

Direito anticorrupção em rede e cooperação jurídica internacional

Marco Bruno Miranda Clementino¹

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um ilícito sem fronteiras. Mesmo quando praticada em prejuízo de órgãos públicos de determinado Estado nacional, seus efeitos deletérios têm o potencial de afetar, ainda que de forma indireta, o sistema econômico global e de irradiar para todo o planeta repercussões sociais relevantes. Vivencia-se há algum tempo o contexto em que as relações econômicas são estruturadas a partir da lógica da transnacionalidade. Nesse sentido, a maximização indevida de lucros por meio da corrupção implica séria ameaça às premissas concorrenciais do sistema econômico, concebido globalmente, gerando distorções cujas projeções não são mais unicamente locais.

O objetivo geral do presente texto é estudar o fundamento da repressão transnacional da corrupção pelos sistemas jurídicos nacionais e do respectivo emprego da cooperação jurídica internacional como mecanismo. Como objetivos específicos, são também analisados os preceitos normativos da Lei n. 12.846/2013 (conhecida como “Lei Anticorrupção”), em particular aqueles que pressupõem a transnacionalidade do interesse tutelado pela ordem jurídica brasileira, por intermédio de seu marco institucional doméstico.

A legitimidade do exercício da tutela de um interesse marcadamente

¹ Juiz Federal e Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Membro do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Direito.

transnacional por instituições nacionais constitui problemática deste trabalho. Ela implica a resignificação de alguns conceitos clássicos de teoria geral do Estado, como soberania e território, e de seu alcance ao sistema constitucional brasileiro. No caso específico da Lei Anticorrupção, a problemática se torna relevante caso se considere a previsão de responsabilização, pelo Estado brasileiro, da corrupção praticada contra a administração pública estrangeira.

O trabalho emprega metodologia descritivo-documental, instrumentalizada essencialmente por fontes bibliográficas, nacionais e estrangeiras, sobre corrupção, transnacionalidade, soberania e cooperação jurídica internacional.

2 O DIREITO (TRANSNACIONAL) EM REDE

Mais de sessenta anos atrás, Philip Jessup (1956), professor e juiz norte-americano da Corte Internacional de Justiça, decretava o fim do Direito Internacional como um direito essencialmente interestatal. Vislumbrava ele a superação das premissas clássicas do Direito Internacional, que passa a então assumir como objeto a disciplina de um direito transfronteiriço ou que simplesmente desconsidere os referenciais territoriais como fundamento de validade.

Tempos depois, Samuel Huntington (1973), cientista político também norte-americano, publicou um estudo sobre o modelo das organizações em âmbito global. Analisando diversas delas, identificou ele, dentre outras características, o desenvolvimento de suas atividades por meio de várias fronteiras, sem que estas configurassem empecilho à viabilização da movimentação econômica mediante instrumentos bancários de transferência de capitais.

É inegável que a lógica transnacional se incorporou ao próprio modo de pensar e agir dos seres humanos. O território nacional perdeu sua densidade como fator de influência nas relações humanas e isso permitiu que a tutela do indivíduo em si fosse amplificada e exercitável, mesmo no contexto das ordens jurídicas nacionais. Como consequência, as competências dos agentes públicos nacionais, a exemplo dos juízes, passam a apresentar relevância também transnacional, prestando-se à proteção de interesses supraestatais, estrangeiros e mesmo universais.

Naturalmente, esse comportamento “transnacional” do ser humano também se constata no campo do ilícito, visando essencialmente à potencialização do lucro e à fuga das instituições estatais de controle, tradicionalmente estruturadas sob a influência do clássico conceito de soberania nacional. Não faz sentido que uma organização criminosa estruture sua atividade segundo a delimitação do território estatal.

Muito pelo contrário, ela tende a desconsiderá-lo justamente para escapar ao marco jurídico e institucional que se forma em torno dele. Assim, se a desconsideração do território já consiste em si num fenômeno da economia lícita, trata-se de uma estratégia ainda mais atrativa no contexto de uma empreitada criminosa.

Porém, no curso das décadas, esse traço cultural do comportamento humano não foi suficiente para derrubar as estruturas estatais. Ao mesmo tempo em que circula pelo globo, o ser humano vive nas cidades e finca raízes em parcelas dos territórios dos países, nas quais exercita posse e propriedade. Na vida diária, paga impostos e usufrui de serviços estatais. Quando viaja e ultrapassa suas próprias fronteiras, também se depara com as instituições do país que visita.

Enfim, o incremento das comunicações – com a conseqüente redução das barreiras espaciais – e a intangibilidade do mundo digital não conseguiram, pelo menos ainda, destruir o Estado nacional. Pelo contrário, de tempos em tempos, até se constata politicamente certo recrudescimento de ideais nacionalistas. Só que os problemas do Estado passaram a ser outros, muito mais abrangentes e, por vezes, imperceptíveis ao olhar meramente nacional.

A preservação do Estado nacional como dado político suscita, então, um paradoxo: é necessário conceber estratégias nacionais para enfrentamento de problemas e tutela de interesses transnacionais. A despeito da existência de uma multiplicidade de ordens jurídicas supraestatais, o fato é que o Direito Internacional não chegou a se fortalecer institucionalmente a ponto de atrair para si a solução concreta da infinidade de problemas transnacionais que gravitam em torno do planeta. Existem jurisdições internacionais, que são meramente complementares às nacionais, assim como inúmeras outras organizações internacionais, cujas pautas de atuação são essencialmente influenciadas pelos Estados nacionais.

A opção pelas estratégias nacionais tem como vantagem uma maior pulverização espacial. Corre-se, porém, o risco de uma resposta errática e desarticulada, já que são várias instituições nacionais funcionando ao mesmo tempo. Para que esse modelo funcione, é preciso estimular a atuação dos Estados em rede, a partir de uma lógica de coordenação horizontal, instrumentalizada pelo diálogo e pela cooperação. Fortalecem-se os esforços em busca de um determinado objetivo, evitando possíveis conflitos em decorrência da atuação isolada, porém simultânea, de múltiplos Estados nacionais.

Por óbvio, esse modelo político de relacionamento interestatal ostenta também uma roupagem jurídica. Pode-se, então, afirmar que os problemas trans-

nacionais são enfrentados em rede por meio das estruturas jurídicas nacionais e de seus respectivos *corpora* institucionais. Desse modo, o Direito Transnacional se expressa fundamentalmente como vários direitos nacionais articulados em rede. Nesse contexto, o Estado nacional permanece incólume, mas não descarta de mirar também suas competências para a tutela de interesses extraterritoriais.

3 A SOBERANIA REVISITADA

Nem sempre foi assim. Aliás, tampouco o é para todo e qualquer intérprete do Direito, mesmo nos tempos atuais. A afirmação de que o Estado nacional tem a prerrogativa de tutelar interesses transnacionais não resiste a um raciocínio apressado. É preciso revisitar alguns conceitos clássicos, recorrendo também à ciência política, para lhes atribuir uma nova significação.

O conceito de soberania nacional nasce atrelado ao de território, como elementos do Estado nacional. A soberania, como expressão do poder do Estado, surge como conceito no período moderno (CLEMENTINO, 2016), desdobrada em interna (incidente sobre o território do Estado) e externa (com referência extraterritorial). No plano interno, ela significa o poder de sujeição do Estado sobre as coisas existentes no território; no plano externo, implica a prerrogativa de não intervenção nos assuntos domésticos, expressa na independência nacional.

No que se refere à soberania externa, o passar dos séculos lhe exige, porém, nova significação. Conflitos em escala mundial terminam por colocar em xeque a simples preservação da humanidade e erigem a ideia da interdependência entre os Estados na sociedade internacional. Relativiza-se, então, o conceito de soberania externa e os Estados abandonam o comportamento atomizado, para assumir postura ativa e negociada em torno de interesses comuns.

É característica dessa relativização a cessão, pelos Estados, de parcelas de soberania nacional para formação de organizações internacionais. Elas são uma espécie de combustível político para formação de novas ordens jurídicas no plano internacional. Ao mesmo tempo, condicionam o relacionamento dessas novas ordens com as estatais.

No entanto, a criação de organizações internacionais não conseguiu esgotar o modelo estatal, que institucionalmente prevalece no enfrentamento dos problemas cotidianos, ainda que estes se projetem para além dos territórios nacionais. Dessa forma, a jurisdição estatal finda por impactar relações também transnacionais, na perspectiva de que, no trato de interesses comuns, os Estados devem atuar de forma articulada.

Sob o Direito Internacional, a jurisdição consiste no poder do Estado “de regular ou de qualquer modo impactar o povo, a propriedade e circunstâncias e reflete os princípios básicos da soberania estatal, igualdade entre os Estados e não-intervenção em assuntos domésticos” (SHAW, 2008, p. 645). Em outras palavras, jurisdição é uma espécie de desdobramento jurídico da soberania, expressa na jurisdição prescritiva (poder de legislar), na jurisdição adjudicativa (poder de estabelecer o processo judicial a fim de identificar violação às regras e indicar as consequências para essa violação) e na jurisdição executiva (poder de impor as consequências pela violação à lei, estabelecendo sanções).

Ainda em 1927, a Corte Internacional Permanente de Justiça, vinculada à Liga das Nações, enfrentou a problemática dos limites da jurisdição estatal no contexto do exame do emblemático *Caso Lótus*. Ali se decidiu pelo primado do critério territorial como legitimador do exercício da jurisdição estatal, mas desde logo se admitiu o emprego de critérios também extraterritoriais.

Quase um século depois, a legitimação do exercício da jurisdição ganha contornos semânticos ainda mais desafiadores aos conceitos clássicos. No *Caso Lótus*, o critério referencial para definir a legitimação da jurisdição nacional foi o territorial, admitindo-se sua extensão a alguns critérios extraterritoriais, porém sempre atrelados a algum interesse vinculado ao próprio Estado nacional ou a algum de seus nacionais. Nos dias atuais, o Estado, não raras vezes, assume a posição de tutela de interesses rigorosamente transnacionais, exercendo agora, em rede, uma soberania revisitada.

Existe, por óbvio, uma relação de continência entre os interesses transnacional e nacional. Todavia, tampouco se duvida de que admitir essa legitimação da jurisdição estatal implica importante mudança de paradigma. Quanto ao Direito brasileiro, exige reconfigurar a interpretação dos arts. 1º, I e 4º, I e IV, da Constituição Federal.

Com efeito, se o Estado brasileiro tutela interesse transnacional, precisa admitir reciprocidade. Isso quer dizer que interesses brasileiros podem ser também impactados por jurisdição estrangeira. No que se refere à repressão da corrupção, por exemplo, se a jurisdição brasileira pretende sancionar a corrupção praticada contra administração pública estrangeira, deve permitir que jurisdição estrangeira também puna aquela praticada contra a sua, sem que essa postura possa ser interpretada como violadora da soberania nacional, enunciada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil no art. 1º, I, da Constituição Federal.

A mesma lógica se aplica ao outro lado da moeda. Ao reconhecer que se tutela, na verdade, um interesse transnacional, tampouco se há de cogitar agressão à independência nacional de outros Estados ou mesmo contrariedade ao princípio da não intervenção, prescritos, respectivamente, no art. 3º, I e IV, da Constituição brasileira. O fenômeno consiste em expressão do Direito Transnacional em rede, o qual, antes de inviável pelo Direito Constitucional, é nele fundado, a partir dessa interpretação revisitada.

4 O DIREITO ANTICORRUPÇÃO EM REDE

A ordem jurídica brasileira aderiu ao Direito Anticorrupção em rede. O passo fundamental foi a incorporação, ao sistema jurídico nacional, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Outrora, o Estado brasileiro aderira à Convenção Interamericana contra a Corrupção (adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos) e à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (celebrada no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Tais marcos normativos são resultados de debates e negociações iniciadas anos antes, na década de 1990, quando a repressão à corrupção ganhou destaque na agenda internacional.

Já no Preâmbulo da Convenção de Mérida, estabelece-se a premissa de que “a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”, exigindo “a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”. Depreende-se então, desde logo, que a normatização do tratado carrega a matriz filosófica justificadora da estruturação de um Direito (transnacional) em rede.

Como consequência disso, o texto da Convenção, no art. 16, determina a tipificação como delito, no direito interno de cada signatário, do suborno do funcionário público de administração estrangeira e do funcionário de organização internacional. Portanto, submete à jurisdição nacional a tutela de um interesse que transcende à estrutura do Estado, na perspectiva daquela visão de soberania revisitada.

Todavia, é interessante também constatar a preocupação, no próprio texto da Convenção, de promover a necessária coordenação entre ordens jurídicas

estatais, a fim de viabilizar uma adequada articulação em rede. No art. 4, estabelecem regras justamente de proteção à soberania nacional, relacionadas à preservação da integridade territorial.

Mais adiante, no art. 42, a Convenção também delimita o exercício das jurisdições nacionais em seu cumprimento. E, nesse caso, são utilizados, basicamente, o critério territorial e alguns critérios extraterritoriais que já haviam sido assentados no *Caso Lótus*, como o pessoal ou de personalidade (art. 42, 2, *a e b*) e o real ou de proteção ou de defesa (art. 42, 2, *d*).

Com efeito, no Direito em rede, a despeito de os Estados assumirem a tutela de interesses transnacionais, isso não implica o exercício ilimitado e desgovernado da jurisdição nacional. Criam-se referenciais internacionais de articulação entre as jurisdições nacionais, até porque o objetivo primordial é criar um ambiente de cooperação e não de conflitos.

No caso do Direito brasileiro, objetivando dar cumprimento ao disposto na Convenção, em particular o que prescreve o art. 26, entrou em vigor a Lei n. 12.846/2013, também conhecida como “Lei Anticorrupção”, dispondo sobre a “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. O ato legislativo se soma a outros preceitos normativos da ordem jurídica brasileira destinados à sanção da prática de corrupção.

Nesse caso, embora se trate de legislação especificamente voltada à responsabilização e conseqüente sancionamento administrativo e civil de pessoas jurídicas, é possível extrair claramente de sua normatização seu enquadramento como vetor do Direito Anticorrupção em rede na ordem jurídica brasileira. Tal como previsto na Convenção de Mérida, a Lei Anticorrupção estabelece a responsabilização pela prática de corrupção praticada contra a administração pública estrangeira, expressando nítida intenção de promover sua repressão como um interesse transnacional.

5 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O DIREITO ANTICORRUPÇÃO

O Direito em rede observa essencialmente a lógica cooperativa. Como se preservam as jurisdições nacionais – com o primado da territorialidade como regra e a extraterritorialidade como exceção –, sem que se crie uma jurisdição internacional específica para tutela do interesse transnacional, a atuação coordenada entre

os Estados precisa ser operacionalizada por meio de mecanismos de cooperação jurídica internacional.

A cooperação jurídica internacional pressupõe a assistência de um Estado a outro a fim de solucionar um problema jurídico. Esse auxílio, solicitado por um Estado a outro, tem por pressuposto o respeito à soberania nacional, sendo empregado quando existe a necessidade de que determinada medida jurídica surta efeitos extraterritoriais. Ele é necessário porque, ainda que se busque tutelar um interesse transnacional, qualquer jurisdição nacional sofre as naturais limitações decorrentes do princípio da territorialidade, em especial no que se refere à jurisdição executiva, já que a soberania nacional ainda preserva, mesmo depois de revisitada, o poder de sujeição do Estado às coisas existentes sobre seu território.

Nesse sentido, ainda que o Estado, revisitando o conceito de soberania, empreenda suas instituições para tutela de um interesse transnacional, qualquer efeito extraterritorial de suas decisões ou mesmo qualquer medida também extraterritorial que constitua pressuposto necessário para o funcionamento da sua jurisdição depende da permissão do Estado onde aquele deve ocorrer. Em outras palavras, ainda que se trate de um interesse transnacional legítimo, nenhum Estado pode transpor o território do outro sob o fundamento de exercício legítimo de sua jurisdição.

Por isso, é possível afirmar que a cooperação jurídica internacional é o instrumento por excelência de interconexão do Direito em rede. Ela permite que atos jurídicos possam circular de uma jurisdição a outra, possibilitando a necessária fluidez na relação coordenada entre os Estados. Assim, mesmo sem a criação de uma jurisdição internacional específica, interesses transnacionais podem ser protegidos pelas jurisdições nacionais conjuntamente.

É verdade que não existe, na Lei Anticorrupção, nenhum enunciado específico sobre o emprego de cooperação jurídica internacional para subsidiar o processamento da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de corrupção. Entretanto, isso não significa que seja impossível o seu manejo, com base no texto da Convenção de Mérida, cujo art. 43 prescreve a hipótese de cooperação jurídica internacional.

Com efeito, o art. 43 se refere primordialmente à cooperação penal, mas, na parte final do item 1, enuncia-se que, “os Estados Partes considerarão a possibilidade de prestar-se assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção”, quando

houver previsão no seu direito positivo. Assim, caso seja necessário ao Estado brasileiro recorrer à cooperação para fins de cumprimento da Lei Anticorrupção, o próprio tratado, incorporado à ordem interna, constitui-lhe a fonte normativa.

Contudo, algumas análises interessantes podem ser feitas sob o enfoque do princípio da dupla incriminação, disciplinado também, para esse fim, no art. 43.2. É que a Lei Anticorrupção, na verdade, dispôs apenas sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, não instituindo a responsabilização penal, ainda restrita quanto à prática de corrupção, no Direito brasileiro, às pessoas naturais. A Convenção de Mérida, nesse dispositivo, prescreve que a exigência de dupla incriminação se cumpre “se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados-Partes”, mesmo que o delito seja enquadrado em categoria distinta no Estado requerido ou o denomine com terminologia distinta.

Como consequência, o Brasil não enfrentará problema jurídico ao solicitar assistência de outro Estado para dar cumprimento à Lei Anticorrupção, simplesmente porque a própria Convenção de Mérida prevê a possibilidade de cooperação para a responsabilização administrativa e civil. Para os fins dessa específica legislação, o princípio da dupla incriminação não interfere no interesse brasileiro em recorrer à cooperação ativa.

O que pode ocorrer, porém, é o Estado requerido da cooperação resistir ao enquadramento como administrativa ou civil da responsabilização levada a efeito pelo Brasil por meio da Lei Anticorrupção. É que, nessas situações, a natureza sob a qual tenha sido formalizada a responsabilização por um determinado Estado não vincula o outro. Dessa forma, caso o Estado requerido identifique, na tipificação administrativa ou civil brasileira, contornos de responsabilização penal, a cooperação poderá vir a ser recusada.

Convém ressaltar que, na cooperação jurídica internacional, vigora o princípio da especialidade, segundo o qual “o Estado requerente somente pode fazer uso das medidas de cooperação nos estritos termos do que for permitido pelo Estado requerido” (CLEMENTINO, 2016, p. 146). A advertência é importante porque o princípio da especialidade pode, em tese, limitar o uso de assistência prestada por outro Estado na aplicação de sanções a pessoas jurídicas, na hipótese de interpretação restritiva do princípio da dupla incriminação.

Por outro lado, ao prestar assistência, no exercício da cooperação passiva, o Estado brasileiro detém o respaldo do texto da Convenção quando o Estado

requerente pretender a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas. Por outro lado, para fins de eventual responsabilização penal, os atos de cooperação, por força do princípio da dupla incriminação, hão de restringir-se às pessoas naturais.

De qualquer forma, a cooperação jurídica internacional constitui-se no principal mecanismo de fluidez do Direito Anticorrupção em rede, instrumentalizando a atuação do Estado brasileiro na tutela de interesses transnacionais. Registre-se que sua aplicação não se restringe à sanção por corrupção praticada em prejuízo de administração estrangeira. Reconhecendo na repressão à corrupção o traço da transnacionalidade, é possível cooperar mesmo quando o interesse imediato seja nacional.

6 CONCLUSÃO

A repressão à corrupção expressa um interesse transnacional, que não se restringe mais a determinado Estado em particular. Isso representa algo de muito significativo na definição dos modelos jurídicos que lhe são aplicados, sobretudo da cooperação jurídica internacional, na perspectiva de viabilizar uma atuação interestatal em rede. A jurisdição estatal legitima-se a tutelar interesses transnacionais por meio de suas próprias leis e instituições, porém respeitando a soberania territorial de outros Estados.

Embora o transnacionalismo tenha se incorporado à cultura humana, com influências notáveis nos campos econômico e social, o Estado não perdeu sua representatividade como ente político. Para fins de prescrição de comportamentos e de aplicação do Direito, é o Estado que está mais próximo dos indivíduos e das empresas. Com o objetivo de enfrentar os problemas jurídicos surgidos da transnacionalidade, ele precisou se reinventar e revisitar o conceito clássico de soberania.

A resignificação do conceito de soberania então permitiu a tutela de interesses transnacionais pelas jurisdições nacionais. Todavia, como se trata de um interesse transcendente ao estatal, a atuação dos Estados precisa ocorrer em rede, de forma coordenada e articulada, assim como em respeito à soberania territorial de cada um. Assim, a cooperação jurídica internacional figura como mecanismo fundamental para que, nesse contexto, seja possível a efetivação de medidas extraterritoriais, de uma jurisdição a outra, viabilizando a circulação internacional de atos jurídicos.

O reconhecimento da repressão à corrupção como um interesse transna-

cional está expresso na Convenção de Mérida. Isso significa enquadrá-la como expressão de um Direito Anticorrupção em rede, ideia reforçada no Brasil com a entrada em vigor da Lei n. 12.846/2013. Isso implica que a corrupção jurídica internacional também constitui o mecanismo fundamental de combate à corrupção, na perspectiva de uma proteção global com essa prática ilícita.

REFERÊNCIAS

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *Cooperação jurídica internacional penal-tributária e transnacionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUNTINGTON, Samuel. *Transnational organizations in world politics*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, n. 3, p. 333-368, abr. 1973.

JESSUP, Philip. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.