



Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**CORRUPÇÃO POLÍTICA:
UMA PATOLOGIA SOCIAL**

ANA CRISTINA MELO DE PONTES BOTELHO

BRASÍLIA - DF
2008



Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

CORRUPÇÃO POLÍTICA: UMA PATOLOGIA SOCIAL

ANA CRISTINA MELO DE PONTES BOTELHO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

BRASÍLIA - DF
2008

Botelho, Ana Cristina Melo de Pontes.

Corrupção política: uma patologia social. / Ana Cristina Melo de Pontes Botelho. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.
“X” f; il.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito, Área de Concentração “Constituição e Sociedade”, 2008.

1. Corrupção política 2. Ética 3. Improbidade Administrativa I. Título

CDD 320

Catálogo na fonte. Bibliotecária: Vanessa Barbosa da Silva - CRB 1/2066

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**CORRUPÇÃO POLÍTICA:
UMA PATOLOGIA SOCIAL**

ANA CRISTINA MELO DE PONTES BOTELHO

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho, Presidente do IDP

Banca Examinadora:

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico este trabalho à minha Mãe Lindaci Melo de Pontes que, diante da grandiosidade do seu amor e sempre imbuída de espírito altruísta, apoiou incondicionalmente meus estudos, apesar da distância física que sempre se fez necessária para a concretização dos mesmos, e à memória de meu Pai Francisco de Assis Pontes, que, mesmo não letrado, soube compreender e aceitar o meu desejo de estudar.

Dedico-o, igualmente, ao meu marido Márton, pela paciência e incentivo, mesmo nos momentos em que tive que abdicar de sua atenção em prol dos estudos do dia-a-dia e da elaboração da presente dissertação, e às minhas filhas Mariana e Maria Luiza, maiores presentes de toda a minha vida, e que imbuídas da mais pura inocência infantil entendem a ausência da Mãe delas. Espero em Deus que meu sacrifício possa servir de exemplo para a vida delas, fazendo com que percebam a importância dos estudos nas nossas vidas, bem assim da dedicação e perseverança necessárias para empreendê-los consistentemente.

Em primeiro lugar agradeço a Deus, pela vida, pela família, pelas oportunidades de estudo que tem me proporcionado, pela fé que faz com que, mesmo nos momentos mais difíceis da caminhada em que as forças parecem se esvaírem, encontre forças para seguir rumo à concretização dos meus objetivos.

Ao meu orientador, professor Inocêncio Mártires Coelho, pelas profícuas sugestões e correções sempre atentas, bem assim pela paciência e tranqüilidade com que sempre acompanhou a produção dessa dissertação, desempenhando um papel de verdadeiro pai, cujos conselhos sempre foram no sentido de alavancar os meus estudos.

Aos meus professores do Mestrado, com os quais aprendi sobre as mais diversificadas facetas do direito e aprofundei meus estudos e meu entendimento sobre diversas temáticas atuais.

Ao meu marido/amigo Márlon pelo amor incondicional e por me proporcionar a felicidade da maternidade.

Às minhas amadas filhas Mariana e Maria Luiza, que na inocência infantil, compreendem o meu desejo de aprofundar meus estudos e que mesmo desejando a minha companhia, desejam quando saio: bom estudo mainha!

À minha querida mãe/amiga Lindaci pelo constante incentivo e pelos ensinamentos marcantes em minha vida e a meu pai Francisco de Assis (*in memoriam*) que soube compreender e aceitar o meu desejo de estudar fora quando ainda muito jovem.

À minha Tia Teta que com a doçura e o carinho de uma mãe me acolheu em sua casa de braços abertos e me deu todo o apoio necessário para que pudesse concretizar meus sonhos e objetivos, sempre me mostrando o caminho do bem e da perseverança.

À Paula, babá de Mariana e Maria Luiza, por ter me acompanhado até Brasília, pelas horas de dedicação às minhas princesas e pelo carinho espontâneo e alegre com que, tenho certeza, sempre as tratou.

Aos meus familiares que sempre apoiaram a minha trajetória estudantil, em especial meus irmãos Antônio Henrique e Luciana Paula.

Ao Tribunal de Contas da União pelo incentivo ao estudo dado ao seu corpo técnico.

Aos meus colegas da primeira turma de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Ana Maria Ribeiro dos Reis, Alexandre Sankievicz, Antônio Henrique Lindemberg Baltazar, Carlos Flávio Venâncio Marcílio, Damares Medina Resende de Oliveira, Daniel Ivo Odon, Diogo Palau Flores dos Santos, Eduardo Moreth Loquez, Eliane Ferreira de Sousa, Farley Soares Menezes, Francisco de Paula Leal Filho, Giselle Ciliba Silva de Oliveira, Leonardo Albuquerque Marques, Lilian Barros de Oliveira Almeida, Márcio Barbosa Maia, Marcos César Botelho, Micaela Dominguez Dutra, Milso Nunes Veloso de Andrade, Remilson Soares Candeia, Renata Gonçalves Pereira Guerra Pouso, Roberto Catarino da Silva Sobral, Rodrigo Albuquerque de Victor, Saul Tourinho Leal, Sival Guerra Pires, Ulisses Schwarz Viana, com os quais aprendi bastante na interlocução de discussões sempre profícuas.

Ao corpo funcional do mestrado, pela valiosa atenção que sempre nos dispensou, em especial ao Fernando Rios e ao Rangel.

À Vanessa Barbosa, ex-bibliotecária do IDP, pelo carinho e atenção com que procedeu à revisão técnica dessa dissertação.

À Rui Leal, pela ajuda prestimosa na elaboração de gráficos e figuras.

Aos colegas do Tribunal de Contas da União que tiveram a oportunidade de contribuir direta ou indiretamente na realização do presente trabalho, em especial: Antônio Alves de Carvalho Neto, Claiton Custódio da Silva, Francisco Carlos Novaes Galhano, Gustavo Henrique de Oliveira Borges, Joaquim Ramalho de Albuquerque, Leonard Renne Guimarães Lapa, Maria Lúcia Oliveira F. de Lima, Paulo Roberto Pinheiro Dias Pereira, Remilson Soares Candeia, Rogério Ferreira Machado, Sérgio da Silva Mendes.

Aos colegas da Controladoria-Geral da União, Eduardo Fonseca e Ronald Balbe, pela valiosa colaboração prestada.

Aos colegas da Secex/PE pela amizade e constante incentivo aos meus estudos.

E, finalmente, aos colegas da Serur e da 7ª Secex pelo acolhimento e estímulo para a produção e conclusão do presente trabalho.

Não me sinto obrigado a acreditar que o mesmo Deus que nos dotou de sentidos, razão e intelecto, pretenda que não os utilizemos. (Galilei Galilei)

É perfeitamente correto dizer que há uma infinidade de coisas. Ou seja, sempre existem mais coisas do que se pode especificar. Porém, é fácil demonstrar que não há um número infinito, uma linha infinita ou qualquer outra quantidade infinita, se forem tomadas como todos autênticos... A verdade infinita, estritamente falando, existe somente no absoluto, que precede a toda composição e não é formado pela adição de partes... Os conceitos de finito e infinito só são apropriados quando há magnitude ou multiplicidade. O infinito autêntico não é uma “modificação”: ele é absoluto. Na verdade, é precisamente por modificá-lo que um limita a si próprio e forma o finito.

(Leibniz. *Novos Ensaio Sobre o Entendimento Humano*, cap. 17)

RESUMO

Os freqüentes escândalos de corrupção política, as conseqüentes discussões sobre a necessidade de ética na política, e os questionamentos quanto à efetividade dos órgãos de controle no combate e prevenção desse tipo de corrupção, deram ensejo a reflexões filosóficas e sociológicas e a produção da presente dissertação de mestrado. Explicitou-se que além da corrupção praticada de forma individual, existe uma corrupção mais ampla, que permeia o próprio sistema político, o que gera maiores desafios para os Órgãos de Controle, Ministério Público e requer um controle social mais vigoroso. Nesse contexto, buscou-se evidenciar como é feito atualmente o combate e prevenção da corrupção política por órgãos constitucionalmente competentes para tal mister, quais sejam: Tribunal de Contas da União, Controladoria-Geral da União, Ministério Público, e também pela sociedade, por meio do controle social. As evidências empíricas contidas no texto apontam para uma preocupação recente do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União com controles preventivos. Revelam, outrossim, que a despeito das fragilidades dos controles sociais, eles são essenciais para um país de dimensões continentais como o nosso. Na esteira dessa visão de controle, busca-se evidenciar o que tem sido feito para incrementar a efetividade dos controles e quais as deficiências e percalços enfrentados nesse espinhoso caminho. Nota-se, pelo menos, um incremento da consciência de que a corrupção política drena cada vez mais recursos que seriam, a princípio, destinados a produzir e realizar bens e serviços públicos em favor de toda a coletividade, gerar negócios e manter o nível de empregos. Em decorrência, buscam-se mecanismos de controle mais eficientes para combater e prevenir esse mal social que obstaculiza o desenvolvimento nacional, diminuindo a qualidade de vida da população. Um grande obstáculo para o controle social é justamente o fato de que, na prática, a transparência das ações governamentais ainda não atingiu um patamar ideal.

Palavras-chave: Corrupção. Corrupção Política. Política. Poder. Ética. Moralidade. Controle. Tribunal de Contas da União. Controladoria-Geral da União. Ministério Público. Controle Social.

ABSTRACT

The frequent political corruption scandals, consequent discussions in respect to the need for ethics in politics, and questions about the effectiveness of regulatory organs in combating and preventing this type of corruption, have given rise to philosophical and sociological reflection, in addition to the production of this master's thesis. It is clarified that, in addition to individual corruption, there is broader corruption, which permeates the entire political system, giving rise to greater challenges for Regulatory Organs, the Public Prosecutor and requires more vigorous social control. Under this backdrop, an effort was made to evidence how political corruption is currently being combated and prevented by constitutionally competent organs for such purpose, to wit: Federal Court of Accounts, Federal Controller General, Public Prosecutor and also by society through social controls. The empirical evidence contained in the text points to the recent concern of the Federal Court of Accounts and the Federal Controller General with preventive controls. They reveal, furthermore, that despite the weakness of social controls, these are essential for a country with continental proportions such as ours. In line with this vision of control, one seeks to evidence what has been done to increase the effectiveness of the controls and the deficiencies confronted and gains made in this complicated path. It is noted that there has, at least, been an increase in the consciousness that political corruption drains more and more resources which would otherwise be used to produce and provide public goods and services for the benefit of the collective, generating business and maintaining stable employment levels. As a result, more efficient control mechanisms are sought to combat and prevent this social evil which impedes national development, decreasing the quality of life for the populace. One significant obstacle to social control is precisely the fact that, in practice, the transparency of governmental action has still not reached its ideal level.

Keywords: Corruption. Political Corruption. Politics. Power. Ethics. Morality. Control. Federal Court of Accounts. Federal Controller General. Public Prosecutor. Social Control.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1 Esquema de Análise da Teoria Geral dos Sistemas p. 70
- Figura 2 Estrutura Funcional da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Ações Estratégicas p. 173

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Benefícios Potenciais em Auditorias de Obras - 2006	p. 148
Tabela 2	Benefícios Potenciais em Auditorias de Obras - 2007	p. 149
Tabela 3	Benefícios Potenciais em Auditorias de Obras - 2008	p. 151

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Índices de Percepção da Corrupção no Brasil	p. 132
Gráfico 2	Incremento Anual do Volume dos Recursos Fiscalizados em Obras Públicas	p. 153
Gráfico 3	Impacto x Probabilidade	p. 158
Gráfico 4	Incremento das Manifestações à Ouvidoria	p. 170

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACI – Avaliação de Controles Internos
BDI – Bonificações e Despesas Indiretas
CAE – Conselhos de Alimentação Escolar
CF – Constituição Federal
CGU – Controladoria-Geral da União
CMO – Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito
DPC – Diretoria de Prevenção da Corrupção
DIE – Diretoria de Informações Estratégicas
GFOCO – Gerência de Fortalecimento da Gestão e Controle Social
GPETI – Gerência de Promoção da Ética, Transparência e Integridade
GPROD – Gerência de Produção de Informações
GLAPE – Gerência do Laboratório de Pesquisas Estratégicas
DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
FGV – Fundação Getúlio Vargas
FHC – Fernando Henrique Cardoso
FINAM – Fundo de Investimento da Amazônia
FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação
FOC – Fiscalização de Orientação Centralizada
FUNASA – Fundação Nacional de Saúde
FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental
IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública, Pesquisa e Estatística
IGP – Índícios de Irregularidades Graves com Paralisação das Obras
IN – Instrução Normativa
LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
ONGs – Organizações Não-Governamentais
OSCIPs – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PEC – Projeto de Emenda à Constituição
PFL – Partido da Frente Liberal
PL – Projeto de Lei
PLP – Projeto de Lei Complementar
PLS – Projeto de Lei do Senado Federal
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PNAE – Programa Nacional de Alimentação Escolar
PROESF – Projeto de Implantação e Expansão da Saúde da Família
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira
PSF – Programa de Saúde da Família
PT – Partido dos Trabalhadores
PTB – Partido Trabalhista Brasileiro
RI – Regimento Interno
SAM – Serviço de Acompanhamento e Monitoramento
SCI – Sistema de Controle Interno
SPCI – Serviço de Prevenção da Corrupção e Ações Estratégicas
SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal

SIAPE – Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos
SIASG – Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais
SIDOR – Sistema Integrado de Dados Orçamentários
SPIU – Sistema de Patrimônio Imobiliário da União
STN – Secretaria do Tesouro Nacional
SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste
SUS – Sistema Único de Saúde
TCU – Tribunal de Contas da União
UMS – Unidade Móvel de Saúde
UNODC – Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 A ÉTICA NA POLÍTICA	29
1.1 Relação entre a Ética e a Política	30
1.2 A Ética na Política	32
1.3 Principais Teorias Éticas	39
1.3.1 Éticas do Ser (Teorias do bem e da perfeição)	40
1.3.2 Éticas da Consciência (Teorias do sentimento moral, dos valores, do utilitarismo, do socialismo)	43
1.3.3 Éticas da Linguagem (Método genealógico dos conceitos morais, éticas procedimentais)	52
1.4 Há Respostas para as Nossas Indagações?	56
2 TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E SUA PROJEÇÃO NOS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO	65
2.1 A Autopoiese dos Sistemas Sociais	69
2.2 A Autopoiese do Sistema Jurídico	74
2.3 Críticas à Autopoiese do Sistema Jurídico	85
2.4 A Autopoiese do Sistema Político	89
2.5 Relação entre o Sistema Jurídico e Político	92
2.6 A Corrupção Sistêmica e sua Relação com a Alopoeise dos Sistemas Jurídico e Político	97

2.7 Manobras que Levam a Corrupção Política para o Sistema Jurídico	103
3 O CUSTO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA E SEU REFLEXO NEGATIVO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS	110
3.1 O Estado Liberal	110
3.2 O Estado Social	113
3.3 Direito Social à Saúde	116
3.4 Direito Social à Educação	125
3.5 Há como Calcular Custos Decorrentes da Corrupção Política?	126
3.6 O Importante Papel do Banco Mundial no Combate à Corrupção	129
3.7 Considerações Relevantes	133
4 MEIOS DE CONTROLE E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO	136
4.1 Conceitos de Controle	139
4.2 A Atuação do Tribunal de Contas da União na Prevenção da Corrupção	143
4.2.1 O TCU e suas Atribuições Constitucionais	143
4.2.2 A Atuação Preventiva	146
4.2.3 Incentivo ao Controle Social	162
4.2.4 Canais de Contato para o Cidadão	169
4.3 A Atuação da Controladoria-Geral da União na Prevenção da Corrupção	171
4.3.1 A CGU e suas Atribuições Constitucionais	171
4.3.2 A Atuação Preventiva	173
4.3.3 Incentivo ao Controle Social	174

4.3.4 Projetos Importantes para a Prevenção da Corrupção e Canais de Contato para o Cidadão	175
4.4 Controle Social	179
4.4.1 Sistemas de Informações Governamentais como Fontes de Dados para o Controle Social	181
4.4.2 A Ação Popular e a Ação Civil Pública como Importantes Instrumentos de Controle Social	183
4.4.3 Controle Social Exercido por Entidades de Representação de Classe	187
4.4.4 Controle Social Exercido por Organizações Não-Governamentais (ONGs)	188
4.4.5 Controle Social Exercido por Conselhos Criados pelo Poder Público	192
4.4.6 Controle Social Exercido pela Imprensa	200
4.4.7 Outros Controles	206
4.5 Projetos de Lei e de Emenda à Constituição Relacionados ao Combate à Corrupção	211
4.6 Convenção da ONU	216
4.7 Considerações Relevantes	218
5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	221
5.1 Aspectos Gerais da Improbidade	222
5.1.1 Conceitos	222
5.1.2 Contorno Legal da Improbidade Administrativa	224

5.1.3 Tipos de Improbidade e Correspondentes Cominações Legais	225
5.1.4 Sujeitos dos Atos de Improbidade	228
5.2 O Papel do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa	231
5.2.1 Breve Histórico da Instituição	231
5.2.2 O Uso da Lei nº 8.429/92	233
5.3 Pontos Relevantes da Lei nº 8.429/92	243
5.4 Repercussão da Lei nº 10.628/2002, que criou o Foro Privilegiado Especial por Prerrogativa da Função, na Atuação do Ministério Público	246
5.5 Considerações Relevantes	252
CONCLUSÃO	255
REFERÊNCIAS	264

INTRODUÇÃO

Preocupado com a situação da Inglaterra e com base em a *República* e as *Leis* de Platão, Tomás Morus escreveu a obra “*De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia*”, editada em 1516, a qual criticava a situação social dos ingleses, em especial dos camponeses, que tinham sua vida de miséria agravada dia após dia.

Mais conhecida como “Utopia”, palavra que designa entre nós “projeto irrealizável”, “quimera”, a obra buscou retratar como era a vida na imaginada República de Utopia, os costumes, as instituições, as boas práticas sociais, tudo com o fito de corrigir erros cometidos nas cidades, países e reinos. Com isso, Tomás Morus lançou as bases do socialismo econômico e foi o precursor do gênero literário socialista, bem delineado por Marx em suas obras.

Dizia Morus ao se referir às leis, que estas são como “calmantes que se aplicam a todo instante para aliviar os doentes que não mais esperamos ver restabelecidos; elas podem diminuir ou adormecer o mal. Mas de modo nenhum espere que elas curem enquanto subsistir a propriedade privada.”¹

Dessa forma, já naquela época, criticava a propriedade privada, razão pela qual em Utopia o modo de propriedade era diferenciado, pois tudo era de todos, e embora ninguém possuísse nada, todos eram ricos, pois a distribuição de alimentos era larga, não havendo indigentes ou mendigos, enfim, as famílias sobreviviam com dignidade. Mesmo diante das adversidades e de um solo não muito fértil, não haveria fome, pois a solidariedade era um lema para os utopianos, que se ajudavam mutuamente, sabiam dividir e armazenar mantimentos. Sobre o solo de Utopia consta que:

[...] está longe de ser dos mais férteis, nem seu clima dos mais saudáveis. Mas a temperança de seu regime os protege contra os maus ares, e eles põem tamanho zelo em melhorar seu território que não há país onde as colheitas e os rebanhos sejam mais abundantes, onde os homens vivam mais tempo e menos expostos às doenças.

¹ MORUS, Tomás. *A Utopia ou o Tratado da Melhor Forma de Governo*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997. p. 60. (Coleção L&PM Pocket Ensaios)

A felicidade, por sua vez, residia não em qualquer prazer, mas só naquele que fosse honesto e correto, para o qual a natureza humana deveria ser atraída. A virtude seria, então, uma vida de acordo com a natureza, sempre em obediência à razão, o que fazia com que fossem desejadas certas coisas e evitadas outras². Os prazeres seriam buscados como agradáveis condimentos da vida, sempre obedecendo “ao princípio de que um prazer menor não deve ser obstáculo a um maior, nem arrastar a dor atrás de si – o que consideram como evidente – jamais ser desonesto.”

Mesmo diante de todas as teorias articuladas posteriormente, com destaque para a de Marx e Engels, para se alcançar um Estado justo, solidário e igualitário, não se conseguiu concretizar em sua plenitude ideológica o que foi teorizado, razão pela qual o socialismo se esfacelou pouco a pouco, reinando, quase que invariavelmente, o capitalismo. Sobre os ricos homens que administram o Estado, Morus já enfatizava:

Quando reconsidero ou observo os Estados hoje florescentes, não vejo neles, Deus me perdoe, senão uma espécie de conspiração dos ricos para cuidar dos seus interesses pessoais sob o pretexto de administrar o Estado. Não há meio, nem maquinação que eles não inventem para, primeiramente, conservar e colocar em segurança o que adquiriram por procedimentos vis, e depois para usar e abusar do sofrimento dos pobres pagando o mínimo possível. Assim que os ricos decidem fazer o Estado – que compreende tanto os pobres quanto eles mesmos – adotar essas práticas, elas assumem de imediato força de lei. Esses homens detestáveis, com sua insaciável avidez, dividiram entre si o que deveria ser de todos; como eles estão longe, porém, da felicidade que gozam os utopianos!³

Nesse contexto, sobre a soberba⁴ dos homens, considera que ela é a rainha, a mãe de todos os males, e que por estar profundamente enraizada na natureza humana é difícil arrancá-la. Reconhece, finalmente, que há na república utopiana muitas coisas que desejaria ver nas cidades, mas enfatiza: “Que desejo, mais do que espero ver.”

Certamente, muitos de nós já nos imaginamos vivendo em Utopia. Quantas teorias mais avançadas foram propostas, com base na obra paradigmática de

² MORUS, Tomás. *A Utopia ou o Tratado da Melhor Forma de Governo*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997. p. 99. (Coleção L&PM Pocket: Ensaios)

³ Op. Cit., p. 151.

⁴ Acerca da soberba, ainda acentua: “Essa serpente do inferno se enrola em volta do coração dos homens para desviá-los do caminho correto; ela se prende a eles e os puxa para trás como um freio.” (Op. Cit., p. 153).

Tomás Morus? Quantos modelos de sociedade ideal foram traçados? Todavia, mesmo diante de toda a descrição de Utopia, pragmaticamente falando, vemos tal república como um verdadeiro sonho, pois a soberba é inerente à própria natureza humana e a propriedade privada algo dificilmente modificável.

A realidade vivenciada por toda a humanidade, infelizmente, é bem diferente da teorizada por Morus. Os políticos, em geral, não estão preocupados com o bem estar geral, mas com seu próprio bem estar, felicidade, e, é claro, com a manutenção do poder, não importando os resultados trazidos para os administrados com práticas corruptas e desonestas. Mais especificamente no Brasil, temos episódios de corrupção política que nos entristecem, envergonham e fazem com que nos ponhamos a pensar sobre possíveis caminhos para reduzir o problema, já que não vislumbramos como ele possa ser extirpado definitivamente da vida social.

Sabemos que a corrupção se dissemina das formas mais diferenciadas possíveis no seio da sociedade e é praticada não só por políticos, como também por servidores públicos, agentes privados, membros do Judiciário, dentre outros. Contudo, no bojo do presente trabalho, focaremos nosso estudo na corrupção política, muito embora reconheçamos que há momentos em que fazemos menção à corrupção em geral. No capítulo 3, por exemplo, no qual buscamos empreender estudos sobre custos advindos da corrupção política, é perceptível que ela se confunde com outros tipos de corrupção, porque os custos não são colocados só em termos de corrupção política, mas de uma corrupção mais ampla na qual esta se inclui.

Assim, para os efeitos desta dissertação, entendemos relevante trazer à baila definições como política, corrupção, corrupção política, corrupção na política, poder. Não é tarefa fácil, pois os entendimentos não são consonantes, a começar pela própria definição de política.

Para De Plácido e Silva⁵, política é palavra derivada do latim “*politice*, procedente do Grego *politiké*, forma feminina de *politikos*, possui na acepção jurídica, o mesmo sentido filosófico, em que é tido: designa a ciência de bem governar um povo, constituído em Estado.” Tem por objetivo “estabelecer os

⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Revista e atualizada por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. p. 1055.

princípios que se mostrem indispensáveis à realização de um governo, tanto mais perfeito, ao cumprimento de suas precípuas finalidades, em melhor proveito dos governantes e governados.” Dessa forma, mostra-se como “corpo de doutrinas indispensáveis à realização de um governo, tanto mais perfeito ao cumprimento de suas precípuas finalidades, em melhor proveito dos governantes e governados.”

Nessa acepção, complementa De Plácido e Silva afirmando que:

a política mostra o corpo de doutrinas, indispensáveis ao bom governo de um povo, dentro das quais devem ser estabelecidas as normas jurídicas necessárias ao bom funcionamento das instituições administrativas do Estado, para que assegure a realização de seus fundamentais objetivos, e para que traga a tranqüilidade e o bem-estar a todos quantos nele se integrem. [Numa acepção mais ampla a política pode ser entendida como ciência e também como a arte do bom governo].

No mesmo dicionário, encontramos que político deriva do latim *politicus* e do grego *politikos*, e como adjetivo é empregado para designar tudo o que se refere ao governo ou ao poder político. É assim a expressão indicativa de tudo o que diz respeito à política. Já como substantivo o termo é empregado para designar o homem que exerce atividades públicas, ocupando cargos públicos, de investidura eletiva. Tem a mesma significação de estadista⁶, indicando a pessoa versada em questões de política ou hábil em negócios de administração pública.

A expressão politicagem, por sua vez, é usada para indicar “toda a ação política de certas pessoas ou de certos grupos, que se desenvolve ou se funda na prática de manejos indecentes, cavilosos e desonestos, na preocupação de conseguirem posto de mando para seus chefes ou apaniguados, de onde se locupletem ilicitamente com os dinheiros ou favores públicos.”

De Plácido e Silva assim define⁷ corrupção: “CORRUPÇÃO: Derivado do latim *corruptio*, de *corrumpere* (deitar a perder, estragar, destruir, corromper), etimologicamente possui o sentido de ação de depravar (corrupção de menores), de destruir ou adulterar (corrupção de alimentos).” Nos dois casos, quando praticada dolosamente constitui crime qualificado e punido pela lei penal (Código Penal, arts. 271, 272 e 218).

⁶ Para James Clarke, teólogo americano (1810-1888), “Um político pensa na próxima eleição. Um estadista, na próxima geração!”

⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Revista e atualizada por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. p. 391.

A corrupção pode ser ativa ou passiva. No primeiro caso, concretiza-se quando a pessoa oferece a agente público vantagens (ofertas, promessas, propinas), para que este retarde, pratique ou omita ato de ofício, de forma a trazer benefícios ao subornante. No segundo caso, concretiza-se quando o agente público solicita ou recebe para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem, desde que tais fatos ocorram em razão da função, ainda que fora dela ou antes de assumi-la (Código Penal, arts. 317 e 333).

Já a corrupção política⁸ é a praticada especificamente por agentes políticos⁹, individualmente considerados. Denominaremos corrupção na política aquela que se dissemina por toda a atividade política, ou seja, é a que penetra o próprio sistema político.

Os estudos sobre o fenômeno da corrupção mostraram, de forma simplificada, que existe a corrupção praticada por agentes políticos, em virtude de desvios de conduta próprios dos seres humanos. Num nível mais complexo está situada a corrupção sistêmica, ou seja, uma corrupção estrutural que envolve uma rede com ares mais sofisticados, composta por agentes do sistema político.

Em suas duas formas, provoca graves distorções no setor público, vez que reduz a efetivação de direitos sociais básicos, como saúde e educação, bem assim a qualidade com que deviam ser prestados.

Com relação a poder, De Plácido e Silva assim se pronuncia:

No sentido do Direito Público, poder exprime, em regra, o órgão ou a instituição, a que se atribui uma parcela da soberania do Estado, para que se constitua em autoridade e exerça as funções jurídicas, de ordem política e administrativa, que lhe são cometidas por lei. Geralmente, recebe a denominação de Poder Público, significando uma autoridade de dominação, que se apresenta como delegado do próprio Estado. Deste conceito, decorre a significação de poder como competência ou função autorizada,

⁸ As doações financeiras de entidades privadas para campanhas eleitorais pode ser considerada corrupção política em alguns países e caracterizar crime, como também pode ser considerada legal, tal como ocorre nos EUA e Brasil.

⁹ A definição contida na Wikipédia sobre corrupção política inclui não só os agentes políticos, como também agentes privados e funcionários públicos, vejamos: "Significa o uso ilegal - por parte de governantes, funcionários públicos e agentes privados - do poder político e financeiro de organismos ou agências governamentais com o objetivo de transferir renda pública ou privada de maneira criminosa para determinados indivíduos ou grupos de indivíduos ligados por quaisquer laços de interesse comum - como, por exemplo, negócios, localidade de moradia, etnia ou de fé religiosa." (WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Corrupção política*. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acesso em: 24 nov. 2008.

que se atribui ao órgão, dentro da jurisdição que lhe é traçada. Em face dessa delegação, cada poder, constituído por um órgão, desempenha ou exerce a soberania nacional. Na terminologia romana, o poder, nesse sentido, era a *potestas* ou o *imperium*, sentido este indicativo do poder que provinha da autorização suprema, em cujas mãos repousa a chefia do Estado.

Assim, na terminologia do Direito Público, poder significa: o órgão ou a autoridade constituída para cumprir as finalidades do Estado, exercendo as funções que lhe são atribuídas. O poder político, por sua vez, na acepção de Lord Acton¹⁰, é aquele que as pessoas tendem a usá-lo em benefício próprio, fazendo com que haja uma tendência ao surgimento da corrupção política. O verbo “corromper” significa uma transformação danosa da personalidade de uma pessoa alçada ao poder. Segundo ele “O poder tende a corromper – e o poder absoluto corrompe absolutamente”, o que significa dizer que o poder político transforma o seu detentor em uma pessoa diferente, pois é cercada de privilégios e imunidades que aumentam a sua hierarquia diante dos demais. No caso de o detentor do poder o exercer de forma absoluta tem-se uma situação ainda mais propícia à corrupção, na qual a busca do benefício privado atinge seu grau máximo.

Para Bobbio, o significado mais geral da palavra poder designa “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos.” Em sentido social, o sentido de poder para ele é mais preciso, podendo ir desde “a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem.” Considera Bobbio que:

O homem é não só o sujeito mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um governo para dar ordens aos cidadãos. Por outro lado, não é Poder social a capacidade de controle que o homem tem sobre a natureza nem a utilização que faz dos recursos naturais. Naturalmente existem relações significativas entre o Poder sobre o homem e o Poder sobre a natureza ou sobre as coisas inanimadas. [...] Como fenômeno social, o Poder é portanto uma relação entre os homens, devendo acrescentar-se que se trata de uma relação triádica. Para definir um certo Poder, não basta especificar a pessoa ou o grupo que o detém e a pessoa ou o grupo que a ele está sujeito: ocorre determinar também a esfera da atividade à qual o poder se refere ou a esfera do Poder. A mesma pessoa ou o mesmo grupo pode ser submetido a vários tipos de Poder relacionados

¹⁰ Lord Acton é famoso pela frase “o poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente”. (WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Lord Acton*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lord_Acton>. Acesso em: 04 dez. 2008.

com diversos campos. [...] Mas o Poder político e o Poder paterno abrangem, normalmente, uma esfera muito ampla.¹¹

Ao definir o significado clássico e moderno de política, Bobbio acentua que o conceito de política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao de poder e que o poder político pertence à categoria do poder do homem sobre o outro homem. Dessa forma, coloca que:

Derivado do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, o termo Política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado, e sobre as várias formas de governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também normativas, dois aspectos dificilmente discrimináveis, sobre as coisas da cidade. [...] Na época moderna, o termo perdeu seu significado original, substituído pouco a pouco por outras expressões como 'ciência do Estado', 'doutrina do Estado', 'ciência política', 'filosofia política', etc., passando a ser comumente usado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a *polis*, ou seja, o Estado.¹²

Sobre a relação da moral com a política, Bobbio acentua que:

Ao problema da relação entre Política e não-Política, está vinculado um dos problemas fundamentais da filosofia política, o problema da relação entre Política e moral. A Política e a moral estendem-se pelo mesmo domínio comum, o da ação ou da práxis humana. Pensa-se que se distinguem entre si em virtude de um princípio ou critério diverso de justificação e avaliação das respectivas ações, e que, em conseqüência disso, o que é obrigatório em moral, não se pode dizer que o seja em Política, e o que é lícito em Política, não se pode dizer que o seja em moral; pode haver ações morais que são impolíticas (ou apolíticas) e ações políticas que são imorais (ou amorais). A descoberta da distinção que é atribuída, injustificada ou justificadamente a Maquiavel (daí o nome de maquiavelismo dado a toda a teoria política que sustenta e defende a separação da Política da moral), é geralmente apresentada como problema da autonomia da Política.¹³

Finalmente, no que diz respeito à oposição entre moral e política, Bobbio enfatiza que:

uma das mais convincentes interpretações desta oposição é a distinção weberiana entre a ética da convicção e ética da responsabilidade: "...há uma diferença insuperável entre o agir segundo a máxima da ética da

¹¹ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. p. 933-934.

¹² *Ibidem*, p. 954.

¹³ *Ibidem*, p. 960-961.

convicção, que em termos religiosos soa assim: 'O cristão age como justo e deixa o resultado nas mãos de Deus', e o agir segundo a máxima da ética da responsabilidade, conforme a qual é preciso responder pelas conseqüências previsíveis das próprias ações.¹⁴

Assentadas essas definições preliminares, enfatizamos que a estrutura do estudo que ora propomos está organizada nos seguintes capítulos:

- **Capítulo 1:** *A Ética na Política*, onde são discutidas questões que dizem respeito à relação entre a ética e a política. Procura-se saber se há um tipo de ética que mais se amolde à *práxis* da atividade política e se o exercício da política não é compatível com a ética.

Partimos de Maquiavel que abordou o fenômeno político centrando-se na experiência prática do exercício do poder, focando este desde a sua aquisição, passando pela manutenção, até a sua perda. Para ele a política era técnica de exercício do poder legítimo, devendo estar afastada da moral. Já em Kant, verificamos que a ação política não pode ficar afastada de uma ética austera e que para os agentes políticos atingirem o prazer e a felicidade faz-se necessária a observância de regras éticas incondicionais e não suscetíveis das influências dos desejos individuais, conhecidas como imperativos categóricos. Como as indagações sobre a relação entre a ética e a política persistiram, empreendemos estudos acerca das principais teorias éticas, aí incluídas as Éticas do Ser (Teorias do bem e da perfeição), Éticas da Consciência (Teorias do sentimento moral, dos valores, do utilitarismo, do socialismo), Éticas da Linguagem (Método genealógico dos conceitos morais, éticas procedimentais), a fim de obtermos, com maior base teórica, respostas aos questionamentos inicialmente delineados.

- **Capítulo 2:** *Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e sua projeção nos Sistemas Jurídico e Político*, onde é introduzido o arsenal teórico luhmanniano que se refere ao estudo da sociedade moderna. Buscamos situar o pensamento de Luhmann na questão da corrupção, mais especificamente da corrupção política, e terminamos por nos deparar com um conceito até então desconhecido, qual seja, o de corrupção sistêmica, que não é mais aquela

¹⁴ Op. Cit., p. 961.

corrupção individualmente considerada, na acepção filosófica, mas uma corrupção que permeia o sistema político e que pode ser exercida por um sistema em outro, tal como pelo sistema político no sistema jurídico, fazendo com que este não se reproduza autopoieticamente. Afastando-se dos vínculos ao código lícito/ilícito e expondo-se aos particularismos relacionais e exigências econômicas, o direito não mais se reproduz autonomamente como sistema autopoietico, levando a uma corrupção sistêmica, que bloqueia a constitucionalidade e a legalidade ante as relações concretas de poder.

• **Capítulo 3:** *O Custo da Corrupção Política e seu Reflexo Negativo na Efetivação de Direitos Sociais* traz uma reflexão sobre se os custos advindos da corrupção política podem influenciar negativamente na concretização de políticas sociais nas áreas de educação e saúde. Apesar dos estudos empreendidos, não encontramos custos específicos da corrupção política, mas inferimos serem bastante elevados, ante os constantes desvios de recursos que levam a débitos consideráveis dos gestores públicos no âmbito do Tribunal de Contas da União. Caracterizamos, por um lado, escassez de recursos, diante dos altos contingenciamentos orçamentários para as áreas de saúde e educação, e por outro, desvios de alta monta, tais como os constatados na CPMI das ambulâncias.

• **Capítulo 4:** *Meios de Controle e Prevenção da Corrupção* contempla e apresenta o tema central da investigação, descrevendo quais as principais formas de controle e prevenção da corrupção, com enfoque especial para a atuação do Tribunal de Contas da União e Controladoria-Geral da União na prevenção da corrupção. Enfatizam-se formas importantes de controle social da corrupção política, tais como a atuação da imprensa e de organizações não-governamentais. Destacam-se relevantes projetos de lei em tramitação que tratam do tema e sua importância para o controle e prevenção da corrupção política. Ademais, deixou-se assente que não basta dizer que nosso ordenamento jurídico já contempla leis suficientes para o eficiente controle da corrupção, faz-se necessário também reavaliar o arcabouço jurídico para ver no que podemos melhorar.

• **Capítulo 5:** *O Ministério Público e o Combate à Improbidade Administrativa* busca enfatizar as novas competências atribuídas ao Ministério Público pela atual Carta Magna, no que concerne ao combate à improbidade. Quanto à atuação do

Parquet propriamente dita, sobressaem-se os contornos legais, doutrinários e jurisprudenciais atinentes às formas de combate aos atos de improbidade, com destaque para o uso da Lei nº 8.429/92, que trata das espécies de improbidade administrativa e as correspondentes cominações legais. Ressalte-se que os assuntos tratados neste Capítulo e no Capítulo 4 não visam esgotar os temas controle, prevenção e combate da corrupção política, buscando apenas oferecer novas e promissoras possibilidades de pesquisa.

- Finalmente, teremos a **Conclusão** dos nossos estudos, na qual além das conclusões dos assuntos discutidos serão feitas propostas para propiciar a melhoria do combate e prevenção da corrupção, efetuando-se uma recuperação prática e sistemática dos temas debatidos nos capítulos ora sintetizados.

1 A ÉTICA NA POLÍTICA

Os escândalos sobre corrupção política¹⁵ são cada vez mais freqüentes, reinando, com raras exceções, a impunidade, a despeito da existência no ordenamento jurídico pátrio de normas legais consideradas modernas, a exemplo da Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

As atribuições do Controle Interno e Externo, de competência da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União, respectivamente, e do Ministério Público foram ampliadas com o advento da Constituição Federal de 1988, mas, mesmo com as melhorias já alcançadas, não se consegue conter, com a eficiência desejada, os atos de corrupção que se proliferam como uma verdadeira praga no nosso Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o presente capítulo tem por escopo central discutir sobre a existência ou não de um tipo de ética que mais se amolde à *práxis* da atividade política. Questionar-se-á, outrossim, se a política pode ser exercida de forma dissociada da ética. Na busca de respostas para as nossas indagações e inquietações, entendemos que teríamos que empreender um estudo sobre os entendimentos até aqui delineados pelas principais correntes de filosofia moral¹⁶.

¹⁵ Na Revista Veja, que teve como título “Máfia dos Sanguessugas: a lista da vergonha”, relatou-se o seguinte sobre a corrupção política deflagrada à época: “O caso da máfia dos sanguessugas já era, na semana passada, um dos maiores escândalos de corrupção descobertos no país. Nada menos que 57 parlamentares estavam sob suspeita de ter recebido suborno de uma empresa de ambulâncias, a Planam, para destinar recursos do Orçamento federal a prefeituras compradoras de veículos. Na quinta-feira passada, porém, descobriu-se que tanto o número de envolvidos no esquema quanto o seu alcance haviam sido subestimados. Os parlamentares acusados de participar da máfia dos sanguessugas ultrapassaram uma centena – o número exato é 112 -, e o legislativo não é o único poder atingido por ela. O rastro do suborno e do tráfico de influência alcança também o Executivo federal – mais precisamente a porta do gabinete do ex-ministro da Saúde Humberto Costa, hoje candidato ao governo de Pernambuco pelo PT. As revelações foram feitas pelo empresário Luiz Antônio Vedoin, um dos sócios da Planam, ao longo de uma série de depoimentos sigilosos prestados à Justiça Federal nas duas últimas semanas.” (CARNEIRO, Marcelo. Máfia dos Sanguessugas: a lista da vergonha. *Revista Veja*, São Paulo, ano 39, n. 29, p.56, 26 jul. 2006.)

¹⁶ Sobre a ética R. M. Hare acentua que: “A ética, ou filosofia moral, é o ponto no qual os filósofos chegam mais perto de questões práticas de moral e política. Desse modo, ela fornece uma grande parte da justificativa prática para fazer filosofia. Se, portanto, se puder mostrar que a filosofia da linguagem tem uma contribuição essencial a fazer para a ética, isso aumenta grandemente a relevância prática da disciplina. Mas é muito importante ter clareza a respeito de qual é essa

Como forma de melhor estruturar a nossa explanação, dividiremos o trabalho em cinco partes. Na primeira, faremos considerações sobre a relação entre a ética e a política. Na segunda, veremos questões sobre a ética política. Na terceira, abordaremos, de forma resumida, aquelas que são, a nosso ver, as principais teorias éticas, quais sejam: éticas do ser; éticas da consciência e éticas da linguagem. Na quarta, buscaremos respostas para as nossas indagações.

1.1 RELAÇÃO ENTRE A ÉTICA E A POLÍTICA

Faz-se necessário, preliminarmente, tecermos considerações sobre a relação que deve existir entre a ética e a política. Pensamos que a imprópria e descabida dissociação que se faz entre a ética e a política dá um grande impulso para a disseminação da corrupção instalada, em larga escala, no âmbito político.

Hodiernamente, mesmo que de forma sorrateira, muitos ocupantes do poder querem dissociar a ética da política. Assim o fazem para que os fins políticos desejados possam ser alcançados, razão pela qual as questões éticas são relegadas, postas numa espécie de segundo plano. Essa vertente separatista encontra respaldo em Maquiavel, que enfocou em sua teoria que há um campo da política que é distinto do da ética.

Interessante mencionar que o herdeiro político da Revolução Francesa, Imperador Napoleão I, em conversa mantida com Goethe, traçou uma analogia entre a tragédia antiga e a política moderna, tendo apontado a política como o lugar onde ocorre o confronto entre o homem moderno e o destino. De fato, a política, historicamente, tem definido as condições para que o controle da sociedade se faça mediante o poder. Nessa linha, Henrique Cláudio de Lima Vaz, em sua obra intitulada *Ética e Direito*, coloca que:

Dessa sorte, na sua significação mais genuína e tal como a interpretou o gênio de Napoleão, a política no mundo moderno é um fazer na ordem da causalidade eficiente que, como o antigo destino, age sobre a liberdade do

alto de um céu misterioso: lá o capricho dos Deuses, aqui as razões do Poder.¹⁷

Pensava o Imperador naquela época sobre as “Razões do Poder”, e modernamente, no Estado Brasileiro, temos visto que essas mesmas “Razões do Poder” são tomadas como parâmetro para justificar ações que permitam o exercício do poder. Destarte, para que este possa ser concretizado em sua plenitude, atingindo os fins colimados, a ética e o direito são marginalizados e desconsiderados, estabelecendo-se aí um constante clima de tensão entre o direito e a ética e o poder.

A racionalidade política deveria permear o exercício do poder, no entanto, o que vemos é uma completa irracionalidade e um jogo político que leva à implantação, em nosso País, de uma perversa corrupção, de difícil controle, à medida que a permissividade do sistema político faz com que práticas corruptas sejam tidas como normais, não devendo ensejar qualquer tipo de punição, vez que são justificadas como necessárias ao exercício do poder político.

Sob essa perspectiva, o problema vai se tornando cada vez mais grave e de difícil solução, vez que tende à generalização, atingindo as bases fundamentais do Estado Democrático de Direito¹⁸. Destarte, na prática, a política dominante tem conseguido fazer valer a impunidade, em contraposição aos normativos jurídico-ético-legais, como a Lei de Improbidade Administrativa. A teoria, então, muito difere da *práxis* procedimental, o que faz com que os desvios sejam cada vez mais acentuados.

² VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 177.

¹⁸ Canotilho acentua que “A idéia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a idéia de *rule of Law* (<<regra do direito>> ou <<império do direito>>). Na França emergiu a exigência do Estado de Legalidade (État legal). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado Constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma Constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (Rechtsstaat), isto é, um Estado subordinado ao direito.” E continua, desta feita sobre o Estado de direito democrático, ensinando que: “O Estado constitucional responde ainda a outras exigências não integralmente satisfeitas na concepção liberal-formal de Estado de direito. Tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do <<direito>> e do <<poder>> no Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br>>. Acesso em: 17/11/2008).

O que nos inquieta e preocupa é que a população termine sendo convencida de que a corrupção, ou mais especificamente a corrupção sistêmica, que será tratada com mais detalhes no capítulo seguinte, é um acontecimento normal na vida política, sendo uma forma de ajudar os que estão no poder a realizar seus projetos de governo. Em outras palavras as “Razões do Poder” justificam os meios para que sejam atingidos os fins. O dizer popular “Rouba mas faz” é uma total incoerência com a pretensão de instalação concreta de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual devemos buscar formas de banir, definitivamente, esse pensamento da nossa cultura. Um projeto de poder, de governabilidade, deve, sim, estar atrelado com a consistência das propostas em face das necessidades da população, e não com a troca de favores, com a instalação da corrupção, com a busca da impunidade.

1.2 A ÉTICA NA POLÍTICA

Diante dos cada vez mais freqüentes escândalos na política, sempre nos perguntamos sobre se haveria um tipo de ética que mais se adequaria à *práxis* da atividade política? Ou será que o exercício da política não é compatível com a ética?

As questões morais estão sempre presentes em nosso cotidiano e guiam as ações dos indivíduos, sejam elas direcionadas para o bem ou para o mal. Mas o que buscamos entender é se o exercício da política tem que afastar, necessariamente, valores morais. Não podemos perder de vista o fato de que o comportamento ético dos políticos não pode ser vislumbrado sob um prisma de um moralismo abstrato, que está restrito à esfera privada, mas relacionado com um moralismo real mais amplo, vez que está sempre a afetar a coletividade.

Importa esclarecer, *ab initio*, que o estudo da ética comporta distinções em relação ao estudo da moral, posto que esta diz respeito a um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual dos homens, ou seja, os princípios morais pressupõem regras de ações individuais materializadas em realidades históricas concretas. Já o estudo da ética é mais abrangente, pois busca entender o comportamento moral dos homens quando

inseridos em sociedade, relacionando-se, portanto, intimamente, com a filosofia, vez que procura encontrar a fundamentação das questões que lhe são colocadas.

Mesmo diante dessas distinções, no presente estudo, empregaremos os termos “moral” e “ética” indistintamente. Explicamos o porquê: a palavra “ética”, procedente do grego, significa “morada”, “lugar em que vivemos”, só posteriormente passou a ter como significado “o caráter”, o “modo de ser”; a palavra “moral”, por sua vez, procedente do latim “*mos*” ou “*moris*”, que a princípio significava “costume”, passou a ter também o significado de “caráter” ou “modo de ser”. Nesse sentido, ética e moral têm significados etimológicos semelhantes, reportando-se a tudo aquilo que se refere ao modo de ser ou caráter resultantes da prática de hábitos bons. Por conseguinte, considerando que, cotidianamente, fala-se em atitude ética para designar atitudes moralmente corretas, não vale à pena, no presente contexto, diferenciar ou tentar impugnar um uso que já se faz tão difundido.

Em continuidade, a busca do entendimento sobre se a ética deve estar ou não presente na política leva a que nos reportemos de logo a Maquiavel, que inovou ao observar atentamente a política como um campo de estudo independente. Veremos que em sua obra “O Príncipe” a política não é mais pensada em termos de ética e de religião, o que provocou uma ruptura tanto com o pensamento dos clássicos greco-romanos, quanto com os valores cristãos da Idade Média. A política passou a ser vista com mais realismo e ceticismo em sua clássica obra, vez que o autor buscava demonstrar, em cada capítulo, para o Magnífico Lourenço de Médici, como a política deveria ser exercida e como tirar proveito da fortuna, da *virtù*, da força militar no exercício do poder.

A partir de então, passou a política a ser vista como uma realidade totalmente objetiva, e que, portanto, teria que ter leis próprias consentâneas com o cotidiano dos indivíduos. Destarte, para se conseguir poder pleno, legítimo e duradouro, as situações práticas faziam com que os meios justificassem os fins, mesmo que desconsiderando por completo questões éticas concernentes ao exercício da política. A partir daí, Maquiavel torna pública e memorável sua célebre e polêmica frase: “Os fins justificam os meios.”

Ações, as mais antiéticas possíveis, eram justificadas, contanto que o objetivo de manter-se no poder fosse alcançado. Até a crueldade, para ele, poderia ser proveitosa ou não para a política, a depender do seu uso. Vejamos:

Crueldades proveitosas (se é lícito tecer elogios ao mal) podem-se chamar aquelas das quais faz-se uso uma única vez – por necessidade de segurança -, um uso no qual no mais se insiste e cujos efeitos revertem tanto quanto possível em favor dos súditos. Contraproducentes são aquelas que, embora pouco profusas nos primeiros tempos, vão paulatinamente avolumando-se ao invés de minguarem. Quanto a esses dois usos da crueldade, aqueles que se valem do primeiro podem, com a ajuda de Deus e dos homens, dar alguma vazão às demandas do seu governo, como ocorreu no caso de Agátocles; os outros, é impossível que possam sustentar-se.¹⁹

Depreende-se, assim, que as crueldades proveitosas deveriam ser praticadas em favor dos súditos e as não proveitosas deveriam ser evitadas, pois iam se avolumando ao invés de minguarem. O mal (crueldade), para ele, deveria ser como um jato ágil e fugaz, proporcionando grande dor, mas momentânea e passageira. Assim, a violência que constrói é louvável, porque mantém os homens dentro da ordem, enquanto que a violência que destrói deve ser condenada.

A despeito das críticas a ele direcionadas, o que proporcionou que seu nome se tornasse adjetivo de coisa má (maquiavélico, maquiavelismo), o autor, a nosso ver, simplesmente retratou a realidade na política de sua época, buscando em todo momento orientar o seu príncipe sobre o que era bom ou mal para o exercício da política e para a manutenção no poder. Para ele, a ação humana vinculada à política segue um caminho e as normas morais seguem outro.

Mas é importante que se diga que, já na antiguidade grega, havia preocupações com questões concernentes à moral e à honestidade. Cícero, por exemplo, em sua obra *De officiis*, afirmava que havia uma honestidade intrínseca, sustentando que aquilo que se contradiz com a honestidade não poderia ser útil ao homem que busca viver em conformidade com a norma natural do bem. Maquiavel, contrariamente ao que afirmara Cícero, colocou, mais realisticamente, que a honestidade, em si, é um mito e que, muitas vezes, faz-se necessário se libertar dela para exercer ações que a moral ordinária reprova, com o fim de criar e manter

¹⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007. p. 43-44.

condições de vida humana autêntica, fundamentada na liberdade e na certeza que só leis eqüitativas podem buscar²⁰.

Afastada da moral e reduzida à técnica de exercício de poder legítimo, a teoria maquiavélica vem sendo, ao longo dos anos, veementemente criticada e tida como um modelo imoral de prática do poder. Tomando como exemplo o caso do Brasil, infelizmente, a prática política vem desde os tempos do Império seguindo à risca esse modelo imoral teorizado por Maquiavel, cnicamente tão criticado, mas seguido, mesmo que camufladamente. O que vemos hoje são escândalos e mais escândalos sem soluções jurídicas éticas e que dão margem, ante a impunidade reinante, ao cometimento de outras atrocidades éticas, tudo com a justificativa da manutenção e exercício do poder.

Em termos práticos, o escândalo do Mensalão coloca-nos a refletir sobre uns problemas que as afirmações maquiavelianas encerram em si, quais sejam: o que se pode e o que não se pode fazer para atingir determinado fim? Se se pensa que o fim é justo, tudo se justifica? No caso em comento, a finalidade buscada era a aprovação de projetos de leis e medidas provisórias do Poder Executivo Federal, sem maiores questionamentos. O meio utilizado foi o pagamento de mensalidades (mensalão) para congressistas, a fim de conseguir a adesão necessária. A ética e o decoro parlamentar foram novamente relegados, como em tantas outras vezes²¹.

Isso demonstra que a realidade política em que estamos inseridos é bem mais complicada e antiética do que podemos imaginar. Vivemos distantes daquela situação imaginada por Cícero de uma ordem natural do bem e da honestidade intrínseca do ser humano. Estamos, mesmo, mais próximos da realidade cruel retratada por Maquiavel, na qual o paraíso, o bem e a honestidade estão cada vez mais distantes de nós. Nesse sentido, como veremos adiante, tanto os partidos de

²⁰ CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v.1.

²¹ No Regime Presidencialista a adesão do parlamento às ações governamentais termina por ser costurada por interesses políticos e econômicos, o que desencadeia nomeações inadequadas, remanejamentos orçamentários contrários aos interesses públicos, ou mesmo pagamento de mensalão (tipo de propina) para o auferimento de apoios necessários à aprovação de projetos de interesse do governo. Isso dá margem à ocorrência de uma corrupção considerada sistêmica, nas palavras de Niklas Luhmann. No Regime Parlamentarista a adesão às ações governamentais é permanente e por dever de ofício, vez que o primeiro-ministro ao levar a efeito intensas ações institucionais o faz de forma planejada, coordenada e conseqüentemente com a eficiência desejada, o que exclui ocorrências de pagamentos de mensalões, já que o cargo de primeiro-ministro exige maioria parlamentar.

direita, quanto os partidos de esquerda, quando do exercício do poder, utilizaram, diante dos problemas concretos da política, meios antiéticos para atingir os fins desejados.

A falta de ética na política tem gerado uma corrupção desenfreada, o que incrementa a miséria, as mazelas e desigualdades sociais, contrariando a visão evolucionista de Marx, no sentido de que a humanidade marcharia sempre numa direção progressista. Às vezes pensamos que estamos regredindo, pois diante de tantas lições obtidas com a história da humanidade, uma vez que a questão da relação entre a moral e a política é um antigo problema colocado à reflexão moral (tão antigo quanto à origem das sociedades políticas), ainda nos deparamos com desmandos e falta de ética numa atividade essencial para o Estado, e, por conseguinte, para toda a coletividade, que é a política.

A análise da política sempre nos leva, na realidade, a um debate entre fins e meios. Sendo legítimos os fins, pode-se fazer uso de quaisquer meios, mesmo que moralmente repreensíveis? Partindo do pressuposto de que a política é julgada pelos seus resultados, poder-se-ia, então, fugir de julgamentos morais?

Norberto Bobbio, em sua obra “Elogio da serenidade e outros escritos morais” ao falar sobre a solução dualística proposta, mesmo que não literalmente, por Maquiavel, segundo a qual “O fim justifica os meios”, colocou que o dualismo está baseado tanto nas ações finais, que têm valor intrínseco, quanto nas ações instrumentais, que têm valor enquanto servem para o atingimento de um fim determinado. Para ele não há teoria moral que não reconheça esse dualismo, referindo-se à distinção weberiana segundo a qual há ações racionais referidas a valor (*wert-rational*) e ações racionais referidas ao fim (*zweck-rational*). Dizia Bobbio que:

O que constitui o núcleo fundamental do maquiavelismo não é tanto o reconhecimento da distinção entre ações boas em si e ações boas não por si mesmas, quanto a distinção entre moral e política com base nesta distinção, quer dizer, a afirmação de que a esfera da política é a esfera de ações instrumentais que, como tais, devem ser julgadas não em si mesmas mas com base na sua maior ou menor idoneidade para o alcance do fim. Isso explica porque se falou, a propósito da solução maquiavélica, de amoralidade da política, que corresponderia, ainda que a expressão não tenha entrado em uso (por não ser necessária), à ‘apoliticidade da moral’: amoralidade da política no sentido de que a política, em seu todo, como conjunto de atividades reguladas por normas e avaliáveis com um certo critério de juízo, nada tem a ver com a moral como um todo, como conjunto

de ações reguladas por normas distintas e avaliáveis com um distinto critério de juízo. Neste ponto, fica bem evidente a diferença entre uma solução como esta que estamos expondo, fundada na idéia de separação e da independência entre moral e política, e que como tal pode ser chamada de dualística sem atenuação, e as soluções precedentemente examinadas, nas quais falta ou a separação, já que a política é englobada no sistema normativo moral ainda que com um estatuto especial, ou a independência, já que moral e política são diferenciadas, mas permanecem em relação de recíproca dependência.²²

O mesmo Bobbio, numa perspectiva do rigor moral kantiano, coloca que “em geral numa moral do dever, a consideração de um fim externo à ação não só é imprópria, mas também é impossível, porque a ação, para ser moral, não deve ter outro fim que o cumprimento do dever, que é precisamente o fim intrínseco à própria ação.” Nessa linha de entendimento, vê-se que em Kant as ações ditas instrumentais têm que ser praticadas sob uma perspectiva do cumprimento do dever moral, mesmo que o fim desejado não seja alcançado.

Não vemos, no entanto, como dissociar fins e meios em termos de *práxis* política, vez que as ações meio, no mais das vezes, são praticadas sem o intuito de cumprimento do dever moral, mas sempre com o fito de consecução de um fim desejado no meio político, que pode ser escuso ou não. Numa pior situação, nem os meios nem os fins justificam-se.

Maquiavel enfatizou, numa passagem de “Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio”²³, que “Quando é necessário deliberar sobre a saúde da pátria, não se deve deixar de agir por considerações de justiça ou injustiça, humanidade ou crueldade, glória ou ignomínia. Deve-se seguir o caminho que leva à salvação do Estado e à manutenção de sua liberdade, rejeitando-se tudo o mais.” Quis ele dizer com isso que “A salvação do Estado é a lei suprema (*salus rei publicae suprema lex*).”

Dessa maneira, a ação política deve ser vista, na ótica maquiavélica, em relação à necessidade de salvação da pátria, ou seja, objetiva um bem específico, e não sob o ponto de vista de critérios de julgamento pertencentes à moral comum.

²² BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 71.

²³ MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 45.

Kant, por sua vez, mesmo que em detrimento da coletividade, sustentou o cumprimento do dever com base em uma ação que possa ser considerada moral. Quem estaria com a razão?

Pensamos que, a despeito de a ação política demandar a pronta atuação no que diz respeito à salvação da pátria em perigo, à manutenção da grandeza da nação, enfim, à saúde da sociedade tal como preconizado por Maquiavel, ela não pode ficar afastada de uma ordem ética austera, tal qual a defendida por Kant. Mas, o problema que se põe é o de como conciliar o atingimento de fins essenciais à Nação com as práticas éticas desejáveis no exercício da política.

Creemos, firmemente, que mesmo com essas dificuldades, a política não pode ser autônoma com relação à ética, pois isso provoca uma constante instabilidade social e uma perversão dos valores morais, de forma que tudo pode ser feito e até os mais escabrosos casos de corrupção passam a serem vistos com certo ar de normalidade não só no meio político, como também pela própria coletividade que, em última análise, é a maior prejudicada pela corrupção política. Daí o dizer popular “Rouba, mas faz”.

Para ratificar o entendimento de que não há como desvincular a ética da política, Aristóteles deixou à humanidade uma lição no sentido de que o maior bem individual, que em sua opinião era a felicidade, só seria passível de ser alcançado em uma *polis* dotada de leis que fossem consideradas justas, e para que isso acontecesse os políticos, no exercício das atividades que lhes eram próprias, teriam que ser pessoas virtuosas, no sentido moral, agindo sempre com prudência na tomada de decisões²⁴.

Voltando-nos, por curiosidade, para o contexto em que é exercida a atividade econômica, vemos que, freqüentemente, as práticas se separam da moral atual, o que pode ser até compreensível e aceitável, por estarmos tratando de moral nos negócios e na vida privada. A moral na política, no entanto, envolve a referência implícita ao que é público. E isso faz toda a diferença, razão pela qual, apesar de sua independência, o exercício da política não pode ir de encontro aos parâmetros éticos da filosofia moral. A inobservância de regras morais elementares por parte da política tende a levar ao caos social e ao descrédito das instituições públicas, razão

²⁴ CANTO-SPERBER, op. cit., p. 5.

pela qual o assunto tem que ser cada vez mais debatido, para a busca de soluções mais eficazes.

Diante dessas considerações, acreditamos que o exercício da política não pode estar dissociado da ética. Aí nos reportamos à mesma indagação inicialmente colocada: haveria uma ética ideal que pudesse servir de parâmetro para a atuação política? Apesar das discussões aqui já empreendidas sobre a relação entre a ética e a política e sobre a ética na política, não nos é possível responder tal pergunta. Com esta intenção, faremos observações sobre os principais estudos filosóficos feitos ao longo dos séculos sobre a ética, para que, doravante, possamos ver se existe ou não uma ética que mais se amolde ao exercício da atividade política.

Em pesquisa sobre o assunto, verificamos que num primeiro momento, que inclui a **antiguidade clássica e a idade média**, as teorias éticas tiveram como base de sustentação a pergunta pelo **ser e a busca do bem**, ou seja, questionava-se a verdadeira realidade das coisas, incluindo coisas humanas como a moralidade.

A partir de Descartes (século XVI) até o princípio do século XX, surgiu uma nova fase denominada de **filosofia moderna** na qual o estudo da ética (filosofia moral) girou em torno da **consciência**. Finalmente, no século XX, a **filosofia contemporânea** deu eco a uma **virada lingüística**, na qual o ponto de partida filosófico foi a exigência de sentido partindo da existência da linguagem e da fundamentação como fenômenos concretos e essenciais²⁵.

Importa registrar que as teorias de filosofia moral, ou seja, as teorias éticas oferecem determinadas visões do fenômeno moral, analisando-o a partir de perspectivas diferenciadas. Mas o que há em comum entre elas é que não prescindem, ao falarem de moral, de valores como bem, deveres, consciência, felicidade, liberdade, virtude, finalidades da conduta.

²⁵ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 33.

1.3 PRINCIPAIS TEORIAS ÉTICAS

Com o fito de melhor entendermos o fenômeno da ética na política, estudaremos, mesmo que de forma sucinta, as teorias que no nosso sentir têm maior relevância histórica e podem trazer-nos respostas às nossas indagações/inquietações.

1.3.1 ÉTICAS DO SER (*Teorias do bem e da perfeição*)

No início, o conceito chave da filosofia moral era o de BEM, tendo sido por isso delineadas as teorias do bem e da perfeição, desde a antiguidade até o final do século XVIII. A noção de bem estava sempre vinculada à felicidade, às boas conseqüências, à vida boa. Para o alcance dessas conseqüências benéficas, a filosofia moral buscou estabelecer um elo entre a motivação e a moralidade, o que faz com que o bem buscado seja objeto de um constante movimento e integre numerosos domínios da vida humana, legitimando sempre o questionamento: como devo viver? Assim, durante séculos, o bem era tido como a primeira noção de filosofia moral. Dos pensadores da antiguidade, podem-se destacar Sócrates, Platão e Aristóteles.

Sócrates foi o primeiro filósofo da antiguidade clássica a tentar estabelecer critérios racionais para distinguir a virtude da mera aparência de virtude. Embora não tenha deixado nenhuma obra escrita, os relatos sobre a sua filosofia, contidos essencialmente na obra de Platão, colocam que tinha enorme preocupação em saber qual era a excelência própria do ser humano e como deveríamos conduzir nossas vidas. Apostava numa busca contínua da verdade, por meio do diálogo e da reflexão. As principais contribuições a ele atribuídas foram assim colocadas por Adela Cortina e Emilio Martínez, em suma:

a) atitude de busca do verdadeiro bem; abandono de atitudes dogmáticas e céticas; adoção de uma atitude crítica que só se deixa convencer pelo melhor argumento; **b)** a verdade habita no fundo de nós mesmos, chegando-se a ela pela introspecção e pelo diálogo (maiêutica – método de diálogo orientado para a busca da verdade); **c)** as verdades são passíveis de revisão e não podem ser fixadas dogmaticamente; **d)** o objetivo

primordial da busca da verdade não era matar a curiosidade, mas assimilar os conhecimentos necessários para agir bem.²⁶

Platão²⁷, por sua vez, sofreu enorme influência do pensamento socrático, tendo exercido papel primordial no estudo filosófico do bem. Definiu-o como sendo princípio impessoal, prescritivo, e de ordem incorpórea. Assim, o BEM seria uma realidade em si mesmo, algo distinto e separado das coisas boas. Com relação à moral, entendia-a como sendo um conhecimento que deveria presidir não só a vida do indivíduo, como de toda a comunidade (*polis*). Assim, os seres humanos só poderiam ser felizes quando inseridos em uma comunidade bem organizada. Para se chegar a um modelo ideal de *polis*, Platão propôs uma utopia exposta em sua obra “A República”, na qual defendeu uma concepção orgânica do Estado.

Colocou **Platão**²⁸ a seguinte questão: “*Não é verdade que nós, homens, desejamos todos ser felizes?*” Esse questionamento representa um verdadeiro enunciado, segundo o qual a felicidade é um princípio que busca orientar as ações humanas. Mas o que se tem que levar em conta é se a busca constante da felicidade pode deixar de lado questões de cunho moral. Os últimos anos do século V (a.C.) marcaram as primeiras reflexões críticas sobre a natureza e a legitimidade do poder. Houve, naquele momento, uma expansão das idéias de que o estabelecimento de valores morais teria que ter o assentimento dos cidadãos, concepção essa por meio da qual se pensava que para que os valores morais e legais pudessem se estabelecer fazia-se necessária a organização de comunidades

²⁶ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 53-55.

²⁷ Em sua obra “A República”, Platão retrata a história do pastor de ovelhas Giges que seduz a rainha e usurpa o trono da Lídia ao receber um anel que lhe faz invisível. Surge assim a seguinte indagação: a conduta ética seria apenas exercida por medo da punição? Questões como essa estão relacionadas à compreensão da natureza humana, a qual determina para onde a conduta humana deve orientar-se. Para o filósofo a justiça é a virtude que compreende todas as outras, razão pela qual o homem justo governa a si mesmo.

²⁸ Hannah Arendt explica que “Platão claramente escreveu “A República” para justificar a noção de que os filósofos deveriam tornar-se reis não porque apreciassem a política, mas porque, em primeiro lugar, isso significaria que eles não seriam governados por pessoas piores do que eles próprios e, depois, porque isso traria à nação aquela quietude completa, aquela paz absoluta, que certamente constituem a melhor condição para a vida do filósofo. Aristóteles não seguiu Platão, mas mesmo ele sustentou que o *bios politikos* existia, em última análise, em atenção ao *bios theóretikos*; e no que se refere ao filósofo, disse explicitamente que mesmo na política, apenas a filosofia permite aos homens *di' hautón chairein*, desfrutar de si mesmos independentemente, sem a **ajuda ou a presença dos outros, deixando subentendido que tal independência, ou melhor, auto-suficiência, estava entre os maiores bens.**” (ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. p. 30, grifo nosso)

políticas. Nesse contexto, as normas morais deveriam permitir a cooperação, sendo absolutamente necessárias à sobrevivência da espécie humana²⁹.

Aristóteles exerceu e ainda exerce enorme influência no estudo da ética, vez que foi o primeiro filósofo a elaborar tratados sistemáticos sobre o assunto, sendo “Ética à Nicômaco” o mais influente, uma das obras primas da filosofia moral³⁰. A pergunta básica de toda a investigação ética era “qual é o fim último de todas as atividades humanas?”.

Havia, para ele, um fim desejado por todos que seria a vida boa e feliz (*eudaimonia*). Contudo, os meios utilizados para atingir determinados fins, como a felicidade, não poderiam ir de encontro aos anseios da *polis* (escolha do justo meio). Com isso, a felicidade seria um bem comunitário, o que fazia com que um homem para ser feliz, isto é, virtuoso, tivesse que viver entre amigos. A felicidade, então, deveria ser entendida num contexto em que o homem, como animal político, não vive isolado, mas cercado por familiares, amigos, numa cidade em que se busca o “bem-viver” e não o simples viver (o homem é um ser social por natureza).

A ética aristotélica afirma que a moral existe porque os seres humanos buscam, inevitavelmente, a felicidade. Nesse contexto, a vida moral é entendida como o modo pelo qual o ser humano encontra a auto-realização, o que caracteriza a ética eudemonista, que se diferencia da hedonista pelo fato de que, embora esta também postule pela felicidade, entende-a como prazer e não como auto-realização.

Os filósofos da antiguidade entrelaçaram a busca da felicidade à moralidade, fazendo com que uma não ficasse dissociada da outra. Decorre daí o nome de eudemonismo dado a esse tipo de filosofia moral (do grego *eudaimonia*, felicidade, prosperidade, beatitude). Mesmo renunciando à certeza de que existe uma identidade entre a felicidade e o propósito moral, sabe-se que a busca da felicidade é uma motivação evidente da ação humana.

²⁹ CANTO-SPERBER, op. cit., p. 6.

³⁰ Na obra “Ética à Nicômaco”, o filósofo grego fez uma sistematização de padrões de comportamento éticos (catálogo das virtudes) a serem observados pelos cidadãos nos seus relacionamentos, a fim de se alcançar a excelência ética. Nesse sentido, para todas as ações existe um fim, que deve ser o nosso bem supremo, qual seja: a felicidade. Por meio dos diálogos os cidadãos poderiam exercitar seus comportamentos éticos e contraditar padrões de verdades e mentiras. Nas obras Aristotélicas, enfim, a ética diz respeito aos indivíduos e é considerada como uma parte ou um capítulo da política, antecedendo a própria política que vê o homem na sua dimensão social.

Esses escritos da filosofia clássica basearam, doravante, muitos outros estudos filosóficos. Hobbes e John Rawls, por exemplo, afirmaram, ao contrário de Platão, que a definição de bem não comporta nenhuma característica intrínseca: o bem não é senão o objeto das preferências.

Nesse sentido, para Hobbes³¹ “Cada homem, por sua vez, chama bom o que lhe agrada e constitui um prazer para ele, e mau o que lhe desagradar” e “tudo o que é objeto de um apetite ou desejo de um homem qualquer é o que esse homem chama bom; e o objeto de seu ódio ou de sua aversão, chama-o mau.”

Já Rawls³², que em sua célebre obra “Uma Teoria da Justiça” propõe que os princípios morais básicos sejam entendidos como um produto de um hipotético acordo unânime entre pessoas iguais, racionais e humanas que se encontrassem em uma especial situação na qual não se pudessem levar por interesses particulares, define essa situação hipotética como “a posição original”, e sua pretensão era estabelecer princípios morais fundamentais capazes de direcionar a convivência e a cooperação mútua numa sociedade moderna. O bem comum seria, então, objeto de preferências de pessoas iguais, racionais e humanas, sendo, portanto, um objeto das preferências de cada um e não comportaria, com isso, características de ordem incorpórea e impessoal.

Segundo Monique Canto-Sperber³³, foi nas obras de Spinoza e Leibniz que se fizeram elaborações filosóficas mais completas a respeito da concepção do bem enquanto perfeição. Para o primeiro, os homens aceitam Deus como absolutamente bom, e para o segundo a felicidade deve ser definida como prazer e dentro de uma concepção perfeccionista do bem.

1.3.2 ÉTICAS DA CONSCIÊNCIA (*Teorias do sentimento moral, dos valores, do utilitarismo, do socialismo*)

Passando para o estudo das **éticas na era da consciência**, que abrange os séculos XVI, XVII e XVIII, vê-se que nesse período houve uma maior abertura

³¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2002. p. 48.

³² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 524-531.

³³ CANTO-SPERBER, op. cit., p. 10.

cultural, bem assim revoluções no âmbito científico, o que propiciou o surgimento da **filosofia moderna** como uma forma de contestar os antigos pontos de partida voltados para o ser, e focar os estudos na consciência humana.

Descartes³⁴ baseou suas definições de bem humano e felicidade na perfeição ontológica do indivíduo, colocando que nada devemos fazer com paixão, mas “fazer as coisas boas que dependem de nós”, ou seja, é firme a sua convicção no sentido de “jamais carecer de vontade para empreender e executar todas as coisas que julgamos ser as melhores”, tudo de acordo com a consciência. Nesse sentido, ele defende o uso do livre arbítrio, que constituirá o único princípio de estima legítima de si. Enfim, esse bom uso do livre arbítrio é “o maior de nossos bens, o que é mais propriamente nosso e o que mais nos importa.”

Mas uma vida virtuosa, na filosofia cartesiana, não traz, necessariamente, a felicidade. O próprio Hércules, segundo Descartes, hesitou entre a virtude austera e sem alegria e o vício, que era ornado de todos os atrativos da vida feliz. Assim, a certeza de que há uma incompatibilidade entre a moralidade e a felicidade, faz com que possa haver uma condução ao imoralismo, quando se opta pela felicidade sem se preocupar com a virtude.

Na filosofia de Kant, considerado o pai do idealismo (corrente filosófica que provocou uma revolução na metafísica), interpretou-se profundamente essa divergência entre os fins humanos, uns orientados para a felicidade, outros para a moralidade. Mas tal concepção presta-se também a fortes objeções. Se a felicidade é distinta da moralidade e se a busca da felicidade permanece a única fonte de motivação a agir, como entender o desejo de agir moralmente? Como explicar que pessoas razoáveis e racionais queiram se comportar moralmente, mesmo sabendo que isso não as fará felizes e destruirá talvez sua felicidade?

Na busca de respostas para tais indagações, temos que Kant, ao escrever sobre a moral, assim se pronunciou em sua “Crítica da Razão Prática”:

Duas coisas enchem o ânimo de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada, quanto com mais freqüência a aplicação delas se ocupa a reflexão: **por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral.** Ambas essas coisas não tenho necessidade de buscá-las e simplesmente supô-las como se fossem envoltas de obscuridade ou se encontrassem no

³⁴ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007. p. 60.

domínio do transcendente, fora do meu horizonte; vejo-as diante de mim, coadunando-as de imediato com a consciência de minha existência.³⁵ (grifo nosso)

O posicionamento kantiano deixa claro que há certos comandos que são incondicionados, pois todos têm que ter a consciência de que há um conjunto de regras a serem seguidas, por mais que não tenhamos vontade de cumpri-las e por mais que saibamos que esse cumprimento não nos trará felicidade. São os seus famosos imperativos categóricos, que mandam fazer algo incondicionalmente e estão a serviço da preservação e da promoção de valores que são tidos como absolutos, tais como: “cumpra suas promessas”; “diga a verdade”; “socorra quem está em perigo”, etc. O esquema dos imperativos categóricos é, então, o seguinte: “Você deve – ou ‘não deve’- fazer X”.

Esses imperativos categóricos devem ser seguidos não por medo ou para não ser castigado, mas por uma convicção moral própria que pressupõe verdadeiro respeito aos valores. Na filosofia kantiana, agir contra esses imperativos é imoral, ainda que possa levar o ser humano ao prazer ou à felicidade. A missão da ética é, para ele, descobrir quais são as características formais que os imperativos devem possuir, para que se possa perceber a forma da razão, e, portanto, as normas morais.

Kant propõe³⁶, então, um procedimento segundo o qual será possível saber se uma exigência pode ou não ser considerada uma “lei moral”. A exigência tem que reunir características próprias da razão, em suma: universalidade (todos devem cumprir); referir-se a seres que são fins em si mesmos (respeitar os seres que são fins absolutos em si mesmos); valer como norma para uma legislação universal (para caracterizar uma lei como moral é preciso que ela possa vigorar em um reino futuro e que os seres racionais possam tratar-se uns aos outros como meios e não como fins). Assim, obedecendo aos imperativos morais, as pessoas demonstram o respeito que têm por si e pelos outros. Os comandos morais autênticos não são impostos por instâncias externas, mas reconhecidos conscientemente pelos próprios seres racionais.

³⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Ícone, 2005. p. 157.

³⁶ CANTO-SPERBER, op. cit., p. 6.

A capacidade autônoma de reconhecer normas que a própria consciência reconhece como universais, confere, no pensamento kantiano, um valor absoluto aos homens, o que faz com que estes não tenham preço, mas dignidade. Essa liberdade de reconhecer intrinsecamente as normas é, para Kant, a mais surpreendente qualidade humana, pois o seu uso faz com que o homem não seja um meio, mas um fim, não seja um objeto, mas uma pessoa, enfim, que possa ser protagonista de sua própria vida.

Para responder à pergunta de como se pode ter certeza que possuímos tal liberdade, Kant formula sua obra “Crítica da Razão Pura” e ensina-nos que a liberdade³⁷ é um postulado próprio da razão, não procedendo da ciência, mas sendo compatível com ela. Segundo ele, somos capazes de decidir por nós mesmos, desde que sigamos as diretrizes que advêm da nossa própria razão.

Para Kant, o bem próprio da moral não é atingir a felicidade, como pregavam as teorias éticas mais tradicionais, mas alcançar uma boa vontade, conduzindo-se com liberdade para construir corretamente a própria vida e protegendo a dignidade humana. Nesse sentido, afirma a necessidade de construção de uma “comunidade ética”, o que equivale a uma “sociedade justa”.

A boa vontade, no sentido definido por Kant em “A Crítica da Razão Pura”, é por natureza um bem digno de ser desejado e diz respeito a valores intrínsecos. É preciso tornar-se “digno de felicidade” e esse encontro da felicidade é um efeito do mérito de cada um de acordo com uma finalidade moral.

³⁷ Sobre a relação da liberdade com a virtude, ensina-nos Kant que: “O próprio conceito de virtude já tem como implícito que a virtude precisa ser adquirida (que não é inata); não há necessidade de recorrermos ao conhecimento antropológico baseado na experiência para percebermos isso, uma vez que a faculdade moral de um ser humano não seria virtude, não fosse ela produzida pela força da resolução do ser humano no conflito com poderosas inclinações opostas. A virtude é o produto da pura razão prática, na medida em que esta ganha ascendência sobre tais inclinações com percepção de sua supremacia (fundada na liberdade). Que a virtude pode e precisa ser ensinada é conseqüência já de não ser ela inata; uma doutrina da virtude é, portanto algo ensinável. Mas visto que não se conquista o poder de pôr na práticas as regras da virtude simplesmente se ensinando como se deve comportar, a fim de conformar-se ao conceito de virtude, os estóicos se limitaram a entender que a virtude não pode ser ensinada meramente por conceitos de dever ou mediante exortações, necessitando, ao contrário, ser exercitada e cultivada mediante esforços, com o fito de combater o inimigo interior dentro do ser humano, pois não se pode incontinenti fazer tudo que se quer fazer sem primeiramente ter experimentado e exercitado os próprios poderes. A decisão, contudo, para fazer isso tem que ser tomada de imediato e por completo, uma vez que uma disposição para ceder por vezes ao vício, com o propósito de escapar dele gradativamente, seria ela mesma impura e mesmo viciosa, não gerando, conseqüentemente, nenhuma virtude (a qual está baseada num princípio único). (KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 319-320).

A teoria é realmente bastante complexa, mas instigante. Diante dela temos vários questionamentos, se não vejamos: poderia justificar a criação de uma comunidade política ética em prol da dignidade humana? Será que podemos esperar dos políticos essa consciência interna compatível com uma boa vontade intrínseca? Seria prudente, nos tempos atuais, esperar que os homens usem sua consciência livre para se conduzir com boa-vontade? Os homens estão dispostos a sempre dizer a verdade e a cumprir seus compromissos, mesmo que suas atitudes venham a prejudicá-los a si mesmos e as suas próprias famílias?

Essas são indagações que surgem e que, diante de situações de corrupção política muito concretas em nosso País, levam-nos a obter respostas negativas. Na realidade, os instintos biológicos de alcance da felicidade (poder, reconhecimento social), não levam o homem político, em geral, a conduzir sua liberdade a favor do bem comum e, sim, de interesses pessoais. Nessa perspectiva, é difícil convencer que o fato de ser moralmente bom é o melhor meio para a satisfação de outras necessidades, como as que se referem às preocupações que devemos ter com os outros seres humanos.

Aí pensamos: a situação ideal seria aquela em que os indivíduos se pusessem, voluntariamente, sob a legislação dos imperativos categóricos, que nos impõem, na visão kantiana, deveres morais de caráter absoluto e universal. Mas sabemos que isso não é realmente possível, nem no Brasil, que é considerado um país altamente corrupto, segundo índices de corrupção³⁸ medidos pela transparência internacional, nem em lugar algum.

Vemos que os imperativos podem ser utilizados não como regras absolutas e universais, mas como ponto de partida para o traçado de princípios éticos essenciais dentro de uma universalidade territorial definida. Nesse sentido, essa concepção imperativa da moralidade muito nos atrai, já que se funda na prioridade da lei moral e do justo.

Em termos filosóficos, procura-se saber se é preciso ou não obedecer às exigências morais, independentemente das conseqüências que essa obediência trazer para a nossa felicidade. Alguns filósofos respondem que a felicidade é a

³⁸ Falaremos no capítulo que trata do “Custo da Corrupção Política e do seu Reflexo Negativo na Efetivação de Direitos Sociais” sobre esses índices de percepção de corrupção.

única fonte de moralidade, enquanto outros se posicionam no sentido de que é preciso obedecer às exigências da moralidade, independentemente das conseqüências danosas para a felicidade do indivíduo. Entendemos que o homem político deve obedecer às regras éticas definidas numa determinada sociedade, mesmo que para isso tenha que abdicar da felicidade esperada.

Importa destacar, por importante nesse contexto, a contribuição de Max Weber para a análise moral. Muito embora tenha sido considerado um dos fundadores da Sociologia moderna, juntamente com Vilfredo Pareto e Émile Durkheim, Weber é tido como um mestre da análise filosófica moral.

Um exame consagrado dos problemas práticos relativos ao exercício da política encontra-se na célebre discussão entre a ética da convicção apregoada por Kant (*Gesinnungsethik*) e a ética da responsabilidade (*Verantwortungsethik*). Não são, segundo Weber, éticas contraditórias, visto que se complementam e podem ser conciliadas por homens que tenham vocação política³⁹.

A ética da convicção baseia-se na vontade de sobrelevar a irracionalidade ética do mundo, o que faz com que haja a recusa a qualquer compromisso com o mal. Quer-se, também, estabelecer uma hierarquia permanente entre os valores orientadores da ação humana. A ética da responsabilidade⁴⁰, por seu turno, é levada a autolimitar-se para conhecer a irredutibilidade da convicção, fazendo com que o homem reconheça e tenha plena consciência do peso dos seus atos e decisões. Dessa maneira, de acordo com as abordagens políticas do pensamento weberiano, o alcance filosófico de sua obra é bem notado na teoria política⁴¹.

³⁹ Nesse particular, Max Weber concluiu: “Vemos assim que a ética da convicção e a ética da responsabilidade não se contrapõem, mas se completam e, em conjunto, formam o homem autêntico, isto é, um homem que pode aspirar à ‘vocação política’.” (WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1968, p. 122)

⁴⁰ De modo significativo, os exemplos e a linguagem escolhidos por Weber para ilustrar a distinção entre as duas éticas são simultaneamente da esfera da religião e da política: do lado da convicção vai-se do sermão da montanha ao pacifismo moderno; do lado da responsabilidade encontram-se todas as tentativas tradicionais ou modernas, para fazer um lugar às exigências próprias da política ao lado, ou no interior, daquelas da religião e da moral. (CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 785. v.2.).

⁴¹ Weber pondera que: “... o chefe não goza de absoluta independência ante seus seguidores, deve de vez em quando se curvar às suas exigências, que às vezes são moralmente vis do ponto de vista da ética. Ele terá seus seguidores sob controle enquanto uma fração deles depositar fé sincera em sua pessoa e na causa que defende. Essa confiança, embora subjetivamente sincera em muitos casos, na maioria das vezes não passa de uma legitimação ética de desejos de vingança, poder e

Ao referir-se à ética, Weber distingue, claramente, a ética da convicção da ética da responsabilidade. Kant, por sua vez, estudou com mais profundidade a ética da convicção, segundo a qual ou se ético ou não. Não há meio termo, ou seja, quando o ser humano está diante de uma convicção intrínseca, não há negociações, não há preocupação com as conseqüências, há, sim, recusa de todo e qualquer compromisso com o mal. Sobre o tema, Weber assim se posiciona:

Para atingir fins 'bons' somos, na maior parte do tempo, obrigados a contar por um lado, com meios moralmente desonestos, ou, pelo menos, perigosos; de outro, com a possibilidade ou mesmo a eventualidade das conseqüências deploráveis. Nenhuma ética no mundo pode dizer em que momento ou em que medida um fim moralmente bom justifica os meios e as conseqüências moralmente perigosas.⁴²

Os homens de convicção sabem que seus atos serão um dia julgados e que podem transformar o mundo. Têm, pois, uma responsabilidade intrínseca. O homem movido pela ética da responsabilidade, de seu lado, passa a pensar nas conseqüências de suas ações. Com isso, pode-se dizer que esta é uma ética fundamentalmente política, pois o agente político, ao tomar decisões, tem que apreciar se elas são aceitáveis para a coletividade administrada e se são consonantes com as regras jurídicas que pautam a sua atuação. Requer, pois, homens dotados de honestidade que lutem pela edificação de um Estado que se possa denominar, com convicção, de Estado Social de Direito. Quanto a esse ponto, Weber entende que:

despojos. Não nos deixemos enganar com verborragia; o materialismo histórico não é um veículo no qual subimos à vontade e que é detido pela vontade dos responsáveis pela revolução. Importa ter sempre em vista que a uma revolução animada pelo entusiasmo sucede um período de rotina tradicionalista do cotidiano, no qual o herói da fé abdicará e a própria fé se transformará num elemento da fraseologia convencional de filisteus, de políticos pedantes e de tecnocratas mecanizados. Essa transformação dá-se com muita rapidez, especialmente quando se trata de luta por convicções ideológicas, porque esse tipo de luta é dirigido e inspirado por autênticos líderes – os profetas da revolução. Aqui, como em toda a atividade que pressupõe a existência de uma organização, uma das condições para seu êxito é a despersonalização e a rotinização, em resumo, a proletarização psíquica em favor da maior disciplina. Uma vez no poder, o séquito de um cruzado geralmente degenera uma massa de aproveitadores vulgares. Quem deseja dedicar-se à política, vista como uma vocação, deve compreender esses paradoxos éticos. Deve ter consciência da responsabilidade quanto àquilo em que ele próprio poderá sofrer sob pressão desses paradoxos. (WEBER, Max. *A política como vocação*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora UNB, 2003. p. 104).

⁴² WEBER, Max. *Le savant et le politique*. 1ª ed. 1919, p. 173, *apud* ENRIQUEZ, Eugène. Os desafios éticos nas organizações modernas. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 14, abr./jun. 1997.

Embora a política seja feita com o cérebro, a ele não está confinada. Os adeptos da ética de convicção têm razão neste ponto. É impossível aconselhar a quem quer que seja que atue segundo uma ética da convicção ou uma ética da responsabilidade, assim como não cabe uma receita para quando e como agir e se conforme uma ou outra. Só é plausível dizer: se nessa época, que em vossa opinião não é uma época de agitação estéril – excitação não deve ser confundida com autêntica paixão –, aparecem políticos com uma palavra de ordem: “O mundo é estúpido e vil, eu não o sou”, ou “a responsabilidade sobre as conseqüências cabe àqueles a quem sirvo, cuja estupidez conseguirei erradicar”, declaro francamente que procuraria, em primeiro lugar averiguar o nível de equilíbrio interno dos partidários da ética da convicção. Tenho a impressão que em nove casos de cada dez encontrarei charlatães que não compreendem o significado do vocabulário que utilizam, embriagando-se com sensações românticas.⁴³

Assim, a distinção feita por Weber entre os dois tipos de ética⁴⁴ reconhece a necessidade de adaptação às circunstâncias, pois diante de decisões que geram dilemas pessoais, muitas vezes, na qualidade de governantes, os políticos⁴⁵ abandonam convicções de sua esfera privada, como, por exemplo, não agir desonestamente de modo a prejudicar alguém.

Vista essa importante distinção entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade, importa ainda trazer à baila, dentro das teorias éticas do prazer e da felicidade, considerações sobre o **utilitarismo**. Foi Cesare Beccaria, importante tratadista de Direito Penal, o primeiro que formulou o princípio “da máxima felicidade possível, para o maior número de pessoas”.

⁴³ WEBER, Max. *A política como vocação*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora UNB, 2003. p. 107.

⁴⁴ Quem, por meio da ação política, utilizando a violência como instrumento, procurar atingir objetivos, age de acordo com a ética da responsabilidade, colocando em perigo a salvação da alma. Quem procurar atingir objetivos fundado numa ética de convicção, desprezando as conseqüências de sua ação, corre o risco de provocar grandes danos e cair no descrédito durante gerações, pois o sujeito da ação não tem consciência dos poderes diabólicos que estão em jogo. São poderes inexoráveis, que podem arrastar o indivíduo a sua mercê, e as repercussões aparecerão na sua prática política e na sua alma. (WEBER, Max. *A política como vocação*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora UNB, 2003. p. 106)

⁴⁵ A política, para Weber, consiste “num esforço lento e enérgico para atravessar um material compacto. Isso exige o sentido das proporções e da paixão. A experiência histórica confirma que o homem jamais atingiria o possível se não lutasse pelo impossível. Quem for capaz de esforço igual deve antes de mais nada possuir têmpera de líder e de herói, no sentido singelo do termo. Quem não tiver têmpera de líder ou de herói deve armar-se de força interior, capaz de superar o desmoronamento das esperanças. Importa fazê-lo a partir de agora, se quiserem pelo menos alcançar o que nos dias de hoje for possível. Só possui vocação política quem tem a certeza de não se abater, mesmo que o mundo, na sua opinião, se revele demasiadamente vil ou estúpido para merecer o que ele pretende oferecer-lhe. Só possui vocação política aquele que reage a isso e é capaz de dizer: ‘Apesar de tudo’”. (WEBER, Max. *A política como vocação*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora UNB, 2003. p. 109-110).

Até as teorias utilitaristas⁴⁶, expressavam uma concepção imperativa da moralidade. Jeremy Bentham, contemporâneo de Kant (1748 – 1832), foi um dos grandes pensadores do utilitarismo. Ele se baseou no prazer pregado pelo hedonismo e colocou-o como sendo um valor intrínseco positivo e a dor um valor intrínseco negativo⁴⁷. Ele se apoiou em dois princípios: o primeiro é o de que o prazer pode ser medido, uma vez que os prazeres são eqüitativamente iguais; o segundo é aquele segundo o qual diferentes pessoas podem compartilhar seus prazeres entre si com o fito de conseguirem o máximo de prazer.

J.S.Mill (1806 a 1876) rejeitou tais princípios por considerar que os prazeres não se diferenciam quantitativamente, mas qualitativamente, de forma que há prazeres que são superiores, outros inferiores. A seu ver, a ética utilitarista é capaz de convencer os seres humanos de que vale a pena renunciar à própria felicidade em prol da felicidade dos outros, tudo em nome da obrigação moral⁴⁸. Essa representa uma passagem do hedonismo egocêntrico individual para o hedonismo altruísta universal.

As críticas que se fazem ao utilitarismo⁴⁹ são no sentido de que os elementos de impessoalidade contribuíram para fazer do utilitarismo uma doutrina revoltante, na qual a individualidade ou a integridade do indivíduo seria desvanecida pela “indiferenciação agregadora, própria do utilitarismo”.

Com relação às **éticas do movimento socialista**, importa registrar que para Marx, principal representante desse movimento, o bem humano, por excelência, sem o qual não se poderia falar de vida humanamente realizada, é o trabalho produtivo e a cooperação social. Buscava-se, em essência, que certos valores fossem realizados, como o relativo à justiça social. Havia, portanto, sempre em sua obra uma provocação moral para a busca da justiça. O que Marx queria, ao final, era que os interesses individuais pudessem ser conciliados com os da coletividade.

Diante disso, muito embora haja quem entenda que por buscar descobrir leis da história, o marxismo exclui questões de dever e discussões éticas, entendemos

⁴⁶ CANTO-SPERBER, op. cit., p. 6.

⁴⁷ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 75.

⁴⁸ Ibidem, p. 75.

⁴⁹ CANTO-SPERBER, Monique. *Que devo fazer? A filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 48.

que não há como negar a existência de questões éticas nessa teoria, pela própria busca do alcance da justiça social.

Há, ainda, quem procure articular a doutrina de Marx com a Moral Kantiana. Essa articulação pode ser percebida na seguinte passagem:

Para negar a presença de uma instância ética no pensamento de Marx, é necessário se apoiar em uma concepção kantiana da moral: a liberdade, segundo Marx não tem caráter transcendental; ela é o desdobramento otimizado das faculdades de indivíduos incomensuráveis e discordantes. Ou, ainda, é preciso admitir que o desdém de Marx para com toda a definição do comunismo em termos de justiça ou de Direito (*Recht*) é um sinal irrecusável de imoralismo, a prova da ausência de toda a preocupação normativa [...] ao mesmo tempo que o campo moral se reduz às categorias burguesas criticadas por Marx (o que é uma definição *ad hoc* da moral) e que o bem moral é uma espécie de entidade emergente que resulta dos bens não-morais, mas não se reduz a eles: isto é, então, adotar o esquema do utilitarismo clássico.⁵⁰ (grifo nosso)

Vê-se, então, que as teses marxistas, de certa forma, converteram-se, mesmo que inconscientemente, para as teorias inglesas concernentes ao utilitarismo, em especial, a de J. S. Mill, haja vista a premente necessidade de satisfação das necessidades do coletivo, do gênero humano e não de uma classe em especial ou dos próprios indivíduos considerados isoladamente.

1.3.3 ÉTICAS DA LINGUAGEM (*Método genealógico dos conceitos morais, éticas procedimentais*)

Feitas essas breves considerações sobre a ética dita socialista, passaremos a abordar as chamadas **éticas da era da linguagem**. Nietzsche, importante pensador dessa corrente ética, baseou o estudo da moral numa linha histórica e ao mesmo tempo psicológica, ou seja, ele fez um estudo dos valores e dos sentimentos morais a partir de sua gênese. Só assim, ele pôde ter uma visão mais ampla dos fatos ditos “morais”, bem assim dos problemas inerentes à moral.

Para ele, o caminho hermenêutico era desconfiar de tudo, de forma que pudessem ser relativizadas as pretensões que buscavam impingir aos valores um

⁵⁰ CANTO-SPERBER, op. cit., p. 6.

caráter absoluto. A partir daí, a hermenêutica genealógica por ele adotada rompe com pretensões de universalidade e de incondicionalidade, visto que a moral tem suas condicionalidades e particularidades, vinculadas a realidades históricas.

Nietzsche rompe com qualquer interpretação teleológica (de caráter providencial ou moral) da atividade prática humana, rejeitando, também, a fé na liberdade de vontade, pois para ele esta é, na verdade, representada pelos instintos naturais. Assim, no âmbito prático, nada pode ser realmente conhecido, vez que a *práxis* humana está impregnada de um mistério impenetrável⁵¹. A filosofia da história cederá razão a uma gênese da razão, cujo objetivo maior é mostrar a prioridade da vontade de poderio sobre as operações de inteligência. Nesse sentido, o DICIONÁRIO DE ÉTICA E FILOSOFIA MORAL (2003) contém uma interessante passagem segundo a qual Nietzsche critica a filosofia alemã da seguinte maneira:

Kant e Hegel são os 'nobres modelos' dos 'trabalhadores da filosofia' cuja vocação é reduzir valores já estabelecidos em fórmulas e dominar o passado, 'mas os verdadeiros filósofos comandam e fazem a lei; eles dizem: assim deve ser!', são eles que determinam a direção e a meta do homem. (Para além do bem e do mal, § 211; O.,II, p. 660)

Nietzsche procura colocar em evidência a parte vergonhosa do nosso mundo interior, buscando, para isso, a origem da evolução dos nossos valores. Pretende, pois, superar a ontologia moral, fazendo com que o reconhecimento das pessoas seja produzido não por meio de um apelo a conceitos universais abrangentes, como ocorre em Kant, pois o que se faz por amor, faz-se sempre além do bem e do mal. Nessa ambiência, a justiça e a moral não mais estariam marcadas por normas morais de dever, mas deveriam estar baseadas no reconhecimento dos outros como seres individuais. Enfim, segundo Nietzsche, as individualidades têm que ser respeitadas, pois só assim, passa a se conhecer a verdade. Por esta forma, os indivíduos não podem ser submetidos a padrões de conduta previamente estabelecidos, tal como em Kant.

Segundo esse conceito ético, os padrões mudam, fazendo com que a injustiça não represente infrações a normas de justiça propriamente ditas, mas seja consubstanciada no fato de julgar os demais, por exemplo.

⁵¹ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 80.

As chamadas éticas procedimentais tomam como marco inicial a ética socrática, que marcou no ocidente um modo de proceder prático, e seguem dando continuidade ao pensamento kantiano segundo o qual a tarefa da ética é dimensionar de forma universal o fenômeno moral, dimensão essa que está em consonância com as normas que dispõem sobre o justo e não sobre o bom.

Os procedimentalistas têm uma visão mais ampla que a adotada por Kant, por pensarem que para que a correção das normas seja comprovada faz-se necessário que todos os interessados/afetados pela produção normativa sejam envolvidos na produção da norma. Nesse sentido, vê-se que a comprovação da correção das normas por uma pessoa é insuficiente.

As principais respostas a estas questões foram sugeridas por J. Rawls, Apel⁵² e J. Habermas⁵³. O primeiro buscou meios para dotar a justiça de imparcialidade, a partir da fixação de princípios morais básicos estabelecidos numa situação ideal de negociação denominada “posição original”. Os dois outros, buscando verificar a correção moral das normas, adotaram o procedimento da indagação acerca da aceitabilidade da norma por todos os afetados por ela,

⁵² Sérgio da Silva Mendes explica que Karl-Otto Apel “sustenta a necessidade de uma ética dos princípios. O emergir de uma experiência histórica alemã como situação da qual o pensar deve hermeneuticamente partir, põe a filosofia na Alemanha em uma posição privilegiada. Os perigos do conservadorismo, ocultos na hermenêutica empírica, e a necessidade de uma hermenêutica transcendental, que permita a fundamentação filosófica dos princípios, são particularmente evidentes para Apel caso se pense a experiência do nacional-socialismo. A consciência moral do homem e o sentimento ético estão historicamente mostrados como uma sede muito precária sobre a qual fundar a democracia. O outro problema é a consciência da identidade pessoal do indivíduo. Corolário necessário da concessão da filosofia política como articulação filosófica da política democrática é uma visão do Eu como produto da comunidade que Rorty sustenta reconectando-se a Hegel e criticando a identificação kantiana com um Eu central a-histórico, trans-cultural.” (APEL, Karl-Otto. *Zurück zur Normalität? Oder können wir aus der nationalen Katastrophe etwa Besonderes gelernt haben? Das problem des (welt)geschichtlichen Übergangs zur postkonventionelle Moral aus spezifisch deutscher Sicht*, In *Zerstörung des moralischen Selbstbewußtseins*, p. 91-143 apud MENDES, Sérgio da Silva. *Direito, Moral, Política e Religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas*. Organizador Flávio Beno Siebeneichler (org.) *O Patriotismo Constitucional como Medium entre as Liberdades dos Antigos e dos Modernos: o comunitarismo liberal no ambiente do multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006, p. 141).

⁵³ J. Habermas desenvolveu uma ética chamada de ética da discussão, segundo a qual é primordial a troca de argumentos racionais dentro de um espaço público que possibilite a discussão livre. Sobressai-se, nesse particular, a necessidade da intersubjetividade, posto que como seres livres e autônomos, cada homem pode dar sua opinião. Na modernidade, onde existem cada vez mais canais de comunicações, pressupõe-se que a ética da convicção, na qual cada um defende ferrenhamente suas posições, cede lugar não só para a ética da responsabilidade, como também para a ética da discussão, segundo a qual todos podem fazer suas concessões e expor suas idéias de modo a se obter padrões normativos éticos aceitáveis pela maioria. Nessa linha, a comunicação entre os indivíduos faz-se essencial na busca contínua da verdade e de soluções justas e eficazes, com o reconhecimento, é claro, da alteridade.

entendidos todos como aqueles situados em “condições ideais de fala”. É a chamada **ética do discurso**.

Falando mais especificamente sobre John Rawls, tem-se que em sua obra “Uma Teoria da Justiça” ele propõe que os princípios morais básicos podem ser entendidos como um produto de um acordo unânime hipotético entre pessoas iguais, racionais e livres que se achassem em uma situação na qual além de não poderem se deixar levar por interesses particulares dispusessem de informações indispensáveis à adoção de princípios de justiça que pudessem ser adaptados às peculiares condições da vida humana⁵⁴.

A finalidade precípua seria, então, estabelecer princípios morais fundamentais para reger a convivência e a cooperação mútua em uma sociedade moderna. Em assim sendo, as convicções básicas sobre a moral configurariam um senso comum sobre as questões ditas morais, o qual seria sempre passível de revisão.

O que não pode haver na escolha dos princípios de justiça são favorecimentos de determinados indivíduos em detrimento dos demais, seja em virtude da força física, do dinheiro, do poder econômico e social etc. O que Rawls busca é estabelecer uma situação de imparcialidade, na qual as pessoas envolvidas com as escolhas possam estar desprovidas da tentação da parcialidade. Para isso teriam que “vestir” um “véu de ignorância” que as pudesse impedir de conhecer características naturais e sociais próprias. Esse “véu de ignorância” proporcionaria aos contratantes uma situação de incerteza, que levaria a um comportamento racional, proporcionando-lhes levar adiante projetos de vida para si mesmos.

Na concepção de **Adela Cortina**, a ética procedimentalista proposta por John Rawls concebe “os conteúdos morais que habitualmente aceitamos nas modernas sociedades pluralistas e democráticas como as conclusões de um procedimento dialógico entre pessoas concebidas como seres racionais e autônomos à maneira Kantiana.”

Ainda sob o enfoque procedimentalista, tem-se, mais especificamente, a ética do discurso que, desde a década de 1970, vem se propondo a imbuir a

⁵⁴ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 89.

sociedade de valores como liberdade, justiça e solidariedade por meio do diálogo, que é visto como imprescindível para preservar e respeitar a individualidade das pessoas. Por intermédio do procedimento dialógico, busca-se estabelecer distinções entre o que é socialmente vigente e o que é moralmente válido. Essa tarefa é dividida em duas partes, segundo a mesma autora: uma dedicada à fundamentação do princípio ético e a outra à fundamentação da ética aplicada.

Em relação à fundamentação do princípio ético, importa deixar assente que, diferentemente de Kant, para o qual o ponto de partida da ética era a consciência do dever, o que se busca com a ética do discurso é que as pessoas possam discutir sobre as normas para averiguar se elas são ou não moralmente corretas. Mas, o diálogo tem que ser produtivo, ou seja, o propósito não é discutir por discutir, mas fazer com que as discussões possam cooperar com a busca da justiça e da correção. Nesse sentido, uma norma só pode ser tida como correta se todos os afetados por ela estiverem dispostos a dar o seu consentimento.

Enquanto Kant buscava encontrar pressupostos que tornassem racional a consciência dos imperativos categóricos, Apel e J. Habermas esforçam-se para descobrir os pressupostos que tornem racional a argumentação. Os interesses providos devem, pois, ter o caráter universalizável. Assim, a racionalidade presente nos diálogos é eminentemente comunicativa.

Passando de uma situação onde se faz necessária a fundamentação do princípio ético para a concernente à ética aplicada, vê-se que tem que se passar da situação de um discurso ideal para a situação de diálogo real, onde não mais prepondera a satisfação de interesses universais, mas de interesses particulares e de grupos. Mesmo assim, tem-se que ter em conta que as situações ideais de fala servem como parâmetro para que os diálogos reais possam se ajustar aos ideais buscados. Nessa abordagem de ética aplicada, situa-se a ética na política, que será tratada à frente considerando todo o estudo ético aqui empreendido.

1.4 HÁ, ENTÃO, RESPOSTAS PARA AS NOSSAS INDAGAÇÕES?

Mesmo diante dos conceitos sintetizadores a que nos referimos linhas acima, conseguimos ter uma dimensão mais global daquilo que vem sendo compreendido como ética, dentro de uma concepção de filosofia moral. Esse interessante estudo de teorias tão conhecidas e debatidas fez-nos compreender melhor a temática, o que, certamente, não nos permitirá dar respostas finais e acabadas sobre as indagações aqui colocadas, mas nos fará ter maior discernimento na tentativa de dirimir indagações que cotidianamente nos são postas acerca do tema ética na política.

Na época atual, ainda procuramos, constantemente, aquele “bem-viver”, proposto por Aristóteles na antiguidade clássica, onde o homem, como animal político, busca viver num meio comunitário justo e igualitário para a consecução de uma vida boa e feliz, com auto-realização (ética eudemonista). Mas, na prática, para muitos, diferentemente do que se pensava na antiguidade, a busca da felicidade não precisa estar associada com a moralidade (princípio constitucionalmente estabelecido). É aí que nasce o problema da corrupção política, à medida que, em geral, todos querem tirar o máximo de proveito pessoal enquanto estão no exercício da atividade política, mesmo que em detrimento do próximo, o que nos distancia cada vez mais daquele meio justo e igualitário idealizado por esse memorável filósofo grego.

Assim, de acordo com tudo o que aqui vimos, a começar pelas primeiras teorias éticas, antes de tentarmos responder às perguntas colocadas ao longo do texto, surge a seguinte indagação, a partir da teoria política de Aristóteles: será que podemos confiar que os agentes políticos são pessoas que possuem uma virtude intrínseca, por serem representantes legais do povo e por isso sempre agem com prudência e honestidade na tomada de decisões, não sendo necessários controles a eles direcionados?

Dos ensinamentos do Estagirita, vemos que, já naquela época, o filósofo expunha preocupações sobre a rotatividade dos cargos de agentes carcereiros, a conveniência da não acumulação de cargos e da renovação de mandatos, a não ser após longos intervalos, e mesmo assim só em alguns cargos. Depreende-se, então,

que os inconvenientes da corrupção em geral, e mais especificamente da corrupção política, já eram vislumbrados de forma admirável naquela época.

A prática tem mostrado que a felicidade, para muitos agentes políticos eleitos representantes do povo, democraticamente, está, na maioria das vezes, relacionada diretamente com o alcance do poder político e a sua manutenção, mesmo que para isso seja necessário agir mal, fora, portanto, dos padrões morais desejáveis. Há que se alertar, no entanto, que a felicidade pode ser como que momentânea, mas trazer arrependimentos demasiadamente intensos.

Assim, no sentido aristotélico, fica cada vez mais claro que não trazemos em nós, desde o nosso nascimento, a característica intrínseca da virtude, ou seja, esta não nos é um produto natural ou imanente, mas decorre da prática de toda uma educação moral e cívica. Em outras palavras, pelo concurso da ação, baseada na educação, na maturidade e no hábito, é a própria prática que nos torna homens virtuosos.

Diante disso, concluímos, em relação às teorias filosóficas do bem e da felicidade, que, em geral, o homem em toda a sua história tem buscado realmente a felicidade. Mas, no exercício do poder político, cremos que não poderíamos chamá-lo de altruísta, mas, por que não dizer, egoísta, pois o que se procura é o benefício próprio e daqueles que compartilham dos mesmos interesses políticos, no mais das vezes escusos.

Após essas elucubrações sobre a teoria Aristotélica, damos um salto para os estudos kantianos, que, apesar de criticados, contêm teorias que se mantêm vivas e aplicáveis, até hoje, aos problemas centrais da modernidade. Percebemos que também ele teoriza a busca da felicidade, mas ressaltando que para que a atinjamos havemos que ser dignos dela, isto é, a felicidade torna-se efeito do mérito. Quer-se atingir a boa vontade, ou a vontade boa que dá acesso à consciência do dever moral. A existência humana adquire, assim, uma finalidade moral. Mas essas finalidades morais não devem ser arbitrárias, mas categóricas, abrangendo, para isso, valores absolutos, não condicionais, não relativos a certos fins e desejos.

Mas o que vemos, na prática? As ações políticas vão, freqüentemente, de encontro aos imperativos categóricos, à medida que os agentes políticos querem atingir o prazer e a felicidade independentemente da observância de regras éticas

incondicionais e não suscetíveis das influências dos desejos individuais. Nessa linha, é ilusório esperarmos que ajam por convicções morais próprias, ou seja, tenham as leis morais relativas ao uso da coisa pública, como um imperativo categórico⁵⁵, tal como pensado na filosofia kantiana.

Kant, é importante que se diga, concordava com a concepção romana de que todos buscam a felicidade (*Omnes homines beati esse volunt*), mas para suportá-la teriam que estar convencidos de que realmente eram dignos dela, pois segundo ele o grande infortúnio que poderia advir para um homem era o menosprezo por si próprio. Nesse sentido, a felicidade obtida por meios escusos ou não condizentes com uma razão íntima seria, por assim dizer, uma falsa felicidade, pois estaria em desacordo com o nosso próprio eu.

Destarte, mesmo sendo o ser humano imbuído de uma racionalidade ética, não se pode assegurar que a moralidade lhe seja uma característica intrínseca. Demanda-se, então, a produção de normativos acerca da ética dos agentes políticos, produção essa que deve ser feita com a maior austeridade possível, sendo, também, legitimada pela vontade da população, que, em última análise, é a mais prejudicada pela corrupção política.

Mas isso só não basta. Há que se impedir (ou reduzir ao máximo) as interferências do poder político e econômico nessa produção normativa e também no processo de aplicação prática do direito positivado. Mas essas questões específicas de interferência sistêmica serão abordadas, à luz da Teoria Luhmanianna, no capítulo seguinte.

Vislumbramos, dessa forma, que para que os imperativos possam ser válidos no cotidiano do ser humano, não podem estar apenas incluídos como uma abstração na mente dos indivíduos, mas têm que ser consubstanciados em normativos. Imperativos devem ser, portanto, vestidos por características formais próprias. Essa é uma das missões da filosofia moral (ética) e da ciência jurídica, ou seja, pensar quais imperativos mais se amoldam à *práxis* política, para serem juridicizados e aí não só proporcionarem uma reprovação intrínseca, mas,

⁵⁵ Kant fundamenta os princípios gerais da ação humana na razão prática, enunciada nos seguintes termos: “Age de maneira tal que a máxima de tua ação sempre possa valer como princípio de uma lei universal.” O argumento filosófico delineado ficou conhecido como imperativo categórico e, segundo ele, a nossa ação deve ser universal, ou seja, válida para todos.

propriamente, uma reprovação jurídica pública de ações fora dos padrões de moralidade.

Diante de uma situação que poderíamos até chamar de uma corrupção endêmica, não podemos esperar que os agentes políticos reconheçam, conscientemente, como seres racionais, os comandos morais concernentes às suas atividades, sem que haja necessidade do estabelecimento de normativos próprios da ética e da intervenção de instâncias de controle. Daí a necessidade de empreenderem-se reflexões cada vez mais profundas sobre o problema da ética na política, já que podemos dizer que se trata de uma atividade nobre que requer representantes imbuídos não só de uma ética de convicções (Kant), própria de cada indivíduo, mas de uma ética da responsabilidade (Weber) totalmente voltada ao interesse público.

Os comandos éticos relacionados com o trato da coisa pública têm que ser impostos e delineados de forma austera nas leis, sempre levando em consideração parâmetros imbuídos de uma ética da responsabilidade. O descumprimento dos normativos éticos deveria trazer sérias conseqüências para os infratores. A Lei de Improbidade Administrativa denota todo um comando ético para os agentes públicos (servidores ou não), mas padece, como veremos, de uma generalidade tamanha que, muitas vezes, não permite aos seus aplicadores discernir o que é ou não é a improbidade administrativa. Adiante, discutiremos essas questões com maior profundidade, pois pensamos que os deveres éticos contidos nessa lei não devem ser intuitivos, tampouco ter sentido ambíguo que dê margem a interpretações as mais diversas e incongruentes possíveis, levando à impunidade.

Já no decorrer da filosofia moderna, vimos que Descartes entendia que a condução ao imoralismo decorria da certeza de que há incompatibilidade entre moralidade e felicidade. A solução, então, seria remediar a inconstância dos espíritos fracos por intermédio da Lei, mesmo considerando que essas previsões legais pudessem suprimir as liberdades tão defendidas por ele.

Assim, diante da concepção preponderante no meio dos agentes políticos corruptos no sentido de que a felicidade tem que ser obtida a todo custo, mesmo que em detrimento da moralidade que se espera ver no decorrer de suas atuações como homens públicos, ratificamos que não há como fugir de leis de cunho ético,

que tomam por base muitos dos estudos empreendidos na área da filosofia moral. Mesmo que essas leis venham atentar, de certa forma, contra a liberdade humana, tão defendida por Descartes⁵⁶ e por Kant⁵⁷, elas são extremamente necessárias, em especial no Brasil, onde os deveres morais a serem observados pelos homens públicos são comumente desconsiderados.

Com relação à ética utilitarista, será que podemos esperar que o ser humano, em particular o agente político, seja capaz de renunciar à sua própria felicidade em prol da felicidade dos outros, aí entendidos como a coletividade? Diante de tantos fatos históricos com o qual nos deparamos, cremos que essa renúncia e abnegação podem até acontecer, mas como fatos excepcionais.

A nosso ver, a regra é que poucos têm, verdadeiramente, a intenção de servir ao bem comum. Por isso, a noção de utilidade tão bem delineada pelos pensadores ingleses Bentham e Stuart Mill parece-nos ser utópica, numa sociedade onde, sabidamente, os grupos não são compostos pela soma das partes, pois têm interesses bastante divergentes. Em sendo assim, não vislumbramos como a noção de utilidade possa servir de medida de valoração para o comportamento humano, mais especificamente para o dos agentes políticos.

Com relação às éticas da era da linguagem, observamos que se trata de uma maneira bastante interessante de ver a moral, utilizando-se a linguagem como forma de justificação prática dos juízos de valoração moral. Estes têm que ser

⁵⁶ “[...] E eu punha entre os excessos, particularmente, todas as promessas pelas quais se suprime algo da própria liberdade. Não que eu desaprovasse as leis que, para remediar a inconstância dos espíritos fracos, permitem, quando se tem um bom propósito ou mesmo, para a segurança do comércio, um propósito que é apenas indiferente, fazerem-se votos ou contratos que obrigam a perseverar neles; mas porque eu não via no mundo nada que permanecesse sempre no mesmo estado, e porque, no meu caso particular, prometia-me aperfeiçoar cada vez mais meus julgamentos, e não torná-los piores, eu teria pensado cometer uma grande falta contra o bem senso se, pelo fato de aprovar então alguma coisa, me obrigasse a tomá-la como boa também depois, quando ela tivesse deixado de sê-lo ou quando eu tivesse deixado de considerá-la como tal.” (DESCARTES, op. cit., p. 13)

⁵⁷ “As questões metafísicas, em Kant, tratam precisamente do que não posso conhecer. No entanto, não posso evitar pensar acerca do que não posso conhecer, por que isso refere-se ao que mais me interessa: a existência de Deus; a liberdade, sem a qual a vida seria indigna para o homem, seria ‘bestial’; e a imortalidade da alma. Na terminologia kantiana essas são as questões práticas, e é a razão prática que me diz como pensar a respeito delas. Mesmo a religião existe para os homens enquanto seres racionais ‘apenas dentro dos limites da razão’.” (ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. p. 28)

validados e justificados enquanto juízos morais, de forma que saibamos quais são verdadeiros e necessários, e em que sentido o são.

No sentido do agir político, os normativos éticos previamente estabelecidos num determinado ordenamento jurídico têm que ter uma motivação sempre voltada para o bem da coletividade. Nessa linha, para agir moralmente, os agentes políticos não devem vislumbrar interesses particulares, mas, sempre, públicos. Agindo contra estes, estarão agindo contra a ética, conduta esta digna de reprovação legal e social.

Mas o que vimos foi que ora considerando a idéia do bem, ora expressando a realidade objetiva, ora expressando a idéia de ordem, em geral, havia e há nos homens estudiosos da filosofia moral uma forte pretensão de que houvesse racionalidade e objetividade no trato dos valores. Os bens humanos buscados incluem primordialmente coisas que são boas pela sua própria natureza, ou seja, bens objetivamente bons, como a ausência de imoralidade ou, mais especificamente, moralidade administrativa, consubstanciada como princípio constitucional insculpido no art. 37, *caput*, da Carta Magna de 1988.

Como conciliar racionalidade, objetividade e moralidade? Pensamos que só por intermédio da feitura de normas condizentes com as realidades históricas e com as aspirações das populações diretamente interessadas. Normas, no sentido kantiano, mais imperativas e voltadas para o formalismo, racionalismo e rigorismo, mesmo que direcionadas para universos de menores dimensões que as imaginadas por Kant, bem assim as imbuídas de uma ética de responsabilidade, no sentido weberiano, seriam, no nosso sentir, um ponto referencial bem interessante.

Temos, assim, que ressaltar que não encontramos uma resposta pronta e acabada para a indagação feita no início do capítulo, sobre se haveria uma ética que mais se adequaria ao exercício da atividade política.

Mesmo cientes da complexidade das relações entre a ética e a política, não vislumbramos, tal como teorizado por Maquiavel, como a imagem da política pode estar dissociada da ética, pois esta tem que penetrar nos desdobramentos da política, dada a premente necessidade de sua estruturação ética. Noutros termos, mesmo detentor de uma lógica própria, o poder político não pode se desvencilhar da

ética. Em se dissociando da ética, a política perde sua capacidade intrínseca de realização do bem da coletividade dentro dos padrões de moralidade exigidos.

Diante dos ensinamentos de Kant, que priorizam um agir moral intrínseco e válido para todos (imperativo categórico), e de Max Weber, que levam em consideração que na ética política devem ser ponderados os resultados das ações, de uma coisa temos certeza: a ética da conduta política não pode ser semelhante à ética de qualquer outra conduta.

No nosso sentir, mesmo diante do fato de a política ser uma ciência autônoma e detentora de uma lógica própria, a ligação entre a ética e a política não se pode romper, sob pena de se instalar um campo bastante fértil para a inobservância de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, com destaque para o princípio da moralidade.

No que concerne à relação entre o direito, a política e a ética, muito embora reconheçamos a autonomia das questões jurídicas no campo do direito, das questões políticas no campo da política e das questões éticas no campo da ética, entendemos que essa autonomia não implica na dissociação entre o direito e a ética, tampouco entre o direito e a política. Nesse contexto, os normativos jurídicos devem fazer uma interface entre política e ética, harmonizando-as, permitindo aos julgadores punir de forma austera, aqueles que ameaçam a moralidade e não abrindo espaços para a impunidade, que funciona como um incentivo para a prática de atos corruptos das mais diversas espécies.

Realisticamente, o que vemos é que a construção eficaz do tão falado Estado Social Democrático de Direito, no qual o princípio da moralidade deveria se realizar amplamente, fica cada vez mais prejudicada, pois os desvirtuamentos ocorrem sem que haja a efetivação prática das medidas punitivas cabíveis para os políticos corruptos.

Assim, considerando que a democracia⁵⁸ pressupõe a participação de todos, não apenas no processo de escolha dos governantes, mas nos fatos sociais que

⁵⁸ Bobbio assim se refere à democracia: “as definições de democracia, com todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como ‘poder em público’. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomar as suas decisões às claras e permitem que os governados ‘vejam’ como e onde as tomam. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia, a política e as lições dos clássicos*. São Paulo:

afetam a coletividade administrada; considerando que sempre devemos nos perguntar quais são os principais desafios éticos com os quais nos defrontamos no combate e prevenção da corrupção; considerando que os escândalos sobre corrupção produzem um profundo mal-estar no seio da nossa sociedade, o que faz com que reapareçam antigas preocupações éticas; considerando que o exercício da política deve ser compatível com a ética; considerando que não há uma ética ideal ao exercício da atividade política; surge nova indagação: não seria a associação das éticas da convicção (Kant), da responsabilidade (Weber) e do discurso (Habermas) um caminho a seguir para o alcance de soluções normativas mais efetivas?

2 TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E SUA PROJEÇÃO NOS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO

Após discutirmos no capítulo anterior a relação da moral com a política sob o ponto de vista filosófico, vimos que o exercício da política não pode estar dissociado da ética, tal como teorizado por Maquiavel, já que a ética política, especificamente, é ditada por determinados objetivos sociais que devem ser alcançados, diferenciando-se da ética do cidadão comum. Trata-se de uma ética funcionalizada, pois não pode ser visualizada do ponto de vista particular, mas público, uma vez que é voltada para o serviço da sociedade. Nesse sentido, a atividade política requer uma ética mais exigente, haja vista que o cargo político não é propriedade particular, mas constitui uma delegação de toda a sociedade.

Destarte, a falta de ética no exercício da atividade política é mais nociva que a falta de ética nas relações entre cidadãos comuns, pois, no primeiro caso, afeta toda a coletividade, e no segundo, tão-só, as relações particulares. O que fica cada vez mais límpido, ante as análises empreendidas, é que o espaço da função pública não está reservado à privacidade e que o político não é um cidadão comum, mas um cidadão que tem um dever moral muito mais elevado.

A exigência da ética na política, na verdade, precede a própria normatização, e vinha funcionando como pura principiologia moral, uma vez que mesmo sem norma jurídica que tratasse a moralidade como princípio constitucional (só a partir da CF/88 a moralidade foi tratada como princípio constitucional), o político não estava autorizado a fazer o que quisesse no seu âmbito de atuação, ou seja, o poder não poderia tudo.

Ocorre que, ao longo da evolução humana, as regras éticas de convivência foram sendo decantadas e o direito passou a funcionar como um mínimo ético necessário à convivência humana. Nessa linha evolutiva, sentiu-se a necessidade de regras éticas para regular o exercício do poder, as quais foram implantadas paulatinamente no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais se pode destacar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 9.429/92), importante instrumento legal, posto a serviço de toda a sociedade, e que será objeto de análise no capítulo atinente à atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa.

Além de ser estudada sob o ponto de vista filosófico, a relação da moral com a política e com o direito também pode ser estudada sociologicamente. Assim, à luz da inovadora Teoria Sociológica desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann⁵⁹, que coloca os sistemas sociais, dentre os quais o sistema jurídico e o sistema político, como sistemas auto-referenciais ou autopoieticos de comunicação, e na qual a moral aparece como permeando toda a convivência social, estando presente em todos os sistemas que compõem o sistema social, analisaremos essas relações e a aplicabilidade da Teoria aos sistemas jurídico e político brasileiros.

Muito embora a sociedade seja encarada como altamente complexa, o autor a estuda sob a forma de sistemas com o intuito de buscar a redução da complexidade social moderna. Nesse sentido, afirma Bittar que:

Luhmann abandona a concepção segundo a qual por detrás dos subsistemas sociais está uma estrutura ontológico-causal (natural, metafísica) a determinar seus comportamentos, assumindo uma concepção – abstrata -, segundo a qual a função é um esquema de sentido que permite independência à sua análise, na medida em que cada arranjo de sentido é fundador de um grupo de conceitos operativos que consente à sociedade alcançar resultados, diminuindo a complexidade inerente à troca comunicativa, que é duplamente contingente.⁶⁰

A Teoria dos Sistemas é ainda bastante jovem, e a sua adequação ao domínio das ciências sociais ocorreu em meados da década de oitenta do século passado, sendo sua aplicação ao domínio das ciências jurídicas evento ainda mais recente. Por isso, estamos diante de uma teoria em pleno desenvolvimento, o que significa que não só os fundamentos da transposição da teoria biológica para a teoria sociológica encontram-se em discussão, como também a confirmação empírica das bases da teoria autopoietica. Destarte, nas palavras do próprio Luhmann, “a edificação da teoria se assemelha mais a um labirinto que a uma autopista de final feliz.”⁶¹

Dessa forma, a unidade da Sociologia é pura complexidade, de forma que ela não reclama para si mesma o reflexo total da realidade do objeto, tampouco o

⁵⁹ Falecido em 06 de novembro de 1998, e considerado um dos mais paradigmáticos observadores do século XX.

⁶⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 312.

⁶¹ Segundo Luhmann “La edificación de la teoría se asemeja, de este modo, más a um laberinto que a una autopista com um final feliz.” (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 11)

esgotamento de todas as possibilidades do seu conhecimento. Apesar disso, muito embora não possa conhecer seu objeto na totalidade, a teoria será autoreferencial à medida que a partir de seus próprios objetos vai aprender algo sobre si mesma.

É importante que se diga que a aplicação da teoria dos sistemas no domínio das ciências sociais possibilita a construção de uma lógica racional, mesmo desvinculada da experimentação, dificilmente aplicada no âmbito das ciências sociais. Nesse sentido, Antoni J. Colon coloca que:

[...] o enfoque sistêmico é uma forma de racionalidade não-experimental, mais objetiva, porém, do que a mera racionalidade do discurso ontológico. Transforma-se assim em uma espécie de terceira via, apoiada entre a narração objetiva da ciência e os relatos subjetivos da filosofia.⁶²

Para superar lacunas epistemológicas decorrentes da dificuldade da experimentação, uma teoria sociológica exige, no que concerne à solidez e capacidade de enlace para dentro e para fora, disposições técnicas e teóricas distintas e não, em último lugar, a incorporação da reflexão sobre a complexidade da própria teoria. A respeito da “Teoria dos Sistemas Sociais”, cumpre ter presente a advertência de Luhmann no sentido de que⁶³:

El problema del umbral queda, por consiguiente, en un grado mucho más alto de conceptualización de complejidad autorreflexionada. Esto limita bastante las posibilidades de variación y excluye cualquier tipo de decisión arbitraria. Cada paso debe ajustarse. Incluso la arbitrariedad del inicio es superada conforme avanza la construcción de la teoría, como en el sistema de HEGEL. Así, surge una construcción que se soporta a sí misma. No tendría que llamarse necesariamente <<teoría de sistemas>>. Pero si se mantienen constantes otros elementos de la construcción y si quisiera solo eliminar el concepto de sistema, habría que inventar algo que supliera esa función; esto se parecería mucho al concepto de sistema.

Importa ressaltar que a teoria supramencionada, tomou por base os estudos neurofisiológicos desenvolvidos pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, na área da Biologia, por meio dos quais colocaram a idéia de que o que caracteriza um sistema vivo, animal ou vegetal, em relação aos demais é a sua autonomia, razão pela qual funcionam como verdadeiras máquinas autopoieticas.

⁶² COLON, Antoni J. *A (des)construção do conhecimento pedagógico: novas perspectivas para a educação*. Trad. Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 48.

⁶³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 10.

No espaço físico, a autopoiese constitui, segundo eles, “a condição última, necessária e suficiente, da própria vida”⁶⁴, de forma que:

A autonomia de cada organismo biológico reside na unidade da sua própria organização auto-referencial, organização essa que vive em clausura operativa já que a rede dos elementos de cada sistema vivo individual se refere sempre para si mesma, jamais para o seu envolvimento ou para outros sistemas vivos.

A riqueza das analogias da teoria e o potencial heurístico das hipóteses formaram um instrumento atrativo de investigação e construção teórica para vários domínios do saber humano, como a biologia molecular, as ciências físicas e matemáticas, a cibernética, dentre outros, alcançando, inclusive, o domínio das próprias ciências sociais.⁶⁵

Destarte, a obra do sociólogo Alemão Niklas Luhmann encontra-se inserida num contexto de movimento científico interdisciplinar. Por meio de sua obra referencial, *Sistemas Sociais – Lineamentos para uma teoria general (Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie)*, transpôs a teoria autopoietica para o domínio das ciências sociais, o que lhes proporcionou uma nova e autônoma dimensão.⁶⁶

⁶⁴ Maturana, Humberto; Varela, Francisco. *De Máquinas y Seres Vivos*. Santiago: Editorial Universitária, 1973; IDEM, *Autopoietic Systems*. Illinois: Urbana, 1975; IDEM, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of Life*. Dordrecht, Boston: Reidel, 1981, *apud* ANTUNES, José Engracia. Prefácio sobre o Livro *O Direito como Sistema Autopoietico*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. III.

⁶⁵ Comentando a recepção do conceito de autopoiese no domínio das ciências sociais e o papel fundamental do ambiente como fundamento dos sistemas sociais autopoieticos, o professor Marcelo Neves acentua que: “A recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais foi proposta por Luhmann, tendo tido ampla ressonância. A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos). Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica’. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém, a incorporação da diferença ‘sistema/ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como ‘momento operativo da autopoiese’) possibilita uma combinação de fechamento operativo com abertura para o ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao ambiente. (NEVES, Marcelo. *Entre Thémis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 61-62.)

⁶⁶ Nesse sentido, ensinam Arnaud e Lopes Júnior que: “A obra de Niklas Luhmann pode ser considerada sobre diversos ângulos: pensamento do direito, da comunicação, da história das

Importa frisar que Luhmann buscou na teoria estruturalista-funcional de Talcott Parsons, de quem foi aluno na Escola de Administração Pública em Harvard e obteve lições que mudariam significativamente sua trajetória pessoal, o suporte necessário para a criação de uma teoria que analisasse as diferenças dos sistemas. O foco luhmanniano passou a ser função dos sistemas, diferentemente de Parsons que tinha na estrutura destes o foco central do seu estudo.

2.1 A AUTOPOIESE DOS SISTEMAS SOCIAIS

O modelo traçado por Luhmann traz, muito fortemente, a questão da clausura organizacional dos sistemas sociais e das suas reproduções autoreferenciais (autoorganização e autopoiese), ocupando, portanto, um papel estratégico na nova postura epistemológica adotada, a qual foi responsável por uma radical mudança de paradigma (*paradigmawechsel*) no domínio das ciências sociais em geral.

Hoje em dia, a Teoria dos Sistemas é um conceito unificador de significados e níveis de análises muito diversos. Dessa maneira, encontram-se nela e nos esforços interdisciplinares a ela relacionados, mudanças profundas de paradigma e quiçá revoluções científicas no sentido de Kuhn. Pensa, então, Luhmann que a Teoria Sociológica pode ganhar muito se for incluída nesse desenvolvimento.

Nesse contexto, a sociedade é encarada como um sistema social global, sendo os sistemas que a compõem organizacionalmente fechados, pois operam segundo uma lógica circular (circularidade) e auto-referencial, ou seja, autopoietica. Assim, além de serem auto-organizados e reproduzirem-se por conta própria, tornam-se independentes do meio que os envolve, ou seja, do seu entorno (ambiente).

sociedades, etc, entretanto, suas múltiplas contribuições permanecem cruzadas por um empreendimento único, que consiste num imenso esforço para repensar a questão do conhecimento sob o ângulo de uma teoria dos sistemas.” (ARNAUD, André Jean; LOPES JR. Dalmir. (Orgs.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, *apud* TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 18).

O conceito de sistema autoreferencial fechado não está em contradição com a abertura do sistema ao entorno. As operações autoreferenciais fechadas funcionam mais como forma de ampliação dos possíveis contatos com o entorno. Mas, é importante que se diga que essa relação processa-se mediante seleções e que a reprodução autopoietica depende de uma homogeneidade suficiente de operações que definem a unidade de uma tipologia determinante do sistema.⁶⁷

O esquema abaixo ajuda a elucidar a questão de como a mudança de paradigma repercute no nível da teoria geral dos sistemas em relação à teoria geral dos sistemas sociais.



Figura 1 – Esquema de análise da Teoria Geral dos Sistemas

Nas ponderadas palavras de José Engrácia Antunes, o sistema social é “um sistema autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado por um perpetuum móbile auto-reprodutivo e circular de actos de comunicação que geram novos actos de comunicação.”⁶⁸ A distinção de níveis deve, então, fixar as

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 59.

⁶⁸ ANTUNES, José Engracia. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. XII, Prefácio.

possibilidades de comparação de maneira fecunda, e a comparação entre os sistemas deve possibilitar respostas para indagações como em que medida os sistemas se baseiam em auto-abstrações e se são iguais ou desiguais. O que Luhmann observa é que os sistemas sociais aplicam a si mesmos as características próprias do conceito de sistema, por exemplo a diferença entre dentro (sistema) e fora (entorno).⁶⁹

Na perspectiva teórica luhmanniana, a sociedade⁷⁰ pode ser vista como um sistema social autopoietico global de primeiro grau que encerra toda a comunicação, sendo as informações, que processam e fazem a distinção entre o sistema e o ambiente que o envolve, essenciais para que seja mantida a autopoiese do sistema social. Para que o fluxo autopoietico mantenha a sua continuidade faz-se necessário que a informação seja compreendida pelo receptor, daí a necessidade de estabelecimento da comunicação.

Essa tão falada comunicação não é possível sem que “alter” faça depender seus atos da atuação de “ego” e sem que ambos pretendam conectar seus comportamentos. Invocando Parsons, Luhmann coloca que não se trata só de sintonizar e coordenar comportamentos, mas também de uma condição básica de possibilidade de ação social.

Dessa maneira, há que se falar em “alter” e “ego” sob a perspectiva de um potencial aberto de determinação de sentido⁷¹. Assim, para que a comunicação tenha andamento e o sistema possa absorver do entorno as informações que necessita para se desenvolver, as situações com dupla contingência requerem um mínimo de observação mútua e de expectativas baseadas no conhecimento.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 28.

⁷⁰ Luhmann esclarece ainda, con respeito à sociedade que “la sociedad a pesar e gracias precisamente a su autocerradura, es un sistema en el entorno. Es un sistema con limites constituídos por la sociedad misma, que separan la comunicación de todos los datos y acontecimientos no comunicacionales, es decir, no pueden fijarse ni territorialmente ni grupos de personas. En la medida en que se aclara este principio de los limites autoconstituídos, la sociedad entra en un proceso de diferenciación. Sus resultados se vuelven independientes de las características naturales de su procedência, montañas, mares, etcétera; y como resultado de la evolución finalmente solo hay una sociedad: la sociedad mundial, que incluye toda la comunicación y solo esta, y que así adquiere limites completamente claros. (Ibidem, p. 367).

⁷¹ Ibidem, p. 117.

Dentro de um contexto de necessidade de comunicação, o papel da linguagem destaca-se por possibilitar um entendimento mútuo e a diminuição das fontes de incerteza entre alter e ego, aumentando a probabilidade de compreensão da comunicação.⁷² Dessa forma, por ter a linguagem ampla possibilidade comunicativa, enseja variações no processo evolutivo da sociedade.⁷³

Nessa linha teórica, os sistemas auto-referenciais se observam mutuamente, dispondo de uma capacidade própria de processamento da informação. Observam ao outro, como um sistema em um entorno, como *input* e *output*, aprendendo, em cada caso, a forma auto-referencial dos sistemas, e tomando por base sua perspectiva de observador. Assim, pode-se gerar uma ordem emergente condicionada pela complexidade dos sistemas que vão surgindo, que têm uma complexidade que não se pode controlar ou calcular.

Luhmann denomina essa ordem emergente de Sistema Social, que é um sistema precisamente porque não existe nenhuma certeza básica de seu estado, tampouco prognósticos acerca do seu comportamento. Nesse contexto, surgem sistemas também emergentes como os subsistemas jurídico e político.

Assim, nesse novo paradigma epistemológico, a diferença entre o todo e as partes é substituída pela diferença entre sistema e entorno, o que faz com que a totalidade não mais seja pensada como a simples soma das partes.⁷⁴

Isso leva a que a nova Teoria dos Sistemas alcance uma complexidade mais elevada e se mostre mais adequada para o estudo dos fatos e acontecimentos sociais, dentre os quais a corrupção, considerada por Luhmann como sendo uma

⁷² CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 101.

⁷³ LUHMANN, Niklas; DI GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez. 2. ed. México: Triana Editores, Universidad Iberoamericana, 1998. p. 220.

⁷⁴ Verificando essa mudança de foco de observação, ou seja, a transformação de uma ciência que se voltava para análise das partes para uma ciência que se volta para a observação das relações das partes com um todo orgânico e interdependente, André Trindade traz a seguinte passagem do livro “A teia da vida” de Fritjof Capra: “No novo pensamento sistêmico, a metáfora do conhecimento como um edifício está sendo substituída pela rede. Quando percebemos a realidade como uma rede de relações, nossas descrições também formam uma rede interconectada de relações e de modelos, na qual não há fundamentos. Para a maioria dos cientistas, essa visão do conhecimento como uma rede sem fundamentos firmes é extremamente perturbadora, e hoje de modo algum é aceita. Porém, à medida que a abordagem de rede se expande por toda a comunidade científica, a idéia do conhecimento como uma rede encontrará, sem dúvida, aceitação crescente.” (CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Tradução de Newron Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 48, *apud* TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27).

imperfeição da natureza humana, mas que especialmente quanto às partes dominantes deve ser melhor analisada, uma vez que elas devem alcançar a retidão de juízo e de vontade. Sobre este fato social, altamente preocupante na sociedade moderna ou pós-moderna, tal como denominada por Teubner, e sobre a relação do ser humano com o todo e com as partes a que pertencem, Luhmann escreve que:

Una tradición transmitida desde la antigüedad y que es más vieja que el empleo conceptual del término <<sistema>>, hablaba de totalidades constituídas por partes. El problema de esta tradición consistió en que la totalidad debía ser pensada por partida doble: como unidad y como totalidad de las partes, o más que la simple suma de las partes; con esto, sin embargo, nunca quedó aclarado cómo el todo que está constituido por las partes y un excedente, pudiera constituirse, con validez, en la unidad en el nivel de las partes. Por lo que toca a las relaciones sociales, se suponía que las sociedades estaban constituídas por hombres individuales, como partes con respecto al todo; de esta manera, la respuesta en torno a la convivencia humana quedaba a la mano. Los hombres debían ser capaces de reconocer la totalidad a la que pertenecían y estar dispuestos a orientar su vida según dicho conocimiento. Esto debió considerarse como condición de su ser social, de su inclusión en la sociedad, de su participación y, con ello, de su naturaleza. El riesgo de un conocimiento y una voluntad tan extrapolados (capaz de equivocarse o apartarse) se hizo visible, en general, **en la corrupción o, más precisamente, en la imperfección de la naturaleza humana**. Surge así la necesidad de diferenciar entre la parte dominante e la parte dominada. Pero incluso para la parte dominante el problema se agudizó: debía alcanzar la rectitud en el juicio y la voluntad, de tal manera que pudiera representar al todo del todo.⁷⁵ (grifo nosso)

Interessa registrar, também, que além de serem regidos por uma autopoiese própria e particular, os sistemas sociais têm como base reprodutiva os sentidos, o que significa que os seus elementos constitutivos não são os seres humanos individuais, mas as comunicações. Destarte, no domínio dos fenômenos sociais, a unidade básica de análise é o ato comunicativo, consistindo o sistema social em sistema autopoietico de comunicação. Assim, a sociedade, considerada como sistema social mais abrangente ou de primeiro grau, seria um sistema complexo caracterizado pela organização auto-reprodutiva e circular dos atos de comunicação.

Dessa maneira, à luz da análise até agora empreendida, vê-se que a Teoria dos Sistemas Sociais proporciona um rompimento com o ponto de partida estabelecido por Kant, que é o sujeito. Substitui o conceito de sujeito pelo conceito de auto-referência do sistema, removendo este conceito do seu lugar clássico

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 30-31.

(consciência humana, sujeito), para o campo do objeto, de forma que os sistemas reais são vistos como objeto da ciência. Nessa linha, o conceito de auto-referência designa a unidade constitutiva do sistema consigo mesmo, independentemente do ângulo de observação dos outros.

Graças à auto-referência e ao esquema de apreensão do sistema, a informação se processa dentro do sistema, podendo reduzir ou aumentar a complexidade, razão pela qual entende Luhmann que só é possível a evolução das formas de sentido com uma maior capacidade para adquirir e processar a informação. Dessa maneira, com um processamento de informação que seja pleno de sentido, a relação entre sistema e seu entorno adquire uma forma de expressão compatível com a alta complexidade e a interdependência.

A Teoria da Autopoiese aparece, então, como uma superteoria usada para explicar a evolução das sociedades modernas desenvolvidas com base na diferenciação funcional. Destarte, partindo da constatação de que a sociedade é um sistema que se caracteriza pela organização auto-reprodutiva e circular dos atos de comunicação, Luhmann coloca que por intermédio desse circuito comunicativo desenvolvido no seio da sociedade, surgem outros circuitos comunicativos que vão se gerando a si próprios e se desenvolvendo paulatinamente até atingirem um grau de complexidade e perficiência na sua organização auto-reprodutiva.

Desse processo evolutivo resulta um código binário específico que faz com que os circuitos comunicativos emergentes tornem-se autônomos com relação ao sistema social geral, originando com isso sistemas sociais autopoieticos ditos de segundo grau, que pressupõem a existência de códigos binários específicos para cada subsistema. Destarte, nas palavras de Luhmann, “[...] La teoría general de sistemas sociales pretende abarcar todo el campo de la sociología y, por ello quiere ser una teoría sociológica universal.”⁷⁶

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990. p. 47.

2.2 A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

Buscando elaborar normas gerais sobre a evolução do direito, Luhmann empreende estudo sobre as diferenças entre as culturas, que compreende sociedades arcaicas, altas culturas (sociedades antigas) e sociedade moderna. Nas palavras do sociólogo:

Isso significa que na passagem da sociedade arcaica para as altas culturas, e destes para as sociedades modernas, modificam-se aqueles dispositivos que garantem a formação de generalizações conscientes de expectativas comportamentais, e com isso muda a forma de vigência do direito. A afinação dos diversos mecanismos de generalização modifica-se naquilo que ela pressupõe, e naquilo que ela causa. Um número maior de comportamentos mais variados torna-se juridicamente possível. Diminui a dependência do direito de sentidos concretamente fixados e da amalgamação com outras esferas funcionais como a linguagem, estruturas cognitivas, meios de comunicação, formas de socialização; por outro lado cresce a dependência de um mecanismo especial de seleção do direito vigente e de tudo aquilo que esses dispositivos complementares e amparadores pressupõem. A formação do direito se retira dos sistemas cotidianos estruturalmente simples, funcionalmente difusos, e é 'estatuído' por outros sistemas. As premissas sócio-estruturais da formação do direito deslocam-se em direção de condições e interdependências mais complicadas, de maior improbabilidade e maior capacidade de desempenho.⁷⁷

Isso significa que, diante da crescente complexidade da sociedade e dos sistemas que a compõem, é necessária a combinação dos três mecanismos a seguir listados, para que o improvável torne-se provável, ou seja, para que se garanta a manutenção das expectativas comportamentais normativas, mesmo diante da complexidade aqui mencionada. São eles: 1) mecanismos de geração na variedade no sentido de uma superprodução de possibilidades; 2) mecanismos de seleção das possibilidades aproveitáveis; 3) mecanismos de manutenção e estabilização das possibilidades escolhidas, apesar do campo de escolha permanecer complexo e contingente.⁷⁸

Destarte, enquanto o centro de gravidade da superprodução de possibilidades localiza-se no nível normativo, o mecanismo da institucionalização do direito atua como fator de seleção, no sentido de que a escolha de novas

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 174.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 175.

expectativas será feita a partir de um consenso de terceiros. Finalmente, a estabilização é conseguida por meio da fixação de sentido transmitido por meio da linguagem. A evolução e inter-relação entre esses três mecanismos têm como base comum a complexidade social.

Assim, sobre a mudança estrutural na forma de vigência do direito (evolução do direito), Luhmann defende as seguintes hipóteses:

- 1) O sistema social na medida em que aumenta sua complexidade é reestruturado no sentido da formação de sistemas parciais funcionalmente específicos. Isso leva a uma maior variedade, à superprodução de possibilidades de experimentação e de ação, inclusive de projetos normativos nos sistemas parciais, forçando assim uma maior seletividade.
- 2) Ao desempenhar-se seletivamente, esse desenvolvimento é levado à esfera do direito através da diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos ao direito, os quais se tornam sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas.
- 3) O próprio direito é autonomizado ao nível da sociedade através da crescente separação entre expectativas cognitivas e normativas, e o arcabouço de suas definições de sentido assume representações⁷⁹ mais abstratas (mais ricas em variações) no lugar de noções concretas.

No estudo da diferenciação funcional do direito, não pretende Luhmann identificar uma única causa para que ela aconteça, mas, por meio do estudo das culturas, encontrar meios de elaboração de hipóteses gerais acerca a evolução do sistema jurídico.

Adverte o professor Cristiano Paixão que: “(...) A intenção do autor compreende, na verdade, o estudo das diferenças entre as culturas (sociedades arcaicas, altas culturas e sociedade moderna), para que seja plausível a elaboração de hipóteses gerais acerca da evolução do direito.”⁸⁰

Ao estudar a evolução histórica do processo de diferenciação do direito, Luhmann coloca, em relação às sociedades arcaicas, que o princípio fundamental que as regia era o do parentesco e que seu traço básico era a baixa complexidade do sistema social (havia uma diferenciação segmentária, caracterizada pela estrutura da sociedade em tribos, clãs e famílias).

⁷⁹ Ibidem, p. 175.

⁸⁰ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: DelRey, 2002. p. 216.

Com relação ao direito das sociedades antigas (alta cultura), argumenta que, nesse período, o grau de complexidade era mais elevado. Já havia uma mudança de enfoque com relação à dimensão normativa e uma diferenciação funcional, mesmo que incompleta. A dominação política pode então ser identificada e o direito passa a reger a relação entre os indivíduos, que atuam independentemente de opções. O que se desejava era que fosse possível a convivência juridicamente sustentável entre homens livres.⁸¹

Luhmann destaca como conquista evolutiva fundamental do direito das sociedades antigas a institucionalização do procedimento judicial e a desvinculação das decisões do poder ou do consenso, dada a prevalência das orientações normativas. Segundo ele:

A incerteza do resultado é um momento essencial da estrutura do processo, e motiva a participação ativa e o engajamento das partes. Ela é simbolizada enquanto exigência da ética jurídica através do princípio da 'imparcialidade do Juiz'. Ela substitui, em um nível mais elevado de racionalidade e de liberdade de opção, os antigos princípios da incerteza do resultado da luta e da determinação mágica através do 'julgamento divino'.⁸²

Nesse ponto, esclarece o professor Cristiano Paixão que o direito precisa, então, absorver as incertezas por meio dos complexos sistemas processuais, e que o fato de as decisões não mais serem influenciadas por questões de poder exige a incerteza dos resultados e a neutralidade do Juiz. Ressalta, no entanto, em nota de rodapé que: "Trata-se, por evidente, de uma exigência simbólica, concretizada por uma ética jurídica; não significa – nem essa é a preocupação teórica de LUHMANN, afirmar que a esfera decisória já estivesse inteiramente autonomizada em relação a outros planos do poder."⁸³

Saliente-se, porém, que Luhmann impõe fortes restrições à certificação da objetividade das decisões, pois, segundo ele, as sociedades mais antigas eram menos sensíveis aos componentes subjetivos, pessoais e 'causais' da decisão jurídica. Apesar disso, os sistemas processuais atingem uma nova integração das

⁸¹ Ibidem, p. 222.

⁸² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 207-208.

⁸³ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: DelRey, 2002. p. 224.

diferentes perspectivas dos participantes. Mas o objetivo final é a redução da complexidade e a absorção das incertezas.

Outrossim, percebe-se que o apelo à moral é um forte componente do direito nas sociedades antigas, o que requer a fixação de sentido e permite a ordem normativa tratar e decidir as controvérsias jurídicas, adquirindo o direito um alto grau de abstração. Sobre a questão moral Luhmann escreve que: “Os postuladores de seus próprios direitos se submetem à moral e à razão pretensamente genéricas, a partir das quais o juiz então decidirá a seu favor ou não.”⁸⁴

Ressalta Luhmann que as variações mais expressivas e definidas da cultura jurídica que colocava o direito como uma ordem dependente de critérios definidos a priori e universais foram expressas no direito romano e a na *common law* anglo-saxônica. Ambos possuem características e conceitos eminentemente técnicos em termos jurídicos e processualmente referenciados, sem incluírem ainda a noção de um sistema objetivo de normas.⁸⁵

O Direito Natural surgiu como uma nova forma de observar o direito, e representou uma evolução da sociedade antiga em relação à sociedade arcaica, vez que a ética passou a ser entendida como uma filosofia prática. Então seria ele (o Direito Natural) uma forma moral generalizada? Na visão luhmanniana o que se buscava era um ideal de justiça que, nas sociedades antigas, passou a ser um símbolo para a congruência do direito.

Nas sociedades modernas, no entanto, Luhmann não encara a separação do direito e da moral sob um ponto de vista estático tradicional, por meio da delimitação do conteúdo dessas categorias do conhecimento humano. Na visão sistêmico-evolutiva, o direito desagrega-se da moral, autonomizando-se, por assumir a função de generalizar congruentemente as expectativas normativas. Nesse sentido, afirma o autor que: “com a separação mais acentuada entre o direito e a moral, o direito se afasta da função de um regulador de escrúpulos no sentido de

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 213.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 215.

uma certificação de uma identidade autonormatizada de uma personalidade individual.”⁸⁶

A moral⁸⁷, nessa visão teórica, permeia os subsistemas sociais tal como o sistema jurídico, atuando como meio redutor de conflitos e polêmicas destes, não formando um subsistema específico, o que faz com que possa apresentar-se em qualquer âmbito da sociedade. Luhmann, então, defende a amoralidade dos sistemas sociais diferenciados funcionalmente, a exemplo do sistema jurídico, senão vejamos:

Por las características típicas de la diferenciación funcional, los sistemas parciales son fundamentalmente amorales: sus códigos no son congruentes con el de la moral. Lo verdadero no puede ser connotado como algo bueno, ni tampoco lo no verdadero como algo malo; así como el que es sujeto a sanciones morales no puede y no debe tener automáticamente errores desde el punto de vista jurídico.⁸⁸

Nessa perspectiva, a fim de que sejam afastados os obstáculos para a reprodução normal das operações nos sistemas parciais da sociedade, a moral atua produzindo efeitos reducionistas de polêmicas e conflitos. A comunicação por ela produzida toma por base o que é bom e o que é mal, referindo essa distinção a pessoas. Codifica-se, assim, segundo Luhmann, pela possibilidade de atribuir estima ou desestima pelas pessoas.⁸⁹

Explica o sociólogo que a moral não coincide com a ética, devendo ser esta concebida como uma teoria de reflexão da moral. Destaca que a sociedade medieval europeia garantia uma justificação moral da ordem hierárquica sobre a qual se fundava e que a combinação de moral e religião, típica da época, permitia dispor de uma ordem social integrada com a base de uma única moral, cujas alternativas

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 23.

⁸⁷ Para Luhmann “La moral es, por tanto, un fenómeno que no se localiza en un subsistema específico, pero puede presentarse en cualquier ámbito de la sociedad: se pueden aducir motivaciones Morales para contrastar la búsqueda científica en ciertos ámbitos, como por ejemplo la eugenética; las carreras políticas pueden truncarse por cuestiones del orden moral, como muestra la facilidad de producir escándalos típica del sistema político; y etcétera. La moral, en otras palabras no es un fenómeno de tal manera improbable que exija la diferenciación de un sistema parcial o bien apoyos simbólicos que motiven un sentido moral: es suficiente con que sea posible orientarse a personas en cuanto interlocutores, situación que se presenta ya con la sola doble contingencia.” (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 113.)

⁸⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 113.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 113.

poderiam ser, tão-só, o caos ou a barbárie. A sociedade moderna, no entanto, não possibilita a integração moral, haja vista que com a diferenciação funcional é difícil obter um consenso global e esperar formas de reciprocidade, já que há disposição para correr riscos, mas não para suportar os perigos advindos das decisões dos outros.⁹⁰

Em continuidade, coloca que fins egoístas podem criar a base do altruísmo, e que, por outro lado, as melhores intenções podem ter más conseqüências. Nessas condições, entende que não há que se perguntar onde estão as condições morais da moralidade. Em meio a essa confusão paradoxal, vê que a saída é observar a realidade num plano de amoralidade mais elevada, concluindo nesse ponto que: “La ética debería dejar de considerar la moral como una empresa buena y debería poner en cambio poner en guardia con respecto a su uso y sus efectos.”⁹¹

Questionando-se sobre se é possível uma ética, o autor responde que a sociologia não pode responder a essa pergunta. Pode-se, sim, expressar dúvidas sobre a possibilidade de uma ética que quer se ocupar de relações sociais e ao mesmo tempo considerar-se a si mesma como boa. Teríamos, então, que imaginar uma ética que refletisse tanto sobre o lado positivo quanto sobre o negativo, ocupando-se de questões como “quando se deve distinguir o bem do mal”, “quais são as condições positivas para a utilização de um juízo moral.” Uma das condições é concernente a um dos pressupostos fundamentais da moral: a liberdade de juízo. Segundo Luhmann:

Si en las sociedades precedentes a la modernidad, la libertad era una característica trascendental del actuar humano y en cuanto tal fungía como presupuesto de la moral, en la sociedad moderna esta idea ya no puede sostenerse. La libertad, se podría decir desde el punto de vista sociológico, es un producto de la comunicación, que permite antes que nada decir que si o que no a cualquier ofrecimiento selectivo que se presente en la comunicación, incluida la misma moral. La posibilidad de refutar los mandamientos de la moral está dada con la estructura de esta sociedad y cabe la pregunta de si sigue siendo sensato reaccionar contra ella moralizándola y terminando así en la paradoja de juzgar moralmente (y con frecuencia negativamente) lo que debe ser necesariamente un presupuesto del juicio mismo.⁹²

⁹⁰ Ibidem, p. 114.

⁹¹ Ibidem, p. 114.

⁹² Ibidem, p. 114.

Nesse contexto teórico, vê-se que o sistema jurídico é funcionalmente diferenciado da moral⁹³, graças ao desenvolvimento de um código binário próprio, qual seja: lícito/ilícito, o que assegura a sua auto-reprodução sistêmica, por operar numa rede autopoietica, ou seja, circular e sistêmica⁹⁴. Constitui, auto-referencialmente, seus próprios componentes sistêmicos não podendo substituir as funções específicas de outros sistemas, devido à autonomia peculiar de cada um deles. Assim, somente o sistema jurídico pode definir e mudar o direito. Todavia, pela sua abertura cognitiva aos acontecimentos do entorno, não se pode descartar a incorporação de normas morais éticas, que adquirem validade quando selecionadas por um código interno próprio.

Como a teoria autopoietica tem por base a unidade e a identidade dos sistemas auto-referenciais, tem-se que a sobrevivência dos sistemas pressupõe a necessidade de manutenção da capacidade de auto-regulação, não se deixando influenciar diretamente por uma lógica aberta de *inputs-outputs* com o meio envolvente, chamado por Luhmann de entorno.

Sobre a relação entre sistema e entorno, importa destacar que ela é, para Luhmann, o ponto de partida para qualquer análise teórico-sistêmica. Ou seja, é considerada o paradigma da Teoria dos Sistemas. Nesse sentido, para que os

⁹³ Quanto ao fato de o direito preencher sua função perante um ambiente cada vez mais complexo, imerso nas mais diversas expectativas normativas, o professor Marcelo Neves acentua que se faz necessário “um desengargo mais radical com respeito à fundamentação ética ou moral, seja ela material ou argumentativo-procedimental. A relevância eventual de ponderações referentes a valores pretensamente universais teria como conseqüência a imobilidade do sistema jurídico, o bloqueio de sua tarefa seletiva, portanto, efeitos disfuncionais. Em suma: nos termos da concepção luhmanniana da positividade do direito, isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da *complexidade* adequada do sistema jurídico e da *consistência* de suas decisões.” (NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 85).

⁹⁴ Marcelo Neves, referindo-se ao desaparecimento da moral de cunho hierárquico e à autonomia operacional do direito, coloca que “pode-se afirmar que, na perspectiva sistêmica, dá-se ênfase à não-sobreposição dos códigos de preferência do poder e da economia ao código de preferência do direito (lícito/ilícito), sustentando-se que este é o segundo código do sistema político e que a ‘Constituição enquanto aquisição evolutiva’ atua como mecanismo de autonomia operacional do direito. E, por fim, partindo-se de que desapareceu a moral tradicional de conteúdo hierárquico, partilhada generalizadamente na ‘comunidade’, argumenta-se que o pluralismo democrático no sistema político é pressuposto da positivação do direito.” Complementa dizendo que “em face da diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade moderna, Luhmann interpreta os procedimentos eleitoral, legislativo, judicial e administrativo do Estado de Direito como mecanismos funcionais de seleção, filtragem e imunização dos sistemas político e jurídico em face das influências contraditórias do respectivo ambiente. Entretanto, o dissenso conteudístico em face de valores e interesses torna os procedimentos democráticos do Estado de Direito, que implicam o princípio da legalidade, não só uma exigência sistêmico-funcional, mas também uma imposição normativa da sociedade moderna. (Ibidem, p. 143-144).

sistemas possam se constituir e se manter hão que existir a conservação da diferença com o entorno e também limites para regular a referida diferença. É esta que leva à auto-referência, fazendo com que a conservação dos limites leve a própria conservação do sistema.⁹⁵

Assim, o entorno alcança sua unidade somente por meio do sistema, não se confundindo com ele. Ademais, cada sistema tem um entorno distinto, guardando com ele a sua referência, ressaltando-se que o entorno não tem capacidade de auto-reflexão, tampouco de ação, havendo uma complexidade inerente a ambos, o que exclui formas totalizantes de dependência entre eles.⁹⁶

Quanto à complexidade, ressalta que ela é inerente tanto ao sistema quanto ao entorno e que é talvez o ponto de vista que expressa com mais força as experiências problemáticas da moderna investigação dos sistemas⁹⁷. Tem ela assumido, então, uma função catalizadora, já que representa contingência, risco⁹⁸.

Na visão do autor, os sistemas complexos necessitam adaptar-se não só ao seu entorno, mas também a sua própria complexidade (adaptação própria e da própria complexidade), tendo que enfrentar improbabilidades e insuficiências internas, para poder desenvolver disposições construídas expressamente, no sentido de reduzir condutas divergentes, tornando possível a existência de estruturas dominantes.

O desenvolvimento dos sistemas não pode estar alheio às trocas realizadas com o entorno, tendo também que ter em conta outros aspectos de adaptação que

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 40.

⁹⁶ Ibidem, p. 41.

⁹⁷ Mas qual seria o mais complexo, o sistema ou o entorno? Responde Luhmann: "La tesis de que para cada sistema el entorno es más complejo que el sistema mismo, no supone ninguna constante en el gradiente de complejidad. Generalmente se considera válido, por ejemplo, que la evolución solo es posible con un excedente de complejidad en el entorno de los sistemas. En este sentido, existe coevolución entre sistema y entorno. Una alta complejidad en los sistemas se torna factible si el entorno no muestra ninguna distribución causal y está estructurado, por su parte, a través de los sistemas en el entorno. Por consiguiente, hay que concebir la relación de complejidad entre entorno y sistema como una relación de gradación, y habra que preguntarse de que factores depende esta gradación y rebalanceamiento." (Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 48-49).

⁹⁸ Para Luhmann "Complejidad" significa "[...] coacción a seleccionar. Coacción a seleccionar significa contingência, y contingência significa riesgo." (Ibidem, p. 48).

encontram sua razão de ser na auto-adaptação⁹⁹. A adaptação é, então, a relação simples entre sistema e entorno, estabelecendo-se, nesse caso, uma tautologia segundo a qual os sistemas podem adaptar-se ao entorno, o entorno ao sistema e vice-versa.

Há uma impossibilidade de observação direta do meio envolvente (exterior) por sistemas de natureza auto-referencial, já que a unidade de um sistema e a diferença entre sistema e entorno não pode ser apreendida por um observador externo, devendo ser um produto interno do sistema, por meio do processo de auto-observação.

Nessa linha de raciocínio, analisando mais especificamente o sistema jurídico e a autopoiese que lhe é própria, cumpre assinalar que Teubner, retomando a idéia lançada por Luhmann da autopoiese do sistema social, defendeu que o direito é um subsistema social autopoietico de comunicação, e que se tornou autônomo do sistema social geral graças a um código próprio e diferenciado, com estabilidade suficiente para funcionar como referência de um processo de auto-reprodução recursiva, circular e fechada de comunicações especificamente jurídicas.¹⁰⁰

O sistema jurídico aparece, então, como auto-referencial e auto-reprodutivo dos atos de comunicação que lhe são particulares. É, então, como visto, um subsistema comunicativo normativamente fechado inserido numa estrita e inexpugnável alternativa binária: lícito/ilícito¹⁰¹.

Frise-se que a teoria autopoietica aplicada ao sistema jurídico, tem sido encarada por alguns como a fonte de uma nova forma de positivismo jurídico, e, por vezes, como suporte teórico-legitimador de programas político-jurídicos neoliberais. Relativamente a essas hipóteses, Teubner coloca que a teoria dos

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 54.

¹⁰⁰ TEUBNER, Günther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 70.

¹⁰¹ Sobre o código-diferença lícito/ilícito, o professor Marcelo Neves assevera que “a positividade é conceituada como ‘autodeterminidade’ [selbstbestimmtheit] ou fechamento operacional do direito. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, de (quase) privação de ambiente ou isolamento (causal). Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença ‘lícito/ilícito’ conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente. (NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 81).

sistemas auto-referenciais (autopoiéticos) apenas delinea de forma mais elaborada a concepção da autonomia do sistema jurídico, não havendo, no entanto, exclusão da existência de interdependências entre o sistema jurídico e os demais subsistemas sociais, o que quer dizer que normas sociais, morais, econômicas, dentre outras, só passam a adquirir validade no sistema jurídico quando selecionadas por um código interno próprio desse sistema (critérios de relevância próprios do sistema).

A teoria autopoiética do sistema jurídico ainda se depara com o problema de como conciliar a aparente contradição de que constrói internamente a sua própria realidade jurídica (auto-referência) e ao mesmo tempo está exposto à influência de uma realidade extrajurídica em constante mutação. A fim de resolver essa contradição, Luhmann menciona como mecanismos de contato intersistêmico os acoplamentos estruturais que, apesar do seu caráter restritivo, facilitam a influência do entorno (ambiente) sobre o sistema.

O contrato e a propriedade, por exemplo, proporcionam que haja um acoplamento estrutural entre o sistema econômico e o sistema jurídico, enquanto que a Constituição permite que esse acoplamento se estabeleça entre o sistema político e o sistema jurídico.¹⁰²

É importante que se diga que os acoplamentos estruturais não introduzem por si, normas no sistema jurídico, mas provocam nele irritações. Outrossim, não seriam possíveis sem que os sistemas autopoiéticos fossem funcionalmente autônomos, por sua clausura operativa. Há, assim, uma genealogia comunicativa comum, o que quer dizer que muito embora os subsistemas sociais desenvolvam sua própria autopoiese, participam da comunicação social geral, significando que se por um lado não podem ser ultrapassadas as fronteiras do discurso comunicativo geral e conseqüentes construções da realidade, por outro são possíveis articulações recíprocas pontuais entre subsistemas que utilizam o sentido nos atos de comunicação (interferência).

Dessa forma, traça-se resposta convincente para a aparente contradição gerada entre a construção da realidade jurídica interna própria e a influência da realidade extrajurídica, haja vista o estabelecimento de distinção fundamental entre

¹⁰² LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 511.

a clausura normativa e a abertura cognitiva dos subsistemas sociais, aí incluído o sistema jurídico.

Por essa forma, pode-se dizer que a clausura autopoietica do sistema jurídico não implica autismo sistêmico, mas ao contrário, uma condição para a abertura aos acontecimentos produzidos pelo entorno. Esses eventos estimulam os processos evolutivos internos de seleção dos subsistemas.

Destarte, diferentemente da Teoria Biológica da Autopoiese, o fechamento operativo não leva à determinação integral do sistema jurídico por si mesmo, mas abre condições para a abertura, de forma que os acontecimentos do ambiente são observados, o que possibilita uma combinação entre abertura e fechamento.

No tipo de fechamento estudado por Luhmann, a diferença entre o lícito e o ilícito é condicionada pelo entorno (heterorreferência). A autodeterminação do direito teria, então, seu fundamento nas expectativas normativas e cognitivas, segundo as quais se por um lado o direito constitui um sistema normativamente fechado, por outro é cognitivamente aberto, ou seja, recebe influência do meio no qual é produzido.

Assim, a auto-referência do sistema jurídico é feita por meio de conceitos, enquanto que a heterorreferência se constrói, paulatinamente, por intermédio da assimilação de interesses. Mesmo diante do fato de que as expectativas normativas não são determinadas diretamente pelos fatores ambientais, o sistema jurídico pode assimilá-los. As expectativas cognitivas, por sua vez, representam a capacidade de reciclagem do direito positivo, diante das mudanças contínuas no meio que o envolve. Dessa forma, a normatividade do sistema jurídico mostra-se sensível às alterações que ocorrem no ambiente, pois diante de um fechamento auto-referencial, há abertura cognitiva ao ambiente, o que leva à capacidade de conexão entre o ambiente interno e o ambiente externo.

Mesmo com a necessária interferência de fatores ambientais, diante da relevância da adequação e modernização do direito às expectativas normativas da sociedade, o direito não pode ser neutralizado, subutilizado ou desvirtuado em razão de interferências do sistema político, por exemplo.

Para que o direito caracterize-se como sistema autopoietico, faz-se necessária a conexão entre fechamento normativo e abertura cognitiva. Nessa linha, enquanto o direito é normativamente simétrico e cognitivamente assimétrico temos um sistema autopoietico que tem por função a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

2.3 CRÍTICAS A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

Gunther Teubner, em seu livro “O Direito como Sistema Autopoietico” lança a seguinte indagação: constituirá o direito um sistema autopoietico? Poder-se-á considerar que o sistema jurídico constitui um sistema que se reproduz a ele próprio? Responde, imediatamente, com um convicto sim, colocando que “o direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.”¹⁰³

Ressalta, no entanto, que a definição não é aceita pacificamente, quer pelos setores que recusam toda a teoria autopoietica, representados por Lempert, Maintz e Rottleuthner, quer por aqueles que mesmo defensores ferrenhos da teoria da autopoiese, vêem a definição de forma cética, como Maturana, Varela, Hejl e o próprio Luhmann.¹⁰⁴

Segue explicando que as primeiras críticas provêm de autores vinculados às ciências biológicas que, por considerarem que a autopoiese é própria dos domínios científicos-naturais da produção da vida orgânica, negam que o direito como fenômeno social seja capaz de desenvolver uma autopoiese própria e independente.¹⁰⁵ Mesmo assim, Teubner reconhece que há uma tendência de esse setor reconhecer certa influência do caráter autopoietico dos sistemas vivos nos sistemas sociais, respondendo às críticas da seguinte maneira, *verbis*: “a

¹⁰³ TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 53.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 54.

autopoieses social e jurídica contradistingue-se da autopoiese biológica pelas suas propriedades emergentes; sistemas autopoieticos de grau mais elevado exigem sempre como base a formação de círculos auto-referenciais novos e de diferente tipo.”¹⁰⁶

Um outro aspecto que gera controvérsias diz respeito a como as “forças produtivas” da autopoiese jurídica se reproduzem. Lançam-se, então, as seguintes perguntas: o que ou quem se produz a si próprio? Qual o papel dos agentes humanos nesse contexto? Maintz, por exemplo, teme que a justiça se torne uma mulher sem ventre ou desligada de qualquer raiz social e das suas forças motrizes fáticas. Daí surge nova indagação: que elementos do sistema jurídico – juristas, organizações jurídicas, normas jurídicas, argumentação jurídica – se poderão considerar como “produzindo-se” reciprocamente entre si, no sentido estrito do termo? Em resposta, Teubner enfatiza que:

[...] os elementos envolvidos no processo de auto-reprodução não são apenas os elementos do sistema relativos à comunicação – os atos jurídicos –, mas verdadeiramente todos os elementos pertencentes a esse sistema – estruturas, processos, limites, identidade, funções, prestações. Ora, os atores humanos desempenham um duplo papel nesse processo, funcionando simultaneamente como ‘constructos’ semânticos do sistema jurídico e como sistemas (psíquicos) autopoieticos independentes pertencentes ao meio envolvente do sistema jurídico.¹⁰⁷

Quanto às críticas traçadas pelos sociólogos, coloca que tomam por base a ‘clausura circular’ do direito como sistema autopoietico e o fato de a clausura operativa poder levar a um novo formalismo jurídico. Essa postura, segundo Teubner, é compreensível, uma vez que o direito é visto como um sistema aberto, que molda e é moldado pelo meio social envolvente. As objeções são então respondidas da seguinte forma:

A auto-referência e a autopoiese vêm dar origem a um novo e mais elaborado tipo de autonomia do sistema jurídico em virtude da constituição de relações circulares, autonomia essa que de modo algum exclui a existência de interdependências causais entre sistema jurídico e sistema social – muito pelo contrário! -, mas que tão-só implica uma nova interpretação dessas interdependências, no sentido de influências externas das máquinas ‘não triviais’ [...].¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ibidem, p. 54-55.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 55-56.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 56-57.

A última objeção, citada por Teubner, diz respeito à idéia de hiperciclo, tida por alguns como rebuscada e duvidosa para justificar o caráter autopoietico do direito. Menciona, que Luhmann, por exemplo, propõe soluções mais simples, como: “os subsistemas sociais perfazem a sua organização autopoietica pela mera produção de elementos próprios.” Teubner entende que essa solução estabelece rigidez para o conceito de autopoiese jurídica, ou seja, ou o direito se reproduz ou não se reproduz a si mesmo.¹⁰⁹

Assim, defende a autonomia e autopoiese do sistema jurídico, colocando, no entanto, que elas deveriam ser entendidas como conceitos gradativos, pois ao analisar a evolução histórica do direito ou de um sistema jurídico-positivo, em particular, sempre se pode identificar graus de autonomia. Defende, porém, que a perspectiva de estudo desse fenômeno deve ser mais elaborada e complexa que a traçada por Luhmann, utilizando-se, para isso da teoria do ‘hiperciclo’ formulada por Eigen e Schuster. Conclui, assim, seu raciocínio nos seguintes termos:

[...] um sistema jurídico se torna autônomo na medida em que consiga constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo perficiente da sua autonomia autopoietica quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulam entre si próprios por sua vez, formando um hiperciclo.¹¹⁰

Marcelo Neves, por sua vez, em contraposição à teoria da autopoiese do sistema jurídico, defende que em havendo uma assimetria externa que permeia a própria orientação normativa, surge o problema da alopoiese, que é uma negação à auto-referência operacional do direito. Na alopoiese, o subsistema jurídico passa a ser determinado por injunções diretas do meio ambiente, perdendo o sentido a distinção que se fazia entre o fechamento normativo e a abertura cognitiva.¹¹¹

Destarte, opõe-se à teoria da autopoiese, segundo a qual o direito tem pretensões ao isolamento, pela sua auto-referência/auto-subsistência, a teoria da alopoiese do direito segundo a qual o sistema jurídico não é auto-subsistente, vez que não pode prescindir dos microsistemas formados pelas mais diversas relações

¹⁰⁹ Ibidem, p. 57.

¹¹⁰ Ibidem, p. 58.

¹¹¹ NEVES, Marcelo. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v.XLII, n. 178, p. 117-141, abr./jun., 1995. Publicado originalmente in: *Anuário do Mestrado em Direito* 5, Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992, p. 273-298.

sociais, pois o direito não pode ser tido como superior e imune ao contexto social que o cerca.

Ao discutir sobre o dogma autopoietico, o professor Marcelo Neves sustenta entendimento no sentido de que:

é intransponível o modelo Luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil. As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito. Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de 'boas relações'. O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos atua autodestrutiva e heterodestrutivamente. O problema não reside, em princípio, na falta de abertura cognitiva (hetero-referência ou auto-referência), mas sim no insuficiente fechamento operacional (auto-referência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico. Se tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é gradativamente destruída durante o processo de concretização jurídica. Assim sendo, não se constrói, em ampla medida, generalização congruente de expectativas normativas a partir dos textos constitucionais e legais. Daí resulta que a própria distinção entre lícito e ilícito é socialmente obnubilada, seja pela falta de institucionalização (consenso) ou de identificação do sentido das normas. A consequência mais grave é a insegurança destrutiva nas relações de conflito de interesse.¹¹²

2.4 A AUTOPOIESE DO SISTEMA POLÍTICO

Com respeito ao sistema social e sua relação com o sistema político, esclarece Luhmann que a sociedade é um sistema social onicompreensivo que ordena todas as comunicações possíveis entre os homens. Nesse contexto, o sistema político aparece como um dos seus subsistemas que vem se diferenciando de outros subsistemas como religião, ciência, economia, educação, dentre outros. O sistema político, como os demais, atualizam a sociedade segundo um ponto de vista próprio, partindo de uma perspectiva particular de sistema e entorno. Coloca, então, que:

El sistema científico e el sistema educativo pertenecen así al entorno social del sistema político, y este último pertenece a su vez al entorno de la educación y de la economía. Esta distinción no permite que las demandas

¹¹² NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados: Revista das Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 37, n. 2, p. 265, 1994.

de las distintas funciones de la sociedad puedan ser acrescentadas y sean realizadas progresivamente.¹¹³

O sistema político, particularmente, tem por função a realização dos fins coletivos por meio de decisões vinculantes¹¹⁴, sendo formado, como sistema autopoietico, pela diferenciação da política em relação aos outros subsistemas sociais e pelo estabelecimento de um código binário específico de “poder ou não-poder”. Nas palavras de Luhmann “la función que há provocado la diferenciación del sistema político puede caracterizar-se como el empleo de la capacidad de imponer (Parsons: effectiveness) decisiones vinculantes.”¹¹⁵

Funda-se o sistema político em três espaços comunicativos distintos, quais sejam: política, administração e público¹¹⁶. Não são estes, no entanto, novos sistemas autopoieticos, mas têm a função de produzir decisões coletivamente vinculantes, próprias do sistema político.¹¹⁷

Os partidos políticos têm a função de direcionar a vontade da sociedade, proporcionando o surgimento de canais de comunicação essencialmente políticos, que além de se posicionarem entre o público e a política, servem como mediadores desses espaços comunicativos.¹¹⁸ A Administração, por sua vez, fazendo uso dos seus corpos técnicos especializados, produz e influencia a seleção de projetos para a política. Já o público exerce sua influência sobre a Administração, por meio do

¹¹³ LUHMANN, Niklas. *Teoría política em el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 48.

¹¹⁴ Luhmann esclarece que “El sistema político es un sistema parcial de la sociedad diferenciada por funciones. Su función específica es aportar para la sociedad la capacidad de decidir de una manera colectivamente vinculante. (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 128.)

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Teoría política em el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 94.

¹¹⁶ Observa Luhmann que o sistema político “En la manera más complexiva, puede ser observado como unidad de una distinción tridimensional: política, administración y público.” E continua, colocando que “la política no puede limitarse a observar el público sino que también debe dirigirse a observar cómo el público observa la política, y etcétera.” (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 130-131.)

¹¹⁷ ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 145.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 129.

direito de petição e pela participação em processos administrativos de formação da vontade estatal.¹¹⁹

Utilizando-se de uma concepção de espaços comunicativos, não mais prevalece uma relação de poder hierarquizado como única forma de expressão política, o que faz com que a busca da regulação do sistema político por meio do controle do poder institucionalizado perca o sentido. Daí, concluir Luhmann que:

Es obvio que hoy siguen siendo imprescindibles la división de poderes y los aparatos de control diferenciados – tribunales de cuentas, tribunales de justicia, la vigilancia de la prensa, etc. Pero la aporía que se expresa en el hecho de que la política ha de operar para la sociedad como un todo valiéndose de un subsistema, se ha desplazado: ya no reside en el problema de la arbitrariedad, en el abuso de la necesaria libertad de decisión; reside en la consecución y en la reproducción de la apertura comunicativa mediante reducciones necesarias para el sistema.¹²⁰

Há que se destacar, então, que sendo um sistema autopoietico de segundo grau, o sistema político tem um entorno interno à sociedade, formado pelos sistemas sociais de segundo grau, e um entorno externo à sociedade composto pelos sistemas psíquicos e viventes¹²¹. Um problema típico de sistemas auto-referentes como o sistema político em suas interferências intersistêmicas é a tendência a um curto-circuito que decorre do déficit de percepção do meio ambiente, o que produz comunicação pautada tão-só na auto-observação. Sobre este problema assim se posiciona Luhmann:

Un típico problema de los sistemas autorreferentes (y precisamente de los sistemas autorreferentes bien estructurados) reside en la propensión de la autorreferencia al cortocircuito. Los sistemas políticos, sobre todo por su esquematización de gobierno/oposición, dan claras muestras de ello. Gran

¹¹⁹ Sobre esses espaços comunicativos do sistema político, Luhmann assim se posiciona: “La circularidad oficial del poder descansa sobre competencias reguladas jurídicamente y puede prevalecer, por tanto, en caso de conflicto. La contra-circularidad se funda en la sobrecarga de complejidad y puede imponerse así en casos normales. El desarrollo del Estado de Bienestar intensifica la complejidad de las decisiones. La Administración solo puede influir sobre el público en nuevos ámbitos, si éste está dispuesto a cooperar, proporciona información y puede imponer sus propios deseos. Las decisiones políticas que puede adoptar la Administración dependen cada vez más de una penosa ponderación de las alternativas, y, en la práctica, acaba aceptando o, en su caso, rechazando las propuestas de decisión que se presentan sin alternativas. Cualquier otra cosa conduciría a una sobrecarga de complejidad. Y el público cuenta ya también con que la selección de los candidatos, incluso el lugar que ocupan en la lista, así como las razones de su elección, ya están decididas por adelantado. (LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 63)

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 66.

¹²¹ Ibidem, p. 73.

parte de la 'política' se juega dentro de esta oposición. Un fracaso del gobierno se apunta en el activo de la oposición y a la inversa. Un ataque a la 'incompetencia' del gobierno demuestra ya casi la competencia de la oposición. El cortocircuito consiste en la técnica de representarse a sí mismo en la crítica del otro. No se trata solo, como quería una crítica simplista del parlamentarismo, de un discurso arrojado hacia el público; pues habría que preguntarse cómo y hasta qué punto participa el público de este tipo de praxis política. Pero ésta es seguramente la forma más sencilla de transformar la autorreferencia en comunicación para todos los campos temáticos posibles y con independencia de los contenidos.¹²²

Essas deficiências na observação do ambiente proporcionam crises de governabilidade e governança e a conseqüente disseminação de decisões políticas não implementáveis e incapacidade de decidir politicamente. Destarte, faz-se necessário viabilizar a heterorreferência do sistema político. Segundo Luhmann e Di Giorgi, o meio para a consecução desse objetivo é a atuação da opinião pública. Eles irão afirmar que esta serve como heterorreferência na comunicação entre público e política¹²³.

Sabendo que o sistema político é estruturado tridimensionalmente pela Política, Administração e Público, tem-se que na relação entre a Política e o Público a referência ao ambiente se faz mediante a referência à opinião pública. Já nas relações entre a Política e a Administração a relação com o ambiente se dá por meio da referência a pessoas que ou ocupam ou têm potencial para ocupar cargos políticos e administrativos, e aqui há uma grande possibilidade de potencialização da corrupção política e administrativa. Finalmente, no relacionamento entre a Administração e o Público, destaca-se o papel do direito, que atua como instrumento

¹²² LUHMANN, Niklas. *Teoría Política em el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 57.

¹²³ (...) La opinión pública, que es autosuficiente. Las informaciones se difunden en gran cantidad y se renuevan día con día. De esta manera se produce una inmensa redundancia que hace inútil la búsqueda de lo que realmente los individuos saben y piensan. Puede admitirse el estar informado, pero no se puede hacer nada más que esto. De esta manera la opinión pública actúa como un espejo, cuya superficie posterior está constituida también por un espejo. Quien da la información ve en el medio de la información corriente a sí mismo y a otras fuentes que emiten información. Quien recibe la información se ve a sí mismo, así como a otros que reciben informaciones y aprende, poco a poco, ante qué cosas debe actuar de modo altamente selectivo para poder actuar en el contexto que, de vez en cuando, se le presenta (ya sea la política, la escuela, los grupos de amigos y los movimientos sociales). El espejo mismo es opaco. (LUHMANN, Niklas; DI GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez, 2. ed. México: Triana Editores e Universidade Iberoamericana, 1998, p. 433-434 *apud* Zymler, p. 139.)

de tecnicização do poder e de regulação do relacionamento entre a Administração e o Público.¹²⁴

2.5 RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E POLÍTICO

Sabendo que a corrupção política decorre da dissociação da ética do exercício da atividade política, vimos no direito positivo, quando bem estruturado normativamente e aplicado, um dos meios capazes de reduzir bastante os níveis de corrupção política. Em sendo assim, buscaremos, à luz da teoria luhmanniana, mostrar como se relacionam o sistema jurídico, de onde emana o direito positivo, e o sistema político, de onde desponta a atividade política.

É a diferenciação funcional que produz as condições para que ocorra um acoplamento estrutural entre diferentes sistemas funcionais, como o jurídico e o político.¹²⁵ Instituições, como Constituição, contrato, propriedade, conforme já mencionadas, vão adquirindo formas que tornam possíveis acoplamentos estruturais entre sistemas sociais como o jurídico e o político.

Importa deixar assente, no entanto, que os acoplamentos estruturais não introduzem nunca normas do entorno no sistema do direito, provocando tão-somente irritações sistêmicas, ruídos, perturbações¹²⁶. Mesmo estando submetido, de maneira irrestrita, às pressões do entorno social, o sistema jurídico é incapaz de concentrar-se em determinadas perturbações. Sem os acoplamentos estruturais para estabelecer as relações dos subsistemas sociais, o direito, no sentido moderno do uso da palavra, permanece como algo corrompido, por não perceber a realidade do entorno.¹²⁷

¹²⁴ ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 172-175.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 516.

¹²⁶ Marcelo Neves coloca em nota de rodapé que “Para Varela (1983), o ‘ruído’ (bruit – ‘couplage par clôtüre’ em oposição a ‘couplage par input’) atua como forma típica de atuação do ambiente em relação aos sistemas autônomos. (NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 62).

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 513.

Com relação às normas e sua relação com o combate à corrupção, Luhmann enfatiza que o problema não reside exclusivamente no combate à corrupção, ou nas normas de combate a corrupção, tampouco na imposição destas. O problema de fundo está, na realidade, em saber quais são os acoplamentos estruturais relacionados aos subsistemas que tornam possível substituir (reemplazar) a corrupção e, ao mesmo tempo, diminuí-la, e que apoio do acoplamento permite uma maior influência do entorno no sistema do direito.¹²⁸

Muito embora esse problema ainda encontre-se sem solução, é importante registrar que o sistema social tem a função de formar o direito, função essa que está referida a um problema que resulta do acoplamento estrutural da sociedade com o seu entorno¹²⁹. Outrossim, o direito é irritado pelos sistemas de consciência (psíquicos), o que faz com que surjam novas possibilidades de o sistema desenvolver novas formas de acoplamento estrutural em relação com os sistemas sociais que compõem o entorno interno do direito¹³⁰.

Ressalta Luhmann que é por volta do ano de 1800, com o surgimento do novo conceito de Constituição, que surge a capacidade de acoplamento entre o sistema político e o sistema jurídico. As Constituições foram, então, importantes conquistas evolutivas¹³¹ que contribuíram efetivamente para a diferenciação funcional entre direito e política, permitindo o fechamento recíproco dos dois sistemas e sua recíproca irritabilidade e independência.

A Constituição funciona como princípio de sustentação da ordem jurídica e política do País e como fundamento de validade do direito positivo. Nesse sentido, a Constituição é lei válida que deve ser interpretada e aplicada, o que faz com que do ponto de vista jurídico a inovação resida no caráter positivo desta lei e na incorporação ao direito positivo da diferença entre o direito constitucional e os outros

¹²⁸ Ibidem, p. 513.

¹²⁹ Ibidem, p. 512.

¹³⁰ Ibidem, p. 513.

¹³¹ Sobre as Constituições serem conquistas evolutivas, pondera o professor Marcelo Neves que “[...] na perspectiva sistêmica, dá-se ênfase à não sobreposição dos códigos de preferência do poder e da economia ao código de preferência do direito (lícito/ilícito), sustentando-se que este é o segundo código do sistema político e que a ‘Constituição enquanto aquisição evolutiva’ atua como mecanismo de autonomia operacional do direito. E, por fim, partindo-se de que desapareceu a moral tradicional de conteúdo hierárquico, partilhada generalizadamente na ‘comunidade’, argumenta-se que o pluralismo democrático no sistema político é pressuposto da positivação do direito.” (Marcelo Neves, *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 143).

direitos.¹³² A Constituição mostra que é no próprio sistema jurídico que se deve basear todo o direito, o que faz com que o direito constitucional adquira vantagem com relação à autonomia.¹³³ Na visão teórica luhmanniana, a lógica constitucional não mais se baseia em uma diferenciação hierárquica de planos, mas numa diferença entre o interno e o externo¹³⁴ (sistema e entorno).

Nesse contexto, buscam as cartas constitucionais soluções políticas para o problema da auto-referência do direito e soluções jurídicas para o problema da auto-referência da política, na concepção luhmanniana. Por conseguinte, a Constituição que conforma e determina o Estado assume um sentido diferente em ambos os sistemas, sendo para o sistema jurídico uma lei fundamental e suprema e para o sistema político um instrumento político que assume um duplo sentido, ora de política instrumental, modificando situações, ora de política simbólica, não modificadora de situações. É, então, possível que o sentido jurídico e político da Constituição se desenvolvam separadamente, o que se faz patente em um incremento da irritação recíproca.¹³⁵

O autor, no entanto, reconhece que em muitos países em vias de desenvolvimento a Constituição serve mais como um instrumento de política simbólica, uma vez que não se realiza a clausura operativa do sistema jurídico ante as influências políticas e de outras forças sociais. Coloca a respeito do simbolismo constitucional, citando em nota de rodapé a obra do professor Marcelo Neves, que¹³⁶:

¹³² LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 542-544.

¹³³ Luhmann entende que o direito constitucional “no tiene que fundarse sino en sí mismo e incorpora contraprinípios aún en el derecho constitucional mismo – por ejemplo, el carácter no modificable de un derecho que, por lo demás, es modificable; o bien intervenciones directas en ‘valores’ o en principios ‘morales’ que, en general, al derecho solo le son permitidos en el contexto de las normas jurídicas válidas y con la autorización de éstas.”(Ibidem, p. 544)

¹³⁴ Assim, segundo Luhmann “La Constitución culmina en puntos en los que no puede formularse si aquélla debe su validez al sistema o a su entorno. Pero esto es e seguirá siendo una ambigüedad que adquiere un sentido diverso en el que los sistemas normalicen este punto de acceso de las irritaciones. Vista las cosas desde una perspectiva sociológica, con ello se establece un mecanismo de acoplamiento estructural que resulta accesible a los sistemas participantes únicamente en la interpretación interna respectiva acerca del sistema. (Ibidem, p. 547)

¹³⁵ Ibidem, p. 548-549.

¹³⁶ Cfr. Al respecto – si bien con una interpretación algo diversa em el sentido de una modernidad no realizada – Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Recht in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falles Brasiliens*, Berlín 1992. Cfr. también lo

El uso exclusivamente simbólico de las Constituciones sirve a la política para proceder como si el derecho la limitara e irritara y para abandonar las verdaderas relaciones de poder a la comunicación de los entendidos. Sin embargo, en un sentido pleno, la 'Constitución', como logro evolutivo, cumple su función únicamente bajo el supuesto de la diferenciación funcional y la clausura operativa de los sistemas político y jurídico. Y es precisamente el carácter latente de esta premisa (su desconocimiento), lo que há hecho posible la evolución de este logro.¹³⁷

Com relação à positivação do direito, observa Luhmann que esse fenômeno representa um imenso potencial para a ação política, haja vista que esta se ocupa constantemente de eleger as modificações. Por conseqüente, *“para el sistema político, positivización del derecho significa plantear exigencias excesivas a la política, en particular, bajo la decisión estructural por la democracia.”*¹³⁸

Particularmente, com relação ao controle da corrupção política no Brasil, entendemos que, realmente, são necessárias exigências excessivas do direito positivo em relação ao exercício da política dentro de um contexto de ética de responsabilidade, no sentido adotado por Max Weber, para que se permita a máxima redução da corrupção política e a máxima concretização dos direitos sociais delineados pela Carta Magna de 1988. Sempre há, então, que se questionar a legalidade e legitimidade das modificações jurídicas tendentes a afrouxar o controle da corrupção política individualmente considerada, sem perder de vista, por sua dimensão, o fenômeno da corrupção sistêmica constantemente exercida pelo sistema político no sistema jurídico.

Dessa maneira, vistas as inter-relações entre o sistema jurídico e político e percebida a necessidade de limitação da influência recíproca entre o direito e a política, percebe-se o papel fundamental que a Constituição exerce ao funcionar como acoplamento estrutural entre esses sistemas, limitando as zonas de contato entre ambos e provocando um incremento da irritabilidade recíproca, o que proporciona maiores possibilidades de que o sistema jurídico registre decisões políticas em forma jurídica e de que a política se utilize do sistema jurídico para por em prática os seus objetivos. Essas possibilidades de transformação do direito

dicho más arriba, Cap 2, IV, sobre el tema de la autonomía. (Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, p. 549).

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 549.

¹³⁸ Ibidem, p. 550.

positivo não podem levar a um uso do sistema jurídico para a obtenção de poder político, com propensão à prática ou à facilitação da ocorrência da corrupção política. Se não vejamos:

Puede observarse, entonces, en esta forma de acoplamiento estructural, que otras posibilidades son efectivamente excluidas. 'Otras posibilidades' significa concretamente por ejemplo: utilización de posiciones jurídicas en la economía (riqueza, control jurídico sobre oportunidades políticamente importantes) para la obtención de poder político; el terror político; **la corrupción política**. En tanto que **el sistema político, por una parte, y el sistema jurídico, por otra, se encuentren vinculados a través del poder 'privado' de la presión, el terror y la corrupción, ninguno de los dos – si es que es posible, en absoluto diferenciarlos – puede adquirir un grado alto de complejidad.**¹³⁹ (grifo nosso)

Diante dessa perspectiva, tendo adquirido a Constituição forma escrita, muito embora seus fundamentos teóricos já existissem e se fundamentassem no direito natural, não há como negar que ela é o sustentáculo da ordem jurídica e política de um País e que não pode sucumbir a pretensões espúrias de facções políticas que queiram desvirtuá-la em prol da obtenção do poder político e econômico, por meio de práticas de corrupção política.

Sendo ela um sustentáculo não só da ordem jurídica e política de um País, mas do próprio Estado Democrático de Direito, não que se buscar meios de garantir a sua observância, em particular, considerando o foco do nosso trabalho, das disposições relativas à moralidade (art. 37, *caput* da CF/88), probidade administrativa (art. 37, § 4º da CF/88), ao Controle (art. 70 da CF/88), e a atuação do MP (art. 127 da CF/88). A moralidade e probidade administrativa, bem assim a atuação dos Órgãos de Controle e do Ministério Público no combate à corrupção política, serão analisadas em capítulo específico.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 540-541.

2.6 A CORRUPÇÃO SISTÊMICA E SUA RELAÇÃO COM A ALOPOIESE DOS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO

Nessa ambiência teórica, que considera o direito e a política como subsistemas sociais e a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, a corrupção sistêmica ocorre quando há um bloqueio da Constituição, que é deturpada de forma sistemática pela pressão de conformações particulares de poder. Nesse sentido, a constitucionalidade e a legalidade são postas de lado de conformidade com a relação concreta de poder.

Também, quando a política afasta-se dos vínculos ao código lícito/ilícito, expondo-se aos particularismos relacionais e exigências econômicas, o que impede a sua reprodução autônoma, tem-se a corrupção sistêmica. Assim, o código lícito/ilícito não funciona de forma eficiente como um segundo código da política, o que implica, nas palavras do professor Marcelo Neves “Uma deficiente legitimação pelo procedimento”, impondo “ ‘apoios’ particularistas como mecanismos supridores da falta de legitimação política (generalizada) do Estado como organização”¹⁴⁰.

Dessa forma, com os bloqueios recíprocos entre direito e política, termina acontecendo uma sobreposição destrutiva do código do poder sobre o código lícito/ilícito, uma vez que este não é suficientemente forte para enfrentar a força do código político¹⁴¹. A Constituição, então, não mais atua como acoplamento estrutural entre a política e o direito.

Temos observado que o grande impulso para a disseminação da corrupção sistêmica instalada no Estado Brasileiro e, em larga escala, no âmbito parlamentar, é justamente a imprópria e descabida dissociação que há entre a ética e a política.

Hodiernamente, de forma sorrateira, muitos ocupantes do Poder querem dissociar a ética da política. Assim o fazem para que os fins políticos desejados possam ser alcançados, razão pela qual as questões éticas são relegadas, postas numa espécie de segundo plano. Essa vertente separatista encontra respaldo, como

¹⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 242.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 243.

visto no Capítulo I, em Maquiavel, que enfocou em sua teoria que há um campo da política que é distinto do da ética.

Ora, não vislumbramos como a imagem da política pode estar dissociada da ética, pois esta tem que penetrar nos desdobramentos da política, dada a premente necessidade de sua estruturação ética. Em se dissociando da ética, a política perde sua capacidade intrínseca de realização de direitos sociais básicos delineados na CF/88. Não faltam, infelizmente, entre nós exemplos de agressões à Constituição, dentre as quais podemos destacar as freqüentes condutas omissivas dos nossos governantes, diante da necessidade de instauração de políticas públicas efetivas para o combate a miserabilidade que assola nosso povo, bem assim as condutas comissivas por eles adotadas, por meio das quais agem sub-repticiamente para obter vantagens para si e para os que com eles compactuam na realização de um projeto de poder.

Portanto, a ligação entre a ética e a política não pode se romper, sob pena de se instalar um campo bastante fértil para a não concretização do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o direito faz uma interface entre ambas, não as substituindo, mas harmonizando-as.

Muito embora reconheçamos a supremacia do direito, temos que levar em conta a autonomia das questões políticas no campo da política (sistema político), das questões jurídicas no campo do direito (sistema jurídico) e das questões éticas no campo da ética (moral), autonomias essas que não implicam dissociação entre o direito e a ética, o direito e a política, e o política e a ética, de forma que o sistema jurídico pode ter normas que punam, de forma austera, aqueles que ameaçam a concretização de direitos sociais básicos, como por exemplo saúde e educação.

O Direito Público, por exemplo, pode ser considerado instrumento da política à medida que é utilizado para a consecução de um fim comum. Nesse caso, há uma visível associação positiva entre o direito e a política. Todavia, quando do exercício do poder, muitos políticos desvirtuam os direitos e deveres garantidos pelo ordenamento jurídico, em especial pela Carta Magna de 1988. Usam eles a força política, concedida democraticamente pelo Voto, bem assim os bloqueios políticos de que dispõem para impedir que o direito se reproduza consistentemente, com suas próprias regras como um sistema autopoietico que se autosustenta e

autodesenvolve, e prescinde dos sistemas de controle social a sua volta, conforme a Teoria Sistêmica capitaneada por Luhmann. A força política traz, muitas vezes, a impunidade.

Em assim sendo, a construção eficaz do tão falado Estado Democrático de Direito, fica cada vez mais prejudicada, pois os desvirtuamentos ocorrem sem que haja a efetivação prática das medidas punitivas cabíveis. Nessa linha, o professor Marcelo Neves adverte que:

Enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente. Estes podem orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressão à ordem jurídica.¹⁴²

A corrupção sistêmica não pode ser vista como um acontecimento normal na vida política e uma forma de ajudar os que estão no poder a realizar seus projetos de governo. Em outras palavras, as “Razões do Poder”¹⁴³ não podem justificar os meios para que sejam atingidos os fins. O dizer popular “rouba mas faz” é uma total incoerência com a pretensão de instalação concreta de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual devemos buscar formas de banir, definitivamente, esse pensamento da nossa cultura. Um projeto de poder, de governabilidade, deve, sim, estar atrelado com a consistência das propostas em face das necessidades da população, e não com a troca de favores, com a instalação da corrupção política, seja ela individual ou sistêmica, com a busca da impunidade.

Ocorre que, na realidade dos países ditos periféricos e mais especificamente do Brasil, há um quadro muito acentuado de interferências dos sistemas político e econômico, no sistema jurídico. Em conseqüência, os fundamentos e as motivações das decisões advindas do sistema jurídico, passam a ser influenciados diretamente por outros sistemas que se sobrepõem ao estritamente jurídico. A legitimidade não

¹⁴² NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 255.

¹⁴³ Para Bobbio “o contraste entre moral e Política, entendido como o contraste entre ética individual e ética de grupo, serve também para ilustrar e explicar a secular disputa existente em torno à ‘razão de Estado’. Por ‘razão de Estado’ se entende aquele conjunto de princípios e máximas segundo os quais ações que não seriam justificadas, se praticadas só pelo indivíduo, são não só justificadas como também por vezes exaltadas e glorificadas se praticadas pelo príncipe ou por quem quer que exerça o poder em nome do Estado.” (BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. p. 962)

está mais no próprio direito, de forma auto-referencial, mas em outros sistemas sociais que compõem um sistema maior.

Em um Estado dito periférico, no qual as práticas extradogmáticas são uma constante, dada a inércia estatal e as crises de legitimação do poder, o fechamento operativo do sistema jurídico teorizado por Luhmann é uma falácia, vez que os demais subsistemas sociais exercem influência preponderante sobre o direito. Nessa ambiência, a alopoiese do direito prevalece em detrimento da autopoiese, que seria a situação ideal a que estaria submetido o direito na sociedade moderna.

Em razão da falta de autonomia operacional do Direito Positivo Estatal, estabelecem-se outros códigos de comunicação decorrentes do poder econômico, financeiro, político, familiar, os quais se sobrepõem ao código lícito/ilícito, o que coloca em jogo a eficiência do direito. Nas exatas palavras do professor Marcelo Neves¹⁴⁴, em artigo intitulado “Da Autopoiese à Alopoiese do Direito”:

A alopoiese afeta a auto-referência de base ou elementar (legalidade), a reflexividade (constitucionalidade) e a reflexão (legitimação) como momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada do sistema jurídico. Atinge, também a heterorreferência, ou seja, a função e prestações do Direito. Conforme o modelo de Teubner, a alopoiese implica, em primeiro lugar, a não constituição ou o bloqueio generalizado do entrelaçamento hipercíclico dos componentes sistêmicos (ato, norma, procedimento e dogmática jurídicos). Mas pode significar algo mais: a não constituição auto-referencial de cada espécie de componentes sistêmicos. Nesse caso, as fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente social não só se enfraquecem, elas desaparecem.

No caso do Brasil, a alopoiese implica diretamente na interferência bloqueante de sistemas sociais, especialmente os capitaneados por interesses econômicos e políticos, o que leva ao desvirtuamento do direito, influenciando na corrupção sistêmica, ante o bloqueio do sistema jurídico, que desemboca no não entrelaçamento necessário dos componentes essenciais do sistema, quais sejam: ato, norma, procedimento e dogmática jurídicos.

A corrupção sistêmica perpassa a complexidade intrínseca da corrupção individual cometida por agentes públicos em virtude de desvios de caráter e vem tornando o nosso meio político cada vez mais permissivo em relação às práticas

¹⁴⁴ NEVES, Marcelo. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v.XLII, n. 178, p. 117-141, abr./jun., 1995. Publicado originalmente in: *Anuário do Mestrado em Direito* 5, Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992, pp. 273-298.

corruptoras. Estas vêm sendo justificadas, mesmo que não abertamente, como necessárias para a implantação de um projeto de poder, o que pode fazer com que a corrupção sistêmica seja considerada compreensível e não passível das reprimendas impostas pelo direito vigente.

Sabendo que a corrupção sistêmica ocorre quando o direito é bloqueado por injunções de poder político e econômico dentro de determinada sociedade, no caso do Brasil, os detentores de poder e dinheiro, ditos sobreincludos pelo professor Marcelo Neves, na qualidade de mais poderosos e inseridos em quadros de boas relações e amizades, livram-se muito facilmente das punições estabelecidas pelo sistema jurídico.

Por outro lado, os subincludos, pessoas pobres e desprovidas de poder, de amizades privilegiadas e de proteção do Estado, são os verdadeiros submetidos ao rigor da lei, à intolerância jurídica. A imunidade às punições previstas em lei não está, em absoluto, direcionada a essa classe. Enquanto isso, persiste a improbabilidade de punibilidade dos sobreincludos, pela posição social que ocupam e pelo manto invisível de proteção do Estado que com eles vem se mostrando conivente, em especial, por questões de fundo político. Sob essa perspectiva, fica bem clara a inobservância do Princípio da Isonomia delineado na Carta Magna de 1988.

Essa situação faz com que reine a impunidade para a parcela mais abastada da população, aí includos os políticos, criando um sistema de incentivos para as práticas corruptivas coletivas e não mais isoladas, onde A ou B seriam beneficiados individualmente. Daí que, o quadro passa a ser caracterizado como de corrupção sistêmica, no qual se tenta implantar a consolidação de um projeto de poder, o que vem provocando, como já dissemos, o bloqueio da realização do Estado Democrático de Direito.

Não bastasse as relações de poder e amizade que privilegiam sobremaneira essa classe de sobreincludos, deparamo-nos ainda com as chamadas “brechas” na legislação, as quais propiciam, propositadamente, a nosso ver, o alargamento das manobras políticas para beneficiar a impunidade. Na ausência de lacunas, ou seja, quando temos previsões legais claras e específicas, o poder político tenta nos impor,

não raro, modificações absurdas na legislação, para beneficiar corruptos e ampliar a impunidade reinante.

Foi o que aconteceu quando, no apagar das luzes do Governo Fernando Henrique Cardoso, foi sancionada a Lei nº 10.628, de 24/12/2002, que possibilitou que todas as autoridades ou ex-autoridades que gozassem de foro privilegiado na esfera criminal, pudessem manter essa prerrogativa também na esfera cível, mais especificamente com relação às ações de improbidade administrativa.

Queria-se, no fundo, enfraquecer ainda mais o combate à corrupção, vez que atos de improbidade só poderiam ser julgados no âmbito dos Tribunais Superiores, reconhecidamente abarrotados de processos. Assim, na prática, os agentes políticos somente estariam sujeitos a julgamento por crimes de responsabilidade, de forma que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, como perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, só seriam aplicáveis, de fato, aos barnabés.

A reação foi imediata, em especial, por parte do Ministério Público que, por meio de sua Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de suspensão liminar da eficácia dos parágrafos primeiro e segundo do art. 84 do Código de Processo Penal, que foram acrescentados pelo art. 1º da Lei nº 10.628/2002.

Felizmente, em 15/9/2005, o STF, por maioria, julgou o mérito da questão, entendendo procedente a ação e declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24/12/2002, afinal, o retorno do foro privilegiado por prerrogativa de função, trazido pela Lei nº 10.628/2002, representava um retrocesso para o Estado Democrático de Direito, pois para que o combate à corrupção efetivamente se concretize, há necessidade de normas rígidas, restritivas e que não abram espaços para a impunidade.

2.7 MANOBRAS QUE LEVAM A CORRUPÇÃO POLÍTICA PARA O SISTEMA JURÍDICO

A partir da retomada do regime democrático, a utilização do código 'poder' para corromper o código lícito/ilícito, próprio do sistema jurídico, parecia ser uma peculiaridade dos partidos de Direita, haja vista que vinha sendo altamente combatida pelos partidos de esquerda que tinham no Partido dos Trabalhadores – PT seu maior expoente.

Para trabalharmos com uma dimensão empírica do fatos reais que contribuem para a instalação da corrupção sistêmica e da impunidade, relativamente ao caso brasileiro, colhemos reportagens de jornais de grande circulação no País, nos períodos do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso e primeiro mandato de Lula, com o intuito de demonstrar que esse tipo de corrupção não se encontra apenas no imaginário dos estudiosos do problema, mas se incorporou à realidade prática das nossas instituições, que parecem estar afogadas numa espécie de mar de lama.

Bombardeado com suspeitas de fraude e corrupção, principalmente no decorrer do segundo mandato, o Governo Fernando Henrique Cardoso, tentou, a todo custo, por diversas oportunidades, obstar a apuração de casos onde havia graves suspeitas de corrupção política, utilizando-se do poder e da força política do partido que estava na situação, no caso o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

À época, buscava-se apurar, dentre outras irregularidades: patrocínio de interesses privados perante a Administração Pública, promovido pelo Sr. Eduardo Jorge Caldas Pereira, quando exercia as funções de Chefe de Gabinete do Ministro da Fazenda e Secretário-Geral da Presidência da República; liberação de verbas públicas e outras irregularidades praticadas no âmbito do DNER; concessão de benefício pelo Secretário de Comunicação da Presidência da República a empresas de propaganda e publicidade, visando à captação ilícita de recursos para campanhas eleitorais; fraudes na destinação de incentivos fiscais do FINAM e SUDAM; denúncias de envolvimento do então Ministro da Integração Nacional, Fernando Bezerra, nos desvios de verbas da SUDENE. As manchetes dos jornais da

época, bem demonstram as tentativas do Governo de rechaçar a criação da CPI da Corrupção, em inobservância ao art. 58, §3º da Constituição Federal de 1988¹⁴⁵.

Vejamos:

Líderes do PMDB, PFL e PSDB se unem para conter os rebeldes dos partidos que ameaçam se unir a opositoristas para criar comissão parlamentar de inquérito com o objetivo de investigar a corrupção no Governo.

(CORREIO BRASILIENSE, 19 mar. 2001)

Governo intensifica esforço para evitar que a oposição consiga número suficiente de assinaturas de apoio à CPI sobre suspeitas de corrupção.

(CORREIO BRASILIENSE, 21 mar. 2001)

Presidente trata pessoalmente com parlamentares e se convence que oposição não conseguirá assinaturas necessárias.

(JORNAL DO BRASIL, 24 mar. 2001)

CPI ganha fôlego com o caso Bezerra. FHC pede a líderes do Governo que concentrem esforços na Câmara para evitar investigação.

(GAZETA MERCANTIL, 8 maio 2001)

FH preferiu custo político ao desgaste da CPI.

(O GLOBO, 13 maio 2001)

Nessa última reportagem de O Globo, onde foram colocados em destaque os personagens da crise, o Jornal fez o seguinte destaque em relação à Lula, à época, candidato cotado para disputar as eleições presidenciais: “Lula e Oposição – têm novo discurso contra o Governo: o de compra de deputados. Mas perderam um palanque precioso contra FHC na véspera do ano eleitoral.” Isso demonstra que já

¹⁴⁵ Com relação à instauração de CPI's a CF/88 prevê: “Art. 58 O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

naquela época, havia indícios de compra de votos, fato esse que, doravante, daria ensejo à instauração da CPI do Mensalão no Governo Lula.

Nesse contexto, o eleitorado brasileiro, diante dos fortes indícios de corrupção no Governo FHC e da não instauração da CPI para apurá-la, dentre outros fatores, direcionou suas esperanças para a eleição presidencial de 2002, na qual foi eleito Luiz Inácio Lula da Silva, acompanhado de uma expressiva representação de membros do Partido dos Trabalhadores para o Congresso Nacional. A necessidade de ética na política permeava, então, os discursos inflamados dos petistas. O Jornal *O Globo*, de 13-12-2003, trouxe a seguinte manchete, relacionada com a divulgação dos índices de percepção da corrupção no Brasil pela ONG Transparency International: “Governo reforça iniciativas contra corrupção. José Dirceu e Waldir Pires rebatem relatório de ONG que acusa País de manter imagem de altos índices de corrupção.”

Infelizmente, em 2005, a partir de 14 de maio, instalou-se um verdadeiro clima de tensão no Governo, com a divulgação, pela Revista *Veja*, de gravação que revelou a existência de um esquema de corrupção nos Correios, comandado pelo PTB. Seqüencialmente aos fatos, a “operação abafa”, já bem conhecida do Governo FHC, instalou-se também no Governo Lula, nos mesmos moldes de outrora.

Em 21/5/2005, o Diretório Nacional do PT aprovou Resolução que orientou seus parlamentares a não endossar a instauração da CPI dos Correios, e, logo após, em 23/5/2005, ameaçou 101 deputados aliados que assinaram o requerimento de criação da CPI com a demissão das pessoas que foram indicadas por eles para cargos federais, bem assim com a não liberação de verbas para suas emendas. Em 26/05, o Presidente Lula culpou 14 deputados do PT, que se recusaram a retirar as assinaturas, pelo fracasso da “operação abafa”. Já em junho do mesmo ano a notícia publicada pelo *Correio Brasiliense* foi a seguinte: “A estratégia do Planalto é controlar a comissão de inquérito e focar as investigações nos Correios.”¹⁴⁶

¹⁴⁶ O Jornal de Brasília, de 07/06/05, com a manchete “PT e Planalto na defensiva”, assim registrou o momento político então vivido: “O PT negou as denúncias do Presidente Nacional do PTB, Roberto Jefferson (RJ), com a divulgação de uma nota tímida e defensiva, e tirou dos holofotes os principais alvos das acusações, o Tesoureiro e o Secretário-Geral do Partido, Delúbio Soares e Silvio Pereira. Reunida desde às 6 horas de ontem, a direção do partido assumiu a defesa de ambos, os orientou a não dar entrevistas e, ao mesmo tempo, reforçou a operação para evitar a criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).”

Um dia depois, diante da má repercussão das atitudes contrárias à investigação, o Governo reagiu e resolveu dar apoio às CPIs dos Correios e do Mensalão, não abrindo mão, entretanto, nas palavras do seu então Presidente José Genoíno, de indicar os integrantes da CPI. A Tribuna do Brasil, de 8/6/2005, publicou então que:

Diante da má repercussão da falta de atitude do Governo, não apenas trocou toda a diretoria dos Correios e do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), dois focos de corrupção, como recuou da posição adotada na semana passada. Em menos de 48 horas, o governo – que lutava para encerrar a Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar o propinoduto dos Correios – resolveu incentivar sua instalação.

Como viu que não seria capaz de barrar a instalação de CPI's para apurar as denúncias de corrupção, ante o clamor da população, a pressão da imprensa e dos próprios integrantes do partido, considerados dissidentes, o Partido dos Trabalhadores sucumbiu à realidade, mas não abriu mão de comandar os trabalhos da CPI. Esse fato demonstra-nos, claramente, que havia intenções políticas de influenciar, à medida do possível, nos rumos a serem traçados para a investigação e nos resultados finais advindos dos trabalhos das CPI's do Correio e do Mensalão.

Diante da postura que adotou, frente a um dos maiores escândalos políticos de nossa história, caiu por terra a índole moralista e ética do Partido, pois de forma espantosa, todos observaram que a prática foi totalmente contrária às ideologias teóricas adotadas, o que nos mostra que o “estar no poder” é um convite quase que inescusável à corrupção, que em sua forma sistêmica, instala-se nos mais altos escalões dos Poderes da República e conta com um sistema, de certa forma, organizado para a sua concretização.

Em vista desses acontecimentos, mesmo com suas expectativas frustradas em curto espaço de tempo, e vendo que as práticas corruptas não eram prerrogativas de partidos de Direita, mas se alastravam em todas as direções, o povo brasileiro colocou novamente no poder o Presidente Lula e muitos dos envolvidos nos escândalos, o que demonstra, a nosso ver, que práticas corruptas ditas sistêmicas (injunções políticas do Poder Executivo no Poder Legislativo, que

buscam impedir a instauração de CPI ou CPMI conforme os normativos legais das casas legislativas), tendem a ser consideradas normais e, portanto, aceitáveis, em nome da manutenção do poder.

Nesse ponto, temos que destacar a validade do dito popular “se correr o bicho pega, se ficar o bicho come”, no sentido de que, em verdade, os brasileiros não tinham muita escolha na eleição presidencial, vez que o outro candidato à Presidência, Sr. Geraldo Alkmim, agiu de forma semelhante quando barrou a instalação de cerca de 70 (setenta) pedidos de CPI quando exercia o cargo de Governador do Estado de São Paulo. Com isso, em impedindo que o Poder Legislativo exercesse ações de fiscalização a ele peculiares, seriam totalmente incoerentes as declarações em que o candidato se afirmasse ético perante a população brasileira, vez que barrar a transparência é ato antiético que nos induz à conclusão de que existiam, de fato, irregularidades graves que, se investigadas, sujariam a imagem política do candidato.

Em assim sendo, as reportagens trazidas à baila só reforçam a idéia de que no âmbito da política reinante, a corrupção sistêmica é uma realidade prática, que envolve partidos quer de direita, quer de esquerda, sendo praticada sob um manto invisível de proteção do Estado, o que traz prejuízo ao necessário entrelaçamento hipercíclico que deve existir entre os componentes do sistema jurídico, quais sejam: ato, norma, procedimento e dogmática jurídica, desencadeando a alopoiese do direito, problema típico dos Estados ditos periféricos, em detrimento da necessária autopoiese do direito.¹⁴⁷

O que causa desalento é o fato de que os agentes comprovadamente envolvidos quer com a corrupção política considerada individualmente, quer com a corrupção dita sistêmica escapam imunes, em regra, às punições, o que gera um incentivo a novas práticas corruptas, cada vez mais bem elaboradas, que

¹⁴⁷ Esse problema de corrupção política parlamentar e da influência do dinheiro na política vem de longas datas, influenciado inclusive o Parlamento Londrino, conforme enfatizado por Luhmann: “La notoria ‘corrupción’ del Parlamento londinense por parte de Walpole puso claramente de manifesto que esse tipo de influencia del dinero en la política y, por lo tanto, en el derecho debía ser impedido; a la vez que, em su lugar, la influencia de los intereses económicos sobre el derecho a la propiedad, la constitución corporativa e la libertad contractual debían ser objeto de apertura. Todo depende de que se constituyan y utilicen los canales adecuados. (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 517).

desencadeiam a criação de uma “bola de neve”, que aumenta seu volume dia após dia, e congela nossas expectativas de concretização do Estado Democrático de Direito.

Em assim sendo, estudando a Teoria dos Sistemas Sociais desenvolvida por Niklas Luhmann e a sua aplicação a sistemas sociais como o jurídico e o político, concluímos que o direito, no caso brasileiro, não se reproduz autopoieticamente, uma vez que assimetriações externas permeiam a orientação normativa, surgindo o problema da alopoiese, que é, justamente, a negação à auto-referência operacional do direito. O sistema político é um dos principais responsáveis pela não concretização da autonomia operacional do direito, mas também sofre limitações a sua autopoiese pelas pressões advindas do ambiente social.

Na realidade, a influência do poder político e econômico faz com que haja uma forte tendência ao desrespeito ao modelo procedimental previsto constitucionalmente.

Então, o que fazer? Cruzar os braços e deixar que tudo corra normalmente? Entendemos que discutir, questionar, problematizar tudo o que diga respeito à corrupção política é uma das formas que temos para buscar soluções para tão grave problema, vez que não existem fórmulas prontas e acabadas a serem aplicadas ao caso concreto do Brasil.

Ademais, posturas silenciosas e coniventes não se prestam, definitivamente, ao necessário e urgente combate à corrupção política, que tem se mostrado tão pernicioso para a sociedade de uma maneira geral. Vemos que esses tipos de posturas, freqüentes em nosso cotidiano, leva-nos à percepção de que a faxina moral de que precisamos ainda está distante.

O primeiro passo seria pensar em quais são as reformas necessárias para as nossas instituições políticas e quais os mecanismos jurídicos que poderiam propiciar o incremento da punibilidade para os agentes desencadeadores da corrupção política, tanto em sua forma individual, quanto em sua forma sistêmica.

3 O CUSTO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA E SEU REFLEXO NEGATIVO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Indignados, muitas vezes pensamos em corrupção política como um mal que assola o País e que deve ser combatido exemplarmente, mas não paramos, de imediato, para avaliar os custos trazidos para a sociedade por esse tipo de corrupção e qual a influência dessa imperfeição social na concretização de direitos sociais fundamentais garantidos constitucionalmente, como os direitos à saúde e educação.

Preocupamo-nos que os mecanismos de punição sejam efetivamente aplicados, indagamo-nos se a legislação é adequada, como agem os órgãos de controle na prevenção e combate à corrupção e se as medidas contra as fraudes por eles adotadas são eficazes, mas, em geral, não questionamos os custos suportados pela sociedade em decorrência da corrupção política.

Realmente, há grandes dificuldades práticas de estabelecermos custos financeiramente demonstráveis, mas não há dúvida que os custos são demasiadamente altos e atentam contra o desenvolvimento de qualquer nação.

Assim, partindo da constatação de que a corrupção política é um fato social que restringe o acesso à educação e à saúde, por ter um alto custo a ela associado, buscaremos evidenciar as relações existentes entre a baixa concretização de políticas públicas relativas à educação e a saúde e esse tipo de corrupção no Estado Social de Direito, consolidado nas modernas democracias quando da crise do Estado Liberal.

3.1 O ESTADO LIBERAL

Tendo em conta que a filosofia moderna tem como base teórica o criticismo kantiano, tem-se que a liberdade por ele defendida, como postulada da razão prática e derivada de uma lei moral intrínseca ao homem, pode ser considerada um alicerce

filosófico para o ideal de liberalismo estatal¹⁴⁸. Com a bandeira do constitucionalismo do Século XVII, surgiu o Estado Liberal, notadamente na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa, nos Estados Unidos, após sua independência, e na França, com a Revolução de 1789.

A Revolução Francesa, considerada a grande revolução filosófica, política, social, econômica do século das luzes (século XVIII), trouxe consigo a ascensão da burguesia liberal e as bases do Estado Liberal, quais sejam: liberdade (teorizada por Kant, ao reformular o pensamento filosófico até então existente) e separação de poderes (tão bem demonstrada por Montesquieu em seu livro “*De L’Esprit des Lois*”¹⁴⁹). Nasceram também com essa revolução o Direito Moderno e o terceiro estado, representado pelas aspirações essenciais da civilização burguesa. Proclamava-se o caráter inato e universal dos direitos fundamentais do homem, com o cuidado de demonstrar o cunho leigo dessa proclamação, pois deveria basear-se na racionalidade e ser obra exclusiva da sociedade e do Estado.

As concepções liberais trazidas pela Revolução Francesa, com os lemas de liberdade, igualdade, fraternidade, pressupunham uma autonomia privada absoluta e, conseqüentemente, um anti-estadualismo. Buscava-se edificar o Estado Liberal como fruto da luta do indivíduo contra o Estado absolutista. Politicamente falando, atribui-se a Locke e a Rousseau a idéia de que o aparato público é criação da

¹⁴⁸ A lição de Paulo Bonavides é no sentido de que: “Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre liberdade do indivíduo e o absolutismo monarca – que nasceu a primeira noção de Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução histórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant... O Estado é a armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se com esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre na defesa da liberdade e do Direito, o papel fundamental do Estado [...]. Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete e pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 41)

¹⁴⁹ “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p.119, *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.)

vontade dos indivíduos, que pactuam livremente para formar o seu próprio governo. Os postulados de liberdade de pensamento e expressão vimos consubstanciados em Voltaire. Montesquieu, por sua vez, elaborou a teoria da tripartição das funções precípuas do Estado, como forma de contenção do poder pelo poder. Sua inspiração partiu das instituições inglesas com seus checks and balances¹⁵⁰.

Idealizava-se, enfim, um Estado mínimo com um máximo de bem estar comum proporcionado pela livre iniciativa. Todavia, não se pode perder de vista o fato de que ao formar-se um Estado da burguesia, ou seja, de uma só classe, excluiu-se a grande massa de trabalhadores, protagonistas do modelo econômico capitalista então reinante, o que provocou grave crise do Estado Liberal¹⁵¹.

Na prática, os lemas não se concretizaram para todos, porque a liberdade foi exercida apenas pela classe burguesa¹⁵², haja vista o sufrágio censitário, por exemplo. A fraternidade, por sua vez, também inexistia, ante a situação de penúria do proletariado.

Assim, restou demonstrado que só as intervenções estatais seriam capazes de garantir a liberdade e assegurar as condições jurídicas, políticas, sociais e econômicas para exercê-la. Daí o Estado Liberal foi se transformando num Estado Social, sem que fossem relegados os direitos fundamentais do homem trazidos pela Revolução Francesa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹⁵⁰ “Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem extrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.” (BUENO, José Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 32 – Grifo do autor, *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.)

¹⁵¹ Sobre a crise do Estado Liberal, também leciona Bonavides: “Aquela liberdade, conduzia, com efeito, a graves e irreparáveis situações de arbítrio [...] Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 41).

¹⁵² Filósofo do liberalismo econômico, Adam Smith asseverava que: “Por cada homem rico haverá, pelo menos, 500 homens pobres, e a propriedade de uns poucos pressupõe a indigência de muitos. (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 1983, tradução portuguesa, vol. II, p. 316, *apud* NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30.)

3.2 O ESTADO SOCIAL

Como forma de repensar os pressupostos de constituição do Estado Liberal, surgiu o Estado Social que segundo as palavras de J. J. Canotilho¹⁵³ “coloca entre seus princípios fundantes e estruturantes o princípio da socialidade”, princípio esse que postula não só o reconhecimento, como também a garantia da implementação dos direitos sociais. Mas, para que isso aconteça, o mesmo autor reconhece que deve existir uma articulação do direito com a economia intervencionista.

O constitucionalista lusitano entende que para que o Estado Social desempenhe satisfatoriamente suas tarefas de sociedade, devem ser verificadas quatro condições tidas por ele como básicas, quais sejam:

- Provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária;
- Estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva);
- Orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda;
- Taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado.¹⁵⁴

Acontece que a observância cumulativa dessas condições pode ser verificada nos países ricos, mesmo assim com algumas restrições; mas, nos países ditos periféricos, as constantes crises fiscais, o crescimento incontrolável das despesas com serviços de saúde e educação, os desvios de recursos públicos por conta da corrupção põem em cheque, por exemplo, a própria existência do Estado Social.

Daí as severas críticas que são feitas a esse modelo de Estado e às constituições programático-sociais¹⁵⁵, bem conceituadas pelo professor Marcelo Neves em seu livro *Constitucionalização Simbólica*.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 145.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 147.

¹⁵⁵ Com relação à questão da constitucionalização simbólica, representada pela insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, o professor Marcelo Neves coloca que a falta

Como reação às críticas, os representantes do Estado Social de Direito e de sua Constituição Social têm que estar alertas para o fato de que a insuficiente concretização do Estado Social está relacionada com a progressiva carência de recursos financeiros, a qual também tem uma relação direta com a corrupção política, haja vista que quanto maior for esta, maiores as carências financeiras e maiores as dificuldades de concretização do Estado Social.

Nessa linha, o professor Canotilho¹⁵⁶ assinala que “Não há Estado Social em <<Estado falhado>> ou com os cofres vazios.” Fazendo um trocadilho, vislumbramos que seria perfeitamente plausível colocar que “Não há Estado Social em <<Estado dominado pela corrupção política>>”, vez que a concretização dos direitos sociais fundamentais básicos como saúde e educação, por exemplo, implica a existência de uma vasta, complexa e custosa rede de serviços públicos que consiga suprir as demandas que lhe são impostas.

Mesmo diante das críticas, não se pode olvidar que o Estado Social tem a indeclinável tarefa de inclusão social, o que torna inviável e incabível, a nosso ver, propostas que propugnem pela retirada dos direitos sociais dos textos constitucionais.

A realidade é que além de o Estado gastar mal, perde parcela substancial dos seus recursos com a corrupção política, razão pela qual esta precisa ser reduzida ao máximo para que a ampla tarefa de inclusão social possa ter um efeito real positivo, ou seja, possa ser efetiva.

Caso a corrupção pudesse ser estancada, como se estanca o sangue que jorra de um corte profundo, certamente sobriam mais recursos (não totalmente suficientes, é claro, pois as necessidades orçamentárias são sempre crescentes em

generalizada de concretização das normas constitucionais pode significar a própria impossibilidade de distinção entre abordagens internas e externas. Daí afirmar que o problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo constitucional da ação. Relativamente à constitucionalização simbólica, ela ganha sua relevância específica no plano da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição. Ao texto Constitucional falta, então, normatividade. Na linguagem da teoria dos sistemas, não lhe correspondem expectativas normativas congruentemente generalizadas. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 92).

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 147.

todas as áreas governamentais) para dar sustentabilidade ao modelo social delineado pela Carta Magna de 1988.

É interessante frisar que a tarefa de buscar a inclusão social das parcelas da população menos favorecidas encontra dificuldade na progressiva carência de recursos financeiros não só no nosso País, como em grandes potências mundiais, como os Estados Unidos¹⁵⁷. Mas no Brasil o problema é mais crônico, pois além da grande desigualdade social com a qual convivemos, deparamo-nos com altos índices de corrupção praticada por agentes que deveriam estar a serviço da sociedade e não de interesses pessoais.

Mesmo com o advento do Estado Neoliberal, que retomou os principais postulados do liberalismo econômico, defendendo o fim do intervencionismo estatal, a privatização de empresas públicas, a incapacidade do Estado para prestar serviços básicos como de saúde, educação, energia, transporte coletivo, dentre outros, e tentando imputar um total descrédito ao Estado Social de Direito, o que se constatou foi que na prática a adoção de políticas neoliberais trouxe flagelos como o desemprego e a indigência social.

Destarte, no Brasil, mesmo com a adoção de políticas neoliberais (com destaque para o Governo Fernando Henrique Cardoso), não houve a superação total dos ditames do Estado Social, haja vista que apesar da busca da diminuição da participação do Estado na economia e da redução das prestações estatais nas áreas de saúde, educação, por exemplo, com o fito de se atingir o Estado mínimo, este percebeu que não poderia ver-se, de uma hora para outra, livre de encargos sociais intrínsecos ao *Welfare State*¹⁵⁸. Notou, sim, que deveria incrementar as políticas públicas assistenciais para reduzir as desigualdades.

¹⁵⁷ O próprio DWORKIN, ao tratar da justiça e do alto custo da saúde, demonstra preocupação com os gastos com a saúde pública nos EUA, descrevendo que mesmo na maior potência econômica mundial da atualidade, há escassez de recursos para suprir satisfatoriamente despesas dessa natureza. Coloca, então, a seguinte indagação: como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham? Após várias ponderações de ordem teórica e prática, entende que é vergonhoso que uma nação tão próspera quanto os Estados Unidos não possa garantir ao menos um atendimento médico mínimo razoável a todos sobre os quais exerce domínio. (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 72).

¹⁵⁸ Celso Ribeiro Bastos, ao comparar o neoliberalismo com o liberalismo, ensina-nos que: “O neoliberalismo, ao mesmo tempo em que parece, se diferencia do liberalismo. Eles são semelhantes na medida em que se utilizam da mesma palavra, qual seja, a liberdade. Mas se diferenciam na medida em que o antigo liberalismo empregava essa palavra de maneira abrangente, para referir-se a

Mesmo assim, a concretização do Estado Social fica constantemente sob suspeição nas democracias ditas sociais, nas quais reinam a corrupção, a fome, a miséria, a ignorância, o analfabetismo, a exclusão. Nesse sentido, para a realização dos direitos sociais¹⁵⁹, há que existir uma associação imprescindível da juridicidade, da democracia, da sociabilidade, da probidade administrativa, pois nas palavras de Canotilho¹⁶⁰ democracia não se constrói num meio onde existem tantas mazelas sociais, procedimentos injustos de participação política, e falhas radicais na justiça distributiva dos bens sociais.

Nesse contexto, trataremos adiante de áreas sociais que consideramos de extrema relevância num Estado Social, quais sejam: Saúde e Educação. No estudo, buscaremos mostrar que além da escassez de recursos para essas áreas, a corrupção política ainda solapa grande parte dos recursos orçamentários a elas destinados¹⁶¹.

toda e qualquer manifestação da vida humana, da liberdade e da propriedade. No neoliberalismo, a palavra liberdade é empregada essencialmente quando se trata de comércio e circulação ampliada de capital. No antigo liberalismo, o Estado não deve se intrometer na vida de seus cidadãos, a não ser dentro de certos limites. Esses limites podem ser definidos como as obrigações que o Estado chama para si, como o oferecimento de previdência social, assistência social, educação, saúde e desporto. Já o neoliberalismo apregoa a não intervenção do Estado na vida de seus cidadãos, nem sob certos limites. Em vez das atenções estarem voltadas para o social, elas estarão voltadas para o mercado e para as atribuições menores. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002).

¹⁵⁹ Esses direitos sociais estão expressos de forma analítica, não sintética na Constituição dita dirigente, que nas palavras de Canotilho deve ser entendida “como bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A Constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de Constituição Programática. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 224)

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 147.

¹⁶¹ Ives Gandra Martins entende que o Estado é “um mal administrador de recursos, um mal gerenciador empresarial e um mal administrador de riquezas, além de ser um péssimo prestador de serviços públicos com parte de tributos que tira da sociedade, pois a maior parte deles morre na mão de políticos e burocratas, isto é, na mão dos detentores do poder.” (MARTINS, Ives Gandra. *Uma Visão do Mundo Contemporâneo*. São Paulo: Editora Pioneira, 1996. p. 85-86). Na mesma obra, encontra-se: “O Estado sempre arrecada mais do que necessita para servir a sociedade e impõe encargos sociais mais elevados do que o necessário para atender às demandas sociais da Seguridade Social, que, a rigor, conformam a Previdência, a Assistência Social e a Saúde, na feliz percepção do constituinte brasileiro.” (Ibidem, p. 303).

3.3 DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Além de ser um direito social básico, conforme preconiza o art. 196 da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é também um direito fundamental, tal qual descrito no art. 6º do mesmo diploma legal. Seus princípios informadores são o do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde¹⁶².

Em assim sendo, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nesse sentido, na concepção de Sérgio Pinto Martins, é um direito público subjetivo, cabendo ao Estado o dever de satisfazê-lo, sem ressalvas à reserva do financeiramente possível¹⁶³.

Outrossim, o direito à saúde há de ser informado pelo princípio fundamental de que todos os seres humanos têm direito à vida, o que significa que nos casos de doenças, cada um deve receber tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.¹⁶⁴

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1302.

¹⁶³ (MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito a Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.156.). Sobre o condicionamento de efetivação dos direitos à educação e saúde à reserva do financeiramente possível, escreve o professor Gilmar Ferreira Mendes: “A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade do estado vir a ser obrigado a criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de prestações por parte do Estado.” [...] entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.” Destaca, em conclusão, ao comentar os limites materiais das decisões nessas duas ações que “embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível...” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 46-47, grifo do autor.)

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Mallheiros, 2003. p.307. Assim, o princípio informador da saúde, segundo a nossa Carta Magna, é o que garante acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Apesar de se tratar de uma área prioritária, ao analisarmos o orçamento da União para o exercício de 2007¹⁶⁵ (SIAFI 2007), verificamos que o Ministério da Saúde foi o órgão/unidade orçamentária do Poder Executivo que teve o maior contingenciamento de recursos, em termos absolutos, da ordem de R\$ 2.183.740.000,00 ($C = A - B$), uma vez que da dotação final, R\$ 40.590.573.000,00 (A), só pôde ser utilizado para movimentação e empenho o valor de R\$ 38.406.833.000,00 (B).

Numa análise mais pragmática da questão, com respeito às ações prioritárias não executadas ou com execução financeira inferior a 30% no exercício de 2007, encontramos o Programa de Expansão e Consolidação da Saúde da Família, que a despeito de ser uma interessante iniciativa governamental, à medida que busca ampliar o acesso da população aos serviços básicos de saúde, tendo as equipes de saúde da família como eixo estruturante, teve uma execução financeira de 27,4%, já que dos R\$ 19.400.000,00 referentes à dotação final, somente R\$ 5.319.000,00 foram liquidados.

Apesar de um percentual tão baixo de execução financeira, segundo informações extraídas do sítio do Ministério da Saúde, os indicadores demonstram que os objetivos vêm sendo atingidos paulatinamente, diante do acesso da população aos benefícios trazidos pela atuação de equipes de agentes comunitários de saúde.

Pela sua importância, o Programa de Saúde da Família passou a ser incluído no Plano Plurianual, a partir do Plano Avança Brasil. As estratégias a ele associadas combinam enfoques preventivos, educativos e de promoção à saúde, de forma que se deixa de lado, pouco a pouco, o modelo de cunho curativo, que privilegia uma medicina de alto custo, exercida de forma verticalizada, que atua no processo saúde-doença.

Mesmo com os resultados positivos destacados pelo Ministério da Saúde, há ainda muito a se fazer para aperfeiçoar e intensificar vários aspectos do Programa, com destaque para: 1) redefinição do modelo de financiamento do Programa em

¹⁶⁵ SIAFI. Banco de Dados do Governo Federal. Disponível em: <Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Rede Serpro. <https://acesso.serpro.gov.br/HOD900/index.htm> >. Acesso em: 30 ago. 2008.

grandes centros urbanos – esse tema é tratado pelo Projeto de Implantação e Expansão da Saúde da Família – PROESF, cuja implementação é financiada com o apoio do Banco Mundial; 2) ampliação e agilização das ações de capacitação de recursos humanos; 3) implantação de redes regionalizadas de serviços de saúde, visando garantir resolutividade para as equipes de saúde da família.

Dessa forma, um dos grandes desafios a serem superados é justamente a escassez de recursos financeiros, confirmada pelos altos contingenciamentos sofridos pelo Ministério da Saúde e pelo Programa de Saúde da Família. Desafios esses que são potencializados pela imensa população do nosso País, principalmente de origem carente, o que faz com que as necessidades de saúde preventiva sejam cada vez mais urgentes, e pelas carências financeiras fortemente presentes nas diversas áreas de atuação estatal. Todavia, ante os freqüentes escândalos de corrupção política, que subtraem recursos já tão escassos, a concretização plena dos objetivos e metas traçados por programas tão importantes como o da Saúde da Família fica mais distante da realidade concreta.

Enquanto faltam recursos para a plena execução de um programa governamental tão importante quanto o de Saúde da Família, sendo necessário recorrer a financiamentos com apoio do Banco Mundial, sobraram recursos para abastecer a ganância de políticos, empresários e servidores públicos envolvidos no esquema denominado “sanguessuga”, cujo objetivo fundamental era o desvio de recursos públicos destinados à área de saúde, por meio de fraudes às licitações e superfaturamento de preços, entre outros ilícitos. A corrupção política a que nos referimos anteriormente é bem caracterizada no Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “das ambulâncias”.

Ab initio, a Procuradoria da República no Mato Grosso apresentou denúncia contra pessoas envolvidas em esquema de desvio de recursos públicos destinados à área de saúde, que, tendo sido instruída pelo conjunto probatório colhido em inquéritos policiais requeridos à Polícia Federal, culminou com a Operação Sanguessuga. A denúncia foi acolhida pela 2ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Mato Grosso, tendo sido corroborada pelas investigações da CPMI.

O esquema foi beneficiado com elevadas somas de recursos públicos provenientes de emendas de parlamentares apresentadas à Comissão Mista de

Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional (CMO), direcionados à compra de veículos e equipamentos hospitalares. O esquema criminoso beneficiou-se das deficiências legais e administrativas que permitiram as ações lesivas ao patrimônio público, ora dolosas, ora culposas¹⁶⁶.

Segundo o Relatório Final da CPMI das “ambulâncias” a peça exordial da ação penal evidencia quatro núcleos essenciais fundamentais para o sucesso da ação delituosa dos Vedoin e de seus associados, quais sejam:

O primeiro núcleo era o empresarial, que sustentava tecnicamente a organização criminosa pela elaboração de projetos técnicos, por forjar a documentação relativa a procedimentos licitatórios, liquidação de despesas, prestação de contas junto ao Ministério da Saúde e, ainda, operava na “perseguição dos atos administrativos necessários à liberação de recursos junto ao Fundo Nacional de Saúde”.

O segundo núcleo controlava setores do Ministério da Saúde responsáveis pela aprovação dos projetos destinados à aquisição de veículos e equipamentos médicos e hospitalares pelos municípios e pelas organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). Esse núcleo foi chamado de “base burocrática” pela Procuradoria da República.

¹⁶⁶ Segundo a denúncia do Ministério Público “O ‘esquema’ criminoso agiu de forma linear durante vários anos objetivando a percussão e a apropriação de recursos públicos em larga e profusa escala. Para a execução dos delitos, os integrantes da mencionada organização criminosa monitoravam permanentemente a formalização e a aprovação do Orçamento Geral da União, notadamente as emendas apresentadas individualmente por parlamentares.

Em seguida agiam no sentido de controlar a sua execução orçamentária, interferindo na liquidação de despesas e na prestação de contas dos convênios então formalizados entre a União Federal, municípios e organizações sociais de interesse público. Na etapa intermediária, ou seja, que medeia a aprovação da emenda junto à Comissão Mista do Orçamento, a liquidação de despesas e a prestação de contas, os membros da organização criminosa cuidavam da elaboração de projetos sem os quais não era possível a descentralização dos recursos públicos pelo Ministério da Saúde.

Por último, os seus integrantes manipulavam os processos de licitação visando adjudicar o objeto do convênio em favor de alguma das empresas integrantes do aparato criminoso. Desse modo, toda e qualquer emenda parlamentar “trabalhada” pelo grupo tinha um objetivo certo e incontestável: o favorecimento dos seus integrantes quando da aquisição de unidades móveis de saúde e de equipamentos hospitalares.

O passo seguinte consistia no superfaturamento e/ou na inexecução total ou parcial do objeto contratual, de sorte que os recursos públicos tivessem destino outro que não aquele previsto em lei e ajustado pelas partes contratantes [...].

[...]

É de ver-se, ainda, que a ação da organização criminosa não se limitava na prévia elaboração e defraudação de documentos inerentes à formalização de processos de licitação [...].

[...]

Dessa forma, o “esquema” foi estabelecido de forma circular e retro-alimentante. Atuou na origem da verba federal, logo após a votação do orçamento da União, monitorou a liberação dos recursos, interferiu ilicitamente em todas as fases da licitação e na execução do objeto licitado, controlou os gastos com a aquisição de veículos, equipamentos médicos e hospitalares e distribuiu ilicitamente parte desta verba arrecadada [...].

Isto é, nenhuma etapa de tramitação do processo, político ou burocrático fugiu ao controle da organização criminosa, de modo que foi estabelecido um domínio permanente sobre todo o fluxo de recursos federais destinado à execução de parcela substancial da política pública de saúde e de outros programas governamentais,”

(excertos da denúncia formulada pelo Ministério Público Federal)

O terceiro e o quarto núcleos eram, respectivamente, a base de parlamentares que, no resguardo dos interesses do esquema criminoso, apresentavam emendas ao Orçamento e o grupo de pessoas dedicadas a “dissimular e ocultar a origem ‘suja’ do dinheiro e de indicar a melhor forma aos beneficiários de como proceder a entrega das ‘comissões’ ”.

A maior parte das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas da União - TCU e pela Controladoria-Geral da União - CGU se estabeleceu no âmbito das entidades responsáveis por firmar os convênios, quais sejam: a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA e o Ministério da Saúde. Para que fossem firmados os convênios com prefeituras municipais e OSCIPs envolvidas com o Grupo Planam, era necessária, além da proposta inicial, a indicação dessas entidades pelo Parlamentar. Uma vez cumpridos os trâmites burocráticos formais e observados os normativos legais, o Secretário Executivo autorizava a assinatura do acordo.

Nos Estados, fazia-se o acompanhamento da execução dos convênios, oportunidade em que era cobrando o cumprimento da IN/STN nº 01/1997, vigente à época, e do Plano de Trabalho aprovado. Dessa maneira, grande parte dos convênios tinha suas prestações de contas aprovadas apenas por análise documental burocrática, o que demonstrou um completo descompromisso com os fins mais elevados do uso da coisa pública e com o zelo que se exige ao lidar com ela, além de desvio de conduta de alguns servidores cooptados pela quadrilha.

O Capítulo do Relatório da CPMI que aborda as fiscalizações feitas pelo TCU sobre convênios firmados por diversos órgãos da Administração Pública demonstra claramente, para preocupação de toda a sociedade, que esta não é uma característica exclusiva do Ministério da Saúde.

Relativamente aos convênios por meio dos quais se adquiriram das empresas do Grupo Planam unidades móveis de saúde e equipamentos médico-hospitalares, foram comuns as mazelas a seguir listadas, segundo o Relatório da CPMI das Ambulâncias:

- análises pro forma de projetos;
- leniência na análise das condições técnicas do conveniente para executar o objeto acordado, bem como quanto à regularidade fiscal;
- inexistência de planejamento para o repasse do dinheiro público por meio de convênios e ajustes congêneres;
- excessiva liberdade para o exercício do poder discricionário na definição dos convenientes;

- falta de transparência na fixação de prioridades para a escolha dos beneficiários dos ajustes, ensejando a apropriação do público pelo privado, com ingerência, no mínimo, casuística na destinação dos recursos, em afronta aos princípios da isonomia, impessoalidade e interesse público;
- uso inescrupuloso da máquina pública em favorecimento a grupos de interesses partidários, econômicos, empresariais e ideológicos;
- objetos demasiadamente genéricos e mal definidos;
- ausência de critérios objetivos para avaliação do real benefício advindo do convênio executado, no mais das vezes, resultado dos objetos insuficientemente detalhados;
- claros indícios de violação do princípio licitatório na aquisição de bens e na contratação de obras e serviços;
- desvios de objeto e de finalidade na execução dos convênios;
- fiscalização praticamente inexistente;
- avaliação formal das prestações de contas, com aceitação pura e simples de relatórios na quase totalidade dos convênios, sem a checagem da veracidade das informações neles contidas.

No caso dos convênios que envolveram o grupo empresarial ligado aos Vedoin, a CPMI concluiu que não restou caracterizado radical desvio de finalidade – problema comum no restante da administração –, pois o interesse da organização criminosa era realmente vender unidades móveis de saúde e equipamentos médico-hospitalares, porém com preços inequivocamente superfaturados e com a entrega de bens diversos dos licitados (desvio de objeto). Foi o caso dos veículos ditos “maquiados”, pois eram velhos, mas vendidos como novos. Os responsáveis pela aprovação das prestações de contas e pelos controles administrativos do Ministério fizeram vistas grossas a essas ocorrências.

Ademais, os projetos eram bem montados e as licitações adequadamente direcionadas, tudo na intenção de ludibriar eventuais fiscalizações, o que feriu os princípios fundamentais da Administração Pública, quais sejam: legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência. A máquina pública foi, na verdade, usada para beneficiar interesses particulares escusos não só de empresários, mas também de políticos corruptos, que, na maioria das vezes, beneficiavam-se da falta de planejamento na destinação de recursos orçamentários oriundos de emendas parlamentares, o que culminou em inexplicáveis favorecimentos a determinadas regiões, prefeituras e instituições.

Exemplo interessante foi o do município de Mira Estrela/SP, cuja população, estimada em aproximadamente 2.500 habitantes, foi aquinhoadada com 11 unidades

móveis de saúde (UMS) entre 2000 e 2005, segundo dados fornecidos pelo Ministério da Saúde. Algo como uma UMS para cada 230 habitantes. Outro bem servido município foi o de Pimenteiras do Oeste/RO, que recebeu 8 UMS para atender 2.600 habitantes. Ou seja, cada grupo de 330 pimenteirenses contaria com uma UMS para suas emergências médicas. Em contraposição, Curitiba/PR, com população próxima de 1,8 milhão de habitantes, recebeu a mesma quantidade de UMS entregue a Pimenteiras do Oeste/RO, só que a proporção aumentou demasiadamente para, aproximadamente, uma UMS para cada 220 mil pessoas.

A CPMI das ambulâncias não questionou a necessidade por parte dos municípios menores e mais afastados dos centros mais desenvolvidos, mas o fato de inexistir qualquer planejamento que fundamentasse, de forma objetiva, a garantia do número X de UMS para o município A e a quantidade Y para o município B.

O que se constatou foi que a falta de planejamento na destinação de recursos do Orçamento da União advindos de emendas parlamentares e de recursos extra-orçamentários não ocorreu só na administração do Ministério da Saúde investigada pela CPMI, mas, também, ao longo de administrações passadas, não sendo uma característica exclusiva desse órgão. Na realidade, viu-se que a ausência de planejamento tinha ares de ação deliberada, em relação à qual sucessivos Ministros da Saúde cerraram os olhos. Enfim, a desorganização e falta de controle por parte da Administração terminam por sustentar os esquemas criminosos criados para lesar os cofres públicos.

Ante esse quadro inquietante, um Controle Social eficiente seria um instrumento de extrema importância para a moralização da máquina pública. Mas o olhar fiscalizador da sociedade ainda é muito incipiente, e vem atuando com certa timidez, a exemplo dos Conselhos criados para fiscalizar a aplicação dos recursos do FNDE repassados para o Programa de Merenda Escolar, por exemplo.

Mesmo diante do quase total descontrole administrativo constatado pela CPMI das ambulâncias, não se pode descartar a importância de algum controle administrativo¹⁶⁷ na garantia da transparência dos gastos dos recursos públicos

¹⁶⁷ Sobre a busca de melhorias para os controles administrativos internos das entidades, falaremos, no capítulo 4, acerca da nova metodologia de avaliação de controles internos, em desenvolvimento pelo Tribunal de Contas da União.

federais. Infelizmente, além das falhas graves desse controle, a falta de transparência, caracterizada pela ausência de comunicação da liberação de recursos federais do convênio aos partidos políticos, sindicatos de trabalhadores e entidades empresariais do município beneficiado (art. 2º da Lei nº 9.452, de 1997), favoreceu indiscutivelmente o Grupo Planam.

O Relatório Final da CPMI ainda apontou outras irregularidades flagrantes nas prestações de contas, tais como:

- demora excessiva para licitar após recebimento do recurso/ausência de execução;
- ausência ou inadequação de documentação, como plano de trabalho e termo de convênio;
- licitação fraudada/direcionada;
- documentos fiscais contendo irregularidades ou fraudados;
- adjudicação da licitação a empresa que não participou do certame;
- irregularidades relativas à propriedade e documentação do veículo;
- não aplicação ou irregularidade na aplicação dos recursos em conta remunerada;
- contrapartida não paga, paga em valor inferior ou com recursos de origem ilegal;
- pagamentos antecipados/em desacordo com o estipulado no convênio;
- superfaturamento ou preço inexequível;
- desvio dos recursos, inexistência do objeto pago;
- utilização do ajuste para promoção pessoal;
- descumprimento de determinações feitas pelo concedente.

Com relação ao Grupo Planam restou demonstrado que se tratava de um grupo organizado, voltado para fraudar as licitações por meio de participação irregular nos processos licitatórios. O Grupo Vedoin não se limitou à saúde, atuando também no Programa de Inclusão Digital desenvolvido com recursos do Ministério da Ciência e Tecnologia (TCU – Processo TC 025.376/2006-4 – Acórdão nº 1933/2007-Plenário). Diversas empresas foram colocadas na teia criminosa, sendo o esquema sempre o mesmo: constituíam-se empresas, às vezes com nomes de laranjas, para fazer falsa concorrência com as empresas de Vedoin e Ronildo. Com tantas coincidências de licitações ganhas por empresas do mesmo grupo, as fraudes puderam ser descobertas.

Diante desse quadro estapafúrdio de desvio dos já escassos recursos destinados à saúde pública brasileira, não contabilizados em sua totalidade ante a amplitude do esquema, espera-se, ao menos, que o conhecimento do *modus operandi* permita melhorar a fiscalização do gasto público, com a adoção de medidas profiláticas, visando o futuro, e corretivas, com olhos no presente.

3.4 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Outro direito social de fundamental importância é o direito à educação, garantido pelo art. 205 da CF/88, cujos objetivos são o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Destarte, os princípios ditos informadores da educação são assim descritos na obra dos professores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁶⁸: “universalidade, igualdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos profissionais, gestão democrática da escola, padrão de qualidade.” Diante desses princípios, o Estado de Direito deve buscar prover a concretização dos mesmos, num espaço democrático em que os atores da *polis* interagem.

No entanto, há que se admitir a existência de enormes restrições para a plena realização desses princípios, a despeito da idéia geral do pluralismo como valor fundante para a preservação das sociedades democráticas. As restrições mais relevantes para a concessão de educação de boa qualidade e de caráter plural e universal são, novamente, de cunho financeiro, vez que as tarefas do Estado são muitas, mas os recursos são escassos.

Também se tratando de área prioritária, ao analisarmos o orçamento da União para o exercício de 2007 (SIAFI 2007), verificamos que o Ministério da Educação foi menos prejudicado pelo contingenciamento de recursos, comparativamente com o Ministério da Saúde. Em termos absolutos, sofreu restrição

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1302.

orçamentária da ordem de R\$ 414.511.000,00 ($C = A - B$), uma vez que da dotação final, R\$ 9.694.879.000,00 (A), só pôde ser utilizado para movimentação e empenho o valor de R\$ 9.280.368.000,00 (B).

Com respeito às ações prioritárias não executadas ou com execução financeira inferior a 30% no exercício de 2007, não encontramos Programas relacionados com o Ministério da Educação.

Diante do contingenciamento de recursos, deparamo-nos, novamente, com a escassez de meios para suprir as demandas financeiras inicialmente orçadas para o Ministério da Educação. Por outro lado, em pesquisa ao sistema Sinergia¹⁶⁹ do TCU, verifica-se que muitos dos programas desenvolvidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, por exemplo, estão sendo questionados quanto à sua regular execução em processos denominados Tomadas de Contas Especiais. Ou seja, se por um lado há escassez, por outro há irregularidades graves, que em geral levam a débitos e multas para os gestores e ex-gestores e prejuízos para o Erário.

3.5 HÁ COMO CALCULAR CUSTOS DECORRENTES DA CORRUPÇÃO POLÍTICA?

Para a obtenção, mesmo que aproximada, dos custos envolvidos com a corrupção política, de forma que possamos perceber os impactos que eles trazem para a concretização de ações de saúde e educação, buscamos na internet dados para a obtenção de dimensões mais realísticas do problema. Atualmente, temos pesquisas que nos mostram, sob uma perspectiva macro, os custos decorrentes da corrupção em geral, não só da corrupção política.

O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes – UNODC¹⁷⁰ realizou pesquisas que indicam que US\$ 1 trilhão de dólares são gastos,

¹⁶⁹ O Sistema Sinergia é um portal gerencial que tem por objetivo desenvolver, agrupar e disponibilizar relatórios gerenciais no Portal do TCU, acerca do desempenho das unidades técnicas e dos gabinetes.

¹⁷⁰ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES. Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. In: GOVERNANÇA E ANTICORRUPÇÃO. Disponível em:

anualmente, em suborno em todo o mundo, o que gera pobreza, atrapalha o desenvolvimento e afugenta investimentos. Observou-se que o quadro de corrupção é ainda mais acentuado em razão do constante desrespeito à legislação, da falta de transparência nos contratos e de um sistema judiciário falho e ineficiente.

Outra pesquisa relacionada com custos de corrupção¹⁷¹ foi feita pelo professor Marcos Fernandes, Coordenador de Economia da Fundação Getúlio Vargas – FGV e autor do livro “A Economia Política da Corrupção no Brasil”. O estudo mostra que o impacto da corrupção nas contas públicas corresponde a 0,5% do PIB, que em 2005 atingiu R\$ 1,93 trilhão, o que fez com que recursos da ordem de R\$ 9,68 bilhões do PIB brasileiro, ou seja, quase a metade do valor orçado para investimentos no exercício de 2006, fossem destinados ao custeio da corrupção. O estudo mostra que se esses quase 10 bilhões de reais estivessem nos cofres públicos seria possível suprir, por exemplo, parte significativa do déficit habitacional, com a construção de aproximadamente 538 mil casas populares.

O IBOPE investigou, sob outro ângulo, não diretamente vinculado a custos, a corrupção política (*Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice*)¹⁷², observando se os desvios estariam concentrados nas elites ou se teriam efeitos difusos sobre toda a sociedade. As principais conclusões advindas dos resultados da pesquisa foram as seguintes: 69% dos eleitores brasileiros já transgrediram alguma lei ou descumpriram alguma regra contratual; 75% cometeriam pelo menos um dos 13 atos de corrupção relacionados pela pesquisa, se tivessem oportunidade. Não bastassem essas assustadoras conclusões, a pesquisa mostrou também que muitos desvios de conduta dos governantes, como contratação de parentes e transformação de viagens de serviço em lazer, são considerados normais pelos eleitores.

<http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao_publicacoes.html>. Acesso em: 23 ago. 2008.

¹⁷¹ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção*. São Paulo: Editora SENAC, 2005. p. 138.

¹⁷² INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA, PESQUISA E ESTATÍSTICA. *Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA, 2, 2006, LOCAL. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=3&proj=PortallBOPE&pub=T&nome=pesquisa_opp_2006&db=caldb>. Acesso em: 26 ago. 2008.

Diante dessas constatações, vê-se que a regra observada no cotidiano brasileiro é que a sociedade mostra-se apática e conivente com certas práticas políticas que deveriam ser repudiadas, mas não o são. Isso leva à alarmante conclusão de que o pensamento que prepondera é o de que em havendo brechas, pode-se levar vantagem em tudo.

Quem não conhece casos em que ao assumir mandato eletivo, prefeitos e suas famílias ficam ricos do dia para a noite? Isso é muito perceptível nas cidades do interior do País e confirma o discurso popular “Se os outros puderam usar e abusar do dinheiro público, eu também posso”. Há, aliás, eleitores que tacham de burros e ignorantes aqueles que estiveram no poder e não tiraram nenhuma vantagem da posição que ocupavam. Depreende-se daí que, infelizmente, os próprios eleitores apóiam, ora implicitamente, ora explicitamente, os atos de corrupção praticados corriqueiramente pelos agentes políticos que ajudam a eleger. Nem se apercebem, porém, que os maiores prejudicados com as práticas corriqueiras de corrupção política são eles próprios (eleitores), que ao procurarem a prestação de serviços de saúde e educação, por exemplo, são submetidos a situações desumanas, humilhantes, degradantes da sua condição de cidadãos, atribuída constitucionalmente.

Muitos prefeitos apostam mesmo na pouca probabilidade de serem fiscalizados e solapam os recursos que são repassados, por exemplo, por meio de Convênios firmados com a União, fato que restou bem caracterizado no Relatório da CPMI das Ambulâncias, como visto. Não raro desviam recursos, não executam os objetos dos convênios ou os executam de forma parcial, desviam a finalidade do convênio, enfim, usam mil artifícios para lesar a sociedade em benefício próprio. Confiam-se, enfim, na estruturação deficiente de fiscalização do Estado, no excesso da burocracia, nas brechas legais e praticam atos de corrupção com a quase certeza da impunidade.

Observamos, enfim, que não há uma fórmula para calcular o custo da corrupção política no Brasil, mas o que não temos dúvida é que os custos a ela associados são altíssimos e causam sérios gravames sociais. Mas, como veremos adiante, há organismos internacionais, como o Banco Mundial, que vêm

demonstrando uma preocupação com a corrupção e buscando, por conseguinte, meios para combatê-la.

3.6 O IMPORTANTE PAPEL DO BANCO MUNDIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Diante desse quadro de enriquecimento ilícito estarrecedor, o Banco Mundial, a partir de 1996, começou a dar ênfase ao controle da corrupção e à transparência no uso do dinheiro público, principais aspectos da boa governança e pré-condições para acesso aos seus empréstimos. Em 1999, James Wolfensohn, à época Presidente do Banco Mundial, chegou a afirmar que: “[...] no que se refere ao Banco Mundial, não existe assunto mais importante que a corrupção [...]. No centro do assunto da pobreza está à questão da igualdade, e no centro do assunto da igualdade está à questão da corrupção.¹⁷³” Ou seja, num país onde há alta corrupção política, tem-se um menor grau de igualdade, o que confirma a propalada falácia do Princípio Constitucional da Igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a Lei¹⁷⁴.

A ofensiva contra a corrupção foi maciçamente implementada pelo Banco Mundial a partir de 1998, abrangendo quatro áreas diferentes, quais sejam: o controle da corrupção em projetos do Banco Mundial; o apoio a países interessados em controlar a corrupção; a incorporação do critério da “corrupção” em todos os programas de empréstimo do Banco; o apoio a iniciativas internacionais para controlar a corrupção.

A fim de obter dados que dêem subsídios de análise aos programas anticorrupção da Instituição, o Banco tem se utilizado de pesquisas de opinião voltadas para cidadãos, empresários e servidores públicos, por meio das quais se identificam práticas corruptas tanto em setores públicos quanto privados,

¹⁷³ Um dos objetivos do engajamento do Banco Mundial é demonstrar o caráter negativo da corrupção sobre o desenvolvimento dos países. (WORLD BANK Helping Countries Combat corruption: the role of the World Bank. Washington: World Bank, Sept. 2000).

¹⁷⁴ Escreve Eros Grau que “o próprio enunciado do princípio – ‘todos são iguais perante a lei’ – nos dá conta de sua inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais.” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.16).

oportunidade em que se buscam alternativas que possibilitem reformas institucionais. Essa concepção de trabalho tem feito com que o acesso a financiamentos em instituições internacionais de crédito seja dificultado, quer dizer, o fator corrupção é considerado um risco para os investimentos.

Vê-se, então, que a entrada do Banco Mundial na luta contra a corrupção conferiu mais importância ao tema e fez com que, paulatinamente, os dados fossem mais abundantes, o que vem reduzindo, substancialmente, o problema da escassez de informações, mas ainda não o da corrupção em si mesma. A coleta de dados existe em várias regiões do mundo e são feitos experimentos como cálculo do grau de corrupção, do volume dos desvios, do custo que o fenômeno tem para a Economia, para a sociedade e para a credibilidade das instituições políticas.

Um grande avanço na obtenção de dados foi alcançado a partir de um projeto da Universidade de Göttingen, que condensou e integrou em um único índice, chamado Índice de Percepções da Corrupção – IPCorr, informações de diferentes indicadores, de forma a medir as percepções de corrupção de vários países, de maneira contínua (pela sua periodicidade anual) e comparativa.

A Transparência Internacional, organização não governamental de combate à corrupção, sediada em Berlin, diante da importância estratégica das informações, incorporou o projeto que se tornou um dos seus principais carros-chefes (o indicador reflete uma percepção, não medições objetivas e incontestáveis dos fenômenos que foram observados).

A escala de medição vai de zero (“absolutamente corrupto”) a dez (“absolutamente íntegro”). A grande dificuldade é unir resultados de pesquisas realizadas com metodologias diferentes, pois isso requer uma série de decisões metodológicas. Mesmo assim, um ponto forte a ser destacado é justamente a possibilidade de inclusão, em um só índice, de dados oriundos de grande número de fontes, o que aumenta a confiabilidade das informações obtidas.

Aos pontos fortes são contrapostos pontos fracos. O primeiro deles é que somente países que dispõem de dados em no mínimo três fontes têm seu IPCorr medido. Ao não enviarem estes dados na forma requerida, há países que entram ou saem do índice, o que dificulta a comparação de dados ao longo dos anos. Ademais, para agir com rigor, somente seria possível uma comparação coerente entre os

IPCorr de países diferentes quando se utilizassem fontes coincidentes. Assim, como segundo ponto fraco, temos que diante da necessidade de comparação entre índices de diversos países, as limitações ínsitas ao IPCorr consomem os sucessos do índice, mesmo que parcialmente. Essas comparações podem levar a conclusões importantes, como a identificação de possíveis causas comuns.

Todavia, apesar das críticas e das limitações inerentes ao Índice de Percepções da Corrupção, o seu grande mérito é ter dado o pontapé inicial para incluir o assunto da corrupção na agenda política internacional. A partir desses dados, os países, por meio de seus governantes, passam a demonstrar uma preocupação cada vez mais ascendente em melhorar os seus índices e mostrar para a população e para a comunidade internacional que estão adotando providências para combater efetivamente a corrupção, de forma a buscar melhoras contínuas no crescimento econômico e no desenvolvimento social de seus países.

Em estudo desenvolvido acerca das relações entre índices de percepção de corrupção e outros indicadores em onze países da América Latina, o atual Presidente da Transparência Brasil, Cláudio Weber Abramo, afirmou que lhe parecia claro que “[...] o grau de corrupção de uma sociedade tem relação com a eficácia do governo e da lei – entre outros fatores.” Nessa linha de raciocínio, concluiu suas observações dizendo que:

[...] países afetados por eficácia governamental e jurídica muito baixas (como Equador, Venezuela, Bolívia e Colômbia) apresentariam reflexo relativamente pequeno em seus índices de corrupção como resultado de melhorias daqueles indicadores. No caso da Venezuela, por exemplo, mesmo um aumento de 100% de seu indicador legal levaria o país da 71^a à 28^a posição na classificação da corrupção. Já o Brasil atingiria a 27^a posição com uma melhoria de apenas 50% do indicador legal (ou governativo).¹⁷⁵

Já no que diz respeito à correlação do IPCorr com indicadores sociais da área de educação e saúde, o mesmo autor concluiu que não é tão intensa quanto a correlação do índice com a eficácia do governo e da lei e que:

não obstante o baixo grau de intensidade constatado, o que se vê, na prática, é que a corrupção aprofunda a desigualdade entre ricos e pobres, obstaculiza o desenvolvimento, põe em cheque a moral pública e solapa os

¹⁷⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. *Os Custos da Corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 20.

já poucos recursos destinados às áreas sociais, das quais são exemplos mais veementes, pela sua amplitude, as de saúde e educação.

Nessa acepção, há um mais elevado grau de correlação entre o IPCorr e a eficácia do governo e da lei, levando a dependências funcionais entre os indicadores.

Assim, temos consciência que medir corrupção, quer em sentido bem amplo, como o do IPCorr (*Corruption Perceptions Index*), quer em sentido estrito, como a medição da corrupção política, é tarefa altamente complexa. Mas o que importa é que já há iniciativas nesse sentido e uma tendência natural a que esses estudos sejam aprofundados e apareçam daí novas percepções e metodologias de medição mais precisas e coerentes com a realidade. Sob o aspecto gráfico, vê-se que a situação do Brasil está piorando no que se refere aos seus índices de percepção da corrupção. Todavia, considerando a entrada de novos países, considerando as restrições metodológicas próprias do índice, não podemos afirmar, com certeza, que o País está efetivamente mais corrupto.

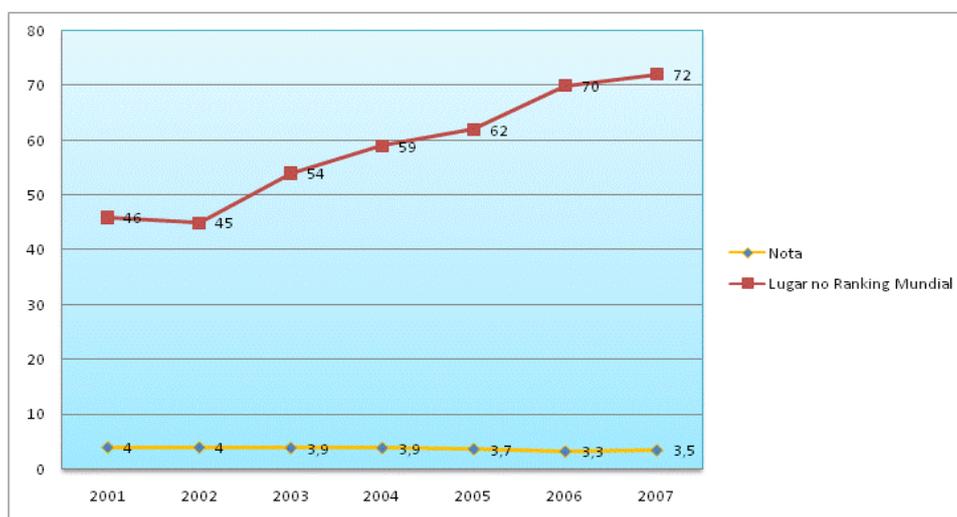


Gráfico 1 – Índices de Percepção da Corrupção no Brasil

Diante disso, o papel dos organismos internacionais como o Banco Mundial é essencial para fomentar as pesquisas, os estudos acadêmicos e mobilizar os governos a incrementar suas atuações com respeito ao combate à corrupção (em

todas as suas formas), pois esta corrói lentamente a estrutura do Estado e subtrai, por meio de formas cada vez mais criativas, os recursos, já escassos, destinados ao cumprimento de suas obrigações sociais.

O que os governantes têm que ter em mente é que atuando no sentido de prevenir e coibir a corrupção, estarão dando impulso para o maior desenvolvimento de programas sociais, como o da “Saúde da Família”, visto que um programa de tamanha importância pode ter sua execução bastante prejudicada por depender, pelo menos em parte, do aporte de recursos oriundos de financiamentos com o Banco Mundial, que está cada vez mais atento aos índices de corrupção do País, e com base nestes dados incrementam ou reduzem as possibilidades de financiamentos.

3.7 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

As Constituições modernas de jovens Estados inspiraram-se, inicialmente, no ideal progressista das luzes e na confiança na capacidade de a lei administrar um futuro libertador ¹⁷⁶. Havia uma firme vontade de instaurar uma nova ordem, por intermédio de uma ruptura irreversível com a ordem constitucional anterior, causando uma inversão definitiva com as instituições herdadas do passado. Após a desordem insurrecional trazida pela Revolução Francesa, a vocação constitucional imprimiu o nascimento de uma nova ordem jurídica.

Mesmo diante das suas características de imperatividade, ordem, ato jurídico unilateral, não se pode perder de vista que a Constituição é decorrente de um pacto social previamente estabelecido com base na confiança, sem o qual não se poderia pretender a sua durabilidade.

Dentro desse pano de fundo, o que se vê, concretamente, é que a Constituição contém normas programáticas, que se mostram como verdadeiras promessas a serem cumpridas no futuro. Daí muitos autores abordarem esse tema,

¹⁷⁶ OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999. p. 253.

como Marcelo Neves que escreveu sobre “A Constituição Simbólica”, onde enfrenta, justamente, essa dificuldade de concretização das normas constitucionais.

Tais dificuldades de concretização das normas colocadas no texto constitucional, com destaque para as normas atinentes ao acesso universal à educação e à saúde, são reais e concretamente vivenciadas no nosso dia a dia.

A corrupção política, como visto, é um fator real que obstaculiza a concretização das normas constitucionais. Mas, há luzes nesse caminho obscuro, como a atuação preventiva dos órgãos de controle (que será estudada com mais detalhes no capítulo 4), bem assim, a preocupação demonstrada pelo Banco Mundial com os índices de corrupção dos países (aí incluída a corrupção política) e com a adoção de estratégias inibidoras das práticas corruptas.

A nova ordem constitucional das luzes foi instaurada e trouxe consigo, após a ordem liberal, ordens sociais de bastante relevância para a vida dos cidadãos. Cumpre-nos, pois, estudar e buscar caminhos para a concretização dos direitos sociais e não para a sua extinção.

É custoso concretizar direitos sociais básicos, como os de acesso à saúde e à educação, diante de tamanha corrupção política que obstaculiza cada vez mais o nosso desenvolvimento econômico e social. Destarte, o primeiro passo seria pensar em quais são as reformas necessárias para as nossas instituições políticas e de controle, e quais os mecanismos jurídicos que poderiam incrementar a punibilidade dos agentes desencadeadores desse tipo de corrupção.

Para justificar as reformas necessárias, seria muito importante aprofundar os estudos sobre os custos advindos da corrupção política e suas implicações sociais e econômicas. Não encontramos valores específicos de custos desse tipo de corrupção, mas sabemos que eles são bastante elevados. Basta dar uma olhada nos julgamentos proferidos pelo TCU e ver os débitos gerados por Tomadas de Contas Especiais instauradas contra prefeitos e ex-prefeitos, por exemplo.

Quanto ao controle, é importante que se diga que quanto menor for, maiores serão os custos da corrupção, pois os agentes públicos e privados se sentem mais libertos para praticar os mais diversificados atos de corrupção pela quase certeza da impunidade.

A prática da corrupção não se restringe ao Brasil, mas é um problema de âmbito mundial, mais ou menos intenso, a depender do país. Todavia, no Brasil, o problema tem que ser visto, no nosso sentir, sob um prisma peculiar da situação econômica, política e social que vivemos. Uma obra para reflexão é a de Darcy Ribeiro, que nos convida à compreensão e à prática da construção de caminhos brasileiros. Ou seja, não basta copiar, é necessário que compreendamos com maior profundidade o fenômeno e busquemos soluções que se amoldem a nossa realidade.

4 MEIOS DE CONTROLE E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

Ao longo dos anos, buscaram-se meios de coibir atos de corrupção¹⁷⁷, com o intuito de evitar prejuízos sociais incalculáveis com os quais vem convivendo a sociedade, uma vez que esse fenômeno social é considerado uma das piores barreiras no caminho do progresso econômico de qualquer país.

Além de relatar que um nível elevado de corrupção pode tornar ineficazes as políticas públicas e afastar os investimentos, Amartya Sen coloca seu entendimento do que vem a ser comportamento corrupto. Para ele:

A corrupção envolve a violação de regras estabelecidas para o ganho e o lucro pessoal. Obviamente, não se pode erradicá-la induzindo as pessoas a ser *mais* auto-interessadas. Também não teria sentido tentar reduzir a corrupção simplesmente pedindo às pessoas que sejam *menos* auto-interessadas em geral – tem de haver uma razão específica para sacrificar o ganho pessoal.¹⁷⁸ (grifo do autor)

Por considerar que não se pode esperar das pessoas que tenham um comportamento pessoal altruísta voltado para o bem estar geral, vislumbra o autor ser possível alterar o equilíbrio de ganhos e perdas oriundo do comportamento corrupto por meio de uma reforma organizacional, destacando, em primeiro lugar, o papel dos sistemas de inspeção e punição. Nesse sentido, considera que “sistemas claros de regras e punições, junto com uma imposição rigorosa, podem fazer a diferença nos padrões de comportamento.”¹⁷⁹

A reforma organizacional também tem que ter em conta alguns sistemas de regulamentação que encorajam a corrupção por conferirem poderes discricionários aos altos funcionários que podem conceder favores a terceiros. Finalmente, destaca Amartya Sen que a tentação a ser corrupto aumenta nos funcionários que têm poder, mas são relativamente pobres. Nesse ponto, destaca que na China muitos

¹⁷⁷ Amartya Sen coloca que “a corrupção não é um fenômeno recente, como também não o são as propostas para lidar com ela. As civilizações antigas deram mostras de ilegalidade e corrupção disseminadas. Algumas produziram uma literatura considerável sobre modos de reduzir a corrupção, especialmente entre os altos funcionários do governo.” (SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 312)

¹⁷⁸ Op. Cit., p. 312.

¹⁷⁹ Op. Cit., p. 312.

burocratas recebiam uma “bonificação anti-corrupção”¹⁸⁰, denominada *yang-lien*, que os incentivava a permanecer honestos e cumpridores da lei¹⁸¹.

Diante desse quadro conceitual, expressamos nossa concordância com o posicionamento de Amartya Sen no sentido de que para enfrentar a corrupção são necessárias reformas institucionais nos nossos órgãos de controle oficial e também o aprimoramento da legislação nacional anticorrupção. Veremos que algumas reformas institucionais já estão sendo implementadas nos sistemas de inspeção e punição. O TCU, por exemplo, vem realizando auditorias sistemáticas em obras públicas, com benefícios evidentes ao Erário, como restará evidenciado. Está implantando, outrossim, em suas auditorias, a Avaliação de Controles Internos nas entidades que lhe são jurisdicionadas, para atuar preventivamente aos danos e fraudes causados, em geral, por ações corruptas. A Controladoria-Geral da União, por sua vez, implantou em 2006 a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Ações Estratégicas (SPCI) com o fito de criar mecanismos de prevenção de práticas corruptas.

Quanto ao sistema de regulamentação jurídica dos atos de corrupção, tecnicamente denominados de atos de improbidade administrativa na legislação brasileira, veremos, no capítulo seguinte, como o Ministério Público Federal vem utilizando a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), e se a Lei está produzindo os efeitos desejados diante de comportamentos corruptos, ou se está encorajando-os em consequência de impunidades.

Não se pode pensar que as pessoas são particularmente virtuosas e ávidas por serem justas, tendo, portanto, consciência de um dever moral intrínseco, no sentido kantiano. Na realidade, as pessoas, e mais especificamente, os agentes políticos, agem com um egoísmo inteligente, e com cupidez e ganância flagrantes. Daí a necessidade de controle e de normas éticas rígidas que baseiem o exercício das atividades públicas em geral, aí incluídas as dos agentes políticos.

¹⁸⁰ No que concerne aos incentivos financeiros (tal como existentes na China), encontramos-nos diante da dificuldade de alicerçar neles a prevenção da corrupção, para a realidade brasileira. Entrevemos como uma das saídas possíveis, o incentivo da atuação preventiva dos órgãos de controle, bem assim do sistema de controle social.

¹⁸¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 313.

Nessa linha, importa ressaltar que a Carta Magna de 1988 inovou ao alçar a moralidade administrativa a Princípio Constitucional, expresso e autônomo. Em assim sendo, autoridades e servidores podem ser acionados judicialmente e administrativamente pela prática de atos contrários à moralidade administrativa. O Princípio da Moralidade Administrativa (art. 37, *caput*) é tido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que não se pode ter uma verdadeira democracia sem que haja ética no desempenho de um mister público. Assim, a falta de moralidade no trato da coisa pública leva à prática de violência implícita contra os cidadãos administrados, sendo, por isso, absolutamente inaceitável.

Cabe, sem sombra de dúvida, aos agentes públicos (sentido lato) administrar a coisa pública de maneira honesta, proba e correta, vez que a observância à moralidade administrativa não se caracteriza como faculdade ante um princípio moral genérico, mas como obrigatoriedade diante do Princípio da Moralidade, que é específico e encontra-se consubstanciado na Constituição.

Todavia, em havendo desvios de conduta por parte dos agentes públicos e o conseqüente conflito com as normas e princípios atinentes à probidade administrativa, a própria Administração, no exercício da autotutela, tem o dever de adotar todas as providências cabíveis para corrigir as condutas condenáveis. Assim, um comportamento eivado de vício pode, perfeitamente, ser revisto pela autoridade administrativa competente no exercício da sua função de controle hierárquico.

Isso demonstra que diante da dinâmica do cotidiano da Administração Pública, os agentes públicos necessitam resolver, de imediato, muitas situações que lhes são apresentadas, tentando solucionar as questões no âmbito administrativo, como forma de evitar prejuízos ao Erário, coibir a corrupção e reduzir o número de lides perante o Judiciário, sempre observando o Princípio da Ampla Defesa, insculpido no art. 5º, inciso LV, da CF/88.

Ocorre que, por diversos motivos, dentre eles a fragilidade de controles intrínseca ao sistema burocrático administrativo, a administração se depara com muitas dificuldades na resolução de questões internas que levam a práticas corruptas. Isso leva a que haja uma necessidade cada vez maior de fortalecimento dos Sistemas de Controle Externo e Interno dos três poderes da União.

Entre nós, tanto o Controle Interno, exercido pela Controladoria-Geral da União no âmbito do Poder Executivo, quanto o Controle Externo, exercido pelo Tribunal de Contas da União, baseiam suas atuações nos ditames legais insertos nos artigos 70 a 74 da nossa Carta Magna.

Não se pode olvidar a importância desses órgãos no processo de combate e prevenção da corrupção, uma vez que, no exercício das competências constitucionalmente delineadas, lidam dia após dia com a improbidade daqueles que administram bens, dinheiros e valores públicos. No entanto, as suas atuações fiscalizadoras têm que ser repensadas visto que quando o desvio dos recursos públicos se perpetua, dificilmente os numerários retornam ao Erário. Desse modo, daremos enfoque ao controle preventivo da corrupção, por vislumbrarmos ser este mais eficiente para evitar que os desvios se concretizem.

O estudo também evidenciará a importância do controle social e a necessidade de incentivá-lo, dadas as dimensões continentais do Brasil e a pequena quantidade de servidores para fiscalizar a totalidade dos recursos que são repassados por diversos instrumentos de transferência de recursos.

4.1 CONCEITOS DE CONTROLE

Antes de adentrarmos os itens atinentes aos controles preventivos da corrupção, exercidos pelo TCU, CGU e pela sociedade, traremos à baila definições importantes para o escopo desse capítulo.

Ab initio, cumpre destacar que o vocábulo *Controle* tem o significado de fiscalização de atividades, processos, pessoas, órgãos. Numa acepção mais ampla, temos que os controles das atividades administrativas do Estado assumem várias formas¹⁸², como: controle interno, controle externo, controle social, controle jurisdicional, controle administrativo, controle político, controle parlamentar, controle legislativo. Controle, enfim, é uma atividade exercida com o propósito de certificar-se de que algo se cumpra de acordo com o que foi planejado.

¹⁸² SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado: Possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 77.

Para os fins do trabalho que ora se desenvolve, terão enfoques mais específicos os controles interno, externo e social, o que não impede que sejam citadas, quando necessário, as demais formas de controle e especificidades que lhes são próprias. Assim, conceituaremos esses controles, à luz de normas e doutrinas atualmente vigentes, com o fito de propiciar melhor entendimento do que será dito adiante, buscando evitar dissonâncias interpretativas.

A expressão “controle interno” passou a ser utilizada como um meio de distinguir os controles originados dentro da/ou pela própria organização, daqueles de origem externa, como é o caso dos controles impostos pela legislação¹⁸³.

Os controles internos¹⁸⁴ são todos os instrumentos adotados pela organização destinados à vigilância, fiscalização e verificação administrativa, que permitem prever, observar, dirigir ou governar os acontecimentos que se verificam dentro da entidade e que possam produzir reflexos em seus objetivos institucionais¹⁸⁵.

O Sistema de Controle Interno¹⁸⁶, por sua vez, é a conjunção de todas as políticas, normas e procedimentos exercidos no âmbito de uma entidade (órgão, empresa, unidade etc.). Enfim, conjunção de todos os controles estabelecidos: financeiros, contábeis, orçamentários, operacionais, etc. Busca obter: eficiência, efetividade, economicidade nas operações, incluindo a salvaguarda de recursos contra perdas, mal uso ou dano, além de informações úteis, tempestivas e confiáveis. Com isso, objetiva que haja conformidade a políticas, planos, procedimentos, leis e regulamentos aplicáveis à entidade. Registre-se que a auditoria interna faz parte desse Sistema.

¹⁸³ AUDIBRA - Instituto dos Auditores Internos do Brasil. *Normas Brasileiras para o Exercício da Auditoria Interna*. 2. ed. São Paulo. 1992.

¹⁸⁴ O debate sobre a revalorização dos controles internos chamou a atenção para a necessidade de códigos de ética mais detalhados, bem assim da formulação de manuais de conduta específicos para determinadas unidades organizacionais, como a Diretoria Financeira. Demonstra-se, dia após dia, a importância de uma unidade de Auditoria Interna atuante, focada nos riscos e engajada no esquema de Governança Corporativa e de relacionamento sinérgico com os Comitês de Auditoria, de Ética e de Riscos, e com as áreas de Divulgação de Informações, Ouvidoria e Conselho Fiscal.

¹⁸⁵ FRANCO, Hilário; MARRA, Ernesto. *Auditoria Contábil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 267.

¹⁸⁶ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION - COSO.

O Controle Interno, segundo a definição COSO¹⁸⁷, é um processo desenvolvido para garantir, com razoável certeza, que sejam atingidos os objetivos da entidade, nas seguintes categorias: eficiência e eficácia operacional - categoria relacionada com os objetivos básicos da entidade, inclusive metas de desempenho e salvaguarda de bens e direitos; confiabilidade das informações – registros e demonstrações contábeis-financeiras, sistemas de informação e mensurações de desempenho; conformidade com leis e regulamentos aplicáveis à entidade.

De acordo com a INTOSAI¹⁸⁸, o Controle Interno é um processo integrado efetuado pela direção e corpo de funcionários e estruturado para enfrentar os riscos e fornecer razoável segurança de que na consecução da missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão alcançados: execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; cumprimento das operações de *accountability*; cumprimento das leis e regulamentos; salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano. O alvo final do Controle Interno é auxiliar as entidades na consecução dos seus objetivos.

O Sistema de Controle Externo é “o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção de atos.¹⁸⁹”

O Controle Externo, por sua vez, é o que se realiza por órgão estranho à administração responsável pelo ato controlado e visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento¹⁹⁰.

¹⁸⁷ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO.

¹⁸⁸ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI.

¹⁸⁹ FERNANDES, Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 30.

¹⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 577 e 608.

A Auditoria é o exame das operações, atividades e sistemas de determinada entidade, com vistas a verificar se estes são executados ou funcionam em conformidade com determinados objetivos, orçamentos, regras e normas¹⁹¹.

Auditoria Interna¹⁹² é uma função independente de avaliação, criada dentro de uma empresa (entidade) para examinar e avaliar suas atividades. A proposta da auditoria interna é auxiliar os membros da organização a desincumbirem-se eficazmente de suas responsabilidades. Para tanto, a auditoria interna lhes fornece análise, avaliações, recomendações, assessoria e informações relativas às atividades examinadas¹⁹³.

Pode também ser definida como uma atividade independente, de fornecimento de segurança objetiva e de consultoria, que visa acrescentar valor a uma organização e melhorar suas operações¹⁹⁴. Busca trazer para a organização uma abordagem sistemática e disciplinada para avaliação e melhora da eficácia de seus processos de gerenciamento de risco, controle e governança, ajudando a atingir seus objetivos¹⁹⁵.

Por seu turno, a Auditoria Externa¹⁹⁶ é a auditoria realizada por um organismo externo e independente da entidade fiscalizada, tendo por objetivo, de um

¹⁹¹ INTOSAI, 1986 *apud* TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL, 1999, p. 23.

¹⁹² Vale alertar que não se deve confundir auditoria interna com controles internos. Enquanto estes representam um conjunto de políticas e procedimentos implantados pela administração, objetivando a salvaguarda dos ativos, a correta valoração dos passivos, a adequação das informações e a eficácia operacional, aquela é apenas um dos componentes do sistema de controle que muito contribui para o alcance dos resultados pelo sistema de controle interno.

¹⁹³ ATTIE, W. *Auditoria Interna*. São Paulo: Atlas, 1992. p. 28.

¹⁹⁴ Tanto o Tribunal de Contas da União quanto a Controladoria-Geral da União desenvolvem auditorias em diversas áreas da atuação governamental (saúde, educação, pessoal, obras públicas etc), o que não impede que entidades como a Companhia Hidroelétrica do São Francisco - CHESF, por exemplo, tenham suas próprias auditorias internas, ou contratem empresas especializadas em auditoria externa.

¹⁹⁵ The Institute of Internal Auditors – IAA, 1999, *apud*, BOYNTON e OUTROS, 2002, p. 932.

¹⁹⁶ A diferença marcante do trabalho de auditoria externa realizado pelas Entidades de Fiscalização Superior (EFS), mais especificamente pelo TCU, com relação à auditoria externa de uma empresa contratada é que além de confeccionar relatórios o TCU emite determinações de observância obrigatória, e por vezes recomendações. Ademais, ao monitorar o cumprimento das determinações, verificando o não cumprimento destas, aplica multa aos responsáveis (art. 58, inciso VII da Lei nº 8.443/92).

lado, emitir um parecer sobre as contas e a situação financeira, a legalidade e regularidade das operações e/ou sobre a gestão e, por outro, elaborar os relatórios correspondentes¹⁹⁷.

4.2 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

4.2.1 O TCU E SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Num Estado Democrático de Direito, faz-se essencial o estabelecimento de uma estrutura formal de controle das finanças públicas, de forma a possibilitar o melhor desempenho possível das atividades desenvolvidas pelo Estado, sempre visando ao interesse público.

Sabendo disso, o legislador constitucional originário atribuiu ao Tribunal de Contas da União competências bem mais amplas que as delineadas nos textos constitucionais anteriores. Recebeu a Corte poderes para, no auxílio ao Congresso Nacional, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade e à fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Assim, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, tem o dever de prestar contas ao TCU (art. 70 da CF/88).

Os relatórios de atividades trimestrais definem o negócio, a missão e a visão do TCU. Vejamos: Negócio – controle externo da Administração pública e da gestão dos recursos públicos federais; Missão – assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade; Visão – ser instituição de excelência no controle e contribuir para o aperfeiçoamento da administração pública.

¹⁹⁷ INTOSAI, 1986, *apud* TCU, 1995, p. 3.

As suas competências estão insculpidas nos artigos 71 a 73 da CF/88 e as suas atribuições de controle externo estão regulamentadas na Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92) e no Regimento Interno (Resolução nº 155, de 04/12/2002). Além das atribuições previstas constitucionalmente, outras lhe têm sido conferidas por leis específicas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁹⁸ (Lei Complementar nº 101/2000, arts. 56 e 59, §3º, dentre outros), a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93, art. 113, §§ 1º e 3º), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (a cada ano especifica as atribuições do TCU com relação à fiscalização de obras públicas: Ex: Lei nº 11.514/2007, art. 22, art. 101, §§ 3º, 5º, 9º, 10º, 13º; art. 102, §§ 1º, 5º, 6º; art. 103; art. 104; art. 125), dentre outras.

Outrossim, a Corte de Contas Federal, exercitando o Controle Externo, julga as contas dos administradores públicos, oportunidade em que verifica a legalidade, regularidade e economicidade dos atos dos gestores ou responsáveis pela guarda e emprego dos recursos públicos (art. 1º da Lei nº 8.443/92).

No julgamento das contas, constatando irregularidades graves, age o TCU: ora imputando débito ao responsável, condenando-o à devolução dos recursos não aplicados ou mal aplicados (art. 12, inciso II, §1º, da Lei nº 8.443/92); ora lhe aplicando multa, que pode ser cumulada com o débito (art. 57); ora inabilitando-o, por período que varia de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (art. 60), dentre outras cominações legais.

Ao verificar dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou desfalque e desvio de dinheiros, bens e valores públicos, a Corte, ao julgar irregulares as contas (art. 16, inciso III da Lei nº 8.443/92), pode, também, fixar a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado (art. 16, § 2º). Providencia, outrossim, nesses casos, a imediata remessa de cópia da

¹⁹⁸ A Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que as prestações de contas dos governos e os pareceres prévios elaborados pelas Cortes de Contas são instrumentos de transparência da gestão fiscal. Caso atingidos os limites definidos em lei, verificados fatos comprometedores dos programas governamentais, ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária, os Tribunais de Contas têm o dever de alertar os órgãos ou poderes sobre a situação identificada.

documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis (art. 16, § 3º).

Aqueles que têm suas contas julgadas irregulares são inscritos no Cadastro de Responsáveis com Contas Julgadas Irregulares – CADIRREG – elaborado pelo TCU e que contempla todas as pessoas físicas ou jurídicas, cujas contas não foram aprovadas no exercício.

O sítio do TCU (www.tcu.gov.br) contém a listagem dos que foram declarados inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal, os inidôneos para participarem de licitações realizadas por essa mesma Administração, e os inelegíveis, que tiveram suas contas julgadas irregulares (a lista é encaminhada para a Justiça Eleitoral).

Nesse contexto, vê-se que a atuação central do TCU, como o seu próprio nome indica, é a de julgar contas dos administradores públicos, agentes políticos ou privados, que utilizam recursos federais. O julgamento das contas se dá após a utilização dos recursos, significando que se houver desvios ou danos ao Erário, esses já foram perpetrados, cabendo tão-só ao TCU correr atrás dos prejuízos, buscando recuperar valores desviados ou mal aplicados, o que na prática é uma falácia, pois um percentual ínfimo desses valores retorna aos cofres públicos¹⁹⁹. Por isso, vemos na atuação preventiva do TCU uma saída mais eficaz para o combate e prevenção à corrupção, razão pela qual, nas linhas que se seguem, focaremos a análise nesse tipo de estratégia.

4.2.2 A ATUAÇÃO PREVENTIVA

O Mapa Estratégico do Tribunal de Contas da União traz como prioridade de atuação combater²⁰⁰ a corrupção, o desvio e a fraude, de forma a punir responsáveis

¹⁹⁹ Com respeito às prestações de contas Lino Martins da Silva, ressalta que “Lamentavelmente, as prestações de contas dos entes públicos estão apoiadas em demonstrativos de ingressos e desembolsos decorrentes da lei orçamentária anual e destinados a usuários institucionais (Tribunais de Contas e Assembléias Legislativas ou Câmaras dos Vereadores), cuja preocupação é apenas de fundo jurídico-administrativo.” (SILVA, Lino Martins da. *Contabilidade Governamental: Um Enfoque Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 317)

²⁰⁰ Buscando o combate efetivo à corrupção, o Tribunal de Contas da União, em seu Relatório Anual divulgado no final de 2005, sugeriu a organização de uma Estratégia Nacional de Combate à

com efetividade e tempestividade e coibir a ocorrência de fraude e desvio de recursos.

Na prática, vê-se que no que diz respeito à prevenção da corrupção, o Tribunal de Contas da União tem obtido avanços significativos na área de auditoria de obras públicas, na qual, tradicionalmente, são detectados os maiores desfalques quando da aplicação dos recursos públicos. Acompanhando as obras materialmente mais relevantes do orçamento público federal, desde o começo de sua execução até a conclusão, evitam-se muitos desvios, sobrepreços, superfaturamentos.

Outra importante atuação preventiva, que ainda se encontra em fase de implantação, é a Avaliação de Controles Internos (ACI) que visa, com base nos modelos COSO I e II e nas Diretrizes para as Normas de Controle Interno do Setor Público, da INTOSAI, trazer para um nível mais prático a aplicação de estruturas conceituais para a implementação e avaliação dos controles internos, focada nos processos de gestão e em modelos de governança.

Finalmente, destacar-se-á a importância da expedição de medidas cautelares para evitar futuros prejuízos ao Erário.

Importa registrar quanto às **auditorias de obras públicas**, que a partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 1997 vem sendo determinado ao TCU que realize fiscalizações nas principais obras contempladas no Orçamento Geral da União. Essas auditorias têm tornando mais transparente e eficiente a execução de obras públicas, área altamente sujeita a práticas ilícitas e corruptas. Isso decorre de uma atuação preventiva e orientadora, que fortalece a importância do controle, da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável. Por tudo isso, o que se pretende é que situações de potencial dano ao Erário sejam detectadas e corrigidas previamente à concretização do prejuízo, pois quando este efetivamente se realiza, as chances de retorno aos cofres públicos dos valores desviados são mínimas, como já mencionado.

Corrupção, no moldes da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro. Com isso, a partir de 2007, a Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (Encla), passou a denominar-se Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla). A Enccla tem por objetivo a atuação conjunta dos órgãos que trabalham com fiscalização, controle e inteligência no Governo Federal, no Poder Judiciário e no Ministério Público. Assim, a Enccla funciona como um canal de promoção de integração dos órgãos de fiscalização e controle. Dessa forma, desde a edição de 2007, a Estratégia passou a ser co-organizada pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pelo Ministério da Justiça.

Frise-se que os trabalhos sistêmicos na área de fiscalização de obras públicas têm propiciado significativos benefícios ao Erário, haja vista a correção tempestiva de problemas relacionados a falhas de projeto e preços elevados.

No Fiscobras 2006²⁰¹, por exemplo, detectou-se sobrepreço²⁰² no valor de R\$ 102.401.462,62, na Construção do Terminal de Passageiros 3 (TPS-3) do Aeroporto de Guarulhos em São Paulo (Acórdão TCU nº 1.616/2006-Plenário). A atuação do TCU eliminou o sobrepreço constante do orçamento-base, utilizado na Concorrência nº 011/DAAG/SBGR/2003.

No mesmo exercício, também foi constatado sobrepreço de cerca de R\$ 122.000.000,00 milhões (valores de abril/2005), conforme Acórdão nº 1.259/2006-Plenário, nas obras de Complementação da Infra-Estrutura Geral do Centro de Lançamento de Alcântara – MA. Nesse caso, considerada uma amostra representativa de 39% do valor do orçamento, constatou-se que 85% dos valores orçados estavam acima dos preços referenciais de mercado. Ademais, o percentual de BDI²⁰³ de 43% foi considerado antieconômico, com a inclusão indevida de componentes, havendo custos e encargos indevidamente alocados, acarretando excessivo acréscimo de 346%, em média, no valor cobrado da mão-de-obra.

Além dos benefícios gerados para o Erário pela exclusão dos sobrepreços acima mencionados, a tabela abaixo mostra outros benefícios potenciais obtidos com auditorias de obras realizadas em outros empreendimentos, nos quais foram apontados indícios de irregularidades graves²⁰⁴ (IGP):

²⁰¹ Fiscobras 2006 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.275/2006-4; Acórdão nº 1.731/2006, Plenário)

²⁰² O Sobrepreço, que é o preço acima do mercado, e o superfaturamento, que é o sobrepreço pago, estão entre as principais irregularidades encontradas em obras públicas, o que demonstra a generalização da prática de gestão antieconômica dos recursos públicos em nosso País. (CAMPITELI, Marcus Vinicius. *Medidas para evitar superfaturamento decorrente dos 'jogos de planilha' em obras públicas*. Dissertação (Mestrado em Estruturas e Construção Civil) – Universidade de Brasília, 2006. p. 2.)

²⁰³ Os orçamentos das obras de construção civil contém sempre os custos diretos e as bonificações e despesas indiretas (BDI). Os custos diretos estão relacionados com a execução dos serviços que compõem a obra (material, mão-de-obra, encargos sociais), enquanto que o BDI é uma parcela percentual que incide sobre os custos diretos, sendo composto por impostos, administração central, lucro, entre outros.

²⁰⁴ Indícios de Irregularidades Graves que ocasionam a paralisação das obras. A retomada das obras só se dá após o saneamento das irregularidades.

Tabela 1 – BENEFÍCIOS POTENCIAIS EM AUDITORIAS DE OBRAS - 2006

Obra Fiscalizada (*)	Benefício Potencial - R\$ (valores atualizados para julho/2006)
Melhoramentos Aeroporto Internacional de Congonhas-SP	37.248.000,00
Melhoramentos Aeroporto de Macapá – AP	50.900.000,00
Melhoramentos Aeroporto de Vitória – ES	50.580.000,00
Melhoramentos Aeroporto Santos Dumont – RJ	43.160.000,00
Melhoramentos no Aeroporto de Goiânia – GO	72.970.000,00
Reforços nas Torres de Transmissão-Itaipu – PR	4.313.000,00
Modernização da UHE Furnas – MG	18.000.000,00
Modernização da UHE Luiz Carlos B. Carvalho – MG	23.000.000,00
Manutenção e Recuperação da Produção de Óleo e Gás Natural - Região Nordeste	8.000.000,00
Metrofor - Trecho Sul - Fortaleza –CE	197.052.000,00
BR-381/MG-Adequação Antônio Dias-Nova Era – MG	25.233.000,00
Construção do Terminal de Passageiros 3 (TPS-3) - Aeroporto de Guarulhos-SP	32.350.000,00
Total	562.806.000,00

Fonte: Relatório Consolidado do Fiscobras 2006.

Estimou-se, assim, que os benefícios resultantes da fiscalização de obras no primeiro semestre de 2006 poderiam alcançar cerca de R\$ 1,0 bilhão. Com essas

considerações, a adoção de medidas corretivas futuras, em face de determinações do Tribunal, demonstra a relevância dos trabalhos desenvolvidos nessa área.

Novamente em 2007, também foram alcançados relevantes benefícios reais e potenciais²⁰⁵ na área de fiscalização de obras públicas, oportunidade em que, tempestivamente, foram feitas determinações visando à correção de desvios de custos e ao ajuste de projetos que apresentaram qualidade deficiente.

Pois bem, em 2007, o somatório dos benefícios potenciais se manteve também próximo a R\$ 1,0 bilhão. A seguir, quadro contendo as obras fiscalizadas – Fiscobras 2007²⁰⁶ - nas quais se registram os valores mais significativos:

Tabela 2 – BENEFÍCIOS POTENCIAIS EM AUDITORIAS DE OBRAS - 2007

OBRA	UF	BENEFÍCIO POTENCIAL (R\$ milhões)
Produção de Óleo e Gás Natural	ES	152,80
(PAC) Integração Rio S. Francisco	PE	128,80
(PAC) BR-163/MT-Divisa MS/MT-MT/PA	MT	68,65
(PAC) BR-319/AM-Divisa RO/AM-MANAUS	AM	58,89
(PAC) BR-156/AP-Ferreira Gomes-Oiapoque	AP	51,00
(PAC) BR-101/NE*	NE	50,00

²⁰⁵ O benefício estimado é aquele esperado em função de proposta formulada pela Unidade Técnico-Executiva, mas ainda não apreciada pelo Tribunal; o potencial é o relativo a item de deliberação do Tribunal, cujo cumprimento ainda não foi verificado; o efetivo é aquele decorrente do cumprimento de deliberação ou antecipado no âmbito administrativo, em razão de processo em andamento no TCU. A sistemática de quantificação e registro dos benefícios das ações de controle externo está disciplinada na Portaria TCU nº 59/2004.

²⁰⁶ Fiscobras 2007 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.236/2007-4; Acórdão nº 1.953/2007, Plenário.)

Refinaria Presidente Getúlio Vargas	PR	44,00
(PAC) Ferrovia Norte-Sul	TO	38,54
Ponte Forte-Redinha	RN	38,24
Demais		319,86
Total		950,78

*Abrange os estados de PE, PB e RN.

Fonte: Relatório Consolidado do Fiscobras 2007.

Finalmente, em 2008, o somatório dos benefícios potenciais, resultantes das fiscalizações de obras realizadas pelo TCU, atingiu mais de R\$ 2,8 bilhões, valor substancialmente superior aos dos anos anteriores (a exemplo de 2006 e 2007, como visto acima). O relatório consolidado do Fiscobras 2008²⁰⁷ mostrou motivos que influenciaram nessa elevação. Listamos alguns:

- Resultados significativos trazidos por algumas fiscalizações, o que alavancou o total de benefícios potenciais. Foram elas: Ferrovia Norte-Sul/Tocantins (R\$ 500,0 milhões); Angra III/RJ (R\$ 469,3 milhões); Gasoduto Coari-Manaus/AM (R\$ 392,4 milhões); Rodoanel – Trecho Sul/SP (R\$ 326,0 milhões); Barragem do Castanhão-Açude Gavião/CE (R\$ 161,7 milhões). Só essas fiscalizações geraram benefícios potenciais de R\$ 1, 85 bilhão;
- Formação específica dos servidores da Secretaria de Obras do TCU (Secob), maior experiência em auditoria de obras; escolha de obras complexas e potencialmente problemáticas;
- Utilização integral do Sistema Fiscalis Execução Obras²⁰⁸, que estimulou as equipes a abordarem questões de auditoria, cujas respostas implicam o

²⁰⁷ Fiscobras 2008 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 001.060/2008-9; Acórdão nº 2008, Plenário)

²⁰⁸ O Sistema Fiscalis Execução de Obras é um dos sistemas corporativos do TCU e visa assegurar a qualidade dos relatórios de auditoria, garantir melhorias e evitar que deficiências se repitam. O objetivo é propiciar que as auditorias de conformidade estejam alinhadas com os padrões internacionais. Ressalte-se que auditoria de conformidade é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis

aprofundamento dos assuntos tratados, havendo, com isso, apuração de maior número de indícios e melhor qualidade dos trabalhos desenvolvidos;

- Prazos de fiscalização mais extensos, o que proporcionou um maior nível de detalhamento na verificação dos aspectos executivos.

A tabela abaixo mostra a origem dos maiores benefícios potenciais apurados em 2008 e resultados efetivamente satisfatórios no exercício:

Tabela 3 – BENEFÍCIOS POTENCIAIS EM AUDITORIAS DE OBRAS - 2008

OBRA	UF	BENEFÍCIO POTENCIAL (R\$ milhões)
(PAC) Ferrovia Norte-Sul	TO	500,0
(PAC) Usina Termonuclear de Angra III – RJ	RJ	469,3
(PAC) Implantação do Gasoduto Coari – Manaus (AM) de 420 km	AM	392,4
(PAC) Rodoanel Trecho Sul	SP	326,0
Construção do Eixo de Integração da Barragem do Castanhão ao Açude Gavião	CE	161,7
(PAC) BR-230/PA Construção Marabá – Altamira – Itaituba/Anel Viário de Itaituba	PA	94,0
(PAC) Construção de Trechos Rodoviários no Corredor Oeste-Norte/BR-163/PA-Divisa MTPA - Santarém	PA	93,0
(PAC) Construção e Recuperação de	AM	38,54

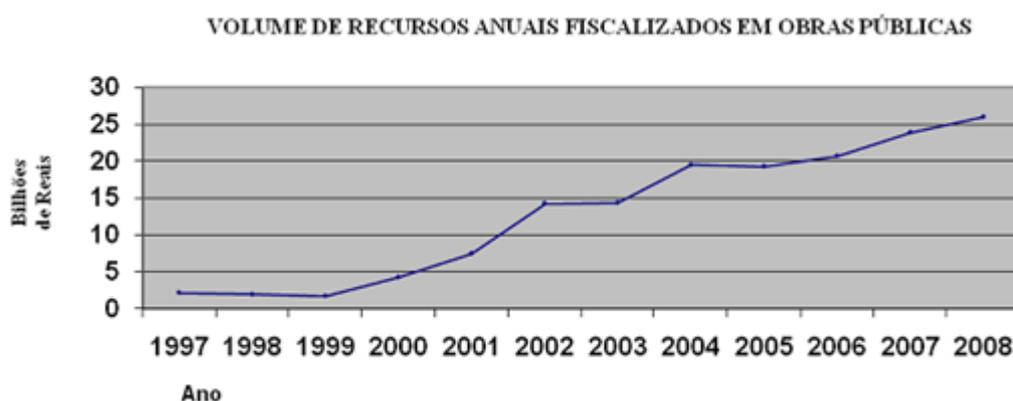
sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial (Portaria TCU nº 122/2004).

Obras de Infra-estrutura Hídrica – Construção da Adutora Pirapama		
Construção da Refinaria Abreu e Lima em Recife (PE)	PE	81,6
Demais (29 fiscalizações)		618,5
Total		2.827,1

Fonte: Relatório Consolidado do Fiscobras 2008.

O Relatório consolidado do Fiscobras 2008, em sua parte conclusiva, contém informações sobre o “Volume de Recursos Anuais Fiscalizados em Obras Públicas”. Pelo quadro abaixo, vê-se que o volume dos recursos fiscalizados, representado pela somatória das dotações orçamentárias anuais correspondentes aos subtítulos auditados, manteve-se em patamares constantes de 2004 a 2006. Em 2008 atingiu a cifra de R\$ 26,0 bilhões, volume 9% superior ao registrado em 2007 (23,9 bilhões).

Gráfico 2– INCREMENTO ANUAL DO VOLUME DOS RECURSOS FISCALIZADOS EM OBRAS PÚBLICAS



Fonte: Relatório Consolidado do Fiscobras 2008.

Outra importante ação preventiva que vem sendo desenvolvida é a **Avaliação de Controles Internos (ACI)**. Por tratar-se de metodologia recente ainda em produção, o TCU vem desenvolvendo auditorias-piloto em algumas entidades jurisdicionadas, tomando por base a visão da gestão de processos e o fato de que além de planejar, organizar, dirigir, também é preciso controlar.

Nesse contexto, o controle é exercido com o intento de assegurar que os objetivos se cumpram de acordo com o que foi planejado e de garantir o alinhamento das ações executadas às decisões planejadas. Destarte, não há controle sem planejamento, uma vez que essas atividades andam lado a lado e que planejar é controlar de forma preventiva.

Planejar é então: estabelecer objetivos e metas; definir estratégias (políticas e diretrizes) e padrões para alcançá-los; determinar os recursos necessários; identificar suas fontes; definir sua alocação e aplicação. Sob a visão de controle, planejar é definir referenciais para propiciar o controle da execução.

Assim, o controle tem que: ser dirigido para determinado objetivo; ter padrão de excelência, vendo o que é possível alcançar em termos de qualidade e desempenho de determinada atividade ou processo; dispor da informação, que deve ser precisa, útil e tempestiva quanto às ocorrências verificadas no processo; buscar comparar a fim de confrontar a informação e avaliar a conformidade da situação com um padrão previamente estabelecido (situação encontrada: o que é?; padrão: o que deveria ser?); implantar ações corretivas, necessárias para restabelecer a situação rumo ao objetivo a ser atingido.

Quanto à sua natureza, o controle pode ser preventivo ou detectivo, podendo ser feito num momento prévio (a priori), concomitante, ou posterior (a posteriori). Com efeito, tem-se que a visão tradicional do controle interno era a de combater fraudes. Hoje, todavia, a visão é bem mais abrangente à medida que o controle é visto como instrumento essencial da gestão, que deve propiciar razoável margem de garantia de que os objetivos e metas da entidade serão atingidos de maneira eficaz, eficiente e com a necessária economicidade²⁰⁹.

²⁰⁹ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO I, com adaptações AUDIBRA/INTOSAI.

Os controles internos funcionam, então, como instrumento do gestor, havendo necessidade de que os objetivos e metas sejam claramente definidos e comunicados. Para que estes possam ser cumpridos, procedimentos de controle têm que ser estabelecidos e documentados. A implementação dos controles deve partir de uma análise documentada dos eventos de risco relacionados a cada um destes objetivos e metas²¹⁰ (gestão de riscos).

O *Comitee of Sponsoring Organizations*²¹¹ – COSO I (1992) – é uma referência mundial para a implementação e avaliação de controles internos. Dispõe de um modelo de controle para ser adaptado às peculiaridades de cada entidade, obtendo-se uma metodologia própria para a implementação e avaliação de controles internos. O COSO II (2004) incorporou as diretrizes do COSO I e tratou do gerenciamento de riscos corporativos, ampliando o papel do controle interno, no sentido de que os controles não devem ser só ferramentas de gestão, mas instrumentos de monitoramento de riscos em relação ao alcance de objetivos.

Pois bem, a nova postura é, então, de prever e prevenir riscos²¹² inerentes ao conjunto de processos da entidade, que possam impedir ou dificultar o alcance

²¹⁰ Ressalte-se, por oportuno, que a ausência de objetivos e metas claramente definidos e comunicados é deficiência de gestão tão grave que torna inócuo os controles internos.

²¹¹ Organização não-governamental dedicada à melhoria dos relatórios por meio da ética, controles internos e governança corporativa. Governança corporativa é o conjunto de processos, costumes, políticas, leis, regulamentos e instituições que regulam a maneira como uma empresa é dirigida, administrada ou controlada. O termo inclui também o estudo sobre as relações entre os diversos atores envolvidos (os stakeholders) e os objetivos pelos quais a empresa se orienta. Os principais atores tipicamente são os acionistas, a alta administração e o conselho de administração. Outros participantes da governança corporativa incluem os funcionários, fornecedores, clientes, bancos e outros credores, instituições reguladoras (como a CVM, o Banco Central, etc.), o meio-ambiente e a comunidade em geral. Assim, governança corporativa é uma área de estudo com múltiplas abordagens. Uma das principais preocupações é garantir a aderência dos principais atores a códigos de conduta pré-acordados, através de mecanismos que tentam reduzir ou eliminar os conflitos de interesse e as quebras do dever fiduciário (WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Governança Corporativa. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Governan%C3%A7a_corporativa>. Acesso em: 20 out. 2008). A definição do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) para a governança aplicada a empresas é que governança corporativa é o sistema que permite aos acionistas ou cotistas o governo estratégico de sua empresa e a efetiva monitoração da direção executiva. As ferramentas que garantem o controle da propriedade sobre a gestão são o Conselho de Administração, a Auditoria Independente e o Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Home.aspx>>. Acesso em 30 out. 2008).

²¹² Risco é a expressão da probabilidade de ocorrência e do impacto de eventos futuros e incertos que têm potencial para influenciar no alcance dos objetivos de uma organização. Em termos simples e não acadêmicos, risco é todo evento que pode atrapalhar ou impedir que se atinja o alvo pretendido (TCU, 2003, p.3).

dos seus objetivos. Percebe-se, assim, que enquanto o COSO I tinha por foco a estrutura de controles, o COSO II passou a focar a gestão de riscos. Nessa linha, o controle interno integra um processo²¹³ que visa assegurar razoável certeza de que os objetivos e metas da entidade serão alcançados, sendo, portanto, um meio e não um fim em si mesmo.

Nesse contexto, há que se ressaltar a importância da fixação de objetivos quando se quer identificar riscos e, por conseguinte, estabelecer controles para mitigá-los. Os eventos de risco podem causar impactos positivos (oportunidades de mudança) e negativos, ou ambos. Um evento de risco típico em obras públicas, como visto na Construção do Terminal de Passageiros 3 (TPS 3) do Aeroporto de Guarulhos, em São Paulo (AC TCU nº 1.616/2006-P), são os preços discrepantes do mercado. Nesse sentido, a avaliação de um evento está relacionada à sua frequência de ocorrência e aos impactos dos resultados.

Mas, diante de toda a técnica existente (políticas, manuais, formulários), não se pode esquecer que o controle interno é um processo desenvolvido por humanos, o que enseja riscos ao controle, que podem ser: riscos de erros operacionais e administrativos, bem assim de desfalques e fraudes. Por tudo isso, os controles internos fornecem apenas razoável certeza e nunca a garantia absoluta de que os objetivos serão atingidos. Têm, pois, por limitações: custo x benefício; erros de julgamento; falhas e colapsos; burla de gestores; conluio; eventos externos.

Com relação ao custo-benefício, importa mencionar que o arranjo de controle de cada entidade tem que levar em consideração os custos envolvidos. Por lógico, os custos devem ser inferiores às perdas decorrentes da consumação do risco. Há que existir, assim, seletividade, de forma a eliminar controles em áreas de baixo risco.

Os erros de julgamento são ocasionados porque, muitas vezes, decisões precisam ser tomadas sob pressões de tempo e outras decorrentes da condução dos negócios, com base nas informações que estão disponíveis. Decisões baseadas em julgamentos humanos podem não refletir os benefícios esperados. As falhas e

²¹³ Entende-se processo como um conjunto de atividades desenvolvidas para se alcançar um determinado objetivo.

colapsos a que estão sujeitos os controles podem decorrer do não entendimento de instruções, ou mesmo do entendimento equivocado. Os erros podem, ainda, ser cometidos por fadiga, distração ou falta de cuidado (erros de execução). Nesse sentido, erros no desenho do controle podem perpetuar falhas.

Na burla de gestores acontecem ações intencionais para contornar procedimentos de controle previamente desenhados e obter benefícios para si, para outrem ou evitar sanções. No conluio, por sua vez, as pessoas que são responsáveis pelos controles podem se valer de seus conhecimentos para burlar os controles internos. Para isso, utilizam-se de artifícios como: omissão de cotações mais vantajosas, para beneficiar vendedores que pagam propinas; atestação de despesas não executadas ou superfaturadas, em troca de propinas; elaboração de pareceres insubsistentes para aprovação de aplicação de recursos, em troca de participação no excedente da aplicação. Ainda impõem limites aos controles internos os eventos externos, uma vez que estão além do controle de qualquer entidade.

Dessa maneira, muitas vezes o controle interno está inserido numa ambiência hostil, dependendo da cultura da entidade e da consciência de controle dos que a integram. Destarte, há que se levar em conta: a postura da alta administração; o plano de organização, que define os limites e responsabilidades de autoridades; a estrutura organizacional; os métodos e instrumentos formalizados. Questões de competência e comprometimento, que incluem valores éticos, integridade, consciência, políticas e práticas de RH, não podem ser relegadas (COSO I).

Na avaliação de riscos, vista sob a perspectiva do COSO II, os eventos que representam riscos devem ser avaliados sob a perspectiva de probabilidade ou freqüência com que se materializam, observando-se a magnitude do impacto sobre a consecução dos objetivos. A probabilidade da ocorrência ou seu impacto são variáveis aptas a fornecer o grau de risco do evento. Assim, a avaliação de riscos é feita por meio de análises qualitativas e quantitativas, ou da combinação de ambas. O gráfico abaixo mostra a relação entre o impacto e a probabilidade do risco.

Gráfico 3: Impacto x Probabilidade²¹⁴

Fonte: Manual de “Avaliação de Controles Internos”, em desenvolvimento.

Quando há baixo impacto e baixa probabilidade, o caminho mais lógico a ser seguido pela entidade²¹⁵ é assumir os riscos, não adotando qualquer ação, mas apenas monitorando-os. Ao contrário, quando há alto impacto e alta probabilidade de o risco ocorrer, definem-se ações para minimizá-los. Um dos instrumentos utilizados para isso são os procedimentos de controle. Noutros termos, como respostas ao risco, há que se desenvolver ações para reduzir as ameaças aos objetivos da organização.

Controlando-se adequadamente e com tempestividade, permite-se a redução ou administração dos riscos. Destarte, as atividades de controle são

²¹⁴ A figura mostra os componentes de resposta aos riscos. Permite-se, graficamente que a avaliação de riscos possa ser feita sob a perspectiva de probabilidade *versus* impacto. A combinação dessas variáveis permite a avaliação do grau de risco dos eventos e a adoção de estratégias para reduzir ameaças aos objetivos da organização.

²¹⁵ Sobre as especificidades das entidades, escreveu Ari Marcelo Liotto: “Cada entidade é única na sua complexidade, história, cultura, pessoal, entre outras atividades que afetam as atividades de controle. Mesmo que duas organizações tenham objetivos idênticos e apresentem decisões semelhantes sobre como atingi-los suas atividades de controle tendem a ser diferentes.” [LIOTTO, Ari Marcelo. *Gerenciamento de Risco: A aderência da Metodologia do TCU à Metodologia COSO*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Controle Externo – Área de Auditoria Governamental). p. 61]

respostas aos riscos, que devidamente planejadas e definidas nas políticas e procedimentos estabelecidos e efetivamente executados, devem ser executadas continuamente, durante todo o ciclo da atividade.

As definições de competências, autorizações, segregação de funções e normatizações internas são atividades de controle preventivas. As conciliações e revisões de desempenho são detectivas, enquanto que a segurança física e da informação são ao mesmo tempo detectivas e preventivas.

A comunicação de informações relevantes, confiáveis e tempestivas é de fundamental importância para possibilitar respostas aos riscos, devendo fluir, portanto, em todos os níveis da entidade. Também o monitoramento se mostra essencial, uma vez que permite a contínua verificação, no tempo, se os controles internos são adequados e efetivos. Para isso, faz-se essencial considerar as avaliações independentes produzidas pela auditoria interna e externa e pelos próprios órgãos de controle interno.

Diante desse novo modelo de controle, sabendo da importância da avaliação de controles internos na detecção de áreas de risco e na prevenção da corrupção, e considerando que seu Mapa Estratégico traz como prioridade de atuação, combater a corrupção, o desvio e a fraude, o Tribunal de Contas da União está elaborando metodologia de avaliação de controles internos, tomando por base: Diretrizes para as Normas de Controle Interno do Setor Público, INTOSAI²¹⁶, 1992/2004; *Further Information on Entity Risk Management*, INTOSAI, 2007; Controle Interno – Estrutura Integrada, COSO I, 1992; Gerenciamento de Riscos Corporativos – Estrutura Integrada, COSO II, 2004.

Ressalte-se que o COSO II foi adotado como modelo porque tanto satisfaz as necessidades de controle interno, quanto aumenta a visão que se deve ter sobre eles. Fornece, também, referenciais mais abrangentes e detalhados para se observarem riscos e controles no contexto de uma gestão eficaz. A INTOSAI, por

²¹⁶ A Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, em inglês) é uma instituição profissional de Entidades de Fiscalização Superior (EFS) dos países pertencentes às Nações Unidas. Promove o intercâmbio de informações e experiências sobre os principais desafios enfrentados pelas EFS no desempenho de suas funções. Como membro da INTOSAI, o Brasil aderiu às Normas de Auditoria (expressam as melhores práticas de auditoria acordadas pelas EFS) e ao Código de Ética da Organização (aprovado por unanimidade e publicado durante o XVI Congresso da INTOSAI, realizado em Montevideo/Uruguai, em 1998).

sua vez, defende padrões de estrutura e processos de controle interno calcados no gerenciamento de riscos e em modelos de governança corporativa.

Assim, o TCU está começando a fazer Avaliação de Controles Internos das entidades, buscando atuar de forma preventiva e fugindo dos parâmetros tradicionais de controle focados tão-só nos aspectos formais e legais. Essa atuação preventiva vem sendo reforçada porque é notório que as ações a posteriori, em atividades de correição, agregam pouco valor, à medida que é mínima a recuperação de danos e prejuízos.

Busca, então, a Corte de Contas agir proativamente para: induzir, por meio de determinações, a adoção de estruturas de controle mais efetivas para combater o desperdício; coibir fraudes e desvios de recursos públicos; contribuir para a melhoria do desempenho da administração pública.

O objetivo da novel metodologia é prover suporte tecnicamente consistente para a avaliação de controles internos, de forma a minimizar riscos de julgamentos inadequados sobre os processos de trabalho das entidades²¹⁷.

Além de direcionar e determinar a extensão de procedimentos e exames de auditorias com mais precisão, a Avaliação de Controles Internos²¹⁸ (ACI) vem se firmando como técnica que adiciona valor às atividades das organizações, dando, pois, embasamento para as determinações de adoção de planos de ação para a melhoria dos processos organizacionais. Isso reforça a importância, conveniência e oportunidade de o TCU fazer esse tipo de avaliação.

Persegue-se, pois: existência de objetivos e metas claramente definidos e comunicados; capacidade dos controles adotados para assegurar a realização dos objetivos; economicidade e eficiência no uso dos recursos públicos e sua adequada salvaguarda (fraude, danos, perdas); confiabilidade do Sistema de Controle Interno (SCI) como base informativa para: o processo decisório, de gestão e para

²¹⁷ É importante registrar que a aplicação da metodologia não garante, por si só, uma boa Avaliação de Controle Interno. Técnicas, métodos e habilidades devem ser considerados, tais como: mapeamento e análise de processos; técnicas de entrevista; amostragem estatística. Não se pode criticar por criticar, havendo sempre que ser observado o embasamento técnico adequado.

²¹⁸ A ACI é feita ao nível dos processos de trabalho da entidade, haja vista que processos ineficientes são as principais fontes de risco para o alcance dos seus objetivos. Tome-se como exemplo o caso da CPMI das ambulâncias, em que as falhas nos controles internos e nos processos e trabalhos da entidade, propositadamente desencadeadas por servidores que agiam em conluio, permitiram desvios de recursos de alta monta e conseqüentes prejuízos ao Erário, de quase impossível recuperação.

cumprimento de obrigações de *accountability*, incluindo mecanismos de transparência que permitam o controle social; garantir aderência das operações às normas orçamentárias e políticas públicas.

Também, dignas de registro, nessa ocasião, são as expedições de **medidas cautelares**, utilizadas com muita freqüência a partir da sua previsão no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Têm o fito de prevenir futuras lesões ao Erário. Essa competência encontra-se descrita no art. 276 do RI/TCU. Vejamos:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação adotar medida cautelar, com ou sem prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

A legitimidade para a expedição de cautelares foi aprovada por maioria de votos pelo E. Supremo Tribunal Federal²¹⁹ (MS 26.457). Assim posicionou-se por entender que, no exercício de sua competência constitucional, tem o TCU atribuições de índole cautelar, podendo determinar que órgãos e entidades da Administração Pública adotem medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, inclusive a anulação de contratos já firmados.

A atuação preventiva advinda das cautelares tem a finalidade de prevenir lesões ao Erário ou a direito alheio, bem assim garantir a efetividade das decisões do TCU. Ademais, pode não ter impactos econômicos imediatos, mas visa ao

²¹⁹ EMENTA: Tribunal de Contas da União. Poder Geral de Cautela. Legitimidade. Doutrina dos Poderes Implícitos. Precedente (STF). Conseqüente possibilidade de o Tribunal de Contas expedir provimentos cautelares, mesmo sem audiência da parte contrária, desde que mediante decisão fundamentada. Deliberação do TCU, que, ao deferir a medida cautelar, justificou, extensamente, a outorga desse provimento de urgência. Preocupação da Corte de Contas em atender, com tal conduta, a exigência constitucional pertinente à necessidade de motivação das decisões estatais. Procedimento administrativo em cujo âmbito teriam sido observadas as garantias inerentes à cláusula constitucional do "due process of law". Deliberação final do TCU que se limitou a determinar, ao Diretor-Presidente da CODEBA (Sociedade de Economia Mista), a invalidação do procedimento licitatório e do contrato celebrado com a empresa a quem se adjudicou o objeto da licitação. Inteligência da norma inscrita no art. 71, inciso IX, da Constituição. Aparente observância, pelo Tribunal de Contas da União, no caso em exame do precedente que o Supremo Tribunal Federal firmou a respeito do sentido e do alcance desse preceito constitucional (MS 23.550/DF, Rel. p/ Acórdão o Min. Sepúlveda Pertence). Inviabilidade da concessão, no caso, da medida liminar pretendida, eis que não atendidos, cumulativamente, os pressupostos legitimadores de seu deferimento. Medida cautelar indeferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.457, *Diário da Justiça*, 29/05/2007).

resguardo tempestivo da moralidade e da legalidade na aplicação dos recursos públicos federais.

4.2.3 INCENTIVO AO CONTROLE SOCIAL

Diante dos inúmeros problemas na execução de convênios²²⁰ firmados com ONGs, o que desencadeou a constituição de vários processos de Tomada de Contas Especial, o Tribunal de Contas da União realizou auditoria em convênios celebrados entre a União e Organizações Não-Governamentais (ONGs), no período de 1999 a 2005, visando verificar a regularidade dos procedimentos de celebração, o acompanhamento e fiscalização da execução dos objetos, os procedimentos de licitação e contratação adotados, e a regularidade da aplicação e prestação de contas dos recursos públicos transferidos a estas entidades de direito privado.

Foram examinados 28 convênios, abrangendo oito estados e dez ONGs e que envolviam recursos da ordem de R\$ 150,7 milhões. As entidades fiscalizadas foram: Coiab - Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira; Conselho Indígena de Roraima; Cunpir - Coordenação da União das Nações e Povos Indígenas de Rondônia, Norte de Mato Grosso e Sul do Amazonas; Urihi - Saúde Yanomami; Fundação de Apoio ao Menor de Feira de Santana; Avante - Qualidade, Educação e Vida; Associação Goiana de Integralização e Reabilitação; Fundação Amadeu Filomeno; Associação Plantas do Nordeste e Fundação Getúlio Vargas. Receberam recursos dos seguintes órgãos e entidades: Ministério do Esporte; Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Ciência e Tecnologia;

²²⁰ "Convênios são acordos, ajustes ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação." (BRASIL. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6170.htm>. Acesso em: 7 dez. 2008.)

Controladoria-Geral da União; Fundo Nacional de Saúde do Ministério da Saúde; Fundação Nacional de Saúde; Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico e Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior do Ministério da Educação.

Os objetos conveniados foram, dentre outros: saúde indígena; concessão de bolsas de estudo para formação de mestres e doutores; apoio ao menor em situação de risco social; capacitações de membros de conselhos municipais e de jovens no âmbito do programa primeiro emprego; construção de hospital; aquisição de equipamentos e manutenção de unidade básica de saúde (SUS).

A auditoria foi realizada sob a sistemática de Auditoria de Conformidade/Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), cujo procedimento inclui preparação centralizada, execução descentralizada e consolidação dos resultados com o objetivo de avaliar, de forma sistêmica, um tema, para traçar um quadro geral das situações verificadas. Confirmou-se, de pronto, que nessa área de transferências voluntárias há manifesta fragilidade dos controles e pouca transparência do sistema que dá suporte à descentralização de recursos para execução de ações orçamentárias. Asseverou-se, então, que o Estado, a rigor, está desaparelhado para acompanhar e fiscalizar estas ações.

No atinente às transferências realizadas para Organizações Não-Governamentais, a situação afigurou-se ainda mais grave, haja vista a inexistência de critérios transparentes e objetivos para a escolha das convenentes. Detectou-se a superficialidade e insuficiência das análises técnicas das proposições e das condições das convenentes para a consecução dos objetos propostos, vagueza dos planos de trabalho, falta de condições para o cumprimento do objeto, tudo isso em detrimento da população que deveria ter sido beneficiada. A Funasa, por exemplo, terceirizou a execução de políticas públicas para ONGs sem capacidade para executá-las, o que desencadeou a ocorrência de diversos ilícitos administrativos, como burla à exigência de concurso público e de licitações, desvio dos recursos transferidos para enriquecimento ilícito, entre outros.

Dos 28 (vinte e oito) convênios analisados, 15 (quinze) foram celebrados com entidades que, comprovadamente, não tinham condições para a execução do objeto ou não tinham atribuições estatutárias relacionadas ao objeto. Os recursos

repassados a essas quinze entidades, no valor de R\$ 82.089.051,81, representaram 54,5% do valor total repassado.

Constatou-se que a negligência na fase preliminar de avaliação técnica das propostas e falta de condições para executar o objeto conveniado, associadas à falta de acompanhamento, fiscalização e transparência na execução, praticamente tornava nula a expectativa de controle dos convenientes em relação à boa e regular aplicação dos recursos públicos federais repassados. Ademais, as prestações de contas eram analisadas superficialmente²²¹, de forma extremamente deficiente. Tudo isso proporcionou a proliferação das irregularidades relativas à execução física e financeira dos convênios e o desatendimento aos princípios da igualdade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa.

O desvio de finalidade na aplicação dos recursos repassados foi um achado de auditoria constante, além de outros, tais como: contas específicas movimentadas irregularmente; cheques sacados diretamente nas agências bancárias; despesas realizadas sem a documentação fiscal necessária; pagamentos em valores superiores aos contratados; pagamentos antecipados; pagamentos de despesas com a própria manutenção; dentre outros.

Percebeu-se que, na verdade, na maioria das vezes, as ONGs estavam despreparadas para utilizarem os recursos federais repassados, seja pela falta de estrutura, pelo baixo comprometimento, pela falta de rigor na execução das ações. A baixa expectativa de controle por parte dessas organizações apontou para a necessidade de adoção de medidas que possibilitassem maior segurança ao Erário na descentralização de recursos por meio de transferências voluntárias. Assim, além do aparelhamento dos setores técnicos dos órgãos e entidades concedentes, em termos de recursos humanos e materiais, já determinado pelo Acórdão nº 788/2006–TCU-Plenário, pensou-se em viabilizar mecanismos de incremento da transparência e do controle social.

²²¹ A equipe de fiscalização acentuou então que: “Não é difícil inferir, em face da quantidade e semelhança das sistêmicas falhas concentradas na fase de análise das proposições e pactuação dos convênios, que o que se tem caracterizado tão somente como ‘irregularidades formais’, na verdade constituem acintosas omissões, ou até mesmo ações deliberadas para dificultar a efetividade do controle nas fases subseqüentes, tornando inviável a avaliação objetiva da execução dos convênios, dos resultados alcançados e das respectivas prestações de contas.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 015.568/2005-1.)

Essa preocupação foi também demonstrada nas Contas do Governo de 2006. No item 6.1 do Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República do exercício de 2006, que trata de transferências voluntárias da União e dos aspectos relacionados ao controle, programação e execução destas, considerou-se o seguinte, tomando por base a assertiva contida na conclusão do Relatório Final da CPMI das ambulâncias, qual seja: “Chega a ser motivo de frustração a incapacidade que o Estado Brasileiro tem revelado em solucionar questões recorrentes, plenamente identificadas, e que causam enorme prejuízo à Nação”:

As transferências voluntárias são definidas no art. 25 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), como sendo a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. Essas transferências são formalizadas por meio de termos de convênios e contratos de repasse. As transferências de recursos para as entidades privadas sem fins lucrativos, as denominadas Organizações Não-Governamentais (ONG), embora não contidas no conceito legal acima mencionado, também são realizadas por meio de convênios e contratos de repasse, e ainda, mediante termos de parceria, a depender da qualificação da ONG.

As transferências voluntárias constituem, assim, um sistema de cooperação entre a União, entidades governamentais subnacionais e organizações não-governamentais, para execução de ações de interesse recíproco, financiadas com recursos do Orçamento Geral da União (OGU). Esse sistema de cooperação, no entanto, tem sido alvo de fundadas críticas quanto aos seus mais diversos aspectos: seja pela baixa efetividade das ações, em consequência da precária articulação intergovernamental e da pulverização de recursos em detrimento de ações estruturantes de maior impacto e efeito multiplicador sobre a população, o estado ou a região beneficiada; seja pela forma como boa parte dos recursos destinados a essas ações vem sendo alocada no OGU, por meio de emendas parlamentares individuais ou coletivas, que num contexto de orçamento não impositivo, acabam por enfraquecer o Legislativo, na medida em que o Executivo pode barganhar a execução delas em troca de apoio às votações de seu interesse; seja por fomentar a montagem de esquemas criminosos objetivando a apropriação de recursos públicos em favor de políticos, servidores públicos, empresários e lobistas; seja, enfim, pelas deficiências e disfunções operacionais a propiciar toda sorte de irregularidades em toda a cadeia de execução das ações, tais como: o desaparecimento do Estado para acompanhar e fiscalizar a execução, as negligências funcionais, a pouca transparência e a insuficiência de mecanismos de controle social.

A problemática não é nova, tem permanecido ao longo do tempo, não obstante as decisões desta Corte e as recomendações da Controladoria-Geral da União (CGU), na área do controle, além dos esforços normativos e regulatórios, na área dos poderes Legislativo e Executivo. O estado de falência da sistemática foi, enfim, não sem tempo, reconhecido pelo Congresso Nacional, por meio do relatório final da CPMI “das Ambulâncias”, instalada em 2006, que chega a apontar, como solução, a própria extinção dessas transferências.

Em complementação, no item 6.1 das Contas do Governo de 2006 (TCU), colocou-se ainda que:

Por fatores condicionantes deve-se entender um ambiente previamente estruturado para a prática de fraudes, tais como a desestruturação intencional de um processo, metodologia ou unidade organizacional, tendo por propósito a facilitação, aparentemente incauta, isto é, a “preparação do terreno” em fases precedentes de processos plurifásicos, como é o caso das transferências voluntárias, com vistas ao desvio ou malversação de recursos em momento ou fase subsequente do processo.

Fatores circunstanciais, por sua vez, resultam de um estado ou condição de uma situação, não necessariamente intencional, na qual o ilícito é praticado tirando-se proveito da oportunidade, da desordem estabelecida em razão de situações de emergência, do aproveitamento de facilitação incauta, de controles negligenciados ou em conseqüência de amadorismos organizacionais, tais como: sistemas e processos mal definidos e/ou sem integração; processos sem gestores claramente definidos, sem gerentes ou responsáveis; sistemas de delegação e responsabilidades obscuros, dentre outros.

São sintomas da presença de tais fatores a inércia ou a resistência à implementação de sistemas, métodos e recomendações; a implementação imperfeita, ‘equivocada’, de determinações, bem como os projetos de melhorias organizacionais, processos e métodos de trabalho, com prazos de implementação inexplicavelmente longos.

Cumprido destacar, então, que o modo de atuação do Tribunal para verificação da regularidade da aplicação de recursos descentralizados mediante transferências voluntárias realiza-se, basicamente, por meio de dois procedimentos: o julgamento de tomadas de contas especiais e as fiscalizações, de iniciativa própria ou decorrentes de representações e denúncias, que são processos de iniciativa de autoridades ou de qualquer cidadão.

As tomadas de contas especiais²²² são instauradas pelos próprios órgãos concedentes, nos casos de omissão no dever de prestar contas ou de dano ao

²²² A Tomada de Contas Especial (TCE) é um processo devidamente formalizado, com rito próprio que visa à apuração de responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal e à

Erário, bem como por recomendação da CGU ou por determinação do TCU. A demora na remessa dos processos de TCEs ao Tribunal obstaculiza a tomada de decisões tempestivas e efetivas, e torna ainda mais difícil o retorno dos recursos desviados aos cofres públicos.

As auditorias e outros instrumentos de fiscalização, levados a efeito por iniciativa própria do TCU, ou em decorrência de representações e denúncias, têm-se mostrado mais eficazes no combate às ocorrências de fraudes e desvios, em razão de, normalmente, se referirem a fatos mais contemporâneos.

Todas essas considerações contidas no Relatório das Contas do Governo corroboram a necessidade de fortalecimento dos controles internos e a exigência de urgente implementação da Avaliação de Controles Internos (ACI), importante ação preventiva, já discutida e em fase de desenvolvimento pelo TCU.

Dessa maneira, para possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social e a bem do princípio da publicidade insculpido no art. 37 da CF/88 c/c o art. 5º, inciso XXXIII, a equipe de auditoria propôs o seguinte, *verbis*:

determinação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para que, no mesmo prazo a que se refere o item 9.1 do Acórdão 788/2006–TCU-Plenário (180 dias), apresente a este Tribunal estudo técnico para implementação de sistema de informática em plataforma *web* que permita o acompanhamento *on-line* de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão via internet, contendo informações relativas aos instrumentos celebrados, especialmente os dados sobre a entidade conveniente, o parlamentar e a emenda orçamentária que

obtenção do respectivo ressarcimento (art. 3º da Instrução Normativa TCU 56/2007). Em regra, a TCE deve ser instaurada pela autoridade competente do próprio órgão ou entidade jurisdicionada (responsável pela gestão dos recursos), depois de esgotadas as providências administrativas internas com vista à recomposição do erário. A não adoção dessas providências no prazo máximo de cento e oitenta dias caracteriza grave infração à norma legal, sujeitando a autoridade administrativa federal competente omissa à imputação das sanções cabíveis, incluindo a responsabilidade solidária no dano identificado (art. 1º, §1º, da IN/TCU 56/2007). Entretanto, a TCE pode ser instaurada por recomendação dos órgãos de controle interno (art. 50, III, da Lei 8.443/92) ou por determinação do próprio Tribunal, nos casos de omissão na prestação de contas ou inércia na instauração da TCE pelo gestor. A TCE pode ser, ainda, oriunda de conversão de outros processos de controle externo, tais como, denúncia, representação, inspeção, auditoria e processos de registro de atos de pessoal (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, art. 47. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/conheca_a_tce. Acesso em: 20 out. 2008.

alocaram os recursos, se houver, o objeto pactuado, o plano de trabalho detalhado, inclusive custos previstos em nível de item/etapa/fase, as licitações realizadas com dados e lances de todos os licitantes, o status do cronograma de execução física com indicação dos bens adquiridos, serviços ou obras executados, o nome, CPF e dados de localização dos beneficiários diretos, quando houver, recursos transferidos e a transferir, a execução financeira com as despesas executadas discriminadas analiticamente por fornecedor e formulário destinado ao registro de denúncias.

Ao analisar o Relatório Consolidado das auditorias realizadas em ajustes celebrados entre a União/Entidades da Administração Indireta e Organizações Não-Governamentais – ONGs, o TCU seguiu a risca a proposição da equipe de auditoria acima transcrita, decidindo, por meio do Acórdão nº 2066/2006 – TCU – Plenário, no seguinte sentido:

9.1. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, para possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social e a bem do princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 5º, inciso XXXIII, da mesma Carta Magna, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), apresente a este Tribunal estudo técnico para implementação de sistema de informática em plataforma web que permita o acompanhamento on-line de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão via rede mundial de computadores, contendo informações relativas aos instrumentos celebrados, especialmente os dados da entidade convenente, o parlamentar e a emenda orçamentária que alocaram os recursos, se houver, o objeto pactuado, o plano de trabalho detalhado, inclusive custos previstos em nível de item/etapa/fase, as licitações realizadas com dados e lances de todos os licitantes, o status do cronograma de execução física com indicação dos bens adquiridos, serviços ou obras executados, o nome, CPF e dados de localização dos beneficiários diretos, quando houver, os recursos transferidos e a transferir, a execução financeira com as despesas executadas discriminadas analiticamente por fornecedor e formulário destinado à coleta de denúncias;

9.1.1. a página do referido sistema deverá ser disponibilizada em local visível dos sítios de todos os órgãos/entidades que realizem transferências voluntárias, permitindo filtrar consultas aos instrumentos celebrados por cidade, estado, entidade convenente, número do ajuste, objeto, entre outros critérios de pesquisa, com vistas a maior acessibilidade e transparência possível;

9.1.2. com o intuito de exibir dados de todos os instrumentos celebrados no âmbito da administração pública federal (direta e indireta), deverá ser disponibilizada em portal específico página do mesmo sistema, permitindo acesso aos filtros de consultas do item precedente, além de outros que a característica consolidadora da página exigir;

9.1.3. as denúncias recebidas na forma do item 9.1 deverão ser objeto de tratamento prioritário nos órgãos/entidades concedentes, reportando-se as constatações e as providências tomadas à Controladoria-Geral da União e ao Tribunal de Contas da União.

Com isso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em atendimento à determinação supramencionada, criou, por meio do Decreto nº 6.170/2007, o Portal dos Convênios²²³ do Governo Federal, acessível por intermédio do sítio www.convenios.gov.br. Destarte, a partir de 01/09/2008, o Portal passou a ser utilizado para todos os atos de celebração, alteração, liberação de recursos, acompanhamento da execução e prestação de contas de convênios e contratos de repasse firmados com recursos voluntários da União.

Percebe-se, então, que essa foi uma ação concreta do TCU de incentivo ao controle social e incremento da transparência pública. Possibilitará o acompanhamento concomitante de toda a execução orçamentário-financeira dos convênios e contratos de repasse, o que proporcionará, certamente, maior eficácia para a fiscalização e controle. Espera-se, pois, que iniciativas como essas sejam multiplicadas no âmbito do TCU, de forma a reduzir a corrupção política instalada de forma disseminada em nosso País.

4.2.4 CANAIS DE CONTATO PARA O CIDADÃO

Existem no TCU importantes canais para possibilitar a apresentação de denúncias contra corrupção, aplicação irregular e malversação dos recursos públicos, que proporcionam, justamente, a possibilidade de o cidadão apresentar denúncia ou enviar reclamações à Ouvidoria²²⁴.

A denúncia formal²²⁵, permitida pelos artigos 53 a 55 da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), é feita mediante ingresso de documentação junto ao protocolo do TCU, na Sede ou nas Unidades Técnicas Regionais. Já as reclamações para a

²²³ PORTAL DOS CONVÊNIOS DO GOVERNO FEDERAL. Disponível em: <<https://www.convenios.gov.br/portal/index.html>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

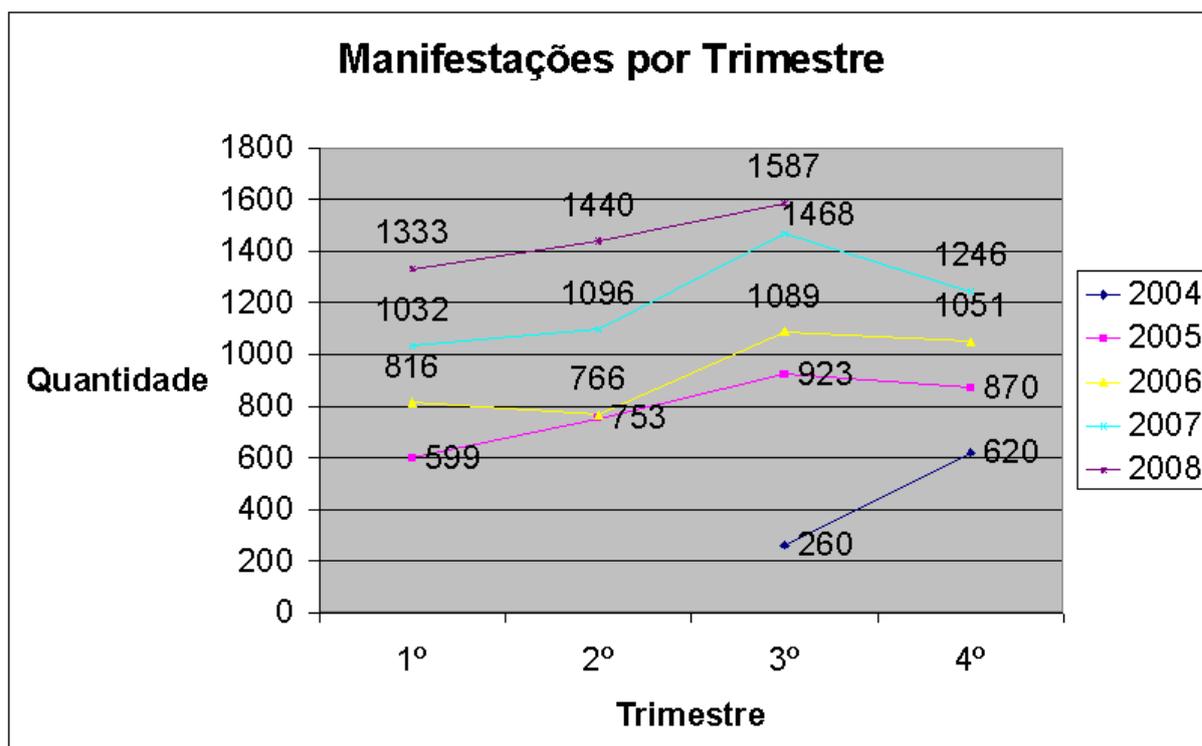
²²⁴ A criação de um canal de denúncia de fraudes, por meio do “telefone vermelho” e da unidade de Ouvidoria, estão cada vez mais difundidos. Para assegurar um nível ético homogeneamente elevado, algumas empresas colocam essas atividades sob a supervisão direta do Comitê de Auditoria ou do Conselho Fiscal.

²²⁵ A garantia da participação popular por meio da formulação de denúncias está consagrada no art. 74, §2º da Constituição. Vejamos: “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

Ouvidoria podem ser feitas por meio do preenchimento de formulário eletrônico disponível no sítio do TCU (www.tcu.gov.br) ou por meio do telefone 0800-644 1500.

Com relação à Ouvidoria, importa destacar que de acordo com estatísticas elaboradas desde a sua implantação, percebe-se claramente um incremento nas manifestações dos cidadãos ano após ano, sugerindo um maior controle social.

Gráfico 4 – INCREMENTO DAS MANIFESTAÇÕES À OUVIDORIA



Fonte: Gráficos e estatísticas da Ouvidoria do TCU (Memorando nº 65/2008)

Diante de tudo o que se expôs sobre a atuação preventiva do Tribunal de Contas da União, percebe-se que o Órgão vem apresentando importantes progressos no controle dos gastos públicos e na prevenção da corrupção na área de obras públicas. Também, os trabalhos de Avaliação de Controles Internos, mesmo que ainda em fase inicial, prometem trazer resultados satisfatórios no que diz respeito à prevenção da corrupção, uma vez que o intuito é testar os controles adotados pela entidade e verificar se eles são capazes de impedir a materialização de fraudes e desvios. Ademais, o Controle Social junto ao órgão mostra uma tendência ascendente, dado o incremento do quadro de demandas à ouvidoria do

TCU, desde a sua criação, e o aumento das solicitações de cautelares. Mas há ainda muito a se fazer e o grande desafio é a busca constante da eficiência da atuação, de forma que ela seja prévia à ocorrência dos desvios e fraudes que envolvam a aplicação de recursos públicos federais.

Não se pode negar que todas essas atuações preventivas do TCU contribuem para o combate à corrupção, todavia, não conseguem eliminar a sua prática, uma vez que este fenômeno social apresenta-se de forma multifacetada. Não se pode afirmar, tampouco, que as ações preventivas vêm reduzindo substancialmente os custos advindos da corrupção. Assim, muitos avanços ainda têm que ser conseguidos nessa área de controle preventivo, pois como as fraudes perpetradas têm tecnologias cada vez mais avançadas, os órgãos de controle têm que se superar no exercício de suas competências constitucionais, dia após dia, sempre buscando efetividade e observância de princípios basilares do Controle Externo, como: seletividade, tempestividade, caráter preventivo da atuação, transparência, publicidade.

4.3 A ATUAÇÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO NA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

4.3.1 A CGU E SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

O Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário está previsto no art. 74 da Carta Magna e suas competências encontram-se traçadas nos incisos de I a IV do mesmo artigo. Os responsáveis por esse controle têm que cientificar o TCU sobre quaisquer irregularidades ou ilegalidades de que tenham conhecimento, sob pena de responsabilidade solidária (§ 1º do art. 74).

Hodiernamente, no âmbito do Poder Executivo, o Controle Interno é desempenhado pela Controladoria-Geral da União - CGU, criada pela Medida Provisória nº 103, de 01/01/2003. A partir de então, foram alteradas sua orientação e metodologia de trabalho, de forma a promover a integração das áreas de Fiscalização e Auditoria com as de Correição e Ouvidoria, bem assim da

Controladoria com os órgãos que têm interface com as suas funções, a exemplo do TCU²²⁶ e do Ministério Público.

Assumi a Controladoria-Geral da União, com as modificações empreendidas, a função de Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, sendo responsável por assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no que concerne aos assuntos que no âmbito do Poder Executivo sejam relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão. Incluem-se, portanto, em suas atribuições a promoção da transparência, o combate à corrupção e à impunidade, atuando, assim, nas seguintes áreas: 1) controle interno dos recursos públicos; 2) atividade correicional; 3) atividade de ouvidoria-geral. Essas áreas compõem o núcleo central da proposta política e do programa de metas fundamentais do Governo Federal.

Por tudo isso, a implantação da Controladoria-Geral da União no âmbito da Presidência da República representou o reconhecimento da importância do Controle Interno e da necessidade do seu fortalecimento.

Além da observância dos aspectos legais dos gastos públicos, a CGU tem atuado na verificação da eficácia, eficiência, efetividade e economicidade dos programas de governo²²⁷, o que significa uma atuação preventiva, uma vez que um controle com enfoque em meras formalidades legais não atinge os objetivos para os quais foi criado, e causa descrença no seio da sociedade a respeito da vontade efetiva de se combaterem os desvios, a corrupção.

²²⁶ Segundo o Ministro Benjamin Zymler, em palestra proferida durante o Seminário Internacional “Corrupção e Sociedade: O Pensar, O Querer, O Fazer”, faz-se necessário que os diversos sistemas de controle possam estabelecer vínculos de interação entre si, de maneira a permitir uma sinergia, uma melhoria conjunta da operação desses sistemas de controle. (SEMINÁRIO INTERNACIONAL: CORRUPÇÃO E SOCIEDADE: O Pensar. O Querer. O Fazer, 2006, Florianópolis. *Anais...* Tribunal de Contas de Santa Catarina: Instituto Rui Barbosa, 2007. p. 176).

²²⁷ Também o TCU, por meio da SEPROG, desenvolve atividades de auditoria operacional em programas governamentais, oportunidade em que se verifica a eficácia, eficiência, efetividade e economicidade destes.

4.3.2 ATUAÇÃO PREVENTIVA

A CGU também fiscaliza e busca detectar fraudes relativas ao uso do dinheiro público federal, sendo responsável por criar mecanismos de prevenção, de forma a antecipar-se à concretização de práticas corruptas, prevenindo a sua ocorrência. Para isso, criou-se a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Ações Estratégicas (SPCI), por meio do Decreto nº 5.683/2006, em 24/01/2006, para possibilitar a implementação de ações de inteligência e prevenção da corrupção. Abaixo, tem-se a estrutura funcional dessa Secretaria. Os significados das siglas são: DPC – Diretoria de Prevenção da Corrupção; DIE – Diretoria de Informações Estratégicas; GFOCO – Gerência de Fortalecimento da Gestão e Controle Social; GPETI – Gerência de Promoção da Ética, Transparência e Integridade; GPROD – Gerência de Produção de Informações; GLAPE – Gerência do Laboratório de Pesquisas Estratégicas.

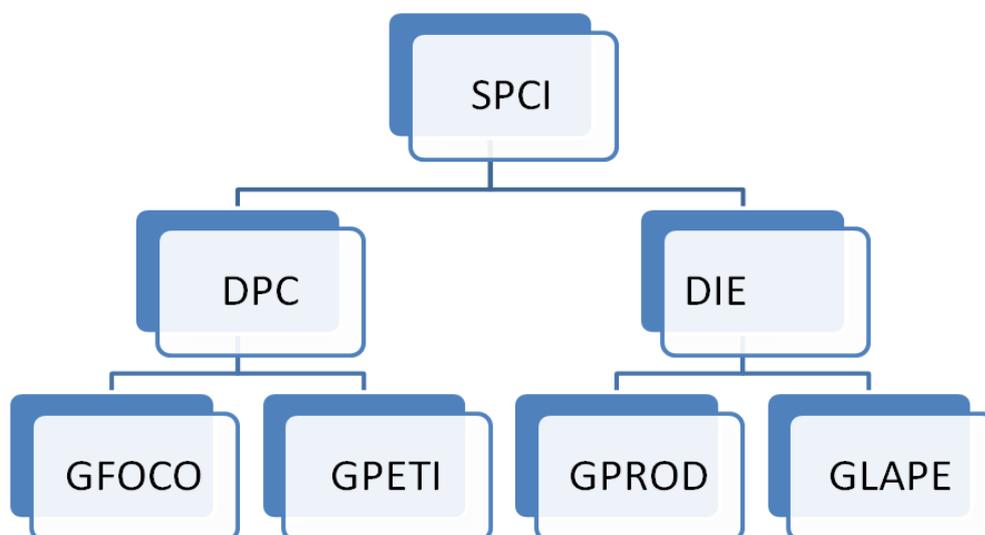


Figura 2 – Estrutura Funcional da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Ações Estratégicas

Para isso, a SPCI foi dotada de estrutura organizacional e técnica que tornasse viáveis as suas ações e colocasse o Brasil em sintonia com países que obtêm resultados satisfatórios na prevenção da corrupção. Seus objetivos são: centralizar as ações preventivas em uma única unidade, de modo a fortalecê-las;

investir no desenvolvimento e utilização de técnicas inovadoras de prevenção da corrupção; criar e organizar uma unidade de inteligência na Controladoria-Geral da União (CGU); promover a implementação das convenções internacionais de combate à corrupção no Brasil.

Os dois grandes sustentáculos da atuação da SPCI são as atividades de: prevenção da corrupção; tratamento de informações estratégicas. Seguem-se as estratégias de ação para que o objetivo de prevenção da corrupção possa ser alcançado: fomento ao controle social, fortalecimento da gestão pública, incremento da transparência pública, promoção da ética e da integridade no serviço público federal, mapeamento das situações de risco à corrupção. Para o tratamento de informações estratégicas, a SPCI entende que se fazem necessárias atividades de pesquisa, produção e troca de informações de inteligência, o que proporcionará a percepção de ilicitudes próprias de atos, contratos e procedimentos administrativos.

Finalmente, a SPCI tem como competências: promover o incremento da transparência pública; coletar e dar tratamento às informações estratégicas necessárias ao desenvolvimento das atividades da Controladoria-Geral da União; promover, com outros órgãos, intercâmbio contínuo de informações estratégicas para a prevenção e o combate à corrupção; encaminhar à Secretaria Federal de Controle Interno e à Corregedoria-Geral da União informações recebidas de órgãos de investigação e inteligência; acompanhar a evolução patrimonial dos agentes públicos do Poder Executivo Federal e observar a existência de sinais exteriores de riqueza, identificando eventuais incompatibilidades com a sua renda declarada; fomentar a participação da sociedade civil na prevenção à corrupção; atuar para prevenir situações de conflito de interesses no desempenho de funções públicas; contribuir para a promoção da ética e o fortalecimento da integridade das instituições públicas; reunir e integrar dados e informações referentes à prevenção e ao combate à corrupção; promover capacitação e treinamento relacionados às suas áreas de atuação, sob a orientação da Secretaria Executiva; coordenar, no âmbito da Controladoria-Geral da União, as atividades que exijam ações integradas de inteligência.

4.3.3 INCENTIVO AO CONTROLE SOCIAL

O Portal da Transparência²²⁸ é um exemplo de incremento da transparência pública, por permitir aos cidadãos acompanhar a execução financeira de programas e ações do Governo Federal. Além disso, os cidadãos podem acompanhar os gastos públicos federais por meio das páginas da Transparência Pública de cada órgão da administração direta e indireta do Poder Executivo Federal, instituídas pelo Decreto nº 5.482, de 30/06/2005, e disciplinadas pela Portaria Interministerial nº 140/2006.

Outros programas desenvolvidos pela CGU para fomentar o controle social e fortalecer a gestão pública foram os seguintes: Programa de Olho Vivo no Dinheiro Público; Programa de Fortalecimento da Gestão Pública. O primeiro permite o treinamento de agentes públicos municipais e de representantes da sociedade civil, como lideranças comunitárias e integrantes de conselhos municipais, acerca da correta aplicação dos recursos federais repassados aos municípios. O segundo objetiva contribuir para a concretização da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais, razão pela qual capacita agentes públicos, distribui bibliografia técnica e fortalece a capacidade institucional dos controles internos.

4.3.4 PROJETOS IMPORTANTES PARA A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

Cumprе mencionar, de início, que uma importante iniciativa da Controladoria-Geral da União para prevenir a corrupção política foi a implantação do Programa de Fiscalização a partir de sorteios públicos²²⁹. Estes são efetuados para

²²⁸ PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <www.portaldatransparencia.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2008.

²²⁹ Último sorteio de municípios: "Assunto: SORTEIO DE MUNICÍPIOS. Portaria/CGU nº 1.702, de 2/10/2008 (DOU de 23.10.2008, S. 1, ps. 12 a 28) - torna pública a realização do 27º sorteio de 60 unidades municipais, dentre os municípios brasileiros com população de até 500.000 habitantes, exceto capitais, a serem fiscalizadas por Analistas e Técnicos de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, relativamente à aplicação de recursos públicos federais (sob a responsabilidade de órgãos federais, estaduais, municipais, ou de entidades legalmente habilitadas), a realizar-se no dia 29.10.2008 (quarta-feira), às 10:00h, no auditório da Caixa Econômica Federal, Agência Planalto, situada no Setor Bancário Sul, Quadra 1, Bloco "L", Brasília-DF."

possibilitar a definição de regiões onde serão desenvolvidas fiscalizações especiais, por amostragem, relativas aos recursos federais aplicados. Em geral, os recursos são repassados por meio de convênios firmados com estados e municípios.

Essa forma de escolha dos fiscalizados é inovadora por ser objetiva, impessoal e gerar expectativa de controle naqueles que gerenciam recursos públicos federais, fazendo com que atuem com mais cautela na administração dos valores que lhe foram repassados.

Os objetivos principais dos sorteios e das conseqüentes fiscalizações são: garantir a observância do princípio constitucional da impessoalidade; conscientizar e estimular a sociedade para o controle dos gastos públicos; inibir e dissuadir a corrupção; coletar dados que indiquem tendências a respeito da execução dos programas de governo.

Iniciados em abril de 2003, os sorteios ganharam seu formato definitivo com sorteio mensal de 60 (sessenta) municípios com até 500 (quinhentos mil) habitantes, exceto as capitais das diversas regiões do País.

Nos municípios, os auditores examinam contas e documentos atinentes à gestão de recursos públicos federais, fazem a inspeção *in loco* de obras públicas e serviços, mantêm contato com a população, diretamente ou por meio de entidades organizadas, buscando estimular o controle social.

Outrossim, com o objetivo de aperfeiçoar a capacidade dos seus auditores no sentido de identificar práticas fraudulentas e de malversação de recursos públicos, buscando combater efetivamente a corrupção, a Controladoria-Geral da União firmou convênio com o Fundo de Oportunidades Globais – GOF (<http://www.fco.gov.uk>), do Ministério das Relações Exteriores Britânico (Foreign and Commonwealth Office) – Programa de Governança Econômica²³⁰. O acordo teve por objeto: treinar 800 auditores federais; obter maior perícia na identificação de práticas fraudulentas e malversação de recursos públicos; conseguir maior cooperação com o Reino Unido no combate à corrupção. Os impactos previstos foram: reduzir

²³⁰ Valor total de recursos previstos para o projeto: 195.000 libras.

práticas de atividades de corrupção nos municípios pela melhoria na eficiência e qualidade das auditorias e investigações no Brasil²³¹.

Outro importante convênio firmado pela Controladoria-Geral da União foi com a Transparência Brasil²³², associação sem fins econômicos ou lucrativos, qualificada como Organização Social de Interesse Público – OSCIP. Teve por objeto a cooperação entre os partícipes visando à prestação, pela conveniente, de assistência técnica com vistas à definição de estratégias e instrumentos de prevenção da corrupção que pudessem vir a ser adotados pela CGU no exercício de suas competências.

Encontra-se, ainda, em andamento o Projeto do UNODC Brasil contra a Corrupção²³³. Com duração de abril de 2005 a março de 2009, o projeto²³⁴ tem a parceria da Controladoria-Geral da União e busca apoiar o governo brasileiro na implementação de medidas preventivas para o enfrentamento da corrupção. Na primeira etapa, realizou-se, em Brasília/DF (junho/2005), o IV Fórum Global de Combate à Corrupção²³⁵. A segunda etapa, por sua vez, objetivará a capacitação

²³¹ A implementação da primeira fase do Convênio deu-se de setembro de 2005 a março de 2006, período no qual foram realizados os seguintes eventos: Seminário de Improbidade Administrativa e Enriquecimento Ilícito; Oficina sobre Procedimentos Policiais Aplicados às Ações de Controle Interno; Oficina sobre Prevenção à Corrupção e Técnicas de Investigação Patrimonial. Na segunda fase, de abril de 2006 a março de 2007 foram realizados: Seminário de Capacitação em Coleta e Tratamento de Informações; Projeto de Fomento ao Controle Social “Olho Vivo no Dinheiro Público”; e Cursos de aprimoramento em Tecnologia da Informação. Na terceira fase, de abril de 2007 a março de 2008, foram realizadas oficinas de trabalho para capacitar auditores que não puderam freqüentar as oficinas de trabalho da primeira ou segunda.)

²³² A Transparência Brasil desligou-se da Transparência Internacional em 2007.

²³³ BRASIL CONTRA A CORRUPÇÃO. Disponível em: <<http://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/572>>. Acesso em: 24 out. 2008.

²³⁴ Informações sobre o Projeto: Número - BRA/05/S07 Revisão 1; Título – “Realização do IV Fórum de Combate à Corrupção e Implementação de Ações Específicas de combate à corrupção”; Agência Executora – Controladoria-Geral da União; Agência de Cooperação Internacional – Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crimes; Duração – 4 (quatro) anos; Grupo de Atividade – combate à corrupção; Data prevista de início – abril de 2005; Descrição – Em sintonia com as diretrizes do Marco Estratégico do Programa do UNODC para o Brasil 2003-2006, este projeto dividido em 2 (duas) fases, tem por objetivo apoiar o Governo brasileiro em: Fase 1 – realização do IV Fórum Global de Combate à Corrupção realizado em Brasília, em junho de 2005; e Fase 2 – atividades de capacitação de servidores públicos em técnicas de auditoria e investigação, formulação de um sistema nacional de integridade e um plano estratégico nacional contra a corrupção. São previstas ainda, ações estratégicas para prevenção e combate à corrupção, incluindo a mobilização da sociedade civil e revisão da legislação; Orçamento Total – U\$\$ 4.474.600,00.

²³⁵ O evento reuniu especialistas de 103 países durante cinco dias, permitindo a troca de experiências e boas práticas relacionadas ao enfrentamento da corrupção. Na oportunidade foi ratificada a

dos servidores da CGU em modernas técnicas de auditoria e investigação, além da melhoria do Sistema Nacional de Integridade e o planejamento de uma estratégia nacional anticorrupção. A mobilização da sociedade civil e a melhoria da legislação nacional anticorrupção são também áreas principais de atuação.

O Projeto pretende capacitar os servidores da CGU em modernas técnicas de investigação e controle anticorrupção nas áreas de auditoria e fiscalização. Os treinamentos também serão aplicados às suas unidades descentralizadas e às entidades parceiras nos estados e municípios. Buscar-se-á o compartilhamento de boas práticas, de forma a melhorar a capacidade de resposta do setor público à corrupção.

A pretensão é também fortalecer o Sistema Brasileiro de Integridade, composto por diferentes instâncias governamentais de auditoria e fiscalização interna. Para isso, serão realizadas pesquisas que medirão a vulnerabilidade do Poder Público ao fenômeno corrupção. Os dados obtidos servirão de base para estratégias de fortalecimento do Sistema.

As parcerias com a sociedade civil e as universidades buscam fomentar pesquisas relativas a medidas anticorrupção. Além de acordos com universidades e centros de estudo para a promoção de estudos na área de prevenção e combate à corrupção, serão desenvolvidas estratégias de comunicação com o fito de conscientização da população sobre seus direitos e deveres.

Quanto ao aprimoramento da legislação nacional anticorrupção, o Projeto prevê a análise das leis brasileiras vigentes sobre o tema e a adequação das mesmas à Convenção da ONU contra a corrupção, ratificada pelo Brasil em junho/2005. Adiante, falaremos sobre alguns projetos de lei em andamento que tratam sobre combate e prevenção da corrupção, bem assim sobre a Convenção da ONU.

Efetivamente adotadas, espera-se que tais medidas proporcionem: a adoção de políticas públicas anticorrupção; o fortalecimento da imagem da CGU perante a opinião pública; a maior integração entre os órgãos de controle e destes com a

convenção da ONU contra a corrupção, o que contribuiu para que ela entrasse em vigor em 14/12/2005.

Polícia Federal e Ministério Público; o fortalecimento do Sistema Brasileiro de Integridade.

Finalmente, releva registrar como importante canal de comunicação social a Ouvidoria-Geral da União que, ligada à Controladoria-Geral da União (CGU), tem a responsabilidade de receber, examinar e encaminhar reclamações, elogios e sugestões referentes a procedimentos e ações de agentes, órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Tem, também, a competência de coordenar tecnicamente o segmento de Ouvidorias do Poder Executivo Federal, organizando e interpretando o conjunto das manifestações recebidas e produzindo indicativos quantificados do nível de satisfação dos usuários dos serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Federal. As formas de contato são as seguintes: por e-mail: cgu@cgu.gov.br; por preenchimento de formulário eletrônico, disponível no sítio da CGU; por envio de correspondência para o endereço: Controladoria-Geral da União, Ouvidoria-Geral da União, SAS Quadra 01, Bloco A, 8º andar, Edifício Darcy Ribeiro, CEP: 70.070-905 – Brasília (DF).

4.4 CONTROLE SOCIAL

Findo o período autoritário, vigente de 1964 a 1985, estabeleceu-se proposta de elevar o nível de transparência do Estado brasileiro, a qual foi incluída na agenda política de controle social. Com a redemocratização, previram-se, constitucionalmente, algumas formas de controle social, tais como as descritas no artigo 31, §§ 2º e 3º e no artigo 74 da CF/88, respectivamente. Nesse contexto, transparência estatal significava dar ao cidadão possibilidade de acesso às informações governamentais. Parte-se do fundamento de que a maior eficiência advém de um regime político democrático e transparente, no qual a cobrança da ética e da transparência na condução dos negócios públicos torne-se essencial. Nesse contexto, cumpre trazer à baila o seguinte pensamento de Rudolf Von Ihering²³⁶: “Uma nação não é afinal senão a soma de todos os indivíduos que a

²³⁶ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 64.

compõem, e sente, pensa e opera, como sentem, pensam e operam esses indivíduos.”

Assim, visando atender às demandas de ética²³⁷, transparência e probidade na administração pública, a Constituição Federal de 1988 atribuiu maiores competências aos órgãos de controle já existentes, bem assim ao Ministério Público, instituindo a moralidade como princípio norteador das ações de todos aqueles que administram ou gerenciam recursos públicos. À medida que aumenta a publicidade de seus atos e gastos, principalmente por meio dos meios eletrônicos de comunicação (internet), o governo vem estimulando, paulatinamente, o controle social dos gastos públicos²³⁸.

O grande problema é que, como no Estado moderno os agentes públicos arrecadam cada vez mais fundos privados da sociedade, geram-se estímulos tanto para que setores organizados da sociedade procurem desviar rendas em benefício próprio, quanto para que os próprios agentes públicos busquem se locupletar de recursos públicos sob sua guarda²³⁹. Assim, para a minimização da possibilidade de privatização dos recursos públicos decorrentes do conflito distributivo entre todos os agentes da sociedade, há que se reforçar não só os sistemas legalmente estabelecidos de controle interno e externo, mas também o controle social.

Dado o enfraquecimento dos limites entre Estado e sociedade, o controle social surge como uma esperança de que, por meio de organizações formais ou informais, a fiscalização das organizações públicas seja efetivamente exercida. Para isso, o acesso à informação mostra-se essencial, haja vista que quanto mais bem informada estiver a sociedade, melhores as condições para a implementação desse tipo de controle.

²³⁷ Outro não é, aliás, o propósito de Rudolf Von Ihering quando afirma, conclusivamente, que: “[...] a ética, longe de repelir a luta pelo direito, impõe-na, como dever tanto aos indivíduos como aos povos, por toda a parte.” (Op. Cit., p. 91)

²³⁸ O governo demonstra que está consciente de que “a corrupção drena recursos que seriam destinados a produzir e realizar bens e serviços públicos em favor da sociedade, a gerar negócios e a criar e manter empregos. A corrupção e a malversação das verbas e recursos públicos são enormes obstáculos ao desenvolvimento nacional, porque implicam diretamente redução da atividade econômica e diminuição da qualidade de vida da população” (PR, 2002:515 BRASIL, Presidência da República do (2002), *Mensagem ao Congresso Nacional 2002*, PR, Brasília.).

²³⁹ Observa Marcos Fernandes Gonçalves da Silva que “a instituição do Estado carrega, implicitamente, um conflito distributivo potencial entre os agentes privados que tentam se fazer representar politicamente através de grupos de pressão. Essas práticas podem ser acompanhadas pela defesa dos interesses privados dos próprios agentes públicos.” (SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A economia política da corrupção*. São Paulo: Transparência Brasil, 2001. p. 48)

Observa-se, no entanto, que fatores como deficiências no nível educacional da população, dificuldades de acesso a dados e informações da esfera pública, insuficiente proteção dos denunciantes, legislação complexa e pouca confiabilidade nos órgãos de controle podem ser causadores de embaraços ao controle social.

Percebe-se, pois, que ainda há muito a se fazer para incrementar a transparência das ações governamentais, principalmente nos níveis de governo estaduais e municipais e que, diante de uma democracia ainda tão incipiente, os cidadãos estão muito pouco preparados para exercer um controle social que se mostre realmente eficaz. Mas obstáculos se põem, naturalmente, no caminho, tendo-se que buscar alternativas para ultrapassá-los.

4.4.1 SISTEMAS DE INFORMAÇÕES GOVERNAMENTAIS COMO FONTES DE DADOS PARA O CONTROLE SOCIAL

Com a aprovação do Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995²⁴⁰, foram empreendidos esforços no sentido de oferecer à sociedade informações sobre: orçamento, finanças, pessoal, previdência, entre outras. Destacam-se, no plano federal, os seguintes sistemas de difusão de informações governamentais: Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), Sistema Integrado de Dados Orçamentários (SIDOR); Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE); Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG); Sistema de Patrimônio Imobiliário da União (SPIU); Portal de Compras do Governo Federal (Compras Net), dentre outros.

Esses sistemas indicam que o governo reconhece a importância de sistematizar as informações relativas à arrecadação de impostos, administração financeira, orçamentária e de pessoal, administração de serviços gerais, imóveis, compras etc. Todavia, por terem sido concebidos de forma hermética e pouco amigável, os sistemas de difusão de informações governamentais não oferecem aos cidadãos comuns informações que permitam visualizar com clareza e precisão as

²⁴⁰ Fica evidenciado que, a área privilegiada pelo Plano Diretor tem sido a de administração de dados com elevado suporte de recursos tecnológicos, incluindo-se a Internet como fator de transparência governamental.

ações governamentais desenvolvidas em cada área e dados claros e de fácil acesso que possibilitem o controle social.

Para fins de controle dos gastos públicos, o SIAFI é o mais importante deles, por permitir o acompanhamento das atividades relacionadas com a administração financeira dos recursos federais. Esse sistema centraliza e uniformiza o processamento da execução orçamentária, com a utilização de técnicas de elaboração eletrônica de dados e com o envolvimento das unidades centrais e setoriais do sistema, bem como a participação dinâmica das unidades gestoras e entidades supervisionadas, tudo sob a supervisão técnica da Secretaria do Tesouro Nacional, e sem prejuízo da subordinação hierárquica ministerial. Essa integração abrange a programação financeira, a contabilidade e a administração orçamentária²⁴¹.

As informações são muitas, mas o acesso é ainda bastante restrito, uma vez que só é permitido a usuários devidamente cadastrados e habilitados, através do uso de senhas individuais. Alguns parlamentares federais, por exemplo, utilizam informações contidas no sistema para solicitar ao Tribunal de Contas da União apurações de atos de gestão pública suspeitos de irregularidades. Esse não deixa de ser um controle social, haja vista que os parlamentares são legítimos representantes da sociedade, eleitos pelo sufrágio universal.

241 A definição e o desenvolvimento desse sistema deram-se em 1986 e em janeiro de 1987 a sua implantação. Registre-se que o SIAFI é resultado do que ficou estabelecido no artigo 12 do Decreto n.º 95.452/86, que também criou a Secretaria do Tesouro Nacional: "Fica o Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), autorizado a contratar ou ajustar a execução, o desenvolvimento e a manutenção de serviços de computação eletrônica, visando a modernização e a integração dos Sistemas de PROGRAMAÇÃO FINANCEIRA, de EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA e de CONTROLE INTERNO do Poder Executivo, nos Órgãos centrais, setoriais e seccionais". (DECRETO Nº 95.452/86). São objetivos do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI: prover de mecanismos adequados ao registro e controle diário da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, os órgãos central, setorial e seccional do Sistema de Controle Interno e órgãos executores; fornecer meios para agilizar a programação financeira, com vistas a otimizar a utilização dos recursos do Tesouro Nacional; permitir que a contabilidade pública seja fonte segura e tempestiva de informações gerenciais destinadas a todos os níveis da administração pública federal; integrar e compatibilizar as informações disponíveis nos diversos órgãos e entidades participantes do sistema; permitir aos segmentos da sociedade obterem a necessária transparência dos gastos públicos; permitir a programação e acompanhamento físico-financeiro do orçamento, a nível analítico; permitir o registro contábil dos balancetes dos Estados, Municípios e de suas supervisionadas; e permitir o controle da dívida interna e externa, bem assim o das transferências negociadas." (Manual do SIAFI elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional-STN).

Diante das dificuldades de acesso direto ao SIAFI, o Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União tornou acessíveis aos cidadãos informações extraídas desse Sistema, mostrando desde gastos diretos do Governo Federal com contratação de obras públicas e compras governamentais, até os recursos públicos federais transferidos para estados, municípios e Distrito Federal ou diretamente aos cidadãos, por meio das ações sociais do governo.

Com relação aos valores transferidos por meio de convênio, principal instrumento do Governo Federal para a descentralização dos seus recursos, destacam-se, no Portal da Transparência, as seguintes consultas, extraídas do SIAFI e disponibilizadas de modo mais acessível ao cidadão comum: 1. Convênios por Estado, 2. Convênios por órgão Concedente; 3. Últimas liberações na semana; 4. Últimas liberações no mês; 5. Débitos em contas de convênio por Estado; 6. Débitos em contas de convênio por Conveniente. Frise-se que a base de dados contém os convênios vigentes a partir de 1º de janeiro de 1996 e que o objetivo da disponibilização desses dados para as entidades públicas, parlamentares e sociedade em geral, é permitir que o acesso à informação seja o mais fácil possível, de forma a ampliar a transparência e o controle social.

4.4.2 A AÇÃO POPULAR E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO IMPORTANTES INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

Nos casos em que a conduta do agente público mostra-se lesiva ao patrimônio público, mas não tem a imperfeição da imoralidade administrativa qualificada que requer a Ação de Improbidade Administrativa, a Carta Magna disponibiliza o instrumento da Ação Popular²⁴² em seu art. 5º, LXXIII. Neste caso, a condenação deve ater-se à nulidade do ato ilegal ou imoral, causador da lesão patrimonial.

²⁴² Hely Lopes Meirelles define Ação Popular como sendo o “meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou a estes equiparados – ilegais ou lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 29. ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130).

Segundo o art. 1º da Lei nº 4.717/65, que disciplina a Ação Popular²⁴³, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, considerando-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

São seus requisitos: que o ajuizamento da ação seja feito por cidadão brasileiro²⁴⁴; que haja ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar; que o ato seja lesivo²⁴⁵ ao patrimônio público. Sem a presença desses três requisitos a propositura da ação popular não é viável.

A Ação Popular não tem só fins repressivos, mas também preventivos, que buscam evitar a ocorrência de lesões ao patrimônio público. Sua propositura, no entanto, não exclui a Ação Civil Pública, vez que a Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública²⁴⁶ admite a concomitância de ambas (art. 1º, *caput*). Assim, visa esta imputar responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sendo, também, um instrumento de Controle Social. É, constantemente, manuseada pelo Ministério Público²⁴⁷ para a reparação dos danos, sejam eles morais ou patrimoniais.

²⁴³ Note-se que como a lei que regula a Ação Popular é anterior à Carta Magna de 1988, ela deve ser entendida à luz do novel texto constitucional.

²⁴⁴ Segundo a Súmula STF nº 365, as pessoas jurídicas não têm legitimidade para propor Ação Popular.

²⁴⁵ A lesividade pode ser efetiva ou legalmente presumida (art. 4º da Lei nº 4.717/65). Neste caso, basta a prova da prática do ato, para que este seja considerado lesivo e nulo de pleno direito. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 29. ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133).

²⁴⁶ Hely Lopes Meirelles conceitua Ação Civil Pública como sendo “o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta comissiva ou omissiva, do réu.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 29. ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130).

²⁴⁷ A Lei nº 7.347 deu legitimidade ativa ao Ministério Público e às pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais para que elas possam propor ação civil pública (art. 5º). A CF/88, por sua vez, em seu art. 127, define as funções do Ministério Público, esclarecendo que está incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No art. 129, inciso III, está definida a sua competência de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A Ação Civil Pública enseja medidas cautelares, bem assim a concessão de liminar suspensiva do ato ou fato impugnado. Também, segundo o art. 3º da Lei que regula a ação, ela é, preponderantemente, condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer.

Muito embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo da Ação Civil Pública e da Ação Popular, as finalidades de ambas as demandas não devem ser confundidas. Não pode uma ação substituir a outra, pois segundo o art. 11 da Lei nº 4.717/65²⁴⁸, a Ação Popular é predominantemente desconstitutiva, e subsidiariamente condenatória em perdas e danos, ao passo que a Ação Civil Pública é eminentemente condenatória em dinheiro ou em obrigações de fazer ou não fazer.

Ressalte-se, por pertinente, que a esse respeito o STJ²⁴⁹ decidiu que “A Ação Civil Pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e em cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Se o legislador ordinário disse ‘ou’, estabeleceu ele a alternativa.”

Na doutrina, há quem defenda a legitimidade de o Ministério Público propor Ação Popular. Ada Pellegrini Grinover²⁵⁰, por exemplo, pronunciou-se a favor da referida legitimidade. Em sua tese, denominada “Uma nova modalidade de legitimação à Ação Popular”, a autora - com fulcro no art. 25, inciso IV, “b”, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), o qual confere competência ao Órgão para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa - considera que a diferença entre a Ação Popular Constitucional e a Ação Civil Pública que visam anular ato lesivo à moralidade administrativa reside exclusivamente na legitimação ativa: na primeira é legitimado o cidadão, na segunda o Ministério Público, que pode propor Ação Popular com base no art. 25, inciso IV, “b” da Lei aqui mencionada.

²⁴⁸ Regula a Ação Popular, sendo aplicáveis a ela as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos dessa lei, nem a natureza específica da ação.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 94.298-RS, Relator: Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, 21/6/99, p. 76.

²⁵⁰ MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1995. p. 23.

Contudo, em contraposição ao disposto no art. 25, inciso IV, “b” da Lei mencionada no parágrafo retro, vem a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXIII, no atinente à Ação Popular, dispor que:

qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Da leitura atenta do dispositivo constitucional retro, depreende-se que o legislador constituinte conferiu legitimidade ao cidadão para propor essa ação e não ao Ministério Público, o que faz com que não caiba a este figurar com substituto processual do cidadão para a propositura de ações populares. Isso não impede, no entanto, que um membro do Ministério Público, na condição de cidadão, proponha Ação Popular.

Para melhor elucidação do tema em debate, cumpre trazer à colação, por pertinente, excertos da jurisprudência pátria. O Tribunal de Justiça de São Paulo²⁵¹ resolveu a questão em acórdão, cuja ementa é a seguinte: “Ação Civil Pública – Ilegitimidade do Ministério Público, quando cabente eventual Ação Popular – Pedido impossível de condenação a reparar o dano, pagando aos cofres municipais – Mescla de ações injustificável – Recurso provido.”

O Desembargador Relator, Sérgio Pitombo, em seu voto, bem esclarece o tema, ressaltando que enquanto “a finalidade da Ação Civil Pública é marcada na Lei – não ao talante do Ministério Público” a “Ação Popular de outra sorte é meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos”. Em suma, nas entrelinhas do seu voto, o Relator quis deixar claro que não cabe ao Ministério Público propor ações populares, tampouco tentar obter por meio da Ação Civil Pública o que é próprio da Ação Popular.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

O Ministério Público tem posição singular na ação popular: é parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 274.440-1/6, Matão 7ª C. de Direito Público, Relator: Des. Sérgio Pitombo, j. 18.3.1996, *Boletim da AASP* 1.978/92.

Como *parte pública autônoma*, o Ministério Público tem liberdade para manifestar-se, a final, a favor ou contra a procedência da ação, pois o que a lei veda (art. 6º, §4º) é que assuma a defesa do ato impugnado ou dos réus, isto é, que contradite a inicial, promova provas ou pratique outros atos processuais contra os autores. Mas, na manifestação final, deverá opinar no sentido em que a prova indicar, pela procedência ou improcedência da ação, por se tratar de conduta característica da Instituição. Se houver abandono da ação, caber-lhe-á promover seu prosseguimento, em lugar do autor omissor, se reputar de interesse público seu julgamento (art. 9º). Isso não impede que o autor popular desista expressamente da ação e com isso concorde o Ministério Público, para sua homologação regular, se ambos se convencerem da inexistência de fundamento para seu prosseguimento e se houver concordância dos réus.²⁵² (grifo do autor)

Vê-se, assim, que a Ação Popular é um instrumento constitucional posto à disposição do cidadão para que se possa anular ato lesivo ao patrimônio público, exercendo grande importância no combate à corrupção. Todavia, como a população ainda não está acostumada a exercer o controle social sobre os atos da Administração Pública, podemos considerar que sua atuação ainda deixa muito a desejar e é utilizada muitas vezes de forma desvirtuada como instrumento de oposição política, situação essa que exige do Judiciário prudência redobrada em seus julgamentos, para que esse tipo de ação não impeça, sem razão consistente, a realização de obras e serviços públicos que se mostrem essenciais para a coletividade.

4.4.3 CONTROLE SOCIAL EXERCIDO POR ENTIDADES DE REPRESENTAÇÃO DE CLASSE

Cumprido destacar que entidades de representação de classe têm se mobilizado no sentido de encontrar alternativas para a participação popular no controle da gestão da coisa pública.

Uma iniciativa interessante, que merece registro, é a realização anual da caravana “Todos contra a Corrupção”, que visita municípios, nos quais são realizadas audiências públicas, oportunidade em que representantes de entidades como a União dos Auditores Federais de Controle Externo – Auditar

²⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 29. ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145-146.

(www.auditar.org.br), União Nacional dos Analistas e Técnicos de Controle Interno – Unacon (www.unacon.org.br), Federação Nacional dos Policiais Federais – Fenapef (www.fenapef-desenv.org.br), Associação Nacional dos Auditores Internos da Caixa Econômica Federal – Audicaixa (www.audicaixa.org.br) ministram palestras sobre a importância da participação popular no combate à corrupção.

Por ocasião das palestras, vem sendo apresentado o projeto “Adote um Município”, que tem a finalidade de promover junto à sociedade civil organizada ações de fiscalização do dinheiro público, como forma de combater a corrupção. Ações como essas envolvem a participação de pessoas da comunidade local e de funcionários públicos da área de controle, reforçando a necessidade de que os olhos dos cidadãos estejam sempre atentos e mostrando que isso faz a diferença na busca da legalidade, da moralidade, da probidade administrativa, pois a união faz a força.

Todavia, é importante deixar claro que exercitar o controle popular da aplicação do dinheiro público não é tarefa das mais fáceis para um cidadão comum, pois, além de esparsas, as poucas informações disponibilizadas, principalmente por estados e municípios, sobre suas receitas e despesas, limitam iniciativas de controle. Estes, em regra, não publicizam informações de seus gastos ou o fazem minimamente, de forma que o que se divulga pouco serve ao objetivo de ampliar o controle social. Vislumbra-se que a possibilidade de acesso da população às informações da aplicação do dinheiro público apavora muitos governantes, que temem ser afrontados em seu poder.

No Governo Federal, muito embora haja uma maior transparência, ainda encontramos obstáculos, por exemplo, de acesso ao Sistema Integrado de Administração Financeira - SIAFI, como já mencionado, uma vez que os dados não são acessíveis a qualquer cidadão, mas a servidores públicos devidamente credenciados.

4.4.4 CONTROLE SOCIAL EXERCIDO POR ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS (ONGs)

Muitas são as entidades não-governamentais (ONGs) criadas para incrementar o controle da corrupção. Podemos citar: Transparência Brasil (www.transparencia.org.br); Movimento pela Ética na Política (www.grupos.com.br/group/mepcuritiba); Instituto de Estudos Sócio-Econômicos – Inesc (www.inesc.org.br); Instituto Ethos (www.ethos.org.br); Amigos Associados de Ribeirão Bonito – Amarribo (www.amarribo.org.br).

A Transparência Brasil²⁵³ é uma organização não-governamental independente e autônoma, fundada em abril de 2000 por um grupo de indivíduos e organizações também não-governamentais comprometidos com o combate à corrupção. Um dos seus principais objetivos é ajudar as organizações civis e os governos de todos os níveis a desenvolver metodologias e atitudes voltadas ao combate à corrupção. Para atingir seus objetivos, tem como diretriz fundamental ampliar a transparência, uma vez que quanto maior for esta, maiores serão as possibilidades de combate à corrupção.

Como forma de cumprir sua missão, a Transparência Brasil vem priorizando ações como: levantamentos empíricos sobre a incidência do problema da corrupção em diferentes esferas; criação de instrumentos, disponíveis na internet, que propiciam o monitoramento do fenômeno corrupção; condução de programas de combate à corrupção em parceria²⁵⁴ com entes públicos.

O Movimento pela Ética na Política é um grupo apartidário, sem fins lucrativos, composto por cidadãos e cidadãos voluntários que têm por objetivo geral contribuir para melhorar a prática da política.

O Instituto de Estudos Sócio-Econômicos – Inesc, entidade sem fins lucrativos, com finalidade pública, não partidária, democrática e pluralista, tem como

²⁵³ A Transparência Brasil decidiu, em 31/07/07, descontinuar a associação com a *Transparency International*.

²⁵⁴ A exemplo do Convênio que foi firmado com a Controladoria-Geral da União.

meta permanente, em relação à política fiscal e orçamentária, o acompanhamento, monitoramento e decodificação do processo orçamentário federal, sua execução financeira e a permanente busca pela ampliação de transparência e publicização das informações de planos e gastos públicos.

O Instituto Ethos, por seu turno, vem articulando, desde 2005, a criação de um Pacto Empresarial pela Integridade e Contra a Corrupção. Para isso, age em conjunto com a Patri Relações Governamentais & Políticas Públicas, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), o Fórum Econômico Mundial e o Comitê Brasileiro do Pacto Global, com o apoio da Agência Brasileira das Agências de Publicidade (Abap) e da Fundação Ford. O Pacto, lançado em junho de 2006, em São Paulo, durante a Conferência Internacional Ethos 2006, inspirou-se em experiências bem sucedidas anteriores, como os pactos empresariais de combate ao trabalho escravo e de erradicação do trabalho infantil.

Ao longo dos trabalhos foram debatidos temas como sonegação fiscal, corrupção de agentes públicos junto a pequenas e médias empresas, crime organizado e lavagem de dinheiro. As reflexões e sugestões foram incorporadas para permitir a elaboração de diretrizes e procedimentos a serem adotados pelas empresas e entidades no relacionamento com o poder público. O Pacto, hoje, reúne diversas ações do Programa de Promoção da Integridade e Combate à Corrupção, dentre elas o sítio “Empresa Limpa” e campanhas de mídia.

A organização não governamental Amigos Associados de Ribeirão Bonito – Amarribo - não tem fins lucrativos e atua em sinergia com a sociedade civil, administração pública, lideranças políticas e iniciativa privada, para acompanhar a gestão dos bens públicos e a preservação dos valores e do patrimônio cultural da cidade de Ribeirão Bonito, São Paulo.

Em termos internacionais, cumpre destacar a atuação da *Transparency International*, com sede em Berlim, na Alemanha. Tem como objetivos aumentar a *accountability* governamental e combater a corrupção nacional e internacional. Tornou-se reconhecida mundialmente por publicar, com periodicidade anual, o Índice

de Percepção da Corrupção²⁵⁵, que toma por base várias fontes de pesquisa para listar os países mais corruptos do mundo²⁵⁶. A *Transparency International* publica

²⁵⁵ Com relação aos índices de percepção da corrupção, o Ministro da Controladoria-Geral da União assim se pronunciou: “Esses ‘índices de percepção’ da Transparência Internacional merecem, para nós, tanta credibilidade quanto os ‘índices de risco’ daqueles bancos de investimento – como o Lehman Brothers e o Merrill Lynch – que acabam de ir à falência. Ou seja, ninguém aqui leva mais isso a sério.

A Transparência Internacional não conhece nada do Brasil, nunca vem aqui, ignora completamente o que aqui se faz e fica dando palpite a distância, sem fazer nenhuma pesquisa real sobre corrupção nem sobre o combate à corrupção.

O que eles dizem medir (e nem isso medem, pois o que fazem é uma salada de cálculos incoerentes a partir de medições de terceiros, de outras instituições, cada uma com seus próprios e diferentes critérios) são apenas ‘percepções’ sobre corrupção. Além disso, a suposta medição mistura num só balaio os diferentes poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo) e as três esferas da Federação (Governo Federal, 26 estados e 5.560 municípios).

Ora, é óbvio ululante que a percepção sobre a corrupção aumenta quando se ouve falar mais do assunto. E, no Brasil, foi nos últimos anos que mais se falou no assunto, exatamente porque o combate à corrupção passou a ser uma meta e uma prioridade de Governo. Por isso foram fortalecidas a Polícia Federal, a CGU, o COAF, e foi dada inédita liberdade de atuação ao Ministério Público; por isso se organizou a ENCCLA; por isso foram criadas Varas Especializadas na Justiça Federal; por isso, o nosso Sistema de Corregedorias já excluiu do Serviço Público mais de 1.800 agentes públicos, inclusive de elevada hierarquia, e assim por diante.

E foram criados também instrumentos para dar transparência cada vez maior aos gastos públicos, como o Portal da Transparência, premiado várias vezes e elogiado no mundo inteiro, a começar pela ONU e pelo UNODC. Aliás, o UNODC trabalha em cooperação conosco e vem qualificando a experiência da CGU brasileira como referência internacional. Ainda ontem recebi a visita do Diretor Adjunto do UNODC, Sr. Bernard Frahi, que veio de Viena para conhecer o nosso trabalho.

E em recente reunião do Conselho Econômico e Social da ONU, em NY, tive oportunidade de expor as iniciativas brasileiras nessa área, e levantar a questão sobre o efeito perverso dessas pretensas pesquisas. Na ocasião, disse eu – e todos concordaram – que esse tipo de pesquisa de percepção só se ‘presta’ para uma coisa: desencorajar os países a dar início a programas de transparência, investigação e combate à corrupção, porque certamente ficam com receio de pagar o preço político de serem acusados de aumento da corrupção. Alguns podem preferir deixar o problema abafado, e não rasgar o tumor. Tal qual o Brasil fez por muito tempo.

Eu, de minha parte, considero simplesmente leviano e irresponsável esse tipo de ranqueamento que essa gente faz.

Veja você que nem mesmo a sucursal brasileira da Transparência aceitou continuar se comprometendo com ela: lembrem que a Transparência Brasil desligou-se da Internacional no ano passado?

O que conforta é que o povo também não se deixa enganar por muito tempo com esses “índices” da TI.

Há algumas semanas foi feita uma pesquisa, no Brasil, pelo Vox Populi, por solicitação da UFMG, que mostrou que 75% dos entrevistados reconhecem que o que tem aumentado no Brasil não é a corrupção, mas sim o combate a ela.” (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Assessoria de

também relatório para orientar países a implementar “Sistemas de Integridade Nacional” para combater a corrupção.

O trabalho realizado pelas ONGs é de extrema importância para o controle social, mas ainda não ganhou a dimensão esperada. Além de não se conseguir arregimentar colaboradores voluntários em número suficiente, as informações disponíveis ainda não permitem um controle efetivo e consistente.

4.4.5 CONTROLE SOCIAL EXERCIDO POR CONSELHOS CRIADOS PELO PODER PÚBLICO

Para os recursos do Sistema Único de Saúde - SUS e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – FUNDEF, por exemplo, existem normativos próprios que prevêm a instituição de conselhos comunitários que devem atuar no exercício do controle social da aplicação dos recursos públicos envolvidos.

A Lei nº 8.142²⁵⁷, de 28 de dezembro de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). O Plenário do Conselho Nacional de Saúde, por intermédio da Resolução nº 333/2003²⁵⁸, aprovou diversas diretrizes para a criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos conselhos de saúde.

A primeira diretriz foi definir que o Conselho de Saúde é órgão colegiado, deliberativo e permanente do Sistema Único de Saúde – SUS em cada esfera de

Comunicação Social. *Comentários do Ministro Jorge Hage sobre os “índices” de percepção da corrupção, da Transparência Internacional.* Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2008/noticia10308.asp>>. Acesso em: 13 out. 2008).

²⁵⁶ O Banco Mundial tem atuado efetivamente no combate à corrupção, buscando, com isso, é claro, menores riscos para os seus investimentos. Para isso, utiliza-se, com freqüência, dos índices de percepção da corrupção produzidos pela *Transparency International*.

²⁵⁷ BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, DOU DE 31/12/90. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1990/8142.htm>>. Acesso em: 07 dez. 2008.

²⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resoluções*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_03.htm>. Acesso em: 07 dez. 2008.

Governo, integrante da estrutura básica do Ministério da Saúde, da Secretaria de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com composição, organização e competência fixadas na Lei nº 8.142/90, como forma de permitir a participação da sociedade organizada na administração da Saúde, como Subsistema da Seguridade Social, propiciando seu controle social. Atua, pois, na formulação e proposição de estratégias e no controle da execução das Políticas de Saúde, inclusive, nos seus aspectos econômicos e financeiros.

Importa destacar que a quinta diretriz define amplas competências para os Conselhos de Saúde Nacional, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, as quais incluem, dentre diversas outras: implementar a mobilização e articulação contínuas da sociedade, na defesa dos princípios constitucionais que fundamentam o SUS, para o controle social de saúde; atuar na formulação e no controle da execução da política de saúde, incluindo os seus aspectos econômicos e financeiros, e propor estratégias para a sua aplicação aos setores público e privado; avaliar e deliberar sobre contratos e convênios, conforme as diretrizes dos Planos de Saúde Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais.

Quanto ao FUNDEF, a Lei nº 9.424²⁵⁹, de 24/12/96, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, previu, em seus arts. 4º e 5º, que:

Art. 4º - O acompanhamento e o controle social sobre a repartição, a transferência e a aplicação dos recursos do Fundo serão exercidos, junto aos respectivos governos, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por Conselhos a serem instituídos em cada esfera no prazo de cento e oitenta dias a contar da vigência desta Lei;

Art. 5º - Os registros contábeis e os demonstrativos gerenciais, mensais e atualizados, relativos aos recursos repassados, ou recebidos, à conta do Fundo a que se refere o art. 1º, ficarão, permanentemente, à disposição dos conselhos responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização, no âmbito do Estado, do Distrito Federal ou do Município, e dos órgãos federais, estaduais e municipais de controle interno e externo.

²⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resoluções*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_03.htm>. Acesso em: 07 dez. 2008. BRASIL. Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: <ftp://ftp.fnde.gov.br/web/siope/leis/L9424_24-12-1996.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2008.

Mesmo instituídos regularmente, conforme as previsões legais supramencionadas, uma rápida pesquisa no sítio do Tribunal de Contas da União (www.tcu.gov.br) mostra-nos que os conselhos não vêm cumprindo a contento as atribuições que lhes foram conferidas.

Mais especificamente, com relação aos Conselhos de Alimentação Escolar (CAEs), o TCU buscou avaliar sua atuação quanto à confiabilidade da análise das prestações de contas e à adequação dos recursos logísticos necessários ao seu funcionamento (AC 158/2003-Plenário). Foram examinados aspectos referentes a dados gerais sobre os conselheiros, procedimentos utilizados nas análises das prestações de contas, infra-estrutura disponibilizada e treinamentos ofertados.

As auditorias, realizadas de forma integrada, revelaram que as principais atribuições dos conselhos não são exercidas a contento. Com base nas competências dispostas no art. 8º da Resolução FNDE nº 15/2000, visualizou-se que as ações são realizadas de forma bastante incipiente. As falhas nesse controle causam dificuldades na identificação de eventuais desvios de recursos.

As deficiências detectadas estão relacionadas à falta de conhecimento técnico dos conselheiros. Observou-se que em alguns municípios há membros que sequer foram alfabetizados, portanto, não conhecem o processo de execução do programa, não sabem identificar procedimentos elementares do processo licitatório, sendo fortemente influenciados pela administração local. Ademais, a execução financeira é raramente analisada, o que faz com que o exame das contas seja bastante precário.

O trabalho dos conselheiros é de grande responsabilidade, uma vez que têm o dever de conhecer toda a execução para, ao término do exercício financeiro, atestar as contas da entidade executora. A Resolução FNDE nº 015/2000 estabelece, inclusive, que, na hipótese de se verificar irregularidade grave na prestação de contas, o CAE, sob pena de responsabilidade solidária de seus membros, deverá comunicar o fato ao FNDE para as providências. A Resolução FNDE nº 02/2002, por sua vez, dispõe que os estados e municípios ficam obrigados a garantir ao conselho a infra-estrutura necessária para o desempenho das atividades de sua competência, tais como: local apropriado, com condições mínimas

para as reuniões, e disponibilidade de transporte para o deslocamento dos membros. O cumprimento dessas obrigações deve ser determinado diretamente à entidade executora, quando necessário.

Quanto à capacitação, detectou-se: que em mais de 50% dos CAE's, os conselheiros não haviam recebido treinamento algum; que, quando treinados, os membros não disseminavam conhecimento; que quando havia cursos, a carga horária era bastante reduzida. Apesar disso, a auditoria deu conta de que as ações do FNDE com vistas ao treinamento dos CAEs vinham se desenvolvendo paralelamente à implantação do Sistema de Acompanhamento e Monitoramento - SAM, que é um sistema de controle informatizado das várias etapas de execução do PNAE, ficando a alimentação dos dados sob a responsabilidade das escolas e dos próprios conselhos.

A auditoria evidenciou que os demonstrativos sintéticos e os pareceres apresentados não se mostraram instrumentos eficazes para revelar irregularidades na aplicação dos recursos. Um dos fatores que propiciavam essa situação era a constante ingerência do Poder Executivo na condução dos trabalhos dos conselhos. Em diversas localidades, verificou-se que o presidente do CAE exercia o cargo de Secretário de Educação, atuando na condição de representante do Poder Executivo, o que prejudicava a transparência do processo de execução.

Vê-se, então, que há necessidade premente de aprimorar o controle social exercido pelos conselhos, por atuarem como legítimos instrumentos democráticos. Ocorre que, na forma em que hoje são estruturados, a criação de conselhos comunitários para o controle e fiscalização de programas sociais é mais uma flagrante demonstração da resistência do Estado à sua própria desnudez. Institucionalizou-se um controle sem, no entanto, dar-lhe efetividade. A participação do Estado na composição desses conselhos, tanto na indicação dos componentes de sua quota, quanto na indicação de membros da comunidade, retira-lhes autonomia, e, na maioria das vezes, seus componentes, assim nomeados, submetem suas ações (e/ou omissões) à vontade política dos governantes.

Esse, ao que parece, foi o modo escolhido pelo Estado para dar aparência de controle aos gastos com saúde e educação. Da forma atual, esses conselhos

acabam por ser instrumentos à disposição de governantes mal intencionados para “lavar” o dinheiro público que pretendam desviar de sua finalidade precípua.

Não obstante os fundamentos histórico, constitucional, legal e regulamentar que validam o exercício do direito de exigir um Estado transparente, este ainda não se materializou plenamente. Entende-se, pois, que as normas que estabelecem o controle social configuram, até então, apenas uma legislação-álibi²⁶⁰, que busca demonstrar que estamos num Estado democrático que permite a participação social no controle das contas públicas, quando na verdade ainda não o é, como deveria ser.

Os cidadãos, também titulares do poder de controlar o Estado, não devem esperar que o controlado (o Estado) lhes diga quando e de que forma devem exercitar esse controle. Cabe-lhes, assim, fazer valer os seus direitos, constitucionalmente garantidos, exigindo do Estado, nas pessoas de seus governantes, que se faça transparente no seu mister de bem aplicar o dinheiro público para, com isso, ver favorecido o exercício do outro direito, correlato àquele, que é do controle popular do dinheiro público. Tem-se pois que dar maior independência aos conselhos para que o controle social possa ser exercido plenamente.

Importa mencionar que ainda foram editadas as Leis nºs 9.452/97 e 9.755/98, como forma de ampliar os mecanismos de controle sobre o próprio Estado. A primeira determina que as Câmaras Municipais sejam obrigatoriamente notificadas da liberação de recursos

²⁶⁰ O professor Marcelo Neves, ao tecer considerações sobre o simbolismo constitucional, coloca que o agir simbólico é conotativo quando adquire sentido mediato e impreciso. O simbolismo não é só termo adjetivador da Constituição, mas também da legislação, quando esta aponta para o predomínio da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, em detrimento da necessária função jurídico-instrumental. Com relação à concepção instrumental do Direito Positivo, no sentido de que as leis constituem meios para o alcance dos fins desejados pelo legislador, menciona que há um grande número de leis que servem tão-só para codificar normas sociais já reconhecidas e que pela complexidade do ambiente social dos sistemas jurídico e político, torna-se difícil que a legislação seja apresentada como instrumento seguro de controle social. Nessa linha, consigna que uma quantidade considerável de leis desempenha a função social, em contradição com a eficácia normativo-jurídica. Assim, quando o legislador formula normas sem tomar providências para que elas tenham eficácia, então há indícios de estarmos diante de uma legislação simbólica. (NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36-43).

federais para os respectivos Municípios²⁶¹, enquanto a segunda determina a criação de “*homepage*” na “Internet”, pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica²⁶².

Quanto à Lei nº 9.452/97, percebe-se que não houve previsão de penalidades para o descumprimento de seus dispositivos. Assim, em casos de omissões, a saída seria denunciar ao TCU para a adoção das providências cabíveis.

Como a Lei n.º 9.755/98 criou a obrigatoriedade de o Tribunal de Contas da União manter *homepage* na Internet onde deverão estar disponibilizadas informações sobre a Administração Pública das três esferas de governo, o Órgão expediu a Instrução Normativa n.º 28, de

²⁶¹ Assim previram seus artigos 1º, 2º e 3º: “Art. 1º - Os órgãos e entidades da administração federal direta e as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais notificarão as respectivas Câmaras Municipais da liberação de recursos financeiros que tenham efetuado, a qualquer título, para os Municípios, no prazo de dois dias úteis, contado da data da liberação. Art. 2º - A Prefeitura do Município beneficiário da liberação de recursos, de que trata o art. 1º desta lei, notificará os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no Município, da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento dos recursos. Art. 3º - As Câmaras Municipais representarão ao Tribunal de Contas da União o descumprimento do estabelecido nesta Lei.” (BRASIL. Lei nº 9.452, de 20 de março de 1997. Determina que as Câmaras Municipais sejam obrigatoriamente notificadas da liberação de recursos federais para os respectivos Municípios e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9452.htm>. Acesso em: 07 dez. 2008).

²⁶² “Art. 1º O Tribunal de Contas da União criará *homepage* na rede de computadores Internet, com o título “contas públicas”, para divulgação dos seguintes dados e informações: “I - os montantes de cada um dos tributos arrecadados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, os recursos por eles recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio (caput do art. 162 da Constituição Federal; II - os relatórios resumidos da execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (§ 3o do art. 165 da Constituição Federal); II - o balanço consolidado das contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e outras entidades, bem como um quadro estruturalmente idêntico, baseado em dados orçamentários (art. 111 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964); IV - os orçamentos do exercício da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os respectivos balanços do exercício anterior (art. 112 da Lei no 4.320, de 1964); V - os resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditivos e as comunicações ratificadas pela autoridade superior (caput do art. 26, parágrafo único do art. 61, § 3o do art. 62, arts. 116, 117, 119, 123 e 124 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993); VI - as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta (art. 16 da Lei no 8.666, de 1993).” (BRASIL. Lei nº 9.755 de 16 de dezembro de 1998. Dispõe sobre a criação de “*homepage*” na “Internet”, pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?PID=104754>>. Acesso em: 07 dez. 2008)

05/05/1999, para estabelecer regras de implementação da *homepage* Contas Públicas de que trata a Lei nº 9.755/98.

Assim, considerando o disposto no art. 1º da Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998; considerando que os dados e informações de que trata a referida Lei devem ser divulgados pelos órgãos responsáveis em atendimento ao princípio da publicidade consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; considerando a racionalidade administrativa e a economicidade, princípios que norteiam a administração pública, objetivando evitar duplicação de esforços e sobreposição de atribuições; considerando o poder que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443/92, para expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições, o TCU resolveu que a *homepage* intitulada Contas Públicas será por ele mantida na Internet e proverá o acesso organizado a dados e informações de amplo interesse público.

Posteriormente, em adequação às disposições constantes da Instrução Normativa nº 28/99, o TCU expediu a Portaria nº 275/2000, por meio da qual instituiu o Anexo II à Instrução Normativa, o qual é aplicável aos dados e informações de responsabilidade dos municípios a serem colocados à disposição para acesso via Internet, na *homepage* Contas Públicas.

Criado o sítio www.contaspublicas.gov.br, este já pode ser acessado desde o dia 05 de maio de 1999. Todavia, o que se percebe é que, da forma em que estão disponibilizadas, as informações não possibilitam fácil manejo pelo cidadão comum. Também, quase não há divulgação dessa página.

A necessidade de que a Administração Pública seja o mais transparente possível para a sociedade também foi demonstrada na exposição de motivos que acompanhou o projeto da atual Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (art. 169 da CF/88):

Tão importante quanto as normas que regulam a aplicação dos recursos públicos é a permanente fiscalização da sociedade sobre os atos daqueles a quem foi confiada a responsabilidade de geri-los. Por essa razão, o Projeto reserva o Título III exclusivamente ao tema da transparência fiscal. O tratamento dispensado a essa matéria visa consagrar, no plano legal, os princípios da divulgação e acesso amplos a informações confiáveis,

abrangentes, atualizadas e comparáveis sobre as contas públicas dos três níveis de governo, incluindo os objetivos e metas da política fiscal, as projeções que balizam os orçamentos públicos, entre outros aspectos relevantes. Cabe notar que a experiência internacional sobre códigos de finanças públicas, bem como a literatura a esse respeito, indicam ser a transparência um dos instrumentos mais eficazes para a disciplina fiscal.²⁶³

Não se pode negar que a transparência vem aumentando, mas ainda está muito longe de alcançar um patamar ideal, que possibilite a todos, sem distinção, o acesso amplo a informações confiáveis e facilitadoras do controle social.

A despeito dos diversos normativos postos à disposição dos cidadãos (Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, Lei Orgânica do TCU), que os permitem formular denúncias, percebe-se que o uso dos mecanismos de controle social é insuficiente. Ainda não dá para sentir firmeza nas ações de controle social, muito embora reconheçamos neste um instrumento essencial para gestão e controle democrático dos recursos públicos. Nesse sentido, vemos nos Órgãos de Controle como o TCU e CGU, organismos capazes de incentivar e buscar alternativas para o incremento desse tipo de controle.

Dignas de registro, nesse particular, são as considerações de Ihering, que considera que a luta pelo Direito é um dever do interessado para consigo próprio e para com a sociedade:

Mostra-nos todavia a experiência que outros indivíduos, encontrando-se na mesma posição, tomam uma resolução inteiramente oposta; preferem a paz a um direito dificultosamente sustentado. Que devemos pensar dessas pessoas? Limitar-nos-emos a dizer: é uma questão de gosto, e de temperamento individuais; um é mais batalhador, o outro é mais pacífico, e sob o ponto de vista do direito as duas maneiras podem igualmente justificar-se, por que todo o

²⁶³ Quanto ao controle exercido pelos Tribunais de Contas, a LRF prevê: “Art. 57. Os Tribunais de Contas emitirão parecer prévio conclusivo sobre as contas no prazo de sessenta dias do recebimento, se outro não estiver estabelecido nas constituições estaduais ou nas leis orgânicas municipais.

§ 1º No caso de Municípios que não sejam capitais e que tenham menos de duzentos mil habitantes o prazo será de cento e oitenta dias.

§ 2º Os Tribunais de Contas não entrarão em recesso enquanto existirem contas de Poder, ou órgão referido no art. 20, pendentes de parecer prévio.

Art. 58. A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições.”

interessado tem a liberdade de fazer valer o seu direito ou de o abandonar?

Eu considero esta opinião, que freqüentes vezes aliás se encontra na vida, como soberanamente condenável e contrária à mais íntima essência do direito. Se pudesse conceber-se que tal opinião pudesse generalizar-se em qualquer parte, o próprio direito terminaria por se destruir a si mesmo.²⁶⁴

Para o autor acima mencionado é um dever do interessado para consigo próprio e para com a sociedade em que vive resistir às injustiças, tanto para a preservação da moral quanto para a consecução da necessária realização do direito. Em sendo assim, os cidadãos da *polis* não devem jamais abandonar o direito, atitude vista por Ihering como um verdadeiro suicídio moral. Devem, sim, combater de todas as formas a desconsideração para com a pessoa humana e o desprezo do seu direito.

4.4.6 CONTROLE SOCIAL EXERCIDO PELA IMPRENSA

Em março de 2006, no transcurso do “Seminário Internacional: Corrupção e Sociedade”, realizado em Florianópolis/SC, destacou-se o papel da Imprensa no combate à corrupção, oportunidade em que se defendeu a ampla disponibilização das informações públicas obtidas pela Imprensa, para subsidiar o controle social das gestões governamentais²⁶⁵.

Salientou-se, na ocasião, que não se deve focar a atuação da Imprensa tão-só na denúncia de casos que envolvam corrupção, mas também no apontamento de

²⁶⁴ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

²⁶⁵ O Sr. Ricardo Pedreira, Jornalista e, à época do Seminário, Assessor de Imprensa da Associação Nacional de Jornais, defendeu amplo e sistematizado acesso às informações governamentais, nos termos que se seguem: “Vemos o acesso à informação pública sob vários ângulos. Primeiro, consideramos que o Estado, em suas diferentes esferas e poderes, deve disponibilizar todas as informações públicas, salvo, é claro, aquelas que dizem respeito às suas estratégias de segurança. Partindo do princípio de que isso é dever dos governos e direito primordial dos cidadãos nas democracias modernas, essa deveria ser uma prática voluntária, permanente, sistematizada. As modernas tecnologias e a internet estão aí como ferramentas facilitadoras dessa postura de transparência.” Chamou-se a atenção, na ocasião, para a dificuldade de obter informações. (SEMINÁRIO INTERNACIONAL: CORRUPÇÃO E SOCIEDADE: O Pensar. O Querer. O Fazer, 2006, Florianópolis. *Anais...* Tribunal de Contas de Santa Catarina: Instituto Rui Barbosa, 2007. p. 125).

soluções, na motivação e na mobilização da sociedade no combate às irregularidades com dinheiro público. Mencionou-se que o jornalismo deve informar os cidadãos dos seus direitos, mas, também, dos seus deveres, ocasião em que se frisou que o livre acesso às informações é o melhor remédio contra a corrupção. Nesse contexto, o que se deseja é que cada vez mais a sociedade exija dos entes públicos o cumprimento eficiente de suas funções institucionais e sociais e que a Imprensa exerça papel destacado nesse contexto, pelas amplas possibilidades informativas de que dispõe.

Destarte, a atuação da Imprensa exerce papel de destaque, quando se fala em controle social da corrupção, pois os noticiários demonstram que sempre estão sendo obtidas informações importantes que levam ao desbaratamento de quadrilhas e esquemas montados para solapar os já poucos recursos públicos.

Nesse diapasão, importa retratar que para se livrar do passado demeritório vivido no Brasil, no que concerne ao exercício das liberdades públicas (período do regime militar), o legislador constituinte conferiu ampla proteção à prerrogativa da expressão dos pensamentos, opiniões e práticas religiosas, livremente e por qualquer meio, como forma de manter a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, para exercer seu relevante papel de controle social, a Imprensa dispõe de um instrumento poderoso a seu favor, que é a previsão constitucional contida no art. 220, *caput*, qual seja: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” Também, de conformidade com o §1º do mesmo artigo “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalta-se, no entanto, que há a necessidade de observância do que dispõem os incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º da CF/88. Registre-se como importante conquista a vedação a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, estabelecida pelo §2º do art. 220.

Nenhuma dúvida, portanto, sobre as amplas possibilidades de atuação da Imprensa²⁶⁶. Todavia, mesmo diante das garantias constitucionais descritas no art. 220 e seus parágrafos, essa atuação tem que se harmonizar com direitos e deveres individuais e coletivos previstos no art. 5º, quais sejam: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Dessa maneira, faz-se essencial a compatibilização dos atos de comunicação social com a ampla proteção constitucional conferida aos direitos da personalidade, de forma que a liberdade de expressão possa ser exercida desde que protegidos os direitos à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra, direitos fundamentais dispostos na Constituição de 1988.

Exercendo irregularmente o seu mister, ou seja, faltando com o dever de procura da verdade dos fatos e extrapolando o limite de sua liberdade de expressão, sujeita-se a Imprensa à responsabilização civil prevista no art. 5º, incisos V e X da

²⁶⁶ Consoante Antoine Garapon: “A mídia justifica sua intervenção, cada vez mais indiscreta, pelo fato de que a justiça não exerce – ou exerce mal – seu papel. A Imprensa intervém no trabalho da justiça, e a recíproca é verdadeira: juízes e policiais juntam-se à Imprensa em seu desempenho institucional, inclusive em sua estratégia. Cada um acredita estar manipulando o outro. A mídia vem em socorro aos *petits juges* quando estes enfrentam os poderosos. A Imprensa justifica a repercussão dada a um dossiê que coloca em questão um político, pelo receio de que os juízes de primeira instância sejam afastados do processo, em benefício da câmara criminal da Corte de cassação. Já que a justiça não pode abordar de frente a dimensão política do caso, a Imprensa ocupa esse lugar, realizando as investigações que a lei impede. Nos dois casos – dos juízes e da Imprensa – as infrações à regra do segredo da instrução são justificadas pelas falhas do sistema jurídico. Eis por que o jogo atual entre justiça e mídia é perverso: cada um encontra a absolvição de sua transgressão na transgressão do outro – a mídia se faz juiz, alguns juízes se aventuram sobre o terreno político e os políticos denunciam a conspiração... para se isentarem. O político se defende, não no terreno do direito, porém querendo assumir o papel de vítima, denunciando o encarnecimento dos juízes e o conluio da Imprensa. As queixas contra os magistrados por parte dos políticos se multiplicam, dando a impressão de um corpo a corpo que ninguém mais pode arbitrar, e uma das partes é o próprio mediador. (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 68). Alguém duvidaria da ocorrência da corrupção sistêmica mesmo em um Estado considerado não periférico como a França?

CF/88. Ressalta-se, no entanto, que quando da propositura da responsabilização civil há necessidade de que haja uma conciliação da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa, que trata da responsabilidade civil dos órgãos de comunicação social) com esses dispositivos constitucionais e com a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), uma vez que a Lei de Imprensa, mesmo não se coadunando com muitos dispositivos do nosso ordenamento constitucional, ainda está vigente. São estes, pois, os normativos que regulam o direito a indenização quando, de fato, configura-se abuso de direito no exercício da liberdade de expressão e informação, decorrente de violação do dever de respeito à honra e à imagem, exigindo-se a comprovação da autoria do ato ilícito.

O Código Civil tem aplicação subsidiária, no que a Lei de Imprensa for contrária à Constituição. Mesmo prevendo a Lei de Imprensa (art. 49 e seguintes) que a responsabilidade civil vincula-se ao dolo ou culpa, há que se ter em conta o que o Código Civil estabelece sobre responsabilidade civil e obrigação de indenizar. Dessa maneira, vê-se que causado dano a outrem em consequência do exercício irregular da atividade jornalística, determina o art. 927 (Código Civil) que o autor do ato ilícito fica obrigado a repará-lo, analisada aí a sua culpabilidade. A responsabilidade é objetiva, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na condição de empregadores, os órgãos de comunicação social têm, claramente, o dever objetivo de indenizar, conforme a dicção do art. 932, inciso III do Código Civil. Já os jornalistas responsáveis pela divulgação da notícia, como pessoas físicas que são, podem ser responsabilizados, desde que seja configurada a culpa no agir, conforme preconizam as disposições normativas contidas no art. 927 do Código Civil e no art. 49 da Lei nº 5.250/67.

Assim, mesmo tendo em conta a relevância social do trabalho jornalístico desenvolvido cotidianamente pela Imprensa, especialmente o que diz respeito ao controle da corrupção, pode-lhe ser atribuída responsabilidade civil em virtude de danos materiais, morais ou à imagem, razão pela qual a obrigação de reparar há que ser vista de forma ampla, conforme disciplina a Carta Magna de 1988.

Destarte, em termos de responsabilização civil, a Constituição reconheceu a possibilidade de indenização por dano exclusivamente moral, afastando quaisquer controvérsias sobre o assunto, e prevendo, no inciso V do art. 5º, que o direito de resposta deve ser proporcional ao agravo, direito esse que se afigura como importante instrumento do Estado Democrático de Direito posto à disposição de quem se sinta ofendido.

Feitas essas considerações acerca de questões legais atinentes à atuação da Imprensa, releva registrar que com o trabalho desenvolvido cotidianamente ela mobiliza a sociedade no sentido de exigir apurações dos casos apontados e cobrar que os responsáveis sejam punidos. Como uma via de mão dupla, também os cidadãos enviam reclamações, queixas e denúncias acerca da atuação do Estado e de seus agentes públicos, o que vem propiciando uma boa atuação no combate à corrupção.

O que acontece com freqüência é que, infelizmente, quando as notícias vêm a público, os fatos já estão consumados e os prejuízos efetivados, o que gera grande dificuldade para obtenção do ressarcimento ao Erário. Esse fato mostra a necessidade de que não só os órgãos controladores intensifiquem o controle prévio, como também toda a sociedade, aí incluída a Imprensa.

Uma importante atuação desenvolvida pela Imprensa brasileira refere-se à crise política que se instalou no Governo Lula, no ano de 2005, em virtude do pagamento de mensalidades a parlamentares para que votassem leis de interesse do Poder Executivo. Na ocasião, a população acompanhou com perplexidade os fatos cobertos pela Imprensa, tendo sido a opinião pública essencial para a apuração das irregularidades perpetradas.

Destarte, por ser a principal responsável pela disseminação das informações do escândalo do Mensalão à sociedade, presenciamos um exemplo concreto do poderio da Imprensa em ajudar a desvendar fatos relacionados a esse triste episódio da recente história política brasileira, atuando de forma investigativa, muitas vezes com maior celeridade que os próprios órgãos estatais de controle. Utilizou-se, para

isso, de sua liberdade de comunicação e de suas amplas possibilidades de acesso às fontes de informação.

Por sua firme atuação no deslinde de muitos fatos do Escândalo do Mensalão, de amplo interesse do público por abordar questões atinentes à moralidade administrativa e a necessidade de combate à corrupção²⁶⁷, a Imprensa conferiu à norma constitucional contida no inciso IX do art. 5º máxima efetividade, haja vista que garantiu ao público em geral amplo direito à informação. No caso concreto, como, pouco a pouco, foram confirmadas as denúncias pela CPMI do Mensalão, não cabe falar em responsabilização civil, uma vez que para que eventuais violações à intimidade e à vida privada pudessem caracterizar ato ilícito, teria que restar caracterizada despreocupação acerca da autenticidade dos fatos e com os termos utilizados para expressar a notícia.

Ademais, os direitos à intimidade e à vida privada dos agentes políticos têm que ser relativizados, uma vez que o julgamento moral não se restringe à esfera privada, alcançando também a vida pública, já que o mandato foi conferido democraticamente pelo voto.

Destaque-se, outrossim, que não pode a Imprensa atuar como julgadora, mas apenas informar, e fazê-lo da forma mais correta e idônea possível. É indispensável, pois, a máxima cautela, buscando sempre que as fontes sejam seguras e as informações obtidas diligentemente, de forma a evitar que notícias inverídicas sejam divulgadas às grandes massas, o que provocará, indiscutivelmente, a necessidade de reparação por danos materiais, morais ou à imagem.

Assim, quando exercida com cautela, razoabilidade e proporcionalidade, a atividade jornalística não pode ser deflagrada de forma limitada para proteger direitos da personalidade, pois é amparada por interesse público legítimo de preservação da moralidade política e da democracia. Dessa maneira, mesmo diante da proteção constitucional sobre os direitos da personalidade (imagem, honra, intimidade e vida privada), só há obrigatoriedade de reparação de danos materiais, morais ou à imagem, quando a comunicação revestir-se de caráter inverídico,

²⁶⁷ Nesse caso, a corrupção assumiu a feição de uma corrupção sistêmica, à medida que as interferências do sistema político e econômico no sistema jurídico restaram plenamente evidenciadas.

calunioso, ou faltar-lhe a devida proporcionalidade e razoabilidade. Nesses casos, como visto, haverão de se observar as normas constitucionais referentes à matéria, bem assim, as disposições contidas na Lei nº 5.250/67 e no Código Civil.

A Imprensa, seja na sua forma escrita, falada ou televisionada, presta contribuição inestimável para a plena concretização do regime democrático, à medida que conscientiza a população da necessidade de exercício da cidadania, mais especificamente no caso do Mensalão, sobre a necessidade de maior controle social da atuação dos agentes políticos. Nesse sentido, não basta só eleger, há que se cobrar probidade e ética pública no exercício dos mandatos.

Ao atuar efetivamente não se pode negar que a Imprensa incomoda, e muito. Exemplo interessante é que enquanto o Partido dos Trabalhadores – PT, ainda não havia logrado êxito em chegar ao Palácio do Planalto, a “Lei da Mordaza” era algo impensado para a oposição. Quando chegou ao poder, o mesmo partido passou a visualizar a citada Lei como legítimo instrumento para controlar a “irresponsabilidade da mídia”. Em seus discursos, o Presidente Lula mostra-se, não raro, insatisfeito com a Imprensa, pois os jornalistas estariam extrapolando seus papéis e assumindo funções típicas do Poder Judiciário e da Polícia. Esse fato mostra, claramente, que quando do exercício do poder os fins justificam os meios e as atitudes mudam completamente em função de um projeto de poder.

É evidente que não se podem desconsiderar os erros inerentes de toda atividade humana, mas vemos que a Imprensa muito cresceu em seu mister de informar e está atuando não só como uma instância informativa, mas como instrumento de modificações sociais e culturais, pois vem conseguindo indignar positivamente a população, terminando por imbuí-la de um sentimento de cidadania e de necessidade de incremento do controle social, já que os órgãos de controle não dão conta de fiscalizar a totalidade dos recursos repassados, num País de dimensões continentais como o nosso. Assim, reputamos como injustos os ataques à liberdade de Imprensa e de expressão.

Diante da importância do controle social, mas reconhecendo as suas deficiências, entendemos que a luta contra a corrupção no Brasil, a princípio, tem que ser enfrentada por um Estado forte, que desempenhe uma ação permanente

para a garantia da moralidade, como medida indispensável para preservar a moralidade, como forma de respeito aos princípios democráticos e às instituições.

4.4.7 OUTROS CONTROLES

Além dos controles tradicionalmente existentes e mais conhecidos dos cidadãos, como o Controle Interno (CGU) e o Controle Externo (TCU), há outras entidades que têm competências voltadas para a supervisão da gestão ética da Administração, e atuam com o objetivo de prevenir e coibir práticas eivadas de corrupção. Temos como exemplos a atuação das comissões de ética, que devem existir em cada órgão ou entidade da Administração Pública Federal, das corregedorias específicas, das comissões parlamentares de inquérito.

Para possibilitar o trabalho das comissões de ética no Poder Executivo, foi baixado o Decreto nº 1.171/94 que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, determinando em seu artigo 2º que:

Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta implementarão, em sessenta dias, as providências necessárias à plena vigência do Código de Ética, inclusive mediante a constituição da respectiva Comissão de Ética, integrada por três servidores ou empregados titulares de cargo efetivo ou emprego permanente.

Um acontecimento de destaque, em 2000, foi a publicação do Código de Conduta da Alta Administração Federal²⁶⁸, no qual se podem destacar as seguintes obrigações:

- encaminhamento à Comissão de Ética Pública²⁶⁹ (CEP) de informações sobre situações patrimoniais que, real ou potencialmente, possam suscitar

²⁶⁸ Os instrumentos para inibição de fraudes têm sido ampliados com a visão de que os códigos de ética genéricos constituem declarações de boas intenções sem efeitos práticos. Destarte, manuais ou códigos de conduta detalhados são cada vez mais comuns. Algumas empresas adotam manual para o âmbito corporativo e, adicionalmente, manuais específicos para as atividades ou setores críticos, como a área financeira.

²⁶⁹ A Comissão de Ética Pública (CEP), criada pelo Decreto de 26/5/1999 (publicado no D.O.U. do dia 27 subsequente), apura de ofício ou em razão de denúncia fundamentada, quando haja indícios suficientes, desrespeito ao preceituado no Código de Conduta da Alta Administração Federal (art. 18).

conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo (art. 4º);

- comunicação imediata à CEP de elevações patrimoniais significativas e da aquisição de bens ou investimentos “cujo valor possa ser substancialmente afetado por decisão política governamental da qual tenha prévio conhecimento em razão do cargo ou função” (art. 5º);
- quarentena de quatro meses para que ex-autoridade atue em processos ou preste consultoria em negócios ligados à área da administração pública federal “ a que esteve vinculada ou com que tenha tido relacionamento direto e relevante nos seis meses anteriores ao término do exercício da função pública” (arts. 14 e 15).

Paulatinamente, vão sendo criados outros controles que têm por objetivo evitar que agentes públicos beneficiem-se do cargo para obter vantagens pessoais ou conceder favores, benefícios a *outrem*, em detrimento da Administração Pública. O período de quarentena ou interdição exemplifica o que ora deixamos assente. Durante quatro meses, as autoridades sob seu alcance ficam impedidas de:

- exercer atividades profissionais, inclusive de prestação de serviços, nas quais possam ser utilizadas informações de natureza econômica protegidas por sigilo legal, ou que não sejam de conhecimento público;
- aceitar cargo de administrador ou conselheiro, ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica com a qual tenha mantido relacionamento oficial e relevante nos seis meses anteriores à exoneração;
- patrocinar, direta ou indiretamente, interesse de pessoa física ou jurídica perante órgão ou entidade da Administração Federal com o qual tenha tido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração.

Nessa mesma linha, em cumprimento à determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, a Controladoria-Geral da União elaborou o Projeto de Lei nº 7.528/06 que regulamenta o §7º do art. 37 da CF/88. Além de definir o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego da Administração Pública Federal direta e indireta, dispõe sobre os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

Esse Projeto²⁷⁰ é de essencial importância para o combate à corrupção e aperfeiçoamento da transparência pública. Certamente provocará ampla discussão da sociedade sobre o tema, o que trará, sem dúvidas, o seu aperfeiçoamento.

As Corregedorias específicas atuam, por sua vez, na apuração de indícios de irregularidades praticadas por servidores públicos e na aplicação das penalidades cabíveis.

Com o Decreto nº 5.480/2005, criou-se o “Sistema de Correição do Poder Executivo Federal”, integrado pela Corregedoria-Geral da União (componente da estrutura da Controladoria-Geral da União) como “Órgão Central” (Decreto nº 5.683/2006), pelas unidades específicas de correição junto aos Ministérios, como “unidades setoriais” e pelas unidades específicas de correição que compõem as estruturas dos Ministérios, autarquias e fundações públicas como “unidades seccionais”. O Sistema objetiva, pois, integrar as atividades de correição no âmbito do Poder Executivo Federal, já que cada unidade específica tem sua própria atividade correicional.

No âmbito do TCU, por exemplo, a Resolução-TCU nº 159, de 19/3/2003, dispõe sobre as finalidades da atuação do Corregedor, quais sejam: I - contribuir para melhoria de desempenho e aperfeiçoamento de processos de trabalho das unidades da Secretaria do Tribunal; II - contribuir para alcance das metas estipuladas nos planos institucionais do Tribunal; III - contribuir para desenvolvimento das atividades das unidades da Secretaria do Tribunal dentro de elevados padrões éticos e em conformidade com as normas legais e regulamentares pertinentes; IV - apurar infrações de dever funcional cometidas por membro do Tribunal e examinar o resultado da apuração de infrações de dever funcional cometidas por servidor de sua Secretaria.

Há, inclusive, previsão no art. 5º de que qualquer cidadão pode representar ao Corregedor contra desvio de conduta funcional de membro do Tribunal ou de servidor de sua Secretaria, que atente contra interesses dos indivíduos, de instituições ou da Administração Pública ou contra o decoro ou a dignidade do

²⁷⁰ O PL nº 7.528/06, apresentado em 27/10/2006, encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde 20/2/2008, aguardando deliberação de recurso. (BRASIL. PL nº 7.528/06. Disponível em:< <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 31 out. 2008.)

cargo, o que não deixa de ser um controle social, só que desta feita direcionado àqueles que lidam, no seu dia-a-dia, com as atividades de controle.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, por sua vez, destinam-se “a reunir dados e informações para o exercício das funções constitucionais conferidas ao Parlamento”²⁷¹. Funcionam temporariamente e podem ser abertas por qualquer uma das casas do Congresso Nacional ou por ambas (comissão parlamentar mista de inquérito).

Na busca da verdade, para o exercício de suas funções legiferantes, parlamentares reúnem-se para apurar acontecimentos de interesse público²⁷². As Comissões são, assim, uma *longa manus* do Congresso Nacional ou das casas que o compõem e sujeitam-se ao controle judicial do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102, I, “d” e “i” da CF/88).

As CPI’s ou CPMI’s têm por objeto de investigação fato determinado²⁷³, e atuam por prazo certo. A investigação deve se pautar em tudo o que diga respeito ao fato que a ensejou. Ademais, não têm poderes de julgamento, razão pela qual suas conclusões devem ser encaminhadas ao Ministério Público para a promoção das ações civis e penais cabíveis (art. 58, §3º da CF/88).

Os poderes investigativos conferidos às Comissões são amplos, próprios das autoridades judiciais (art. 2º da Lei nº 1.579/53). Apesar dessa amplitude, não podem decretar prisão cautelar vez que não dispõem de poderes gerais de cautela²⁷⁴. Os convocados para depor devem comparecer perante as Comissões, dizer a verdade, não calando sobre fatos relevantes (art. 4º, inciso II da Lei nº 1.579/53).

²⁷¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: RT, 1994. p. 174.

²⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *As comissões parlamentares de inquérito. Material da 4ª aula da Disciplina de Direito Constitucional: Noções fundamentais*. Ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional. UNISUL – IDP – Rede LFG.

²⁷³ Na visão de Cretella Júnior, fato determinado é “fato específico, bem delineado, de modo a não deixar dúvidas sobre o objeto a ser investigado.” (Comentários à Constituição, Volume V, p. 2.700). O STF, por seu turno, entende que a CPI não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.231, *Diário da Justiça*, 31/10/96).

²⁷⁴ Vide estudo do Ministro Celso de Mello no MS 23.452. Outros precedentes: HC 71.039 (RDA 199/205); MS 23.454 (DJ 29/05/99).

O STF tem reconhecido as prerrogativas de quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico²⁷⁵. A invasão da esfera dos direitos individuais reclama, no entanto, na visão desse E. Tribunal, motivação²⁷⁶. Esta consiste em mencionar os indícios da existência de uma causa legitimadora da medida excepcional, justificando-a²⁷⁷.

Importa destacar que há, ainda, no âmbito da Câmara dos Deputados, uma Frente Parlamentar de Combate à Corrupção, cujo objetivo específico não é evitar casos de corrupção, mas atuar para que ocorram avanços na criação de leis e de outros mecanismos que possam coibir e punir crimes cometidos por políticos e gestores públicos. A Frente defende a revisão da imunidade parlamentar, o que significa que os deputados só serão protegidos pela lei, ou seja, impedidos de serem julgados pela Justiça Comum, ao manifestarem posições políticas, mas não terão o benefício se praticarem crimes e irregularidades que não tenham relação com o mandato. Outra prioridade mencionada é a reforma política. As propostas são no sentido de acabar com o financiamento privado de campanhas eleitorais e com o voto secreto nas votações do Congresso, de forma a ampliar a transparência.

De acordo com o Deputado Paulo Rubem Santiago (PDT-PE), Presidente da Frente, existem muitas proposições legislativas relacionadas ao combate à corrupção. Segundo ele, por ocasião da “Operação Navalha” da Polícia Federal (agosto de 2007), que tinha por objetivo desmontar uma quadrilha fraudadora de licitações de obras públicas, a Presidência da Câmara prometeu prioridade na apreciação de alguns dos projetos, o que não se concretizou, não havendo quaisquer motivos plausíveis para não colocar os projetos em votação. Também solicitou a constituição de uma Comissão Especial para apreciar de maneira sistemática e acelerada os projetos prontos para votação, solicitação até o momento não atendida²⁷⁸.

²⁷⁵ MS 23.452-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, 12/5/2000 (sigilos bancário e fiscal) e MS 23.466, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22/6/1999 (sigilo telefônico).

²⁷⁶ MS 23.452, Op cit..

²⁷⁷ MS 23.452, já citado e MS 23.491, Diário da Justiça, 2/8/99.

²⁷⁸ LOURENÇO, Iolando. *Frente Parlamentar de Combate à Corrupção define tema da primeira Comissão Geral da Câmara*. Agência Brasil, 04 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/06/04/materia.2007-06-04.1084725801/view>>. Acesso em: 14 out. 2008.

4.5 PROJETOS DE LEI E DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO RELACIONADOS AO COMBATE À CORRUPÇÃO

Em consulta realizada, verificamos que o Congresso retém 68 projetos de combate à corrupção²⁷⁹. São 42 (quarenta e dois) projetos de lei (PL), 14 (catorze) projetos de emenda à Constituição (PEC), 8 (oito) projetos de lei complementar (PLP) e 4 (quatro) projetos de lei do Senado (PLS). Diversos projetos de lei que tratam da punição e prevenção à corrupção, classificados como prioritários, dispensam exigências regimentais para serem incluídos na “Ordem do Dia”, mas, mesmo assim, há grande demora para serem votados e na maioria das vezes nem o são.

Só em 2007, foram apresentadas 31 propostas de combate à corrupção (mesmo número de propostas surgidas entre 1993 e 2006). Em 2008, mais cinco projetos de lei foram colocados para a apreciação dos parlamentares. Dizem respeito a ações preventivas direta e indiretas sobre corrupção, sendo que algumas dessas proposições legislativas tramitam em conjunto.

Os diagnósticos acerca da corrupção no Brasil apontam como sustentáculos desse fato social a imunidade parlamentar, o sigilo bancário excessivo, a insuficiente transparência dos gastos públicos, a elevada quantidade de funções comissionadas, a morosidade da Justiça, a falta de critérios para elaboração e repasses de recursos de emendas parlamentares e a ineficácia da Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/90), dentre outros fatores.

Em decorrência dessas constatações há projetos, como o PLP nº 168/93²⁸⁰, de autoria do Poder Executivo, que têm por objetivo impedir que indivíduos já condenados por crimes graves tenham acesso a cargos eletivos, objetivando assim dar eficácia ao estatuto da inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90). Outrossim, o

²⁷⁹ Espera-se que como resultado dos trabalhos desenvolvidos pela CGU e UNODC, no Projeto UNODC Brasil contra a Corrupção, tenhamos um aprimoramento real da legislação nacional anticorrupção.

²⁸⁰ O PLP nº 168/93 encontra-se no Plenário, pronto para a pauta, e tem por objetivo dispensar o trânsito em julgado da sentença judicial, de forma a dar maior eficácia à Lei de Inelegibilidades. Todavia, desde 14/11/2001, encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, pronto para a ordem do dia, sem que mais nenhuma tramitação tenha ocorrido. (BRASIL. PLP nº 168/93. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 02 fev. 2008).

Projeto de Lei do Senado nº 390/2005²⁸¹, de autoria do Senador Renan Calheiros, ao tratar de alterações na Lei de Inelegibilidades, propõe mudanças significativas, de forma que as sanções previstas não fiquem mais condicionadas ao término definitivo do processo no Judiciário²⁸².

Nesse ponto, importa registrar que a Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidades) contém determinação no sentido de que são inelegíveis para qualquer cargo os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente (art. 1º, inciso I, alínea “g”). A Lei, contudo, é ineficaz, pois estipula exceção à inelegibilidade nos casos em que a questão houver sido submetida à apreciação do Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão. Isso vem permitindo que réus lancem mão de recursos protelatórios para continuarem a se candidatar por muitos e muitos anos. Nesse sentido, faz-se, realmente, urgente a apreciação e aprovação do Projeto de Lei supramencionado, frente à necessidade de conter os atos de corrupção na gestão pública e de evitar a infiltração do crime organizado nas instituições públicas.

Encontra-se, também, em tramitação o Projeto de Lei nº 1.142/07²⁸³, de autoria do Deputado Henrique Fontana (PT-RS), que responsabiliza criminalmente as empresas que praticam corrupção (tipifica o crime de corrupção das pessoas jurídicas em face da Administração Pública). Em justificativa à proposta, o Deputado afirma que o objetivo é atacar a corrupção nos seus focos de origem, ou seja, através de representantes políticos, de funcionários públicos e de empresários envolvidos. Fontana acredita que pequenas mudanças na lei não garantem o fim da

²⁸¹ O PLS nº 390/2005 visa alterar a LC nº 64/90, em seus artigos 1º e 22 e atualmente encontra-se na Subsecretaria de Ata do Plenário. Teve sua última tramitação em 30/09/2008, uma vez que recebeu manifestação da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. (BRASIL. PLS nº 390/2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=75982>. Acesso em: 02 fev. 2008).

²⁸² MALTAROLLO, Adriano de Souza. *Sistema Eleitoral Brasileiro*: Estudo do Caso da Lei de Inelegibilidades. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Instituto de Ciência Política, Brasília, 2006, p. 154.

²⁸³ O Projeto de Lei encontra-se na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), com regime de tramitação ordinária e aguardando deliberação.

corrupção, mas podem dificultar a sua prática por meio de um maior controle e de penalidades severas aos infratores.

A Câmara dos Deputados também está analisando o Projeto de Lei nº 5.363/05²⁸⁴, do Deputado Eduardo Valverde (PT-RO). Esse projeto altera o Código Penal para punir, com pena de reclusão de dois a 12 anos e multa, o enriquecimento ilícito de funcionários públicos ou ocupantes de cargos eletivos.

O Projeto de Lei nº 5.491/05²⁸⁵, de autoria do Deputado Geraldo Resende (PPS-MS), prevê punição mais severa para os corruptos. Propõe-se a alteração da Lei de Improbidade Administrativa, estabelecendo que a suspensão dos direitos políticos seja de 10 a 15 anos em caso de enriquecimento ilícito, enquanto que a legislação atual fixa pena de 8 a 10 anos. O PL também aumenta de 10 para 15 anos o prazo de proibição de contratos com o poder público ou de recebimento de benefícios fiscais. Nos casos em que haja lesão ao Erário, o projeto em tramitação na Câmara aumenta a pena para entre 8 a 10 anos e limita os contratos com o poder público por dez anos. Pela legislação atual, o prazo é de cinco anos.

Quanto ao Projeto de Lei nº 7.528/06, já mencionado no item que trata de outros controles e que determina restrições aos empregados e servidores públicos que tenham acesso a informações privilegiadas, é importante frisar que ainda em 2006, em cerimônia comemorativa, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou e encaminhou a proposta para apreciação dos parlamentares. Na ocasião, o Ministro da CGU, Jorge Hage, afirmou que o PL marcava a afirmação concreta de uma vontade política do governo em investir nas medidas preventivas contra a corrupção.

Em artigo publicado recentemente, o Ministro alertou que alguns projetos já poderiam ter sido transformados em lei, não fossem os recursos apresentados por

²⁸⁴ O Projeto de Lei nº 5.363/05 é uma proposição prioritária sujeita à apreciação do Plenário. Inclui o art. 312-A e altera o art. 327 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40), incluindo o tipo penal do enriquecimento ilícito. De acordo com a última tramitação (12/09/2007), encontra-se na Coordenação de Comissões parlamentares (CCP), com Parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça. (BRASIL. Projeto de Lei nº 5.363/05. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 03 nov. 2005.)

²⁸⁵ O Projeto de Lei nº 5.491/2005 tem regime de tramitação prioritário e encontra-se na CTASP para ser apreciado em conjunto com o Projeto de Lei nº 879/2007. Busca alterar o art. 12 da Lei nº 8.429/92, para fins de aumento das sanções aplicáveis aos responsáveis por ato de improbidade. Estão desde 4/5/2007 na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. (BRASIL. Projeto de Lei nº 5.491/2005. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 03 nov. 2008.)

partidos de oposição - fato que impediu, neste ano, a aprovação do PL da CGU²⁸⁶. Mas para Jorge Hage, o mais urgente é a atualização das normas contidas no Código de Processo Penal, o que aceleraria o julgamento e a punição dos

²⁸⁶ Tramita no Congresso Nacional, desde o ano de 2006, um Projeto de Lei elaborado pela CGU (Controladoria Geral da União) e encaminhado pelo presidente Lula em 26 de outubro daquele ano - o PL nº 7.528/06- que veda expressamente, sob pena de demissão, a ação dos chamados "anfíbios". No jargão federal, "anfíbios" são altos funcionários que atuam em áreas estratégicas ou com acesso a informações valiosas, que costumam tomar licenças sem remuneração para, nesse período, prestar consultoria a empresas privadas, valendo-se de informações privilegiadas. Ademais, quando retornam ao serviço público, atuam de modo a favorecer seus "clientes". O Projeto de Lei da CGU trata não só disso mas também de situações de "conflito de interesses" em geral. Além de vedar as práticas anfíbias, amplia o rol de funcionários sujeitos à "quarentena", bem como o prazo desta, e aumenta as punições aos infratores, enquadrando tais condutas como improbidade administrativa, o que viabiliza, também, sanções judiciais.

Importante registrar que o mencionado PL nº 7.528/06 já poderia ter se transformado em lei, não fora um recurso apresentado por um partido de oposição no dia 19 de fevereiro, que, estranhamente, impediu sua aprovação, em grau terminativo, na Comissão de Trabalho e Serviço Público, obrigando que seja submetido ao plenário -o que todos sabemos o que significa em termos de prazo para vir a ser votado.

Há alguns dias, a Imprensa noticiou o caso dos "anfíbios da Receita Federal", em que dois auditores foram demitidos pelo Ministro da Fazenda, acusados de usar o cargo, desde a década de 90, para favorecer grandes empresas privadas (entre elas, OAS, Fiat e Mc Donald's). No mês passado, a mídia divulgou outro caso, ocorrido no Banco Central, em que analistas do BC, após adquirir conhecimento sobre o mercado financeiro, se licenciavam para atuar em instituições financeiras, prática há muito conhecida e nunca coibida. Agora, eles foram finalmente obrigados a voltar ao banco ou pedir exoneração de seus cargos. As duas situações reforçam a importância para o país da adoção de medidas mais efetivas para a disciplina dos conflitos de interesses -que põem em confronto, diante do funcionário público, o interesse público versus o benefício privado. Tal conflito pode ocorrer durante ou após o exercício de um cargo. Nas duas formas, o interesse da população e o de outras empresas privadas são afetados, causando prejuízos para a administração pública e para a livre concorrência. Vale reforçar que esses tipos de condutas ilícitas não constituem novidade na administração brasileira. Mas nunca foram combatidos, prevenidos ou punidos. A novidade é exatamente o enfrentamento e a punição. No plano da punição, mesmo na falta da lei específica sobre esse tipo de ilícito, o atual governo já demitiu ou destituiu mais de 1.700 agentes públicos por práticas relacionadas com a improbidade e a corrupção. No plano da prevenção, o governo vem adotando normas rigorosas, como as do Banco Central, que, para serem reforçadas e generalizadas aos demais órgãos, dependeriam, em grande parte, da base legal que se quer criar com esse projeto. De qualquer modo, enquanto aguarda a definição do Congresso Nacional, a CGU está recomendando aos dirigentes de todos os órgãos públicos a adoção de normas semelhantes às do Banco Central quando da concessão de licença de interesse particular a servidores. Resumidamente, as normas do BC determinam que, para a concessão da licença, se examine o potencial conflito de interesses entre as atividades oficiais do servidor e as que ele pretende desenvolver durante a licença. Mas a aprovação do Projeto de Lei 7.528/06, sem dúvida, somando-se às outras iniciativas já adotadas -como o Portal da Transparência (um dos mais completos no gênero e que já conta com 650 milhões de informações sobre gastos de R\$ 4,3 trilhões), o sistema de corregedorias, as sindicâncias patrimoniais, as fiscalizações por sorteios públicos, as operações especiais da Polícia Federal com a CGU, as parcerias entre a CGU e o Ministério Público, a extinção das obscuras contas tipo B, as declarações de inidoneidade de empresas que fraudam licitações e contratos, o programa Olho Vivo no Dinheiro Público e a apuração sistemática de denúncias-, reforçaria sobremodo o arsenal que o Estado brasileiro vem construindo para enfrentar as práticas delituosas da corrupção e da "confusão" entre o público e o privado, revertendo nossa cultura histórica de impunidade. (JORGE HAGE , 70, advogado, mestre em direito público pela UnB (Universidade de Brasília) e em administração pública pela Universidade da Califórnia (EUA), é o Ministro-chefe da Controladoria Geral da União. CLIPPING, seleção de notícias. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=437056>>. Acesso em: 14 out. 2008.)

responsáveis pela prática de desvios. O Ministro ainda acredita que deve haver mútuo interesse na solução para o problema da corrupção. De 2003 para cá, 1.755 servidores federais de todos os escalões já sofreram penas de expulsão do serviço público por práticas irregulares, sobretudo vinculadas à corrupção.

Quanto às propostas de Emenda à Constituição, identificamos a de nº 422/05²⁸⁷, de autoria do Deputado Federal Luiz Couto (PT-PB), que sugere a criação de varas especializadas em julgamento de crimes contra a Administração Pública. Por entender que as demandas contra ato de improbidade devem ser tratadas, processadas e julgadas por unidades judiciais especializadas, busca o parlamentar que a atuação do Poder Judiciário possa ser uma aliada da efetiva punição dos atos perpetrados contra a Administração Pública.

Segundo a Presidência da Câmara dos Deputados, apenas a deliberação nas reuniões dos líderes partidários pode atribuir urgência na votação de proposições como as aqui mencionadas. A assessoria da Câmara explica que, regimental e constitucionalmente, a Casa tem respaldo para apreciar primeiramente as Medidas Provisórias e outras proposições legislativas do Executivo, o que conseqüentemente “tranca a pauta”. Até que a pauta esteja “limpa”, não há como avançar com as demais propostas. Em ano eleitoral, o calendário parlamentar dificulta ainda mais a celeridade das discussões. Para a Presidência, somente o apoio e a união dos líderes dos partidos pode proporcionar a discussão dos temas na mesa diretora.

Considerando os muitos projetos de lei e emendas constitucionais em tramitação nos vários setores da Câmara, o Presidente da Frente Parlamentar de Combate à Corrupção, Deputado Federal Paulo Rubem Santiago (PT-PE), entende que será necessário rever as leis que tratam das punições em caso de improbidade administrativa; e dos sigilos bancário, e telefônico e fiscal. Essas medidas, dentre outras, são urgentes uma vez que segundo levantamento feito pelos deputados que integram a Frente, o índice de condenação em casos de improbidade administrativa

287 A PEC nº 422/2005, acrescenta parágrafo ao art. 125 da CF/88, criando varas especializadas para julgar ações contra atos de improbidade administrativa. Encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, tendo o Ato da Presidência de 11/9/2007 criado Comissão Especial, nos termos do art. 202 do Regimento Interno.

entre 1992 e 2005 não chegou a 10% do total das denúncias apresentadas ao Judiciário pelo Ministério Público²⁸⁸.

Há que se ressaltar que já existe um conjunto considerável de normas²⁸⁹ inseridas no nosso ordenamento jurídico que, de alguma forma, estão ligadas à prevenção e combate à corrupção. Mas num país como o Brasil, onde os escândalos de corrupção geram bilhões em prejuízos aos cofres públicos, não é difícil entender o porquê de tantos projetos pedirem a alteração, reformulação e atualização da legislação, além de inserirem previsões legislativas inéditas. Faz-se, realmente, necessária a atualização da legislação, como forma de corresponder às expectativas atuais de controle, prevenção e combate à corrupção.

Não podemos esperar que o Direito acabe por si só com as práticas corruptas, mas, certamente, quanto mais consistentes forem as normas que tratam do assunto tanto mais as armas jurídicas exercerão papel primordial no necessário combate e prevenção da corrupção.

4.6 CONVENÇÃO DA ONU

Em 09/12/2003, durante encontro²⁹⁰ realizado pela ONU na cidade mexicana de Mérida, foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

288 LOURENÇO, Iolando. *Parlamentares reinstalam Frente de Combate à Corrupção*. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/03/06/materia.2007-03-06.0946632927/view>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

289 Dentre as principais normas vigentes que tratam da corrupção, destacam-se: Lei nº 8.429/92, “Lei de Improbidade Administrativa”, que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública; Lei nº 8.884/94, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; Lei 9.613/98, a chamada “Lei sobre Lavagem de Dinheiro”. Alguns decretos também são considerados relevantes, tais como o Decreto 6.170/07, que disciplina o sistema de transferência de recursos federais para estados, municípios e organizações não-governamentais; o Decreto 4.334/02, que dispõe sobre as audiências concedidas a particulares por agentes públicos da administração federal; e os decretos 5.355/05 e 6.370/08, disciplinadores da utilização dos cartões corporativos do governo federal.

290 Previamente a esse encontro, a Assembléia Geral da ONU formou um Comitê Especial para a preparação da convenção, sob a coordenação do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (UNODC). Aprovou-se o texto elaborado com a participação de delegados de 128 países e em 31/10/2003 o texto foi submetido à Assembléia Geral da ONU e aprovado. (UNODC. Disponível em: <<http://www.un.org/webcast/merida>>. Acesso em: 23 out. 2008).

(UNCAC, em inglês), ocasião em que 95 (noventa e cinco) países a assinaram. O Brasil foi representado no encontro pelo então Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União, Waldir Pires.

Após ter atingido o número mínimo de ratificações, a Convenção entrou em vigor em 14/12/2005. No Brasil, o texto foi aprovado pelo Congresso em maio de 2005 e em janeiro de 2006 a Convenção foi promulgada, passando a partir daí a vigorar com força de lei.

É o primeiro documento global sobre corrupção acordado pela comunidade internacional, que contém previsão sobre a criminalização de uma série de atividades corruptas (crime de suborno, lavagem de dinheiro, dentre outros) e medidas a serem adotadas, para: prevenir a corrupção; promover a integridade nos setores público e privado; cooperar com outros países. Estabelece, também, mecanismos legais para propiciar o repatriamento de bens e recursos obtidos por meio de atos corruptos e que foram remetidos para outros países. A cooperação entre os países é no sentido de recuperar somas de dinheiro desviadas, e de atuar no rastreamento, bloqueio e devolução de bens.

Pode-se, pois, dizer que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁹¹ é o mais completo e abrangente instrumento internacional juridicamente vinculante, por estimular inclusive o controle social, no sentido de fiscalizar as contas do governo.

Ademais, o nível de apoio recebido pela Convenção demonstra a preocupação da comunidade internacional com o tema, bem assim o comprometimento político para o seu enfrentamento. Assim sendo, o UNODC vem posicionando-se de forma estratégica de modo a trabalhar em conjunto com instituições governamentais e da sociedade civil, maximizando o impacto da

²⁹¹ Ao contrário de outros instrumentos internacionais outrora firmados contra a corrupção [Convenção Interamericana contra a Corrupção – CICC, firmada em 1996 entre os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA); Convenção Anticorrupção da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento, firmada em 1997 por 30 países da OCDE), a implementação da UNCAC direciona-se aos problemas já avaliados nas tentativas anteriores, que tiveram implementação desigual e sucesso parcial. Nesse sentido, a Convenção da ONU tem abrangência mais ampla e visa colaborar com os governos de cada país para que possam implementá-la não só em políticas de enfrentamento, como também em atividades de prevenção da corrupção. (UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org.br>>. Acesso em: 21 out. 2008).

cooperação técnica internacional.

4.7 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

Observa-se que, com freqüência, instituições públicas, administrações municipais e estaduais, que deveriam fomentar o desenvolvimento econômico e social, convertem-se em nichos de corrupção, pois, não raro, os gestores e servidores em geral se deparam com um conflito de interesses entre o público e o privado. Isso provoca a corrosão no nível de confiança das instituições, aumento nos custos de transação, clima de ilegalidade e insegurança jurídica, fatores esses que prejudicam severamente a imagem do país, inibindo, inclusive, investimentos estrangeiros.

Além dos danos políticos, a corrupção provoca conseqüências sociais e econômicas relevantes, diminuindo os investimentos públicos e privados, o que se reflete, diretamente, na riqueza de uma nação e na concretização de direitos sociais básicos.

Destarte, uma sociedade na qual a corrupção é generalizada submete não só seu sistema político, mas também suas instituições de controle a crises de legitimidade. Nesse contexto, órgãos como o Tribunal de Contas da União e Controladoria-Geral da União têm que deixar claras, para a sociedade, as suas competências e o que têm feito no sentido de combate e prevenção da corrupção e os resultados de suas ações.

Na prática, vimos que estão sendo empreendidos esforços pelo TCU para adaptar a Instituição às tendências modernas de fiscalização, que visam à reformulação de paradigmas de controle meramente punitivos e formais (auditorias de conformidade) e a introdução de práticas preventivas da corrupção e da ocorrência de danos ao Erário (Avaliação de Controles Internos das entidades jurisdicionadas). A CGU, na mesma linha, tem visto na prevenção da corrupção a saída para buscar minimizar ao máximo os efeitos perversos desse fenômeno social sobre a sociedade brasileira, razão pela qual criou a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Ações Estratégicas – SPCI.

Mas, ainda é pouco, muito pouco. Na realidade, muitos discursos e projetos precisam sair do papel e serem postos em prática de forma contínua e tempestiva. Ademais, quando aliadas modernas técnicas de controle e mão-de-obra capacitada, podem ser rompidas muitas barreiras postas ao controle.

Frise-se que para cumprir sua louvável missão, o Controle não pode prescindir da sociedade, como parceira. Há que se buscar mais mecanismos para que o controle social possa ser cada vez mais efetivo. Faz-se necessária conscientização permanente da população e a maior transparência possível das informações concernentes às atividades estatais e aos gastos públicos. Para tanto, toda e qualquer atividade estatal tem que estar atrelada ao exato cumprimento do princípio constitucional da publicidade. A publicidade e transparência permitirão que, paulatinamente, cidadãos comuns tornem-se verdadeiros guardiões do Erário, resgatando uma vontade cívica da instauração da ética em toda e qualquer atividade pública. O controle social não pode ser visto de forma cética, pois do seu seio podem emergir ações que mudem o status quo.

Uma forma de contribuir com o processo de formação de consciência crítica dos cidadãos seria permitir que decisões desfavoráveis a agentes públicos, principalmente políticos, fossem mais amplamente divulgadas, não se restringindo a diários oficiais e sítios da internet repletos de deliberações. Tendo pleno conhecimento dos julgamentos desfavoráveis à conduta dos gestores públicos escolhidos pelo voto, os eleitores pensariam duas vezes antes de confiarem seus votos àqueles que tiveram suas condutas desabonadas.

Centenas de ações correm na Justiça visando à execução de decisões do Tribunal de Contas da União para ressarcimento pelos administradores de dinheiro público, sendo que só um percentual mínimo chega ao seu êxito, ainda assim depois de muitos anos. Que efeito prático esse procedimento surte para o controle das contas públicas? Tal como na área de saúde, onde as ações preventivas evitam que o governo gaste somas muito maiores em casos de instauração de certas doenças, um controle preventivo bem planejado e executado, certamente traz muito mais benefícios que o controle formal a posteriori.

Temos consciência que as conquistas não são instantâneas, mas obtidas paulatinamente com passos firmes e certos no alvo. Muito ainda precisa ser feito

para combater a corrupção, e os órgãos de Controle têm um papel primordial nessa caminhada, mas ainda estão como que engatinhando no que diz respeito ao combate e prevenção da corrupção, razão pela qual devem correr para resgatar o tempo perdido. Assim, mesmo diante dos obstáculos, o controle precisa caminhar sempre, não desistindo jamais da sua missão.

5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Mesmo com a reconquista do Estado Democrático de Direito, que culminou com a instalação de uma nova ordem constitucional voltada para o Estado Social, mais comprometida com a moralidade, impessoalidade, igualdade e legalidade, e, por conseqüência, com o bem-estar social, os episódios de corrupção envolvendo agentes públicos são cada vez mais freqüentes.

Por tratar-se de tema bastante atual, jornais, revistas, televisão, dentre outros meios de comunicação, estão sempre veiculando notícias sobre corrupção, o que faz com que a população fique cada vez mais indignada. Lembremos de escândalos ocorridos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, se não vejamos: Desvios do Instituto Nacional de Seguridade Social (caso Georgina), Superfaturamento do Prédio do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, Operação Anaconda, Operação Sanguessuga, Escândalo do Mensalão, Operação Navalha, dentre outras. Questionamo-nos sobre como esse mal pode ser combatido de maneira eficaz.

O Estado Brasileiro tem sua história atrelada à corrupção, a qual se apresenta de forma enraizada, fazendo com que os ricos sejam cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres, o que acentua, paulatinamente, as desigualdades sociais.

Durante o período ditatorial quase não ouvíamos falar em escândalos de corrupção política. Com o advento da Democracia, parece que houve uma espécie de “epidemia” desse fenômeno social. Podemos inferir, então, que na ditadura o fenômeno estava sob controle e que a corrupção política era menor? Afigura-se-nos incabível tal dedução, pois, a nosso ver, a maior transparência trazida pela Democracia é a grande responsável pelo desbaratamento de quadrilhas montadas especialmente para fraudar o Erário e pela elucidação de fatos que poderiam sequer vir à tona na Ditadura.

Destarte, ao contrário da Ditadura, a Democracia é a única forma de governo que permite mitigar as forças diabólicas a que se referia Max Weber, ao tratar do tema ética e da necessidade de o verdadeiro político ser impulsionado por

uma ética de responsabilidade que lhe permite agir eticamente, mesmo que contrariando vontade íntima tendente a práticas corruptas.

É nessa forma de Governo que ganham força os órgãos de fiscalização das atividades estatais, a exemplo do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União, a cujas atividades preventivas da corrupção já nos referimos no capítulo anterior. Ressaltamos em linhas anteriores a relevância de controles preventivos, visto que, quando o prejuízo se efetiva, dificilmente os numerários desviados retornam aos cofres públicos.

Buscar-se-á, então, nessa oportunidade, fazer uma reflexão acerca do papel do Ministério Público no combate à corrupção, tendo em conta as novas competências a ele atribuídas pela atual Carta Magna. Traçam-se considerações sobre suas formas de atuação, com destaque, mais especificamente, para a aplicação da Lei nº 8.429/92, que trata da improbidade administrativa e as correspondentes cominações legais. Dentro desse contexto, sobressaem-se os contornos legais, doutrinários e jurisprudenciais atinentes às formas de combate aos atos de improbidade.

5.1 ASPECTOS GERAIS DA IMPROBIDADE

5.1.1 CONCEITOS

Como ponto de partida, importa verificar de que forma a doutrina se posiciona acerca do tema “improbidade”, bem assim sobre a relação que há entre esse conceito e o de moralidade. Importa acentuar, *ab initio*, que o ímprobo é desonesto, age sem a moralidade necessária. Um agente público é ímprobo quando age fora dos padrões da ética da responsabilidade a ele impostos em virtude do cargo que ocupa e das atribuições públicas a ele conferidas.

O conceito de improbidade pode perpassar os mais diversos ramos do Direito, como o Trabalhista, Penal, Civil, Administrativo Disciplinar, dentre outros, por possuir demasiada flexibilidade de compreensão. Em razão disso, e tendo em conta

os relevos jurídicos e morais que envolvem o conceito, não é fácil chegar-se a uma definição totalmente delineada do que seja improbidade.

Marcelo Figueiredo toma por base as raízes etimológicas, nos seguintes termos:

Do Latim **improbitate**. Desonestidade. No âmbito do Direito, o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. Há sensível dificuldade doutrinária em fixarem-se os limites do conceito de 'improbidade'. Assim, genericamente, comete maus tratos à probidade o agente público ou particular que infringe a moralidade administrativa.²⁹²

Fábio Medina Osório parte do conceito de moralidade para chegar ao de improbidade, asseverando que:

A moralidade administrativa, dentro de uma concepção mais objetiva, é um princípio constitucional que guarda autonomia em relação à legalidade *stricto sensu*, com caráter plenamente vinculante, que direciona os agentes públicos aos deveres, dentre outros, de probidade, honestidade, lealdade às instituições, preparo funcional mínimo no trato da coisa pública, prestação de contas, eficiência funcional, economicidade.²⁹³

Importa atentar para o fato que da leitura do texto constitucional pode-se perceber que o conceito de improbidade administrativa difere do de imoralidade administrativa, estando o primeiro contido nos arts. 15, V, e 37, § 4º, e o segundo nos arts. 5º, LXXIII, e 37, *caput*.

Caberá, portanto, ao intérprete fixar as distinções entre tais conceitos. O STF ainda não o fez, mas, no âmbito doutrinário, podem ser encontradas essas definições. O professor José Afonso da Silva²⁹⁴, em abalizada lição, ensina que moralidade administrativa é definida como princípio da Administração Pública (art. 37 da CF/88), não podendo ser considerada moralidade comum, mas moralidade de feição jurídica. A probidade administrativa, por sua vez, é espécie do gênero, vez que é forma de moralidade administrativa, que mereceu especial consideração pela Constituição de 1988, que prevê a punição do ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 15, inciso V da CF/88), dentre outras sanções.

²⁹² FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2000. p. 23.

²⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 158.

²⁹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 652-653.

Destarte, consiste a probidade administrativa no dever de o agente público servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de *outrem*, a quem queira favorecer.

5.1.2 CONTORNO LEGAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Outrora, para punir disciplinarmente os servidores envolvidos em corrupção, foi editada a Lei Federal nº 3.164/57, para sujeitar a seqüestro os bens que tivessem sido adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal que pudesse ser imputada. Criticava-se esse diploma legal por ele não esclarecer a extensão e o conteúdo da expressão influência ou abuso de cargo, função ou emprego público.

Após isso, editou-se a Lei Federal nº 3.502/58, também para regular o seqüestro e o perdimento de bens de servidor público da Administração Direta e Indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. As críticas foram, basicamente, as mesmas.

Tais leis representaram o pontapé inicial no caminho do combate ao enriquecimento ilícito provocado pela prática de atos de corrupção. No entanto, não conseguiram deter o avanço destes. Por seu turno, a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92²⁹⁵, editada com base no art. 37, § 4º, da CF/88, revogou

²⁹⁵ Importa destacar que, praticamente 9 (nove) anos após a vigência da Lei nº 8.429/92, o Partido Trabalhista Nacional – PTN, com fundamento no inciso VIII do art. 103 da CF, propôs ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão da eficácia da Lei nº 8.429/92, por entender que havia vício formal original que contaminou a lei durante a fase de elaboração legislativa. Salientou-se, na ocasião, que o Projeto de Lei nº 1.446/91, oriundo do Poder Executivo, após aprovado no mesmo ano foi remetido ao Senado Federal, de acordo com o art. 65 da CF/88, que aprovou substitutivo que foi enviado à Câmara dos Deputados. Segundo o requerente, feriu-se o Princípio da Bicameralidade, uma vez que o novo Projeto de Lei foi enviado para a sanção presidencial, quando deveria ter sido enviado para o Senado, que passaria a funcionar como casa revisora do novo projeto aprovado pela Câmara. A Advocacia-Geral da União, em seu Parecer, propôs o não conhecimento preliminar da ação, dada a sua inépcia, visto que é necessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei. Depois de amplas discussões, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio, indeferiu a medida liminar. Extraímos da ementa o seguinte excerto: “[...] Projeto de Lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). A aprovação de **substitutivo** pelo Senado não equivale à **rejeição do projeto**, visto que

as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58 e veio tutelar a “probidade administrativa”, de forma que os princípios insculpidos no *caput* do artigo aqui mencionado pudessem vir a ser obedecidos. O normativo regula sanções contra os atos de improbidade administrativa, os quais foram por ela classificados em atos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao Erário, que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Importa ressaltar que, muito embora haja na Lei conceitos afetos ao Direito Penal, tais como os contidos no Capítulo III “Das Penas” e Capítulo VI “Das Disposições Penais”, as sanções estabelecidas em seu bojo para os atos de improbidade administrativa não são de natureza penal, devendo ser julgadas e apreciadas pelo juízo cível.

A Lei nº 8.429/92 evidencia, por conseguinte, uma multiplicidade de situações que caracterizam a improbidade administrativa, e tem como principal foco a proteção do patrimônio público, no âmbito da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Abrange, também, empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

5.1.3 TIPOS DE IMPROBIDADE E CORRESPONDENTES COMINAÇÕES LEGAIS

A Lei nº 8.429/92, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, tratou de separar os atos de improbidade administrativa por seções, da forma que se segue: **Seção 1 – Dos atos**

“emenda substitutiva é apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto” (§ 4º do art. 118 do RI-CD); **substitutivo**, pois, nada mais é do que uma ampla **emenda** ao projeto inicial. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma casa legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Medida cautelar indeferida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.182-6, de 31/05/2000 (Medida Liminar) DISTRITO FEDERAL, Tribunal Pleno, Relator: Min. Maurício Corrêa, Ementário nº 2144-2. *Diário da Justiça*, 19/03/ 2004).

de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; **Seção 2** – Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário; **Seção 3** – Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. Trata-se, portanto, de espécies do gênero “improbidade administrativa”.

A prática desses atos importa na aplicação de penalidades, as quais independem das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica. As sanções previstas na Lei de Improbidade podem levar a conseqüências pesadas ao patrimônio do agente público imputado, devendo o Ministério Público, portanto, ater-se aos liames conceituais consolidados nos artigos 9º, 10 e 11 da referida Lei.

As sanções impostas aos ímprobos têm o fito se não de erradicar, pelo menos de diminuir a corrupção política e administrativa que assola o País e adquire, dia após dia, feições diferenciadas e descomedidas, envolvendo não só os pequenos e médios servidores públicos, como também titulares de cargos dos mais altos escalões, das administrações federais, estaduais e municipais, bem assim do Legislativo e do Judiciário.

Com relação à necessidade de comprovação do dano ao Erário, a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que:

para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, dès que dela não tenha ocorrido prejuízo. A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente implicaria, em relação à parte adversa, enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está não só na configuração de conduta contra jus, mas, também, na prova do ônus, já que não se repõe dano hipotético.²⁹⁶

Nos casos em que a conduta administrativa estiver devidamente tipificada como ímproba, após observado o devido processo legal, entende-se que as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda do cargo devem ser imputadas de

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº **44.761-5** / RJ, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, 7/12/93.

forma obrigatória, de acordo com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que não se pode conceber que o ímprobo possa permanecer no serviço público.

A questão da suspensão dos direitos políticos²⁹⁷ tem gerado polêmica no que pertine ao afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa. Alguns magistrados têm acolhido a tese do afastamento, sob a alegação de que a permanência no cargo pode impedir o desenvolvimento da instrução probatória.

Todavia, segundo o entendimento de Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo:

não há a possibilidade jurídica de afastamento do prefeito municipal de seu cargo (político) por mera decisão cautelar. Na ação cautelar em que se formule tal pedido, haverá a falta de uma das condições da ação: justamente a possibilidade jurídica do pedido imediato de cautelar, pois essa medida (afastamento cautelar do cargo daquele que exerce mandato eletivo) não está prevista, sequer em tese, no nosso ordenamento jurídico.
298

E assim se posicionam por entender que o *fumus boni iuris*, próprio da ação cautelar, não pode servir de base para a suspensão dos direitos políticos e para o conseqüente afastamento do cargo político, uma vez que o parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92 deixou de prever a possibilidade desse afastamento cautelar. Vejamos o teor das normas aqui mencionadas:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego

²⁹⁷ Sobre a suspensão dos direitos políticos, o STJ assim decidiu em Agravo Regimental: Suspensão de liminar. Competência do STJ. Legitimidade ativa (prefeito). Sucessivas ações de improbidade administrativa. Afastamento indefinido. Princípio da proporcionalidade. 1. Em se tratando de suspensão de liminar, inaugura-se a competência do Superior Tribunal quando há decisão, no Tribunal local, em agravo de instrumento interposto em razão da concessão da medida urgente. Precedentes. 2. Tem legitimidade ativa para ajuizar pedido de suspensão prefeito municipal que busca sustar os efeitos de decisão que o afastou do cargo. Precedentes. 3. A norma legal, ao permitir o afastamento do agente político de suas funções, objetiva garantir o bom andamento da instrução processual na apuração das irregularidades apontadas, contudo não pode servir de instrumento para invalidar o mandato legitimamente outorgado pelo povo nem deve ocorrer fora das normas e ritos legais. 4. Na espécie, evidencia-se que o afastamento do Prefeito do comando da municipalidade implica risco para o interesse público, porquanto, na investigação de supostos fatos envolvendo o governante, não se observaram aqueles princípios. 5. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na suspensão de liminar – 2003/0058395-5. Relator: Ministro Edson Vidigal – 20/09/2005. *Diário da Justiça*, 26/09/2005. p. 158)

²⁹⁸ BUENO, Cássio S. Carpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 65-84.

ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Para o deslinde da questão, urge buscar a interpretação do que seja agente público, *lato sensu*. O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello assim explica:

a expressão agente público é mais ampla do que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público.²⁹⁹

Observa-se, então, que a noção de agente público é bem ampla, envolvendo, inclusive, os chefes do Executivo Federal, Estadual e Municipal. Assim, entende-se que o legislador ordinário ao colocar a expressão “agentes públicos”, no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92, o fez com a intenção de incluir prefeitos no rol daqueles que estão sujeitos ao afastamento do cargo. É claro que, para que isso ocorra, há que existir provas inequívocas de que a permanência no cargo do agente público eleito pelo voto popular está a prejudicar a instrução probatória do processo de improbidade administrativa em curso.

5.1.4 SUJEITOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE

Os sujeitos dos atos de improbidade podem ser classificados como sujeitos ativos e passivos. Aqueles são os agentes públicos, servidores ou não, que com ou sem a ajuda de terceiros praticam tais atos, enquanto que estes são representados pela coletividade, ou mais especificamente pelo Estado, encarnando a sociedade politicamente organizada.

Os artigos 1º, 2º, 3º e 8º da Lei nº 8.429/92 evidenciam, de forma clara, quem são os sujeitos ativos dos atos de improbidade, se não vejamos:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 226-227.

concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma da Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da entidade que receba a subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança.

Vê-se, pela leitura do art. 1º que, para os fins da Lei nº 8.429/92, são considerados atos de improbidade os praticados em detrimento da Administração de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público, bem assim de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, observando-se, outrossim, o que dispõe o parágrafo único do mesmo artigo. Acentua, então, Mateus Bertoncini:

Portanto, onde houver a participação do Estado na criação de pessoas de direito privado, na sua manutenção, custeio, subvenção ou incentivo, haverá a possibilidade do cometimento de ato de improbidade administrativa. A Lei nº 8.429/92, portanto, não se aplica apenas à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes, conforme o art. 37, *caput*, da CF. A lei vai além, dando azo para sua aplicação naquelas situações previstas no art. 70, parágrafo único, da CF, que estabelece: "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie e administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária." Como corolário dessa prestação, também há a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas responsáveis por inadimplir essas obrigações e por desviar esse patrimônio, conforme a Lei 8.429/92.
300

O sujeito ativo, por sua vez, colocado no art. 2º da Lei nº 8.429/92, é o agente público em seu sentido lato. Pela parte final do artigo, podem praticar atos de

³⁰⁰ BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa*: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 257.

improbidade pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades mencionadas no art. 1º e no seu parágrafo único. Percebe-se, então, a amplitude conceitual do art. 2º, visto que confere a agentes privados a qualidade de públicos quando exerçam atividades junto a entidades que recebam numerário de origem pública.

Os arts. 3º e 8º ampliam ainda mais o rol dos sujeitos ativos, incluindo, o primeiro, agentes privados³⁰¹ que induzam ou concorram para a prática de atos de improbidade, enquanto que o segundo faz com que a responsabilidade pela lesão ao patrimônio público se estenda aos sucessores, até o limite da herança.

Como a maior vítima dos atos que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao Erário, que atentam contra os princípios da Administração pública, é a própria sociedade, pode-se tê-la como sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa. Nessa linha, como o Estado brasileiro representa a sociedade, sendo composto por pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pessoas jurídicas de capacidade administrativa (autarquias, fundações), pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (empresas públicas, sociedades de economia mista), é ele, em ampla acepção, o sujeito passivo³⁰² de tais atos.

³⁰¹ Nos casos de obras públicas, quando ocorre superfaturamento ou sobrepreço, por exemplo, a pessoa jurídica vencedora do procedimento licitatório comete ato de improbidade. No âmbito do TCU é punida com a declaração de inidoneidade (Acórdãos 18 e 213/1007, ambos do Plenário), prevista no art. 46, *caput*, da Lei nº 8.443/92. Vejamos: “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.” Frise-se que a própria Administração prejudicada, como parte contratante, pode declarar a inidoneidade prevista no art. 87, inciso IV da Lei nº 8.666/93. Não se pode excluir, é claro, a responsabilidade das pessoas físicas representantes das pessoas jurídicas.

³⁰² Mateus Bertoni, Promotor de Justiça no Paraná, assim se manifesta sobre o tema: “O Estado Brasileiro somos nós todos, e, portanto, quando ele é atingido em seus fundamentos não é a pessoa jurídica do Estado que é vilipendiada, mas cada brasileiro que, conscientemente ou não, integra essa coletividade. A pessoa jurídica de direito público interno que nos representa não passa de uma abstração do Direito, criada e organizada para zelar e administrar esses interesses de ordem coletiva (art. 1º da CF).” (BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007. p. 255).

5.2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5.2.1 BREVE HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO

Releva ter em conta que o Ministério Público vem-se aperfeiçoando sempre em observância às novas competências que lhe são atribuídas. Aos poucos, como suas funções foram ampliadas, passou ele a atuar não só na parte criminal, onde é o titular da ação penal, como também no processo civil, área na qual tem papel variado e importante. Antes de ser promulgada a atual Carta Magna, na esfera Federal, o *Parquet* brasileiro era quem representava os interesses do Poder Executivo em juízo (art. 126 da CF/67), o que significava uma verdadeira anomalia, uma vez que as atribuições institucionais do Órgão eram confundidas com a defesa dos interesses do Poder Executivo.

Com o advento da Constituição de 1988, a instituição do Ministério Público teve especial relevo, figurando num capítulo à parte, sendo desvinculada dos demais Poderes da República, de forma a não guardar grau de subordinação com o Poder Executivo, quer de ordem profissional, quer de ordem administrativa, o que faz com que, hodiernamente, goze de plena autonomia e independência para o desempenho do seu mister (art. 127 da CF/88), qual seja: “[...] *a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”

Dessa maneira, a Carta Magna conferiu ao Ministério Público a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, razão pela qual assumiu o Órgão importante papel no controle da Administração Pública, visto que é legitimado para a ação civil pública e para a ação de improbidade administrativa e atua de forma independente e de acordo com os limites preconizados pelo Estado Democrático de Direito.

Devido a essa independência, alguns querem ver na Instituição um quarto poder do Estado. No entanto, José Afonso da Silva, com suas ponderadas lições, e levando em conta que só existem três Poderes, assim se posiciona, *verbo ad verbum*:

Não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.³⁰³

Atualmente, o Ministério Público no Brasil é uma instituição que tem como princípios norteadores de sua ação a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, os quais asseguram ao Órgão sua autonomia administrativa, fazendo com que tenha iniciativa de lei para propor a criação e extinção de seus cargos e independência para elaborar sua proposta orçamentária (art. 127, §2º da CF/88).

O Ministério Público atua em dois segmentos básicos, quais sejam: extrajudicial e judicial. Neste intervém nos processos que tramitam no Poder Judiciário (promoção da Ação Civil Pública - art. 129, inc. III da CF/88), enquanto, naquele, age fora do âmbito dos processos judiciais (promoção do controle externo da atividade policial - art. 129, inciso VIII da CF/88).

Quando atua no processo civil o Ministério Público ora age como parte, fazendo as vezes de titular do direito defendido, por legitimação extraordinária, ora atua como órgão interveniente, por legitimação ordinária, na condição de *custos legis* (fiscal da lei), que decorre do seu interesse em ver a lei corretamente aplicada. A legitimidade extraordinária somente pode valer quando a lei expressamente autorizar.

Diante disso, quando o *Parquet* atua com base na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), ele está buscando defender interesses difusos e coletivos, com o fito de ver protegidos não interesses próprios, mas de toda a coletividade. Irá figurar, então, no pólo ativo da relação processual, com base na substituição processual ou legitimação extraordinária, expressamente conferida por lei específica, ou seja, a Lei de Improbidade Administrativa.

Essa ação ministerial repercute, sem dúvida, nas esferas política e jurisdicional, motivando, não raro, a reação de segmentos da sociedade que não

³⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 582.

querem ver atos eivados de improbidade submetidos ao crivo do Judiciário. Um exemplo de reação política, que será analisado adiante com mais detalhes, foi a edição da Lei nº 10.628/2002³⁰⁴ que, ao alterar o Código de Processo Penal ao arripio da CF/88, buscava dilargar a competência originária do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, sem as devidas alterações constitucionais previstas nos arts. 60 e seguintes da CF/88, com o fito de limitar a atuação do Ministério Público no controle da improbidade administrativa.

5.2.2 O USO DA LEI Nº 8.429/92

O Ministério Público, no combate aos atos de improbidade administrativa, ora se utiliza da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ora da Ação de Improbidade (Lei nº 8.429/92), e, mais esporadicamente, da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), o que tem gerado controvérsias e questionamentos por parte da doutrina e da jurisprudência.

Frise-se, por oportuno, que, enquanto a Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, tem natureza estritamente civil, cujos resultados não implicam perda de cargos ou de direitos políticos, a Ação de Improbidade, disciplinada pela Lei nº 8.429/92, tem repercussões penais, desde que reste demonstrada a ocorrência de lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão dolosa ou culposa do agente ou terceiro beneficiário dos bens ou de valores acrescidos ao patrimônio.

É bom atentar para o fato de que afirmar que a Lei nº 8.429/92 tem repercussões penais não quer dizer que esta defina crimes em suas entrelinhas. Tem-se que os atos contidos nos artigos 9º, 10 e 11 não se caracterizam, nos termos da lei, como delitos, muito embora possam estar tipificados como crimes no Código Penal e na Lei nº 8.666/93, por exemplo. Dessa maneira, as sanções cominadas por essa Lei têm natureza política ou civil, mas podem ensejar sanções

³⁰⁴ Para Carlos Roberto de C. Jatahy a edição do diploma legal “trouxe, ínsita, a necessidade de controlar a constitucionalidade do dispositivo em comento, bem como tornou necessário revisitar o célebre caso *Marbury Vs. Madison*, ocorrido em 1803 e que se revela – decorridos dois séculos – de extrema atualidade para o Direito Contemporâneo. (JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 118).

penais, civis e administrativas previstas nas legislações próprias. O art. 12 da Lei nº 8.429/92 ratifica o afirmado, vejamos: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações...”

O mestre Hely Lopes Meirelles³⁰⁵ leciona que a despeito de ter-se tornado uma prática comum no Ministério Público e no próprio Judiciário o tratamento da ação prevista na Lei nº 8.429/92 como Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, essa prática não está revestida de boa técnica jurídica, vez que a Ação de Improbidade Administrativa tem contornos e regramentos próprios, os quais não devem ser confundidos com as regras específicas das ações civis públicas em geral.

Nessa mesma linha de entendimento, parte considerável da doutrina entende ser imprópria a mistura dos fundamentos de direito da Ação Civil Pública, regida pela Lei nº 7.347/85, com os da Ação de Improbidade, regulada pela Lei nº 8.429/92. Segundo essa corrente, a combinação de uma lei com a outra é processualmente inaceitável vez que não podem ser mesclados fundamentos de ações diversas em uma única ação, pois os propósitos das ações não se confundem.

O processualista brasileiro Vicente Greco Filho, em palestra proferida no 6º Seminário Nacional de Direito Administrativo em São Paulo, no dia 9/11/1999, assim se manifestou, *verbo pro verbum*:

a Ação de Improbidade é uma sancionatória que tem por finalidade a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, não é Ação Civil Pública, da Lei nº 7.347. Aliás, não é de lugar nenhum, é Ação de Improbidade. E este é um defeito que tenho constatado em todas as ações de improbidade que tenho visto; elas são fundamentadas, também na Lei nº 7.347, Lei de Ação Civil Pública, e se pede muitas vezes a nulidade do ato ou do contrato cumulando com a aplicação das sanções.³⁰⁶

O fato é que diante da prática de ato administrativo que cause lesão ao patrimônio público, seja ele provido ou desprovido da pecha de imoralidade

³⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 194.

³⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 394-395, jun. 2000.

administrativa, o Ministério Público da União ou do Estado, preliminarmente, há que se indagar: no ato ora analisado está ou não presente o caráter de improbidade?

Em não restando configurado o caráter de improbidade do ato, a Constituição confere prerrogativa para que o *Parquet* intente Ação Civil Pública tendente à reparação do dano, quando o patrimônio público lesado confunde-se quer com interesse difuso, quer com coletivo (art. 129, II da CF/88).

Já para os casos em que o ato reveste-se de improbidade, o Ministério Público dispõe da ação ordinária prevista na Lei nº 8.429/92, cujas principais sanções estão mencionadas na Constituição (art. 37, §4º), quais sejam: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens³⁰⁷ e ressarcimento ao Erário na forma e gradação postas nessa Lei. O fato é que em casos inequívocos de improbidade administrativa, ou seja, quando o bem jurídico “moralidade administrativa” é ferido e quando é caracterizado dolo ou culpa do agente público ou privado, o Ministério Público dispõe de ação ordinária própria para combater os atos de improbidade administrativa.

Diante do peso das sanções mencionadas no parágrafo supra, vê-se que a improbidade é tratada com mais rigor, pois além das sanções atinentes à reparação do dano ao Erário, que podem ser objeto de Ação Civil Pública e também de Ação Popular, há a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, que são as principais sanções a serem aplicadas, cumulativa e imperativamente, aos agentes públicos ímprobos, em vista da flagrante impossibilidade de agentes públicos que agem desonestamente terem lugar na Administração Pública e exercerem seus direitos políticos. O parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 não permite que o juiz, quando da aplicação da pena, opte por uma ou outra sanção.

Destarte, ausente o pedido cumulativo das sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, a ação não se reveste do caráter de

³⁰⁷ Mateus Bertoincini acentua que “[...] o constituinte equivocou-se em arrolar a *indisponibilidade dos bens* dentre as sanções exemplificativamente indicadas, pois se trata tal medida de providência cautelar e não de sanção. Essa indisponibilidade deve ser deferida pelo Poder Judiciário nas hipóteses de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao Erário, quando necessária à preservação do interesse público, consistente no resguardo do patrimônio de posse do ímprobo ou terceiro beneficiário, para que eles não o desbaratem e para que se permita a desejável eficácia da sentença final condenatória, a ser proferida na ação principal, conforme o art. 18 da Lei. Aliás, o legislador regulou essa indisponibilidade nos arts. 7º e 16 da Lei 8.429/92, tratando, neste último do seqüestro de bens. (BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007. p. 237).

Ação de Improbidade e sim de Ação Civil Pública, vez que essas são medidas sancionadoras indispensáveis quando da propositura da Ação de Improbidade Administrativa.

Como visto, para os casos em que o ato administrativo não tenha índole de improbidade, existem, no ordenamento jurídico pátrio, a Ação Civil Pública e a Ação Popular, que podem ser utilizadas para o restabelecimento da legalidade, da moralidade e do dano causado ao patrimônio público.

A Ação Popular, regulada pela Lei nº 4.717/65 e prevista no art. 5º, inciso LXXIII da CF/88, ampara direito próprio do povo e permite que qualquer cidadão ajuíze demanda que vise a anular atos lesivos à moralidade administrativa, com isenção de custas e ônus da sucumbência.

A Ação Civil Pública, por sua vez, prevista no inciso III do art. 129 da CF/88 e disciplinada pela Lei nº 7.347/85, visa à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, tendo natureza estritamente civil, cujos resultados não implicam perda de cargos ou de direitos políticos.

A Ação de Improbidade Administrativa objetiva, no dizer do mestre Hely Lopes Meirelles³⁰⁸, “*apurar e punir a prática de ilícitos na Administração Pública direta e indireta, além de recuperar os prejuízos em favor dos cofres públicos.*”

Ainda, a Lei nº 8.429/92, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, reza o que se segue, *in litteris*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”

[...]

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

³⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 194.

Vê-se, então, que independentemente de ocorrência do dano ou da aprovação ou rejeição das contas, a Ação de Improbidade Administrativa prosseguirá em seu rito ordinário para a apuração das responsabilidades e conseqüente punição dos responsáveis. Isso decorre da independência das instâncias judiciais e administrativas na apuração da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, o que vem ao encontro do art. 5º, inciso XXXV que reza³⁰⁹: “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Assim sendo, as decisões dos tribunais de contas não vinculam as conclusões do Ministério Público, o que faz com que o *Parquet* possa levar ao conhecimento do Judiciário, observados os prazos prescricionais, irregularidades e ilegalidades que possam ser caracterizadas como improbidades administrativas. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça³¹⁰ assim se pronunciou:

ainda que ilícido o pedido, a ação não poderia ser extinta de ofício, considerando a inexistência de convencimento do Tribunal de Contas sobre a existência de eventual dano. Violação caracterizada, devendo a discutida ação civil ter seu mérito devidamente apreciado.

Outro ponto que tem que restar claro é que a responsabilidade é pessoal³¹¹ de quem praticou a infração administrativa, ou seja, subjetiva, dependendo de dolo ou culpa, não podendo ser de cunho objetivo. Portanto, deve ser imputada àquele que efetivamente realizou ou autorizou a prática de ato lesivo à Administração Pública.

³⁰⁹ O Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre o tema proclamou que: “a ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível”; pois “a garantia constitucional alusiva ao acesso ao judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 158.655-9/PA, 2ª Turma, Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, Seção I, 02/05/1997, p. 16.567; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 172.084/MG, 2ª Turma, Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, Seção I, 03/03/1995, p. 4.111).

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. nº 125.166/MG, 5ª Turma, Relator: Min. José Arnaldo. *Diário da Justiça*, Seção I, 15/12/1997, p. 66.493.

³¹¹ A responsabilidade, segundo o STJ, pode também ser solidária na hipótese em que sejam vários os agentes, cada um agindo em determinado campo de atuação, mas de cujos atos resultem o dano à Administração Pública, caso em que todos estão obrigados, solidariamente, à restituição do patrimônio público e indenização pelos danos causados. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 678599/MG, Recurso Especial 2004/0098660-7, Relator: Min. João Otávio de Noronha, 24/10/2006. *Diário da Justiça*, 15/05/2007, p. 260).

Já na Ação Civil Pública a responsabilidade do réu é objetiva, daí que o autor não precisa demonstrar dolo ou culpa na conduta do réu, pois basta restar evidenciado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e a lesão ao bem protegido no processo.

Relativamente à responsabilidade subjetiva do agente, a jurisprudência do TRF da 4ª Região é no sentido de que: “A caracterização do ato de improbidade, em qualquer das situações descritas, supõe a autoria – ainda que possa haver também a participação de terceiros – de agente público atuando contra os interesses da entidade a que está vinculado.”³¹²

Diante disso, preliminarmente à propositura da Ação de Improbidade, o Ministério Público tem que se preocupar com a cuidadosa particularização do ato e dos envolvidos, de forma a evitar o ajuizamento de lides temerárias ou baseadas em meras suposições. Afinal, sendo o *Parquet* o autor, tem o ônus de provar o fato alegado, bem assim se o responsável pelo ato agiu dolosa ou culposamente.

Nesse particular, releva colocar que se o Ministério Público diante de uma improbidade administrativa opta por fazer o uso da Lei da Ação Civil Pública, ao invés da Lei de Improbidade Administrativa, adequada ao caso, a responsabilidade deixa de ser subjetiva e passa a ser objetiva, o que não é adequado visto que a conduta do réu, nos casos de improbidade, está eivada de dolo ou culpa.

Assim, cabe deixar registradas, nesta oportunidade, algumas importantes contribuições doutrinárias e jurisprudenciais atinentes ao assunto ora em pauta e que deixam claro que nas ações de improbidade o elemento desonestidade tem que estar presente.

Marcelo Figueiredo, ao escrever sobre a improbidade administrativa, assim se coloca:

Nessa direção, não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de ‘desonestidade’, ou de improbidade propriamente dita.³¹³

³¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). AgIn 67220, Relator: Juiz Teori Albino Zavascki. *DJU*, 18.07.2001, p. 485.

³¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 24.

Já Alexandre de Moraes³¹⁴ assim se pronuncia: “A Lei nº 8.429/92 consagrou a responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo o dolo nas três espécies de ato de improbidade administrativa.”

A jurisprudência pesquisada mostrou-se uníssona no mesmo sentido, ou seja, vem considerando que na irregularidade deve estar contida a desonestidade ou mesmo deslealdade dos envolvidos, sob pena de onerarem-se desarrazoadamente todas as condutas administrativas que se mostrem irregulares, conforme demonstrado a seguir:

a) Tribunal de Justiça do Estado do Paraná³¹⁵: Ação Civil Pública. Compra de combustíveis e lubrificantes sem licitação. Improbidade administrativa do agente público. Inteligência do art. 11, I, da Lei 8.429/92. Ausência de prejuízo ao Erário. Má-fé do alcaide não demonstrada. Descaracterização do ilícito civil. Apelação. Desprovemento.

b) Tribunal Regional Federal da 5ª Região³¹⁶: “Não tendo sido caracterizada a intenção manifesta de mitigar a moralidade administrativa, o que afasta a presença do dolo na conduta do agente político, injustificável o enquadramento da questão como improbidade.

A configuração de ato de improbidade, para a imposição das sanções da Lei 8.429/92, mais precisamente pela violação do art. 10 deste Diploma, não dispensa a prova inequívoca de prejuízo ao Erário nem, igualmente, a existência de dolo no agir do agente público.

c) Superior Tribunal de Justiça – STJ³¹⁷: “Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao Erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.249/92. (...) A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.”

Dessa maneira, na petição inicial de uma Ação de Improbidade Administrativa deve haver preocupação em comprovar a responsabilidade subjetiva do agente, e de que este contribuiu efetivamente para a realização do ilícito. Exige-se, pois, uma imoralidade administrativa qualificada, em outras palavras, a ocorrência de improbidade que denote a manifesta devassidão do agente. Em suma: nesse tipo de ação, o pré-requisito é que a desonestidade do agente público esteja cabalmente demonstrada.

³¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 320-321.

³¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câm. Civ. ApCiv 108.769-8 de Capanema, Relator: Des. Ângelo Zattar, j.31.10.2001.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Remessa *ex officio* 185968, Relator: Des. Araken Mariz, *DJU*, 26/10/2001; BRASIL. Tribunal Regional de Federal (5. Região). ApCiv 185875, Relator: Des. Edílson Nobre. *DJU* 07/02/2002, p. 830, respectivamente.

³¹⁷ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Resp 213.994-MG, 1999/0041561-2, j. 17.8.1999, 1ª Turma, Relator: Min. Garcia Vieira. *DJU*, 27/09/1999.

O que temos percebido é que as controvérsias na aplicação da Lei nº 8.429/92 são decorrentes da amplitude do conceito legalista de improbidade. Têm por base controvérsias, a idéia de que qualquer lesão à legalidade configura improbidade administrativa. Sabemos que não é bem assim, pois qualquer conduta que não se encaixe estritamente nos padrões de legalidade³¹⁸ estabelecidos na lei não pode caracterizar o ilícito. Nessa linha, a gravidade da conduta há que ser analisada subjetivamente, caso a caso.

Querer, outrossim, caracterizar como ato de improbidade todo e qualquer ato que atente contra os princípios da Administração Pública, não conduz a uma realidade palpável, concreta. Isso implica confusões nas petições relacionadas às Ações de Improbidade Administrativa, e, em geral, conduzem ao nada, ao vazio de sentido, diante dos incontornáveis desvios da realidade.

Isso não quer dizer, em absoluto, que não concordamos com a inserção de princípios no art. 11 da Lei nº 8.443/92, pois estes estão contidos literalmente em nossa Constituição, refletindo, diretamente, a textura aberta do sistema constitucional brasileiro. Vislumbramos, sim, a importância da inserção de hipóteses de atentado a princípios da Administração Pública na Lei nº 8.429/92, pois um sistema estritamente legalista excluiria a aplicação de princípios fundamentais, hoje constitucionalizados.

O que membros do Ministério Público e juízes têm que levar em consideração é que, mesmo diante da relação de princípios que podem gerar, quando violados, atos de improbidade administrativa, não se podem deixar levar por

³¹⁸ Sobre o fato de alguns operadores do Direito quererem fazer coincidir a improbidade administrativa com a violação ao princípio da legalidade, o Promotor de Justiça Mateus Bertoncini, considerando entendimento doutrinário no sentido de que não é esse o objetivo perseguido pela lei de improbidade administrativa, acentua que: "Embora essa posição não seja infensa a críticas, ela merece ser prestigiada em razão de dois aspectos essenciais: primeiro, como já afirmado, porque a abertura permitida pelo princípio da legalidade é em si muito expressiva. Em última *ratio*, permite a punição de praticamente todos os comportamentos por ação ou omissão cometidos no âmbito da Administração Pública, por determinação constitucional, jungida a essa norma, o que, no plano da realidade, é inconcebível e inviável. Em segundo lugar, porque a natureza excepcional da Lei 8.429/92 não pode ser esquecida, sob pena de pretensões punitivas absolutamente desnecessárias e não justificáveis apenas servirem como contra-argumentos para o desprestígio e o esvaziamento dessa lei, que merece e deve ser contextualizada e prestigiada a partir de sua excepcional natureza, em consonância com o Estado Democrático de Direito, desenhado pela Constituição de 1988, ou seja, respeitados os direitos e garantias fundamentais, que impedem essa pretensão de totalidade punitiva. (BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007. p. 169-170.)

impulsos justiceiros, mas têm que pautar suas atuações na redução da complexidade³¹⁹ do sistema constitucional brasileiro composto, como é cediço, de regras e princípios, cada qual com sua função própria.

O professor Inocêncio Mártires Coelho, em abalizada lição, colocou, de forma sintética, as diferenças existentes entre regras e princípios. Vejamos:

Em poucas palavras, às regras 'se obedece', e, por isso, é importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que as contêm; aos princípios, pelo contrário, 'se presta adesão', e, por esse motivo, é importante compreendermos o mundo de valores, as grandes opções de cultura jurídica de que fazem parte e às quais as palavras não fazem mais que uma simples alusão. Noutros termos, enquanto as regras nos dizem como devemos, não devemos ou podemos atuar em situações específicas, os princípios a esse respeito nada nos dizem diretamente, embora nos proporcionem critérios para tomar posição em circunstâncias só aparentemente indeterminadas. Mais ainda, porque não contêm 'suposto de fato', a eles, diversamente do que ocorre com as regras, só podemos atribuir algum significado operativo fazendo-os 'reagir' diante de casos concretos³²⁰.

Essa lição mostra-nos que, ao trabalhar com a não observância a princípios para caracterizar ato de improbidade administrativa, o operador do direito deve atribuir significado operativo aos princípios, de forma que estes possam reagir com a situação concreta sob análise. Só assim abrir-se-á um caminho bem sucedido para a aplicação de princípios, sem que sejam gerados os vazios de sentido a que outrora nos referimos.

É inegável que a generalidade trazida por princípios³²¹ amplia por demais a liberdade dos juízes quando da adoção das suas decisões, mas esse fato não deve

³¹⁹ Lembremos que, ao estudar a sociedade sob a forma de sistemas, Luhmann defende a redução da sua complexidade e a absorção de incertezas.

Mesmo possuindo o Direito um alto grau de abstração, a ordem normativa precisa resolver as controvérsias jurídicas, o que requer a fixação de sentidos mais claros. Daí que a textura aberta do Direito defendida por Hart e por outros doutrinadores é aceitável na sociedade moderna, mas nem por isso as normas devem ser formuladas sem preocupação com a fixação de sentido. O que se busca é a consistência das decisões.

³²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 75.

³²¹ A textura aberta do direito é uma realidade e sobre ela nos fala Hart que: "Em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir, Daí resulta que o direito deva, predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categoria de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias, e o seu

impor temor e descrença na relevância dos princípios. Novamente, ressaltamos a importância do bom senso e da prudência quando da aplicação de princípios para fundamentar ações de improbidade administrativa, uma vez que as regras são mais objetivas, pois suas linguagens normativas permitem análises mais racionais em relação às concepções principiológicas.

Não se pode, é claro, desconsiderar a necessária liberdade de atuação do juiz. Quanto a ela, o professor Inocêncio novamente nos ensina que:

Não por acaso já se proclamou que essa disponibilidade de métodos e princípios potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões – à luz da sua pré-compreensão sobre o que é justo em cada situação concreta – e só depois buscar os *fundamentos* de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções puramente *intuitivas*, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas e os resultados selecionam os meios. (grifo do autor)

Nesse diapasão, além da importância da atuação do Ministério público, não é demais ressaltar a relevância da atuação dos juízes³²² em relação ao combate à corrupção no Brasil. Nesse sentido, a justiça brasileira tem que agir no sentido de desencorajar a reincidência de atos corruptos, sendo bastante severa nesses casos.

Não se pode ignorar a realidade social de miséria de uma maioria que vive à margem da atuação estatal, miséria essa que tende a um incremento se a corrupção não for combatida eficazmente. Assim, o Judiciário tem que deixar sua marca e demarcar uma época de absoluto repúdio à corrupção. Isso pode ser feito com

funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz. (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 137).

³²² Com respeito a atuação dos juízes e sua relação com a tentação populista, Garapon acentua, em relação à realidade francesa, que: “A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por extinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião é proveniente, além disso, do aumento de descrédito do político. O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual. Esses juízes destacados pela mídia, saídos do anonimato devido a um caso, ou a um acusado célebre, reagem de formas diferentes. Alguns são tentados a ver no exemplo de seus colegas italianos a prova de que, quando o Estado é corrupto, eles representam o último recurso. O desvio populista ocorre com a liberação das regras pelos próprios juízes. O caso do juiz Thierry Jean-Pierre é interessante, apesar de aparentemente isolado. Não é o primeiro magistrado a disputar um mandato eletivo, mas o primeiro a estabelecer uma ligação direta entre suas funções precedentes – às quais freqüentemente faz-se menção (sem suscitar, aliás, a menor reação de ordem deontológica) – e sua ação política. Seu programa apoiava-se na denúncia de corrupção política e na criminalização do Estado. (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. 2. ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 66-67).

atitudes prudentes, tempestivas e céleres, de forma que processos³²³ de improbidade administrativa não fiquem mergulhados no inferno Kafkiano do processo perpétuo. Ao tratar da perpetuidade dos processos, Antoine Garapon³²⁴ assim se posiciona: “A finalidade da justiça é corrigir uma perturbação profunda causada ‘à fortaleza da consciência coletiva’, teria dito Durkheim, e interromper o ciclo da vingança pelo espetáculo catártico de uma violência deliberada e legítima.”

Ressalte-se que no afã de dar uma resposta convincente à sociedade, não pode o magistrado desrespeitar a presunção de inocência, o devido processo legal e a ampla defesa, conferida a todos constitucionalmente.

5.3 PONTOS RELEVANTES DA LEI Nº 8.429/92

Quanto ao requerimento da tutela cautelar, é importante atentar para o fato de que ele pode dar-se de forma precedente à ação principal, ou mesmo em seu curso, a depender do caso concreto e da avaliação do autor da ação, muito embora a dicção do art. 17 da Lei nº 8.429/92 possa sugerir o contrário, ou seja, que a Ação de Improbidade teria que ter como pré-requisito a propositura de medida cautelar.

No que diz respeito à sentença, quando julga a ação procedente, deflagra uma série de conseqüências, dentre elas a determinação da reparação de danos, a decretação da perda dos bens havidos ilícitamente, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil. O juiz, então, na fixação das penas³²⁵ levará em consideração a extensão do dano causado, assim

³²³ Como visto, Luhmann destaca que a incerteza é um momento essencial da estrutura do processo, motivando a participação ativa e o engajamento das partes, e que ela é simbolizada pelo princípio da imparcialidade do juiz, enquanto exigência da ética jurídica. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 207-208).

³²⁴ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. 2. ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 83.

³²⁵ Por várias oportunidades o STJ proferiu entendimento no sentido de que há que existir, quando da aplicação das sanções descritas na Lei nº 8.429/92, a dosimetria da pena, ou seja, deverá o julgador considerar não só o ganho ilícito auferido pelo agente ímprobo, como também o efetivo dano ao Erário. Sobressai-se a opinião de que as sanções do art. 12 da mesma lei não são, necessariamente, cumulativas, cabendo ao magistrado dosá-las como deixa entrever o parágrafo único do mesmo dispositivo legal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 678599/MG, Recurso Especial 2004/0098660-7, Relator: Min. João Otávio de Noronha, 24/10/2006. *Diário da Justiça*, 15/05/2007, p. 260; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 631301/RS, Recurso Especial 2004/0008883-3, Relator: Min. Luiz Fux, 12/09/2006, *Diário da Justiça*, 25/09/2006, p. 234; BRASIL.

como o proveito patrimonial obtido pelo agente (parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92).

Outro ponto que não poderia deixar de ser mencionado é a prescrição, que está regrada pelo art. 23 da Lei nº 8.429/92, vejamos:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Assim, em casos que não impliquem a perda da função pública, o prazo prescricional será de cinco anos. Caso contrário, há que ser observado o prazo prescricional previsto em lei específica. O marco inicial da contagem do prazo deve ser a data do conhecimento do fato, bastando, para isso, a divulgação pública, inclusive a feita pela mídia de uma forma geral.

Ao propor ações de improbidade, o Ministério Público tem que ser intransigente no que diz respeito à indisponibilidade dos interesses públicos. Nesse sentido, tem que buscar a fundo as questões atinentes à agressão à *res publica*, tendo em mente como o homem médio (*homo medius*) e o bom pai de família (*bonus pater familiae*) deveria conduzir-se no gerenciamento da coisa pública, levando em conta padrões morais e éticos exigíveis do Administrador Público.

Pode-se adotar como medida acautelatória o seqüestro de bens, previsto no *caput* do art. 16 da Lei nº 8.429/92. Havendo fundados indícios de responsabilidade do agente que tenha enriquecido ilicitamente (art. 16), a indisponibilidade de bens é uma forma de assegurar o integral ressarcimento do dano causado (art. 7º, parágrafo único). O enriquecimento, pelo menos à primeira vista, há que ser evidente, inegável, muito embora ainda não se possa calcular o valor exato do dano. Sobre o tema, Marcelo Figueiredo destaca:

A disposição constante do art. 7º tem nítida feição acautelatória. Autoriza a indisponibilidade dos bens do indiciado.

A indisponibilidade é medida de cunho emergencial e transitório. Sem dúvida, com ela, procura a lei assegurar condições para a garantia do futuro

ressarcimento civil. O dispositivo não exige prova cabal (muitas vezes inexistentes nessa fase como é de se supor), mas razoáveis elementos configuradores da lesão, por isso a redação legal “quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio.” Exige-se, portanto, s.m.j., não uma prova definitiva da lesão (já que estamos no terreno preparatório), mas, ao contrário, razoáveis provas para que o pedido de indisponibilidade tenha trânsito e seja deferido. De outra parte, o enriquecimento ilícito também autoriza a indisponibilidade dos bens do indiciado.³²⁶

Finalmente, quanto à atuação do Ministério Público na repressão à corrupção, é importante que se diga que, após mais de 15 anos de existência da Lei nº 8.429/92, não se pode afirmar com firmeza que ela vem avançando. Em pesquisa empírica realizada na internet e na própria Procuradoria Regional da República no Distrito Federal buscamos, sem sucesso, dados estatísticos sobre a referida atuação. A pretensão era saber quantas ações de improbidade foram movidas por Estado, qual o percentual de êxito obtido junto ao Judiciário e quais as falhas mais freqüentes. O Ministério Público está devendo essas informações à sociedade.

O estudo empreendido na doutrina e na jurisprudência mostra que há certa imprecisão e confusão quanto ao uso correto da ação adequada ao caso concreto. Diante de um ato de improbidade administrativa, ora o Ministério Público faz uso da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ora da Ação de Improbidade (Lei nº 8.429/92), ora de ambas, e, ainda, por vezes, da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), o que leva à conclusão de que no âmbito do próprio *Parquet* não há convergência quanto ao correto instrumento a ser utilizado. Esse é um ponto crítico identificado, merecedor, portanto, de uma reavaliação de atuação por parte da Instituição, de forma a conseguir maior objetividade e clareza quanto aos objetivos da ação para os casos concretos. O Ministério Público precisa definir seus rumos.

Outra questão que merece relevo é o fato de que a amplitude do conceito de improbidade administrativa, ou seja, a demasiada abertura do conceito exige do operador jurídico esforço superior à sua capacidade cognoscitiva.

Como visto, as espécies de improbidade administrativa estão delineadas em três blocos, quais sejam: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito; atos de improbidade que causam lesão ao Erário; atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração. Um elemento comum a esses atos é a quebra

³²⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33.

do dever de honestidade e probidade para com a Administração. Assim, diante dos preceitos legais abertos e indeterminados, resta aos operadores do direito, não só aferir elementos subjetivos, mas também aplicar o princípio da proporcionalidade, agindo sempre com prudência na interpretação e aplicação das normas. Daí a conclusão enunciada por Eros Roberto Grau³²⁷: “Na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem ‘conceitos indeterminados’, inexistente uma interpretação verdadeira (única correta); a única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível...”

5.4 REPERCUSSÃO DA LEI Nº 10.628/2002, QUE CRIOU FORO PRIVILEGIADO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Foro por prerrogativa de função, também denominado de competência em razão da pessoa, é um dos critérios para o estabelecimento da competência em sede criminal, nos termos do art. 69 do Código de Processo Penal. Dessa maneira, o cargo ou a função determinam o foro em que será processado e julgado aquele que exerce o múnus público, se não vejamos: “Art. 69. Determinará a competência jurisdicional: [...] VII – a prerrogativa de função.”

Antes do advento da CF/88, relativamente a esse foro privilegiado, existia a Súmula 394 do STF, criada em 3/4/1964, segundo a qual quando o crime era cometido durante o exercício funcional, prevalecia a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício.

Dito entendimento sumular gerou controvérsias, pois, segundo ele, o agente público, mesmo após o fim do mandato ou estando encerrada a causa que justificava o foro de função, ainda estava vinculado à competência em razão da pessoa (*ratione personae*) se o crime imputado tivesse sido cometido durante o exercício do cargo ou função. Esse posicionamento privilegiava, notoriamente, a

³²⁷ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 158.

pessoa e não o cargo. Portanto, não se levava em consideração que o foro privilegiado existia não em função da pessoa, mas da relevância do cargo e da própria necessidade de segurança jurídica.

Com a Carta Magna de 1988, cancelou-se a Súmula 394 do STF, oportunidade em que se fixou nova interpretação do art. 102 da CF, segundo a qual cessado o exercício da função ensejadora da prerrogativa de foro, este também desaparece.

A despeito disso, a Lei nº 10.628/2002³²⁸ veio conceder prerrogativa de foro a ex-agentes, além de ampliar o rol de competências dos Tribunais, o que só poderia ser feito pelo poder constituinte derivado, e nunca pelo legislador ordinário. Além do mais, como já havia entendimento do STF em sintonia com a CF/88, também não poderia lei dispor em sentido contrário, estando, pois, fadada a inconstitucionalidade. Diante da flagrante transgressão aos princípios da supremacia formal da Constituição e da sua rigidez, foram violados os arts. 102, I, 105, I, 108, I e 125, § 1º, da *Lex Fundamentalis*, que regulamentam a competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, respectivamente.

Relativamente à competência do STF, ao apreciar a Petição nº 693 AgR/SP, o Ministro Ilmar Galvão assim se pronunciou:

COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEI Nº 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade.

³²⁸ Carlos Jatahy ressalta que “A consequência imediata da edição do dispositivo em exame era tornar incompetentes os juízes de primeira instância que conheciam de ações por improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público em face de Prefeitos, Secretários de Estado, Deputados Estaduais e outras autoridades, que gozassem, em sede criminal, de foro por prerrogativa de função junto aos tribunais de justiça. Tais demandas só poderiam ser aforadas pelo Procurador-Geral de Justiça e esvaziariam, de imediato, a ação dos Promotores de Justiça que, nos mais longínquos rincões da “*Terrae Brasilis*” perseguem a imoralidade administrativa. (JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 118).

Na mesma linha, ao avaliar a Petição nº 1026-4/DF, o Ministro Celso de Mello articulou:

A competência originária do Supremo Tribunal Federal qualifica-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não comportando a possibilidade de extensão, que extravase os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política.

Referindo-se à Lei nº 10.628/02, Alexandre de Moraes assim se posicionou:

A citada lei estabeleceu, ainda, que essa competência especial por prerrogativa de função deverá prevalecer ainda que o inquérito ou a ação judicial se iniciem após a cessação do exercício da função pública, revigorando, no campo civil, a antiga regra da contemporaneidade fato/mandato prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada. Essa perpetuação de competência, igualmente, fere a interpretação dada pelo STF à questão dos foros especiais e, conseqüentemente, deverá ser declarada inconstitucional.³²⁹

Diante desse quadro, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de suspensão liminar da eficácia dos parágrafos primeiro e segundo do art. 84 do Código de Processo Penal, os quais foram acrescentados pelo art. 1º da Lei nº 10.628, de 24/12/2002, com o seguinte teor, *in litteris*:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública;

§2º A Ação de Improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.

Após a exposição dos fundamentos de fato e de direito, colocou seu pedido final nos seguintes termos, *verbo ad verbum*:

Tendo em vista todo o exposto, a Associação proponente pede, após apreciado seu pedido de suspensão liminar de eficácia dos §§ 1º e 2º acrescentados ao art. 84 do Código de Processo Penal pelo art. 1º da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, sejam colhidas as informações de

³²⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

praxe e, após, seja dada vista dos autos aos Excelentíssimos Senhores Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República.

Pede, finalmente, seja julgada procedente esta ação, declarando-se a inconstitucionalidade das disposições supra citadas.

A Requerente juntou ao pedido de declaração de inconstitucionalidade requerimento de suspensão cautelar da eficácia da Lei.

Após as informações prestadas pela Presidência da República e Advocacia-Geral da União, que foram pela constitucionalidade da norma atacada, o Exmo. Sr. Ministro, Sepúlveda Pertence, Relator do feito, em Decisão Monocrática, proferida em 7/1/2003, indeferiu a providência cautelar requerida, oportunidade em que determinou fossem requisitadas informações ao Congresso Nacional e colhido Parecer da douta Procuradoria-Geral da República, de molde a que, sem maiores delongas, pudesse a Ação ser apreciada e julgada pelo Plenário.

Instado a manifestar-se, o Sr. Geraldo Brindeiro, Procurador-Geral da República, à época, em 18/2/2003, emitiu o Parecer de nº 17.965/GB acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2/600-DF movida pela CONAMP.

Refletiu que a norma inserta no § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal - CPP estava maculada por inconstitucionalidade formal, vez que competia ao STF adotar tal exegese da norma constitucional e não ao legislador ordinário, o que violava o Princípio da Harmonia e Independência dos Poderes (art. 2º da CF/88). Ainda quanto ao § 1º do art. 84, viu que não haveria como desconsiderar que o mesmo afrontava Decisão do STF que cancelou a Súmula 394.

Quanto ao § 2º do art. 84, ressaltou que a questão de há muito causava angústia na doutrina e jurisprudência, haja vista que tratava da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa. Tratou, assim, em sua peça de algumas características desses atos, começando por aduzir que de sua prática decorre sanção imposta ao agente público e que a Lei nº 8.429/1992 veio à lume para regulamentar o § 4º do art. 37 da CF/88. O Plenário do Tribunal, por unanimidade, em 22/9/2004, rejeitou as preliminares.

Em razão da situação de pendência da decisão final, muitos magistrados e Tribunais reconheceram a mácula da inconstitucionalidade do mencionado

normativo, por meio do controle difuso, com efeito inter partes, até o deslinde do controle concentrado de constitucionalidade em sede de ADIN.

O STF, em 15/9/2005, por maioria³³⁰, julgou procedente a ação (ADIN nº 2.797), nos termos do Voto do Relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24/12/2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal. Trazemos, por oportuno, excerto da Ementa que espelha o entendimento dominante do STF, *in litteris*:

[...] 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal Federal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C. Pr. Penal, acrescido pela lei questionada e, por

³³⁰ O entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, exposto no livro *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*, organizado pela Associação Brasileira dos Constitucionalistas e pelo Instituto Pimenta Bueno, foi no sentido de que os juízos de primeira instância seriam incompetentes para processar e julgar ações de improbidade administrativa movidas contra ministros de Estado ou membros de Tribunais Superiores, por exemplo. Vejamos: “Admitir a competência funcional dos juízos de primeira instância é subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências. Deveras, a Lei nº 8.429/92, incrustada no ordenamento jurídico brasileiro, há de ser entendida como seguindo as regras constitucionais de competência hierárquica. A não ser assim, também a ação de improbidade prevista na mencionada lei, contra o Presidente da República, que não encontra expressa previsão no texto do art. 102 da Constituição Federal, poderia ser aforada perante o juiz de primeiro grau de jurisdição que, por sua vez, seria competente para impor-lhe sanção de perda do cargo. O absurdo é tão palmar que nem mereceria outras considerações. Cuidasse de indagar se os juízes de primeiro grau seriam competentes para processar e julgar ação de improbidade movida contra autoridades que gozam de prerrogativa de foro em processos criminais. A simples análise das conseqüências jurídicas de semelhante ação já deveria ser suficiente para provocar uma reflexão atenta sobre a questão, em um sistema constitucional que assegura aos ministros de Estado e membros de Tribunais Superiores e de Tribunal de Contas da União foro especial perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns e nos de responsabilidade. Convém anotar que tal prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspeição contra o Juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político institucional. Pretende-se não só evitar a utilização política do processo, como também assegurar a absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções públicas.” (ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Coords.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 194-195).

arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

Felizmente, o STF exorcizou o fantasma declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, haja vista que o retorno do foro privilegiado por prerrogativa de função, trazido pela Lei nº 10.628/2002, representava um retrocesso para o nosso Estado Democrático de Direito: Afinal, para que o combate à corrupção efetivamente se concretize, há necessidade de normas rígidas, restritivas e que não abram espaços para a impunidade.

Ademais, a validade da lei no nosso ordenamento jurídico dificultaria sobremaneira a atuação institucional do Ministério Público e, por conseguinte, a efetividade de suas ações, uma vez que as condutas ímprobas seriam analisadas à distância, e é cediço que, na maioria das vezes, as ações de improbidade são viabilizadas em virtude da proximidade do Promotor de Justiça da sociedade local. Nos casos em que estivessem envolvidos governadores de Estado, Desembargadores, Conselheiros dos Tribunais de Contas, por exemplo, o foro seria o do STJ e a aferição das condutas seria do Procurador-Geral da República ou do seu delegatário perante a Corte Superior.

Hodiernamente, a prerrogativa de foro, no direito brasileiro, deve restringir-se a questões criminais. Destarte, quando ajuizada ação de improbidade, de natureza eminentemente extracriminal³³¹, contra o Presidente da República, o Governador, o Prefeito, por exemplo, deve ela ser processada e julgada perante a justiça de primeiro grau, seja ela Federal ou Comum, uma vez que o combate aos atos de improbidade administrativa deverá ocorrer no âmbito cível, devendo a persecução de eventuais ações penais transcorrer em separado, visto que a ação de improbidade correrá “sem prejuízo da ação penal cabível” (Lei nº 8.429/92, art. 12, *caput*).

Nos casos de ações criminais, o foro privilegiado se presta a proteger as autoridades no transcurso de seus mandatos, decorrendo, portanto, dos cargos

³³¹ Sobre a natureza cível da ação de improbidade administrativa, Fábio Konder Comparato leciona que “Se, por conseguinte, a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal. [...] Por conseguinte, pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal.” (grifo do autor). (COMPARATO, Fábio Konder. *Ação de Improbidade: Lei nº 8.429/92. Competência ao juízo de 1º grau. Boletim dos Procuradores da República. São Paulo, n. 9, p. 6-9, jan. 1999*).

ocupados. Findos os mandatos, no entanto, não há por que manter o privilégio em razão da pessoa, vez que o fundamento jurídico do privilégio é o exercício do cargo, não podendo transmudar-se em prerrogativa para a pessoa. Ademais, não se pode deixar de considerar que a centralização dos processos de improbidade administrativa nos Tribunais Superiores emperraria a atuação desses Órgãos, dificultando, por conseqüente, a apuração dos fatos³³².

5.5 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

Diante das considerações aqui alinhadas, entende-se que o combate eficaz da corrupção é o primeiro degrau para o alcance da justiça social e da efetividade da Administração Pública, pois enquanto houver malbaratamento, dilapidação e mau uso do patrimônio e recursos públicos acentuam-se as discrepâncias sociais e o nível de pobreza da população.

Para a reversão do quadro de corrupção que consterna o Brasil, a atuação do Ministério Público é de fundamental importância. Claro que não se podem desprezar os avanços já conseguidos, mas a caminhada ainda é longa, pois, muito embora disponhamos de um bom arcabouço jurídico para o combate aos atos de improbidade administrativa, ainda são poucas, em nosso sentir, as ações de improbidade impetradas, considerando-se a importância do tema e a frequência com que tais atos acontecem.

Na realidade, apesar do tempo de vigência da Lei nº 8.429/92, não houve ainda o devido amadurecimento da interpretação e da aplicação de tão importante

³³² Em artigo intitulado “Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevância”, Walter Claudius Rothenburg relata que a tese de que a remessa dos autos ao juízo criminal traria prejuízos aos atos processuais e a própria eficiência jurisdicional não é pacífica. Coloca que Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes reconhecem à ação judicial por improbidade administrativa “uma ‘ação civil’ de forte conteúdo penal”, à medida que “o legislador acabou por listar verdadeiros ‘crimes de responsabilidade’”. Acrescenta que, segundo esses juristas, a competência relativa à ação de improbidade administrativa deveria ser definida nos moldes das ações criminais, razão pela qual defendem que: “[...] tal prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspicácia contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político- institucional. Pretende-se não só evitar a utilização política no processo, como também assegurar absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções públicas e a própria estabilidade do regime. (SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 465.)

instrumento processual posto à disposição do Ministério Público para combater a improbidade administrativa no nosso País. Isso pode ser decorrência da abertura demasiada do texto legal e das imprecisões conceituais a ele inerentes.

Não se sabendo qual o melhor caminho a seguir, deve-se, ao menos, evitar a banalização da persecução judicial por improbidade administrativa, bem assim a utilização política do processo, caso contrário prejuízos sérios poderão advir não só para a Administração Pública, como também para seus agentes.

Ainda há muitos ajustes na escalada rumo ao combate aos atos de improbidade administrativa. Na verdade, estamos diante de uma verdadeira guerra pela vitória da transparência e da probidade no trato da coisa pública. Nesse sentido, o controle exercido pelo Ministério Público deve buscar a máxima eficiência para golpear a malfadada corrupção, razão pela qual deve ser continuamente aprimorado e modernizado, para estar à frente dos corruptos e não a reboque deles.

Além do mais, a atenção deve ser redobrada no sentido de impedir que legislações ordinárias possam vir a refrear ou obstaculizar a ação do Ministério Público no controle da probidade administrativa, tal como ocorreu com a edição da Lei nº 10.628/2002.

Mas é importante ter em conta que, embora a Lei nº 8.429/1992 seja uma ferramenta jurídica importante para que tenhamos uma sociedade mais justa e menos desigual, a comunidade jurídica, aí incluídos os membros do Ministério Público, tem que repensar essa Lei de forma que se possa extrair dela a máxima efetividade possível.

Dessa maneira, o sentimento de indignação da sociedade deve ser voltado para ações concretas, seja provocando o Ministério Público, que é legitimado ativo para propor Ação de Improbidade, seja impetrando ações populares. Isso já é um bom começo.

CONCLUSÃO

Buscamos, no presente trabalho, contribuir com informações que possam abrir caminho para discussões promissoras acerca do tema corrupção política e suas formas de controle. Nesse sentido, convém empreender breve recapitulação do percurso seguido ao longo da dissertação.

Primeiramente, observamos a questão da corrupção política sob o ângulo filosófico. Vimos, a partir dos Gregos, que tinham no bem o conceito chave de filosofia moral, quais as principais teorias éticas e seus reflexos na filosofia moral. Ressaltamos, na ocasião, que esta buscou estabelecer um elo entre a motivação e a moralidade, deixando em aberto o questionamento: como devo viver?

A filosofia moderna trouxe-nos contestações acerca dos antigos pontos de partida voltados para o ser e passou a concentrar os estudos na consciência humana. Chamou-nos a atenção, particularmente, a filosofia kantiana, na qual foram empreendidos estudos profundos, muitas vezes enigmáticos, acerca das divergências encontradas entre os fins humanos, ora voltados para a felicidade, ora para a moralidade. Seguindo a máxima “por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral”, que caracteriza seus imperativos categóricos, Kant procurou evidenciar que certos comandos são incondicionados. Considerava ele que todos devem ter a consciência de que há um conjunto de regras a serem cumpridas por mais que não tenhamos vontade de cumpri-las. Os imperativos categóricos devem ser seguidos, não por medo, mas por uma convicção moral intrínseca, que pressupõe respeito aos valores socialmente estabelecidos.

Ante os ensinamentos de Kant, nossa reflexão foi no sentido de que, mesmo diante da liberdade de que dispõe, o homem político, em geral, não a conduz em prol do bem comum e sim de interesses pessoais e da manutenção do poder. Salientamos que mesmo diante da visão do caráter absoluto e universal dos imperativos categóricos, não poderíamos esperar que, de forma voluntária, os indivíduos, com destaque para o homem político, se pusessem sob a legislação desses imperativos categóricos. Finalmente, deixamos assente que a concepção imperativa de moralidade muito nos atrai por ser um ponto de partida para o traçado

de princípios éticos essenciais, em especial voltados para o exercício da atividade política.

Em seguida, vimos que a ética da convicção, apregoada por Kant, e a ética da responsabilidade, estudada por Max Weber, não são contraditórias, mas se complementam, podendo ser conciliadas por homens que tenham vocação política. O esboço teórico da ética da responsabilidade busca fazer com que o homem político tenha consciência do peso de suas ações e das conseqüências trazidas por elas para os administrados.

Estudando sobre a ética da linguagem, deparamo-nos com a figura da ética do discurso, estudada profundamente por J. Habermas e Apel, a qual propõe entranhar no seio da sociedade um procedimento dialógico para o alcance de valores como liberdade, justiça e solidariedade, a fim de que sejam estabelecidas distinções entre o que é socialmente vigente e o que é moralmente válido. Enquanto esses autores se esforçam para descobrir pressupostos que tornem racional a argumentação, de modo que as pessoas possam discutir se determinadas normas são ou não moralmente corretas, Kant esforçava-se por encontrar pressupostos que fizessem com que a consciência dos imperativos categóricos fosse racional.

No primeiro capítulo, as indagações primordiais foram: haveria uma ética que mais se adequaria ao exercício da atividade política? O exercício da política seria compatível com a ética? Os estudos não nos mostraram respostas prontas e acabadas para esses questionamentos, mas afirmamos com certeza que não há como dissociar o exercício da política da ética, tal como teorizado por Maquiavel (“os fins justificam os meios”), e que a ética da conduta política não pode ser semelhante à ética de qualquer outra conduta, vez que a atividade política requer uma ética mais exigente, afinal o poder não pode tudo. Regras éticas mais rígidas são essenciais para o exercício do poder, sabendo que o direito é o mínimo ético necessário à convivência humana e social e que a moral, que permeia toda a convivência social, transforma-se em dever político.

Nesse contexto surgiu nova indagação: não seria a associação das éticas da convicção (Kant), da responsabilidade (Weber) e do discurso (Habermas) um caminho a seguir para o alcance de soluções éticas mais efetivas para o exercício da política?

Esboçadas as questões filosóficas, partimos, no segundo capítulo, para um estudo sociológico da questão da corrupção política, utilizando como base a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Na exposição, tentamos delinear os contornos essenciais da teoria e mostrar as suas contribuições paradigmáticas para a sociologia jurídica. Vimos como se dá a autopoiese dos sistemas sociais, oportunidade em que traçamos considerações específicas sobre a autopoiese do sistema jurídico e as críticas a ela dirigidas, a autopoiese do sistema político, a relação entre os sistemas jurídico e político e destes com a ética (filosofia moral).

Esclarecemos que, para o caso brasileiro (sociedade dita periférica), o sistema jurídico não se reproduz autopoieticamente (pois assimetriações externas permeiam a orientação normativa), tal como teorizado por Luhmann, e sim de forma alopoiética (negação à auto-referência operacional do Direito), já que sofre interferências constantes do sistema político.

Nesse diapasão, trouxemos a lume a definição de corrupção sistêmica que ocorre quando há um bloqueio da Constituição, que funciona como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico e é deturpada de forma sistemática pela pressão de conformações particulares de poder. O sistema político também sofre limitações a sua autopoiese diante das pressões advindas do ambiente social.

Dessa maneira, o princípio da moralidade é constantemente vilipendiado, especialmente pelos componentes do sistema político, os quais deveriam ser os primeiros a assumir uma postura ética compatível com a ética da responsabilidade, teorizada por Weber.

Concluimos, nessa parte, que diante da premente necessidade de intensificação da estruturação ética para o exercício da atividade política, seria ideal que o sistema jurídico absorvesse as carências normativas dessa área, convertendo-as em direito positivo ou proporcionando a modificação do direito já pertencente ao ordenamento jurídico, de forma a tornar o sistema jurídico mais efetivo.

Destarte, com base nas análises filosóficas e sociológicas empreendidas, buscamos mostrar que a corrupção política não mais é praticada de maneira individual, com base em desvios de conduta próprios aos homens que se encontram no poder, mas que as práticas corruptas do sistema político alcançam uma

dimensão sistêmica, à medida que abarcam todo um sistema social e trazem interferências intersistêmicas impróprias.

Diante da constatação de que a corrupção política traz malefícios inestimáveis para a concretização dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, focamos os estudos traçados no terceiro capítulo nos custos desse tipo de corrupção e em seus reflexos negativos na concretização de direitos sociais básicos, como saúde e educação. Foi necessário um passar de olhos sobre diversas pesquisas realizadas para medir custos de corrupção, mas nenhuma delas trouxe-nos valores atinentes aos custos da corrupção política, tão-somente. Mesmo assim, asseveramos, por dedução lógica, que os custos são altos e que interferem negativamente na concretização de políticas públicas essenciais das áreas aqui descritas, cuja execução orçamentária já é agravada pela escassez de recursos governamentais, percebida pelos altos contingenciamentos orçamentários.

Reconhecemos que num Estado Social, que se propõe a garantir a implementação de direitos sociais, os desvios de recursos causados pela corrupção política causam estragos, muito embora de proporções ainda não conhecidas em termos monetários. Dessa maneira, deixamos assente que a ofensiva contra a corrupção ganhou um importante aliado: o Banco Mundial. Suas estratégias buscam alertar os países para a necessidade de maior controle desse fenômeno social, abrindo também a possibilidade de maiores discussões no meio acadêmico, tudo para estimular a modificação do *status quo*. Concluimos que não há fórmulas predefinidas sobre qual o caminho a seguir, mas que se faz necessário pensar em reformas para as nossas instituições jurídico-políticas e de controle.

O capítulo quarto da dissertação apresenta uma descrição da atuação dos órgãos de controle e do controle social. As evidências trazidas à baila acerca das atividades de prevenção exercidas pelo Tribunal de Contas da União e Controladoria-Geral da União mostram que há no âmbito desses órgãos uma percepção de que o controle formal, tão-só, não mais condiz com as necessidades reais, razão pela qual já atuam com uma visão preventiva, muito embora haja ainda um longo caminho a ser percorrido para alcançar maior efetividade nas ações de controle preventivas.

As auditorias de obras públicas, por exemplo, realizadas continuamente pelo TCU contribuem, inegavelmente, para evitar que prejuízos de alta monta venham a se concretizar. Essas auditorias têm sido incrementadas, pois se sabe que uma vez causado o dano ao Erário, dificilmente os recursos retornam aos cofres públicos³³³.

³³³ Com o título "União tenta reaver recursos desviados em municípios", FELIPE SELIGMAN, da Folha de S. Paulo, em Brasília, escreveu a seguinte reportagem:

"O governo federal vai tentar reaver, por meio de milhares de ações na Justiça, os recursos desviados pelos principais esquemas de corrupção investigados pela Polícia Federal e pelo TCU (Tribunal de Contas da União) nos últimos dez anos em municípios brasileiros.

Cálculos preliminares indicam que o governo poderá recuperar cerca de R\$ 100 milhões. A AGU (Advocacia Geral da União) já identificou 1.174 casos de irregularidades que serão contestadas judicialmente, mas o número poderá ultrapassar 1.600, segundo André Mendonça, chefe da área de probidade administrativa da AGU.

Todas as ações serão protocoladas em dezembro, a maioria delas no dia 9, aproveitando as comemorações do Dia Internacional de Combate à Corrupção. Os casos envolvem cidades que já foram alvo de investigação pela PF ou que tiveram contas reprovadas pelo TCU (Tribunal de Contas da União).

"As ações serão propostas contra municípios de todos os Estados", disse Mendonça. "É a primeira vez no país que acontece esse tipo de força tarefa de forma coordenada".

As ações de improbidade administrativa pedirão a suspensão de direitos políticos e o bloqueio de bens dos políticos envolvidos, além do ressarcimento dos valores desviados --com juros e correção monetária-- e aplicação de multa.

Elas envolvem ao menos 600 prefeitos e ex-prefeitos, segundo a **Folha** apurou, até mesmo alguns que foram reeleitos no primeiro turno das eleições municipais, no último dia 5 de outubro. Os nomes dos políticos e dos municípios não serão divulgados pela AGU até dezembro, para evitar que recursos e bens sejam repassados a terceiros.

A AGU, no entanto, não deve propor ações somente aos políticos envolvidos, mas também aos funcionários da administração que participaram dos desvios identificados. "A idéia é que as ações tenham um efeito pedagógico. No Brasil, a punição criminal é sempre muito difícil em caso de desvio de verbas e corrupção. O importante é que os autores sejam punidos, no mínimo, com o ressarcimento", disse à **Folha** o advogado-geral da União, José Antonio Dias Toffoli.

Segundo André Mendonça, a grande maioria dos casos envolve verbas destinadas por meio de emendas parlamentares para incrementar convênios firmados entre municípios e programas da União. "O desvio acontece exatamente na elaboração desses convênios e é isso que queremos coibir", disse Mendonça.

Ao todo, 26 advogados da União participam da elaboração das ações, sob a coordenação de Cláudio Cezar Fim e comando da Procuradoria Geral da União, órgão da AGU. (SELIGMAN, Felipe. *União tenta reaver recursos desviados em municípios*. Folha de S. Paulo, em Brasília, 23 out. 2008. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u459286.shtml>>. Acesso em: 06 dez. 2008.)

Também, os sorteios de municípios, realizados pela Controladoria-Geral da União, fazem com que, pelo menos, haja uma maior precaução dos administradores públicos municipais em aplicarem os recursos federais de acordo com o pactuado. Gera-se uma expectativa de controle, pois a percepção anterior era a de que a fiscalização tomava por base tão-só a materialidade dos recursos transferidos. Hoje, qualquer um pode cair na “malha fina” da fiscalização, mesmo os pequenos municípios.

Quanto ao controle social, evidenciamos a sua importância e formas a partir das quais ele é desenvolvido. Mas, enfatizamos a questão da incipiência e das deficiências desse tipo de controle.

No que diz respeito à atuação do Ministério Público, buscamos demonstrar no capítulo quinto a sua importância, mas constatamos que há certas imprecisões no uso da Lei nº 8.429/92, ocasionadas, talvez, pela própria configuração dos conceitos contidos no normativo legal e pela sua textura demasiadamente aberta.

Diante dos problemas identificados e de acordo com os resultados das leituras e pesquisas realizadas, deixamos, como contribuição, uma enumeração de idéias que entendemos importantes para o enfrentamento da questão da corrupção política:

- identificar vulnerabilidades nos controles formais tradicionais e incrementar os controles preventivos, pois o que vemos é que as fraudes têm tecnologias cada vez mais avançadas, razão pela qual os órgãos de controle têm que se superar a cada dia, identificando oportunidades de fraudes e buscando meios para evitar que elas venham a se materializar;

- repensar os sigilos bancário e fiscal dos agentes públicos, aí incluídos os políticos, haja vista que tais sigilos constituem óbices/barreiras que dificultam a efetividade de procedimentos de controle contra atos de corrupção e má gestão;

- buscar melhorias na gestão pública, de forma a dificultar a ocorrência de atos de improbidade administrativa;

- encontrar mecanismos para agilizar o ritmo processual de processos de improbidade administrativa junto ao Judiciário, de forma que processos que visem

impor punição aos ímprobos e buscar o ressarcimento de recursos públicos desviados possam ser colocados em situação prioritária;

- rever modelo orçamentário, para evitar ao máximo as barganhas políticas, direcionamentos, fraudes, favorecimentos, colocando o orçamento como uma peça vinculativa;

- implantar o financiamento público das campanhas eleitorais, pois o financiamento privado faz com que o dinheiro que entra para o político em forma de doação seja cobrado posteriormente “no orçamento”;

- buscar melhor integração e cooperação entre os órgãos de controle;

- implementar mecanismos que incrementem o controle social;

- aumentar a transparência dos gastos públicos, tanto para o governo federal, quanto para os governos estaduais e municipais;

- Tornar mais rígida a legislação eleitoral, em especial a Lei Complementar nº 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), que permite que gestores que tiveram suas contas julgadas irregulares pelo TCU e que compõem a lista dos inelegíveis possam concorrer, haja vista que a inelegibilidade fica suspensa até o trânsito em julgado da ação ajuizada perante a Justiça Eleitoral. A ação judicial, dificilmente, tem decisão de improcedência, com trânsito em julgado, três dias antes da diplomação, razão pela qual, em regra, não há mais possibilidade de se discutir causa de inelegibilidade prevista na mencionada Lei;

- revisar os normativos jurídicos que dizem respeito ao combate à corrupção, de modo a implantar reformas cabíveis e inserir no ordenamento jurídico outros normativos que se façam necessários.

Ressaltamos que as idéias aqui delineadas não constituem a solução de todos os problemas relacionados à corrupção na política e suas formas de controle. Mas são contribuições para que possamos, paulatinamente, avançar e encontrar ferramentas e caminhos que propiciem maior eficiência e eficácia no controle e prevenção desse fato social altamente prejudicial para o alcance do Estado Social Democrático de Direito.

Também, não é demasiado frisar que as conclusões podem ser compreendidas como propostas para futuras e mais completas abordagens dos temas descritos.

Temos plena consciência de que a presente dissertação não esgotou o tema, ao contrário abriu um leque de questões a serem respondidas. Questões de direito comparado, tais como: modos de atuação dos órgãos de controle de outros países para o combate e prevenção da corrupção política; efetividade dos normativos legais que tratam da matéria; boas práticas no combate à corrupção, estão fora do alvo do presente trabalho, mas desde já inspiram curiosidade para a feitura de trabalhos posteriores.

Finalmente, considerando todo o aprendizado, considerando a atualidade das questões tratadas, considerando a gravidade do fenômeno social da corrupção política, e mesmo diante da advertência de Luhmann³³⁴ de que a corrupção é uma imperfeição da natureza humana, somos otimistas e acreditamos no Brasil, na força do seu povo, nas suas instituições, que devem, é claro, repensar continuamente suas formas de atuação para obter maior eficiência. Vemos, como Rui Barbosa, que:

O Brasil não é isso

Mas, senhores, se é isso o que eles vêem, será isto, realmente, o que nós somos? Não seria o povo brasileiro mais do que esse espécimen do cabloco mal desasnado, que não se sabe ter em pé, nem mesmo se senta, conjunto de todos os estigmas de calaçaria e da estupidez, cujo voto se compre com um rolete de fumo, uma andaina de sarjão e uma vez d'aguardente? Não valerá realmente mais o povo brasileiro do que os conventilhos de advogados administrativos, as quadrilhas de corretores políticos e vendilhões parlamentares, por cujas mãos corre, barateada, a representação da sua soberania? Deverão, com efeito, as outras nações, a cujo grande conselho comparecemos, medir o nosso valor pelo dessa troça de escaldadores do poder, que o julgam ter conquistado, com a submissão de todos, porque em um lance de roleta viciada, empalmaram a sorte e varreram a mesa?

Não. Não se engane o estrangeiro. Não nos enganemos nós mesmos. Não! O Brasil não é isso. Não! O Brasil não é o sócio de clube de jogo e de pândega dos vivedores, que se apoderam da sua fortuna, e o querem tratar como a libertinagem trata as companheiras momentâneas da sua luxúria. Não! O Brasil não é esse ajuntamento coletício de criaturas taradas, sobre que possa correr, sem a menor impressão, o sopro das as pirações, que nesta hora agitam a humanidade toda. Não! O Brasil não é essa nacionalidade fria, deliquéscente, cadaverizada, que receba na testa, sem

³³⁴ “El riesgo de un conocimiento y una voluntad tan extrapolados (capaz de equivocarse o apartarse) se hizo visible, en general, en la corrupción o, más precisamente, en la imperfección de la naturaleza humana.” (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para uma teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 30-31.)

estremecer, o carimbo de uma camarilha, como a messalina recebe no braço a tatuagem do amante, ou o calceta, no dorso, a flor-de-lis do verdugo. Não! O Brasil não aceita a cova, que lhe estão cavando os cavadores do Tesouro, a cova onde acabariam de o roer até os ossos os tatus-canastras da politicalha. Nada, nada disso é o Brasil.

O que é o Brasil

O Brasil não é isso. É isto. O Brasil, senhores, sois vós. O Brasil é esta assembléia. O Brasil é este comício imenso de almas livres. Não são os comensais do erário. Não são as ratazanas do Tesouro. Não são os mercadores do Parlamento. Não são as sanguessugas da riqueza pública. Não são os falsificadores de eleições. Não são os compradores de jornais. Não são os corruptores do sistema republicano. Não são os oligarcas estaduais. Não são os ministros de tarraxa. Não são os presidentes de palha. Não são os publicistas de aluguer. Não são os estadistas de impostura. Não são os diplomatas de marca estrangeira. São as células ativas da vida nacional. É a multidão que não adula, não teme, não corre, não recua, não deserta, não se vende. Não é a massa inconsistente, que oscila da servidão à desordem, mas a coesão orgânica das unidades pensantes, o oceano das consciências, a mole das vagas humanas, onde a Providência acumula reservas inesgotáveis de calor, de força e de luz para a renovação das nossas energias. É o povo, em um desses movimentos seus, em que se descobre toda a sua majestade.³³⁵

³³⁵ Discurso feito por Rui Barbosa, em 20/03/1919, sobre a questão social e política no Brasil, quando foi candidato à Presidência da República. Trata-se de uma das mais significativas conferências da sua segunda campanha eleitoral. Pronunciada no Teatro Lírico do Rio de Janeiro, nela Rui Barbosa defende um avançado plano de reforma social. [BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira). Seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa.]

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hanna Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

AIETA, Vânia Siciliano. *Ética na Política*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. *Introdução à Auditoria: breves apontamentos de aula: aplicáveis à área governamental e aos programas de concursos públicos*. Salvador: Egba, 1998.

ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ATTIE, W. *Auditoria Interna*. São Paulo: Atlas, 1992.

_____. *Auditoria: conceitos e aplicações*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BATISTA, Antenor. *Corrupção: Fator de Progresso?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002.

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

BRASIL. Congresso Nacional. Relatório Final nº 06, de 2006-CN, da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, envolvendo a 'Operação Sanguessuga', realizada pela Polícia Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

BRASIL. Lei nº 4.717/65. Regula a Ação Popular, sendo aplicáveis a ela as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos dessa lei, nem a natureza específica da ação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L4717.htm>>. Acesso em: 07 dez. 2008.

BRASIL. Lei nº 7.347/85. Disciplina a Ação Civil Pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 07 dez. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.429/92. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8429.htm>>. Acesso em: 07 dez. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.437/92. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8437.htm>. Acesso em: 07 dez. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.625/93. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 07 dez. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Glossário de Termos Comuns Utilizados no Âmbito do Controle Externo: Acordo Brasil/Portugal*. Brasília, 1992. Disponível em: <<http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/glossario.pdf>> Acesso em: 07 dez. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Aplicação da Metodologia de Análise de Risco para Escolha de Temas de Fiscalização*. Brasília, 2003.

BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. *Corrupção: combate pelo ombudsman parlamentar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

BUENO, Cássio S. Carpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPITELI, Marcus Vinicius. *Medidas para evitar superfaturamento decorrente dos 'jogos de planilha' em obras públicas*. Dissertação (Mestrado em Estruturas e Construção Civil) – Universidade de Brasília, 2006. p. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Que devo fazer? A filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

_____. *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v.1.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COLON, Antoni J. *A (des)construção do conhecimento pedagógico: novas perspectivas para a educação*. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 2004.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO. *Internal Control: Integrated Framework: Executive Summary*. Washington, 1992.

_____. *Enterprise Risk Management Framework: Executive Summary: draft*. Washington, 2003 a.

_____. *Enterprise Risk Management Framework: Executive Summary: draft*. Washington, 2003 b.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ação de Improbidade: Lei nº 8.429/92. Competência ao juízo de 1º grau*. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, n. 9, p. 6-9, jan. 1999.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005.

COSTA, José Armando da. *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DENNY, Ercílio A. *Ética e Política*. Piracicaba: [s.n.], 1999.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAZ, Elias. *Ética contra Política. Los Intelectuales y el Poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES. Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. *Governança e anticorrupção*.

Disponível em:

<http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao_publicacoes.html>.

Acesso em: 23 ago. 2008

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no Poder Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibição Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA, Pesquisa e Estatística. *Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice*. CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA, 2, 2006. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=3&proj=PortallIBOPE&pub=T&nome=pesquisa_opp_2006&db=caldb>. Acesso em: 26 ago. 2008

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *Guidelines for Internal Control Standards*. Viena. 1992.

_____. *Internal Control: Providing a Foundation for Accountability in Government*. Viena. 2001.

JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Ícone, 2005.

LAMBSDORFF, J. G. *Background papers to the corruption perceptions index: framework document*. Transparency International/Göttingen University, Sept. 2000a.

_____. *The precision and regional comparison of perceived levels of corruption: interpreting the results*. Transparency International/Göttingen University, Sept. 2000b.

LUHMANN, Niklas, DI GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez. 2. ed., México: Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.

_____. *Sistemas Sociales: Lineamentos para uma teoría general*. México: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

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

_____. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

MAQUIAVEL, Niccolò: *O Príncipe: Escritos Políticos*. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Abril, 1983. (Coleção Os Pensadores)

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito a Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa: o Direito dos Administrados dentro da Lei n.º 8.429/92*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Mandado de Segurança*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Mandado de Segurança*. 29. ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. 2 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Bilac Pinto. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Da Autopoiiese à Alopoiiese do Direito. Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992.

_____. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, n. 6, 1993.

_____. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*. Dados: Revista das Ciências Sociais, Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 37, n. 2, 1994, p. 265.

_____. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999.

PERELMAN, Chaïm, *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PORTUGAL. TRIBUNAL DE CONTAS. *Manual de Auditoria e de procedimentos*: Volume I, Lisboa, 1999.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RIBEIRO, Renato Janine. *A Ética na Política*. São Paulo: Lazuli, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Improbidade Administrativa*. 10 anos da Lei n^o 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SIAFI. Banco de Dados do Governo Federal. Disponível em: <Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Rede Serpro. <https://acesso.serpro.gov.br/HOD900/index.htm> >. Acesso em: 30 ago. 2008.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 3.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção*. São Paulo: Editora SENAC, 2005. p. 138.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado: Possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Lisboa: Editora Fundação Caluste Gulbenkian, 1983. v. 2

SPECK, Bruno Wilhelm. *Os Custos da Corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

_____. Do anedotismo para as manchetes políticas: a rápida ascensão do tema da corrupção. *Linha Direta*, Diretório Regional do PT/São Paulo, ano 9, n. 463, 29 jul. a 4 ago. 2000, p.5

_____. Fraude e corrupção como desafios para as democracias contemporâneas. In: *A democracia como projeto para o século XXI*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1998. p. 39-58. (Debates 17).

TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Eugrécia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. Loyola. São Paulo: Loyola, 2002.

WIKIPÉDIA. A enciclopédia livre. *Accountability*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>>. Acesso em: 07 dez. 2008.

WORD BANK. *Helping countries combat corruption: the role of the World Bank*. Washington: World Bank, Sept. 2000.

ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (Coords.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2003.