

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

31 JAN > 18 JUL 2022

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA CORRUPÇÃO

Gilberto Bomfim*

Resumo: A corrupção é um fenômeno que pode ser observado em escala mundial, presente em todos os tempos, lugares e culturas, que afeta o desenvolvimento econômico e social, diferindo em seu grau de difusão entre os países. Em algumas sociedades, trata-se de prática esporádica; em outras, é sistêmica. O objetivo geral do estudo é demonstrar o fenômeno da corrupção sob uma análise econômica do direito (AED). Os objetivos específicos serão demonstrar que o referencial teórico da economia pode ajudar a i) identificar os principais aspectos dos atos de corrupção; ii) demonstrar que os princípios econômicos podem ajudar a avaliar as leis e políticas públicas destinadas ao combate à corrupção para averiguar se elas impedem efetivamente a prática de atos corruptos; identificar as causas que produzem incentivos corruptos bem como as consequências do fenômeno na vida social; iii) esclarecer que os efeitos persuasivos da lei penal devem se aliar a reformas estruturais das instituições organizacionais para lidar com as principais formas de corrupção e com os danos sociais que os acompanham. O problema a ser enfrentado é responder como a lei deve adaptar estratégias de dissuasão para levar em conta

* Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor na graduação de Direito na UNIANDRADE e da pós-graduação da UNIPAR. Membro da Advocacia-Geral da União - AGU.

formas organizacionais alternativas de combate à corrupção. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, pretende-se confirmar a hipótese de pesquisa no sentido de que as leis anticorrupção devem adaptar estratégias de dissuasão penal e incentivos, aliadas à reformas institucionais que levam em conta formas organizacionais alternativas de combate à corrupção, bem como propostas preventivas e de transparência mais rigorosas.

Palavras-Chave: Análise econômica do direto. Corrupção. Teoria dos jogos. Incentivos. Dissuasão.

Sumário. Introdução. 1. Aspectos gerais sobre corrupção. 2. As determinantes da corrupção. 3. Uma análise econômica das medidas anticorrupção. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO



corrupção é um fenômeno que pode ser observado em escala mundial, presente em todos os tempos, lugares e culturas, que afeta o desenvolvimento econômico e social, diferindo em seu grau de difusão entre os países. O fenômeno atinge indistintamente todos os países, quer situados na estrutura de mercado ou à margem do mercado, desenvolvidos ou em desenvolvimento. Em algumas sociedades, trata-se de prática esporádica; em outras, é sistêmica.

A corrupção gera sérias consequências econômicas e sociais. A análise econômica da corrupção contribui para a identificação dos atores envolvidos nos atos corruptos, com base no conceito do principal-agente, esquema estrutural mais utilizado para a descrição do fenômeno da corrupção, bem como para identificação do efeito dissuasivo necessário da lei relativa

ao suborno e a extorsão. Tal análise sugere que, além de reformas nas leis penais, faz-se necessário uma mudança institucional nas estruturas subjacentes do país.

O objetivo geral do estudo é demonstrar o fenômeno da corrupção sob uma análise econômica do direito (AED). Os objetivos específicos serão demonstrar que o referencial teórico da economia pode ajudar a i) identificar os principais aspectos dos atos de corrupção; ii) demonstrar que os princípios econômicos podem ajudar a avaliar as leis e políticas públicas destinadas ao combate à corrupção para averiguar se elas impedem efetivamente a prática de atos corruptos; identificar as causas que produzem incentivos corruptos, bem como as consequências do fenômeno na vida social, bem como a; e iii) esclarecer que os efeitos persuasivos da lei penal devem se aliar a reformas estruturais das instituições organizacionais para lidar com as principais formas de corrupção e com os danos sociais que os acompanham.

O problema a ser enfrentado é responder como a lei deve adaptar estratégias de dissuasão para levar em conta formas organizacionais alternativas de combate à corrupção.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: no capítulo 1 serão abordados os aspectos introdutórios a respeito da corrupção. No capítulo 2 serão avaliadas as determinantes da corrupção e como os princípios econômicos podem ajudar a avaliar as leis e políticas públicas destinadas ao combate à corrupção para averiguar se elas impedem efetivamente a prática de atos corruptos. No capítulo 3 serão demonstradas como os efeitos persuasivos da lei penal e das reformas institucionais podem lidar com o fenômeno da corrupção.

As considerações finais apontam as respostas encontradas para o problema da pesquisa, traçando uma linha lógica para demonstrar o cumprimento do objetivo geral do

presente trabalho.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A CORRUPÇÃO

1.1. A DEFINIÇÃO E A ESTRUTURA DO ATO DE CORRUPÇÃO

O termo corrupção e a sua disciplina tem muitas conotações, sentidos e interpretações, variando no tempo e no espaço. O que é corrupção em uma sociedade pode não ser em outra. Em algumas sociedades se trata de prática esporádica, em outras, a corrupção é sistêmica¹. De fato, a corrupção tem sido definida de muitas formas diferentes, com foco em diversas perspectivas, tais como a social, a da ciência política, a da teoria econômica ou sob a perspectiva jurídica, criminal, civil ou administrativa.

Apesar da preocupação acadêmica com a corrupção e os padrões éticos, não há consenso sobre a natureza exata da corrupção. A busca por uma definição universal de corrupção demonstrou ser uma tarefa difícil. Na medida que a quantidade de definições de corrupção cresceu, a clareza conceitual do fenômeno foi reduzida, ficando cada vez mais difícil definir o que significa corrupção.

As definições acadêmicas tendem a especificar com mais detalhes as situações em que o comportamento pode ser considerado corrupto. Uma das primeiras definições acadêmicas vem de Robert Brooks, que definiu a corrupção como "*o mau desempenho intencional ou negligência de um dever reconhecido, ou a remoção injustificada do poder, com o objetivo de obter alguma vantagem mais ou menos pessoal*"².

¹ NASCIMENTO, Melillo Diniz. O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013: a lei anticorrupção. *In*: NASCIMENTO, Melillo Diniz. Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.65.

² BROOKS, R. C. [1910, 1970], *apud* ROSE, Jonathan. The Meaning of corruption:

Mais tarde, Joseph S. Nye definiu a corrupção como um comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública por causa de interesses privados pecuniários ou status; ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento relacionados à interesses privados³. Novamente se demonstra uma preocupação com violações de regras formais, embora também exija alguma medida de avaliação do motivo.

Afastando-se de abordagens baseadas em regras, Robert Klitgaard discute a corrupção em termos econômicos, definindo-a em função da divergência entre os interesses do diretor ou do público e do agente ou funcionário. Para ele, “*a corrupção ocorre quando um agente trai os interesses do diretor em função dos seus próprios interesses*”. E o agente agirá de maneira corrupta quando seus prováveis benefícios líquidos superarem os custos líquidos prováveis⁴.

Entretanto, a definição mais popular de corrupção é a fornecida pela organização não governamental de combate à corrupção Transparência Internacional, para a qual corrupção é “*o abuso do poder confiado para ganho privado*”⁵. Rose-Ackerman afirma que essa definição parece “*capturar o problema do principal agente na raiz de todos os tipos de corrupção econômica e política – suborno, desfalque, nepotismo, tráfico de influência, conflitos de interesses*”. A autora ressalta que o termo chave do conceito é o “*poder confiado*”, que se refere às atividades que devem ser realizadas

testing the coherence and adequacy of corruption definitions. Public Integrity, University of Florida, 10 Dec. 2017, p. 4. Tradução livre do autor: “[...] *the intentional misperformance or neglect of a recognised duty, or the unwarranted excise of power, with the motive of gaining some advantage more or less personal.*”

³ NYE, Joseph S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. The American Political Science Review, v. 61, n. 2, Jun. 1967. p. 419.

⁴ KLITGAARD, Robert. A corrupção sob controle. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994. p. 39-40.

⁵ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Perguntas frequentes. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 30 set. 2020.

de acordo com certas regras, escritas ou não⁶.

A utilização de um conceito mais abrangente de corrupção, como o adotado pela Transparência Internacional, busca abarcar um maior número de variadas situações. Além disso, permite analisar fatos que poderiam ser excluídos do conceito estritamente jurídico da corrupção (por exemplo, aqueles que ocorrem no âmbito privado de negociação⁷).

E com base no conceito adotado pela Transparência Internacional, a doutrina vem apontando que existe uma estrutura básica do ato corrupto, identificando três atores envolvidos num ato de corrupção: (i) um agente; (ii) um principal; e (iii) um terceiro, que na literatura se costuma denominar cliente.

Nessa relação triangular, o agente, a quem é confiada uma posição de poder ou confiança pelo principal, solicita ou recebe uma vantagem para, em regra, agir em favor do terceiro ou cliente. Clóvis Alberto Bertolini de Pinho afirma que o agente *“precisa atuar com certo grau de liberdade, pois quanto mais amplo o seu espectro de atuação (medido em termos de efeitos sobre os interesses do segundo), mais extensa será a sua liberdade”*⁸. Consequentemente, segundo Adriano Teixeira, pode-se dizer que a estrutura da corrupção está compreendida em *“um abuso de poder perpetrado por um agente, condicionado por uma vantagem, em benefício de um terceiro”*. A princípio, portanto, a *“vítima”* da corrupção é o principal, ao passo que o agente e o cliente afiguram-se como autores⁹.

⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Corruption and government: causes, consequences and reform. 2th. Ed. Cambridge: Cambridge University, 2016. p. 9.

⁷ LÓPEZ, Fernando Rodríguez. Unidad 1: elementos básicos en el análisis económico de la corrupción. Salamanca: Facultad de Derecho Universidad de Salamanca, Departamento de Economía Aplicada, 2020. p. 2.

⁸ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Corrupção e administração pública no Brasil: combate administrativo e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). São Paulo: Almedina, 2020. p. 41.

⁹ TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o

Esse modelo do agente é o esquema estrutural mais utilizado pelos estudiosos do tema para a descrição do fenômeno da corrupção. Robert Klitgaard aponta que “o ‘cliente’ corromperá o agente se ele (o cliente) perceber que seus prováveis benefícios líquidos por esse ato superem os custos líquidos”¹⁰.

Com base na estrutura apresentada, Susan Rose-Ackerman descreve algumas formas de corrupção de forma explicativa, as quais possuem repercussão no âmbito público, conforme representado no quadro abaixo:

Quadro 1 – Formas de corrupção

| | |
|------------------|--|
| Propina | A troca explícita de dinheiro, presentes ou favores para quebrar regras ou, como pagamento de benefícios que não deveriam ser legalmente custosos, ou alocados em termos diferentes da vontade de pagar. Inclui tanto o suborno de funcionários públicos quanto o de agentes de empresas privadas. |
| Extorsão | Demanda de suborno ou favor por um agente público como uma exigência para cumprir seu dever ou para quebrar uma regra. A extorsão é tratada como uma forma de suborno onde o aceitador de subornos desempenha um papel ativo. (Às vezes, a regra é criada pelo extorsionista para exigir o suborno). |
| Troca de favores | A troca de uma regra quebrada por outra. |
| Nepotismo | Contratação de um membro da família ou um com laços sociais próximos, em vez de um candidato mais qualificado, mas não relacionado. |
| Favoritismo | Membros pré-existentes do grupo – raciais/étnicos, religiosos, políticos ou sociais – sobre membros de outros grupos em decisões relacionadas ao trabalho. |
| Fraude judicial | Uma decisão judicial baseada em qualquer um dos tipos anteriores de corrupção, ou ameaças ao juiz, em vez do mérito do caso. |
| Fraude contábil | Decepção intencional em relação a vendas ou lucros (geralmente para aumentar os preços das ações). |
| Fraude eleitoral | Manipulação dos resultados eleitorais através de compra de votos ou ameaças ao eleitorado, ou por falsificação ou |

crime de corrupção privada. *In*: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. (Orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. v. 1. p. 519-520.

¹⁰ KLITIGAARD, 1994, p. 39.

| | |
|---------------------------|--|
| | destruição de votos. |
| Fraude no serviço público | Qualquer atividade que prejudique os requisitos legais de prestação de serviços públicos, mesmo que não sejam pagos subornos. Por exemplo, os prestadores de cuidados de saúde podem fazer testes desnecessários ou inventar pacientes para aumentar os reembolsos. Os funcionários públicos podem negligenciar seu trabalho do setor privado, roubar suprimentos para revenda ou simplesmente não aparecer para o trabalho. |
| Desfalque | Roubo do empregador (empresa, governo ou ONG) pelo empregado. |
| Cleptocracia | Um estado autocrático que é gerenciado para maximizar a riqueza pessoal dos principais líderes. |
| Tráfico de influência | Usando o poder de decisão no governo para extrair subornos ou favores das partes interessadas. |
| Conflitos de interesse | Ter uma participação pessoal nos efeitos das políticas que se decide. |

Fonte: Adaptado de Rose-Ackerman e Palifka¹¹.

Observe-se que muitas das condutas acima mencionadas são positivadas no Brasil como ilícitos penais ou consideradas como infrações administrativas e civis. A propina é a forma fundamental de ocorrência e manifestação da corrupção no Brasil e o seu conceito, está fundamentado na relação principal, agente e cliente¹². Conquanto o Código Penal brasileiro descarte punição explícita para a propina, é de se notar que o conceito de corrupção, ativa ou passiva, positivados no Código Penal em seus arts. 317 e 333, abrangem esta forma de corrupção, tendo em vista que a propina é compreendida como uma gorjeta, uma pequena importância que excede o pagamento ajustado ou previsto, de um serviço¹³.

Uma outra forma de descrever a propina, proposta pela doutrina francesa, e que possui repercussão nos casos de corrupção detectados no Brasil, provém do conceito da

¹¹ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 8-9.

¹² PINHO, 2020. p. 45.

¹³ “A corrupção não está adstrita aos tipos penais, ou mesmo àquilo que é prescrito como uma infração administrativa” dependendo mais de um juízo ético-moral de quem realiza a tipificação de uma determinada conduta como ilícita ou corrupta”. (*Ibid.*, p. 45).

retrocomissão ou *kickback*, que transmite a ideia de exigir o pagamento de uma vantagem imediata com a expectativa de que este pagamento será abatido pelas benesses ou pagamentos que o Estado irá realizar¹⁴.

Independentemente da forma, a corrupção é um indício de existe algo de errado na governança do Estado. A partir da corrupção, as instituições públicas deixam de ser utilizadas para a efetivação de interesses públicos e implementação de direitos, tornando-se um meio para o enriquecimento privado e para a disponibilização de benefícios aos agentes corruptos.

1.2. ASPECTOS HISTÓRICOS RECENTES DO COMBATE À CORRUPÇÃO

A partir da década de 50, após a Segunda Guerra Mundial, havia nos países desenvolvidos o entendimento de que a corrupção poderia fornecer uma solução para vários dos problemas relacionados ao desenvolvimento. Joseph Nye observa que essa abordagem era adotada pela escola revisionista, que argumentava que a corrupção poderia ser benéfica para o governo político, contribuindo para a solução de três grandes problemas: desenvolvimento econômico, integração nacional e capacidade governamental¹⁵.

Alguns cientistas políticos da época viam a corrupção como a “segunda melhor” solução, particularmente nas burocracias ineficientes, ineptas e mal gerenciados de muitos países em desenvolvimento. Como Huntington afirmava, *“em termos de crescimento econômico, a única coisa pior do que uma sociedade com uma burocracia desonesta rígida e supercentralizada é aquela com uma burocracia rígida,*

¹⁴ TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures. Washington, D.C: Palgrave Macmillan Journals on behalf of the International Monetary Fund, v. 45, n. 4, p. 559-594 Dec. 1998,. Disponível em: <https://booksc.org/book/31492159/55947b>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁵ NYE, 1967, p. 419.

supercentralizada e honesta". Para essa corrente de pensamento, a corrupção seria uma consequência do processo de modernização nos países em desenvolvimento¹⁶.

Rose Ackerman relata que o suborno era visto como uma forma positiva de corrupção, porque aumentava a produtividade do agente público, funcionando como uma gorjeta. Os casos em que a corrupção realmente aumentaria a eficiência dos agentes e melhoraria a alocação de serviços públicos estariam limitados a programas onde a disposição de pagamento é um método de alocação aceitável¹⁷.

Essa abordagem revisionista acerca da corrupção começa a mudar, por parte dos países desenvolvidos, a partir da década de 70. Marcio Pestana ressalta que existe um certo "consenso" entre os estudiosos do tema em apontar os episódios *Lockhead* e *Watergate*, nos Estados Unidos da América (EUA), como paradigmas que ocasionaram a intensificação, naquele país, com reflexos mundiais, das medidas punitivas em relação aos atos considerados corruptivos, envolvendo a Administração Pública tanto local como estrangeira¹⁸.

A descoberta de inúmeros casos e esquemas de corrupção envolvendo empresas transnacionais americanas fez com que os Estados Unidos, no ano de 1977, promulgassem o (FCPA), a primeira lei no mundo com o propósito específico de criminalizar a prática de suborno de oficiais públicos estrangeiros por empresas norte-americanas (ou por seus representantes), a fim de obter vantagens comerciais¹⁹. A FCPA impôs responsabilidade criminal e civil a pessoas físicas e

¹⁶ HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: CT: Yale University, 1968. p. 379.

¹⁷ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 525.

¹⁸ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016. p. 4.

¹⁹ BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques Marin. *A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13*. A&C – R. de Dir. Adm. Const., Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018. p. 269.

jurídicas que subornam funcionários no exterior, além de estimular as multinacionais americanas que realizavam negócios internacionais a desenvolverem programas de *compliance* anticorrupção, surgindo a partir de então os primeiros mecanismos de responsabilidade penal e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção²⁰.

No entanto, a legislação que foi inovadora na repressão à corrupção transnacional gerou um fator de desvantagem competitiva para as empresas norte-americanas, notadamente em relação às empresas europeias e asiáticas que não dispunham de leis proibindo e tipificando a prática de subornar funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais interacionais²¹. A Alemanha, por exemplo, não apenas não punia suas empresas por atos de corrupção praticados no exterior, como admitia o abatimento do suborno pago em impostos sob a rubrica de “despesas necessárias” para a dedução de impostos²².

Ademais, esse não era um assunto prioritário para os países desenvolvidos e prevalecia, no âmbito das relações internacionais, a premissa de que cada país era soberano para escolher as políticas públicas que julgasse oportunas. Nessa toada, a luta internacional contra a corrupção foi deixada de lado pela manutenção dos interesses econômicos nacionais, o que resultou na promulgação de uma emenda na lei norte-americana enfraquecendo substancialmente as suas regras²³.

Lash relata que o assunto volta ao cenário mundial com término da Guerra Fria, na década de 90, que proporcionou a

²⁰ RAMINA, Larissa L. A ação internacional contra a corrupção. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 112.

²¹ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 35.

²² CUNHA, Rogério Sanchez; SOUZA, Renee. Lei anticorrupção empresarial. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 23.

²³ CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e direito internacional: o combate à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel. Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013. p. 138.

libertação dos países do bloco soviético, fornecendo novas informações sobre a corrupção da Europa Oriental, trazendo maior transparência, uma imprensa livre, um Legislativo independente e competição política²⁴. Além disso, o fenômeno passa a ser reportado também na América Latina e na Europa Oriental, relacionado especialmente ao aumento das privatizações.

Aliado a isso, novos estudos vieram a desmentir a “teoria da modernização” ou “hipótese revisionista”, segundo a qual a corrupção é um passo necessário ao processo de desenvolvimento ou um meio de acelerá-lo. Pelo contrário, constatou que a corrupção afeta fortemente, de forma negativa, os esforços em prol do desenvolvimento”²⁵. Essa nova problematização da corrupção é conhecida como abordagem econômica e institucionalista.

Nesse contexto, a década de 90 testemunhou um declínio na aceitação da sociedade à corrupção. Lash relata que a corrupção se tornou uma questão eleitoral em vários países. Além disso, os escândalos de corrupção ajudaram a destituir governos no Equador, Brasil, Índia e Itália e abalaram partidos governistas há muito dominantes no Japão e no México²⁶.

Assim, a globalização da economia e das relações sociais intensificadas no século passado, as implicações transnacionais da corrupção e a constatação de que as leis internas tradicionais quase sempre fracassam como resposta às práticas corruptas que ocorrem no mundo, obrigaram a corrupção e o desenvolvimento de mecanismos de prevenção e punição a serem prioridade na agenda internacional²⁷.

Vito Tanzi pondera que o aumento da atenção destinada

²⁴ LASH, Nicholas A. Corruption and economic development. *The Journal of Economic Asymmetries*, Chicago, Loyola University Chicago, v. 1. n. 1, p. 85-109, May 2004. p. 85.

²⁵ KLITGAARD, 1994. p. 54.

²⁶ LASH, 2004, p. 85.

²⁷ CUNHA; SOUZA, 2020, p. 22-23.

à corrupção na década de 1990 refletiu o avanço da corrupção ocorrida nas décadas anteriores, bem como a crescente intolerância ao fenômeno. Ele aponta o crescimento mundial do tamanho dos governos desde 1960 em termos de impostos, gastos públicos e regulamentos, e acredita que esse crescimento governamental expandiu imediatamente a corrupção, especialmente em países com burocracias desonestas e, eventualmente, em países com burocracias tradicionalmente honestas e eficientes. Por fim, ele ainda teme que a globalização tenha criado condições em que o suborno de funcionários estrangeiros para ganhar contratos florescesse²⁸.

Por todas essas razões, denotou-se a necessidade de combate à corrupção, de forma que essa nova abordagem passa a ser adotada, a partir da década de 1990, por inúmeros organismos internacionais, tais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a OCDE, a OEA e a ONU, difundindo-se nos círculos financeiros e tornando-se hegemônica até os dias de hoje.

A corrupção demandaria, a partir desse novo entendimento, reformas institucionais nos sistemas político e econômico dos países para que houvesse a redução das burocracias públicas, os monopólios estatais e aumentassem os mecanismos de controle interno e externo da corrupção por meio de agências especializadas em seu combate. Essas mudanças institucionais minimizariam a atuação do Estado na sociedade e possibilitariam a transparência, reduzindo os incentivos à corrupção²⁹.

Ao se exigir de diferentes países a adoção de legislação relativamente uniforme sobre a corrupção transnacional, pretendeu-se também evitar que empresas de determinados países fossem economicamente beneficiadas, por não terem que se sujeitar às medidas anticorrupção impostas apenas em alguns

²⁸ TANZI, 1998. p. 4-8.

²⁹ HAYASHI, 2015, p. 42.

mercados, o que poderia inclusive ocasionar uma competição para que países atraíssem investimentos a partir de políticas de enfraquecimento da legislação anticorrupção³⁰.

Entre os acordos multilaterais de destaque estão a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, de 1996 (Convenção da Organização dos Estados Americanos - OEA), a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997 (Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE) e a Convenção da Organização das Nações Unidas - ONU contra a Corrupção, de 2003.

1.3. A MEDIÇÃO DA CORRUPÇÃO: OS ÍNDICES DE PERCEPÇÃO

A solução para o problema da corrupção não é simples. Mas os estudiosos do tema afirmam que somente é possível combatê-la se existir alguma maneira de documentar o *status quo* e medir a mudança. Para Rose Ackerman, “*se a corrupção pudesse ser medida, poderia ser controlada*”³¹. No entanto, devido à ilegalidade da corrupção, a maioria dos agentes corruptos procuram esconder suas ações, de forma que sua medição é necessariamente indireta.

Embora não existam formas diretas de medir a corrupção, existem várias formas indiretas de obter informações sobre sua prevalência em um país ou sociedade. De acordo com Vito Tanzi, algumas informações úteis podem ser obtidas a partir de reportagens sobre corrupção disponíveis em fontes

³⁰ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o *Foreign Corrupt Practices Act* Norte-Americano e o *Bribery Act* do Reino Unido. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.) Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 37-38.

³¹ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 14.

publicadas, incluindo jornais e internet; estudos de casos de agências de corrupção como administrações fiscais, aduaneiras, policiais ou algumas outras instituições; e pesquisas baseadas em questionários de percepção”³².

Seguindo esse entendimento, as instituições internacionais como o Banco Mundial (BM), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização das Nações Unidas (ONU) se guiam pelos denominados índices de percepção da corrupção, que são elaborados com base na opinião das pessoas sobre o nível de corrupção em um determinado país. As pesquisas de percepção ajudam os países a identificar as causas e enfrentar as consequências da corrupção, bem como a criar instrumentos para sensibilizar a sociedade, identificar prioridades, monitorar reformas políticas, buscar melhores instituições e aprimorar a governança pública.

O principal indicador de percepção da corrupção do mundo é o Índice de Percepção da Corrupção (IPC), elaborado desde 1995 pela Transparência Internacional. O Índice classifica 180 países e territórios por seus níveis percebidos de corrupção no setor público, segundo especialistas e empresários. Trata-se de um índice composto, uma combinação de 13 pesquisas e avaliações de corrupção, coletadas por uma variedade de instituições respeitáveis.

Esses dados são convertidos em escalas quantitativas, convertendo-os em valores para uma escala de 0 a 100, de modo a calcular a média de percepção da corrupção em cada país. Cem refere-se a um país livre de corrupção. Zero refere-se a um país onde a maioria das transações ou relações são manchadas pela corrupção.

O Índice de Percepção da Corrupção (IPC), da Transparência Internacional, cumpriu a importante função de ajudar a colocar o controle da corrupção na agenda de organizações internacionais e reformadores domésticos na

³² TANZI, 1998, p. 21.

década de 1990. Por meio da divulgação pela imprensa, também sensibilizaram os cidadãos de todo o mundo, que em muitos países têm exigido maior responsabilidade e transparência. Os índices têm sido amplamente utilizados pelos pesquisadores para identificar as causas da corrupção, ou, inversamente, para determinar o efeito da corrupção sobre variação de juros, como PIB ou taxas de crescimento³³.

Os índices de percepção parecem capturar aspectos relevantes da relação entre o Estado, de um lado, e cidadãos e empresas privadas, de outro. Os índices não indicam explicitamente quais políticas podem ser eficazes, mas destacam problemas – tanto onde a incidência de subornos é alta, quanto onde as percepções são altas, seja qual for a realidade³⁴.

2. AS DETERMINANTES DA CORRUPÇÃO

2.1. A IMPORTÂNCIA DA AED PARA A ANÁLISE DA CORRUPÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AED), conhecida como “*Law & Economics*”, trata do uso de conceitos próprios da economia, baseados nas escolhas racionais dos indivíduos, para interpretar as normas jurídicas, seus efeitos e suas consequências (indesejáveis ou involuntárias que possam ocorrer). A AED analisa, em teoria, os efeitos das alterações promovidas pelas leis e a probabilidade da aplicação das sanções nelas previstas.

A análise econômica do direito examina, entre outras coisas, como as regras legais devem ser estabelecidas para que, uma vez definidas suas metas e condutas desejadas, possam ser criados incentivos adequados para influenciar a direção almejada sobre o comportamento dos membros da sociedade.

³³ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 19.

³⁴ *Ibid.*, p. 27.

É importante frisar que a análise econômica estuda o comportamento dos indivíduos a partir do viés da escolha racional, que permite generalizações quanto às opções a serem adotadas. O “pressuposto é que o sujeito racional toma (sempre) decisões que lhe são mais favoráveis, maximizadores, ou seja, as que lhe indicam maiores benefícios”³⁵.

A AED utiliza, ainda, do conceito econômico de eficiência, considerado como valor socialmente relevante, para alcançar os objetivos esperados do ordenamento jurídico, trazendo consequência mais benéficas para a sociedade³⁶. De acordo com Veríssimo, esse “método de análise parte da premissa de que os indivíduos procuram maximizar seu bem-estar, da forma como o concebem, seja de maneira egoísta, altruísta, leal, rancorosa ou masoquista”³⁷. E no que se refere aos comportamentos à margem da norma, considera-se que “o indivíduo age com base no raciocínio que realiza dos custos e benefícios esperado, formando o que a doutrina denomina de princípio da racionalidade”³⁸. De acordo com esse princípio, “o indivíduo busca maximizar o seu prazer, a sua utilidade, a satisfação de seus interesses e desejos, com um custo mínimo”³⁹.

Nessas circunstâncias, os indivíduos avaliam ou pelo menos concebem os ganhos esperados de suas ações (tanto

³⁵ ROSA, Alexandre de Moraes da. A teoria dos jogos aplicada ao processo penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 38.

³⁶ GRANDO, Guilherme; KLEIN, Vinicius. Os argumentos econômicos na argumentação judicial. In: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2016. p.143.

³⁷ VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p.180.

³⁸ SANTANO, Ana Cláudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Uma análise econômica da nova lei anticorrupção. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28., 2014, Foz do Iguaçu. Anais [...]. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 296. Disponível em: <http://loja.editoraforum.com.br/image/catalog/pdf/PROBLEMAS%20EMERGENTES%20DA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

³⁹ *Ibid.*

monetárias quanto não monetárias, lícitas ou ilegais), comparam-nas com seus custos, incluindo o valor esperado da pena, e tomam decisões racionais que envolvem a violação (se os lucros forem maiores que os custos) ou respeitem (se os custos forem maiores que os lucros) dos direitos de terceiros.

Fernando Rodríguez López alerta que limitar o escopo da análise aos casos em que o comportamento é racional não significa reduzi-lo a situações em que ganhos e custos possam ser quantificados monetariamente. Para o autor, mesmo quando os indivíduos não quantificam nas unidades monetárias o equilíbrio de suas decisões, uma circunstância totalmente comum, os indivíduos são capazes de fazer uma avaliação ampla dessas variáveis e, acima de tudo, priorizar seu comportamento com base em suas preferências e nos resultados líquidos que atribuem a cada alternativa possível⁴⁰.

Conseqüentemente, a análise não se aplica a indivíduos que no momento decidem que suas ações não são capazes de comparar lucros e custos e se comportar irracionalmente, que são o que a lei considera não motivador. De fato, o autor sugere que não se pode dizer que os argumentos são aplicáveis nos casos em que o indivíduo, com base em crenças éticas, sociais, religiosas ou filosóficas, sempre age de acordo com a lei, independentemente da intensidade das medidas que sancionam o não cumprimento, uma vez que, estritamente falando, nesses casos é igualmente verdade que a lei sancionadora não motiva o indivíduo⁴¹.

A principal decorrência da AED para a análise da corrupção é que uma alteração na estrutura institucional poderá levar os agentes corruptos a adotar outra conduta, realizar outra escolha (não corrupta), tendo em vista que os agentes ponderam

⁴⁰ LÓPEZ, Fernando Rodríguez. Limitaciones y conflictos en el derecho sancionador como mecanismo de lucha contra la corrupción. Salamanca: Departamento de Economía Aplicada – Facultad de Derecho Universidad de Salamanca, 2020, p. 2.

⁴¹ LÓPEZ, 2020, p. 2-4.

custos e benefícios na hora de decidir pelo ato lesivo⁴². Assim, o Direito possui grandes influências no potencial de desenvolvimento das instituições anticorrupção.

Nesse contexto, considerar a corrupção como resultado de decisões racionais possibilita a análise de mecanismos de prevenção e combate do fenômeno, porque quando um agente público decide se comportar de forma corrupta, ele o faz porque o custo esperado de fazê-lo é menor do que o lucro que ele espera fazer. Com efeito, instrumentos anticorrupção eficazes serão aqueles que fazem o custo esperado maior do que o lucro esperado, e estas serão as variáveis sobre as quais medidas precisarão ser tomadas se a corrupção for restringida, pelo menos em um ambiente de racionalidade em que os indivíduos sejam capazes de conhecer e avaliar os efeitos de suas ações⁴³.

Com base nessas considerações, cumpre ressaltar que as abordagens mais contemporâneas sobre a corrupção incluíram no debate a importância do fortalecimento dos mecanismos estatais de controle, porquanto, de acordo com a referida escolha racional, os indivíduos tendem a optar por decisões que lhe sejam maximizadores de benefícios. Assim, o Estado, por meio de suas normas e instrumentos de apuração e de penalização de condutas ilícitas, deve deixar evidente o alto risco de corromper ou ser corrompido frente às consequências jurídicas. Com base nisso, Tâmera Marin conclui o raciocínio afirmando que “*a corrupção não pode ser compensatória, vantajosa, pela certeza da impunidade, posto que, quanto maior for a vantagem dela decorrente e menor o risco de ser punido, menor será o fator de desestímulo à prática*”⁴⁴.

Sob a análise econômica, portanto, um sistema sancionador efetivo será aquele que aumenta os custos da sanção

⁴² GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 22.

⁴³ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 2-4.

⁴⁴ MARIN, 2019, p. 111.

(multas ou penas privativas de liberdade) até que sejam maiores do que os ganhos esperados pela prática da conduta ilegal. Tal sistema seria capaz de desencorajar todos os delitos, portanto, se pudesse ser projetado e implementado, não resultaria em multas e não haveria criminosos nas prisões, exceto, logicamente, no caso de indivíduos ou atos irracionais.

Como resultado, um sistema sancionador efetivo deve aumentar os custos de sanção para que no balanço racional do potencial infrator sejam maiores do que os ganhos esperados de conduta ilícita, mas ao mesmo tempo devem manter alguma proporcionalidade com a gravidade que a sociedade atribui aos malfeitores para serem mais respeitados e não gerarem incentivos perversos. Isso requer a concepção do sistema sancionador de forma fundamentada, com base em informações reais e realistas sobre preferências e avaliações sociais, de olho no objetivo de gerar incentivos para dissuadir a prática de irregularidades (prevenção), mas sem negligenciar a proporcionalidade⁴⁵.

Como visto, o controle da corrupção começa, portanto, de acordo com os estudiosos do assunto, com a elaboração de melhorias nas instituições políticas e legais, mas principalmente nos incentivos que influenciam escolhas quando um indivíduo equilibra benefícios e custos para decidir se oferece, aceita ou exige uma troca corrupta.

Como o combate à corrupção é um meio de melhorar as condições econômicas e a legitimidade política, as reformas anticorrupção devem ser incorporadas nos esforços globais para melhorar a entrega de bens e serviços públicos. Tratar o sintoma, mas não os problemas subjacentes, não curará a doença. Não basta fazer algumas prisões de funcionários de alto escalão: a verdadeira reforma envolve mudar a forma como o governo interage com a sociedade. A experiência de outros países deve

⁴⁵ Para maiores detalhes sobre os possíveis erros, falhas de informações e conflitos, vide: LÓPEZ, 2020, p.2-9.

ser documentada – tanto experimentos bem-sucedidos, quanto aqueles que não foram exitosos, especialmente quando os combatentes da corrupção nominal se tornaram corruptos, em vez disso⁴⁶.

Por fim, cumpre frisar que as reformas nas leis penais e nas instituições da sociedade devem levar em conta as consequências da corrupção no desenvolvimento e, não menos importante, considerar as causas de sua ocorrência ser sistêmica ou esporádica, o que será abordado a seguir.

2.2. AS CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO NO DESENVOLVIMENTO

Para se compreender a corrupção e sua relação com o desenvolvimento, é pertinente o estudo preliminar sobre o que se entende por “desenvolvimento”. A discussão em várias áreas acadêmicas deu origem a diversas teorias da mudança e avaliou práticas e intervenções estatais.

Para Oksandro Gonçalves e Marcelo Ribeiro, existem duas linhas de pensamento a respeito do conceito de desenvolvimento: a) a primeira sustenta que desenvolvimento significa crescimento econômico, ou seja, quanto maior este, maior aquele; b) a segunda defende que o desenvolvimento deve se refletir na sociedade em geral, com uma interface mais relacionada a temas como direitos humanos, sociais, sustentabilidade e justiça⁴⁷.

Amartya Sen adota uma visão do desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades substantivas que as pessoas desfrutam. Para o autor, a ideia de desenvolvimento não está adstrita somente ao fator renda, de forma que não se

⁴⁶ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 526.

⁴⁷ GONÇALVES, Oksandro Osdival. RIBEIRO, Marcelo Miranda. Tributação e desenvolvimento regional: uma análise econômica dos benefícios fiscais concedidos para empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e a guerra fiscal entre estados. Revista Pensar, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 451-504, maio/ago. 2015.

pressupõe unicamente pelo aumento dos recursos financeiros. Contudo, isso não quer dizer que a renda não seja importante e que os recursos financeiros não sejam alavancas para o desenvolvimento, mas que, além da disponibilidade de acesso a bens materiais, as pessoas deem possuir condições de desenvolverem suas capacidades. Salienta que a visão do desenvolvimento como “expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo”⁴⁸. O desenvolvimento requer, segundo Amartya Sen, que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos⁴⁹.

E é essa a visão que parece mais adequada para investigar como a corrupção afeta o desenvolvimento, pois ela parece conseguir aliar o desenvolvimento econômico ao desenvolvimento substantivo dos membros da sociedade. Nessa perspectiva, o desenvolvimento econômico é importante para sustentar o desenvolvimento das liberdades e da felicidade das pessoas⁵⁰.

Mas a pobreza, doenças, baixa expectativa de vida, distribuição desigual de renda e riqueza permanecem endêmicas em alguns lugares do mundo. Muitos países pobres tiveram taxas de crescimento muito baixas ou negativas que desafiam os modelos de convergência do desenvolvimento. E uma das causas do baixo crescimento pode ser creditada à corrupção, embora a importância de combater a corrupção não se limite as

⁴⁸ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

⁴⁹ *Ibid.*, p.16-17.

⁵⁰ CORBI, Raphael Bottura; MENEZES FILHO, Naércio Aquino. Os determinantes empíricos da felicidade no Brasil. Revista de Economia Política, v. 26, n. 4, p. 518-536, out./dez. 2006. p. 521.

razões econômicas.

Os estudiosos do assunto afirmam que as principais consequências da corrupção estão relacionadas a (i) eficiência econômica; (ii) crescimento econômico; e (iii) desenvolvimento social, conforme será abaixo explicitado.

2.2.1. EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Todos os Estados controlam a distribuição de benefícios e a imposição de custos à população. Rose-Ackerman explica que as pessoas físicas ou jurídicas que desejam tratamento favorecido podem estar dispostas a pagar para obtê-lo. Os pagamentos são corruptos se forem ilegalmente feitos a agentes públicos com o objetivo de obter um benefício ou evitar um custo. Muitos pagamentos são feitos em troca de ações que violam as regras. No entanto, indivíduos ou empresas também pagam subornos para obter benefícios a que têm direito ou para evitar custos artificialmente criados com a finalidade de gerar subornos. Esses pagamentos também são corruptos⁵¹.

Nesse contexto de distribuição de benefícios e custos, Robert Klitgaard esclarece que a corrupção tem como consequência a redução da eficiência e a má redistribuição de benefícios e custos. A corrupção gera ainda incentivos improdutivos por toda a sociedade, pois desvia as energias de servidores públicos e da população para a procura, socialmente improdutiva, de rendimentos corruptos. Gera riscos, induz medidas improdutivas e afasta investimentos do mercado. Por fim, a corrupção beneficia os ricos e privilegiados à custa dos pobres e vulneráveis e desprotegidos⁵².

Lash sustenta que ao impedir a eficiência econômica, a corrupção retarda ou até mesmo reduz o crescimento econômico. Na medida em que a corrupção promove tanto a

⁵¹ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 51.

⁵² KLITGAARD, 1994, p.56-58.

evasão fiscal quanto isenções favorecendo os ricos e bem conectados, reduz as receitas fiscais e torna o sistema tributário menos progressivo. Além disso, os gastos do governo em termos reais poderiam encolher tanto por causa da perda da receita tributária quanto também porque a corrupção eleva o custo dos programas governamentais⁵³.

Com efeito, a ineficiência econômica contribui, assim, para maiores *déficits* fiscais, dificultando a execução de uma política fiscal sólida. A corrupção distorce os mercados e a alocação de recursos. Nos últimos anos, vários estudos relataram importantes resultados quantitativos sobre os efeitos da corrupção nas variáveis econômicas. Esses resultados sugerem que a corrupção tem um impacto negativo na taxa de crescimento dos países.

2.2.2. CRESCIMENTO ECONÔMICO

Vito Tanzi aponta que a corrupção também afeta o crescimento econômico, elencando algumas causas que considera determinantes para tanto. Primeiro, a corrupção afeta o crescimento econômico porque reduz a capacidade do governo de impor controles e medidas regulatórias necessárias para corrigir as falhas de mercado. Segundo, porque distorce os incentivos, de maneira que indivíduos capazes alocam suas energias nas práticas corruptas e não para atividades produtivas. Terceiro, porque ela atua como um imposto arbitrário ao mesmo tempo que reduz a receita tributária. Quarto, porque reduz ou distorce o papel fundamental do governo na execução de contratos, proteção dos direitos de propriedade, etc. Quinto, porque reduz a legitimidade da economia de mercado e da democracia, pois pode desacelerar ou até mesmo bloquear o movimento em direção à democracia e à economia de mercado. Sexto, porque aumenta a pobreza tendo em vista que reduz o

⁵³ LASH, 2004, 88-89.

potencial de ganho de renda dos pobres. Por fim, o autor ainda acrescenta que a corrupção afeta o crescimento pois reduz a capacidade do governo de realizar despesas públicas necessárias e o investimento estrangeiro direto, porque a corrupção tem o mesmo efeito que um imposto, e na verdade opera como um imposto⁵⁴.

Para Rose Ackerman, o crescimento econômico é afetado na medida que, quando mais indivíduos sonegam impostos, o governo tem o sinal para aumentar impostos ou se engajar na dívida pública, levando à inflação, a uma moeda fraca e, se as taxas de câmbio fixas estiverem em vigor, um prêmio maior no mercado negro. Isso afeta negativamente o clima de negócios que é desencorajado por altos níveis de corrupção e por diferenças nos níveis de corrupção do país anfitrião e país de origem⁵⁵.

2.2.3. DESENVOLVIMENTO SOCIAL

No âmbito social, a corrupção tem como consequência o desvio e o desperdício de recursos públicos, impossibilitando a implantação de políticas públicas em áreas prioritárias à promoção dos direitos humanos, fragilizando o Estado, solapando a legitimidade das instituições públicas e atentando contra a sociedade, a ordem moral e a justiça⁵⁶.

A corrupção reduz especialmente os gastos com saúde e educação, porque não se prestam facilmente a práticas corruptas por parte daqueles que tomam decisões orçamentárias, o que pode ser especialmente crítico para os pobres. Além disso, a corrupção pode direcionar os gastos com saúde e educação para programas que favoreçam os ricos, como a substituição de equipamentos médicos de alta tecnologia que favoreçam a elite

⁵⁴ TANZI, 1998, p.27-29.

⁵⁵ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016. p. 29-31.

⁵⁶ MARIN, 2019, p. 33.

no lugar de programas de inoculação generalizados que beneficiam os pobres. Ademais, os gastos com educação podem ser canalizados para longe dos programas de alfabetização e educação básica e para a educação universitária. As bolsas de estudo também podem beneficiar os filhos dos bem conectados⁵⁷.

Nicholas Lash ensina que a corrupção cria incentivos para transferir o investimento de projetos intensivos em mão-de-obra (que empregam um grande número de trabalhadores) para projetos intensivos em capital (que são mais fáceis de corromper) e resulta em uma perda de oportunidades de renda para os pobres. Além disso, tal mudança em direção a projetos de capital intensivo em países com mão-de-obra abundante e capital escasso, pode resultar em perda de eficiência⁵⁸.

No Brasil, os impactos da corrupção no desenvolvimento social podem ser aferidos por meio da análise comparativa das avaliações internacionais do país. Para a Transparência Internacional, o Brasil ocupa a 94^a posição em termos de percepção de corrupção em 2020. Isso demonstra a relação da corrupção com o desenvolvendo, na medida em que apesar de o Brasil ter sido 9^a maior economia do mundo em 2019, ocupa apenas 84^a posição no índice de Desenvolvimento Humano – IDH de 2020. Os resultados do Brasil na mediação do IDH confirmam que nem sempre grande volume de recursos é sinal de desenvolvimento, e releva que, no Brasil, as riquezas não são revertidas para a ampliação das capacidades na mesma proporção do resultado obtido quanto ao crescimento econômico⁵⁹.

⁵⁷ MAURO, P. The effects of corruption on growth, investment and government expenditure: a cross-country analysis. *In*: ELLIOT, A. K. (Ed.). *Corruption and the global economy*, Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997. p. 83-108. MAURO, P. Corruption and growth. *Quarterly Journal of Economics*, v. 110, n. 3, p. 681-712, 1995.

⁵⁸ LASH, 2004, p. 91.

⁵⁹ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 29.

2.3. AS CAUSAS DA CORRUPÇÃO

Vito Tanzi aponta que: "A corrupção é um fenômeno complexo que quase nunca é explicado por uma única causa. Se fosse, a solução seria simples"⁶⁰. Como veremos a seguir, há uma série de causas que geralmente interagem entre si.

Rose Ackerman dividiu as causas em "incentivos" e "instituições", ressaltando que a "ética pessoal" também desempenha um papel relevante. Assim, a corrupção ocorreria na intersecção entre incentivos específicos à situação, instituições de toda a sociedade e a ética pessoal⁶¹.

2.3.1. AS INSTITUIÇÕES

As instituições são a estrutura política e legal (leis e sua aplicação), bem como o Estado de Direito e a cultura que moldam as atitudes da sociedade em relação à corrupção. Para Rose Ackerman, a corrupção descreve uma relação entre o Estado e o setor privado. Às vezes, os funcionários do Estado são os atores dominantes; em outros casos, atores privados são as forças mais poderosas. O poder de barganha relativo desses grupos determina tanto o impacto global da corrupção na sociedade quanto a distribuição dos ganhos entre corruptores e corrompidos⁶².

Inúmeros estudos sugerem que há razões para acreditar que quanto maior a liberdade política, as liberdades civis e a liberdade da mídia, mais fortes são as forças de contrárias ao poder do governo⁶³.

Há ainda o debate sobre a relação entre o tamanho do governo e a extensão da corrupção. Essa conexão entre o

⁶⁰ TANZI, 1998, p. 30.

⁶¹ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, *op. cit.*, p. 29.

⁶² ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 275.

⁶³ LASH, 2004, p. 94.

tamanho do governo e a corrupção é modelada por Acemoglu e Verdier, que desenvolvem um modelo de teoria dos jogos para mostrar como a correção das falhas de mercado faz com que o governo cresça, à medida que as regulamentações são introduzidas e os inspetores são contratados; em última análise, há uma troca na margem entre falha de mercado ou "fracasso do governo" – corrupção ou outros tipos de mau funcionamento do governo. A redução do tamanho do governo pode reduzir a corrupção porque alguns programas passam a não mais existir. No entanto, se um programa for cortado, os pagamentos podem aumentar de tamanho e se estender à medida que os candidatos competem pela escassa oferta⁶⁴.

As evidências indicadas por Nicholas Lash sugerem que a liberalização econômica, como a redução das restrições comerciais, a desregulamentação dos preços, a eliminação dos subsídios e a privatização de ativos estatais podem reduzir a corrupção. Ao reduzir o papel do governo na atividade econômica e transferir ações discricionárias do governo para escolhas competitivas do mercado, a privatização pode reduzir as oportunidades de busca de renda⁶⁵.

No entanto, a privatização também fornece inúmeros incentivos à corrupção. Por exemplo, subornos podem ser pagos para inclusão na lista de licitantes pré-aprovados ou para restringir o número de outros licitantes. Subornos também podem ser pagos aos funcionários para fornecer informações privilegiadas precisas sobre grandes empresas difíceis de avaliar, ao mesmo tempo em que fornecem informações públicas enganosas subestimando o valor dos ativos que estão sendo privatizados. Por um preço, os funcionários do governo podem prometer garantia de administração regulatória frouxa e/ou proteção contra futura concorrência.

⁶⁴ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁵ LASH, *op. cit.*, p. 94.

2.3.2. OS INCENTIVOS

Os incentivos específicos à corrupção decorrem de situações que influenciam escolhas quando um indivíduo equilibra custos e benefícios para decidir se oferece, aceita ou exige uma troca corrupta⁶⁶. Gary Becker afirma que uma pessoa comete um delito se a utilidade esperada para ele exceder a utilidade que ele poderia obter usando seu tempo e outros recursos em outras atividades. Algumas pessoas se tornam "criminosos", portanto, não porque sua motivação básica difere da de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos diferem⁶⁷.

A corrupção prospera quando seus benefícios excedem seus custos. Os custos da corrupção referem-se às penalidades que os considerados culpados devem pagar, (por exemplo, corrupção ativa ou passiva), para igualar a probabilidade de apreensão vezes a probabilidade de ser condenado vezes a provável punição. As probabilidades acima são influenciadas pelo grau de transparência em torno das transações, pelas atitudes sociais sobre corrupção ("todo mundo faz isso" e "o que há de errado com um inocente dom de apreciação?"), e a capacidade de subornar funcionários responsáveis pela eliminação da corrupção, como a polícia e os tribunais⁶⁸.

Rose Ackerman indica o poder de monopólio, a falta de prestação de contas e de transparência e os baixos salários como incentivos à corrupção⁶⁹. No mesmo sentido, para Robert Klitgaard, a corrupção surge quando as organizações ou pessoas detêm poderes de monopólio sobre bens ou serviços, decidem

⁶⁶ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 524.

⁶⁷ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968. p. 176.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). United nations action against corruption and bribery. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf. Acesso em: 04 nov. 2020.

⁶⁹ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 28.

discricionariamente quem pode recebê-los e quanto cada um receberá, sem ter que prestar contas a ninguém. Além disso, quando as propinas são grandes, as chances de o corrupto ser colhido em flagrante pequenas e as punições no caso de ser pego irrisórias, muitos funcionários sucumbem⁷⁰.

Vito Tanzi explica que o poder de monopólio ocorre quando o papel do Estado é realizado por meio do uso de muitas regras ou regulamentos. Segundo o autor, quando licenças e autorizações de vários tipos são necessárias para o exercício de atividades, econômicas ou não (como abrir uma empresa, obter empréstimos ou emitir um passaporte, por exemplo), isso gera uma espécie de poder monopólio aos agentes públicos que devem autorizar ou inspecionar as atividades. Esses agentes públicos “podem recusar as autorizações ou podem simplesmente sentar-se em uma decisão por meses. Assim, eles podem usar seu poder público para extrair subornos daqueles que precisam das autorizações ou licenças”⁷¹.

O poder discricionário, por sua vez, ocorre quando o governo se engaja no fornecimento de bens e prestação de serviços preços abaixo do mercado (subsídios). Em alguns casos, o excesso de demanda é criado pelo Estado e é preciso tomar decisões políticas para repartir a oferta limitada. Essas decisões são muitas vezes tomadas por funcionários públicos. Aqueles que querem esses bens (os usuários) estariam dispostos a pagar um suborno para ter acesso (ou um acesso maior) ao que o governo está fornecendo, causando um ambiente de incentivos à corrupção⁷².

Além disso, a falta de transparência nas regras legais e processos cria um ambiente fértil para a corrupção, especialmente quando as regras são confusas, não se encontram publicamente disponíveis e quando são alteradas rotineiramente

⁷⁰ KLITGAARD, 1998, p. 4.

⁷¹ TANZI, 1998, p. 10.

⁷² *Ibid.*, p.13.

sem anúncios devidamente divulgados. “Quando as leis ou regulamentos são escritos de uma forma que apenas advogados treinados podem entender e muitas vezes são conceitualmente e não apenas linguisticamente opacos sobre aspectos importantes, deixam motivos para diferentes interpretações”. Processos ou procedimentos em questões políticas e outras ações, como por exemplo, para licitações de projetos públicos, são igualmente opacos para que, às vezes, seja difícil compreender o processo que foi seguido antes de uma decisão ser tomada⁷³.

2.3.3. ÉTICA PESSOAL

Rose-Ackerman aborda ainda o papel desempenhado pela ética pessoal. Para ela, algumas pessoas têm convicções morais tão fortes que resistirão a qualquer proposta corrupta. No outro extremo, alguns são tão cínicos que não têm escrúpulos em usar a corrupção para fazer as coisas. A maioria tem um senso de moralidade, mas que pode ser superado pelo preço certo. Percepções de corrupção podem ajudar a moldar a ética pessoal: quanto mais um indivíduo percebe a corrupção como um fenômeno normal, mais provavelmente se envolverá em corrupção. Se o governo é geralmente visto como ilegítimo, então enganar o governo através de evasão fiscal ou receber benefícios aos quais não se tem direito não parece imoral⁷⁴.

Com efeito, as influências culturais e sociais, além de fatores institucionais e incentivos econômicos, também se relacionam a corrupção. No entanto, Lambsdorff aponta que "traçar o nível de corrupção para determinantes culturais não deve sugerir que os níveis de corrupção são em grande parte inevitáveis"⁷⁵, pois a cultura explica apenas parte da existência da corrupção e algumas atitudes culturais podem refletir

⁷³ TANZI, 1998, p. 20.

⁷⁴ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 524.

⁷⁵ LAMBSDORFF, J. G. Corruption in empirical research: a review. Transparency International Working Paper. 1999. p. 10 *apud* LASH, 2004, p. 97.

sistemas organizacionais que poderiam ser alterados com medidas políticas.

3. UMA ANÁLISE ECONÔMICA DAS MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO

3.1. O EFEITO DISSUASIVO DA LEI PENAL E A NECESSÁRIA DETECÇÃO

A moderna teoria econômica do crime, inaugurada com o artigo de Gary S. Becker *Crime and Punishment. An Economic Approach*⁷⁶, aproxima o cometimento de delitos à teoria econômica das escolhas racionais. Sob tal perspectiva, o indivíduo apenas escolhe cometer o delito se os benefícios (ou utilidades) dele decorrentes forem superiores aos obtidos caso dedique o seu tempo e recursos em outras atividades lícitas. Dessa forma, a probabilidade de punição e a gravidade das sanções impostas são elementos fundamentais na escolha do potencial criminoso na medida em que, quanto maior for a probabilidade de sua punição e mais severa for a sanção, menos estimulado para a prática delitiva ele estará. Pery Shikida⁷⁷ ressalta que a óptica da maximização da utilidade esperada é fundamental para entender as escolhas dos indivíduos entre cometer ou não cometer um crime.

Alencar e Gico Jr.⁷⁸, ao aplicar essa teoria ao delito de corrupção, elaboram a seguinte representação:

$$E[U] = (1 - p) \times U(R) - p \times U(R - c) \quad [1]$$

⁷⁶ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968.

⁷⁷ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; CARDOSO, Bárbara Françoise. *Economia do Crime no Brasil*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 162.

⁷⁸ ALENCAR, Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Corrupção e Judiciário: A (in)eficácia do Sistema Judicial no Combate à Corrupção*. In: *Revista Direito GV*, v. 7, n. 1, p.75-98; jan-jun 2011. p.77.

Em tal função, “E[U]” representa utilidade (benefícios) esperada com o cometimento do crime; “p” representa a probabilidade de punição, logo, $(1 - p)$ é a probabilidade esperada de não ser punido. “U” é a função utilidade individual do agente; “R” é o ganho ou renda obtida com a atividade ilícita; e “c” é o custo de ser punido. Sob essa leitura econômica, quando a expectativa “E[U]” é positiva, o agente tem incentivos para cometer o ilícito. Lado outro, caso a chance de ser punido pelo crime seja alta e a sanção dela decorrente elevada, a tendência é a minimização da utilidade individual e, como conseqüência, redução do número de ofensas. Em tal panorama, asseveram os autores que a “probabilidade e magnitude da punição são os elementos-chave para a análise econômica do comportamento criminoso”⁷⁹.

Com base em tal panorama, as abordagens mais contemporâneas sobre a corrupção incluíram no debate a importância do fortalecimento dos mecanismos estatais de controle, porquanto o Estado, por meio de suas normas e instrumentos de apuração e de penalização de condutas ilícitas, deve deixar evidente o alto risco de corromper ou ser corrompido frente às conseqüências jurídicas⁸⁰.

Com base nessa racionalidade, as estratégias baseadas na análise econômica muitas vezes diferem das sanções legais convencionais, mesmo nos países desenvolvidos. Uma abordagem da *Law and Economics* se concentra tanto na melhoria do efeito dissuasivo da lei penal (prevenção geral) e da punição efetiva (prevenção especial), quanto no fornecimento de incentivos para que os envolvidos auxiliem na detecção e obtenção de provas de ações corruptas.

Um enigma para os esforços anticorrupção é a possível tensão entre os objetivos de sinalizar punições críveis esperadas

⁷⁹ ALENCAR; GICO JR. 2011, p.77.

⁸⁰ BOMFIM, Gilberto. Os incentivos da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) para os acordos de leniência. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. 2021. p.41.

e usar a lei para induzir os agressores a fornecer provas⁸¹. Um exemplo paradigmático dessa forma de atuação é o instituto da colaboração premiada, amplamente usado em outros países e mais recentemente no Brasil para o combate à corrupção.

Por outro lado, estudos de economia comportamental ressaltam a importância de divulgar amplamente a aplicação da lei penal como meio de dissuadir condutas criminosas, já que o cálculo do curso esperado da sanção não é pautado na realidade objetiva do sistema de justiça penal, mas principalmente na percepção subjetiva dos indivíduos sobre o seu funcionamento⁸².

A literatura de direito e economia reconhece que a dissuasão do comportamento criminoso depende da efetiva punição — tanto aquela imposta pelo sistema legal quanto custos mais sutis, como perda de reputação ou vergonha⁸³. As baixas penas após a condenação ainda podem dissuadir se a chance de detecção e punição for alta, e as altas penalidades podem compensar a aplicação fraca, desde que o processo de execução em si não seja indevidamente tendencioso⁸⁴.

Um aspecto importante a ser analisado é que, dentro de um Estado de Direito que adota um modelo processual penal acusatório penal, a punição depende da detecção e da comprovação do ato corrupto. E sendo a corrupção uma infração clandestina que, em regra, é disfarçada por uma aparência de normalidade e legalidade, pelo nível organizacional sofisticado e pela escassez de provas de sua materialidade⁸⁵, uma dissuasão efetiva é impossível, a menos que as autoridades possam obter evidências relevantes — uma tarefa difícil, porque muitas vezes

⁸¹ ROSE-ACKERMAN, Susan. The law and Economics of Bribery and Extortion. Law School and Department of Political Science, Yale University, New Haven, Connecticut. Annu. Ver. Law Soc. Sci. 2010. p.221.

⁸² JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. Stanford Law Review. Stanford: Stanford University Press, v.50, 1998. p.1.538

⁸³ BECKER, Gary S. p. 169-217, Mar./Apr. 1968

⁸⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. 2010. p.222.

⁸⁵ BOMFIM, Gilberto. 2021. p.84.

os participantes são os únicos que sabem do acordo corrupto.

Com efeito, em crimes como os de corrupção, a detecção depende de pessoas de dentro da organização para denunciar irregularidades. Cidadãos e empresas vitimados por exigências de pagamentos corruptos podem relatar tentativas de suborno, mas podem não ser capazes de oferecer provas suficientes para uma condenação. Em vez disso, a aplicação da lei eficaz muitas vezes exige que as autoridades prometam perdão ou leniência a um dos participantes. Isso cria um paradoxo importante para os esforços de aplicação da lei. Punições altas e esperadas devem deter a corrupção, mas uma alta probabilidade de detecção só pode ser possível se algumas forem prometidas baixas penalidades⁸⁶.

Nesses casos, a probabilidade de detecção é uma função de se algum dos participantes tem um incentivo para relatar. Aqueles sujeitos a extorsão podem relatar tentativas, mas promessas policiais de baixas penalidades ou até mesmo recompensas são muitas vezes essenciais. Um sistema baseado na economia do crime protege e recompensa os denunciadores que apresentam evidências de irregularidades.

Nesse sentido, a utilização da justiça negociada e dos acordos substitutivos demonstrou que é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, aptos a evitar o colapso do sistema de justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas que satisfaçam o clamor decorrente das infrações de corrupção⁸⁷.

Os estudiosos do tema têm relacionado os acordos substitutivos à Teoria dos Jogos, de forma que o objetivo subjacente aos acordos é o de criar, para os agentes que delinquem em conluio, as condições mais próximas possíveis de um “dilema dos prisioneiros”⁸⁸, pois é oferecido um benefício a

⁸⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. 2010. p.222

⁸⁷ SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luiz (Coords). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240.

⁸⁸ SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: optimal programs. CEPR Discussion

um dos agentes para que ele colabore com a investigação, no intuito de dissuadi-lo a maximizar seu interesse, usufruindo de uma redução na punição ou de um cumprimento da pena em liberdade.

Tais estatutos premiaais podem ajudar a evitar má conduta, desde que não induzam potenciais denunciante a criar situações comprometedoras e desde que a busca por delitos não diminua a qualidade dos serviços públicos. Assim, o valor de tais estatutos depende tanto da probabilidade de corrupção quanto do custo de oportunidade da atividade de denúncia.

É preciso salientar que o sistema punitivo está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes e eficazes no controle da corrupção sistêmica. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso afirma que “*não se muda o mundo com a exacerbação do direito penal*”. A construção de um país fundado na justiça, segurança e igualdade entre todos é mais bem servida por categorias como (i) educação de qualidade desde a pré-escola; ii) distribuição adequada de riquezas, poder e bem-estar; e (iii) debate público democrático e de qualidade⁸⁹.

Conquanto a precisão do raciocínio, mister pontuar que leis bem projetadas e aplicadas contra suborno e extorsão, bem como o enfrentamento do problema da impunidade são um *backup* necessário para qualquer reforma mais ampla. Nesse cenário, a análise econômica pode contribuir, e muito, para a análise de sua operação e eficácia.

3.2. AS MUDANÇAS INSTITUCIONAIS E DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

As instituições são a estrutura política e legal (leis e sua

Paper, n. 4840, Dec. 2004.

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas. In: Corrupção: Aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Coordenadores Daniel de Resende Salgado; Ronaldo Pinheiro de Queiroz e Vladimir Aras. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p-30

aplicação), bem como o Estado de Direito e a cultura que moldam as atitudes da sociedade em relação à corrupção. Para Douglass North⁹⁰, “as instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, em definição mais formal, as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana”. Elas definem e limitam o conjunto de escolhas dos indivíduos.

Rose Ackerman⁹¹ ensina que a corrupção descreve uma interação entre o Estado e o setor privado. Às vezes, os funcionários do Estado são os atores dominantes; em outros casos, atores privados são as forças mais poderosas. O poder de barganha relativo desses grupos determina tanto o impacto global da corrupção na sociedade quanto a distribuição dos ganhos entre corruptores e corrompidos.

A literatura econômica da corrupção afirma que o suborno ocorre frequentemente em hierarquias organizacionais e em estruturas com múltiplos locais de pagamento de potencial. Esses laços complexos organizacionais adicionam uma dimensão importante à análise. É preciso considerar não apenas a relação entre um único agente, um único amigo honesto e um forasteiro potencialmente corrupto, mas também a possibilidade de que pagamentos individuais de suborno sejam parte de um sistema complexo⁹².

O referencial teórico da análise econômica do direito, baseado nos conceitos de instituições e de custos de transação, podem ser utilizadas para a interpretação do fenômeno da corrupção. Se a matriz institucional de um país admite a existência de contratos imperfeitos (oportunismo e no risco moral dos agentes), de arranjos institucionais (as estruturas), de ambientes (as regras do jogo) institucionais deficientes, então,

⁹⁰ NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p.13.

⁹¹ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2th. Ed. Cambridge: Cambridge University, 2016. p.275.

⁹² ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 230.

essas são prováveis causas para o fenômeno da corrupção e para as dificuldades em implementarem processos consistentes de erradicação do fenômenos, resultando em respostas socioeconômicas e políticas insuficientes. Por outro lado, naqueles países onde as matrizes institucionais apresentam baixos custos de transação, a teoria enfatiza que aqueles países apresentaram níveis baixos de corrupção.

Com base nisso, inúmeros estudos sugerem que há razões para acreditar que quanto maior a liberdade política, as liberdades civis e a liberdade da mídia, mais fortes são as forças contrárias ao poder do governo⁹³. Há ainda o debate sobre a relação entre o tamanho do governo e a extensão da corrupção. Essa conexão entre o tamanho do governo e a corrupção é modelada por Acemoglu e Verdier⁹⁴ que desenvolvem um modelo de teoria dos jogos para mostrar como a correção das falhas de mercado faz com que o governo cresça, à medida que as regulamentações são introduzidas e os inspetores são contratados; em última análise, há uma troca na margem entre falha de mercado ou "fracasso do governo" – corrupção ou outros tipos de mau funcionamento do governo. A redução do tamanho do governo pode reduzir a corrupção porque alguns programas passam a não mais existir. No entanto, se um programa for cortado, os pagamentos podem aumentar de tamanho e se estender à medida que os candidatos competem pela escassa oferta⁹⁵.

No aspecto político, a relação entre o estudo da corrupção e o direito eleitoral se dá principalmente em duas frentes: *accountability* eleitoral e financiamento de campanhas.

A primeira diz respeito à capacidade de o próprio eleitor

⁹³ LASH, 2004, p.94.

⁹⁴ ACEMOGLU, Daron; VERDIER, Thierry. Property Rights, Corruption and the Allocation of Talent: A General Equilibrium Approach. *The Economic Journal*, Vol. 108, No. 450 (Sep., 1998), pp. 1381-1403. Disponível em: <https://economics.mit.edu/files/3808> Acesso em: 03 nov. 2021.

⁹⁵ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016. p. 35.

combater a corrupção por meio do voto, fazendo com que o político corrupto seja responsabilizado por sua conduta ilícita nas urnas. Em qualquer mudança institucional que se pense em realizar é necessário primeiro garantir aos eleitores amplo acesso à informação para que possam combater a corrupção nas urnas, além de transparência necessária a fiscalização pelos órgãos competentes.⁹⁶

A segunda está relacionada a uma das medidas recomendadas na “Relação da Comissão Europeia sobre a luta contra a corrupção” que é “*tornar mais rigorosa a normativa em matéria de financiamento para os partidos políticos*”. A questão do financiamento das campanhas eleitorais representa um dos maiores pontos de atenção no que toca ao risco de corrupção no âmbito do sistema político, eleitoral e partidário, e sobre ela se projetam grande parte das discussões a respeito de uma perspectiva de reforma política⁹⁷.

Contudo, a AED indica que as reformas das leis que versam sobre o financiamento “*não podem ser analisadas sem um diagnóstico do seu impacto nas possíveis mudanças que produzem no sistema democrático*”⁹⁸. De acordo com Ana Claudia Santano “*quanto mais proibitivas ou restritivas sejam as normas, provavelmente serão menos eficazes*”, notadamente se não forem construídas alternativas viáveis de financiamento, como ocorreu na reforma eleitoral brasileira de 2015⁹⁹.

Portanto, as reformas anticorrupção baseadas na análise econômica precisam limitar os incentivos corruptos que produzem efeitos nocivos. Isso pode ser feito através de redesenho de programas, melhor supervisão pública e aplicação da lei mais eficaz. A reforma pode limitar a discricionariedade dos funcionários por meio de regras claras, simples e transparentes combinadas com o monitoramento por superiores e,

⁹⁶ SILVA; STUDART; BARCELOS; 2018, p. 364

⁹⁷ SILVA; STUDART; BARCELOS, 2018, p. 362-365.

⁹⁸ SANTANO, 2015, p. 191

⁹⁹ SANTANO, 2015, p. 191

crucialmente, uma forma de aqueles prejudicados por demandas de pagamento reclamarem a um funcionário independente e honesto, como um provedor de justiça¹⁰⁰.

Além disso, há a necessidade de uma reforma política no Brasil, com a inclusão do *accountability* e medidas que tornem mais rigorosa a normativa em matéria de financiamento de campanhas.

3.3. OS MECANISMOS BRASILEIROS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O Brasil, a partir do movimento internacional de controle da corrupção, ratificou os principais tratados que versaram sobre corrupção, quais sejam, (i) a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA), de 1996; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de 1997; (iii) a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, e (iv) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), em 2003.

Além disso, tem procurado harmonizar suas instituições formais e seu ordenamento jurídico interno para dar efetividade à prevenção e ao combate a corrupção. Com efeito, vem construindo um microsistema de tutela da administração pública norteado pelos referidos tratados internacionais.

No âmbito penal, a maioria das formas de corrupção clássicas (corrupção ativa, passiva, extorsão, tráfico de influência, obstrução da justiça etc.) já se encontram tipificadas no Código Penal brasileiro e demais leis penais extravagantes. Embora ainda existam algumas formas de corrupção pendentes de tipificação no Brasil (como por exemplo a corrupção privada, entre outras), o país tem avançado na prevenção geral e especial da corrupção mediante a responsabilização das pessoas

¹⁰⁰ ROSE-ACKERMAN, 2010, p.221

físicas¹⁰¹.

No âmbito administrativo e civil, a criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos, prevista em alguns dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, encontra previsão na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). Além disso, o arcabouço normativo brasileiro ainda conta com a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), a Lei de Licitações (Lei 8.666/93) e a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11), entre outras.

Quanto a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção, medida extremamente relevante no combate à corrupção, encontra-se prevista na legislação brasileira a partir da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Essa propensão normativa mais ou menos parecida, como destaca Roger Congleton, resulta da globalização política e do mercado conectado internacionalmente, que exigem a solidificação de regras mais ou menos uniformes, o que produz o efeito de pressionar a implementação de políticas públicas internacionais, de modo a influenciar a elaboração da legislação nacional e também a adesão e internacionalização aos tratados internacionais¹⁰².

Conforme demonstrado, existe no Brasil um conjunto de leis que buscam combater a corrupção. Vigem no país um sistema de responsabilidade que pune, em diferentes instâncias (penal, administrativa e civil), um bom número de condutas que drenam

¹⁰¹ Neste sentido, vide a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, denominada Lei de Lavagem de Dinheiro, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências; a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 que, dentre outras questões, define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada Lei Anticrime, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

¹⁰² CONGLETON, Roger D. The globalization of politics: rational choice and the internalization of public policy. 13 Apr., 2007. p. 14. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=979459>. Acesso em: 23 fev. 2021.

recursos e interesses públicos. Consagra-se a ideia de multiplicidade de responsabilização como inerente ao nosso ordenamento jurídico e ao combate do complexo fenômeno da corrupção.

As reformas implementadas para promover o controle da corrupção têm se pautado, portanto, em reformas concentradas em aperfeiçoar as instituições e alterar os incentivos enfrentados por atores potencialmente corruptos e em melhor alinhar os interesses dos agentes com seus mandantes. Essas políticas e intervenções incluem, em regra, a criação ou o fortalecimento de mecanismos que permitam monitorar e sancionar os agentes corruptos, aumentando a transparência organizacional geral e reduzindo o nível de discricionariedade exercido por burocratas e funcionários em posições mais baixas. Essas reformas institucionais minimizariam a atuação do Estado na sociedade e possibilitariam a transparência, reduzindo os incentivos à corrupção¹⁰³.

São necessárias, portanto, além de reformas institucionais e legais a implementação de políticas públicas que verdadeiramente alterem os incentivos que perpetuam a corrupção sistêmica no Brasil. As estratégias de enfrentamento à corrupção baseadas unicamente na “*rule of law*”, mediante o endurecimento das leis punitivas e de fortalecimento dos órgãos de repressão não se mostram suficientes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de direito e economia pode ajudar a definir prioridades para programas anticorrupção, sugerir reformas em países com corrupção sistêmica, recomendar prioridades de aplicação da lei e ajudar a desenhar estratégias viáveis de aplicação das leis anticorrupção. A análise econômica aconselha os reformadores a se concentrarem nas condições subjacentes

¹⁰³ ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 526-530.

que produzem pagamentos indevidos e propinas.

Com base nessa racionalidade, as estratégias baseadas na análise econômica muitas vezes diferem das sanções legais convencionais, mesmo nos países desenvolvidos. Uma abordagem da *Law and Economics* se concentra tanto na melhoria do efeito dissuasivo da lei penal (prevenção geral) e da punição efetiva (prevenção especial), quanto no fornecimento de incentivos para que os envolvidos auxiliem na detecção e obtenção de provas de ações corruptas.

Além disso, o controle da corrupção segue com a elaboração de melhorias nas instituições políticas e legais, mas principalmente nos incentivos que influenciam escolhas quando um indivíduo equilibra benefícios e custos para decidir se oferece, aceita ou exige uma troca corrupta.

As reformas implementadas internacionalmente para promover o controle da corrupção têm se pautado, portanto, em reformas concentradas em aperfeiçoar as instituições e alterar os incentivos enfrentados por atores potencialmente corruptos e em melhor alinhar os interesses dos agentes com seus mandantes. Essas políticas e intervenções incluem, em regra, a criação ou o fortalecimento de mecanismos que permitam monitorar e sancionar os agentes corruptos, aumentando a transparência organizacional geral e reduzindo o nível de discricionariedade exercido por burocratas e funcionários em posições mais baixas. Essas reformas institucionais minimizariam a atuação do Estado na sociedade e possibilitariam a transparência, reduzindo os incentivos à corrupção.

A lei anticorrupção deve adaptar estratégias de dissuasão e incentivos, aliadas à reformas institucionais que levam em conta formas organizacionais alternativas de combate à corrupção, bem como propostas preventivas e de transparência mais rigorosas, pois existe uma conexão bem documentada entre maior transparência e menor corrupção. O direito penal não deve ser a primeira ou a única linha de combate à corrupção. A

introdução de mecanismos de acordos penais e extrapenais de não persecução e de aplicação imediata de penas tem um grande potencial de aumentar a detecção dos atos corruptos e desafogar a justiça criminal. Além disso, as políticas públicas devem ser redesenhadas ou eliminadas, e o governo deve operar de forma responsável e transparente.

Por fim, as reformas eleitorais devem ser focadas em modelo de financiamento de campanha que encontre um ponto de equilíbrio entre recursos públicos e privados, estabelecendo conexões com os eleitores sem criar dependência mútua, mas ampliando o número de fontes de arrecadação. Ademais, a leis eleitorais devem garantir aos eleitores amplo acesso à informação para que possam combater a corrupção nas urnas, além da transparência necessárias à fiscalização pelos órgãos competentes.



REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Corrupção e Judiciário: A (in)eficácia do Sistema Judicial no Combate à Corrupção. In: Revista Direito GV, v. 7, n. 1, p.75-98; jan-jun 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas. In: Corrupção: Aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Coordenadores Daniel de Resende Salgado; Ronaldo Pinheiro de Queiroz e Vladimir Aras. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p-23-34
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968. p. 176.

- BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques Marin. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. A&C – R. de Dir. Adm. Const., Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018.
- BOMFIM, Gilberto. Os incentivos da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) para os acordos de leniência. Dissertação de Metrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. 138 p. 2021
- CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e direito internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel. Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013. p.119-152
- CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o *Foreign Corrupt Practices Act* Norte-Americano e o *Bribery Act* do Reino Unido. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.) Lei anticorrupção. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- CONGLETON, Roger D. The globalization of politics: rational choice and the internalization of public policy. 13 Apr., 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=979459>. Acesso em: 23 fev. 2021.
- CORBI, Raphael Bottura; MENEZES FILHO, Naércio Aquino. Os determinantes empíricos da felicidade no Brasil. Revista de Economia Política, v. 26, n. 4, p. 518-536, out./dez. 2006.
- CUNHA, Rogério Sanchez; SOUZA, Renee. Lei anticorrupção empresarial. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

- GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival. RIBEIRO, Marcelo Miranda. Tributação e desenvolvimento regional: uma análise econômica dos benefícios fiscais concedidos para empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e a guerra fiscal entre estados. *Revista Pensar, Fortaleza*, v. 20, n. 2, p. 451-504, maio/ago. 2015.
- GRANDO, Guilherme; KLEIN, Vinicius. Os argumentos econômicos na argumentação judicial. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2016.
- HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- HUNTINGTON, Samuel P. Political order in changing societies. New Haven: CT: Yale University, 1968.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*. Stanford: Stanford University Press, v.50, 1998.
- KLITGAARD, Robert E. A cooperação internacional contra a corrupção. *Finanças e Desenvolvimento*, p. 3-6, mar. 1998.
- KLITGAARD, Robert. A corrupção sob controle. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.
- LASH, Nicholas A. Corruption and economic development. *The Journal of Economic Asymmetries*, Chicago, Loyola University Chicago, v. 1. n. 1, p. 85-109, May 2004.
- LAUFER, Daniel. Corrupção: uma perspectiva entre as diversas

- áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013.
- LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist.*, n. 1, p. 8-14, Nov. 1964.
- LÓPEZ, Fernando Rodriguez. Unidad 2: limitaciones y conflictos en el derecho sancionador como mecanismo de lucha contra la corrupción. Salamanca: Departamento de Economía Aplicada – Facultad de Derecho Universidad de Salamanca, 2020.
- LÓPEZ, Fernando Rodríguez. Unidad 1: elementos básicos en el análisis económico de la corrupción. Salamanca: Facultad de Derecho Universidad de Salamanca, Departamento de Economía Aplicada, 2020.
- MARIN, Tâmera Padoin Marques. A lei anticorrupção e o acordo de leniência: uma
- MAURO, P. Corruption and growth. *Quarterly Journal of Economics*, v. 110, n. 3, p. 681-712, 1995.
- MAURO, P. The effects of corruption on growth, investment and government expenditure: a cross-country analysis. *In: ELLIOT, A. K. (Ed.). Corruption and the global economy*, Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997. p. 83-108.
- NASCIMENTO, Melillo Diniz. O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013: a lei anticorrupção. *In: NASCIMENTO, Melillo Diniz. Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- NORTH, Douglass C. Instituições, mudança institucional e desempenho econômico. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- NYE, Joseph S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *The American Political Science Review*, v. 61, n. 2, Jun. 1967.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório

- contra drogas e crimes. Convenção das Nações Unidas contra a corrupção. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). United nations action against corruption and bribery. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf. Acesso em: 04 nov. 2020.
- PESTANA, Marcio. Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei 12.846/2013. São Paulo: Manole, 2016.
- PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Corrupção e administração pública no Brasil: combate administrativo e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). São Paulo: Almedina, 2020.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. *In*: SOUSA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Orgs.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.
- RAMINA, Larissa L. A ação internacional contra a corrupção. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e a lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205, p. 87-104, jan./mar. 2015.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2016.
- ROSA, Alexandre de Moraes da. A teoria dos jogos aplicada ao processo penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

- ROSE, Jonathan. The meaning of corruption: testing the coherence and adequacy of corruption definitions. Public Integrity, University of Florida, 10 Dec. 2017.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Corruption and government: causes, consequences and reform. 2th. Ed. Cambridge: Cambridge University, 2016.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. The law and Economics of Bribery and Extorcion. Law School and Department of Political Science, Yale University, New Haven, Connecticut. Annu. Ver. Law Soc. Sci. 2010. p.217-238. Acesso em: 27 set. 2021.
- SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; ARAS, Vladimir. Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2020.
- SANTANO, Ana Cláudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Uma análise econômica da nova lei anticorrupção. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28., 2014, Foz do Iguaçu. Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 295-314.
- SHIKIDA, Pery Francisco Assis; CARDOSO, Bárbara Françoise. Economia do Crime no Brasil. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163-174.
- SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luiz (Coords). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SEN, Amartya. Sobre ética e economia. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

- SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: optimal programs. CEPR Discussion Paper, n. 4840, Dec. 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=716143>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures. Washington, D.C: Palgrave Macmillan Journals on behalf of the International Monetary Fund, v. 45, n. 4, p. 559-594 Dec. 1998,. Disponível em: <https://booksc.org/book/31492159/55947b>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. (Orgs.). Comentários ao direito penal econômico brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 1. p. 517-536.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Perguntas frequentes. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 30 set. 2020.
- TRANSPARENCY INTERNACIONAL. Brazil: overview of corruption and anticorruption, 2016. Disponível em: https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Brazil_overview_of_corruptio_and_anticorruption_2016.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.
- VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.
- VIECILI, Jerusa Burmann. A transparência como fator de efetividade do combate à corrupção. In: Corrupção: Aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Coordenadores Daniel de Resende Salgado; Ronaldo Pinheiro de Queiroz e Vladimir Aras. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.379-414