenvolvimento de um *direito internacional individualmente* (não estadualmente) *referenciado*. Para lá da protecção diplomática e da protecção humanitária²⁷⁸, desenvolve-se uma *teoria jurídico-contratual internacional da justiça*, tendo por objetivo alicerçar uma nova dimensão de vinculatividade na protecção dos direitos do homem²⁷⁹. Aqui se vêem inserir, entre outros, o *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*,

FROWEIN/HOFMAN/OETER (org.), *Das Minderheitenrecht europäischer Staaten*, Berlin, 1994. (CANOTILHO, 2002, p. 387-388).

²⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 6ª ed., 2002, p. 225-226.

²⁷⁵ Sobre o conceito de *comunidade constitucional inclusiva* vide, entre nós, desenvolvidamente, JÔNATAS MACHADO, *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Coimbra, 1996, pp. 128 e ss. (CANOTILHO, 2002, p. 225-226).

²⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 6ª ed., 2002, p. 515-516.

²⁷⁷ Cfr., por último, EIBE RIEDEL, *Theorie der Menschenrechtsstandards*, Berlin, 1986; DUPUY, P. M. <<L'individu et le Droit International (théorie et fondements du droit international)>>, APD, 32 (1987); LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto Internazionale generale*, Milano, 1983. (CANOTILHO, 2002, p. 515-516).

²⁷⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, p. 192. (CANOTILHO, 2002, p. 515-516).

²⁷⁹ Assim, precisamente, J. M. PUREZA, <<Os direitos do homem na comunidade planetária: auto-referência ou harmonia especial>>, in *Estado e Direito*, 4/1989, p. 20. (CANOTILHO, 2002, p. 515-516).

o *Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*²⁸⁰, o *Protocolo Facultativo adicional ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos* e a *Convenção Europeia de Direitos do Homem*. Esta última Convenção é hoje considerada, eáa utilizarmos as palavras do Tribunal Europeu, como um “instrumento constitucional de ordem pública europeia”.

Relacionando a promoção da inclusão, o tema do multiculturalismo e proteção dos direitos humanos e o fenômeno da corrupção sistêmica em nível global, Marcelo Neves assevera²⁸¹:

A promoção da inclusão, vinculada a uma confrontação com as diversas formas da corrupção sistêmica, no plano da sociedade mundial, encontra melhores perspectivas no desenvolvimento do transconstitucionalismo no sistema jurídico de níveis múltiplos entrelaçados do que em ordens isoladas, sobretudo se essas têm pretensão de constituir comunidades. Isso porque a identidade jurídica de cada ordem vinculada à alteridade transconstitucional possibilita a universalização dos direitos, independentemente da eventualidade de ser membro ou não de uma determinada comunidade. E aqui deve estar presente uma assertiva fundamental: o que se exige, no âmbito do transconstitucionalismo, não é pertinência (qualidade de membro: *membership*) ou comunidade, mas sim uma promoção de inclusão generalizada, ou melhor, a redução da exclusão primária crescente, especialmente em relação ao direito, no contexto de uma estrutura heterogênea e diferenciada de comunicações. Nesse sentido, cabe sustentar que constituem problemas morais na sociedade mundial do presente não apenas a corrupção sistêmica, mas também, associada a ela, a exclusão de amplos setores da sociedade mundial dos benefícios elementares dos sistemas funcionais.

O excerto acima transcrito põe em evidência, com maestria, a invariante jurídico-axiológica da dignidade humana como pressuposto para o pleno exercício de direitos básicos, imanentes à condição humana, tanto no plano interno de cada Estado quanto no plano internacional, bem como aquilata o efeito nefasto e discriminatório da corrupção globalizada no acesso pelos indivíduos dos frutos produzidos pela sociedade, levando a marginalizações e, pois, flagrantes afrontas aos direitos humanos.

Thomas Buergenthal²⁸² assevera que um fenômeno, acima de todos os outros, tem sido um importante fator contribuinte para o crescente impacto político dos direitos humanos na conduta das relações internacionais e no comportamento dos governos: a convicção cada vez mais generalizada e prontamente observável dos seres humanos em todo o mundo que têm direito ao gozo dos direitos humanos.

²⁸⁰ Para mais informações, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, p. 203. (CANOTILHO, 2002, p. 515-516).

²⁸¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 293.

²⁸² BUERGENTHAL, Thomas. *The Evolving International Human Rights System*. In: *The American Journal of International Law*, v. 100, n. 4, out. 2006, p. 783-807.

Expõe que, a seu sentir, esse fenômeno assumiu proporções quase universais e é atribuível a vários fatores. O primeiro é o corpus maciço de legislação de direitos humanos que as Nações Unidas, suas agências especializadas e várias organizações regionais promulgaram e divulgaram ao longo dos anos.

De igual impacto é a crescente importância que a comunidade internacional atribui aos direitos humanos como um item prioritário nas agendas das conferências diplomáticas internacionais e nas relações bilaterais e multilaterais.

Prossegue apontando que este desenvolvimento resultou dos esforços de décadas de várias ONGs e governos para chamar a atenção para as violações de direitos humanos, para estigmatizar os infratores e, em geral, para tornar a lei internacional de direitos humanos mais eficaz.

Não olvida, nesse cenário, a explosão global das comunicações eletrônicas, circunstância que desempenhou e continua a desempenhar um papel importante em chamar a atenção do mundo quase instantaneamente a violações de direitos humanos, não importa onde elas ocorram.

Embora, ao longo dos anos, alguns líderes governamentais em vários países e grupos políticos extremistas tenham procurado, de várias formas, minar esses desenvolvimentos, seus esforços foram, em geral, mal-sucedidos, incapazes que se revelaram de deter o que se tornou um movimento mundial que capturou a imaginação de seres humanos, ansiando tratamento com humanidade e com dignidade.²⁸³

Impende colacionar o escólio de Daniel Sarmento²⁸⁴ sobre o tema da dignidade humana, mercê da referência histórica apresentada:

²⁸³ One phenomenon above all others has been a major contributing factor to the growing political impact of human rights on the conduct of international relations and the behavior of governments: the ever more pervasive and readily observable conviction of human beings around the world that they are entitled to the enjoyment of human rights. This phenomenon, I would argue, has taken on almost universal proportions and is attributable to several factors. First is the massive corpus of human rights legislation that the United Nations, its specialized agencies, and various regional organizations have promulgated and publicized over the years. Of equal impact is the growing importance the international community has come to attach to human rights as a priority item on the agendas of international diplomatic conferences and in bilateral and multilateral relations. This development grew out of the decades-long efforts by various NGOs and handful of governments to call attention to human rights violations, to stigmatize the violators, and, in general, to make international human rights law more effective. Not to be overlooked, finally, is the global electronic communications explosion. It has played and continues to play an important role in focusing the world's attention almost instantaneously on violations of human rights no matter where they occur. While over the years some government leaders in various countries and different extremist political groups have sought in a variety of ways to undermine these developments, their efforts have on the whole been unsuccessful. They have been unable to halt what has become a worldwide movement that has captured the imagination of human beings yearning to be treated humanely and with dignity. (BUERGENTHAL, 2006, p. 783-807).

²⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana, Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Ed. Fórum, 2ª edição, 2019, p. 35-36.

A mais importante formulação sobre a dignidade humana do Iluminismo – provavelmente a mais influente em toda a história – é do filósofo alemão Immanuel Kant, à qual se voltará diversas vezes ao longo deste estudo. É conhecida a teoria Kantiana de que as pessoas, diferentemente das coisas e dos animais, não têm preço, mas *dignidade*, constituindo fins em si mesmas. Kant fundamentou essa dignidade na autonomia da pessoa humana, que lhe confere a capacidade de agir de acordo com a moralidade²⁸⁵. A autonomia, para Kant, é uma característica universal dos seres racionais capazes de descobrir e de se autodeterminar pela lei moral²⁸⁶. Ela não depende de classe social, raça ou qualquer outro fator²⁸⁷. Daí a formulação do conhecido imperativo categórico da dignidade, cujo viés igualitário é evidente: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”.

Ainda abordando a temática da dignidade da pessoa humana e sua unidade axiológica e abrindo espaço para aportar ensinamentos acerca das perspectivas do transconstitucionalismo, como proposto no presente capítulo, recorreremos a Ingo Wolfgang Sarlet²⁸⁸, para quem:

Como bem lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado²⁸⁹, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como uma espécie de “alfa e ômega” do sistema dos direitos fundamentais²⁹⁰.

²⁸⁵ Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 50-124. (SARMENTO, 2019, p. 35-36).

²⁸⁶ Como consignou John Rawls, para Kant, “o fundamento da dignidade é a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio de autonomia” (RAWLS, John. *História da filosofia moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 242). (SARMENTO, 2019, p. 35-36).

²⁸⁷ Nesta formulação há, porém, uma clara exclusão dos indivíduos que não têm capacidade cognitivas plenamente desenvolvidas – como as pessoas com deficiência mental e mesmo as crianças menores. O ponto foi discutido por NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 127-140. Tanto é assim que há pensadores Kantianos contemporâneos que negam o status de pessoas e o acesso aos mesmos direitos a indivíduos com deficiências mentais e a crianças pequenas, como o bioético H. Tristram Engelhardt. Cf. ENGEHARDT, H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. Tradução José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 169-176. (SARMENTO, 2019, p. 35-36).

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações*. In: Direitos Humanos, Democracia e República, Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Caudineu de Melo (Org.), *quartier latin*, 2009, p. 522-523.

²⁸⁹ Cf. J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180. Assim também J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 101, referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais “não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos”. Entre nós, v., por todos, Rizzato Nunes, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45 e ss. (SARLET, 2009, p. 522-523).

²⁹⁰ Cf. F. Delpérée, *O Direito à dignidade humana*, p. 161. (SARLET, 2009, p. 522-523).

Tal concepção, à evidência, aplica-se também ao nosso constitucionalismo, igualmente caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que, no seu artigo 1º, inciso III, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito²⁹¹. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com seu texto – pode ser considerada como sendo uma Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana, ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade.

Marcelo Neves²⁹² aquilata, de igual sorte, a apontada ineficácia constitucional traduzida acima, em certa medida, por Ingo Wolfgang Sarlet, obtemperando o seguinte:

A Constituição tem sido considerada, mais recentemente, como uma metáfora do discurso ou retórica política e jurídica. Nesse sentido, seria, paradoxalmente, um mero artefato da semântica da sociedade, sem uma correspondência específica na estrutura social. A ela poderia recorrer-se discursivamente em contextos estruturais os mais diversos. Essa abordagem, característica do desconstrutivismo e de modelos pós-modernos, parece-me pouco frutífera para o tratamento dos problemas jurídico-políticos da sociedade moderna (mundial), na qual a semântica constitucionalista relaciona-se com mudanças na estrutura social.

Sem dúvida, “Constituição” é uma das metáforas da semântica social contemporânea (e, nesse sentido amplo, que linguagem, por fim, não o é?), mas isso não redundando, forçosamente, em um vazio de significado, isto é, “um significado flutuante” ou “valor simbólico zero”, ou um “significante vazio”. O constitucionalismo como uma construção da sociedade moderna envolve certos contornos de sentido que impedem uma absoluta desconexão entre semântica constitucional e transformações estruturais, e possibilitam relacionar as crises na semântica com problemas emergentes no plano das estruturas. De fato, há tensões entre a semântica desenvolvida no nível da autodescrição ou reflexão da sociedade e o plano estrutural da delimitação seletiva das operações possíveis, mas é evidente que mudanças na estrutura influenciam mudanças do artefato semântico e vice-versa. Cabe observar não só que as inovações semânticas relacionam-se com transformações estruturais, mas também que a obsolescência de semânticas específicas pode estar associada ao esgotamento das estruturas respectivas²⁹³.

Perscrutando as premissas do sugerido constitucionalismo global, Canotilho²⁹⁴ pontifica:

²⁹¹ Neste sentido, v., dentre outros, J. Afonso da Silva, *A dignidade da pessoa humana...*, p. 91-92. Também E. Brenda, *Die Menschenwürde its Unantastbar*, in: ARSP nº 22 (1984), p. 23, embora, para o caso da Alemanha, de há muito leciona que a noção de dignidade da pessoa constitui o ponto de partida e o centro da concepção de Estado e Direito adotado pela Lei Fundamental de 1949. (SARLET, 2009, p. 522-523).

²⁹² NEVES, Marcelo. A Constituição e a Esfera Pública: entre Diferenciação Sistêmica, Inclusão e Reconhecimento. In: *Direitos Humanos, Democracia e República*, Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Caudineu de Melo (Org.), quartier latin, 2009. p. 654.

²⁹³ “Se o nível de complexidade cda sociedade, entretanto, modifica-se, a semântica orientadora do vivenciar e agir precisa adequar-se a ele, porque senão ela perde a conexão com a realidade” (Luhmann, 1980, p. 22). (NEVES, 2009, p. 654).

²⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 6ª ed., 2002, p. 1354-1356.

De uma forma sintética, os traços caracterizadores deste novo paradigma emergente são os seguintes: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (*paradigma hobbesiano/westfaliano*, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por *valores, princípios e regras* universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Este paradigma emergente que alguns pretendem designar como **constitucionalismo global** não está ainda em condições de neutralizar o **constitucionalismo nacional**. Este constitucionalismo assenta, ainda hoje, nas premissas: (1) soberania de cada Estado, conducente, no plano externo, a um sistema de relações horizontais interestaduais e, no plano interno, à afirmação de um poder ou supremacia dentro de determinado território e concretamente traduzido no exercício das competências soberanas (legislação jurisdição e administração); (2) particular centralidade jurídica e política da *constituição* interna como carta de soberania e de independência de cada Estado perante os outros Estados; (3) aplicação do direito internacional nos termos definidos pela constituição interna, recusando-se, em muitos estados, a aplicação das normas de direito internacional na ordem interna sem a sua “conversão” ou adaptação pelas leis do Estado; (4) consideração das “populações” ou “povos” permanentemente residentes num território como “povo do Estado” que só nele, através dele e com submissão a ele poderão adquirir a “carta de nacionalidade”.

...

Independentemente da elevação do *jus cogens* a parâmetro de validade das constituições internas, parece indiscutível a força conformadora de alguns instrumentos internacionais de direitos humanos no sentido de: (1) estabelecerem um conjunto de **standards materiais mínimos** impositivos da observância, por parte dos estados, de obrigações jurídicas quanto a observância de um sistema penal e processual justo; (2) de uma organização jurídica independente; (3) de protecção de direitos básicos, incluindo a definição de cidadania; (4) de reactualização dos esquemas de *representação política* por forma a incluir *gupos, minorias e comunidades migrantes* num **estatuto plural de cidadanias**. Mesmo tendo em conta que este discurso depara ainda hoje com numerosos obstáculos (reservas formais por parte dos Estados, derrogações nacionais justificadas por condições extraordinárias, inexistência de mecanismos internacionais eficazmente coercitivos), também não é menos certo que a sistemática inobservância do *jus cogens* torna internacionalmente suspeitos os estados em permanente situação de *opt out* quanto à recepção e aplicação dos princípios e regras jusinternacionais cogentes. Como já se afirmou, o direito de “ficar fora” (*opting out*) do direito internacional e das instituições internacionais é cada vez mais uma ficção.

Chandra Lekha Sriram²⁹⁵ ao abordar as perspectivas dos diálogos e interações transnacionais²⁹⁶ ressalta que alguns estudiosos do direito internacional,

²⁹⁵ SRIRAM, Chandra Lekha. *International law, International Relations, theory and post-atrocity justice: towards a genuine dialogue*. In: *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944-), v. 82, n. 3, mai., 2006, p. 467-478.

²⁹⁶ **Transnational legal process**

Finally, some international legal scholars, informed in part by constructivism and liberal theory, but drawing primarily upon expertise as legal analysts and practitioners, have developed theories of transnational legal process. Foremost among these is Harold Koh, a law professor who was also US Assistant Secretary of State for Democracy and Human Rights for several years under the Clinton administration.

informados em parte pelo construtivismo e pela teoria liberal, mas recorrendo principalmente à expertise haurida como estudiosos e da atividade prática, desenvolveram teorias acerca do processo legal transnacional.

Segundo a autora, o mais importante deles é Harold Koh, professor de direito que também foi Secretário de Estado Adjunto dos EUA para a Democracia e os Direitos Humanos, por vários anos, sob o governo Clinton.

Sustenta que de acordo com Koh, no processo legal transnacional, vários atores - estados, juízes, ONGs, instituições internacionais e corporações - interagem para elaborar, interpretar, fazer cumprir e, finalmente, internalizar regras do direito internacional.

Harold Koh argumenta que os elementos-chave do processo legal transnacional são a interação, a interpretação e a internalização.

O direito internacional não é, portanto, algo imposto de uma forma hierárquica de cima para baixo, mas um conjunto de regras que disseminam interações entre uma variedade de atores dentro e além das fronteiras, as quais permitem que estes desenvolvam interpretações legais de regras, que podem, por sua vez, ser internalizadas no direito doméstico²⁹⁷.

A autora coloca em evidência, ainda com escólio em Koh, que essa abordagem do direito internacional diverge significativamente das abordagens tradicionais centradas no Estado, ao enfatizar a multiplicidade de atores com aptidão de estarem envolvidos na criação e interpenetração de obrigações legais.

Consigna, por relevante, que um subconjunto digno de nota do processo legal transnacional é o diálogo judicial transnacional, segundo o qual os juízes nacionais

In transnational legal process, according to Koh, various actors – states, judges, NGOs, international institutions and corporations – Interact to make, interpret, enforce and, ultimately, internalize rules of international law. He argues that the key elements of transnational legal process are interaction, interpretation and internalization. International law is thus not something that is imposed in a top-down hierarchical fashion, but a set of rules that disseminate *interactions* among a variety of actors within and across borders. These interactions allow actors to develop legal *interpretations* of rules, which can in turn be *internalized* into domestic law. Equally importantly, perhaps, this approach to international law diverges significantly from traditional state-centric approaches in the multiplicity of actors that might be engaged in the creation and interpenetration of legal obligations. A noteworthy subset of transnational legal process is transnational judicial dialogue, whereby national judges may engage in interpretation informed by judges of courts of other nations, regional courts and transnational courts. (SRIRAM, 2006, p. 467-478).

²⁹⁷ See Harold Hongju Koh, 'The 1998 Frankel Lecture: bringing international law home', *Houston Law Review* 35, 1998, p. 623; 'The "Haiti paradigm" in United States human rights policy', *Yale Law Journal* 103, 1994, pp. 2391-2; 'How is international human rights law enforced?', *Indiana Law Journal* 74 (1999), p. 1397; 'Transnational legal process', *Nebraska Law Review* 75, 1996, p. 181; 'Transnational public law litigation', *Yale Law Journal* 100, 1991, pp. 2347, 2358-75; 'Why do nations obey international law?', *Yale Law Journal* 106, 1997, p. 2599. (SRIRAM, 2006, p. 467-478).

podem se envolver na interpretação informada pelos juízes dos tribunais de outras nações, tribunais regionais e tribunais transnacionais²⁹⁸.

Avaliando a coordenação no labor dos Tribunais Internacionais contemporâneos frente a sua missão comum, Antônio Augusto Cançado Trindade²⁹⁹ consigna:

É alentador que as *cross-references* jurisprudenciais tenham se tornado mais frequentes no labor dos tribunais internacionais contemporâneos, em matéria de proteção dos direitos da pessoa humana. Nesta tendência, testemunhamos um fenômeno próprio de nossos tempos. Hoje em dia, a solução de controvérsias internacionais (inclusive pela CIJ) não mais se limita às que ocorrem em nível *inter*-estatal, mas abarcam também as que têm lugar em nível *intra*-estatal; ademais, é alentador verificar que existem hoje tribunais internacionais³⁰⁰ que buscam solucionar também estas últimas, ampliando assim o âmbito da própria solução de controvérsias³⁰¹, na medida em que, mais além desta, também dizem o que é o Direito. [...]

Os seres humanos passam a figurar como sujeitos, tanto *ativos* (ante os tribunais internacionais de direitos humanos) como passivos (ante os tribunais penais internacionais), do Direito internacional. A atual expansão da jurisdição internacional aumenta o número dos *justiciáveis* em nível internacional (ante a multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos), com a concomitante expansão da *personalidade* internacional assim como da *responsabilidade* internacional. [...]

É este um desenvolvimento contemporâneo altamente significativo, devido ao despertar da consciência humana para sua importância; e, tal como venho assinalando ao longo dos anos, a consciência humana é, em última análise, a fonte *material* última de todo o Direito³⁰². A temática da multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos e da busca da realização da justiça no plano internacional, tem efetivamente assumido posição de destaque na agenda internacional nesta segunda década do século XXI.

Ao abordar o Transconstitucionalismo, Marcelo Neves³⁰³ assinala que as questões jurídicas na sociedade contemporânea, sobretudo aquelas concernentes

²⁹⁸ Amnon Reichman, “‘When we sit to judge we are being judged’: the Israeli GSS case, *ex parte Pinochet* and domestic/global deliberation”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 9, 2001, pp. 41-103; Anne Marie Slaughter, ‘Judicial globalization’, *Virginia Journal of International Law* 40, 2000, pp. 1103-24; Diane F. Orentlicher, ‘Whose justice? Reconciling universal jurisdiction with democratic principles’, in Biersteker et al., eds, *International law and international relations*. (SRIRAM, 2006, p. 467-478).

²⁹⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo*. In: O Direito Internacional e o Primado da Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade e Antônio Celso Alves Pereira (Coeditores), Renovar, 2014, p. 48-49.

³⁰⁰ Tais como os tribunais de direitos humanos, e os tribunais penais internacionais. (CANÇADO TRINDADE, 2014, p. 48-49).

³⁰¹ K. Oellers-Frahm, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions”, 5 *Max-Planck Yearbook of United Nations Law* (2001) p. 69, e cf. pp. 74-75. Cada tribunal internacional tem sua “autonomia” (ibid., pp. 84-87, 91 e 100), cada um opera no âmbito de sua própria jurisdição, mas todos atuam em harmonia no desempenho de suas funções e realização de sua missão comum. (CANÇADO TRINDADE, 2014, p. 48-49).

³⁰² A. A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public international Law – Part I”, 316 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 177-202; A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, p. 3-49. (CANÇADO TRINDADE, 2014, p. 48-49).

³⁰³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 253.

aos direitos humanos, transcendem os interesses de um único Estado, demandando, portanto, proteção em múltiplos níveis e encerra a necessidade de estabelecimento de um diálogo entre as ordens jurídicas plurais.

Desta maneira, tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. Os conteúdos praticamente coincidem. A diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada. Os direitos humanos pretendem valer para os sistemas jurídicos mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (não apenas para a ordem jurídica internacional).

E prossegue:

O Estado deixou de ser um locus privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos loci em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado.

Nessa esteira, Mário Lúcio Quintão Soares³⁰⁴ aquilata a resignificação gradativa do conceito de soberania, com o protagonismo cada vez maior de interações entre os Estados para o enfretamento de questões comuns que lhes digam respeito, também crescentes, como a paz comunitária, assuntos econômicos, ambientais, dentre tantos outros. Assinala o autor:

O conceito de soberania tem sido reformulado, desde a Primeira Grande Guerra, de forma concreta, através de tratados internacionais, em virtude dos quais os Estados adquirem direitos e contraem obrigações, criando-se organizações internacionais, tais como a SDN (Sociedade das Nações) – Tratado de Versalhes ou a ONU (Organização das Nações Unidas) – Carta das Nações Unidas, com poderes para impor suas decisões de forma coativa, apelando inclusive para forças militares.

O conceito de soberania relativa começa a predominar na doutrina, plenamente compatível com a existência do DIP, sendo-lhe próprio vincular, especialmente, os Estados independentes, constituindo com eles uma comunidade jurídica³⁰⁵.

[...]

A noção de soberania, acentuadamente histórica e jurídica, que serviu para consolidar a noção de Estado, desvirtuada em reflexões ideológicas, constitui, entretanto, obstáculo a ser transposto, exigindo como pressuposto a consolidação do Estado Democrático de Direito e implicando a participação da sociedade civil nas decisões pertinentes à delegação de competências para instituição de órgãos supranacionais, visando concretizar o processo de integração perpetrado pelas organizações internacionais.

³⁰⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *A metamorfose da soberania em face da mundialização*. In: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional, desafios do direito constitucional internacional, Flávia Piovesan (Coord.), Max Limonad, 2002, p. 543-563.

³⁰⁵ Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, Madrid: Aguilar, 1969, p. 11. (SOARES, 2002, P. 543-563).

Charlotte Ku³⁰⁶, em lapidar artigo intitulado “Global Governance and the Changing Face of International Law”, em tradução livre, “Governança Global e a Nova Face do Direito internacional”, alude à possibilidade de os Estados fazerem progressos coletivos na busca de soluções comuns para questões regionais e globais em um cenário marcado, cada vez mais, pela difusão de poder.

Argumenta que ao longo dos tempos o direito internacional passou a restringir o poder dos estados em travar guerra e a abordar uma lista crescente de questões transnacionais, elegendo uma agenda historicamente sem precedentes de preocupações internacionais, como, exemplificativamente, a proteção ambiental, o bem-estar econômico e até mesmo a proteção dos direitos individuais dos cidadãos contra os próprios abusos de seus governos, fortalecendo-se, nesse cenário, o papel da sociedade civil.

Nessa tônica, acrescenta, as demandas da sociedade civil tornaram a identificação das normas e valores do direito internacional mais complexa, à medida que o número de “tomadores de decisão com autoridade” e o número de assuntos de interesse internacional proliferaram-se. Essa complexidade deposita maior confiança em um sistema operacional robusto para apoiar ações e discursos políticos adequados.

O desejável enfrentamento dos desafios vindouros, pondera a autora, pressupõe não apenas a mobilização de recursos para a tomada de decisões apropriadas, perpassando por indivíduos qualificados para abordar questões e recursos específicos e, sobretudo, pela compreensão pelas lideranças políticas da gama irradiada de valores eticamente aceitáveis e exigíveis no plano internacional.

Nesse diapasão, arremata a autora, revela-se profícuo o espaço de legítima interação entre os Estados envolvidos em questões, problemas e aflições comuns, devendo ser-lhes franqueados locus para o discurso e a ação política, podendo resultar dessa aproximação dialógica, progressos em prol de uma governança global, pautada pelos necessários elementos de clareza, aceitabilidade e consenso político, embora não sejam estes, por vezes, facilmente atingíveis.

De toda sorte, o Direito Internacional decerto tem contribuído para disponibilizar uma estrutura flexível e apta a propiciar o crescente engajamento dos

³⁰⁶ KU, Charlotte. Global Governance and the Changing Face of International Law, 2001, Texas A&M University School of Law, Disponível em: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/574>. Acesso em: 01 dez. 2019.

Estados no sentido de buscarem forjar soluções comuns para os problemas transnacionais que os alcançam, definindo, progressivamente, os padrões e obrigações legais a serem observados reciprocamente.

José Eduardo Faria³⁰⁷, analisando a proeminência de organizações empresariais transnacionais e a circunstância de influenciarem a própria agenda decisória dos Estados, alude ao crescente anacronismo de seu direito positivo doméstico a ser aplicado em seus lindes territoriais, para lidar com questões cada vez mais complexas, relacionadas a fatos multifacetados e heterogêneos. Vejamos.

[...] Diante da integração dos sistemas produtivos e financeiro em escala mundial, do subsequente enfraquecimento do poder de controle e intervenção sobre os fluxos de capitais pelos bancos centrais e da progressiva autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados e especializados, o Estado também não consegue mais disciplinar e regular a sociedade e a economia por meio de seus instrumentos normativos tradicionais. Com as intrincadas tramas e entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores econômicos, no âmbito dos mercados transnacionalizados, seu direito positivo e suas instituições judiciais têm um alcance cada vez mais reduzido. Como foram concebidos para atuar dentro de fronteiras territoriais precisas, sua jurisdição e suas barreiras geográficas vão sendo superadas ou relativizadas pela expansão da microeletrônica, da informática, das telecomunicações e dos sistemas de transportes. [...]

Além disso, o Estado também enfrenta uma outra grave limitação estrutural. Seus sistemas jurídico e judicial, além do problema do esvaziamento de sua jurisdição, já não mais se revelam capazes de atuar de modo eficaz. Suas normas padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade e da abstração, e tradicionalmente organizadas sob a forma de um ordenamento lógico-formal fechado e hierarquizado, são singelas demais para disciplinar ações crescentemente complexas. Elas não conseguem dar conta, de maneira lógica, de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Mostram-se igualmente incapazes de regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos.

Nessa perspectiva, Marcelo Neves³⁰⁸ nos apresenta a noção do Transconstitucionalismo, cujo desiderato radica-se na promoção de aproximações dialógicas mediante o entrelaçamento das diversas ordens jurídicas, mercê de sua progressiva integração na ordem mundial. Nesse sentido:

[...] o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução um de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder-, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus

³⁰⁷ FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade*. In: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional. Flávia Piovesan (Coordenadora), Max Limonad, 2002, p. 597-607.

³⁰⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 297-298.

próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação³⁰⁹. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que “eu vejo o que tu não vês”³¹⁰, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*.

Propugando por uma abertura cognitiva entre as múltiplas ordens jurídicas (níveis múltiplos entrelaçados) e prestigiando a perspectiva inclusiva em relação à alteridade, Marcelo Neves enxerga o transconstitucionalismo como uma exigência funcional tendente à promoção de uma integração sistêmica, apta a franquear a comunicação entre os fragmentos da ordem mundial e lidar com o fenômeno da exclusão.

Nesse sentido, se nos afigura elucidativa a seguinte passagem de sua obra³¹¹:

Ao recorrer-se à expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, busca-se aqui ressaltar uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva. Isso nos põe perante um sistema multicêntrico, no qual, embora haja hierarquia no interior das ordens, prevalecem entre elas as relações heterárquicas. O nexo circular entre as ordens admite apenas a noção de uma “hierarquia entrelaçada”, que é incompatível com a conexão escalonada entre elas. Nesse contexto, ocorre o entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas, cada uma delas com pretensão de autofundamentação realizada em grau maior ou menor, confrontadas com problemas jurídico-constitucionais que lhes são igualmente relevantes. Assim, questões de direitos fundamentais ou da limitação e do controle do poder, como também da participação juridicamente regulada em procedimentos políticos, que constituem problemas centrais do constitucionalismo em sentido moderno, reaparecem enredadas em uma malha de pretensões de resolução de caso que partem de ordem diversas.

Nessa quadra, Marcelo Neves³¹² obtempera que o fechamento cognitivo das múltiplas ordens jurídicas internas às recíprocas influências seria caminho equivocado e obstaculizador do surgimento da “*transversalidade constitucional*”, advindo, possivelmente, desse cenário de fechamento normativo de uma ordem perante a outra, a solução inadequada de problemas constitucionais comuns.

³⁰⁹ Heinz von Foerster, 1981, p. 228 s. (NEVES, 2009, p. 297-298).

³¹⁰ Luhmann, 1990g. (NEVES, 2009, p. 297-298).

³¹¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 236-237.

³¹² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 237-238.

O transconstitucionalismo, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, apresenta-se como o modelo fundamental de viabilização de um tratamento satisfatório desse risco. Nesse contexto, não apenas emergem problemas constitucionais para uma pluralidade de ordens, mas também há “o desenvolvimento de elementos constitucionais de diferentes níveis”. Em alguns casos, uma das ordens envolvidas pode não dispor positivamente dos elementos constitucionais. Não obstante, ao confrontar-se com os problemas constitucionais no contexto de uma sociedade mundial complexa e ao deparar com pretensões de outras ordens jurídicas, a ordem avessa inicialmente ao constitucionalismo tende a desenvolver, em seu discurso, elementos constitucionais para concorrer à solução do caso. Um mero desprezo à colisão tende a ter efeitos negativos em todas as direções, inclusive para a própria ordem que pretende desconhecer o respectivo entrelaçamento transconstitucional dos problemas comuns. Dessa maneira, o transconstitucionalismo apresenta-se como uma exigência funcional e uma pretensão normativa em um sistema mundial de níveis múltiplos.

Em remate, as perspectivas do transconstitucionalismo apresentadas pretendem aproximar dialogicamente as ordens jurídicas plurais e policêntricas, de sorte a diminuir a fragmentariedade e a tendência de exclusão existentes entre os diferentes sistemas normativos, tendo como vetor a proteção da dignidade humana, fundamento de validade, em última análise, dos próprios ordenamentos constitucionais.

CONCLUSÃO

Corrupção consubstancia termo polissêmico e plurissignificativo, não se compadecendo, portanto, com conceituação unívoca.

Nessa senda, sua acepção generalista, assim entendida como o desvio ao dever de probidade e retidão com o objetivo de obter, para si ou para terceiro, ganho indevido, acaba por melhor retratar a multidimensionalidade do fenômeno, que pode ser público ou privado, tendo o presente trabalho enfatizado a primeira modalidade.

Com efeito, múltiplas são suas causas – passando, em certa medida, pela desproporcional burocracia estatal em vários setores, desprovida de razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins a serem alcançados e tutelados pelo Estado – o que leva certos autores a identificarem algum ponto positivo no fenômeno, que seria apto, nesse viés, a destravar as engrenagens administrativas.

De igual sorte, variadas e deletérias são suas consequências, afetando os direitos humanos em todas as suas esferas: civil, política, econômica, social, cultural, ambiental e, sobretudo, na perspectiva da obstaculização do direito ao desenvolvimento.

Nessa vereda, impõe-se a adoção de um Estado funcional e mais próximo e acessível aos cidadãos, a fim de que estes possam fazer valer seus direitos diretamente e com celeridade, adequação e impessoalidade, independente da intermediação de terceiros prescindíveis nesse cenário, afastando-se, tanto quanto possível, amarras administrativas e burocráticas que se revelem obsoletas e incompatíveis com as finalidades a serem alcançadas, assim como óbices técnico-procedimentais incondizentes com a publicidade e motivação das decisões a serem tomadas nas esferas judicial, administrativa e controladora.

Transparência, liberdade de expressão e educação, nesse contexto, exurgem como elementos essenciais à conscientização da população e ao engajamento da sociedade civil na luta pela prevalência de seus direitos, submetendo-se, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o governo e os cidadãos ao *rule of law*, exigindo-se daquele a devida prestação de contas de suas atividades (*accountability*) e, destes, maior participação nos processos de tomada de decisões que lhe digam respeito.

Reconheça-se, no ponto, que investimento em tecnologia da informação; programas de conscientização da população sobre seus direitos básicos e como

satisfazê-los perante os órgãos públicos e a adoção efetiva de princípios de governança nos diversos segmentos administrativos, decerto terão o condão de contribuir para a mais adequada e eficiente fruição de serviços públicos essenciais pelos cidadãos, como pretende o texto constitucional – art. 37, *caput*, da CF.

A corrupção enfraquece a governança e as instituições democráticas, havendo inequívoca demonstração empírica nos relatórios elaborados pela Transparência Internacional (Índice de Percepção da Corrupção Global 2018 e Latino-Barômetro 2019), do forte e direto liame causal existente entre o grau de institucionalidade democrática dos Estados e a corrupção verificada em seu âmbito.

Como se nos afigura intuitivo, quanto maior a instabilidade democrática e mais fracas as instituições, tanto maiores os índices de corrupção – o que encerra um ciclo pernicioso, na exata medida em que países com instituições sem credibilidade e apáticas, pouco conseguem fazer na luta contra a corrupção.

De mais a mais, a corrupção eleitoral mina a crença dos indivíduos na política e nos gestores públicos, corroendo a democracia -; assim como a corrupção administrativa, ao desviar vultosos importes de contratos públicos, que vão desde pequenas contratações necessárias ao funcionamento de uma repartição até grandes obras de infraestrutura, influencia na alocação eficiente dos escassos recursos disponíveis, preterindo o planejamento e a adequada execução de políticas públicas, sobretudo no campo dos direitos sociais prestacionais, cuja concreção demanda prévia dotação orçamentária.

A corrupção avilta, portanto, estreme de dúvidas, os direitos humanos, na medida que se impõe ao Estado a promoção de tais direitos aos seus cidadãos, ainda que em certos patamares, a fim de assegurar-lhes o mínimo existencial condizente com a dignidade humana.

Esta, por seu turno, foi alçada a verdadeiro fundamento de validade das ordens jurídicas constitucionais - ousamos assentar, merecendo destaque, nesse particular, a força normativa do *jus cogens* no âmbito do direito internacional, o qual perfaz um núcleo material duro, intangível e inderrogável - que dialoga muito proximamente com a gramática emancipatória dos direitos humanos, numa perspectiva inclusiva, multicultural e aberta.

Sobreleva realçar a preocupante constatação inserta no estudo da Transparência Internacional - Global Corruption Barometer - Latin America & The Caribbean 2019, apontando e denunciando, pela vez primeira, em sua décima edição,

relatos sobre cidadãos coagidos a fornecer favores sexuais em troca de serviços públicos, como saúde e educação - uma prática conhecida como extorsão sexual ou "sextortion", a qual atinge, com maior severidade, as mulheres, sendo considerada, pois, uma nova forma de questão envolvendo gênero a ser enfocada e direcionada de maneira adequada pelos Estados, por vulnerar de maneira intolerável, a dignidade humana.

Como reflexos da globalização econômica, do desenvolvimento dos meios de comunicação, da livre circulação de pessoas e produtos em blocos comunitários regionais etc, o crime e seus efeitos, na mesma esteira, transnacionalizaram-se, não podendo o problema ser enfocado, doravante, unicamente como relacionado às ordens jurídicas internas dos Estados.

Mister se faz, portanto, a aproximação dialógica e a troca de experiências entre as diversas ordens constitucionais e seus respectivos sistemas de justiça, reciprocamente.

Na mesma esteira, de se prestigiar e estimular o diálogo jurisdicional com as cortes de justiça internacionais e supranacionais, de sorte a aperfeiçoar, progressivamente, os patamares de tutela dos direitos, tanto nas ordens internas quanto na seara internacional.

Obtempere-se que a utilização da jurisprudência estrangeira deve ser levada a efeito de forma parcimoniosa e ponderada, atentando-se, sobretudo, para a compatibilidade vertical da pertinência de sua aplicabilidade a determinada controvérsia *sub judice*.

Nessa seara, a Jurisdição Constitucional, impelida pela plena concretização dos direitos humanos fundamentais, deve estar aberta a esse diálogo e a experimentações argumentativas e persuasivas, enaltecendo-se um viés expansivo ao patamar protetivo desses direitos, cabendo-lhe, excepcionalmente e desde que presente e cabalmente demonstrada omissão estatal juridicamente relevante e injustificável, em face da proclamação do direito pela Lei Maior, reconhecê-lo e impingir-lhe eficácia, sempre reverenciando o diálogo interinstitucional com os demais poderes (CF, art. 2º), em suas recíprocas e constantes interações, influências e controles (checks and balances – sistema de freios e contrapesos).

Ainda nesse contexto, exsurtem nítidas a necessidade e a importância dos tratados internacionais tendentes ao enfretamento conjunto de complexos problemas que afligem os Estados e a própria comunidade internacional – interligada que está,

sugerindo alguns autores a verificação gradativa do fenômeno da “desterritorialização” – sem prejuízo do respeito ao conceito de soberania, mercê da constatação fática de que as consequências dos eventos na ordem global, não mais se restringem aos limites físicos dos Estados onde ocorrem.

Daí a conveniência e imprescindibilidade da sinergia gerada pelos tratados internacionais e, bem assim, pelos instrumentos de cooperação internacional, indispensáveis, no que diz com o combate à corrupção transnacional e, por corolário, com a proteção dos direitos humanos - a seu êxito e efetividade, sobretudo no que atina com a recuperação de ativos desviados e objeto de lavagem de capitais.

Nesse sentido, justificam-se os esforços da ordem jurídica interna (ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos) e dos tratados internacionais que versam o tema da corrupção, em prevenir e punir a lavagem de dinheiro, exortando que os Estados signatários a criminalizem, assim como ao enriquecimento ilícito de funcionários públicos -, com o objetivo de atingir-se o núcleo financeiro do crime organizado transnacional, voltado ao patrocínio de tantos outros, como o tráfico internacional de entorpecentes, de pessoas, de armas, o terrorismo etc.

Embora naturalmente haja espaço e mesmo necessidade de constantes aperfeiçoamentos institucionais e legislativos no trato de assunto tão complexo como a corrupção, em todos os seus níveis e âmbitos, interno e transnacional, constata-se que o Brasil se encontra alinhado e em sintonia com o que há de mais moderno sobre o assunto, tendo subscrito, ratificado e internalizado os principais tratados internacionais existentes acerca de seus almejados e efetivos prevenção e combate.

Envolve-se o Estado brasileiro, na consecução desse desiderato, com a necessária cooperação internacional, por intermédio de seus órgãos de inteligência financeira e instituições vocacionadas à repatriação e recuperação de ativos, como, a título ilustrativo, o Ministério Público Federal e o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, do Ministério da Justiça, dispondo, portanto, de vasto acabouço normativo para o enfretamento a esse fenômeno tão deletério à vida social.

Nessa ordem de ideias, como se dá em outras searas, o ponto fulcral a ser enfocado diz com o aperfeiçoamento do grau de efetividade de aplicação dos marcos normativos existentes e disponíveis a serem manejados pelas instituições, em observância a seus misteres institucionais (Ministério Público, Advocacia Pública, Poder Judiciário, órgãos de controle como os Tribunais de Contas, Defensoria Pública,

Receita Federal, no âmbito da Administração Tributária, demais órgãos de inteligência financeira (UIF), Agências Reguladoras, Autarquias etc), sem prejuízo, sublinhe-se, da abertura para acompanhar e internalizar, pelos meios próprios, boas práticas e experiências exitosas verificadas em outras partes do globo.

Acresça-se que atuação conjunta, quando possível, ou ao menos coordenada entre os órgãos públicos incumbidos da persecução e do combate à corrupção revela-se premente, eliminando-se a superposição de atuações contraproducentes e geradoras de insegurança jurídica no manejo e aplicação dos instrumentos disponibilizados pelos marcos normativos existentes.

As perspectivas do Transconstitucionalismo, tão bem trabalhadas entre nós por Marcelo Neves, assinala que as questões jurídicas na sociedade contemporânea, sobretudo aquelas concernentes aos direitos humanos, transcendem os interesses de um único Estado, demandando, portanto, proteção em múltiplos níveis, encerrando a necessidade de estabelecimento de um diálogo entre as ordens jurídicas plurais, local regional e global.

Em remate, se nos afiguram indisputáveis os altos custos da corrupção, fenômeno multifacetado, a irradiarem efeitos nefastos sobre os aspectos econômicos, sociais, políticos, culturais, ambientais e, portanto, sobre o núcleo essencial do desenvolvimento humano.

Temos clara a percepção de que a corrupção afronta a plena fruição dos direitos humanos, promove a exclusão social; intensifica as desigualdades abissais já existentes; diminui a capacidade de investimento dos Estados em políticas sociais e distributivas, mercê da redução de sua capacidade arrecadatória, deteriorando a qualidade dos serviços públicos; distorce as reais prioridades alocativas do Estado, o que se revela especialmente grave em se considerando a escassez de recursos disponíveis para fazer frente às obrigações constitucionalmente delineadas, sobretudo as de cunho social prestacional, que demandam prévia dotação orçamentária, em um cenário de crise fiscal interna, extensível a diversos outros países do globo; desincentiva a livre concorrência entre os agentes privados e, assim, desacelera a economia (pois terão mais dificuldade de permanecer no mercado os competidores honestos e ciosos de suas obrigações legais e socioambientais); desacredita as instituições e a legitimidade do processo democrático. Enfim, tem-se como inarredável a formulação de que a corrupção milita ostensivamente em desfavor da implementação gradativa e progressiva de direitos e liberdades.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEGRE, Ana Isabel Burke de Lara. *Globalização vs. Segurança*. In: *Globalização, Justiça & Segurança Humana – capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI*. Robério Nunes dos Anjos Filho (Organizador). Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU, Brasília, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, MARÍLIA SOUZA DINIZ. *Do sigilo ao acesso: análise tópica da mudança de cultura*. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANNAN, Kofi A. Foreword. In: *United Nations Office on Drugs and Crime. Vienna. United Nations Convention Against Corruption*. United Nations: New York, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*, 9ª Edição, Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva editora, 2011.

BAZÁN, Victor. *ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DIÁLOGO JURISDICCIONAL*. In: *Revista Temas Socio Jurídicos*, v.36, n.72, Enero - Junio de 2017.

BELTRAME, Priscila Akemi; ARAÚJO, Juliana Correia de. *Compliance e as Organizações Internacionais*. In: *Manual de Compliance*, André Castro Carvalho, Rodrigo de Pinho Bertocelli, Tiago Cripa Alvim e Otavio Venturini (Coordenadores), gen & Forense ed., 2018.

BERCOVIVI, Gilberto. *O controle Externo do Judiciário e a Soberania Popular*. In: *Reforma do Poder Judiciário*. Coordenação de André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesus Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UNB, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo. *Mudança do Coaf para o BC e o combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-29/direito-defesa-mudanca-coaf-bc-combate-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 30 out. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

BUERGENTHAL, Thomas. *The Evolving International Human Rights System*. In: *The American Journal of International Law*, v.100, n.4, out. 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo*. In: *O Direito Internacional e o Primado da Justiça*, Antônio Augusto Cançado Trindade e Antônio Celso Alves Pereira (Coeditores), Renovar, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, 6ª ed., 2002.

CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *O combate ao crime organizado de corrupção*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016.

CASTRO, Tony Gean Barbosa. In: RDPJ, Brasília, ano 2, n. 4, jul-dez 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>> Acesso em 22 ago. 2019.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. *Governança Pública, Um Ensaio sobre Pressupostos e Instrumentos de uma Ação Estatal Juridicamente Eficiente*, quartier latin, São Paulo, 2019.

DEAKIN, Simon, GINDIS, David, HODGSON, Geoffrey M., HUANG, Kainan, PISTOR, Katharina. *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law*. In: *Journal of Comparative Economics* 45 (2017).

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. *O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais*. In: *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), *Gazeta Jurídica*, Brasília, 2016.

DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação as decisões judiciais e processos nos tribunais. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade*. In: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional. Flávia Piovesan (Coordenadora), Max Limonad, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional, Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Editora Manole, 2007.

FILGUEIRAS, F. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GHIZZO NETO, Affonso. *O Combate à Corrupção e a Educação como Instrumento de Ação Coletiva*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016.

GODINHO, Thiago J. Zanini. *Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção*. Belo Horizonte: In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 58; jan/jun de 2011.

GOMES, José Vitor Lemes, *A corrupção em perspectivas teóricas*. In: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF v. 5, n. 1 e 2 jan./dez. 2010.

HARKER, Drew A.; CASTELLANO, Nathaniel E. The World Bank sanctions system, 01.02.2017. Briefing Paper nº 17-3. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2922782>. Acesso em: 04 ago. 2019.

HODGSON, Geoffrey; SHUXIA, Kiang. La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista. *Revista de Economía Institucional*, vol. 10, núm. 18, primer semestre, 2008. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. Editora: W. W. Norton & Company (17 de abril de 2000).

HUNTINGTON, Samuel P. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. São Paulo: Ed. USP. 1975.

KAUFMANN, Daniel. GRAY, Cheryl W. *Corruption and Development*. In: Finance & Development / March 1998.

KLITGAARD, Robert. Addressing corruption together. In: OECD SYMPOSIUM ON ANTI-CORRUPTION DEVELOPMENT ASSISTANCE: *Good Practices among*

Providers of Development Co-operation, Paris, December 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/dac/governance-peace/publications/FINAL%20Addressing%20corruption%20together.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

KU, Charlotte. *Global Governance and the Changing Face of International Law*, 2001, Texas A&M University School of Law, Disponível em: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/574>. Acesso em: 01 dez. 2019.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MAUÉS, Antonio Moreira, *Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional*. In: *A Interface dos Direitos Humanos com o Direito Internacional*, Tomo I, SORES, Mauro Lúcio Quintão; SOUZA, Mércia Cardoso de (Org.), ed. Fórum.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Judicial dos Atos Administrativos*. RDP 65/27.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. *A GLOBAL CONSTITUTION OF RIGHTS: THE ETICS, THE MECHANICS AND THE GEOPOLITICS OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*. In: *Transformative Constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, Indian and South Africa*. VILHENA Oscar; BAXI, Upendra and VILJOEN Frans (editors). Pretoria University Law Press (PULP), 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais*. 9 ed. São Paulo: Coimbra, 2012.

MOISÉS, José Álvaro. *O Impacto da Corrupção na Qualidade da Democracia*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009.

NEVES, Marcelo. *A Constituição e a Esfera Pública: entre Diferenciação Sistêmica, Inclusão e Reconhecimento*. In: *Direitos Humanos, Democracia e República*, Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Caudineu de Melo (Org.), *quartier latin*, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fiscalização das empresas estatais*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo).

1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/116/edicao-1/fiscalizacao-das-empresas-estatais>. Acesso em: 04 ago. 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

NYE, Joseph. *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*. American Political Science Review, nº 61, 1967.

OEA. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. CARACAS: 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/convencao.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

ONU. Convenção das Nações unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003). Edited by UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. Viena: 2004. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>

OLIVEIRA, EDMUNDO. O Universo da Segurança Humana – COPLAD – ILANUD PUBLICATION, SAN JOSÉ – COSTA RICA, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: 48 visões sobre a corrupção, quartier latin, 2016.

OLSON, Mancur. *A Lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais*. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Edusp, 2011.

PEREZ, Marcos Augusto. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Anticorrupção Brasileiro. In: 48 visões sobre a corrupção, quartier latin, 2016.

PETERS, Anne. *Corruption and Human Rights*. Working paper series Nº 20, Basel Institute on Governance, September 2015.

PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. *O Brasil e o combate internacional à corrupção*. BRASÍLIA: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, a.46, n. 181. jan./mar. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Controle de Convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições*. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 9ª edição, Ed. Saraiva.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, *Direito Internacional Público e Privado*, 6ª Edição, *jusPodium*, 2014.

PRING, Coralie, VRUSHI, Jon. Global Corruption Barometer Latin America & The Caribbean 2019. In: *Transparency International*. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_barometer_latin_america_and_the_caribbean_2019.

RAMALHO, Renato M. *Corrupção, instituições e desenvolvimento*. Escola de Economia de São Paulo, FGV, 2006.

RAMIRES, Maurício. *O papel do diálogo judicial internacional para a legitimação e independência da jurisdição constitucional*. In: Justiça Constitucional, Jorge Miranda, Fernando Antônio Dias Menezes e João José Custódio da Silveira (Coord.), Almedina, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil*. In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016.

ROCA, Javier García; ALCALÁ, Humberto Nogueira; GISBERT, Rafael Bustos. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, Civitas: Thomson Reuters, Primera Edición, 2012.

ROSAS, Allan. *The Right to Development*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1995.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *A economia política da corrupção*. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UnB, 2002.

ROSEMBERG, Luiz Paulo; BISTAFA, Rafael. *Oferta&Procura no mercado de corrupção*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. *O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais*. In: Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Corrupção – Corresponsabilidade dos Agentes Estatais e da Sociedade Civil à luz do “Republicanismo”*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações*. In: Direitos Humanos, Democracia e República, Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Caudineu de Melo (Org.), *quartier latin*, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana, Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Ed. Fórum, 2 ed., 2019.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Editora *Lumen Iuris*, Rio de Janeiro, 2010, 2ª tiragem.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo, Atlas, v. 1, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *A metamorfose da soberania em face da mundialização*. In: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional, desafios do direito constitucional internacional, Flávia Piovesan (Coord.), Max Limonad, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*, editora Fórum, 2 ed., 2016.

SPECK, B. W. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas*. In: SPECK, Bruno Wilhelm et al. *Os custos da corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SRIRAM, Chandra Lekha. *International law, International Relations, theory and post-atrocity justice: towards a genuine dialogue*. In: International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-), v. 82, n.3, mai., 2006.

TANZI, Vito. *Corruption Around the World. Causes, Consequences, Scope, and Cures*. 1998 International Monetary Fund, v. 45, n. 4, dez., 1998.

TANZI, V.; DAVOODI, H. *Corruption, Public Investment, and Growth*. International Monetary Fund. 1997. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp97139.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=65598>. Acesso em: 2 dez. 2019.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Luciano Benetti Timm e Ingo Wolfgang Sarlet (Organizadores), Livraria do Advogado, 2ª Edição, Porto Alegre, 2009.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. See the full CPI 2018 Results. In: *INDEX 2018*. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 24 out. 2019.

VARELLA, Marcelo D. *A Crescente Complexidade do Sistema Jurídico Internacional*. Brasília: in Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set.2005.

VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. *Cooperação Jurídica Internacional Vertical: Civil e Criminal*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.