TATIANA MICHELE MARAZZI WELGE

Moralidade Administrativa
O Agente Público na Democracia do Novo Milênio

Tese de Doutorado

Orientação: Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2015

TATIANA MICHELE MARAZZI WELGE

Moralidade Administrativa: O agente público da democracia do novo milênio

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Welge, Tatiana Michele Marazzi

Moralidade administrativa: o agente público na democracia do novo milênio / Tatiana Michele Marazzi Welge ; orientadora. Monica Herman Salem Caggiano --

São Paulo, 2015.

241

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito,

Universidade de São Paulo, 2015.

1. Direito. 2. Democracia. 3. Moralidade. 4. Corrupção. I. Caggiano, Monica Herman Salem , orient. II. Título.

Tatiana Michele Marazzi Welge

**MORALIDADE ADMINISTRATIVA: O AGENTE PÚBLICO DA DEMOCRACIA
DO NOVO MILÊNIO**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano.

Aprovada em ____/____/____

Banca examinadora:

Professora Doutora. Monica Herman Salem Caggiano – Orientadora

Titulação, nome e instituição à qual está vinculado

Titulação, nome e instituição à qual está vinculado

Titulação, nome e instituição à qual está vinculado

Titulação, nome e instituição à qual está vinculado

Titulação, nome e instituição à qual está vinculado

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus mestres que me acompanharam nesse período de pesquisas e reflexões, especialmente a professora Dra. Monica Herman pela orientação. Agradeço ao professor Dr. José Levi que sugeriu a investigação a respeito da relação entre sistema eleitoral e corrupção na busca de qual seria o melhor, e também à professora Dra. Eunice pelas observações e pelo material da Comissão de Ética do Estado de São Paulo. Agradeço aos funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Agradeço aos meus amigos e aos colegas de estudos da Universidade de São Paulo e da Deloitte pelo apoio e auxílio. Faço um especial agradecimento à minha família, minha mãe e ao meu marido, Heino. Agradeço à CAPES pelo financiamento das pesquisas, tanto a desenvolvida no Brasil, como no período de estágio sanduiche em Viena. Agradeço especialmente ao professor Professor Christoph Grabenwarter, da Universidade de Economia e Negócios de Viena (Wirtschaftsuniversität Wien), aos funcionários do Departamento de Direito Europeu e Direito Tributário, na pessoa de Renée, e aos colegas, em especial Eva-Maria, que dividiu a sala de pesquisas comigo, Johanness, Martina e Peter. Gostaria de agradecer também o Professor Klaus Poier, da Universidade de Graz, Robert Stein e Gregor Wenda, do Ministério do Interior da Áustria e ao Dr. Michael Kogler, da Chancelaria Federal, pelas informações, material e troca de ideias e experiências.

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa

RESUMO

Welge, Tatiana Michele Marazzi. *Moralidade Administrativa. O Agente Público na Democracia do Novo Milênio*. 2015. 241. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Os altos índices de corrupção no Brasil levaram a criação de algumas leis com o intuito de combater este mal que corrói a democracia e que preocupa todos os países democráticos. Este trabalho busca verificar as novas ferramentas jurídicas, bem como a responder a uma questão. Há mais alguma reforma necessária? Alguns estudos apontam influência de aspectos do sistema eleitoral no índice de corrupção. Se há, que reforma nesse sentido o Brasil poderia adotar? Foram utilizados método dialético e método comparativo, para análise de doutrina e legislação estrangeiras, comparando-as com as nacionais, e método indutivo para a análise de dados. Foram feitos grandes avanços legislativos, mas há que discutir o que pode ser aprimorado para criar um ambiente menos fértil à corrupção e tornar mais eficazes os mecanismos de controle dos agentes públicos.

Palavras chave: Direito. Democracia. Moralidade. Corrupção.

ABSTRACT

Welge, Tatiana Michele Marazzi. Administrative Morality. The Public Officers at the Democracy of the New Millenium. 2015. 241. Doutorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

The high levels of corruption in Brazil have led to the creation of some laws in order to fight this evil that corrodes democracy and worries all democratic countries. This study aims to verify the new legal tools, as well as to answer a question. Are there any other legal reforms needed? Some studies point out the influence of aspects of the electoral system in the corruption index. If so, what reform in that sense could Brazil adopt? The dialectical method and the comparative method were used to analyze foreign doctrine and legislation, comparing them to the national ones, and the inductive method for data analysis. Major legislative advance has been made, but it must be put into discussion what can be improved as to create a less fertile environment to corruption, in order to make control mechanisms for public officials more efficient.

Key-words: Law. Democracy. Morality. Corruption.

RIASSUNTO

Welge, Tatiana Michele Marazzi. Moralità amministrativa. Il agenti pubblici nella democrazia del nuovo millennio. 2015. 241. Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2015.

Gli alti indici di corruzione in Brasile portano alla creazione di alcune leggi con lo scopo di combattere questo male che corrode la democrazia e che preoccupa tutti i paesi democratici. Questo lavoro cerca di verificare i nuovi strumenti giuridici, anche a rispondere ad una questione. C'è ancora qualche riforma necessaria? Alcuni studi mostrano influenza di aspetti del sistema elettorale nell'indice di corruzione. Se esiste, o quale riforma in questo senso il Brasile dovrebbe adottare? Sono stati utilizzati metodo dialettico e metodo comparativo, per analisi di doutrina e legislazione straniera, comparandole con le nazionali, e metodo induttivo per l'analisi di dati. Sono stati fatti grandi avanzzi legislativi, ma si deve aggiungere alla discussione ciò che può essere perfezionato con il fine di creare un ambiente meno fertile alla corruzione, per diventare più efficace i meccanismi di controllo degli agenti pubblici.

Parole chiave: Diritto. Democrazia. Moralità. Corruzione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE	18
1. AS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS	19
1.1 Breves linhas sobre a evolução das democracias constitucionais	20
1.2 Aspectos das Democracias atuais	33
1.3 O princípio da moralidade pública na Constituição	44
1.3.1 Necessidade de tutela da moralidade pública	66
1.3.1.1 Agentes públicos	74
1.4 A corrupção	77
2. SISTEMAS ELEITORAIS E CORRUPÇÃO	90
2.1 Sistemas eleitorais	92
2.1.1 Sistema majoritário	93
2.1.2 Sistema proporcional	98
2.1.3 Sistema misto	102
2.2 Há alguma relação entre sistemas eleitorais e níveis de corrupção?	104
2.2.1 Observações empíricas	105
SEGUNDA PARTE	122
3 TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA NO BRASIL	123
3.1 Improbidade Administrativa	123
3.1.1 Violação dos princípios como infração autônoma	139
3.2 A lei da ficha limpa: ferramenta do processo eleitoral de combate à corrupção	143
3.2.1 Extensão da lei da ficha limpa	161
3.3 A Lei Anticorrupção brasileira: inspiração estrangeira	170
3.3.1 Aspectos principais	174
3.3.2 Pontos obscuros	181
4 REFORMA NECESSÁRIA?	184
4.1 Opção pela ética	191
4.2 Educação	194
4.3 Códigos de Ética e Conduta	197

CONCLUSÃO	205
REFERÊNCIAS.....	214
ANEXOS	235

INTRODUÇÃO

Em 4 de junho de 2010 foi sancionada a Lei Complementar nº 135, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, que altera a Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990, inserindo catorze hipóteses de inelegibilidades, e impondo oito anos de afastamento das urnas como candidatos àqueles que nela se enquadrarem. Sua aprovação ocorreu, especialmente, graças à forte pressão nacional e mobilização de entidades como a Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade (Abracci) e do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). A motivação da lei é evidente, pois com ela se espera proteger a moralidade pública e a probidade administrativa, temas delicados em um país que sofre com uma corrupção endêmica e se arrasta na sensação presente de impunidade.

A finalidade dessa lei, ao ampliar as hipóteses de inelegibilidade e impondo os efeitos de decisões judiciais de órgãos colegiados para antes do trânsito em julgado, é tutelar a moralidade pública, afastando da disputa eleitoral os candidatos “ficha suja”.

A mudança dos critérios para a candidatura aos cargos públicos eletivos era uma demanda há muito presente na sociedade brasileira. Ao lado de outras leis, como a improbidade administrativa, aparentemente encerraria um ciclo de reformas que buscam combater a corrupção. Assim, insere-se a Lei da Ficha Limpa em um campo mais amplo.

Mesmo sendo considerada por muitos como um marco na luta contra a corrupção e a impunidade em prol das instituições democráticas, a lei nasceu criando polêmica, tanto pelas hipóteses que incluiu, quanto – e especialmente – pela flexibilização do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), e pela discussão quanto ao início de sua aplicação.

As questões referentes à antinomia aparente entre os princípios constitucionais da moralidade e presunção de inocência e sua vigência foram solucionadas pelo Supremo Tribunal Eleitoral¹, mas a aplicação das hipóteses em casos concretos é uma construção contínua e ainda irão demorar alguns anos – e algumas eleições – para que haja uma consolidação jurisprudencial.

Porém, a lei não ficou restrita ao seu âmbito original de aplicação, já que inspirou reformas em legislações estaduais e municipais. É o que ocorreu, por exemplo, no Estado de São Paulo, que aprovou a Emenda Constitucional nº 34 de 21 de março de 2012, que acrescentou o artigo 111-A na Constituição Estadual, vedando a nomeação de pessoas que se enquadram nas condições de inelegibilidade “nos termos da legislação federal” a todos os cargos de livre nomeação. Também é fato que a Lei da Ficha Limpa poderá influenciar os Tribunais na interpretação do princípio da presunção de inocência no caso do acesso aos cargos públicos por concurso, independente da aprovação da proposta de Emenda Constitucional nº 6 de 2012. Logo, é imperioso analisar as questões suscitadas pela legislação atualmente em vigor, sua interpretação, aplicação e os limites dos princípios e direitos em jogo.

Ora, isso ocorreu porque a sua finalidade – tutelar a moralidade pública, privilegiar a ética e combater a corrupção política – é um dos grandes desafios da civilização.

A preocupação com a *res publica* e a corrupção remonta ao início das civilizações, e parece longe de encontrar uma solução definitiva. Ainda no século XX ela definitivamente rompe as barreiras político-geográficas e entra no século XXI como uma já firmada preocupação mundial.

¹ Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30

Esse fato é evidente por ser objeto de estudo de organizações internacionais, como a Transparência Internacional² e a OECD³, tratados internacionais e legislações locais⁴ que buscam punir atos de corrupção ocorridos em países estrangeiros.

O Brasil adota vários mecanismos no seu sistema jurídico na tentativa de coibir e punir atos de corrupção ou que atentem contra a moralidade pública. Há desde a previsão dos crimes contra a administração pública praticados por funcionários públicos ou particulares definidos no Código Penal, passando pela a ação de destituição de cargo público, até a previsão de crimes de responsabilidade, a própria Lei da Ficha Limpa e, agora, a recém-aprovada Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

Mas apesar de todo o aparato legislativo, o Brasil segue com um alto índice de corrupção.

Durante a elaboração deste trabalho, vários acontecimentos marcaram o cotidiano brasileiro, como o julgamento da Ação Penal Nº 470, conhecida como “mensalão” pelo Supremo Tribunal Federal, protestos, especialmente nas grandes capitais, eleições presidenciais, propostas que interferem diretamente no regime democrático, e mais denúncias de corrupção. O descontentamento com os níveis de corrupção e de impunidade, especialmente dos agentes públicos dos altos escalões, demonstram também questionamento sobre um esgotamento do modelo de democracia representativa atual.

Mas, ao menos na legislação, o Brasil parece buscar o combate à corrupção e proteção da moralidade pública, utilizando, para isso, vários instrumentos jurídicos que estão sendo aperfeiçoados nos últimos anos. O fim absoluto da corrupção pode ser uma utopia romântica, mas ainda assim é possível desestimulá-la, dificultá-la, ou contrariamente, facilitá-la com a adoção de ferramentas jurídicas que sejam ou não adequadas à realidade.

A tese se justifica pelas inovações legislativas e pela contribuição original à ciência jurídica brasileira trazendo a os novos instrumentos da

² A *Transparency International* é responsável pela elaboração anual do índice de percepção de corrupção (*Corruption Perception Index*). Os dados podem ser acessados no endereço eletrônico <http://www.transparency.org>, e são largamente usados para várias finalidades.

³ *The Organization for Economic Co-operation and Development*. Os estudos referentes à corrupção podem ser acessados no endereço eletrônico <http://www.oecd.org/newsroom/scale-of-international-bribery-laid-bare-by-new-oecd-report.htm>.

legislação na proteção da moralidade e combate à corrupção e a discussão sobre a existência de influência entre os sistemas eleitorais e os níveis de corrupção, para, com isso, discutir as possibilidades de reforma no sistema brasileiro e suas possíveis consequências no que se refere à proteção da moralidade. Pretende-se verificar possíveis fatores de inibição à corrupção, a fim de preservar a moralidade administrativa.

Não é o propósito deste trabalho esgotar nenhum dos temas ou as discussões que surgem na abordagem do assunto principal, mas trazer a contribuição original referente a análise das novas leis vigentes e as pesquisas realizadas no exterior no que se refere a interferência de sistemas na criação de um ambiente mais ou menos fértil à corrupção, e, consequentemente, que protege mais ou menos a moralidade dos agentes públicos. Lógico, que, por terem as eleições um papel meramente simbólico em ambientes não democráticos, não existem reflexos relevantes. Portanto, o estudo é exclusivo para as democracias, especialmente o caso brasileiro.

Essas são as preocupações que justificam as pesquisas apresentadas neste trabalho que aborda a *moralidade administrativa* sob o enfoque do *agente público do novo milênio*.

O trabalho é dividido em duas partes. Na primeira parte é feita a contextualização da questão da moralidade no âmbito constitucional e sua importância para a democracia. Mesmo não sendo um dos princípios que se extrai diretamente do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, relacionada diretamente ao Estado Democrático⁴, a moralidade é um princípio constitucional, e se apresenta no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

É um dos princípios caros ao bom funcionamento de uma democracia. A democracia é um regime essencialmente frágil, que se não for bem construído, se autodestrói facilmente por vários caminhos, podendo se deteriorar tornando-se um regime demagogo⁶ e populista, autoritário, ou totalitário, mesmo que

⁴ Como o americano *Foreign Corrupt Practices Act*, conhecido pela sigla FCPA e o britânico *UK Bribery Act*.

⁵ A expressão escolhida pela Constituição para definir o Estado Brasileiro (Estado Democrático de Direito) será comentada adiante.

⁶ Uma característica curiosa dos regimes populistas é justamente o apelo democrático. A busca desenfreada por democracia e democratização de todos os aspectos da vida pública e privada

mantenha alguns aspectos que lhe deem a aparência de democrático. A preservação da moralidade nas instituições democráticas é uma das formas de protegê-la e se evitar essa transmutação.

Ainda na primeira parte, passa-se a tratar da necessidade da lei proteger a moralidade e questão da corrupção e dos seus efeitos na degradação da democracia.

A primeira parte encerra trazendo as pesquisas que busca responder se há ou não uma relação entre os sistemas eleitorais e a corrupção. Sabe-se que são vários os fatores que podem ter efeito no nível de corrupção e nesse capítulo se explora essa possível influência. São apresentados dados comparativos do índice de corrupção com as combinações de sistemas eleitorais e políticos. Com isso, testa-se a hipótese de existir alguma relação que justifique alguma alteração legislativa nesse sentido, que será retomada no capítulo dedicado às reformas, na segunda parte.

A segunda parte do trabalho procura fazer uma análise de alguns aspectos de parte da legislação vigente no Brasil que pretende a tutela da moralidade pública. Três leis são estudadas: a Lei da Ficha Limpa e a Lei Anticorrupção, **inovações legislativas** que merecem um olhar cuidadoso sobre elas, e a Lei de Improbidade Administrativa, que protege a moralidade como princípio constitucional de forma autônoma, e reflete na aplicação da Lei da Ficha Limpa.

Em um segundo momento, questiona-se a necessidade de haver uma reforma para se preservar a moralidade pública. É retomada a questão da possível interferência ou não de uma mudança eleitoral e o impacto das novas leis. A importância dos Códigos de Ética e Conduta é destacada nesta parte, como um instrumento pedagógico para a introjeção de valores.

Leva-se em conta, para isso, as advertências de Ludwig von Mises⁷ quanto à arrogância da pretensão de se elaborar um sistema perfeito, e a impossibilidade de se conseguir criá-lo.⁸

tem, na prática, o efeito inverso. Democracia é democracia. Democratizar o que já é democrático é subverter a sua essência transformando-a em algo totalmente diverso.

⁷ A partir da página 94 o autor nos leva à refletir quanto a facilidade com que se instaura um regime totalitário na busca inócua pelo sistema perfeito. Na página 100, lê-se o seguinte: “(...) Começando por essa doutrina, eles tentaram traçar planos para uma ordem política que poderia funcionar automaticamente como fosse e que não ficasse enredada pela inaptidão e vícios os homens. A constituição ideal deve salvaguardar uma conduta imaculada com os assuntos públicos

“(...) Se os homens fossem perfeitos, não haveria necessidade de governo. Com homens imperfeitos, nenhum Sistema de governo pode funcionar satisfatoriamente.”⁹

Para a realização dessa investigação acadêmica foram utilizados os seguintes métodos:

1. Método dialético: pela análise das posições antagônicas da doutrina sobre as questões que envolvem o direito constitucional, os direitos fundamentais e o direito eleitoral.
2. Método comparativo: análise de doutrina e legislação estrangeiras, comparando-as com as nacionais. Foi enfatizada a consulta a obras de autores europeus e estadunidenses. A pesquisa no exterior, na modalidade sanduiche, serviu para a obtenção de material doutrinário, legislação comparada, dados, entrevistas e possibilitou a imersão em outro contexto jurídico e cultural.
3. Método indutivo: com base na análise de dados concretos, são delineados os contornos de uma possível solução para os pontos de tensão identificados durante desenvolvimento da pesquisa.
4. Método histórico: estudo da evolução histórica das discussões neste trabalho apresentadas e bem como os trâmites e discussões realizadas na aprovação da Lei Complementar 135 de 201.

apesar das regras e da corrupção e ineficiência das pessoas. (...)” Tradução livre de: “(...) Starting from this doctrine, they tried to draft plans for a **political order that could function automatically** as it were and would not be embroiled by the ineptitude and vices of men. The ideal constitution ought to safeguard a blemishless conduct of public affairs in spite of the rules’ and the people’s corruption and inefficiency. (...)” (VON MISES, Ludwig. *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on method..* New Jersey: D. van Nostrand Company, 1962. p. 100)

⁸ Um dos postulados principais da escola austríaca de economia é justamente a onipotência das doutrinas que pretendem construir “sistemas econômicos, políticos, jurídicos, éticos culturais tão somente como que fosse considerado “justificado” racionalmente. Daí à engenharia social é apenas um curso passo.” (IORIO, Ubiratan Jorge. A questão do conhecimento na escola austríaca. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em <<http://www.mises.org.br> em 08 de novembro de 2010>. Acesso em 08 novembro 2010). A liberdade consciente é o foco do pensamento da escola austríaca, o que descarta as utopias que pretendem, construir um “novo homem” a partir de uma visão que descarta a experiência e as limitações humanas.

⁹ Tradução livre de: “(...) If man were perfect, there would not be any need for government. With imperfect man no system of government could function satisfactory”. (VON MISES, Ludwig. *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on method..* New Jersey: D. van Nostrand Company, 1962. p. 101)

Acima de tudo, procura-se ter como norte o conselho dado por Bertrand Russell, traduzido nas seguintes palavras:

“Quando você estiver estudando um assunto ou considerando uma filosofia, pergunte-se somente quais são os fatos e qual é a verdade que os fatos confirmam. Nunca se deixe desviar nem pelo que você deseja acreditar nem pelo que você crê que teria efeitos sociais benéficos se fossem acreditados, mas olhe única e exclusivamente quais são os fatos.”¹⁰

¹⁰ As exatas palavras foram, conforme entrevista concedida ao programa “Face to Face” da rede de televisão americana BBC News, em abril de 1959. “I should like to say two things, one intellectual and one moral: The intellectual thing I should want to say to them is this: When you are studying any matter or considering any philosophy, ask yourself only what are the facts and what is the truth that the facts bear out. Never let yourself be diverted either by what you wish to believe or by what you think would have beneficent social effects if it were believed, but look only and solely at what are the facts. That is the intellectual thing that I should wish to say. The moral thing I should wish to say to them is very simple. I should say: Love is wise, hatred is foolish. In this world, which is getting more and more closely interconnected, we have to learn to tolerate each other. We have to learn to put up with the fact that some people say things that we don't like. We can only live together in that way, and if we are to live together and not die together we must learn a kind of charity and a kind of tolerance which is absolutely vital to the continuation of human life on this planet.”

PRIMEIRA PARTE
MORALIDADE E SISTEMAS ELEITORAIS NA DEMOCRACIA

1. AS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

Após a Segunda Guerra Mundial, ondas democráticas se espalharam pelo mundo e, já no século XXI, novos movimentos e clamores por democracia ecoam por países que até então não haviam adotado esse regime. A ideia de que a democracia, mesmo imperfeita, é a melhor opção dentre as até então conhecidas, se espalhou de tal forma que o simples adjetivo “democrático” passa qualificar positivamente o que quer que se junte a ele.¹¹

A despeito de um movimento contrário, muitas vezes disfarçado, de concentração de poder e regulamentações que tem potencial para minar a maior qualidade do regime democrático, o seu apelo, mesmo que retórico, se mantém. Esse apelo é tão forte, que pretende qualificar tudo o que for e não for possível como democrático, a fim de torná-lo positivo, e de antidemocrático, o que se pretende combater, mesmo que em essência, a realidade se apresente exatamente no seu oposto¹².

“(…) Democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente os espíritos; mas, exatamente por isso, ela perde, como qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio. Para acompanhar a moda política, acreditava-se dever usar a noção de democracia – da qual se abusou mais do que qualquer outra

¹¹ SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada. Vol I – O debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 1994. p. 18

¹² “Consolidou-se a ideia de Estado Democrático como ideal supremo, chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente autoritários, admitem que não sejam democráticos”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19ª ed, São Paulo, Saraiva, 1995)

noção política – para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões, tanto que ela assume os significados mais diversos, muitos deles bastante contrastantes, quando a costumeira impropriedade do linguajar político vulgar não a degrada deveras a uma frase convencional que não mais exige sentido determinado.”¹³

Com essas palavras, Hans Kelsen confirma a necessidade desta pequena exposição a respeito do tema. E é acompanhado por Giovanni Sartori, que brada não poder a democracia significar qualquer coisa, apesar de ser possível que comporte vários significados.¹⁴

Assim, é necessário fazer algumas considerações a respeito do que é democracia e de como se chegou ao esse conceito.

1.1 Breves linhas sobre a evolução das democracias constitucionais

A ideia de democracia (ou as ideias de democracia) é fruto de uma construção histórica, não apenas de reflexões intelectuais, mas desta combinada com a experiência humana¹⁵. A origem do termo é grega, sendo nada mais do que a junção de *demos*, povo, e *cracia*, governo, ou seja, literalmente, “governo do povo”¹⁶. E, por essa definição, se extrai a primeira ideia: o povo como detentor do poder político, que exerce a sua soberania.

¹³ KELSEN, Hans. A Democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. p. 5

¹⁴ SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada. Vol I – O debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 1994. p. 18

¹⁵ “(...) Como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local. Afinal de contas, se houvesse condições favoráveis para a invenção da democracia em um momento, num só lugar (por exemplo, em Atenas, mais ou menos 500 anos a.c.), não poderiam ocorrer semelhantes condições favoráveis em qualquer outro lugar? (...)” (DAHALL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 19)

¹⁶ Aristóteles faz a classificação dos governos em três categorias básicas, dependendo do número de pessoas que dele participam: o governo que caberia a um indivíduo, a um grupo ou a todos. Seriam esses, dependendo da consideração pelo outros ou predomínio dos interesses pessoais: a monarquia ou tirania, a aristocracia ou oligarquia e a politeia ou democracia. O pensador grego diferencia as formas de governo quanto a sua pureza ou deformação. (SARTORI, Giovanni. A teoria de democracia revisitada. Vol II. As questões clássicas. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 1994. p. 38)

O exercício do poder de forma direta não tem muitos registros na história. Se voltarmos à Grécia Antiga, quando o termo foi cunhado, no seu auge durante o conhecido Século de Péricles, ficará claro que a democracia direta, da forma que era realizada, hoje, é inviável. Em primeiro lugar, havia uma restrição ao conceito de cidadão da *polis*, ou seja, quem efetivamente participava das assembleias¹⁷. Tal conceito restrito não encontra eco nos dias atuais, que busca cada vez mais incluir cidadãos no processo político. Por outro lado, o ideal da democracia direta continua a fazer parte do ideário político.¹⁸

Por um longo período na história, a ideia de democracia permaneceu em o que se pode chamar de estado de dormência. Em Roma surge a República, ou *res publica*, que depois se substitui ao Império e, com seu esfacelamento, também se dissolve o poder político.¹⁹ A partir do século XI começa um movimento no sentido de reconstruir o poder político, o que culminou em uma

¹⁷ “Otanes, exortando os Persas a exercerem a autoridade em comum, assim lhes falou: “Sou de parecer que não se deve, de agora em diante, confiar a administração do Estado a um único homem, pois o governo monárquico não é nem suave nem bom. Vistes o grau de insolência a que chegou Cambises, e acabastes de experimentar a autoridade do mago. Como, pois, poderá ser a monarquia uma boa forma de governo, se o monarca faz o que quer, sem prestar conta dos seus atos? O homem mais virtuoso, elevado a essa alta dignidade perderá logo todos os seus bons predicados. A inveja é inata nos homens, e as regalias desfrutadas com um monarca levam-no à insolência. Ora, quem possui esses dois vícios adquire todos os outros, e comete uma infinidade de crimes, ora por excesso de orgulho, ora por inveja. Um tirano devia ser um homem exemplar, já que goza de toda espécie de regalias; mas é o contrário que se verifica, e seus súditos sabem-no muito bem por experiência. O tirano odeia as pessoas honestas e parece deplorar que elas ainda existam. Somente com os maus se sente bem. Presta facilmente ouvido à calúnia e acolhe bem os delatores; e o que é mais engraçado, se o louvamos com moderação, ofende-se; se o louvamos com efusão, ofende-se do mesmo modo, atribuindo esse gesto a interesses mesquinhos. Finalmente, temos o mais terrível dos inconvenientes: infringe as leis da pátria, comete violências contra as mulheres e manda matar quem muito bem lhe pareça, sem processo ou qualquer outra formalidade. Não se dá o mesmo com o governo democrático, que chamamos isonomia, que soa como o mais belo de todos os nomes. Neste, não é permitido nenhum dos abusos inerentes ao Estado monárquico. O magistrado é eleito por sorte, e torna-se responsável pelos seus atos administrativos, sendo todas as deliberações tomadas em comum. Sou, por conseguinte, pela abolição do governo monárquico e pela instauração do governo democrático, pois todo poder emana do povo” (HERÓDOTO. História. São Paulo: Ebooksbrasil, 2006. Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher (1726–1812) - Fontes digitais desta edição: Digitalização do livro em papel. Volumes XXIII e XXIV. Versão para o português de J. Brito Broca. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/historiaherodoto.pdf>>. Acesso em 28 de setembro de 2014. p. 277)

¹⁸ “Os escritores anteriormente citados não estavam errados, quando acharam que as instituições antigas fossem como eram, mas erraram quando as propuseram como modelo de imitação e de admiração para as futuras gerações. Seu erro foi o de ter admitido, com inconcebível ausência de crítica e com base num convencionalismo pueril, aquilo que é inadmissível, ou seja, a grandeza, a dignidade, a moralidade e o bem-estar das sociedades artificiais do mundo antigo. Eles não compreenderam que o conhecimento aparece e cresce com o passar do tempo; e à medida que a luz se faz, a força passa para o lado do direito e a sociedade recobra a posse de si mesma.” (BASTIAT, Frédéric. A Lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 41)

¹⁹ COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007

grande concentração de poder como o atendimento de uma necessidade de se criar uma segurança jurídica. Começa-se, então, a se desenhar os primeiros contornos do Estado moderno.²⁰

A princípio, ocorre uma grande concentração de poder no Estado, que assume a obrigação de dizer o direito e dar tutela jurisdicional, harmonizar os conflitos da sociedade. Por volta do ano 1700, a Europa já tinha implementado e desenvolvido – ainda que embrionárias – as estruturas características do Estado moderno; estruturas que estão na base da maioria dos Estados atuais.²¹

Essa passagem de uma grande concentração de poder para o Estado Liberal, desdobramento lógico da separação entre o público e o privado, não ocorreu de forma tranquila em todos os lugares. A França é o maior exemplo disso, aprovando, em 1787, a primeira constituição²² liberal²³, que tinha como princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade²⁴, lema da Revolução Francesa de 1789²⁵.

²⁰ O ser humano, como ser social, e para viabilizar a convivência, sempre se organizou de alguma forma, criando instituições de caráter político das mais variadas. Assim, sob certo ângulo, na civilização sempre existiu alguma forma de Estado. Os estudiosos, porém, demarcam o nascimento do Estado Moderno, diferenciando-o dos modelos de organização da Antiguidade e da Idade Média, cunhando um termo que já se consagrou.

²¹ “A ideia da organização constitucional do Estado começou a ganhar vulto no século XVIII com o chamado movimento constitucional, impulsionado pelas revoluções americana e francesa. No entanto, costuma recorrer-se ao processo de sedimentação do constitucionalismo britânico para se apontar uma espécie de pré-história constitucional. (...)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 61)

²² O termo Constituição vem do Direito Romano, mas o seu sentido moderno aparece no século XVIII. É a lei suprema, a forma jurídica para o conteúdo político de reger o poder. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2ª edição, revista e ampliada. Saraiva, São Paulo. 1999. p. 72 a 74)

²³ A ideia de Estado Liberal está, por sua vez, ligada à ideia de Estado Democrático. Conforme escreve Norberto Bobbio: “os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de Direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo. (...) A prova histórica desta interdependência (Estado democrático e Estado liberal) está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos” (BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 33 e 34)

²⁴ “O Senhor de Lamartine escreveu-me certa vez o seguinte: “Sua doutrina é somente a metade do meu programa; você parou na liberdade; eu já estou na fraternidade.” Eu lhe respondi: “A segunda metade de seu programa destruirá a primeira.” Com efeito, é-me impossível separar a palavra fraternidade da palavra voluntária. Eu não consigo sinceramente entender como a fraternidade pode ser legalmente forçada, sem que a liberdade seja legalmente destruída e, em consequência, a justiça legalmente pisada.” (BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 24)

²⁵ A Revolução Francesa seguiu-se um período de instabilidade política que passou pelo “Terror” de Robespierre e foi encerrada com a ascensão de Napoleão Bonaparte, o que faz do lema da revolução uma bela utopia revolucionária. Mas não se pode negar que, mesmo tendo os ideais, na época, restritos a utopia romântica, os ideais ainda ecoam “Apesar de viverem o maior banho de sangue da época, o certo é que eles lançaram as bases que iriam, de certa forma, servir de

Os pensadores iluministas da época tiraram as ideias democráticas de sua dormência e começaram a formatar as teorias e ideários democráticos modernos.²⁶ Dos pensadores da época, um que se destaca é Montesquieu, cujas ideias relacionadas às espécies dos governos se aproximam do pensamento de Aristóteles²⁷. Suas observações são empíricas. Ele se refere a três tipos de governo: o republicano, o monárquico e o despótico.²⁸ No republicano o povo ou parte dele governa, no monárquico, apenas um, sob leis fixas e estabelecidas, e no despótico, apenas um, segundo suas vontades e caprichos. Em uma democracia o povo é o Monarca e o súdito²⁹, e a igualdade seria a sua alma. Assim, uma república pode ou não ser democrática.³⁰

sementes para toda a evolução futura do Direito”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Conheça a Constituição: Comentários à Constituição Brasileira. Barueri: Manole, 2005. p. 6)

²⁶ Nesse aspecto, Rousseau pode ser lido com um defensor da democracia, e no caso, apenas a democracia direta, quanto um grande crítico, de cuja obra se extrai ideias autoritárias. Independe da leitura que se faça é certo que foi um pensador influente, cujas ideias ainda repercutem. Destaca-se algumas passagens importantes da sua obra “O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição do parlamento; uma vez estes eleitos ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso, que dela faz, mostra que merece perde-la” (ROUSSEAU, Jean-jacques. Do contrato social. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo. 1997. p. 187) “Tomando-se o termo no rigor da acepção, jamais existiu, jamais existirá uma democracia verdadeira. É contra a ordem natural governar o grande número e ser o menor número governado.” “Se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Governo tão perfeito não convém aos homens” (p. 150)

²⁷ Em “A política” Aristóteles separa os regimes de governo de acordo com a quantidade de pessoas que governam, descrevendo as formas puras, ou seja, que viam o bem comum (monarquia – governo de um, aristocracia – governo de poucos e politeia – governo de todos) e as formas corrompidas, que visam o bem próprio, respectivamente a tirania, a oligarquia e a democracia. Nos dias atuais falamos de democracia no lugar de politeia, e a sua forma impura, corrompida, de demagogia. (ARISTÓTELES. A política. Rio de Janeiro: Edipro, 1965)

²⁸ MONTESQUIEU. O espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 1994. Tradução de Pedro Vieira Mota. p. 83

²⁹ “O Povo, na Democracia, é, sob certos aspectos, o Monarca; sob outros aspectos, é o súdito. Ele não pode ser Monarca senão através de seus sufrágios, que são as suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. Por isso mesmo as leis que estabelecem o direito de sufrágio são fundamentais neste Governo. Com efeito, disciplinar como, por quem, a quem, sobre o que serão dados os sufrágios, nele, é tão importante quanto saber, numa Monarquia, qual é o Monarca, e de qual maneira deve governar. Diz Libânio que, em Atenas, o estrangeiro que se misturava na assembléia do Povo era punido de morte. É que aquele homem usurpava o direito de soberania.” (MONTESQUIEU. O espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 1994. Tradução de Pedro Vieira Mota. p. 84)

³⁰ “A democracia como uma forma política também significa, de acordo com a terminologia atual, República. Para o Governo ou a Legislação os elementos estruturais democráticos se ligarem à manutenção de um monarca hereditário; uma parte da atividade estatal será organizada democraticamente, e outra monarquicamente; em seguida, o Estado deve ser designado quase sempre Monarquia. Você pode então dizer com J. Bryce, que “existem muitas repúblicas que não são democracias, e algumas monarquias, como a Grã-Bretanha e Noruega, que são democracias (democracias modernas, I, edição alemã, p. 22). No entanto, são muitas vezes confundidos os dois conceitos nas exposições de direito político democrático. “República” não designa (como em “Polítia”) o estado ideal, no sentido de Aristóteles e St. Thomas.” Tradução livre de: “Democracia como forma política significa también, según la terminología actual, República. Para el Gobierno o la Legislación pueden ligarse elementos estructurales democráticos con el mantenimiento de un

Montesquieu também apresenta a doutrina da separação de poderes³¹. Na sua visão, era importante controlar o poder, e a tripartição serviria a essa finalidade ao dividi-lo em Legislativo, Executivo e Judiciário.³²

“Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas particulares.”³³.

A preocupação com a limitação do poder e a preservação da liberdade marca a época, e, para isso, é essencial a limitação do Estado³⁴. Como bem lembra o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A afirmação da liberdade do homem tem, pois, como reverso necessário, a afirmação da opressividade das instituições. E particularmente do Estado, e do Poder, nele

monarca hereditario; una parte de la actividad estatal se organizará democráticamente, y otra, monárquicamente; entonces el Estado será designado casi siempre como Monarquía. Se puede decir entonces, con J. Bryce, que «hay bastantes Repúblicas que no son Democracias, y algunas Monarquías, como Gran Bretaña y Noruega, que son Democracias (Democracias modernas, I, edición alemana, pág. 22). Sin embargo, suelen ir confundidos ambos conceptos en las exposiciones del Derecho político democrático. “República” ya no designa (al igual de “Policía”) el Estado ideal en el sentido de Aristóteles y Santo Tomás.” (SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 2003. Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo, Versión española de Francisco Ayala. p. 221)

³¹ Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu descreve a organização constitucional inglesa da época. A Inglaterra ainda não vivia um regime de gabinete, com o monarca exercendo papel secundário. “Mais crível é admitir que a “descrição” da Constituição inglesa feita por Montesquieu tenha sido um artifício para, com as cautelas exigidas pela época, recomendar a divisão do poder como remédio contra o absolutismo e como garantia da liberdade. Isto especialmente se assegurada a independência do Judiciário, como que Locke não se preocupara.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 61)

³² “Foi Montesquieu criticado, no período, porque se entendia que o poder dividido não é poder e nem pode ser acionado, convenientemente, nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Separação de Poderes no Brasil*. Brasília: PrND/IASP, 1985. p. 28)

³³ MONTESQUIEU. *O espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1994. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo. p.165

³⁴ Conforme explica José Levi Mello do Amaral Júnior, a separação dos poderes funciona como o limite interno do poder e os limites externos seriam exercidos pelos direitos e garantias individuais. (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei*. Teoria e Prática. p. 32 e 33)

estabelecido. O Estado é, pois, inimigo da liberdade. Inimigo porque está nas mãos dos adversários da liberdade, mas inimigo, também, porque, pela natureza das coisas – cumpre não esquecer – “o poder vai até que encontre limites”³⁵

Continua o professor:

“Nesse raciocínio, a lógica levaria ao anarquismo. Entretanto, essa intelligentsia, socialmente burguesa, não pretendia abrir mão das instituições que mantêm a ordem, resguardam a segurança. Na verdade, pretende, como ensina Locke³⁶, que aceita o homem a vida em sociedade, com os consequentes empecilhos à liberdade para contar com uma ordem, expressa em leis claramente definidas, impostas por uma força armada, arbitrada por juízes imparciais. Por isso, na proposta de refazer a sociedade, as instituições, o Estado, inclui-se a transformação deste inimigo em garante da liberdade. O Estado justamente organizado seria o defensor da liberdade. E não haveria o Estado retamente estruturado sem que o poder estivesse limitado, dividido o exercício, se não pelo próprio povo (pela

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3

³⁶ Nessa passagem, o professor cita o Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de John Locke. No que se refere à liberdade em “Estado de Natureza”, John Locke escreve: “Entretanto, ainda que se tratasse de um “estado de liberdade”, este não é um “estado de permissividade”: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém. Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas.” (LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Petrópolis: Vozes. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. CAP. II, p. 6)

“vontade geral” na versão de Rousseau), por “representantes”³⁷

Em outras palavras, já que vai haver um poder materializado no Estado, que ele seja limitado e estruturado de forma que se evite que dele se abuse. Ao Direito foi incumbida a tarefa de disciplinar o poder do Estado e resguardar os direitos do homem³⁸.

“Há direitos que são inatos aos homens e mesmo nos 3 modelos constitucionais que formataram o constitucionalismo moderno, em que apenas os denominados direitos e garantias individuais devem ser realçados, já eram assim considerados, a meu ver, não por um processo historicista-axiológico, mas por serem inerentes aos seres humanos. Não é porque a evolução da cultura humana revelou que determinados direitos e princípios são bons e merecem ser garantidos e protegidos pelo Estado, que eles são naturais, mas porque verdadeiramente intrínsecos à natureza humana. Não cabe ao Estado outorga-los em decorrência de sua percepção da realidade, mas, ao contrário, cabe-lhe apenas reconhece-los, e não cria-los, por serem próprios do ser humano.”³⁹

A questão do primado da Constituição⁴⁰, como norma fundamental do Estado, que garante os direitos e liberdades dos indivíduos, foi desenvolvida no

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

³⁸ “(...) o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4)

³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Teoria sobre as Teorias da Constituição. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). Tratado de Direito Constitucional 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 48

⁴⁰ “Era, pois, uma arma ideológica contra o Ancien Régime, contra o absolutismo, contra a confusão entre o Monarca e o Estado, contra uma organização acusada de ser irracional. Propunha substituir tudo isso por um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p.8)

decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários.⁴¹

Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca⁴² (reduzido à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições⁴³ não serão, ainda, democráticas.⁴⁴

É com a decadência da monarquia absolutista que as sementes da ideia de Estado de Direito⁴⁵ são plantadas, para florescer mais tarde, parecendo a locução no século XIV na Alemanha.

“A partir desses conceitos básicos, no começo do século XIX, desenvolveu-se sistematicamente a concepção teórica do Estado de Direito, o *Rechtsstaat*, que chegou a ser, juntamente com o ideal de constitucionalismo, o principal objetivo do novo movimento liberal. Quer isso tivesse ocorrido sobretudo porque, na época em que se iniciava o movimento alemão, o precedente americano já era melhor

⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Dezembro de 2013.

⁴² “Portanto, o constitucionalismo que nasce com as Revoluções Liberais pretendeu recompor aos seus devidos lugares as coisas políticas, ou seja, afastar reis que se pretendiam absolutos, acima do Direito. Para tanto, limitaram-lhes o poder, mormente pela separação dos poderes e pela doutrina dos direitos fundamentais (àquele tempo – Séculos XVII e XVIII – ainda apenas individuais), segundo consta por exemplo, do art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.” (AMARAL JUNIOR, José Levi de Melo de. O Constitucionalismo. In TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Álvaro Theodor Herman Salem (Org.). Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. São Paulo: Ield, 2014. p. 257)

⁴³ Na Inglaterra temos o Bill of Rights de 1689, nos Estados Unidos, a Declaração de Independência de 1776, e na França, a Declaração do Homem e do Cidadão de 1789. (DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 125)

⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso> Acesso em 10 Dezembro de 2013

⁴⁵ “Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c. 996 a c. 963 a.C.), estabeleceu, pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como Estado de Direito, isto é, uma organização política na qual os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior.” (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.)

conhecido e compreendido do que na época da Revolução Francesa, quer porque, na Alemanha, a evolução se desse no âmbito de uma monarquia constitucional, e não de uma república, sendo portanto menos vulnerável à ilusão de que os problemas se resolveriam automaticamente com o advento da democracia, foi na Prússia que o objetivo central do movimento liberal se tornou a limitação do governo por uma Constituição e especialmente a limitação de toda atividade administrativa mediante leis que os tribunais se encarregariam de fazer cumprir.”⁴⁶

Na doutrina clássica, o Estado de Direito “repousa sobre uma concepção substancial do Direito, descoberto pela razão humana, apoiado em princípios assentes na lógica, e não em ideias arbitrárias”⁴⁷.

O Estado é submetido à Lei⁴⁸, cuja função é fixar os limites da liberdade individual, a fim de que seja possível a coexistência das liberdades, para a vida em sociedade⁴⁹. Deve a lei, assim proibir apenas as ações que são nocivas à sociedade⁵⁰.

Enfim, é a ideia do governo das leis, e não dos homens, que permeia o conceito de Estado de Direito.⁵¹ A respeito do tema, pede-se licença para transcrever a lição de Norberto Bobbio:

⁴⁶ HAYEK, Friedrich A. Os Fundamentos da Liberdade. São Paulo: Visão, 1983. Supervisão e introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. p. 240

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 13

⁴⁸ “(...) Em outras palavras, o respeito à lei impede o governante de exercer o próprio poder parcialmente, em defesa de interesses privados, assim como as regras da arte médica, bem aplicadas, impedem os médicos de tratar os seus doentes conforme sejam eles amigos ou inimigos. (...)” (BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 153)

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19

⁵⁰ Quanto à finalidade da lei, interessante anotar a visão de Frédéric Bastiat. “Isto é tão verdadeiro que um de meus amigos me fez observar que a finalidade da lei é fazer reinar a justiça, o que, a rigor, não é bem exato. Seria melhor dizer-se que a finalidade da lei é impedir a injustiça de reinar. Com efeito, não é a justiça que tem uma existência própria, mas a injustiça. Uma resulta da ausência da outra.” (BASTIAT, Frédéric. A Lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 41)

⁵¹ “Desde a célebre disputa entre os três príncipes persas, narrada por Heródoto, para definir se é melhor o governo de um, de poucos ou de muitos, a discussão sobre a melhor forma de governo esteve sempre voltada para a contraposição respectivamente das virtudes e dos defeitos da monarquia, da aristocracia e da democracia, e eventualmente para a superação do contraste entre

“(...) O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? e em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o. governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.”⁵²

Segundo o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“O Estado de Direito significa que o Poder Político está preso e subordinado a um Direito Objetivo, que exprime o justo. Tal Direito – na concepção ainda prevalecente no século XVIII, cujas raízes estão na antiguidade greco-romana – não era fruto da vontade de um legislador humano, por mais sábio que fosse, mas sim na própria natureza das coisas. (...)”⁵³

elas através do delineamento de uma forma de governo que abarcasse todas as três, o assim chamado governo misto. Esta discussão assume como critério de avaliação e de escolha o número dos governantes. Mas cada uma das três formas tem o seu reverso numa forma má, a monarquia na tirania, a aristocracia na oligarquia, a democracia na oclocracia ou governo da rale. Isto implica que para formular um juízo sobre a melhor forma de governo é preciso considerar não só quais e quantos são os governantes, mas também qual é o seu modo de governar. A alternativa "governo das leis ou governo dos homens?" diz respeito a este segundo problema. Não à forma de governo mas ao modo de governar.” (BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 151)

⁵² BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 171

Do Estado de Direito, decorre o princípio da legalidade,⁵⁴ que, em essência significa que “nenhuma limitação deve ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei”, que é a expressão da vontade geral. E todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou por seus representantes, para a formação dessa vontade geral”.⁵⁵ Da legalidade também extrai-se o princípio da igualdade. “E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça”, ou seja, o terceiro princípio, da justicilidade⁵⁶, garante os demais.

O princípio da legalidade está enunciado na Declaração de Direitos de 1789: “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena”. Esse princípio também está expresso na Constituição Brasileira no artigo 5º, II, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. A legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado. Apenas a lei, elaborada conforme regras do processo legislativo, pode criar obrigações. Trata-se, assim, de um princípio garantia⁵⁷ e a regra é a liberdade.

O princípio da igualdade preceitua que todos os cidadãos devem ter o mesmo tratamento pela lei, vedando diferenciações arbitrárias.⁵⁸ Segundo Carl

⁵³ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. Direitos Humanos Fundamentais. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2

⁵⁴ Na Constituição Brasileira vigente, está assim escrito: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.127

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 71

⁵⁸ A igualdade material é a utilização da lei na busca da igualdade social. Não se deixa de criticar essa visão, pois se trata de medida de engenharia social, o que fere a liberdade na sua essência. Se a meta da lei é “evitar as injustiças” (BASTIAT, Frédéric. A Lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010) e limitar o poder do Estado preservando a liberdade, estabelecer diferenciações na lei e sua execução, mesmo que isso seja feito com a melhor das intenções, acaba por estabelecer o efeito contrário. Alexandre de Moraes escreve que “A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos cuja existência deve aplicar-se em relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67) Se na teoria a predominância da concepção do princípio da igualdade como igualdade material parece conduzir ao melhor dos mundos, na prática, conduziu das democracias pluralistas a uma disputa para que se atenda a interesses cada vez mais particulares, e a lei cada vez mais individualizada. O que se vê é a uma luta pela lei. “Nessa luta, é difícil que se prevaleça a Justiça, por mais relativista que seja a

Schmitt, o princípio da igualdade é intrínseco ao princípio de lei. A lei é vontade geral e todos os cidadãos tem o direito de concorrer para a sua formação⁵⁹. Deve ser a mesma para todos, ao proteger e ao punir. É um princípio que se impõe ao legislador, para limitá-lo.⁶⁰

A justicialidade é o terceiro princípio, que garante o sistema e a existência dos demais. Significa, em linhas gerais, que em um “Estado de Direito deve haver, sempre, um procedimento contencioso para decidir “toda espécie de litígios”⁶¹. Esse princípio pressupõe a separação entre quem diz o direito, quem o edita ou executa⁶².

A expressão “Estado Democrático de Direito” é posterior ao Estado de Direito, e foi cunhada para significar a transição para o socialismo⁶³. Essa foi a expressão adotada na Constituição Federal Brasileira⁶⁴ e correspondia a intenção de alguns constituintes. Apesar da locução “Estado Democrático de Direito” ter se difundido, ela entra em conflito com a noção de Estado de Direito das democracias liberais.⁶⁵

concepção que se faça desta. O que há de prevalecer na maior parte das vezes é a força, seja a do número, seja qualquer outra. Ora, fazer da lei a expressão da força é uma regressão, mais que isso, uma aberração. (...)” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo Legislativo. p. 265)

⁵⁹ “Com um mandato especial não há igualdade, porque ele é determinado em seu conteúdo com a situação individual do caso, enquanto a Lei, na acepção do Estado de Direito significa uma regulação normativa, dominado pela ideia de justiça, e cuja igualdade Justiça significa.” Tradução livre de: “Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido por la situación individual del caso concreto, mientras que la Ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la Justicia, y cuya igualdad significa Justicia.” (SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 2003. Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo, Versión española de Francisco Ayala. p. 162)

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 p. 27

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 p. 33

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 63. A Constituição Portuguesa preferiu a expressão Estado de Direito Democrático, e seu conteúdo apresenta uma parte referente ao Estado constitucional, e em uma segunda parte, apresenta uma concepção socializante. O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho alerta para o conteúdo “mais político do que jurídico” dessas construções.

⁶⁴ O caput do Artigo 1º está assim redigido: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”

⁶⁵ José Afonso de Silva explica: “A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário na transformação do status quo. (...)” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119)

Não se pode negar que há uma ambiguidade na junção dos termos. Conforme explica José Joaquim Gomes Canotilho:

“Estado de Direito e Democracia — dizem alguns autores — são conceitos verdadeiramente antinômicos e em face desta antinomia há que decidir qual deles tem prevalência. Eis um exemplo da colocação do problema: “o princípio do Estado de direito como princípio formal impolítico, e a democracia, como método formal da formação da vontade do Estado, situam-se numa relação de potencial colisão ou conflito, havendo que decidir, neste caso, a favor do Estado de direito”. Ou então, apontando já para a possível solução do conflito: “o princípio do Estado de direito tem uma hierarquia superior ao princípio da democracia; um Estado de direito é também possível sem democracia”.⁶⁶

Mais adiante, aponta o que pode ser a solução para o conflito.

Há uma democracia do Estado de Direito e um Estado de direito democrático. Daqui se infere já a posição sobre a «barganha» política que se desenvolve em torno do princípio democrático e da sua superioridade sobre a constituição. Esta visão não é, em geral, um índice de crença no princípio democrático mas uma expressão do pensamento decisionista. Neste sentido se deve interpretar, segundo cremos, a afirmação de HESSE sobre a prevalência da constituição. Ao proibir rupturas constitucionais e a dissolução dos direitos fundamentais e ao restringir as alterações constitucionais, a constituição reafirma a sua supremacia mesmo em face do princípio da soberania popular. O sentido prático deste princípio da prevalência da constituição traduzir-se-ia, sobretudo, na exclusão de

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 458

modificações da constituição que eliminassem os seus próprios fundamentos (cfr. art. 288.º). **Fora estes casos, o princípio democrático e o princípio de Estado de direito contribuem ambos para a conformação e racionalização da vida da comunidade e são ambos instrumentos contra abusos do poder.**⁶⁷

Com isso, os princípios democráticos e o Estado de Direito convivem e se desenvolvem. Mas, democracia, na concepção estritamente política, que difere do sentido socialista do termo⁶⁸. Mesmo que se reconheça que a democracia possui elementos relacionados a um modo de vida⁶⁹, de maneira que ela se realiza não se realiza apenas no Estado, mas além e fora do Estado, o fato é que a democracia liberal, resultante desse processo, na visão marxista, a democracia econômica não pressupõe a democracia política.

1.2 Aspectos das Democracias atuais

O significado da democracia é essencialmente uma noção política, e sob esse aspecto, e somente esse, é fundamentado este estudo. O regime político democrático é ainda o que melhor se presta a garantir a liberdade individual diante do poder e da regulamentação. Por outro lado, é frágil e precisa

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 460. Grifos nossos

⁶⁸ "(...) Enquanto uma democracia social se organiza de baixo para cima, uma democracia socialista organiza-se de cima para baixo. A democracia social é antes de mais nada um estilo de vida, enquanto a democracia socialista é sobretudo um estilo de governo." SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: Vol I – O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. p. 26

⁶⁹ "Quanto a mim, não terei dificuldade em dizer: é na direção dos interesses externos da sociedade que os governos democráticos me parecem decididamente inferiores aos outros. A experiência, os modos e a instrução sempre acabam criando na democracia essa espécie de sabedoria prática de todos os dias e essa ciência dos pequenos acontecimentos da vida que se chama bom senso. O bom senso basta para o andamento ordinário da sociedade e, num povo cuja educação é feita, a liberdade democrática aplicada aos negócios internos do Estado produz mais bens do que os males que os erros do governo da democracia poderiam acarretar. Mas nem sempre é assim nas relações entre os povos." (TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América: Livro I. Leis e costumes. De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. p. 266).

de constante vigilância, já que a prevalência da imoralidade administrativa, corrupção e ausência ou falha nos mecanismos de controle, são grandes ameaças.⁷⁰

Democracia pode ser definida como um sistema político que se fundamenta na ideia de que o povo deve ser o detentor do poder político, e no qual se preserva a liberdade individual⁷¹ e a igualdade⁷² de direitos⁷³. Nesse

⁷⁰ A Democracia não é o regime perfeito, mas é o que melhor se prestou a defender a liberdade, quando saudável, podendo controlar o poder. No entanto, não se pode deixar de destacar essa importante passagem crítica: "No Capítulo XVIII do Evangelho de São João conta-se um episódio da vida de Jesus. A narração, simples e, em sua simplicidade, lapidar, pertence ao que de mais grandioso já foi produzido pela literatura mundial, alçando-se, sem querer, à categoria de símbolo - trágico -- da democracia. Transcorre o período das festas de Páscoa--quando Jesus, acusado 'de se ter proclamado filho de Deus e rei dos judeus, é conduzido diante de Pilatos, governador romano. Este, a cujos olhos de romano aquele judeu só pode parecer um pobre louco, pergunta ironicamente a Jesus: "Então és rei dos judeus?" Jesus responde com a mais profunda seriedade e compenetrado da sua chamada missão divina: "Tu o dizes.eu sou rei. Para isso nasci e para isso vim ao mundo, para dar-testemunho à verdade; todo aquele-que é da, verdade ouve minha voz." Então Pilatos, representante de uma civilização velha, cansada e que por isso, se tornou cética, pergunta a Jesus: "O que é a verdade?" Como Pilatos não sabe o que é à verdade e, sendo romano, é avesso. a falar democraticamente, apela para o povo. e organiza um plebiscito. E de-novo sai .para junto dos judeus, conta-o Evangelho, e lhes diz; "Não encontro nele nenhum crime. Há um costume entre vós de que eu vos solte alguém na Páscoa. Quereis, pois, que eu vos solte o rei dos judeus?" O plebiscito volta-se contra Jesus. Então de novo eles clamaram dizendo: "Não este, porém Barrabás!" Barrabás era um ladrão. Talvez se objete, talvez os crentes, crentes políticos, objetem que esse exemplo depõe mais contra a democracia do que a seu favor. E é preciso reconhecer o valor de tal objeção; contanto que os crentes: estejam tão seguros de sua verdade política - que, se necessário; deverá ser realizada mesmo por vias cruentas - quanto o filho. de Deus." (KELSEN, Hans. A Democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. p. 107)

⁷¹ "A sociedade contemporânea, cujas raízes estão no Ocidente do século XVIII, tem como inspiração original a idéia de liberdade. (...) Mas a liberdade vista como autonomia da conduta individual -- a "liberdade dos modernos" na famosa fórmula de Constante e não a liberdade encarada como participação nas decisões políticas, a "liberdade dos antigos". A ideia de direito que estão se generaliza, e que inspira as revoluções americana e francesa, é tão marcada pela preocupação com a liberdade, que se tornou conhecida como "liberal." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1)

⁷² "Adotamos o princípio da igualdade intrínseca - devemos considerar o bem de cada ser humano intrinsecamente igual ao de qualquer outro ser humano. Aplicamos esse princípio ao governo de um estado: no momento de chegar às decisões, o governo deve dar igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas ligadas por essas decisões. Recusamos considerar a tutela uma boa maneira de aplicar o princípio: entre os adultos, nenhum indivíduo é tão mais bem preparado do que outro para governar a ponto de poder receber em mãos autoridade total e decisiva no governo do estado" (DAHALL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 93 e 94)

⁷³ Aqui entendida com igualdade perante a lei, já que a igualdade material é uma utopia irrealizável, pelo motivo de que os seres humanos são diferentes entre si. Possuem diferentes aspirações, talentos, interesses, condições físicas, intelectuais, financeiras, de forma que não se pode tornar todos iguais com medidas de engenharia social. Porém, é possível, desejável e urgente que todos tenham igual tratamento na lei e perante ela. Medidas legais em outro sentido acabam por tratar os seres humanos não com base em suas ações, mas a classe social, raça, sexo, o que significa julgar os seres humanos pelo que eles "são", criando privilégios, não por suas ações, o que fere a igualdade. A igualdade formal, perante a lei, e na lei, é uma das grandes conquistas democráticas, e, ironicamente, é também o regime democrático que pode introduzir

sentido pode-se colocar a Declaração de Independência Americana e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁷⁴, como o documento histórico que melhor exprime essas ideias, e já nos apresenta os princípios sobre os quais se fundamenta a democracia:

“Consideramos de per si evidentes as verdades seguintes: que todos os homens são criaturas iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar esses direitos e os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados; quando qualquer forma de governo se torna ofensiva destes fins, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-o nos princípios e organizado os seus poderes pela forma que lhe pareça mais adequada a promover a sua segurança e felicidade. (...)”⁷⁵

uma engenharia social com base em ideologias concretizadas em lei, que tem o poder de destruir essa conquista. A subversão da igualdade na democracia debilita a própria democracia.

⁷⁴ Não é possível se falar em democracia nos Estados Unidos sem, ano menos, mencionar os estudos que Alexis de Tocqueville realizou e nos dois volumes de “A Democracia na América”. Destaco a seguinte passagem, ao final do segundo livro, página 371, não sem antes advertir que ele se refere ao sentido social de democracia, e não à doutrina política da social-democracia: “Os que, depois de ler este livro, julgarem que, ao escrevê-lo, quis propor as leis e os costumes anglo-americanos à imitação de todos os povos que têm um estado social democrático, terão cometido um grave erro: ter-se iam prendido à forma, abandonando a substância de meu pensamento. Meu objetivo foi mostrar, pelo exemplo da América, que as leis e, sobretudo, os costumes podiam permitir que um povo democrático permanecesse livre. De resto, longe de mim crer que devíamos seguir o exemplo que a democracia americana deu e imitar os meios que ela empregou para alcançar essa finalidade de seus esforços; porque não ignoro qual a influência exercida pela natureza do país e pelos fatos antecedentes sobre as constituições políticas, e consideraria uma grande desgraça para o gênero humano se a liberdade tivesse de se produzir em todos os lugares com os mesmos traços. Mas penso que, se não se chegar a introduzir pouco a pouco e a fundar enfim entre nós instituições democráticas e se se renunciar a dar a todos os cidadãos idéias e sentimentos que primeiro os preparem para a liberdade e, em seguida, permita-lhes fazer uso desta, não haverá independência para ninguém, nem para o burguês, nem para o aristocrata, nem para o pobre, nem para o rico, mas uma tirania igual para todos; e prevejo que, se não se conseguir, com o tempo, fundar entre nós o império pacato da maioria, chegaremos cedo ou tarde ao poder ilimitado de um só.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Livro II. Sentimentos e opiniões. De uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução Eduardo Brandão)

⁷⁵ Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, In MIRANDA, Jorge (org). Textos Históricos do Direito Constitucional. Estudos Portugueses, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980

Segundo Norberto Bobbio, é preciso reconhecer os seguintes elementos simultâneos para se reconhecer uma democracia: “atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas”, a existência da “regra da maioria” e, por fim, a terceira condição indispensável: “é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra.”⁷⁶

É importante estabelecer esses princípios, pois são várias as fórmulas democráticas, desenhadas para cada povo, conforme a sua experiência e peculiaridades.⁷⁷

“Embora os cientistas políticos discordem sobre alguns detalhes na definição e na avaliação da democracia (Beetham, 1994; Inkeles, 1991), os oito critérios propostos por Robert A. Dahl (1971:3) em seu influente livro *Polyarchy*⁷⁸ ainda recebem amplo apoio. São eles: (1) o direito ao voto, (2) o direito a ser eleito, (3) o direito dos líderes políticos de competirem por apoio e votos, (4) eleições livres e honestas, (5) liberdade de reunião, (6) liberdade de expressão, (7) fontes alternativas de informação, (8) instituições capazes de fazer com que as

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p 32 a 33

⁷⁷ Arend Liphart desenvolve um estudo sobre a variedade de instituições, identificando padrões e regularidades, divididos em modelos de democracia.

⁷⁸ Nesse livro, Dahl trata do conceito de Poliarquia. “Poliarquia deriva de palavras gregas que significam “muitos” e “governo”; assim, “o governo de muitos” se distingue do governo de um, a monarquia, e do governo de poucos, a oligarquia ali a aristocracia. Embora a expressão seja usada raramente, em 1953 um colega e eu a introduzimos, por ser uma boa maneira para usar como referência a uma democracia representativa moderna. Mais precisamente, uma democracia poliárquica é um sistema político dotado das seis instituições democráticas listadas anteriormente. Portanto, a democracia poliárquica é diferente da democracia representativa com o sufrágio restrito - como a do século XIX. Também é diferente das democracias e das repúblicas antigas que não apenas tinham sufrágio restrito, mas faltavam-lhes muitas outras características decisivas da democracia poliárquica - por exemplo, os partidos políticos, o direito de formar organizações políticas para influenciar ou fazer oposição ao governo existente, os grupos de interesse organizados, e assim por diante. É também diferente das práticas democráticas em unidades tão pequenas que os membros podem se reunir diretamente e tomar decisões políticas (ou recomendá-las), fazer leis.” (DAHAL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 104)

medidas de governo dependam do voto e de outras manifestações da vontade popular.”⁷⁹

Nessa passagem, Arend Lijphart nos remete aos estudos de Robert Dahl⁸⁰. Com efeito, Dahl aponta esses elementos que devem estar presentes nas democracias, e dos quais depende a sobrevivência das democracias contemporâneas, que são maciçamente democracias de larga escala⁸¹:

“Funcionários eleitos. O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos.

Eleições livres, justas e frequentes. Funcionários eleitos são escolhidos em eleições freqüentes e justas em que a coerção é relativamente incomum.

Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente.

Fontes de informação diversificadas. Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e

⁷⁹ LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de Roberto Franco. p. 69

⁸⁰ “O que é necessário para que um país seja democraticamente governado? No mínimo, ele terá de ter determinados arranjos, práticas ou instituições políticas que estariam muito distantes (senão infinitamente distantes) de corresponder aos critérios democráticos ideais.” (DAHAL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 97)

⁸¹ “Poderíamos examinar a história dos países que, pelo menos em parte, mudaram suas instituições políticas em resposta às exigências de inclusão popular mais amplas e participação efetiva no governo e na vida política. Embora em épocas anteriores os que procuraram obter a inclusão e a participação não estivessem necessariamente inspirados por idéias democráticas, do século XVIII em diante, tendiam a justificar suas exigências recorrendo a idéias democráticas e republicanas. Que instituições políticas buscavam esses países e quais eram realmente adotadas neles? Poderíamos também examinar os países cujos governos são considerados democráticos pela maioria de seus habitantes, por muitas pessoas em outros países, por estudiosos, por jornalistas, etc. Em outras palavras, no discurso comum e nas discussões acadêmicas, o país é chamado democracia. Em terceiro lugar, poderíamos refletir sobre um determinado país ou grupo de países, talvez um país hipotético, para imaginarmos da maneira mais realista possível que instituições seriam necessárias para atingir os objetivos democráticos num grau razoável.” (DAHAL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 99)

independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins.

Autonomia para as associações. Para obter seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses.

Cidadania inclusiva. A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas. Entre esses direitos, estão o direito de votar para a escolha dos funcionários em eleições livres e justas; de se candidatar para os postos eletivos; de livre expressão; de formar e participar organizações políticas independentes; de ter acesso a fontes de informação independentes; e de ter direitos a outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala.”⁸²

Depreende-se dessas observações que as eleições⁸³ constituem um dos pontos essenciais para a existência e saúde de uma democracia. O principal aspecto das democracias modernas é que elas não são diretas em essência, mas representativas, muito embora adotem diversos mecanismos de participação direta.

A necessidade de eleições vem acompanhada da possibilidade de alternância no poder, que é mais uma consequência necessária para a construção da democracia. Importa a que haja uma dosagem de todos esses elementos do ambiente democrático, para que haja uma convivência harmônica e

⁸² DAHAL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 99 e 100

⁸³ No capítulo 2 será tratada a questão dos sistemas eleitorais.

coesa entre eles. Pela conjugação da tolerância com o consenso e alternância é possível haver oposição, que é inerente a todo jogo em que existem rivalidades.⁸⁴

A representação surge como uma necessidade prática. Mesmo não sendo a sua origem uma questão incontestável⁸⁵, seus contornos começam a ser delineados na Idade Média⁸⁶ com o surgimento de órgãos representativos para exprimir a vontade de seus representados. Ela passa a ser instrumento de participação de expressão da sua vontade dos governados junto aos governantes.

Nas cidades italianas do século XII se estabeleceram governos independentes, nos quais o *podestà* era eleito pelo voto popular e governava auxiliado por dois conselhos. O *podestà* eleito detinha muito poder, mas era, no fundo, um funcionário assalariado que, ao final do mandato, tinha suas decisões submetidas a um exame formal.⁸⁷

O representante era escolhido por uma comunidade para exprimir a vontade determinada dos representados, e, para isso, recebia remuneração e devia obediência. No caso de os representados não estiverem mais satisfeitos com o representante, podem despi-lo da representação.⁸⁸ Esse era o chamado mandato imperativo, que foi abandonado, como explica Mônica Herman Salem Caggiano:

“(...) O mandato imperativo, pois, foi sendo banido das práticas representativas, detectando-se, até hoje, em algumas constituições a presença desta preocupação com o

⁸⁴ OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de, e BARBOUR, Marília. Legitimidade e Eleições. In TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Álvaro Theodor Herman Salem (Org.). Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. São Paulo: Ield, 2014

⁸⁵ Alguns entendem que ela exista desde a Antiguidade e outros advogam a ideia de que a representação política se originou na Idade Média.

⁸⁶ “A antiguidade não conheceu o regime representativo. O povo então exercia por si mesmo o poder em forma de governo direto. É na época feudal que aparecem a representação política e devemos acrescentar que nasceu sob a influência das causas feudais.” Tradução livre de: “La Antigüedad no conoció el régimen representativo. El pueblo, entonces, ejercía su poder por sí mismo, en forma de gobierno directo. Es en la época feudal cuando hizo su aparición la representación política y hay que añadir que nació bajo la influencia de causas feudales.” (MARLBERG, R. Carre de. Teoria General del Estado. Versão espanhola de José Lion Depetre, Pácuño, México, Fondo de Cultura Económica p. 942.)

⁸⁷ SKINNER, Quentin. As fundações do Pensamento Político Moderno. Tradução: Renato Janine Ribeiro. São Paulo, Cia das Letras, 1996. p. 25-26

⁸⁸ Essa concepção de representação medieval sobreviveu nas assembleias estamentais. Mesmo não sendo possível precisar quando foi abandonada pelos comuns, é certo que ela não sobreviveu ao século XVI.

afastamento de qualquer possibilidade de ligadura ou instruções passadas ao representante por um determinado círculo de eleitores.”⁸⁹

No século XVII os autores ingleses propõe uma nova concepção de representação. Cada membro do Parlamento Inglês, embora escolhido por um distrito particular, serve a todo o reino, logo o fim para o qual é ele enviado não é particular, mas geral⁹⁰. Não é o interesse particular e exclusivo daqueles que os constituíram, mas o da comunidade⁹¹. A consequência dessa nova concepção é que não está obrigado a consultar os eleitores ou a ouvir sua opinião sobre alguma questão determinada.

“(…) A democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos. (...)”⁹²

Predomina a ideia da impossibilidade do povo decidir diretamente sobre os assuntos do governo, pela inviabilidade de constantes consultas populares a respeito de assuntos dos mais variáveis. Ora, o cidadão comum, mesmo que tenha conhecimento das inúmeras questões que são diariamente submetidas a apreciação dos parlamentos, não tem condição de se manifestar

⁸⁹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Direito Parlamentar e Direito Eleitoral. Barueri: Manole, 2004. p. 13

⁹⁰ Conforme explica Carré de Malberg, a concepção de representação exposta pelos autores ingleses é outra. Blackstone ensina que “cada membro (do Parlamento), embora escolhido por um distrito particular, serve a todo o reino. Pois o fim para o qual é ele enviado não é particular, mas geral: não é o interesse exclusivo de seus constituintes, mas o da comunidade. Em consequência não está obrigado a consultar seus constituintes ou a ouvir sua opinião sobre alguma questão determinada. (MARLBERG, R. Carre de. Teoria General del Estado. Versão espanhola de José Lion Depetre, Pácono, México, Fondo de Cultura Econômica p. 66 e 67)

⁹¹ “A origem popular não pode, portanto, ser a distinção característica de um representante popular. Isso pertence igualmente a todas as partes do Governo, e em todas as formas. A virtude, o espírito e a essência de uma Câmara dos Comuns consiste em ser a imagem expressa os sentimentos da nação.” Tradução livre de “A popular origin cannot therefore be the characteristic distinction of a popular representative. This belongs equally to all parts of Government, and in all forms. The virtue, spirit, and essence of a House of Commons consists in its being the express image of the feelings of the nation.” (BURKE, Edmund. Thoughts on the Present Discontents, and Speeches. Project Gutenberg Etext Thoughts on Present Discontents by Burke, 2000)

⁹² KELSEN, Hans. A Democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. p. 41

sob todo e qualquer assunto que deva ser decidido. Logo, apenas alguns assuntos são submetidos diretamente à apreciação popular por meio dos mecanismos de participação direta, como o plebiscito e referendo. A própria complexidade da sociedade contemporânea que inviabiliza a utopia da democracia direta e universal⁹³.

“(...) Nesse caso o parlamento teria, na realidade, prometido algo que não é e nunca será capaz de cumprir. Contudo, como mostramos no princípio, a natureza do parlamentarismo também pode ser definida sem a necessidade de se recorrer à ficção da representação, podendo-se inclusive justificar seu valor apenas como meio técnico e social específico para a criação da organização estatal. Basta, conceber o parlamento como um compromisso indispensável entre a idéia absoluta da liberdade política e o princípio da divisão diferencial do trabalho, para que já se delineiem distintamente as direções que deve seguir uma eventual reforma do parlamentarismo.”⁹⁴

Da Constituição da República de 1988 extraímos a opção pelo mandato representativo. A conformação do sistema eleitoral, tanto no que diz

⁹³ Conforme conta o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a democracia participativa foi assim identificada por John Stuart Mill no livro *Do Governo Representativo*. ‘A fórmula fez sucesso e entrou para a temática do direito e da política um modelo moderno de democracia, aliás, o único que se considerava praticável e o único que se teria confiança, pois evitaria – supunha-se – os exageros demagógicos.’ (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia, partidos e sistema eleitoral*. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). *Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 368)

⁹⁴ “Para atribuir à lei enquanto tal também a proteção da liberdade negativa é preciso uma limitação ainda maior do seu significado. É preciso considerar como leis verdadeiras e próprias apenas aquelas normas de conduta que intervenham para limitar o comportamento dos indivíduos unicamente com o objetivo de permitir a cada um o desfrute de uma esfera própria de liberdade, protegida da eventual interferência de outros. (...)” (KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. p. 116)

respeito aos cargos do poder legislativo quanto aos cargos eletivos do poder executivo, não deixa dúvidas quanto a esse respeito.⁹⁵

Outro ponto essencial para um regime democrático é a já mencionada separação de poderes e seu sistema de freios e contrapesos, que foram estruturados por Montesquieu a partir da análise da experiência Inglesa. A separação de poderes se mostrou na prática como a forma mais eficaz de controla-los⁹⁶, para o bem da própria sobrevivência da democracia.⁹⁷

Certo é que as democracias atuais não refletem exatamente a fórmula prescrita por Montesquieu, porém a ideia de freios e contrapesos, da divisão e limitação do poder, bem como o ideal republicano, de abolição de privilégios se mantém, mesmo que com diferentes arranjos institucionais.⁹⁸

Para o reconhecimento de uma democracia também é preciso verificasse há preocupação na proteção das liberdades.⁹⁹ Liberdade é aqui entendida como liberdades públicas e liberdades negativas. Esse conceito viabiliza o exercício de liberdade por todos, de forma que cada um goza de sua esfera de liberdade em harmonia com as demais.¹⁰⁰

Esse clamor por liberdade é instintivo no ser humano, a despeito de todos os movimentos existentes para cercear esse impulso natural. Em uma

⁹⁵ Anote-se que apesar da imediata relação que se faz entre representação e parlamento, até porque a primeira função atribuída ao parlamento foi a representação, a identificação não é imediata nem necessária.

⁹⁶ “Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. A dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo; mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares” (MADISON, James. O Federalista n.º 51- A Estrutura do Governo deve Fornecer os Freios e Contrapesos (Checks and balances) Adequados entre os Diversos Departamentos. Nova York, 1788)

⁹⁷ MONTESQUIEU, O espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 1994. Tradução de Pedro Vieira Mota

⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 673

⁹⁹ Sob o ponto de vista político, a liberdade consiste em escolhas que encontram seus limites em leis estabelecidas por um poder que sofre a fiscalização dos cidadãos no estabelecimento dessas normas. Essa questão é a problemática do liberalismo clássico, encontrada em Locke e Montesquieu, por exemplo. As liberdades políticas assim se traduzem por escolhas que assegurem aos cidadãos a possibilidade de escolher. “Liberdades públicas são faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem o modo de agir, dentro de limites traçados previamente pelo poder público.” (CRETELLA JÚNIOR, José. Liberdades Públicas. São Paulo, Bushatsky, 1974. p.45)

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.159

ordem democrática é imperativo que se preserve as liberdades individuais com harmonia.

“(...) A importância realmente enorme da idéia de liberdade na ideologia política seria inexplicável se ela não proviesse das profundezas da alma humana, de onde provém também o instinto primitivo antiestatal que impele o indivíduo contra a sociedade. No entanto, por uma ilusão quase incompreensível, essa idéia de liberdade acaba por exprimir apenas uma determinada posição do indivíduo na sociedade. Da liberdade da anarquia forma-se a liberdade da democracia.”¹⁰¹

Se deve haver um Estado, como diz Hans Kelsen, “deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos”. Passa-se da liberdade natural para a liberdade social ou política. Politicamente livre é “aquele que está submetido, som, mas à vontade própria e não alheia. Com isso apresenta-se a antítese de princípio das formas políticas e sociais”.¹⁰²

Por mais complexa e conflituosa¹⁰³ que possa ser a democracia e sua relação com o Estado de Direito, ela é, como já dito e aqui repetido, ainda, o melhor dos regimes. Dahl aponta várias consequências desejáveis¹⁰⁴, e a

¹⁰¹ KELSEN, Hans. A Democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. p. 29

¹⁰² KELSEN, Hans. A Democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. p. 28

¹⁰³ Conforme Jayme de Magalhães Lima, em A Democracia: Estudo sobre o Governo Representativo, haveria uma tensão que levaria ao fim dos governos democráticos. O apelo da ordem tem mais força do que o da liberdade. A idealização do sufrágio universal não leva necessariamente a bons resultados. Para ele, os Estados Unidos seriam um dos raros exemplos em que democracia e progresso estariam associados. Data o livro de 1888. Observando os dias atuais, demonstra a realidade que houve um grande avanço nos governos que adotaram a democracia (seja a democracia dentro de um governo monárquico tradicional, que abraça o parlamentarismo – como se verá na relação entre os sistemas eleitorais e a corrupção – seja em repúblicas democráticas). (LIMA, Jayme de Magalhães. A Democracia: Estudo sobre o governo representativo [Formato eletrônico]. Porto: Porto, 1988)

¹⁰⁴ “1. Evita a tirania; 2. Direitos essenciais; 3. Liberdade geral; 4. Autodeterminação; 5. Autonomia moral; 6. Desenvolvimento humano; 7. Proteção dos interesses pessoais essenciais; 8. Igualdade política; Além disso, as democracias modernas apresentam: 9. A busca pela paz; 10. A prosperidade” (DAHALL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 58)

experiência ainda não criou outra fórmula para ajudar a “evitar governos autocratas cruéis e corruptos.”¹⁰⁵ Mesmo com toda a sua fragilidade, a humanidade ainda não conhece outra fórmula. Cabe a constante vigilância a fim de preservar a sua essência e aperfeiçoá-la.

1.3 O princípio da moralidade pública na Constituição

Como visto, a Constituição nasce como uma arma ideológica que propunha substituir o Antigo Regime por um governo moderado, defensor das liberdades e que vem racionalizar o poder. Em sentido material, é “o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos.”¹⁰⁶ Tem, logo, por objetivo, estabelecer a constituição política do Estado, organização, funcionamento, modo de aquisição e limitação do poder, e previsão dos direitos e garantias fundamentais.¹⁰⁷ Em sentido formal, regras constitucionais são todas aquelas que são incluídas na constituição sem dizer respeito à matéria constitucional¹⁰⁸.

¹⁰⁵ “O problema fundamental e mais persistente na política talvez seja evitar o domínio autocrático. Em toda a história registrada, incluindo este nosso tempo, líderes movidos por megalomania, paranóia, interesse pessoal, ideologia, nacionalismo, fé religiosa, convicções de superioridade inata, pura emoção ou simples impulso exploraram as excepcionais capacidades de coerção e violência do estado para atender a seus próprios fins. Os custos humanos do governo despótico rivalizam com os custos da doença, da fome e da guerra.” (DAHALL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 59)

¹⁰⁶ Adiante, escreve “Esse é o conceito material de Constituição que o constitucionalismo moderno sugere. É de se notar, contudo, que, ultrapassado o momento histórico caracterizado pela preocupação predominante de conter o poder, o Estado foi levado a assumir novas funções e tarefas, que os desafios da História foram-lhe propondo como essenciais para a própria existência da comunidade política. Ante o risco de dilaceração interna, em virtude das angustiantes e crescentes desigualdades de fato verificadas na sua população, agravadas pelas pressões do crescimento demográfico e acentuadas pela concentração de rendas que o sistema econômico ensejava, o Estado passou a assumir um papel ativo de redefinição social, com vistas a prosseguir o ideal de integração nacional que também lhe compete. O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a sociedade se tornou acentuadamente plúrima, em termos de concepção de vida e de interesses essenciais, e de que a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Cap. II, 1)

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 37.

¹⁰⁸ “A inclusão dessas regras de conteúdo não constitucional no corpo da Constituição escrita visa especialmente a sublinhar a sua importância. E, quando esta Constituição é rígida (v. abaixo), a fazê-la gozar da estabilidade que a referida Constituição rígida confere a todas as suas normas.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012)

Explica José Joaquim Gomes Canotilho:

“Modernamente, a expressão “Estado Constitucional” continua a ser utilizada por alguns autores para significar as várias etapas “lógicas” de certos estados constitucionais modernos (KRIELE): (1) Estado de legalidade formal, caracterizado pela autovinculação do Estado através de leis gerais e abstractas, elaboradas e publicadas de acordo com determinados procedimentos previamente fixados; (2) Estado do direito material, preocupado com a garantia da justiça material, da segurança da liberdade e da sociedade através de princípios jurídico-formais; vinculação do legislador aos direitos fundamentais; vinculação das intervenções estaduais ao princípio da proporcionalidade; imposição de tarefas de conteúdo social; obtenção do direito através da interpretação das leis segundo os princípios fundamentais da justiça; condicionamento da existência da legalidade às exigências da legitimidade; (3) Estado de justiça, garantidor do controlo judicial da aplicação dos princípios materiais e formais do Estado de Direito; estabelecimento de princípios de procedimento e processo, tais como o princípio da audição, do juiz legal, e da presunção da inocência do arguido, e do nullum crimen sine lege; (4) Estado constitucional com divisão de poderes: garantia institucional da independência e segurança pessoal do juiz; separação institucional entre legislativo e executivo; princípio da reserva da lei em matéria da liberdade e da propriedade; sistema de balanço recíproco de poderes com o fim de cooperação e controlo (checks and balances); controlo judicial do legislador através de uma jurisdição constitucional; (5) Estado constitucional parlamentar: prerrogativas do parlamento, que derivam do voto regular e periodicamente renovado e que se traduzem,

principalmente, no direito orçamental e na escolha e fiscalização do governo.

Estas etapas ou graus de desenvolvimento são etapas “lógicas”, mas não etapas históricas, tendo-se desenvolvido nos vários países de modo diverso.”¹⁰⁹

As Constituições¹¹⁰ que formam Estados de Direito de conteúdo democrático¹¹¹ estabelecem não apenas normas jurídicas, mas também princípios¹¹². Note-se que alçar um princípio ao status constitucional não altera a sua estrutura, pois continua a pertencer a essa categoria¹¹³.

Conforme anota Rubens Beçak:

“É na Constituição que convergem as normas de organização do Estado e do poder, bem como o sistema de valores a ser defendido, além dos direitos fundamentais e suas garantias.”¹¹⁴

¹⁰⁹ CANOTCANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 64

¹¹⁰ Não importa aqui fazer a diferenciação entre as constituições escritas e não escritas, pois, independente da forma, foca-se aqui no conteúdo jurídico. “Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar (repetimos), encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade - escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder. Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade, esteio de legitimidade e de legalidade. Como surja e o que estatua, qual o apuramento dos seus preceitos ou as direcções para que apontem - eis o que, como se sabe, varia extraordinariamente; mas, sejam quais forem as grandes soluções adoptadas, a necessidade de tais regras é incontroversa.” (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996)

¹¹¹ Evita-se aqui o uso de “Estado Democrático de Direito” dado o conteúdo ambíguo da expressão.

¹¹² “Da comparação entre os direitos positivos extrai-se o que há de comum a todos eles, reunindo-se assim os princípios universalmente respeitados em matéria constitucional. (...) O Direito Constitucional de derivação liberal, que impera sem contraste desde o final do século, pode ser resumido em três princípios gerais: o princípio da supremacia da Constituição; o princípio democrático; o princípio da limitação do poder.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012)

¹¹³ TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). Tratado de Direito Constitucional 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 460.

¹¹⁴ BEÇAK, Rubens. Sobre o Estado de Direito e as Formas de Estado. In TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Álvaro Theodor Herman Salem (Org.). Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. p. 322

O direito constitucional considerado como direito político, estabelece um estatuto jurídico político ao escolher os princípios estruturantes, como o princípio democrático, colocando-o lado a lado com a legalidade.¹¹⁵

“Os princípios constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, possuem a condição da abertura normativo-material, quer dizer, têm a capacidade de expandir seu comando consoante as situações concretas que se forem apresentando. É o que se pode denominar de eficácia irradiante.

A abstratividade implica na capacidade de alcançar um grande e indefinido número de situações concretas, nelas incidindo com seu comando normativo mínimo. Também pela abstratividade os princípios apresentam-se como orientações interpretativas no manejo das demais normas do sistema.”¹¹⁶

Pelo critério da generalidade, os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras, corresponderiam às normas que carecem de mediações que lhe deem concretude por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Pelo critério da importância para o ordenamento jurídico, os princípios seriam padrões que expressam exigências de justiça. Dos princípios que se extraem as regras. Eles também serviriam para integração e desenvolvimento do ordenamento jurídico.¹¹⁷

Nas palavras de Miguel Reale:

¹¹⁵ “(...) (1) definir os princípios políticos constitucionalmente estruturantes, como, por exemplo, o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, o princípio pluralista; (...)” A Constituição também prescreve a estrutura do Estado (Unitário, Federal, Regional) e a forma e estrutura de governo, regime político (parlamentar, presidencialista); estabelece as competências e as atribuições constitucionais dos órgãos de direcção política (Presidente da República, Assembleia da República e Governo) e determinar os “princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das subseqüentes tomadas de decisões por parte dos órgãos político-constitucionais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 35)

¹¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Princípios Constitucionais*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Tratado de Direito Constitucional* 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 470

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

“Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”¹¹⁸

Assim, mais adiante, define os princípios gerais do direito como “enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”¹¹⁹

Para Karl Larenz, os princípios são qualificados como “pautas diretivas de normação jurídica, que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas”.

“Os princípios jurídicos não tem o caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizados. Mas cabe a este respeito distinguir vários graus de concretização. No mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ideia jurídica geral, pela qual se orienta a concretização por um fio condutor. (...)”¹²⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil destaca a importância dos princípios, decorrendo deles direitos, conforme se extrai da leitura do § 2º do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem

¹¹⁸ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 299

¹¹⁹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 300

¹²⁰ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. Tradução de José Lamego. p. 674

outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

“A constitucionalização dos princípios - axioma juspublicístico de nosso tempo - faz líquida e inquestionável a sua dimensão normativa, retirando-os da penumbra jusprivatista dos Códigos, onde na escala normativa estiveram interiorizados durante mais de um século, como elementos supletivos e subsidiários, úteis tão-somente ao preenchimento de lacunas legais, para, a partir daí, numa revolução conceitual, os colocar no vértice da pirâmide jurídica, transformados doravante em ponto culminante da hierarquia normativa.”¹²¹

No caput do artigo 37, a Constituição de 1988 menciona os princípios da administração pública. São eles necessários para o bom funcionamento da administração pública no interesse público.¹²²

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (...) ¹²³

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001 p. 24

¹²² Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo: “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96)

¹²³ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Grifos nossos.

Os incisos tratam do acesso aos cargos públicos aos brasileiros nos termos da lei e por concurso¹²⁴ e outros direitos e vedações aos servidores públicos.

“Tais princípios são editados para prescrever linhas de conduta, ou de orientação, que indicam o rumo de efetivação da Constituição. Eles traduzem certamente valores que inspiram a Lei Magna. São normas, e normas jurídicas, tanto quanto as regras, podendo ser, segundo a Carta determine, de aplicação imediata (o que significa — já se disse — que ao aplicador é “delegada” a sua concretização).”¹²⁵

O princípio da legalidade está também inserido no artigo 5º da Constituição, cujo sentido, já foi tratado juntamente com a questão do Estado de Direito. Porém, quando inserido no capítulo da administração pública, ele possui um significado especial, mais restrito, rigoroso, formal. Para a administração pública, a regra não é a liberdade de atuação, excluídas as limitações legais, mas a da proibição de fazer o que não está definido em lei. Em outras palavras:

“(...) o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta

¹²⁴ “I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)”

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.”¹²⁶

Odete Medauar traduz esse princípio nas seguintes palavras: “A administração deve sujeitar-se a normas legais”.¹²⁷ E, em seguida, explica:

“Tornaram-se clássicos os quatro significados arrolados pelo francês Eisenmann: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não estejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme um esquema abstrato, fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.”¹²⁸

Há uma escala gradativa nessa classificação de maior vinculação à lei. O segundo significado seria o mais apropriado para a maior parte das atividades da administração pública. Mas há gradações, e, no geral, as medidas de repercussão “mais forte nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais estrita da medida administrativa ao conteúdo da norma.”¹²⁹

Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”, ainda que a mesma decore de ato da Administração. E a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação

¹²⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 314

¹²⁷ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.142

¹²⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.142

¹²⁹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.143.

popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com o auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria administração.”¹³⁰

O segundo princípio expressamente mencionado na Constituição Federal é a impessoalidade. Ele está intimamente ligado ao princípio da moralidade. Seu conteúdo é o do princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para cumprir o seu fim legal, que é aquele expresso ou indicado pela norma de Direito. O cumprimento do ato para cumprir o seu objetivo deve ser feito de forma impessoal. Com esse princípio, a

“Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portando a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões motivadas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo.”¹³¹

Em um segundo sentido, significa que os atos praticados pela administração são imputáveis ao órgão ou entidade da administração pública, e não ao funcionário. Apenas o órgão ou entidade que manifesta a vontade estatal. A Constituição, no artigo 37, parágrafo 1º proíbe que conste em publicidade de

¹³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 68

¹³¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p. 144

atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos públicos, nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.¹³²

O princípio da publicidade traduz a exigência para a administração pública da disponibilização de todos os seus atos ao público, para que deles tome conhecimento, podendo, com isso, fiscalizar as atividades. Ela se concretiza pela publicação do ato no Diário Oficial ou edital afixado em local próprio. A partir da publicidade do ato que ele pode produzir seus efeitos. Pois, a publicidade dos atos que “evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.”¹³³

Para Fábio Konder Comparato:

“Numa república, ninguém pode exercer o poder em benefício próprio ou de grupos ou corporações às quais pertença, mas deve fazê-lo para a realização do bem público, que é o bem do povo (*res publica, res populi*).

Todos os atos oficiais dos agentes públicos devem ser submetidos ao regime de integral publicidade. Todo cidadão tem o direito fundamental de saber a verdade e tomar conhecimento daquilo que foi feito em nome do povo, do qual ele, cidadão, é um dos componentes.”¹³⁴

O princípio da publicidade eventualmente é excepcionado, para se preservar a intimidade dos envolvidos, ou nos casos de segurança nacional. Fora dessas hipóteses excepcionais, a regra é a publicidade dos atos.¹³⁵

Foi a Emenda Constitucional nº 19/98 que inseriu no artigo 37 o princípio da eficiência no rol dos princípios da administração pública. O Superior Tribunal de Justiça já reconhecia a sua existência mesmo antes de positivado no texto constitucional. O termo já aparecia na legislação relacionado à prestação de

¹³² PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 71

¹³³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 317

¹³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 635

¹³⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 317

serviços públicos, como no artigo 123 da Lei Orgânica do Município de São Paulo de 04 de abril de 1990.¹³⁶ Mas a inserção foi feita para “pretender garantir maior qualidade na atividade pública”.¹³⁷

“(…) O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.”¹³⁸

Para este estudo interessa o **princípio da moralidade**, que foi propositalmente deixado ao final das definições dos princípios explícitos. Para Rui Barbosa o princípio da moralidade merece destaque, pois “(…) a República é o governo dos homens sujeitos à lei, debaixo de uma responsabilidade inevitável”.

¹³⁹

O destaque ao princípio da moralidade se destaca por ser “um elemento primordial dessa execução, coadunada com a Ética e com as normas jurídicas.” Ao atuar de forma diversa, o agente público estará “infringindo a lei e a moralidade” o que o torna moralmente inabilitado “para o exercício da função pública, além de que poderá ser penalizado disciplinarmente, administrativamente, politicamente e ainda sofrer penalizações que a tipologia específica dos atos de improbidade”¹⁴⁰

Assim, a verificação apenas da legalidade não basta para justificação da ação administrativa.

¹³⁶ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 148

¹³⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 317

¹³⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 148

¹³⁹ BARBOSA, Rui. Discursos Parlamentares. Tomo III, Vol. XLI 1914. Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. p. 87

¹⁴⁰ CARVALHO, Luciano Limírio de. A Moral, o Direito, a Ética e a Moralidade Administrativa. Artigo disponível em <<http://www.fucamp.edu.br/wp-content/uploads/2010/10/9-A-moral-o-direito-a-%23U00c3%23U00a9tica-e-a-Luciano.pdf>> Acesso em 4 de março de 2013. p. 6

“Antes de 1988, o controle era estritamente de legalidade, não alcançava o mérito da ação administrativa, quer dizer, sua conveniência e oportunidade. Entretanto; a Lei Magna tornou obrigatórios, e, portanto, judicialmente imponíveis princípios: moralidade, impessoalidade, publicidade e até eficiência. (...)”¹⁴¹

Porém, mesmo antes da sua inclusão no texto constitucional, o tema já era relevante e significa a preocupação com a ética¹⁴² na condução dos negócios públicos.

O princípio da moralidade exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. Além de previsto nos artigos 37, caput, e 5º., LXXIII, da Constituição, o Decreto-lei nº. 2.300 o incluía no artigo 3º. com o nome de princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder.

Para Celso Antonio Bandeira de Melo, de acordo com o princípio da moralidade:

“(...) a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que as sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. p. 140.

¹⁴² No que se refere à ética, destaca-se: “Tal equivale dizer que só o ser humano é dotado de **liberdade**, e por, conseqüente, de **responsabilidade**; isto é, só ele é capaz de escolher conscientemente as finalidades de suas ações, finalidades que podem se revelar boas ou más para si e para outrem, devendo, portanto, o agente responder perante os demais pelas conseqüências de seus atos. Em outras palavras, só o homem, como Aristóteles havia assinalado, é, pela sua própria essência, um ser ético, que tem consciência do bem e do mal, capaz das maiores crueldades e vilanias, assim como dos gestos mais heroicos e sublimes.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 463)

fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.”¹⁴³

Significa, para o direito, que as regras morais de conduta são padrões juridicamente exigíveis das autoridades e dos membros da Administração¹⁴⁴. As leis não devem ser utilizadas para os interesses particulares de um grupo de cidadãos ou de políticos.¹⁴⁵

“Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.”¹⁴⁶

Conforme escreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a expressão “moralidade administrativa”, embora tenha sido erigida em princípio constitucional a ser atendido pela Administração Pública, não é de “compreensão instantânea e rigorosa”. A locução “abrange o sentido ético da conduta do administrador,

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120

¹⁴⁴ O princípio da moralidade, pode-se dizer, “sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011)

¹⁴⁵ Logo, o princípio impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. O Administrador deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 315

visando a fazer coincidir o *licitum* com o *honestum*". O professor explica que isso quer dizer que "em face da moralidade administrativa o que não é honesto é ilícito, mesmo que formalmente se atenha às normas vigentes"¹⁴⁷

A distinção entre Direito e Moral constitui um dos pontos mais complexos da Filosofia do Direito¹⁴⁸. Ambos podem ser representados por círculos concêntricos. O maior corresponderia à Moral e o menor ao Direito. Nem tudo o que é legal, é honesto, diz o brocardo de ampla aceitação.¹⁴⁹

Segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, "muitas imposições da moral são imposições que se encontram também no direito." A filosofia jurídica reconhece que as "fronteiras da legalidade não excluem os postulados da moralidade".¹⁵⁰

A esse respeito, pede-se vênia para transcrever a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

"Abstração feita das discussões em torno das semelhanças e diferenças, acaso existentes, entre direito e moral, mas retendo, desse debate, a conclusão de que, originariamente

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. "A moralidade repudia frontalmente o brocardo *non omne quod licet honestum est*."

¹⁴⁸ A teoria do "mínimo ético" afirma que o Direito representa um mínimo de moralidade. Neste sentido, "tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico." Entretanto, não existem apenas, em relação à Moral, o "imoral", mas também o "amoral" e o "indiferente". Explica Miguel Reale que há um campo da Moral que não se confunde com o campo jurídico. Nem tudo o que é tutelado pelo Direito é moral. A primeira característica de diferenciação seria que o Direito se refere à conduta externa e a Moral à conduta interna: o Direito parte da intensão visando o ato exteriorizado e a Moral parte da exteriorização do ato visando mais sua intenção. A segunda seria a coercitividade. O direito recorre à força caso haja uma falha no cumprimento espontâneo. No caso do descumprimento das regras morais, não há esse recurso à força. a diferença entre coercitividade e coercibilidade, ou seja, da coação "in acto" e da coação "in potentia". Para autores como Jhering, norma e coação são elementos inseparáveis. Em virtude dessa doutrina, muitos autores passaram a usar coação e coercibilidade incisivamente. Conclui-se que o Direito é coercível, e a Moral é incoercível. (ver Reale, Miguel) Para Kelsen, "Uma distinção entre Direito e Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem o proibem, mas no *como* elas prescrevem ou proibem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer uma linha de conta, portanto, o emprego da força física" (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. Tradução João Baptista Machado; preparação do original Márcio Della Rosa. p. 71)

¹⁴⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 77.

¹⁵⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 4

amalgamadas, em determinado momento histórico, essas duas tábuas de valores vieram a separar-se, no curso do processo de racionalização do poder, mas não perderam os vínculos de parentesco, pode-se dizer que a reverência que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de pôr em destaque que, em determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável. Sendo o direito o mínimo ético indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem duplamente conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também às de natureza moral. A essa luz, portanto, o princípio da moralidade densifica o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar improbidade administrativa e acarretar-lhe a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, se a sua conduta configurar, também, a prática de ato tipificado como crime, consoante o disposto no § 4º do art. 37 da Constituição.”¹⁵¹

A regra da moralidade foi primeiro introduzida na esfera jurídica no direito civil, “por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural”¹⁵²

Conforme conta Maria Sylvia Zanella di Pietro, o primeiro a cuidar da questão da moralidade no âmbito do interesse público foi Maurice Hauriou, que a definiu como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 883

¹⁵² PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004 P. 77

Administração”¹⁵³. Não há, portanto, uma correspondência exata entre a moral aplicada no âmbito público e a moral social.¹⁵⁴ Explica Celso Antonio Bandeira de Melo:

“Márcio Cammarosano, em monografia de indiscutível valor, sustenta que o princípio da moralidade não é uma remissão à moral comum, mas está reportado aos valores morais albergados nas normas jurídicas.²⁹ Quanto a nós, também entendendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.”¹⁵⁵

O novo formato constitucional do princípio da moralidade, como conteúdo da validade da atuação administrativa, deu-lhe autonomia e efetividade. Antes disso, o controle jurisdicional da moralidade administrativa já havia sido introduzido no Direito Constitucional Brasileiro estava restrito ao

¹⁵³ “A moralidade administrativa para Welter, e para seu mestre Hauriou, nada mais é do que a obediência às regras de boa administração, entendida esta locução não em seu sentido comum, mas enquanto interpretação finalística do sistema jurídico, tendo em vista a missão à qual a administração pública está afeta, e associada às idéias de função e de interesse público. O controle da moralidade administrativa, para esses juristas, bem examinado, coincide com o princípio da legalidade em sentido amplo, isto é, com uma interpretação finalística do direito. (...)” (ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 25 de outubro de 2013)

¹⁵⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 77 e 78. Nesse sentido, Fábio Medina Osório explica: “A ética pública mantém uma distinção com respeito à ética privada, visto que essa última está vinculada unicamente à moral crítica e suas sanções são exclusivamente internas e autônomas. É normal e frequente questionar a validade de uma real distinção entre ética pública e privada, mas resulta evidente que o setor público está acostumado a ter uma ética específica, peculiar, em que há deveres públicos distintos dos deveres privados das pessoas.” (OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27)

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120

exercício da ação popular¹⁵⁶, com a atribuição constitucional conferida a qualquer cidadão de propô-la com vista em impugnar ato lesivo a moralidade administrativa. O agente público, na prestação de atividade administrativa, tem o dever constitucional de se pautar pela ética, ou seja, sem violar a moral vigente na sociedade¹⁵⁷. E a esse dever corresponde ao direito público subjetivo de todo a cidadão ao trato ético da coisa pública, ou seja, todo a cidadão tem direito aa administração honesta e moral.¹⁵⁸

“A consagração da moralidade entre os princípios da administração pública, ao lado da legalidade e da eficiência, foi uma das maiores novidades da Constituição de 1988. A primeira consequência é que agora a regra moral foi incorporada ao direito, sendo de cumprimento obrigatório.

Há muito tempo o direito fala em moralidade administrativa, mas contrapunha o princípio moral à regra jurídica, única cujo cumprimento seria obrigatório. A doutrina francesa desenvolveu as noções de interesse público e desvio de poder, além de situar a noção de interesse geral como elemento essencial do serviço público. Já afirmava, também, a obrigação de atuação sempre desinteressada do funcionário.

¹⁵⁶ “(...) traduz a ação popular um instituto cívico moralizador por excelência, exatamente por outorgar ao cidadão a tarefa de vigilância sobre a atuação governamental e àquele conferir legitimidade para questionar em juízo a conduta e as decisões adotadas pelos representantes/governantes. E, sob esse particular aspecto, a ação popular distancia-se da ação civil pública, cujo objetivo é equiparar o grupo – as associações – para titularizar demandas, não só contra ato do Poder Público, mas também contra grupos econômicos que persigam interesses conflituosos. Basta para tanto verificar os dados apresentados na nota nº 166, a qual denota a quantidade razoável de ações civis públicas propostas no campo trabalhista e do consumidor – contra entidades privadas.” (CAGGIANO, Monica Herman Salem. Oposição na Política. Propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Ed. Angelotti, 1995. p. 113)

¹⁵⁷ “Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo o que é legal é honesto (...). A moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum” (Tribunal de Justiça de São Paulo 7ª Camara, Apelação nº 193.482-1/7, Relator Desembargador Leite Cintra, j. 09.12.1993, v.u., publicado o acórdão na Revista dos Tribunais nº 706/63)

¹⁵⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17

No aprendizado tradicional do direito, explorava-se sempre a dicotomia entre a norma jurídica, com sua potencial aplicação coercitiva, e a regra moral. A consagração constitucional, entretanto, coloca a norma moral de conduta no âmago do sistema jurídico, submetendo seu descumprimento a sanções que podem variar da órbita disciplinar à da responsabilidade civil e mesmo penal.”¹⁵⁹

A ideia de imoralidade administrativa surge ligada ao desvio de poder. Entendia-se que em ambas as hipóteses a administração pública se desvia da busca pelo interesse público, utilizando meios ilícitos na busca de “finalidades metajurídicas irregulares”¹⁶⁰ Não deixa, assim, de se relacionar com a ilegalidade, na medida que atinge os atos administrativos quando aos seus fins.

“Nesse aspecto, a legalidade, que é a cerne de todos os demais princípios constitucionais (expressos e implícitos), deve ser compreendida como legalidade ética, vale dizer, legalidade associada aos valores morais, que consubstanciam a ideário moral vigente na coletividade.”¹⁶¹

A inclusão do princípio no rol do caput do artigo 37 traduz a preocupação com os valores éticos¹⁶² no trato da coisa pública, de forma que o

¹⁵⁹ Consulta nº 03/2012 da Comissão de Ética do Estado de São Paulo – Declaração de voto: Eduardo Muiyaert.

¹⁶⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 78

¹⁶¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17

¹⁶² “Lei estadual que autoriza a inclusão, no edital de venda do Banco do Estado do Maranhão S.A., da oferta do depósito das disponibilidades de caixa do tesouro estadual. (...) Alegação de ofensa ao princípio da moralidade administrativa – Plausibilidade jurídica (...). O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.661-MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 5-6-2002, Plenário, DJ de 23-8-2002)

interesse público não seja sobrepujado por interesses privados¹⁶³. Mesmo que não configure, em uma análise superficial, um prejuízo financeiro aos cofres públicos, toda a atuação dos agentes públicos deve ser pautada não apenas pela legalidade formal, mas a moralidade. Em conjunto, os princípios administrativos, especialmente o da legalidade, moralidade e impessoalidade, resguardam a finalidade pública dos atos da administração¹⁶⁴.

“A moralidade significa a ética da conduta administrativa, a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, v. g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado e moralmente aceito.”¹⁶⁵

A sociedade considera atos atentatórios contra a moralidade pública atos como a corrupção em si, o peculato, o tráfico de influência, a nomeação desenfreada de parentes, mordomias e os gastos exorbitantes com verba publicitária, que seriam o mau uso do dinheiro público.

¹⁶³ “(...) é consentânea com a Carta da República previsão normativa asseguradora, ao militar e ao dependente estudante, do acesso a instituição de ensino na localidade para onde é removido. Todavia, a transferência do local do serviço não pode se mostrar verdadeiro mecanismo para lograr-se a transposição da seara particular para a pública, sob pena de se colocar em plano secundário a isonomia – art. 5º, cabeça e I –, a impessoalidade, a moralidade na administração pública, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior, prevista no inciso I do art. 206, bem como a viabilidade de chegar-se a níveis mais elevados do ensino, no que o inciso V do art. 208 vincula o fenômeno à capacidade de cada qual.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324, voto do Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 16-12-2004, Plenário, Diário da Justiça de 5-8-2005)

¹⁶⁴ “(...) Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011)

¹⁶⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios Constitucionais reguladores da administração pública: Agentes públicos - Discricionariedade Administrativa. Extensão da Atuação do Ministério Público e Controle do Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 2000. p. 28

“O leitor certamente se irrita tanto quanto este velho operador do direito diante desse costume hediondo, aético, imoral, escorchante em relação aos proprietários. E isso quando o nível de desperdício de dinheiro público é monumental no Brasil. O grande economista brasileiro, Raul Velloso, diz que é impressionante o que se desperdiça dos quase 40% de carga tributária em relação ao PIB, que consta do orçamento brasileiro como receita tributária. Por isso, é evidente que nos revoltamos. Felizmente, eu espero que a atual geração de jovens cidadãos consiga mudar aquilo que nós, os velhos, não conseguimos. Espero que os jovens consigam ensinar aos governos o respeito à Constituição, como nós sempre procuramos respeitar.”¹⁶⁶

Segundo Odete Medauar:

“(…) O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral. A percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, festoa do contexto e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração. Por exemplo: em momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de

¹⁶⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Conheça a Constituição: Comentários à Constituição Brasileira. Barueri: Manole, 2005. p. 67

automóveis de luxo para “servir” autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade.”¹⁶⁷

Porém nem sempre é clara essa situação em que uma conduta mesmo legal, ser considerada imoral e portanto, infringir a ordem jurídica; Interessante notar que a inclusão da moralidade como princípio autônomo influir o julgamento da validade dos atos administrativos e da conduta dos administradores e agentes públicos no sentido de se analisar autonomamente a observância à moralidade¹⁶⁸. Mas é certo que muitas “normas jurídicas, constitucionais ou infraconstitucionais, estão voltadas não somente à tutela de valores jurídicos como também à salvaguarda de valores éticos”¹⁶⁹ Por essa razão, Eduardo Muiyaert, em sua declaração de voto na consulta nº 03/2012 da Comissão de Ética do Estado de São Paulo, entende:

“(...) o valor ético já está tutelado pela regra do direito, de sorte que a violação seria da norma jurídica, não se podendo falar em violação autônoma também da ética.”¹⁷⁰

Ou seja, por esse raciocínio, não há uma violação ética sem que haja também uma violação legal. Nem sempre essa análise é tão simples. Essa discussão é o foco de muitos julgamentos de Comissões e Tribunais de Ética¹⁷¹ e,

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 145

¹⁶⁸ Não se pode mais, hoje, dissociar os dois planos. Como afirma o Ministro Gilmar Mendes, “Não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável.” E ressalta a Ministra Carmen Lúcia que “Talvez quando se fale de moralidade administrativa mais se pense em sua face inversa, na perversão de seus elementos, em seu descumprimento, que é a corrupção administrativa.” (Consulta nº 03/2012 da Comissão de Ética do Estado de São Paulo – Declaração de voto: Eduardo Muiyaert.)

¹⁶⁹ Consulta nº 03/2012 da Comissão de Ética do Estado de São Paulo – Declaração de voto: Eduardo Muiyaert

¹⁷⁰ Consulta nº 03/2012 da Comissão de Ética do Estado de São Paulo – Declaração de voto: Eduardo Muiyaert.

¹⁷¹ Um exemplo é a discussão da Consulta nº 01/2012 da Comissão de Ética do Estado de São Paulo que trata da Contratação dos estúdios Maurício de Souza pela empresa AMBEV com vistas à elaboração de material socioeducativo (cartilhas, filmes, peças de teatro, quadrinhos etc.) dirigido a crianças e adolescentes no sentido de se prevenir sua adição a substâncias alcoólicas, bem como seu consumo precoce, e a ser distribuído e divulgado, sem ônus, pelo governo estadual, mas com o apoio institucional como *conditio sine qua non*. A discussão entre os conselheiros se pautou pela observância da ética, mesmo que, em tese, o interesse público na distribuição do material estivesse presente e não havia em um primeiro momento, uma infração à ordem legal. “(...) O estado não pode fazer acordos clandestinos, a regra inafastável é a

em casos de improbidade administrativa. Afinal, “a ausência de lei formal não autoriza a Administração a ignorar deveres que decorrem do núcleo de princípios constitucionais”¹⁷²

Conforme ementa de Ação Direta de Inconstitucionalidade relatada por Eros Grau:

Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.¹⁷³

Pode-se dizer, em apertada síntese, que há a afronta o princípio da moralidade toda vez que o administrador agir visando interesses pessoais, com o fim de tirar proveito para si, familiares ou amigos, ou editar atos maliciosos ou

transparência, e a possível associação, ainda que limitada aos termos propostos, representa o endosso, o empréstimo do prestígio do estado a uma empresa em conflito com a autoridade pública e que, ainda mais, se encontra em violenta competição no mercado. Não seria ético, assim, pedir ajuda ao bode para tomar conta da horta, mesmo que o bode permanecesse escondido.” (Declaração de voto: Conselheiro Eduardo Muiyaert) “Certamente, a empresa divulgará entre os acionistas e para o público em geral, por meio de seu “balanço social” e outros meios, a prática de atos de “responsabilidade social”, e é saudável que o faça, pois induzirá outras empresas a cumprirem sua responsabilidade perante a sociedade em geral. Mas, está claro que no material a ser produzido não haverá qualquer menção ao nome da empresa e muito menos propaganda de seus produtos. E o Governo do Estado, que não arcará com qualquer custo, além do controle prévio das diretrizes do material, por meio de uma comissão externa à empresa, terá todas as condições de controlar o efetivo cumprimento desse compromisso por parte da companhia, bastando para tanto que recuse qualquer material que não o cumpra e não o veicula em suas escolas.” (Declaração de voto vencido do membro Kazuo Watanabe) “6.1. Lembráramos, em primeiro lugar, que ética não se confunde com moral nem com o próprio direito. Com efeito, ética provém do grego Ethos, e significa simplesmente caráter, escrúpulo, honestidade, transparência. Ou, ainda, probidade, decência, sobriedade. Ou seja, éticas são as pessoas que têm integridade de caráter, que detêm a qualidade de conduta reta e, sobretudo, digna. O equivalente, mais ou menos, desse conceito, para os romanos, era a palavra *moris* que, contudo, significa pura e simplesmente costume, consuetudine, maneira correta de fazer algo ou de agir com relação aos outros, de forma objetiva (nos contratos, por exemplo). A partir daí forçoso é de se reconhecer um conflito permanente entre o pragmatismo dos romanos e o idealismo dos gregos. Para estes, além do simples costume que pode até se transformar em uma lei, numa norma obrigatória, mas transitória e mutável, há o espírito que anima a própria lei, ou seja, o valor ético que com ela não se confunde. E pelo mesmo raciocínio não se poderia confundir direito e moral, só que aqui tomada como ética, pela maioria dos doutos.” (Voto do Relator - José Geraldo Brito Filomeno)

¹⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Proposta pela Associação dos magistrados Brasileiros em face da Resolução nº 7, de 14.11.2005, do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁷³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 8-6-2006, Plenário, DJ de 29-9-2006

desleais, ou ainda, “atos caprichosos, atos exarados com o intuito de perseguir inimigos ou desafetos políticos, quando afrontar a probidade administrativa, quando agir com má-fé ou de maneira desleal”¹⁷⁴. Assim, o princípio da moralidade não se confunde com a legalidade, tendo existência autônoma.¹⁷⁵

1.3.1 Necessidade de tutela da moralidade pública

Ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como norte para a atuação da administração pública, certamente a Constituição Federal, por consequência, consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público *amoral* ou *imoral*.¹⁷⁶

É importante adotar os padrões éticos na conduta pública e isso não se alcança enaltecendo a moralidade no texto sem que sem haja algum instrumento jurídico para lhe dar cumprimento. Sem, em outras palavras que exista lei que garanta a punição às suas infrações. Elevar a moralidade ao status de princípio constitucional constitui um passo importante para a tutela da moralidade, mas inócuo se não se refletir no ordenamento.

Na defesa do regime democrático, não basta que se exija tão somente a defesa de direitos e liberdades contra o Estado. Também é exigível a defesa dos mesmos “contra quaisquer poderes sociais de facto”¹⁷⁷. A própria sobrevivência da democracia dentro do Estado de Direito, depende de que se proteja a moralidade e a probidade, e se afaste das funções públicas aqueles que

¹⁷⁴ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 25 de outubro de 2013. p. 12

¹⁷⁵ Esta posição, isto é, a compreensão do princípio da moralidade com um “plus” ao princípio da legalidade, inclusive enquanto autônomo em relação a este, é a aceitação de valores éticos e morais pelo sistema jurídico, valores que se espraiam por todo sistema porque ajudaram a compor o perfil constitucional do Estado adotado por uma determinada sociedade em uma determinada época” (ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 25 de outubro de 2013. p. 13)

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 316

¹⁷⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal da moralidade e probidade administrativas. Tese 9. I Congresso do Patrimônio Público e Social. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico>. Acesso em 09 de março de 2014

ostentam inabilitação moral para o exercício de funções. Não pode o Estado se abster de “recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”.¹⁷⁸

Assim, não basta organizar adequadamente as funções do Estado para se que consiga atingir a finalidade de evitar a ineficiência, o abuso de poder, a atuação contrária ao interesse público, a busca de se satisfazer interesses particulares e resguardar a moralidade. São necessários instrumentos de controle. Para isso, servem a adoção de sistemas de “freios e contrapesos”, com a fiscalização mútua dos poderes entre si, e instrumentos legais específicos para as mais várias e complexas situações.

Por isso é que a Constituição de 1988 não se limitou a mencionar a moralidade como um dos princípios, mas aponta instrumentos de sancionamento de sua observância. A primeira delas já foi mencionada, e se trata da Ação Popular¹⁷⁹, que pode ser proposta por qualquer cidadão para 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”¹⁸⁰.

Celso de Melo assim se expressa em relação ao tema:

"A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal da moralidade e probidade administrativas. Tese 9. I Congresso do Patrimônio Público e Social. Disponível em

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico>.

Acesso em 09 de março de 2014

¹⁷⁹ Discute-se, porém, a possibilidade de se utilizar o princípio da moralidade como causa de pedir autônoma. A jurisprudência, de modo geral, sempre exigiu a conjugação da ilegalidade e com a lesividade. Na dificuldade dos casos concretos, não basta que se alegue a infração à moralidade, sendo necessário o desatendimento de alguma norma escrita e a demonstração do prejuízo efetivo ou potencial, mesmo que Presumido. (GOMES, Márcia Patrícia Pereira. Ação Popular enquanto controle dos atos lesivos ao patrimônio público: o monitoramento da moralidade administrativa. 2005. Boletim Jurídico. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1783>>. Acesso em 17 maio 2010).

funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais".¹⁸¹

A sanção por condutas de improbidade administrativa também é extraída da Constituição Federal, que, no parágrafo 4º do artigo 37 prevê "suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei". Adiante será analisada a Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, editada com o intuito de prever quais seriam os atos de improbidade e regular as sanções. Note-se que a condenação por improbidade não exclui a sanção na esfera penal, pois se tratam de diferentes instâncias de responsabilidade.¹⁸²

Atos de improbidade administrativa também estão tipificados no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10-7-2001). Este diploma legal regulamenta os artigos. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo as diretrizes e os instrumentos gerais da política urbana que regulam uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como

¹⁸⁰ Inciso LXXIII do artigo 5º, que prevê também a isenção de custas judiciais e ônus da sucumbência, exceto no caso de má-fé na propositura da ação.

¹⁸¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade-MC n 2.661, Relator. Celso de Mello, DJ de 23-8-2002.

¹⁸² Quanto a esse tema, cabe lembrar a disposição do artigo 935 do Código Civil, que diz: "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal." Isso ocorre porque não pode haver decisões colidentes em relação aos fatos e sua autoria, o que romperia com a unicidade e a lógica do sistema. Os nossos tribunais já se manifestaram diversas vezes sob o tema: "O Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiterado a independência das instâncias penal e administrativa afirmando que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. (MMSS 21.708, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 18.05.01, 22.438, Relator Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98, 22.477, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 14.11.97, 21.293, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ 28.11.97). Segurança denegada. (STF - MS 23188, Relator(a) - Ellen Gracie RJ- Rio de Janeiro) RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL – INDEPENDÊNCIA. A jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido da independência das responsabilidades administrativa e penal. A exceção corre à conta de situação concreta em que, no campo penal, hajam ficado patenteadas a inexistência da materialidade ou a negativa de autoria. (STF - MS nº 22.476-2/AL, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 3-10-1997) "(...) VII - A jurisprudência desta eg. Corte de Justiça é firme no sentido da independência entre as esferas penal e cível, a não ser que na primeira seja reconhecida a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria. (...)" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Recurso Especial 1103011/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 12/05/2009, Diário da Justiça Eletrônico 20/05/2009)

do equilíbrio ambiental. A própria Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990 traz no seu bojo a preocupação com a probidade dos servidores, prevendo a demissão nos casos de improbidade e corrupção, entre outras hipóteses.

A Constituição também prevê os crimes de responsabilidade, estando os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração passíveis de processo.¹⁸³ Os crimes de responsabilidade do Presidente da República e Ministros de Estado estão disciplinados na Lei 1.079 de 10 de abril de 1950. A Lei do Impeachment de 1950 já considerava a corrupção razão para o impedimento do exercício de cargo público ou mandato, tendo como parâmetros a probidade na Administração.

O Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, ainda em vigor, define os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais e Vereadores.

A legislação penal cuida de tutelar a administração prevendo no Título XI os crimes contra a administração pública, tanto os praticados por funcionários públicos¹⁸⁴ quanto por particulares. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

“A objetividade jurídica dos crimes contra a Administração Pública é a sua normalidade funcional, probidade, moralidade, eficácia e incolumidade. (...)”¹⁸⁵

Somam-se a essas, a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, que trata do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

No plano eleitoral, há um extenso rol de inelegibilidades que visam afastar os moralmente inabilitados da função pública. A Lei Complementar 135 de

¹⁸³ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

¹⁸⁴ Para o Direito Penal, funcionário público é quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. (artigo 327, caput) e equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (§ 1º)

4 de junho de 2010 foi editada para maior a proteção da moralidade pública, funcionando, ao lado da ação de impugnação de mandato eletivo, que tem por objetivo impugnar o mandato obtido com abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, como um dos instrumentos eleitorais que buscam preservar a moralidade pública.

Também é possível encontrar na legislação eleitoral, instrumentos que visam limitar as despesas eleitorais e evitar abusos, bem como um extenso rol de crimes eleitorais.¹⁸⁶

Pode-se ressaltar também a Ação Civil Pública como uma forma de proteger a moralidade. Ela é prevista para a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social; e por infração da ordem econômica. Assim, por via indireta também se presta à proteção da moralidade, quando ligada à boa gestão pública.

“O imperativo da boa gestão pública se aplica, pois, a todos os Poderes de Estado, a todo o setor público, não importando nem a qualidade do órgão ou de seus titulares. Tem-se um panorama de obrigações cada vez mais intensas aos gestores públicos, os quais não se tornam menos responsáveis apenas por cumprirem ditames burocráticos das regras e procedimentos legais. A legitimação pelas formalidades persiste válida, mas é essencialmente

¹⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 5 Parte Especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados contra prefeitos (Lei 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2

¹⁸⁶ O financiamento eleitoral não é objeto deste estudo, porém cabe uma observação interessante. Na Áustria a legislação referente as doações eleitorais dava muito mais liberdade às doações e quase nenhuma transparência. Com o intuito de resgatar a confiança da população nos políticos, concordaram e mudar as regras colocando algumas limitações e normas visando maior transparência. Dentro de certos limites é permitida a doação anônima e existem algumas proibições. As normas referentes a doação eleitoral estão no § 6 do “Federal Act on the Financing of Political parties (Political Parties Act 2012) [*Parteiengesetz* 2012]) publicada na Federal Law Gazette I nº 56/2012

complementada pela lógica dos resultados e da técnica correta no manejo de competências discricionárias.”¹⁸⁷

Além dos acima mencionados, prestam-se a tutelar a moralidade os Conselhos de Ética. Existem Conselhos de Ética em no Poder Legislativo, no Poder Executivo e no Poder Judiciário, em todos os níveis da Federação Brasileira.

Conta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

“A existência de um órgão especializado que fiscalize a realização do orçamento e a aplicação do dinheiro público pelas autoridades que o despendem, é necessidade de há muito sentida, no Brasil e fora dele. Entre nós, já no Império, tentou-se implantar um órgão com essas funções.

Todavia, foi o Governo Provisório que criou o Tribunal de Contas, pelo Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890. Tal decreto foi da lavra de Rui Barbosa, que também inspirou a inserção desse órgão de contas no texto constitucional (art. 89 da Lei Magna de 1891). E daí em diante o Tribunal de Contas está presente em todas as Constituições federais.”¹⁸⁸

Os Tribunais de Contas também servem à tutela da moralidade, na medida em que ajudam na fiscalização dos gastos públicos, analisando todos os aspectos envolvidos, à exceção do juízo discricionário, exceto quando fica flagrante o desvio de finalidade.¹⁸⁹ Tratam-se de órgãos que auxiliam¹⁹⁰ o Poder Legislativo¹⁹¹ a cumprir sua função de fiscalização.¹⁹²

¹⁸⁷ OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46

¹⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁸⁹ No entanto, o trabalho dos tribunais de contas ainda possui muitos problemas. “O ideal é que o Tribunal realize fiscalização concomitante dos principais atos de gestão no exercício em curso e aprecie e julgue todas as Contas no exercício imediatamente seguinte. Tal, porém, dificilmente ocorre; o que se verifica é que muitas Contas se arrastam por anos.” (VIEIRA, Luiz Sergio Gadelha. O futuro dos Tribunais de Contas. 2008. Disponível em <http://www.controlepublico.org.br/files/artigos_tecnicos/o_futuro_dos_tcs.pdf>. Acesso em 12 setembro de 2008)

Já a Controladoria Geral da União (CGU) foi criada pela Medida Provisória nº 2.143-31, de 2 de abril de 2001, e na época se chamava Corregedoria-Geral da União, integrando a Presidência da República. Com o advento da Lei nº 10.683, de 28 de Maio de 2003. As funções mantem-se basicamente as mesmas:

“assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.”

Assim, a Controladoria Geral da União se presta ao combate à corrupção, uma das formas de tutelar a moralidade pública. Uma das funções do órgão é buscar cumprir os acordos internacionais do qual o Brasil faz parte.

A preocupação com a tutela da moralidade pública alcança a administração pública em sentido amplo, ou seja, engloba atos legislativos, jurisdicionais e administrativos. Isso significa dizer que todo agente público deve ter a sua conduta de acordo com os parâmetros de moralidade, e os instrumentos jurídicos criados para essa proteção podem incluir todos os agentes ou apenas alguns, dependendo do âmbito da lei.

¹⁹⁰ CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

¹⁹¹ “Embora vinculado ao Legislativo, o Tribunal de Contas é assimilado aos tribunais judiciários no tocante às garantias de sua independência.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012)

¹⁹² Os Tribunais de Contas não aplicam sanções. “Os Órgãos de Contas dependem do Ministério Público e do Judiciário para aplicar as mais corriqueiras sanções aos responsáveis por comprovadas irregularidades nas contas públicas. Ambos, MP e Judiciário, não aceitam as conclusões firmadas pelas Cortes de Contas e passam a refazer provas processuais para que cheguem a suas próprias decisões. Em decorrência, os procedimentos processuais se eternizam e nunca se alcança um julgamento final a respeito da responsabilidade do gestor público.” (VIEIRA, Luiz Sergio Gadelha. O futuro dos Tribunais de Contas. 2008. Disponível em <http://www.controlepublico.org.br/files/artigos_tecnicos/o_futuro_dos_tcs.pdf>. Acesso em 12 setembro de 2008)

A saúde da democracia está intimamente ligada à moralidade. Se não há moralidade pública, pode o cidadão perder a confiança nas instituições e na lei.

Quando a lei e a moral estão em contradição, o cidadão se acha na cruel alternativa de perder a noção de moral ou de perder o respeito à lei, duas infelicidades tão grandes tanto uma quanto a outra e entre as quais é difícil escolher.¹⁹³

Há uma grande dificuldade na tutela da moralidade pública. Como escreveu em José Soriano de Souza:

“A responsabilidade presidencial a mais eficaz é a de ordem moral. Para um Presidente patriota e honesto é inútil uma lei repressiva, para o ambicioso e desfaçado é insuficiente.”¹⁹⁴

Cabe ao direito buscar formas de dar cumprimento ao princípio com a efetiva punição dos agentes públicos que conduzirem suas atividades em desrespeito à moralidade e probidade, sob pena de descrédito das instituições democráticas. Afinal, como diz o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma coisa é “ter, no corpo do ordenamento, leis punitivas, outra, dar-lhes efetividade.”¹⁹⁵

Essa preocupação é compartilhada no mundo todo. Assim, nascem leis que punem a corrupção praticada no exterior, que serão comparadas posteriormente com a legislação brasileira anticorrupção, como também tratados internacionais, que forçam as legislações nacionais a se adaptarem.

São realizadas diversas pesquisas no mundo para tentar entender o fenômeno da corrupção e organismos e organizações internacionais se mobilizam para estabelecer parâmetros de comparação entre os países.

¹⁹³ BASTIAT, Frédéric. A Lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p.16

¹⁹⁴ SOUZA, José Soriano de. Princípios Geraes de Direito Público e Constitucional. Recife: Casa Editora, 1893. p. 331

1.3.1.1 Agentes públicos

Cabe, antes de dar continuidade a exposição, fazer um pequeno e importante parêntese a respeito de quem são os agentes públicos, isto é, quem deve, dentro da estrutura do Estado submete-se ao princípio da moralidade e é objeto de vigilância pelas normas de tutela da moralidade. A resposta não poderia ser outra: todos os que mantêm algum vínculo com os entes Estatais.

Como define Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.¹⁹⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello assim esclarece:

“Esta expressão — agentes públicos — é a mais ampla 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 ocasionai ou episodicamente.

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os

¹⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 21

¹⁹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 431

contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.”¹⁹⁷

Para Odete Medauar, há confusão terminológica na linguagem jurídica, conforme explica:

“A Constituição Federal dá preferência à expressão servidores públicos, com a qual intitula uma seção; usa também o termo servidor em quase todos os dispositivos da matéria. Assim, Constituição Federal atribui a essa locução um sentido amplo, que tradicionalmente se conferia à expressão agentes públicos, para abranger todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com o poder público. Em textos legais menos recentes, é dado sentido amplo à expressão agentes públicos, pois era a de uso mais frequente antes da Constituição Federal de 1988 – por exemplo, o art. 327 do Código Penal.”¹⁹⁸

Há uma diferença entre os doutrinadores quando definem as espécies de agentes públicos. Para Odete Medauar, a classificação seria a seguinte:

- “a) *agentes públicos* – abrange todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder. A partir da Constituição de 1988, tende-se a utilizar a expressão “servidores públicos” com essa amplitude;
- b) *agentes políticos* – designa em primeiro lugar, os eleitos por sufrágio universal, detentores de mandato: Presidente da República, Governadores, Senadores, deputados, Prefeitos, Vereadores. Em segundo lugar, são assim considerados por grande parte da doutrina, os auxiliares imediatos dos chefes de Executivo; Ministros de Estado, Secretários de Estado,

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 244 e 245

Secretários Municipais ; no tocante aos eleitos, há normas básicas nas Constituições e Leis Orgânicas referentes aos seus direitos e deveres. Reina controvérsia quanto à inserção, neste segmento, de membros da Magistratura e do Ministério Público;

c) *servidores públicos* – na Constituição Federal de 1988, designa todas as pessoas físicas que trabalham nos entes estatais, de qualquer poder, inclusive os detentores de cargos; é o mesmo sentido da locução “agentes públicos”. Antes da Constituição Federal de 1988, a doutrina atribuía tal nome àqueles que trabalhavam nos entes estatais, sem ocupar cargos, por exemplo, os contratados;

d) *funcionários públicos* – expressão que, nos estatutos anteriores à Constituição Federal de 1988, denomina as pessoas legalmente investidas em cargos públicos, por exemplo, art. 3º do Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado de São Paulo – Lei 10.261/68, com alterações posteriores. Para os seus efeitos, o Código Penal atribui sentido amplo a essa expressão (art. 327, *caput* e § 1º)”¹⁹⁹

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro divide os agentes públicos da seguinte forma: “1. Agentes políticos; 2. Servidores públicos; 3. Militares; e 4. Particulares em colaboração com o Poder Público.”²⁰⁰ Celso Antonio fala em: “a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.”²⁰¹

Independente de qual seja a classificação adotada, entende-se que agente público deve ser considerado todo aquele que mantém qualquer vínculo

¹⁹⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 304

¹⁹⁹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 304 e 305

²⁰⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 431

²⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247

com entes estatais, de qualquer poder, é um agente público, e, portanto deve agir com probidade e ética.

1.4 A corrupção

O conceito de corrupção pode variar conforme os padrões culturais de cada sociedade, no entanto é possível encontrar pontos comuns a que essas definições fazem referência. Corrupção existe quando os interesses particulares são ilicitamente postos acima dos interesses coletivos e os ideais aos quais se compromete servir. Assim, pode-se defini-la genericamente como todo comportamento que busca o favorecimento ilícito, em troca de recompensa, em desacordo com os padrões normativos.²⁰²

Conforme ensina Montesquieu²⁰³, a corrupção começa com a corrupção dos princípios, deteriorando, na democracia, especialmente o princípio da igualdade. É reconhecida, nas democracias contemporâneas, como uma ameaça grave, talvez mais grave do que se apresenta em outros regimes.²⁰⁴

Apesar de apresentar consequências mais graves nas democracias, o tema da corrupção não é uma novidade e tampouco característica de determinado regime ou forma de governo. Não é exclusivo da realidade brasileira²⁰⁵, tampouco democrática, tampouco atual. Ele vem acompanhado a

²⁰² SANTOS, Homero dos. Corrupção e controle. Revista do Tribunal de Contas da União. v.29. n.75. Brasília, 1998. p. 57

²⁰³ MONTESQUIEU. O espírito das Leis. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1994.

²⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 18

²⁰⁵ A Itália se tornou famosa pela contaminação de suas instituições pela corrupção. Tradução livre de: "Os anos 80 se concluíram de uma maneira traumática para o nosso país. As sindicâncias judiciais sobre a corrupção e o consequente abalo do sistema político dramaticamente repropuseram um dos temas clássicos do desenvolvimento italiano. A incapacidade de desenvolver profundamente o processo de modernização, com a permanência de práticas de favoritismo que, infringindo as regras comuns, tendem a romper a confiança institucional a qual mostra uma cultura política cronicamente defeituosa. Nos últimos anos, o nível de institucionalização do sistema político não só não melhorou, mas piorou, afundando em um mar de ilegalidades, que ao final subtraiu cada legitimidade social. A constituição de uma esfera pública eficazmente regularizada por normas e princípios universais permanece assim um dos nós de fundo do desenvolvimento italiano. Que o nosso país se abrangesse para o generalizado, a adúladora corrupção, as práticas ilícitas eram um fato de qualquer maneira notório. Mas ninguém havia pensado em um cenário como aquele indicado pelas investigações de Mani pulite (Mãos limpas). Um sistema de corrupção e de ilegalidades tão extenso não só não era imaginável, mas

civilização humana ao longo dos tempos, desde o início da civilização, causando danos desde a antiguidade²⁰⁶.

“Na vida cotidiana das democracias, entretanto, a corrupção se insinua, seja no processo de escolha dos governantes – o processo eleitoral-, seja no processo de atuação dos mesmos – o processo governamental.”²⁰⁷

Contemporaneamente é objeto de preocupação de organismos internacionais, como ocorre, por exemplo, com a “Convenção Interamericana contra a Corrupção”²⁰⁸, primeiro tratado internacional sobre o tema.²⁰⁹ Na nova

põe, também em análise, uma série de problemas sobre sua compatibilidade em relação a uma economia de uma sociedade avançada” Tradução livre de: “Gli anni’80 si sono conclusi in modo traumatico per il nostro paese. Le indagini giudiziarie sulla corruzione e il conseguente crollo del sistema politico hanno dramaticamente riproposto uno dei temi classici dello sviluppo italiano: l’incapacità di svolgere sino in fondo il processo di modernizzazione, con il permanere di pratiche particolaristiche che, prevaricando le regole comuni, tendono a scompaginare quella fiducia istituzionale di cui la nostra cultura politica cronicamente difetta. Negli ultimi anni, il livello di istituzionalizzazione del sistema politico non solo non è migliorato, ma è addirittura peggiorato, sprofondando in un mare di illegalità, che gli ha tolto ogni legittimità sociale. La costruzione di una sfera pubblica efficacemente regolata da norme e principi universalistici rimane così uno dei nodi di fondo dello sviluppo italiano. Che il nostro paese si connotasse per il diffuso, la strisciante corruzione, le pratiche illecite era un fatto in qualche misura noto. Ma nessuno era arrivato a pensare uno scenario come quello tracciato dalle indagini di Mani pulite. Un sistema di corruzione e di illegalità così esteso e diffuso non solo non era immaginabile, ma pone, anche ex post, una serie di problemi circa la sua compatibilità rispetto ad una economia e una società avanzate”. (MAGATTI, Mauro. Corruzione Politica e Società Italiana. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1996 p. 9 a 10)

²⁰⁶ Vide MACMULLEN, Ramsay. Corruption and the decline of Rome. New York: Vail-ballou Press, 1928.

²⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 18

²⁰⁸ Conforme informações da Transparência Brasil: A Convenção Interamericana contra a Corrupção foi adotada pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 29 de março de 1996 e aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002. Ela entrou em vigor, no Brasil, nos termos de seu artigo XXV, em 24 de agosto de 2002 e foi promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, com reserva para o Art. XI, parágrafo 1, inciso c. Adotada como um instrumento de combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas, ou especificamente vinculadas a esse exercício, a Convenção pretende que sejam reforçadas as instituições democráticas e evitadas distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social. Assim, ela pretende levar os Estados a envidarem todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção por intermédio da criação e do fortalecimento dos mecanismos voltados para tanto, inclusive aqueles que envolvam a cooperação entre os Estados.” (Estudo de conformidade do ambiente institucional brasileiro com a Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos. Abril de 2003. Disponível em <http://www.transparencia.org.br/docs/OEA_Brasil.pdf> Acesso em 28 de junho de 2013)

era de cooperação internacional, procura-se alinhar a regulação e a condenação, com o compartilhamento de informações entre fronteiras, incluindo práticas ilegais de mercado e nomes de terceiros envolvidos.

A professora Monica Herman S. Caggiano explica essa preocupação internacional, notadamente em razão da integração do comércio e dos mercados financeiros, o que justificaria a preocupação internacional.

“Espelhando essa preocupação, a esse passo em espectro internacional, há o conhecido *Índice de Percepção da Corrupção* (IPCorr), uma tentativa da Universidade de Göttingen e que foi adotado pela *Transparência Internacional* (TI), uma ONG com sede em Berlim e que tem por meta a erradicação do fenômeno no mundo. Nesse propósito e com uma atuação de bastante evidência, essa entidade elabora e publica periodicamente o ranking dos países em matéria de corrupção, com base exatamente no *IPcorr*, ou seja, no grau perceptível de corrupção. A revista *The Economist*, edição de 30 de junho a 6 de julho/2001, divulgou o índice, apresentando uma escala em que a Nigéria encabeça a lista dos mais corruptos e o Brasil ocupa 46ª posição (...).²¹⁰

Corrupção, considerada em seu sentido amplo, é todo ato que envolve a troca de um bem material, dinheiro ou favor por algo ilícito. A corrupção política ocorre quando esse recurso é utilizado para obter poder, e é uma das formas de corrupção mais preocupantes, pois atinge as bases da democracia, da representação e os princípios republicanos de bem comum.

Dircêo Torrecillas Ramos explica corrupção como sendo “o ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. Devassidão, depravação,

²⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 5 Parte Especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados contra prefeitos (Lei 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77

²¹⁰ CAGGIANO, Monica Herman. Corrupção e Financiamento das Campanhas Eleitorais. Corrupção e Financiamento das Campanhas Eleitorais. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 119 e 120. Em 2013 a posição do Brasil caiu para 72º, subindo para 69º em 2014.

perversão. Suborno, peita”.²¹¹ Derivada do latim *corruptus*, a palavra corrupção é designativa de forma de comportamento incompatível com a ética, a moralidade e a virtude civil. A Transparência Internacional a emprega no sentido de locupletamento, isto é, quem se vale de mandato para utilizá-lo em seu próprio proveito.

“É difícil definir e medir corrupção. A convenção da ONU não a define. A legislação nacional freqüentemente apenas lista exemplos de atividades específicas, tais como suborno, ao invés de tentar definir a corrupção propriamente dita. A palavra, em inglês, carrega conotações de deterioração moral generalizada e decadência. Traduções para línguas diferentes podem carregar significados diferentes. A Transparência Internacional, a ONG internacional anticorrupção, seguramente a definiu como ‘o uso do cargo público para benefício privado’. O Banco Mundial adotou esta definição. Posteriormente a TI expandiu sua definição para incluir ‘o uso do poder confiado para ganhos privados’, incluindo assim funções governamentais que haviam sido privatizadas. Ambas as definições enfatizam atos individuais e crimes econômicos. Elas não abrangem as qualidades do sistema e os abusos de poder que não envolvem dinheiro. Eles também silenciam sobre a corrupção no setor privado e nas ONGs (incluindo organizações religiosas). Concepções mais amplas, no entanto, podem fazer com que seja mais difícil lidar com a corrupção – como lidar com o ‘mal’ em geral.”²¹²

²¹¹ RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação – Assimetrias e Corrupção. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 29

²¹² Tradução livre de: Corruption is difficult to define and measure. The UN Convention does not define it. National legislation often just lists examples of particular activities, such as bribery rather than trying to define ‘corruption’ itself. The word, in English, carries connotations of widespread moral deterioration and decay³. Translations into different languages may convey different meanings. Transparency International, the international anti-corruption NGO, influentially defined it as ‘the use of public office for private gain’. The World Bank adopted this definition. TI later expanded its definition to include to the ‘use of entrusted power for private gain’, thereby including government functions that had been privatised. Both definitions emphasise individual acts, and

Para o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei no 2.848), corrupção ativa, ou seja, praticada pelo particular, é “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”, enquanto corrupção passiva seria “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”

A manifestação da corrupção é variada. Há a corrupção das instituições, contra a leis, os superfaturamentos, abuso de poder, corrupção de quem deveria controlar a corrupção, etc.²¹³

Há convergência entre *nepotismo*²¹⁴, *imoralidade* e *corrupção*, comportamento esse a merecer censura pública porquanto, nessa hipótese, o político vale-se “de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em que grau de compreensão e amplitude (...) merecendo inafastável desfazimento”.²¹⁵

“Não é nova a noção de que o uso do cargo público para benefício pessoal seja indesejável e prejudicial à eficiência da administração pública. O uso de sistemas de divulgação financeira como um elemento integrante do quadro de obras anticorrupção ganhou força na década de 1970 nos Estados

economic crimes. They don't capture the systemic qualities, and abuses of power that don't involve money. They are also silent about corruption in the private sector and NGOS (including religious organizations). Broader conceptions, however, may make dealing with corruption even harder – like dealing with ‘evil’ in general.” (LARMOUR, Peter. A Short Introduction to Corruption and Anti Corruption. CIES e-WORKING PAPER Nº 37/2007. CIES e-Working Papers (ISSN 1647-0893). Disponível em <<http://anchorage-net.org/content/documents/cies-wp37.pdf>>. Acesso em 21 de Janeiro de 2014)

²¹³ RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação – Assimetrias e Corrupção. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 29

²¹⁴ “A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a CF.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Súmula vinculante nº 13 In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em 29 de agosto de 2013)

Unidos com a descoberta do escândalo de corrupção de Watergate. As preocupações sobre potenciais conflitos de interesse têm crescido cada vez mais em países que começaram a promulgar leis que exigem que altos funcionários apresentem declarações de renda e de ativos, freqüentemente como parte de estratégias anticorrupção mais amplas. (...)”²¹⁶

É também descrita como uma doença social que desestabiliza das sociedades e tem um impacto devastador na economia, desenvolvimento social, e prosperidade. É um fator de instabilidade que também contamina a liberdade de mercado e investimentos internacionais.²¹⁷

Pode-se falar em corrupção tanto no âmbito público quanto no âmbito privado. No âmbito público, como diz Monica Herman, “há que se alinhar, refletindo tal modalidade condutas que, me menos ou maior grau, se apresentam contrárias às boas práticas governamentais, as quais devem perseguir metas de interesse público.”²¹⁸

Se é certo que existem muitos sentidos que podem ser atribuídos à palavra corrupção, também é correto dizer que há um denominador comum a todos: ela envolve a interação entre pelo menos dois indivíduos ou grupo de indivíduos que corrompem ou são corrompidos, e essa relação implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico ou político-legal

²¹⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 155

²¹⁶ Tradução livre de: “The notion that the use of public office for personal gain is undesirable and detrimental to efficient public administration is not new. The use of financial disclosure systems as an integral element of anticorruption frame works gained momentum in the 1970s in the Unites States in the wake of Watergate corruption scandal. As concerns about potential conflicts of interest have grown, more and more countries have begun enacting laws requiring senior officials to submit income and asset declarations, frequently as part of broader anticorruption strategies. (...)” (STOLEN ASSET RECOVERY INITIATIVE (Ed.). Public Office, Private Interests: Accountability through income and asset disclosure. Washington: International Bank For Reconstruction And Development, 2012. p. 8)

²¹⁷ Corruption. Skiak Scientific Series nº 5. Republic of Austria. Federal Ministry of the Interior. Viena: Sicherheitsakademie, 2010. p. 19

²¹⁸ CAGGIANO, Monica Herman. Corrupção e Financiamento das Campanhas Eleitorais. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 122

Não importa se é uma corrupção “pequena” ou “grande”²¹⁹, os seus efeitos são danosos, senão no volume de recursos materiais desviados, certamente no dano a confiabilidade das instituições e seu funcionamento. Segundo estudo Transparência Internacional no Vietnã, o suborno e corrupção foram associados com “a perda de bens do Estado, redução de oportunidades de negócios e competitividade devido ao aumento dos custos de produção, perda de confiança do investidor estrangeiro, subutilização e perda de funcionários públicos competentes e funcionários, o aumento da desigualdade social e degradação ambiental.”²²⁰

“Como mencionado acima, um dos principais efeitos da corrupção generalizada é seu enorme impacto desestabilizador sobre a ordem social de um país. A cultura do suborno pode efetivamente manter a sociedade em cativeiro, diminuir ou parar o progresso social, e dar poder a déspotas. Em países sistemicamente corruptos, pode-se observar que suborno aumenta a divisão entre a elite dominante e os desprovidos, com conseqüências a longo prazo potencialmente devastadoras.”²²¹

²¹⁹ “Muitas vezes é feita uma distinção entre a corrupção “mesquinha” – pequenos pagamentos feitos abertamente a funcionários menores em troca de serviços aos quais um cidadão tem direito em qualquer caso – e a corrupção “grandiosa” de altos funcionários e ministros que aceitam subornos secretos de empreiteiros. A primeira é freqüentemente aberta e tolerada. Ambas são tipicamente ilegais. Uma terceira categoria de corrupção “política”, ou captura do Estado, refere-se a situações nas quais os interesses privados conseguem mudar a lei em seu favor (ex: os interesses da mídia no governo de Berlusconi na Itália ou os governos Thaksin na Tailândia). Esta categoria é por vezes mais difícil de distinguir dos procedimentos normais da democracia nas economias de mercado.” “Often a distinction is made between ‘petty’ corruption – small payments openly made to junior officials in exchange for services a citizen is entitled to in any case – and the ‘grand’ corruption of senior officials and ministers accepting secret bribes from contractors. The former is often open and tolerated. Both are typically illegal. A third category of ‘policy’ corruption, or state capture, refers to situations where private interests succeed in having the law changed in their favour (eg the media interests of the Berlusconi government in Italy or Thaksin governments in Thailand). This category is sometimes hard to distinguish from the normal workings of democracy in market economies.” (LARMOUR, Peter. A Short Introduction to Corruption and Anti Corruption. CIES e-WORKING PAPER Nº 37/2007. CIES e-Working Papers (ISSN 1647-0893). Disponível em <<http://anchorage-net.org/content/documents/cies-wp37.pdf>>. Acesso em 21 de Janeiro de 2014)

²²⁰ KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001

²²¹ Tradução livre de: “As noted above, one of the major effects of widespread corruption is its hugely destabilizing impact on a country’s social order. A culture of bribery can effectively hold society captive, slow or stop social progress, and empower despots. In systemically corrupt countries, bribery can be seen to increase the divide between the ruling elite and the dispossessed,

Os danos que a corrupção provoca são inúmeros, e a tese de que poderia ser benéfica em alguns casos, ou seja, de que sem ela certas atividades econômicas não seriam sequer possíveis, mostra-se equivocada. O fato é que não se pode colher bons frutos da corrupção. O que ocorre é que alguns países estão tão imersos em corrupção, que, como estratégia de sobrevivência, se apresenta como a única forma de se conseguir desenvolver algumas atividades.

“Há até agora um grande corpo de trabalho empírico que documenta de forma inequívoca que a corrupção tem grandes efeitos negativos sobre o desempenho econômico.”²²²

Além de causar danos, a corrupção vem acompanhada de outros crimes. Por exemplo, ao obter lucros de forma corrupta, como negociando ilicitamente contratos de estatais, os agentes são obrigados a se envolver em outras práticas desleais a fim de disfarçar a fuga desses lucros, e assim se envolvem em acusações de lavagem de dinheiro e fraude.²²³

A corrupção somente pode ser efetivamente combatida em uma democracia em que o exercício do poder seja transparente e a sociedade possua valores éticos para fazer frente aos abusos e ilegalidades no exercício do poder, nas suas diversas formas e manifestações.

Há uma grande dificuldade em se combater a corrupção²²⁴, e não há uma fórmula que funcione para todos os casos. Nenhum dos estudos aponta uma fórmula que funcione em todos os casos, mas há alguns indicativos que podem

with potentially devastating long-term consequences.” (KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001)

²²² Tradução livre de: “There is by now a large body of empirical work that unambiguously documents that corruption has large negative effects on economic performance.” (CASELLI, Francesco e MORELLI, Massimo. Bad Politicians. National Bureau of Economic Research. Cambridge. October 2001. Working Paper 8532. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w8532>. Acesso em 21 de abril de 2014. p. 21)

²²³ KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001

²²⁴ Alerta, Peter Lamour “There is often cynicism and fatalism about corruption. There is some recent systematic evidence of what works but also of unintended consequences of anti corruption campaigns.” Tradução livre de: “There is often cynicism and fatalism about corruption. There is some recent systematic evidence of what works but also of unintended consequences of anti corruption campaigns.” (LARMOUR, Peter. A Short Introduction to Corruption and Anti Corruption. CIES e-WORKING PAPER Nº 37/2007. CIES e-Working Papers (ISSN 1647-0893). Disponível em <<http://anorage-net.org/content/documents/cies-wp37.pdf>>. Acesso em 21 de Janeiro de 2014)

ajudar, por exemplo, observa-se é que a corrupção é menor quanto maior a riqueza e a educação.²²⁵

“O grupo de pressão anticorrupção TI publica um Índice de Percepção de Corrupção anual, que classifica 178 países de acordo com seus níveis percebidos de corrupção no setor público, desde Dinamarca, Nova Zelândia e Singapura, até Mianmar, Afeganistão e Somália. Os países com baixo rendimento médio e altos níveis de desigualdade têm maior probabilidade de estar na extremidade superior do índice. As descobertas da TI mostram que altos níveis de desigualdade na distribuição de renda promovem altos níveis de corrupção. O Índice de Percepções de Corrupção, apoiado por vários outros estudos, mostra que a renda per capita está inversamente relacionada com a corrupção, e que os países com maiores desigualdades econômicas são vistos como substancialmente mais corruptos.”²²⁶

²²⁵ “Neste artigo, nós complementamos a evidência internacional sobre as causas e consequências da corrupção utilizando dados sobre as condenações de corrupção nos estados norte-americanos. Descobrimos que muitos dos padrões básicos são válidos tanto para os países quanto para os estados, mesmo quando a corrupção é definida com base em condenações ao invés de pesquisas de opiniões (que é a norma na literatura internacional). Estados com maior renda per capita e mais educação são geralmente menos corruptos. Estados com maior heterogeneidade étnica e desigualdade de renda são mais corruptos. Há pouca relação entre o tamanho do governo e a corrupção e baixa conexão entre medidas de regulação e corrupção. Há uma conexão negativa modesta entre corrupção e o crescimento econômico do estado, que se torna estatisticamente insignificante, uma vez que controlamos um conjunto bastante rico de co-variáveis.” Tradução livre de: “In this paper, we have supplemented the international evidence on the causes of consequences of corruption by using data on corruption convictions across U.S. states. We have found that many of the basic patterns that hold for countries, hold for states as well, even when corruption is defined on the basis of convictions rather than opinion surveys (which is the norm in the cross-country literature). States with higher per capita income, and more education are generally less corrupt. States with more ethnic heterogeneity and income inequality are more corrupt. There is little relationship between the size of government and corruption and little connection between measures of regulation and corruption. There is a modest negative connection between corruption and state economic growth, which becomes statistically insignificant once we control for a rich enough set of covariates.” (GLAESER, Edward L. e SAKS, Raven E.. *Corruption In America*. Working Paper 10821. Nber Working Paper Series. National Bureau Of Economic Research Cambridge, September 2004. Disponível em < <http://www.nber.org/papers/w10821>>. Acesso em 11 de março de 2014)

²²⁶ “The anti-corruption pressure group TI publishes an annual Corruption Perceptions Index, which ranks 178 countries according to their perceived levels of public sector corruption, from Denmark, New Zealand, and Singapore to Myanmar, Afghanistan, and Somalia. Countries with low average income and high levels of inequality are very likely to be at the upper end of the index. TI’s findings show that high levels of inequality in the distribution of income predict high levels of corruption.16 The Corruption Perceptions Index, supported by numerous other studies, shows that per capita

Mesmo em países com baixo nível de corrupção preocupam-se com o tema. Por exemplo, a Finlândia demonstra preocupação com a transparência, elevando-a ao status constitucional. A Dinamarca, que não possui muita corrupção interna, modificou a legislação fiscal para impedir que as empresas deduzissem dos lucros tributáveis as despesas de subornos pagos a funcionários públicos e pago no estrangeiro.²²⁷

“Num estudo para o Banco Mundial, Jeff Huther e Anwar Shah (2000) argumentaram que abordagens diferentes precisam atender circunstâncias distintas. Em situações nas quais a corrupção era endêmica, as pessoas geralmente estavam bem cientes disso e, portanto, campanhas de conscientização eram desnecessárias, ou simplesmente aumentavam a frustração popular. Da mesma forma, falta de pessoal e comissões sub-financiadas teriam pouco efeito. Nessas circunstâncias, eles arrazoaram, o esforço anticorrupção foi melhor quando focado em reformas dos serviços públicos, que reduziram as oportunidades de corrupção nos contratos e aumentaram a capacidade de prestar serviços.”²²⁸

Mesmo os países que tem pouca corrupção interna procuram combater a corrupção fora de seus territórios. É o caso de duas leis estrangeiras, cuja

income is inversely related to corruption, and that countries with greater economic inequalities are perceived as substantially more corrupt.” (KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. *Corruption* [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001)

²²⁷ MEZZETTI, Luca. Consolidamento della democrazia e ruolo della corruzione. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 40 e 41

²²⁸ Tradução livre de: “In a study for the World Bank Jeff Huther and Anwar Shah (2000) argued that different approaches need to suit different circumstances. In situations where corruption was endemic, people were often well aware of it and so awareness campaigns were unnecessary, or merely increased popular frustration. Similarly, understaffed and underfunded commissions might have little effect. In these circumstances, they argued, the anti-corruption effort was best focused on public service reforms that reduced opportunities for corruption in procurement and increased capacity to deliver services.” (LARMOUR, Peter. *A Short Introduction to Corruption and Anti Corruption*. CIES e-WORKING PAPER Nº 37/2007. CIES e-Working Papers (ISSN 1647-0893). Disponível em <<http://anorage-net.org/content/documents/cies-wp37.pdf>>. Acesso em 21 de Janeiro de 2014)

finalidade é punir a corrupção praticada por empresas nacionais em território estrangeiro. Servem de inspiração para a nova Lei Anticorrupção brasileira a Britânica *UK Bribery Act* e a americana *Foreign Corrupt Practices Act*. A utilização de leis para punir a corrupção praticada não apenas em seu território mas também no exterior tem dado alguns resultados, conforme se poderá ver da Tabela do anexo, com exemplos de penalidades aplicadas.

Não faltam estudos para tentar entender e combater a corrupção. De acordo com as diretrizes dos estudos promovidos pelo Ministério do Interior da Áustria, os pré-requisitos para se combater com sucesso a corrupção seriam:

“Uma forma democrática de governo (é significativo que nos índices anuais de consciência sobre corrupção, países governados democraticamente sempre são melhor classificados; as ditaduras, por outro lado, são sempre os piores).

Um sistema judicial que funcione com juízes e promotores especialmente treinados para delitos de corrupção, e promotores que sejam isentos de influência política (e portanto do Ministro da Justiça de emitir instruções) – uma recomendação do GRECO, o grupo de países do Conselho da Europa engajados no combate à corrupção.

Uma política eficaz com uma unidade especializada em delitos de corrupção. Envolvendo não somente os poderes judiciário e executivo para prevenir e combater a corrupção, mas também todas as instituições públicas ameaçadas, tais como o Conselho de Auditoria, Ouvidoria, Administração da Receita Federal, etc., expressando assim, de uma maneira que faça sentido, que o mero zoneamento da luta contra o mal não é suficiente, mas sim são necessários um esforço geral compreensivo e uma estratégia de estado.

Códigos de conduta obrigatórios para os funcionários públicos lidarem com as circunstâncias da vida que podem ser incursões para a corrupção.

Legislação disciplinar eficaz para os funcionários públicos, o que também é uma garantia de procedimentos judiciais céleres.

Ampla transparência na utilização dos fundos públicos.

Regras legais severas para as finanças dos partidos políticos (incluindo a divulgação de subsídios públicos e doações privadas, e seu uso e controle).

Regras legais severas a respeito da incompatibilidade de realizar simultaneamente funções políticas e atividades comerciais. Cooperação enferrujada entre entidades públicas e organizações não-governamentais que se esforçam para combater a corrupção e aumentar a conscientização da população sobre seu dano social, como, por exemplo, a Transparência Internacional.

Os políticos que são exemplos impecáveis no exercício de suas funções (nada prejudica tanto os esforços para combater a corrupção quanto políticos que são maus exemplos).”²²⁹

Mesmo que se sigam todos esses parâmetros não existem garantias de que o combate será vitorioso, mas, certamente, todos os cuidados são

²²⁹ Tradução livre de: “• A democratic form of government (it is significant that in the annual corruption awareness indices, democratically governed countries always rank best, dictatorships on the other hand worst.) • A functioning judiciary system with judges and prosecutors specially trained for corruption offences, and prosecutors to be exempted from political influence [and thus from the Minister of Justices right to issue instructions] - a recommendation of GRECO, the group of countries of the Council of Europe engaging in fighting corruption. • An effective police with a unit specialized on corruptive offences. Involving not only the judiciary and the executive power to prevent and fight corruption, but all public institutions challenged as well, such as the Board of Audit, Ombudsman, Inland Revenue Administration, etc., expressing thus in a manner that makes sense that mere zoning of the fight against the evil is not sufficient, but rather a comprehensive overall effort and strategy of the state is needed. • Compulsory codes of conduct for public servants for handling circumstances of life which may be inroads for corruption. • Effective disciplinary legislation for public servants which is also a guarantee for speedy proceedings. • Far reaching transparency of the use of public funds. • Severe legal rules for the finances of the political parties (including disclosure of public subsidies and private donations and their use and control). • Severe legal rules regarding incompatibility of simultaneously held political functions and simultaneous business activities. rust-based cooperation between public entities and non government organizations endeavouring to fight corruption and raise the awareness of the population of its social damage, such as for example Transparency International. • Politicians who are impeccable examples in exercising their functions (nothing will undermine endeavours to fight corruption as

necessários para que, ao menos, seja reduzida ao mínimo, de forma a causar menos danos. Como bem lembra o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a luta contra a corrupção é difícil e até mesmo frustrante, pois, “de um lado, deriva da variedade de formas com que se oculta, da multiplicidade dos modos em que se manifesta”, e de outro lado, a dificuldade surge do fato de que “suas raízes se insinuam no cerne da alma humana, pois somente existe ligada a uma fraqueza moral”.²³⁰

O trabalho segue na tentativa de se descobrir qual seria o próximo passo. Se as novas leis podem ajudar a diminuir a corrupção e se há alguma relação possível alterações na legislação referente ao sistema eleitoral que surta efeitos.

much as politicians are bad examples!)” (Corruption. Skiak Scientific Series nº 5. Republic of Austria. Federal Ministry of the Interior. Viena: Sicherheitsakademie, 2010. p. 7 a 9)

²³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 18

2. SISTEMAS ELEITORAIS E CORRUPÇÃO

Porque em alguns países os políticos são melhores do que em outros? E, mais, porque a democracia, que permite aos cidadãos a escolha de seus representantes e o controle sobre as decisões políticas, gera tantos maus políticos? Porque os agentes públicos, e aqui considerados os agentes políticos e servidores, de países democráticos, não se pautam pela ética e utilizam seus cargos para servir a interesses particulares?

Essas questões são feitas em várias partes do mundo. Francesco Caselli e Massimo Morelli fizeram essas indagações e desenvolveram estudos usando um modelo de representação política para ilustrar quatro ideias que podem clarear a questão. Trabalharam a ideia de que cidadãos de “baixa qualidade” possuem vantagem na busca pelo cargo público.

“A primeira idéia é que cidadãos de baixa qualidade tenham uma vantagem comparativa na busca de cargos. E que cidadãos desonestos vão roubar mais, e que então obteriam maiores recompensas dos cargos públicos. Inversamente, os candidatos de maior qualidade são os que mais têm a perder ao abandonar a vida privada e/ou menos a ganhar com o mandato. Esta vantagem comparativa tende a diminuir a qualidade do grupo de candidatos a quem os eleitores possam escolher. A vantagem comparativa dos cidadãos de qualidade é, porém, parcialmente contrabalançada, pelo fato dos eleitores preferirem políticas boas e limpas, então os candidatos de melhor qualidade tem melhores chances de eleição do que os candidatos de menor qualidade. O grau de bondade ou maldade dos

políticos dependerá então da força relativa destes dois efeitos. Em particular, quando o (legítimo) retorno dos cargos é suficientemente grande, o efeito de vantagem comparativa é fraco, e os cidadãos de alta qualidade que concorrerem a cargos tendem a ganhar. No entanto, quando esses retornos são baixos, os cidadãos de alta qualidade tendem a levar vidas privadas, e os eleitores são forçados a se contentar com os candidatos de baixa qualidade. Em outras palavras, maus políticos ganham porque as recompensas são muito baixas para induzir políticos potencialmente bons a concorrerem.”²³¹

Na pesquisa, eles investigaram os mecanismos que levam à seleção de cidadãos de diferentes graus de qualidade na vida política. Os pesquisadores confirmaram a hipótese inicial e concluíram que os “cidadãos de baixa qualidade” têm uma vantagem comparativa na ocupação de cargos.

Essa confirmação cria um círculo vicioso. Se os “cidadãos de alta qualidade” evitam os cargos públicos, logicamente que as políticas formuladas não serão formuladas políticas de qualidade, o que se não atrai os melhores cidadãos para o mundo da política. Assim, um ambiente que afasta os melhores dificilmente conseguirá sair desse círculo vicioso.

E, além da ação humana direta, o que pode ajudar a criar esses ambientes mais favoráveis a afastar os mais íntegros e ser tão atrativo aos mais dispostos a corrupção? Lógico que essas questões são extremamente complexas

²³¹ Tradução livre de: “The first idea is that low-quality citizens have a comparative advantage in seeking office. And dishonest citizens will steal more, so they will extract greater rewards from public office. Conversely candidates of higher quality are the ones who have more to lose from giving up private life and/or less to gain from holding office. This comparative advantage tends to lower the quality of the pool of candidates from which voters can choose. Low-quality citizens’ comparative advantage for politics is partially counter-balanced, however, by the fact that voters prefer good and clean policies, so candidates of higher quality have higher chances of election than candidates of lower quality. The degree of goodness or badness of politicians will then depend on the relative strength of these two effects. In particular, when the (legitimate) returns from holding office are sufficiently large, the comparative-advantage effect is weak, and high-quality citizens run for, and tend to win, office. However, when these returns are low, high-quality citizens choose to lead private lives, and voters are forced to make do with low-quality candidates. In other words, bad politicians win because rewards from office are too low to induce potentially good politicians to run.” (CASELLI, Francesco e MORELLI, Massimo. *Bad Politicians*. National Bureau of Economic Research. Cambridge. October 2001. Working Paper 8532. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w8532>. Acesso em 21 de abril de 2014. p. 1 e 2)

e, dada a sua importância, se houvesse uma resposta, ou uma fórmula mágica, os países já a teriam adotado de pronto. Pois, por mais que existam alguns interesses que ajudem na manutenção dos cenários corruptos, os seus efeitos devastadores, como regra, são repelidos.

E certo é também que a atividade política e os cargos públicos atraem muitos dispostos a se beneficiarem indevidamente de suas posições, certo é que essa não é uma regra.

Mas é possível analisar se algumas situações tem possibilidade de influir na criação de um terreno mais fértil a corrupção. Ou seja, quais são as condições que facilitam e quais dificultam a corrupção? Como a Lei da Ficha limpa se insere no contexto do direito eleitoral e existem projetos pendentes de reforma, cabe a pergunta: **Terá o sistema eleitoral adotado alguma influência?**

Este capítulo procura explorar essa questão, e, para tanto, foi dividido em duas partes. Na primeira são explicados os grandes grupos de sistemas eleitorais e na, segunda, apresentados os estudos que procuram responder a essa questão.

2.1 Sistemas eleitorais

A democracia direta, como visto, não se apresenta nos dias atuais como regra. Os países democráticos adotam a democracia indireta como regra, mesmo quando combinada com mecanismos de democracia direta, como o plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

A questão que se apresenta, portanto, é qual o sistema eleitoral que se deve escolher²³². Sabe-se que sistema adotado em um país exerce influência na

²³² A manipulação das regras eleitorais para se obter resultados específicos não constitui novidade. Os Estados Unidos da América tem vários estudos para determinar as consequências das mudanças nos sistemas eleitorais. “Alexander (2005, p.211) descreve em detalhes as manipulações Gaullistas de regras eleitorais na França em 1947. Na área de Paris, onde a aliança Gaullista era fraca, eles introduziram representação proporcional; em áreas rurais, onde a aliança era forte, eles introduziram regra de pluralidade. Krenzer (2005, p.229) descreve manipulação estratégica na Alemanha. Poderíamos continuar.” Tradução livre de: “Alexander (2005, p.211) describes in detail the 1947 Gaullist manipulations of electoral rules in France. In the Paris area where the Gaullist alliance was weak they introduced proportional representation, in rural areas where the alliance was strong, they introduced plurality rule. Krenzer (2005, p.229) describes strategic manipulation in Germany. One could go on.” (AGHION, Philipe; ALESINA, Alberto e TREBBI, Francesco. Choosing Electoral Rules : Theory and evidence from US Cities. Working

organização partidária, forma de governo, estrutura parlamentar e, nas palavras de Paulo Bonavides, refletem “até certo ponto a índole das instituições e a orientação política do regime”²³³.

Conforme escreve Monica Herman Salen Caggiano:

“Com efeito, os panoramas democráticos, as eleições, qualificadas e competitivas, comparecem em cenário político decisional como fonte de legitimidade dos governantes, concorrendo para assegurar a constituição de corpos representativos, de sua parte, timbrados pela legitimação do povo popular. Demais disso, atuam como instrumento para, por um turno, promover o controle governamental e, por outro, expressar a confiança dos candidatos eleitos.”²³⁴

Note-se que a professora diz servirem as eleições para promover o controle governamental e expressar a confiança dos candidatos. Extrai-se daí a importância em compreender **se há ou não alguma relação**, mesmo que remota, entre as regras eleitorais e a corrupção.

Pode-se classificar os sistemas eleitorais em três grandes grupos: os sistemas majoritários, proporcionais e mistos, apresentados a seguir:

2.1.1 Sistema majoritário

O sistema majoritário é o mais antigo²³⁵. é aquele no qual se considera vencedor o candidato que conquistou o maior número de votos. Pode ser adotado o critério da maioria simples ou se exigir a exigência de maioria qualificada. No segundo caso, quando essa não foi atingida, há a necessidade de realizar as eleições em dois turnos.²³⁶

paper 11236. National Bureau of Economic Research. Cambridge, 2005. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w11236>. Acesso em 05/03/2014 p. 4)

²³³ BONADIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²³⁴ MONICA HERMAN SALEN CAGGIANO. Eleição. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28

²³⁵ BONADIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 437

Conforme explica Paulo Bonavides:

“Consiste basicamente em repartir o território em tantas circunscrições eleitorais quantos são os lugares ou mandatos a preencher. Oferece o sistema duas vantagens principais. Pela primeira – aquela adotada na Inglaterra – a eleição majoritária se faz mediante escrutínio de um só turno sendo eleita na circunscrição o candidato que obtiver maior número de votos. Aqui a maioria simples ou relativa é suficiente para alguém eleger-se. Pela segunda, temos o escrutínio de dois turnos. Caso nenhum candidato haja obtido maioria absoluta (mais da metade dos sufrágios) apela-se para um segundo turno ou eleição decisiva – a *ballotage* dos franceses ou *Stichwahl* dos alemães – e aí dentre os candidatos concorrentes eleger-se-á aquele que obtiver maior número de votos (maioria simples ou relativa). Foi o sistema praticado no Império Alemão de 1918, ainda hoje vigente na França.”

Esse é o sistema adotado por países como a Inglaterra e os Estados Unidos.

“Na Inglaterra, a legislação eleitoral sofreu muitas variações desde a ampliação do corpo eleitoral pelo Lorde Grey, em 1832, até as leis de 1884, estabelecendo o sufrágio universal dos homens, e de 1918, introduzindo o voto feminino. Mas o modo de escrutínio permaneceu imutável: cada circunscrição dispõe de uma sede na qual é eleito o candidato que conseguiu mais vozes, independentemente da porcentagem que lhe foi destinada, e mesmo na ausência de outros concorrentes. Nos Estados Unidos, onde o processo de eleição é usado para recrutar não apenas os deputados e senadores, mas também os juizes e os governantes de Estado, a mesma regra continua em vigor:

escrutínio uninominal com eleição de pluralidade de vozes.”²³⁷

A escolha opção pelo sistema majoritário traz algumas conseqüências. Em poucas linhas, esse sistema produz governos estáveis e evita a pulverização partidária.²³⁸

“Servindo-nos desse modo de escrutínio, cujo exemplo maior é o anglosaxão, invocamos impressionantes argumentos. O escrutínio com pluralidade de vozes, que obriga as opiniões a se agruparem, garante um grande equilíbrio aos partidos; força-os a se desligarem da influência dos grupos de interesse quando estes desejam aliciar uma ampla clientela; desvia-os das preocupações puramente ideológicas e os leva a apresentar, e posteriormente aplicar, um programa de realizações práticas por meio das quais o país se torna melhor do que se ele estivesse relegado às controvérsias dos místicos.”²³⁹

Segundo Monica Herman Salen Caggiano, outra vantagem do sistema majoritário seria o fortalecimento da oposição²⁴⁰, o que significa melhor controle do poder.²⁴¹

²³⁷ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional. 27 ed. Barueri: Manole, 2005. Tradução de Carlos Souza. p.153

²³⁸ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²³⁹ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional. 27 ed. Barueri: Manole, 2005. Tradução de Carlos Souza. Op. Cit. p. 154

²⁴⁰ É uma das vantagens que os defensores do sistema proporcional apontam, como explica Canotilho: “Por sua vez, o sistema majoritário tem invocado: (1) formação de governos funcionais, pois o sistema eleitoral não visa apenas ou fundamentalmente formar uma representação que “reproduza o povo” mas possibilitar a formação de governos eficazes e estáveis; (2) alternância do poder através do sistema bipartidário, dado que o sistema majoritário impossibilita, na prática, a formação de pequenos partidos, sendo um importante factor psicológico” (DUVERGER) para evitar a pulverização partidária e favorecer o sistema bipartidário; (3) robustecimento da oposição, pois o sistema majoritário possibilita uma clara separação entre governo e oposição, robustecendo aquele e esta, sem necessidade de recurso a frágeis coligações. Legitimidade e responsabilidade do governo, estabilidade do sistema governamental, capacidade de acção e autoridade seriam, em resumo, as vantagens do sistema eleitoral majoritário e do regime bipartidário” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 437 e 438)

²⁴¹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987. Cap. II

Para Paulo Bonavides, é um sistema que determina facilmente o número de candidatos eleitos e aproxima o eleitor do candidato, colocando-o em uma posição de dependência maior do eleitor do que do partido²⁴². Também faria com que os grupos de interesse se organizassem dentro das agremiações partidárias principais. As eleições periódicas seriam um bom indicativo para se estudar as tendências do eleitorado e, por fim, a luta eleitoral ganha um aspecto educacional. O eleitor votaria em "respostas concretas ou soluções objetivas", e não em ideias abstratas.²⁴³

Esse último efeito implica na personificação das candidaturas. o que pode centrar mais nas figuras políticas dos candidatos do que nas ideias do partido ao qual ele se vincula.²⁴⁴

"Em um primeiro momento esse sistema produz a concentração do sistema partidário parlamentar reduz severamente o número de partidos que competem no mercado eleitoral. Ao longo do tempo, os eleitores passam a atuar com avaliações estratégicas, extinguindo as oportunidades dos partidos menores conquistarem cadeiras. Por essa razão que se nota nesses países tendência ao bipartidarismo. São sistemas de representação de maioria excludentes.

Partidos são "elos por excelência de intermediação entre forças e interesses sociais imediatos, diretos e restritos" e "as instituições estatais de negociação, arbitragem e regulação do conflito social" e assim produzem, pela legislação e ação governamental, o "interesse público".²⁴⁵

O modelo majoritário puro para as eleições parlamentares, segundo Gilmar Mendes, "pode gerar um paradoxo no qual o partido que reúne a maioria

²⁴² BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²⁴⁴ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987. Cap. II

²⁴⁵ TAVARES, José Antônio Giusti (Org.). O Sistema Partidário na Consolidação da Democracia Brasileira. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003. p. 55

dos sufrágios pode não obter a maioria das cadeiras”²⁴⁶. Não há um retrato fiel e proporcional da vontade popular. A adoção de um sistema puramente majoritário pode levar à chamada ditadura da maioria, excluindo assim, outros segmentos da sociedade.²⁴⁷

Uma das técnicas usadas no sistema majoritário é a repartição em distritos eleitorais. Essa divisão pesa no resultado eleitoral. Quando usada para se buscar determinados resultados, tem-se a chamada “geometria eleitoral”, uma deturpação do sistema. Estudando o tipo de eleitor, é possível manipular as circunscrições de forma a ser favorável aos seus interesses. Não raro isso deforma a representação e vontade do eleitorado.²⁴⁸

“Nos sistemas majoritários – dos quais a variedade mais importante e frequente é a fórmula anglo-saxônica de eleição por pluralidade em distritos uninominais -, qualquer que seja o número de cadeiras legislativas que cabe ao distrito eleger, o partido que nele obtém maioria, em regra relativa, conquista simplesmente todas as cadeiras disputadas, segundo o aforismo *the winner takes all and the loser loses all*.

Por outro lado, se a distribuição dos votos entre os partidos for relativamente homogênea em todo o país, isto é, se não existirem partidos com eleitorados regionalmente

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Cap. 7. Paulo Bonavides exemplifica: que isso teria ocorrido na Inglaterra, quando nas eleições gerais em 1951, “os trabalhistas lograram 13 milhões e novecentos mil sufrágios e só elegeram 295 deputados à Câmara dos Comuns, enquanto os conservadores, com 13 milhões e setecentos mil votos – duzentos mil a menos em todo o país – elegeram 320 deputados correspondentes às 320 circunscrições de onde emergiram vitoriosos.” (BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001)

²⁴⁷ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987. Cap. II

²⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. O estudo “Choosing Electoral Rules.” faz o mapeamento do eleitorado e das circunscrições nas eleições municipais dos Estados Unidos. (AGHION, Philipe; ALESINA, Alberto e TREBBI, Francesco. Choosing Electoral Rules : Theory and evidence from US Cities. Working paper 11236. National Bureau of Economic Research. Cambridge, 2005. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w11236>. Acesso em 05/03/2014)

concentrados, os sistemas eleitorais de pluralidade tendem a produzir o bipartidarismo”²⁴⁹

A adoção do sistema majoritário puro, como acima explicado, acaba conduzindo ao bipartidarismo e à formação fácil de um governo. Nesse sistema, as minorias tem remota ou mesmo nenhuma participação²⁵⁰. “Nesse sistema”, confirma Paulo Bonavides, “as minorias em geral nunca chegam ao governo”²⁵¹.

Na variação do sistema majoritário com dois turnos. No primeiro turno exige-se maioria qualificada e no segundo turno, quem obteve mais votos (maioria simples). Conforme explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Tal sistema várias vezes empregado nas eleições para a Câmara de Deputados francesa tende a interligar os partidos, embora não impeça a sua multiplicação. Politicamente é usado para impedir, ou dificultar, o triunfo dos extremistas, já que contra eles e, em geral, em torno de moderados, se unem todos os demais”.²⁵²

A multiplicação de partidos nesse sistema teve um efeito deplorável na França, debilitando o funcionamento do governo e criando grande instabilidade política.²⁵³

2.1.2 Sistema proporcional

O sistema proporcional, a seu turno, tem como finalidade possibilitar às agremiações partidárias que obtenham no parlamento uma representação proporcional à sua importância no contexto político. Para se alcançar esse objetivo, aplica-se uma fórmula para determinar a representatividade de cada

²⁴⁹ TAVARES, José Antonio Giusti. Representação política e governo: J F de Assis Brasil dialogando com os pósteros. Canoas: Ulbra, 2005. p. 43

²⁵⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987. Cap. II

²⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

partido ou coligação e, ou seja, quantas cadeiras parlamentares cada partido ou agremiação tem direito e depois determinar quais os candidatos eleitos.

Para José Joaquim Gomes Canotilho:

“O sistema proporcional, defendido logo na Revolução Francesa (“O parlamento deve ser um mapa reduzido do povo”, dizia MIRABEAU), invoca fundamentalmente: a) a igualdade material, pois a proporcionalidade corresponde melhor à exigência de voto igual, designadamente quanto ao valor do resultado (Erfolgswert⁷⁷); b) adequação à democracia partidária, dado que a moderna democracia não é uma democracia individualista de “notabilidades” mas uma democracia partidária em que cada partido tem um programa (preferência pelos problemas), de acordo com a ideologia ou interesses por eles mediados (partidos como expressões de antagonismos e convergências), e na qual, em princípio, só os indivíduos escolhidos pelos partidos têm reais possibilidades de ser eleitos (monopólio partidário); c) representação de todos os grupos sociais em virtude de a representação no parlamento dever ser “um espelho da sociedade política” (LEIBHOLZ); ora só o sistema proporcional, em ligação com a estrutura partidária, possibilita a “reprodução”, no órgão representativo, dos mais importantes grupos sociais e políticos.”²⁵⁴

A Bélgica foi o primeiro país a adotar a representação proporcional,²⁵⁵ que foi depois adotado por diversos países. Interessante notar que esse tipo de sistema serve de “espelho e mapa político”. Isso ocorre porque permite uma distribuição de vagas aos partidos de acordo com o número de votos obtidos pelos próprios partidos ou candidatos a ele vinculados.

²⁵³ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 437

“Em geral, o sistema proporcional opera-se com listas fechadas apresentadas pelos partidos, fazendo-se a distribuição de vagas consoante a votação obtida pelo partido e pela posição atribuída ao candidato na lista partidária. Semelhante sistema parece contemplar de forma mais ampla a igualdade do voto quanto ao resultado, pois valora, tanto quanto possível, as opções formuladas pelos eleitores.

Em compensação, tal sistema amplia a divisão das forças políticas e dificulta, por isso, a formação de maiorias. De qualquer sorte, também no sistema proporcional afasta-se o “aproveitamento geral” da manifestação do eleitor mediante a utilização das “cláusulas de barreira” ou “de desempenho”, que preveem um índice mínimo de votos a ser alcançado pela agremiação partidária a fim de que possa participar do processo de distribuição da vagas”.²⁵⁶

Se a adoção desse sistema, por um lado, pode conduzir à resultados mais equitativos, permitindo a expressão de várias forças políticas, por outro, pode multiplicar²⁵⁷ em demasia o número de partidos. É a multiplicação de partidos seria o efeito colateral mais visível da adoção desse sistema.²⁵⁸ Isso favorece a pluralidade das ideias e a participação das minorias, traz dinamismo à vida política e abre a circulação de ideias e opiniões

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Cap. 7

²⁵⁷ Quanto à pluralidade de partidos, Canotilho comenta: “Nas célebres Considerations on Representative Government, STUART MILL, ao defender a representação de minorias no parlamento através do sistema proporcional, abria, na realidade, a alternativa para um sistema pluripartidário. Ao contrário de BAGEHOT, a tarefa principal do parlamento não seria a elective function, mas o controlo do governo através do «congresso das opiniões do povo». Todavia, a problemática partidária e o tema dos governos de coligação não lhe mereceram tratamento especial.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 442 e 443)

²⁵⁸ Estudos indicam que a relação político-eleitor, portanto da responsabilidade do daquele perante este, se enfraquece, e isso seria um fator favorável á corrupção. Mas estuda-se também o efeito do aumento de partidos no incremento da corrupção.

“A presença política de correntes ideológicas, sua institucionalização normal em partidos com acesso ao parlamento ocorre com mais facilidade pela representação proporcional. Através dela se reflete a perfeita diferenciação dos grupos ideológicos, todos absorvidos pela atividade política ordinária. Evita-se assim a clandestinidade ou pressão exterior nociva que tais grupos, se escolhidos, comandariam contra as casas legislativas, nelas se infiltrando por outras vias.”²⁵⁹

Porém, multiplicar o número de partidos acaba por pulverizar também a vontade do eleitoral e, especialmente, dificultar a formação de um governo estável. Os estudos desse sistema apontam o efeito danoso da fraqueza e instabilidade dos governos. A multiplicação dos partidos também pode suprimir a formação de uma oposição atuante.²⁶⁰

A multiplicidade de partidos também ameaça o próprio sistema partidário, ensejando “uniões esdrúxulas de partidos – intrinsecamente oportunistas – que arrefecem no eleitorado o sentimento de confiança na legitimidade da representação”.²⁶¹

“Assim, no direito alemão, fixou-se uma cláusula de barreira de 5%, que exclui da distribuição de assentos a agremiação partidária que não a atingiu. Trata-se de uma significativa intervenção no princípio da igualdade eleitoral, uma vez que o valor do voto quanto ao resultado reduz-se a zero. Embora a cláusula de barreira afete, em parte, a igualdade de votos, admite-se a sua legitimidade constitucional em razão da necessidade de se assegurar a capacidade funcional do Parlamento no interesse também da formação de maioria apta a assegurar um quadro de governabilidade. A Corte Constitucional alemã considera, porém, que 5% é um limite

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²⁶⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987. Cap. II

último, uma vez que as eleições têm também a função de integração das forças e tendências existentes na sociedade. Também a própria adoção do quociente eleitoral acaba por afetar, em alguma medida e de forma inevitável, a igualdade de voto quanto ao resultado.”²⁶²

O modelo proporcional pressupõe partidos²⁶³, já que é para eles que se direciona o voto, no entanto, tende a fazer com que se multipliquem e, ocorrendo isso de forma desordenada, acaba por enfraquece-los.

2.1.3 Sistema misto

Na busca por um sistema que combinasse as vantagens do sistema majoritário com as vantagens do sistema proporcional, minimizasse os defeitos de ambos, surgiram variações, que são os sistemas mistos. Chamam-se mistos os sistemas que fazem combinações do sistema majoritário com o proporcional.

Dentre as possibilidades da adoção de um método misto, com a combinação das duas fórmulas está o método adotado na Alemanha, conhecido como “duplo voto”. As cadeiras parlamentares são “divididas” em duas partes, sendo que uma parte será preenchida pelo sistema majoritário e a outra pelo sistema proporcional. O eleitor dispõe de dois votos, sendo que o primeiro para o seu candidato, nominal, e cuja apuração do resultado segue o método majoritário. O segundo voto é para o partido, sendo as cadeiras preenchidas adotando-se o método proporcional. Nesse caso, decididas quantas cadeiras um partido irá preencher, os representantes são indicados pelo partido, que entrega uma lista com a posição dos candidatos.²⁶⁴

²⁶¹ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

²⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Cap. 7

²⁶³ Os partidos políticos são associações de indivíduos com a finalidade de disputar eleições e, por esse meio, vir a colocar os seus membros no poder. Podem ser estudados, entre outras dimensões, pela legislativa que corresponde à atuação parlamentar, implementação de políticas públicas. (RAMOS, Dircêo Torrecillas. Constituição e Sistema Eleitoral. In REVISTA CIENTÍFICA VIRTUAL. São Paulo: Esa, n. 14, Outono, 2013. Trimestral. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/Revistas.aspx>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2014)

²⁶⁴ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987. Cap. II

Os estudos internacionais promovidos pelo IDEA (*Institute for Democracy and Electoral Assistance*), trazem algumas anotações referentes aos sistemas eleitorais mistos, que normalmente se enquadram em uma das categorias abaixo:

“Representação proporcional personalizada é um sistema misto no qual as escolhas expressas pelos eleitores são usadas para eleger representantes através de dois sistemas diferentes – um sistema de lista de representação proporcional e (geralmente) um sistema de pluralidade/maioria – no qual o sistema de lista de representação proporcional compensa a desproporcionalidade dos resultados do sistema de pluralidade/maioria.

Um sistema paralelo é um sistema misto no qual as escolhas expressas pelos eleitores são usadas para eleger representantes através de dois sistemas diferentes – um sistema de lista de representação proporcional e (geralmente) um sistema de pluralidade/maioria – mas no qual não se contabilizam os assentos atribuídos pelo primeiro sistema para calcular os resultados do segundo sistema.”²⁶⁵

A professora Monica Herman também merece atenção a técnica do “voto único transferível”, que “autoriza uma valoração efetiva da vontade política expressa nas urnas pelo eleitor, abrindo a seu favor, a possibilidade de indicar preferências”. Nesse sistema, o voto do eleitor pode ser transferido para o segundo de sua preferência no caso do primeiro ter sido eleito ou obtido votos insuficientes, sem condições de se eleger. É um sistema complexo, que prevê várias operações. “No entanto, sua aplicação evitaria a produção de bancadas de

²⁶⁵ REYNOLDS, Andrew, REILLY, Bem e ELLIS, Andrew. Concepção de Sistemas Eleitorais. Uma visão geral do Novo Guia do International IDEA – Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral. Disponível em <<http://www.idea.int/publications/esd/upload/ESD%20all-low%20res.pdf>>. Acesso em 18 de março de 2014. p. 13

ficção, sem qualquer consistência eleitoral e de questionável representatividade”.²⁶⁶

2.2 Há alguma relação entre sistemas eleitorais e níveis de corrupção?

Como visto, as regras eleitorais para o legislativo e que definem como os votos serão transformados em assentos no Parlamento, podem ser simples ou, ao contrário, muito complexas, e produzem diferentes efeitos na conformação dos órgãos legislativos e nos partidos. As regras eleitorais são muito variadas no que se refere a número de assentos na legislatura, número de distritos e as fórmulas para alocar os candidatos nas cadeiras legislativas.

A pergunta que se faz é: a escolha do sistema tem alguma influência na corrupção? De acordo com a tese a seguir apresentada, os sistemas eleitorais podem influir incentivando os políticos e praticar atos corruptos ou não, dependendo das ferramentas que os eleitores possuem para sancionar os políticos²⁶⁷.

“(…), as instituições, entendidas como “a regra do jogo”, podem agir como um freio às interações de corrupção entre políticos e grupos empresariais. Analisando a relação entre as instituições e a corrupção uma literatura recente vasta tem focado especialmente no sistema eleitoral (Persson et al. 2003; Kunicová and Rose-Ackerman 2005; Chang and Golden 2006). As eleições permitem que os cidadãos mantenham seus representantes responsáveis e “descartem os patifes” (Powell 2000). A eficácia das eleições como um mecanismo de responsabilização depende principalmente do

²⁶⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Direito Parlamentar e Direito Eleitoral. Barueri: Manole, 2004. p. 126

²⁶⁷ “A análise da literatura confirma que o efeito direto do sistema eleitoral na corrupção política depende do peso das forças contrastantes e se torna um fato empírico.” Tradução livre de: The literature analysis confirms that the direct effect of electoral system on political corruption depends on the weight of contrasting forces and it becomes an empirical fact. (ALFANO, M. Rosaria; BARALDI, A. Laura e CANTABENE, C. Political Competition, Electoral System and Corruption: the Italian Case. MPRA Paper No. 41480, posted 24. September 2012 20:03 UTC. Seconda Università di Napoli, 2012. Disponível em <<http://mpa.ub.uni-muenchen.de/41480/>> Acesso em 28 de fevereiro de 2014)

sistema eleitoral adotado. Na verdade, os sistemas eleitorais afetam os incentivos e a capacidade dos eleitores e partidos de oposição de monitorar o comportamento dos encarregados. Enquanto que eleitores preferem políticos honestos, os encarregados trocam suas chances de reeleição por um potencial enriquecimento pessoal ilícito. Essas formas ilegais de negociação podem ajudar os encarregados a obter a reeleição, por exemplo aumentando a quantidade de financiamento de campanha. Entretanto, ao mesmo tempo, a revelação de seus escândalos de corrupção por eleitores ou adversários provavelmente reduz suas chances de reeleição (Kunicová and Rose-Ackerman 2005).”²⁶⁸

2.2.1 Observações empíricas

Segundo a proposta de uma recente pesquisa publicada em 2013, os sistemas proporcionais levam a mais corrupção do que os sistemas majoritários²⁶⁹. Já os sistemas mistos estariam em um meio termo entre ambos.²⁷⁰

²⁶⁸ Tradução livre de: “(...), institutions, understood as “the rules of the game”, can act as a restraint on corruption interactions between politicians and business groups. Analyzing the relationship between institutions and corruption a broad recent literature have focused especially on the electoral system (Persson et al. 2003; Kunicová and Rose-Ackerman 2005; Chang and Golden 2006). Elections allow citizens to hold their representatives accountable and to “throw the rascals out” (Powell 2000). The effectiveness of elections as an accountability mechanism depends primarily on the electoral system adopted. In fact, electoral systems affect the incentives and the ability of voters and opposition parties to monitor incumbents’ behavior. While voters prefer honest politicians, incumbents trade-off their re-election chances against potentially illicit personal enrichment. These illegal forms of rent-seeking can help incumbents to obtain the re-election, for instance increasing the amount of campaign financing. Nevertheless, at the same time, the revelation of their corrupt scandals by voters or opponents most likely reduce their re-election chances (Kunicová and Rose-Ackerman 2005).” (MEMOLI, Vincenzo e PELLEGATA, Alessandro. Electoral systems, corruption and satisfaction with democracy. Paper presented at the XXVII Annual Conference of the Italian Political Science Association, University of Florence, 12-14 September 2013. p. 6)

²⁶⁹ “De acordo com a literatura (Persson et al. 2003; Kunicová and Rose-Ackerman 2005), sistemas majoritários são mais eficientes em constranger a corrupção porque geram uma ligação direta entre os eleitores e seus representantes. Além disso, atribuindo uma clara maioria a um governo de partido único ou a uma coligação vencedora mínima, eles favorecem uma avaliação retrospectiva dos eleitores sobre o desempenho dos incumbidos. Ao contrário, nos sistemas eleitorais que impõe que os eleitores votem em listas de partidos reduzem a capacidade de monitoração dos eleitores e fornecem incentivos para os encarregados recorrerem a interações

Há muita dificuldade para se realizar uma pesquisa empírica para testar essa tese, pois são muitos os fatores que influenciam na corrupção, e o sistema eleitoral seria apenas um deles. Os pesquisadores também enfrentaram

corruptas. Além disso, a formação de coalizões amplas e voláteis, típicas nas democracias que adotam sistemas eleitorais PR, torna mais obscuro para os eleitores identificarem as responsabilidades pela política adotada. A falta de uma alternância clara no governo entre os grupos fixos de partidos impede o monitoramento interpartidário. Os partidos de oposição atuais têm menos incentivos para desvendar as prevaricações dos encarregados, porque eles podem ter cargos no governo com alguns deles em coligações futuras (Pellegata 2012). No entanto, como vários estudiosos argumentaram (Lijphart 1994), os sistemas eleitorais são compostos por elementos específicos que regulam aspectos diferentes do processo de votação e da conversão dos votos em mandatos. Estes elementos podem desempenhar um papel diferente e às vezes contrastante tanto em restringir a corrupção quanto em moldar a satisfação democrática e a confiança institucional.” Tradução livre de: “According to the literature (Persson et al. 2003; Kunicová and Rose-Ackerman 2005), majoritarian systems are more efficient in constraining corruption because generate a direct link between voters and their representatives. Moreover, attributing a clear majority to a single-party government or a minimal winning coalition, they favor a voters’ retrospective evaluations of incumbents’ performance. On the contrary, electoral systems that impose voters to vote on party lists reduce the monitoring abilities of voters and provide incentives to the incumbents to recur to corrupt interactions. Furthermore, the formation of large and volatile coalitions, typical in democracies that adopt PR electoral systems, makes more obscure for voters to identify the responsibilities for the policy adopted. The lack of a clear alternation at the government between fixed groups of parties deters inter-party monitoring. Present opposition parties have less incentives to unveil incumbents’ malfeasance because they may seat at the government with some of them in future coalitions (Pellegata 2012). However, as several scholars argued (Lijphart 1994), electoral systems are composed by specific elements that regulate different aspects of the voting procedure and the translation of votes into seats. These elements can play a different, and sometimes contrasting, role both in constraining corruption and in shaping democratic satisfaction and institutional confidence.” (FALLERY, Julie K.; GLYNNZ, Adam N. e ICHINOX, Nahomi. Electoral Systems and Corruption. August 21, 2013. Prepared for the 2013 Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, 2013. p. 6)

²⁷⁰ “Como os líderes políticos determinam o posicionamento dos políticos nas listas de partidos, os partidos políticos intervêm na cadeia de delegação dos eleitores para os políticos em sistemas PR. Portanto, os eleitores têm maior dificuldade em responsabilizar políticos específicos pela corrupção nos sistemas PR. Além disso, porque o número de cadeiras conquistado por um partido em sistemas PR depende do número total de votos obtidos pelos candidatos do partido, nem as consequências eleitorais negativas de envolvimento em corrupção, nem as recompensas eleitorais de se abster da corrupção são internalizadas por um político individual tão completamente quanto poderiam ser nos sistemas de maioria simples. Conseqüentemente, espera-se que o PR leve a mais corrupção do que os sistemas de pluralidade, e que sistemas mistos levem a um nível moderado de corrupção, menor do que com um sistema PR, mas maior do que com um sistema de pluralidade.” Tradução livre de: “Since party leaders determine the placement of politicians on party lists, political parties intervene in the chain of delegation from voters to politicians in PR systems. Voters therefore have greater difficulty holding particular politicians accountable for corruption in PR systems. Furthermore, because the number of seats won by a party in PR systems depends upon the total number of votes won by the party's candidates, neither the negative electoral consequences of engaging in corruption nor the electoral rewards from refraining from corruption are internalized by an individual politician as fully as they would be in plurality systems. Consequently, they expect PR to lead to more corruption than do plurality systems, and mixed systems to lead to a middlelevel of corruption less than with a PR system but more than with a plurality system.” (FALLERY, Julie K.; GLYNNZ, Adam N. e ICHINOX, Nahomi. Electoral Systems and Corruption. August 21, 2013. Prepared for the 2013 Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, 2013. p. 4 e 5)

dificuldades em razão da confiabilidade dos dados obtidos, e variedade de sistemas e combinações.²⁷¹

Mesmo assim, conseguiram montar um modelo aplicando fórmulas matemáticas relacionando as variações dos sistemas e os níveis de corrupção. Ao final, os pesquisadores não identificam, ao menos no que se refere às democracias mais novas e países mais pobres, uma relação imediata entre menores níveis de corrupção nos países que adotam os sistemas majoritários e os maiores níveis nos que adotam o sistema proporcional:

“No mínimo, nossa análise sugere que é improvável que seja o caso em novas democracias e países mais pobres, e algumas evidências indicam que a PR (proporcional) pode até causar aumento na corrupção. De maneira mais geral, devemos aplicar a literatura sobre o clientelismo que reconsidere as condições sob as quais os cidadãos responsabilizam os líderes eleitos pela corrupção, já que isso poderia fortalecer a teoria do efeito dos sistemas eleitorais sobre a corrupção.”²⁷²

Outro estudo dividiu, publicado alguns anos antes, em 2001 os sistemas em três categorias sistemas majoritários com um distrito (*plurality/majoritarian with single-member districts*)²⁷³, sistemas proporcionais com

²⁷¹ FALLERY, Julie K.; GLYNNZ, Adam N. e ICHINOX, Nahomi. Electoral Systems and Corruption. August 21, 2013. Prepared for the 2013 Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, 2013. p 7

²⁷² FALLERY, Julie K.; GLYNNZ, Adam N. e ICHINOX, Nahomi. Electoral Systems and Corruption. August 21, 2013. Prepared for the 2013 Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, 2013. Tradução livre de: “At a minimum, our analysis suggests that this is unlikely to be the case in new democracies and poorer countries, and wend some evidence that PR may even cause an increase in corruption. More generally, we should engage the literature on clientelism to reconsider the conditions under which citizens hold elected leaders accountable for corruption, as this could yield stronger theory for the e effect of electoral systems on corruption.”

²⁷³ O tamanho dos distritos também tem influência. A magnitude do distrito encontra-se na base do que Persson et al. (2003) chamam de efeito de barreiras para entrada. Este argumento postulou que as regras eleitorais que promovem a entrada de representantes de muitos partidos reduzem a “negociação” de políticos. Todos os eleitores preferem votar em candidatos honestos, mas discordam sobre suas preferências ideológicas. Se os eleitores não conseguem encontrar boas alternativas para um candidato desonesto que partilha da mesma preferência ideológica, eles são compelidos a votar nele. Pequenos distritos eleitorais, juntamente com fórmulas majoritárias que favorecem o voto estratégico, reduz o número de forças políticas representadas, aumentando as barreiras de entrada no sistema eleitoral e dificultando a expulsão dos encarregados desonestos de seus cargos (Myerson 1993; Persson et al. 2003). Ao contrário, com grandes distritos e

lista fechada e sistemas proporcionais com lista aberta.²⁷⁴ Reconhecem, porém que um modelo completo incluiria outras variáveis, como o presidencialista ou parlamentarismo, federalismo, bi-cameralismo e força dos partidos.

Seguindo esse mesmo raciocínio, indicam que as eleições serviriam para “manter os políticos responsáveis” e que diferentes tipos de sistemas teriam diferentes efeitos na responsabilização dos políticos.²⁷⁵

Assim, nos sistemas em que há um foco maior no indivíduo, os políticos seriam individualmente responsáveis perante os eleitores. Os sistemas majoritários nos quais os candidatos são eleitos com base na localização geográfica, as eleições serviriam como um monitor pra reduzir a corrupção. Já nos sistemas proporcionais que adotam a lista fechada, a responsabilidade dos políticos é primeiro com os partidos, e depois com os eleitores. Ou seja, as eleições não seriam eficazes para conter os indivíduos, mas podem ser eficientes para os partidos.²⁷⁶

fórmulas eleitorais de PR, a disponibilidade de candidatos honestos para diversas posições ideológicas é mais provável. Isso reduz as barreiras de entrada e, conseqüentemente, as chances de reeleição para candidatos desonestos. A diferenciação de forças políticas no espectro ideológico é um dos principais argumentos postulados por aqueles que afirmam que as democracias proporcionais / consensuais estão associadas com maior nível de satisfação democrática.” Tradução livre de: “The district magnitude lies at the basis of what Persson et al. (2003) call barriers-to-entry effect. This argument posited that electoral rules promoting the entry of representatives of many parties reduce politicians’ rent seeking. All voters prefer to vote for honest candidates but disagree on their ideological preferences. If voters cannot find good alternatives to a dishonest candidate who shares their same ideological preference they are compelled to vote for her. Small electoral districts, together with majoritarian formulas that favor strategic voting, reduce the number of political forces represented increasing the barriers to entry in the electoral system and making more difficult to oust dishonest incumbents from office (Myerson 1993; Persson et al. 2003). On the contrary, with large districts, and PR electoral formulas, the availability of honest candidates for diverse ideological positions is more presumable. This reduces the barriers to entry and, consequently, the chances of re-election for dishonest candidates. The differentiation of political forces on the ideological spectrum is one of the main arguments posited by those who claim that proportional/consensual democracies are associated with higher level of democratic satisfaction (Lijphart 1999; Powell 2000).” (MEMOLI, Vincenzo e PELLEGRATA, Alessandro. Electoral systems, corruption and satisfaction with democracy. Paper presented at the XXVII Annual Conference of the Italian Political Science Association, University of Florence, 12-14 September 2013.)

²⁷⁴ KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation, 2001

²⁷⁵ “As eleições servem como um mecanismo de monitoramento para manter os políticos responsáveis. Regras eleitorais diferentes variam em sua capacidade de monitoramento e, logo, criam restrições mais fortes ou mais fracas para os políticos.” Tradução livre de: Elections serve as a monitoring device to hold politicians accountable. Different electoral rules vary in their monitoring capacity and hence create stronger or weaker constraints on politicians. (KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation, 2001)

²⁷⁶ “Isso significa que as eleições não são tão boas em restringir indivíduos. Entretanto, elas podem ser mais eficazes em restringir partidos. Se partirmos do princípio que a corrupção é melhor contida visando os indivíduos e não os partidos, então se poderia esperar mais corrupção

A ideia central da tese advogada por esses pesquisadores é de que o sistema majoritário seria mais transparente e permitiria um maior monitoramento pelos eleitores.²⁷⁷ De acordo com esse argumento, haveria um incentivo para se evitar a corrupção em razão da relação estabelecida com o eleitor, que avaliaria o candidato individualmente²⁷⁸.

“No entanto, nosso argumento é que este “incentive para evitar corrupção” seja simplesmente o outro lado da moeda da restrição criada pelos eleitores que são capazes, pelo desenho do sistema de PLURALIDADE, de responsabilizar seus representantes. Na PLURALIDADE, os eleitores num distrito tem o contato direto com seus representativos e, portanto, mais informação sobre os candidatos que eles elegem. Eles podem ver o estilo de vida de seu representante e então fazer suposições mais realistas sobre as rendas de corrupção que ele ou ela possa estar embolsando.”²⁷⁹

nos sistemas CLPR(proporcionais de lista fechada) do que na PLURALIDADE.. Tradução livre de: “This means that the elections are not as good at constraining individuals. Nevertheless, they may be more effective at constraining parties. If one assumes that corruption is best constrained by targeting individuals, not parties, then one would expect more corruption in CLPR systems than in PLURALITY.” (KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation)

²⁷⁷ “Isso é consistente com o “modelo preocupado com a carreira” de Holmstrom (1982) e sua extensão a rendas e corrupção por Persson e Tabellini (2000, cap. 9). O argumento aqui é que votar em candidatos individuais cria uma conexão direta entre o desempenho individual e a reindicação, o que dá incentivo ao incumbente para evitar corrupção.” Tradução livre de: “This is consistent with the “career-concern model” of Holmstrom (1982) and its extension to rents and corruption by Persson and Tabellini (2000, ch. 9). The argument there is that voting over individual candidates creates a direct link between individual performance and reappointment, which gives incentives to the incumbent to avoid corruption.” (KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation)

²⁷⁸ Foi visto que esse sistema conduz ao bipartidarismo. Conforme anota Canotilho. “O dualismo partidário é também uma conclusão lógica e necessária da «democracia de concorrência» que DOWNS, com base numa teoria económica da democracia, transporta para o “mercado” político. As propostas de uma teoria racional da política, avançada por FLOHR, acompanham também a defesa do *responsabile two party system* e têm subjacente uma crítica à perversão do sistema alternante e estável originada pelo pluralismo partidário e pelos governos de coligação.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 442)

²⁷⁹ Tradução livre de: “Yet, our argument is that this “incentive to avoid corruption” is simply a flip-side of the constraint created by the voters who are able, by the design of PLURALITY system, to hold their representatives accountable. In PLURALITY, voters in a district have direct contact with their representative and hence more information about the candidates they elect. They can see the lifestyle of their representative and hence make more realistic guesses about the corrupt rents he

A segunda questão apresentada nesse estudo é em relação a interação do sistema presidencialista com as regras eleitorais. Segundo afirma, os sistemas presidencialistas são mais corruptos do que os parlamentaristas²⁸⁰, se mantidos os outros fatores constantes.

“Em suma, o efeito do presidencialismo sobre a corrupção é importante acima e além do efeito das regras eleitorais e, portanto, deve ser controlado por uma investigação empírica pelo país. A interação entre o presidencialismo e as regras eleitorais é bem complicada. Devido à relativa fraqueza dos partidos, o presidencialismo pode reforçar o mecanismo de controle de corrupção dos sistemas de PLURALIDADE em relação aos sistemas parlamentaristas que usam a regra de pluralidade. Entretanto, prevê-se que o CLPR (proporcional de lista fechada) presidencial e o sistema OLPR (proporcional de lista aberta) são ainda mais corruptos que seus homólogos parlamentaristas.”²⁸¹

or she may be pocketing.” (KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation, 2001)

²⁸⁰ Conforme anota Arend Lijphart, as diferenças básicas entre o sistema presidencialista e o parlamentarista seriam três. O chefe de governo no parlamentarismo, juntamente com o seu gabinete, seriam responsáveis perante a legislatura, dependendo da confiança da mesma para permanecer, podendo ser demitidos por voto de desconfiança ou de censura. Já no presidencialista o chefe de governo tem um mandato constitucional e, embora possa sair por um processo de impeachment, não pode ser forçado a renunciar. A escolha dos presidentes é pelo voto popular, direto ou indireto. A escolha do chefe do gabinete parlamentar pelo parlamento pode variar. E, finalmente, os países parlamentaristas tem executivos são órgãos colegiados enquanto “os executivos dos sistemas presidencialistas são unipessoais e não colegiados”. (LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de Roberto Franco. p. 142 a 143)

²⁸¹ Tradução livre de: “To sum up, the effect of presidentialism on corruption is important above and beyond the effect of electoral rules and therefore should be controlled for in our empirical cross-country investigation. The interaction between presidentialism and electoral rules is rather complicated. Due to relative weakening of the parties, presidentialism may strengthen the corruption-controlling mechanism of PLURALITY systems relative to parliamentary systems that use plurality rule. However, presidential CLPR and OLPR systems are predicted to be even more corrupt than their parliamentary counterparts.” (KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation, 2001)

O interessante é que os estudos conduziram a conclusão de que os **sistemas presidenciais combinado com sistema proporcional de lista fechada conduziram a maiores níveis de corrupção.**²⁸²

Conclui também que as regras eleitorais que incentivam o monitoramento dos políticos pelos cidadãos podem ajuda-los a cobrar uma conduta ética, incentivos para as comunidades locais e fiscalizar os gastos públicos.

A relação entre os sistemas eleitorais e a corrupção foi analisada em um terceiro estudo, também datado de 2001²⁸³, no qual se alcançou conclusões semelhantes. Eles questionam se algumas regras eleitorais causam mais corrupção, os políticos corruptos não iriam preferi-las?²⁸⁴

No caso dos sistemas eleitorais proporcionais que adotam a lista fechada, a chance de eleição depende da colocação na lista, não de seu desempenho, e a colocação na lista não depende dos benefícios dos eleitores, ou dos seus esforços no cargo, mas da sua posição dentro do partido.²⁸⁵

“Este artigo apresentou novos resultados sobre como as regras eleitorais afetam a corrupção. Nossos resultados empíricos são consistentes com os modelos teóricos, sugerindo que votar em listas de partidos (efeito de “preocupação com carreira”) ou em distritos eleitorais relativamente pequenos (efeito de “barreira para entrada”) reduz a eficácia com a qual os eleitores podem explorar a cédula para deter a corrupção. Os efeitos estimados do sistema eleitoral não são triviais. Por exemplo, eles sugerem que o resultado de baixa corrupção no Chile – um valor de CPI de 3,42 comparado com valores bem acima de 5 para a

²⁸² KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation, 2001. p. 25

²⁸³ PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido e TREBBI, Francesco, 2003. Electoral Rules and Corruption. Journal of the European Economic Association, MIT Press, vol. 1(4), pages 958-989. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w8154.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2014

²⁸⁴ PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido e TREBBI, Francesco, 2003. Electoral Rules and Corruption. Journal of the European Economic Association, MIT Press, vol. 1(4), pages 958-989. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w8154.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2014. p. 14

²⁸⁵ PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido e TREBBI, Francesco, 2003. Electoral Rules and Corruption. Journal of the European Economic Association, MIT Press, vol. 1(4), pages 958-989. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w8154.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2014. p. 4

maioria das outras democracias sul americanas – pode, num grau considerável, ser atribuído às suas regras eleitorais, que combinam a regra de dupla maioria em dois distritos-membros. Da mesma forma, a Bélgica – descrita com uma corrupção muito mais alta do que a prevista – poderia cortar seu nível de corrupção em direção ao que se tem na França introduzindo a regra de pluralidade no lugar do PR (proporcional). Nossos resultados também sugerem que cada característica da recente reforma eleitoral do Japão – abandonando a regra de pluralidade em alguns distritos e diminuindo a magnitude média distrital – pode na verdade aumentar a corrupção. A reforma eleitoral da Itália, que abandonou PR (proporcional) em favor da pluralidade para 75% da legislatura – ao contrário, aparece como um passo na direção certa.”²⁸⁶

Os pesquisadores continuaram trabalhando essas hipóteses e em uma segunda versão, analisaram a relação entre sistemas eleitorais e corrupção incluindo outros aspectos na investigação.

“Este trabalho apresentou novos resultados empíricos sobre como as regras eleitorais afetam a corrupção política. A principal lição dos dados é que a corrupção é afetada pelas instituições eleitorais, mas o que importa é a concepção

²⁸⁶ Tradução livre de: “This paper has presented new results on how electoral rules affect corruption. Our empirical results are consistent with theoretical models suggesting that voting on party lists (the career-concern effect) or in relatively small electoral districts (the barriers-to-entry effect) reduce the effectiveness with which voters can exploit the ballot to deter corruption. The estimated effects of the electoral system are non-trivial. For instance, they suggest that Chile’s low corruption outcome — a CPI value of 3.42 compared to values well over 5 for most other South American democracies — might to a considerable degree be attributed to its electoral rules, combining dual-majority rule (PLIST = 0) in two-member districts (DISMAG = 0.5). Similarly, Belgium — an outlier with much higher corruption than predicted — could cut its corruption level towards that of France by introducing plurality rule in place of PR. Our results also suggest that each feature of Japan’s recent electoral reform — scrapping plurality rule in some districts and diminishing average district magnitude — might actually increase corruption. Italy’s electoral reform abandoning PR in favor of plurality for 75% of the legislature — instead appears as a step in the right direction.” (PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido e TREBBI, Francesco, 2003. Electoral Rules and Corruption. Journal of the European Economic Association, MIT Press, vol. 1(4), pages

abrangente da regra eleitoral, não apenas uma única característica. Nossos resultados empíricos diferem um pouco dependendo de como exatamente medimos as variáveis dependentes e independentes de interesse, e se exploramos a variação transversal ou a de séries temporais nos dados. No geral, entretanto, os resultados são amplamente consistentes com todas as três hipóteses teóricas, H1-H3, resumidos na Seção 2, embora se distinguiam acentuadamente entre os três seria difícil por causa da co-linearidade entre nossos indicadores eleitorais. Os países com distritos eleitorais menores tendem a ter mais corrupção, como previsto pela hipótese de “barreiras para entrada”. **Países em que predominantemente se vote em indivíduos tendem a ter menos corrupção que aqueles que votam predominantemente em listas partidárias, como previsto pela hipótese de “preocupação com a carreira”.** Também há algum suporte para um efeito adicional de eleições pluralistas. Isto pode ser visto como evidência para a hipótese de competição eleitoral, ou como preocupações de carreira individual mais fortes em sistemas de pluralidade que em sistemas de listas abertas.” ²⁸⁷

958-989. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w8154.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2014 p. 21)

²⁸⁷ Tradução livre de: “This paper has presented new empirical results on how electoral rules affect political corruption. The main lesson of the data is that corruption is affected by electoral institutions, but what matters is the comprehensive design of the electoral rule, not just a single feature. Our empirical results differ somewhat depending on exactly how we measure the dependent and independent variables of interest, and whether we exploit the cross-sectional or time-series variation in the data. Overall, however, the results are broadly consistent with all three theoretical hypotheses, H1-H3, summarized in Section 2, even though discriminating sharply among the three may be difficult because of the collinearity among our electoral indicators. Countries with smaller electoral districts tend to have more corruption, as predicted by the barriers-to-entry hypothesis. Countries predominantly voting for individuals tend to have less corruption than those predominantly voting for party lists, as predicted by the career-concern hypothesis. There is also some support for an additional effect of plurality elections. This can be viewed as evidence for the electoral-competition hypothesis, or as stronger individual career concerns in plurality systems than in open-lists systems.” (PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido e TREBBI, Francesco, 2003. Electoral Rules and Corruption. First version: May 2000 Final revision: January 2003. Disponível em <<http://people.su.se/~tpers/papers/pttjan03.pdf>> Acesso em 15 de março de 2014 p. 26)

Concluem que a corrupção pode ser afetada por instituições eleitorais, mas que não se deve ser considerado apenas um único aspecto. Segundo as análises, os países com distritos eleitorais menores tendem a ter mais corrupção. E nos países em que o voto é direcionado aos indivíduos tendem a ter menos corrupção do em listas partidárias.

E sugerem quais seriam os efeitos de alterações do sistema eleitoral em algumas situações específicas.

“(...) A reforma eleitoral da Itália - que abandonou PR (proporcional) em favor da regra de pluralidade com eleições diretas para indivíduos em distritos membros únicos para 75% da legislatura – deve, ao contrário, ter um efeito misto sobre a corrupção. Enquanto que mais responsabilidade individual direta com votação de pluralidade é um passo na direção certa, a redução da magnitude média distrital tem um efeito de compensação. Da mesma forma, a reforma da Nova Zelândia das suas eleições estritamente majoritárias, em direção a um sistema misto com menos responsabilidade individual, mas magnitude média distrital mais alta, pode ter um efeito ambíguo sobre a corrupção.”²⁸⁸

Claudio Ferraz e Frederico Finan também trabalham em cima da hipótese teórica de que as regras eleitorais podem ter influência no comportamento dos políticos e diminuir ou aumentar a corrupção.

“Acredita-se que a variação em sistemas eleitorais explique uma parte significativa das diferenças nas práticas de corrupção entre os países. Porque os eleitores podem

²⁸⁸ No original “(...) Italy's electoral reform — abandoning PR in favor of plurality rule with direct elections of individuals in single member districts for 75% of the legislature — should instead have a mixed effect on corruption. While more direct individual accountability with plurality voting is a step in the right direction, the reduction of average district magnitude has a countervailing effect. Similarly, New Zealand's reform of its strictly majoritarian elections, towards a mixed system with less individual accountability but higher average district magnitude, might have an ambiguous effect on corruption.” (PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido e TREBBI, Francesco, 2003. Electoral Rules and Corruption. First version: May 2000 Final revision: January 2003. Disponível em <<http://people.su.se/~tpers/papers/pttjan03.pdf>> Acesso em 15 de março de 2014. p. 27)

derrubar políticos corruptos dos cargos, as regras eleitorais que melhorem a responsabilidade política deveriam limitar o comportamento dos políticos corruptos. No entanto, enquanto que há argumentos teóricos convincentes do porquê as instituições políticas afetam a corrupção (ver por exemplo Myerson (1993) e Persson, Roland e Tabellini (1997)), a evidência empírica identificando as estruturas eleitorais específicas que disciplinam o comportamento dos políticos sofre de pelo menos duas falhas importantes. Primeiro, a maioria desses estudos tem base em índices que medem percepções ao invés da real corrupção política. Em segundo lugar, muitos confiaram principalmente na análise pelo país, onde a incapacidade de explicar o conjunto de mecanismos institucionais que determinam a corrupção fez com que os resultados fossem difíceis de serem interpretados.”²⁸⁹

Diante dessa afirmação, eles fazem uma análise empírica especificamente no caso de reeleição dos municípios.²⁹⁰

²⁸⁹ “Variation in electoral systems is believed to explain a significant portion of the differences in corruption practices across countries. Because voters can oust corrupt politicians from office, electoral rules that enhance political accountability should constrain the behavior of corrupt politicians.³ However, while there are convincing theoretical arguments for why political institutions affect corruption (see for example Myerson (1993) and Persson, Roland, and Tabellini (1997)), the empirical evidence identifying the specific electoral structures that discipline politicians’ behavior suffers from at least two important shortcomings. First, most of these studies are based on indices that measure perceptions rather than actual political corruption. Second, many have relied primarily on cross-country analysis, where the inability to account for the full set of institutional arrangements that determine corruption has made results difficult to interpret.” (FERRAZ, Claudio. FINAN, Frederico. Electoral Accountability and Corruption: Evidence from the Audits of Local Governments. National Bureau of Economic Research. Working Paper 14937. Cambridge, April 2009. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14937>> Acesso em 12 de março de 2014. p. 1)

²⁹⁰ “Consistente com um modelo de agência política simples, descobrimos que os prefeitos com incentivos de reeleição são significativamente menos corruptos do que os prefeitos sem incentivos de reeleição. Nos municípios onde os prefeitos estão em seu primeiro mandato, a parcela dos recursos desviada é, em média, 27% menor do que em municípios com prefeitos em segundo mandato. (...) Partindo do princípio que, na ausência de incentivos de reeleição, os prefeitos de primeiro mandato se comportariam como prefeitos de segundo mandato, os incentivos de reeleição são responsáveis por induzir uma redução dos recursos desviados da ordem de R\$433 milhões (US\$160 milhões). (...) Nós também achamos que os efeitos dos incentivos de reeleição variam consideravelmente de acordo com diferenças nas configurações institucionais locais que regulam quer a prestação de informações ou a punição potencial que políticos corruptos podem sofrer. Por exemplo, entre os municípios com a presença de meios de comunicação locais ou promotores públicos locais, encontramos pouco efeito diferencial entre prefeitos primeiro e

Interessante observar que os pesquisadores verificaram que nos casos em que os prefeitos tinham a possibilidade de se reeleger, e portanto, tendiam a fornecer mais bens públicos²⁹¹ Assim, encontraram menos corrupção nos municípios em que o prefeito estava no primeiro mandato do que nos casos em que não havia mais possibilidade de reeleição.²⁹²

Os resultados também sugeriram aos pesquisadores que os incentivos à reeleição também dependiam de características locais. A diferença da corrupção entre prefeitos de primeiro e segundo mandato também se acentuou nos casos em que haveria um custo maior para a corrupção. E os prefeitos que

segundo mandato. Por outro lado, para os municípios sem mídia local, os incentivos de reeleição reduzem a corrupção política em pontos percentuais. Os efeitos dos incentivos de reeleição também são mais pronunciados nos municípios onde as eleições foram competitivas, sugerindo que prefeitos em primeiro mandato com uma vantagem eleitoral podem se dar ao luxo de serem mais corruptos.” Tradução livre de: “Consistent with a simple political agency model, we find that mayors with re-election incentives are significantly less corrupt than mayors without re-election incentives. In municipalities where mayors are in their first term, the share of resources misappropriated is, on average, 27 percent lower than in municipalities with second-term mayors. (...) Assuming that in the absence of re-election incentives, first-term mayors would behave as second-term mayors, re-election incentives are responsible for inducing a reduction in resources misappropriated in the order of R\$433 million (US\$160 million). (...) We also find that the effects of re-election incentives vary considerably according to differences in the local institutional settings that govern either the provision of information or the potential punishment corrupt politicians might suffer. For instance, among municipalities with the presence of local media or local public prosecutors, we find little differential effect between first and second-term mayors. Conversely, for the municipalities without local media, re-election incentives reduce political corruption by percentage points. The effects of re-election incentives are also more pronounced in municipalities where the elections were competitive suggesting that first term mayors with an electoral advantage can afford to be more corrupt.” (FERRAZ, Claudio. FINAN, Frederico. Electoral Accountability and Corruption: Evidence from the Audits of Local Governments. National Bureau of Economic Research. Working Paper 14937. Cambridge, April 2009. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14937>> Acesso em 12 de março de 2014. p. 2)

²⁹¹ FERRAZ, Claudio. FINAN, Frederico. Electoral Accountability and Corruption: Evidence from the Audits of Local Governments. National Bureau of Economic Research. Working Paper 14937. Cambridge, April 2009. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14937>> Acesso em 12 de março de 2014. p. 5

²⁹² “Até agora, nossos resultados mostram que há menos corrupção em municípios governados por prefeitos em primeiro mandato. Embora isso seja consistente com os efeitos de incentivos reeleição, existem interpretações alternativas para esses achados. Uma possibilidade é que as nossas estimativas estejam capturando algumas características não observadas do município ou do prefeito que aumenta as taxas de ambos a reeleição e os níveis de corrupção. Por exemplo, os prefeitos em primeiro e segundo mandatos podem diferir na capacidade política. Se a capacidade de um prefeito aumenta sua probabilidade de reeleição e lhe permite ser mais corrupto, então nossas estimativas são potencialmente tendenciosas para cima.” Tradução livre de: “Thus far, our results show that there is less corruption in municipalities governed by first term mayors. Although this is consistent with the effects of re-election incentives, there are alternative interpretations for these findings. One possibility is that our estimates are capturing some unobserved characteristics of the municipality or the mayor that increases both re-election rates and corruption levels. For instance, first and second-term mayors might differ in political ability. If a mayor’s ability increases his re-election probability and enables him to be more corrupt, then our estimates are potentially biased upwards.” (FERRAZ, Claudio. FINAN, Frederico. Electoral Accountability and Corruption: Evidence from the Audits of Local Governments. National Bureau of Economic Research. Working

tinham possibilidades de seguir uma carreira política, mesmo em segundo mandato, tiveram também menor disposição para se envolver em atividades corruptas.

“No geral, os achados sugerem que as regras eleitorais que melhorem a responsabilidade política desempenham um papel crucial em restringir o comportamento corrupto dos políticos, mesmo em um contexto institucional em que a corrupção é generalizada e elites dominam a política local. Apesar deste efeito positivo de incentivos de reeleição em restringir a corrupção, mais pesquisas são necessárias a fim de avaliar se a responsabilidade eleitoral afeta outros aspectos de governança e por fim melhora o bem-estar dos eleitores. (...)”²⁹³

Todos esses estudos apontam **alguma influência entre os combinações de regras eleitorais e a corrupção**. Porém, como apontam Torsten Persson, Guido Tabellini e Francesco Trebbi, não há uma influência direta **apenas** do sistema eleitoral, **mas as variantes envolvidas e sua dinâmica com o sistema político podem influir no aumento ou diminuição dos seus índices**.

A pesquisa realizada por Vincenzo Memoli e Alessandro Pellegata e apresentada em setembro de 2013, testou várias hipóteses a respeito do impacto negativo da corrupção na satisfação dos cidadãos em relação à democracia. Os efeitos da insatisfação são largamente conhecidos e eles procuraram entender o efeito direto do contexto político e institucional. A literatura, segundo contam,

Paper 14937. Cambridge, April 2009. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14937>> Acesso em 12 de março de 2014. p. 15)

²⁹³ Tradução livre de: “Overall, the findings suggest that electoral rules that enhance political accountability play a crucial role in constraining politician’s corrupt behavior even in an institutional context where corruption is pervasive and elites dominate local politics. Despite this positive effect of re-election incentives on constraining corruption, further research is needed in order to assess whether electoral accountability affects other aspects of governance and ultimately improves voters’ welfare. (...)” (FERRAZ, Claudio. FINAN, Frederico. Electoral Accountability and Corruption: Evidence from the Audits of Local Governments. National Bureau of Economic Research. Working Paper 14937. Cambridge, April 2009. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14937>> Acesso em 12 de março de 2014. p 23)

procura explicar como o sistema eleitoral pode restringir a corrupção, entendido como um indicador do mau desempenho dos políticos.

“Neste estudo, a hipótese de que as características do sistema eleitoral que contribuem para limitar a corrupção e fortalecer a relação de responsabilidade entre os representantes e seus eleitores diminuem os efeitos negativos da corrupção sobre a satisfação com a democracia. Mais precisamente, nós avançamos várias hipóteses de pesquisa que testam os efeitos da corrupção sobre a satisfação democrática condicional a diferentes aspectos do sistema eleitoral.”²⁹⁴

Nessa pesquisa, analisaram as a magnitude dos distritos, a estrutura de votação, a formula eleitoral, e a opção por lista fechada ou aberta. Os resultados empíricos confirmaram algumas das hipóteses.

“Os efeitos negativos da corrupção sobre a satisfação democrática são enfraquecidos pelo aumento dos níveis de magnitude distrital e da desproporcionalidade dos votos de cadeira, e uma moderadamente elevada proporção de deputados eleitos em votação individual em vez de listas partidárias. A implementação de um sistema eleitoral PR (proporcional) com listas abertas, em vez disso, **não ajuda a reduzir a consequência negativa da corrupção**. Independentemente do nível médio de magnitude distrital presente em um país, a presença de listas fechadas tem um desempenho melhor do que as listas abertas. Por último, a adoção de uma fórmula majoritária parece desempenhar

²⁹⁴ Tradução livre de: “In this study we hypothesize that those characteristics of the electoral system that contribute to constrain corruption and strengthen the relation of accountability between representatives and their voters weaken the negative effects of corruption on satisfaction with democracy. More precisely, we advance several research hypotheses which test the effects of corruption on democratic satisfaction conditional to different aspects of the electoral system.”: (MEMOLI, Vincenzo e PELLEGRATA, Alessandro. Electoral systems, corruption and satisfaction

um papel significativo na mediação do impacto da corrupção sobre a satisfação com a democracia."²⁹⁵

A partir desses resultados chegaram a duas conclusões gerais. A primeira é que, de fato, o nível de satisfação com a democracia foi conectado com a avaliação dos políticos e a percepção da corrupção entre os agentes públicos. Porém, nem todos os mecanismos eleitorais para diminuir a corrupção tiveram um impacto automático. Outros elementos interferem na avaliação dos governos.

A segunda conclusão desse trabalho é de que a complexidade do sistema eleitoral afeta na avaliação do desempenho dos governos e na qualidade da democracia. A adoção do sistema majoritário puro não garantiu um “melhor desempenho na satisfação democrática, através do seu papel de restrição de corrupção do que a adoção de uma regra proporcional.” Entenderam que aspectos individuais devem ser analisados separadamente, pois podem produzir “resultados contrastantes”.

"Na verdade, parece que, para enfraquecer o impacto da corrupção sobre a satisfação democrática, um país deve adotar uma combinação de distritos-membros únicos, em que o representante é eleito por cédula individual, e distritos-plurinominais, regulados por um sistema eleitoral PR (proporcional) com listas fechadas. Além disso, este tipo de sistema deve implicar um nível moderadamente alto de desproporcionalidade de votos de cadeira. Olhando para os sistemas eleitorais do mundo real, esta combinação, embora em diferentes variantes, é implementada por sistemas

with democracy. Paper presented at the XXVII Annual Conference of the Italian Political Science Association, University of Florence, 12-14 September 2013 p. 23)

²⁹⁵ Tradução livre de: “The negative effects of corruption on democratic satisfaction are weakened by increasing levels of district magnitude and vote-seat disproportionality, and a moderately high share of legislators elected on individual ballot rather than with party lists. The implementation of a PR electoral systems with open lists, instead, does not help to reduce the negative consequence of corruption. Irrespective of the average level of district magnitude present in a country, the presence of closed lists has a better performance than open lists. Finally, the adoption of a majoritarian formula seems to play any significant role in mediating the impact of corruption on satisfaction with democracy.” (MEMOLI, Vincenzo e PELLEGATA, Alessandro. Electoral systems, corruption and satisfaction with democracy. Paper presented at the XXVII Annual Conference of the Italian Political Science Association, University of Florence, 12-14 September 2013. p. 24)

eleitorais de membros mistos. Oito em cada trinta e quatro países da nossa amostra têm um sistema eleitoral misto. A maioria deles reformou (ou emendou) o sistema eleitoral adotando essa fórmula durante os anos noventa. Entretanto, é difícil derivar dos nossos resultados que a adoção de um sistema misto contribuiria para melhorar a qualidade das democracias representativas contemporâneas (Massicotte e Blais 1999; Shugart e Wattemberg 2001). Embora os sistemas mistos ajudem a reduzir os efeitos negativos da corrupção sobre a satisfação com a democracia, mais pesquisas que analisam seu impacto sobre os diferentes elementos da qualidade democrática são necessárias.”²⁹⁶

Dessas pesquisas, extrai-se que o sistema eleitoral não é um dado isolado, e importa mais as interações produzidas pela escolha das regras e combinações específicas. Em geral, apontam resultados diferentes conforme o enfoque e a seleção de dados. Em comum, indicam que quanto maior o vínculo entre os candidatos e os eleitores, maior a responsabilização daqueles perante estes. Não confirmam a hipótese teórica de que os sistemas majoritários seriam menos corruptos e apontam, no geral, que os sistemas proporcionais apresentam menores índices quando combinados com o sistema parlamentar. Não se identificou diminuição da corrupção com a adoção da lista fechada. No caso da reeleição, apresentam menores índices de corrupção os prefeitos que estavam no primeiro mandato. Não investigaram alguns aspectos específicos como a adoção de cláusula de barreira ou financiamento público.

²⁹⁶ Tradução livre de: “In fact, it seems that to weaken the impact of corruption on democratic satisfaction a country should adopt a combination of single-member districts in which the representative is elected on individual ballot and multi-member districts regulated by a PR electoral system with closed lists. Moreover, this kind of system should imply a moderately high level of vote-seat disproportionality. Looking at the real-world electoral systems, this combination, though in different variants, is implemented by mixed-member electoral systems. Eight out of thirty-four countries in our sample have a mixed electoral system. Most of them have reformed (or emended) the electoral system adopting this formula during the nineties. However, it is difficult to derive from our results that adopting a mixed system would contribute to improve the quality of contemporary representative democracies (Massicotte and Blais 1999; Shugart and Wattemberg 2001). Although, mixed systems help to reduce the negative effects of corruption on satisfaction with democracy, further research that analyzes their impact on different elements of democratic quality are required.” (MEMOLI, Vincenzo e PELLEGRINI, Alessandro. Electoral systems, corruption and

satisfaction with democracy. Paper presented at the XXVII Annual Conference of the Italian Political Science Association, University of Florence, 12-14 September 2013. p. 25)

SEGUNDA PARTE
TUTELA DA MORALIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3 TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA NO BRASIL

O “fim da corrupção” pode ser uma utopia romântica, mas com certeza isso não significa que deva ser tolerada, especialmente quando se observa níveis de corrupção como os do Brasil. Aqui, a sensação geral é de que toda a sociedade está permeada pela corrupção. Porém, verificando o ordenamento jurídico, muitos são os instrumentos legais que se apresentam disponíveis para prevenir e punir atos de corrupção e improbidade, que ferem a moralidade administrativa tão cara à delicada democracia.

Três leis serão apresentadas: a Lei de Improbidade Administrativa que disciplinou os casos e as punições para os atos de improbidade, a Lei da Ficha Limpa que busca afastar da competição eleitoral os candidatos com “ficha suja” e a Lei Anticorrupção, que busca proteger a moralidade pública ao se dirigir aos possíveis corruptores. Em cada uma, um aspecto referente à preocupação com a moralidade é destacado.

3.1 Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, expressamente revoga as Leis nºs 3.164²⁹⁷, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958²⁹⁸, que puniam os servidores

²⁹⁷ Conhecida por Lei Pitombo-Godói Ilha, dispôs sobre o sequestro e o perdimento de bens de servidor público no caso de enriquecimento ilícito, isto é, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que ele tenha ocorrido.

²⁹⁸ Conhecida por Lei Bilac Pinto, regrou o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Inovou ao equiparar ao dirigente ou empregado de autarquia, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio, ou de entidade que receba e aplique contribuições para-fiscais. Além disso, definiu os casos de enriquecimento ilícito.

públicos que enriquecessem por atos ilícito e sujeitavam os bens pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, ao sequestro e perda. Ela veio alargar os horizontes da proteção ao patrimônio público, incluindo a proteção da administração pública como um todo, ao coibir não apenas os casos em que houvesse enriquecimento ilícito ou danos ao erário, mas também no descumprimento dos princípios administrativos do artigo 37 da Constituição de 1988.

É hoje um dos principais instrumentos jurídicos que dispõe o ordenamento brasileiro para combater a corrupção e a má-fé na condução da gestão pública.

“A LGIA pode equiparar-se a um Código Geral de Conduta dos agentes públicos, no marco dos modelos centralizadores. É uma lei Geral, de caráter nacional, seguindo ao art. 37, § 4º da CF. Isso significa que a Lei alcança todos os agentes do setor público e todas as instituições públicas brasileiras, do Presidente da Nação até o mais humilde dos servidores, porque não faz ressalva. Diga-se que a única autoridade que ganhou uma referência autônoma, neste tópico, foi o Presidente da Nação, no art. 85, V, da CF, mas tampouco tal previsão resulta suficiente a afastar essa máxima autoridade dos ditames da LGIA. Diga-se que nem mesmo a prerrogativa de foro alteraria esse quadro institucional, visto como não teria força para eliminar o caráter geral do Código em comento.”²⁹⁹

O termo “Improbidade Administrativa” aparece na Constituição de 1988 no artigo 15, V³⁰⁰ e no artigo 37, § 4, que dispõe sobre a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, no caso de improbidade administrativa.

²⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 164

³⁰⁰ Trata-se de uma das hipóteses permissivas da cassação dos direitos políticos.

“O vocábulo latino *improbidade* tem o significado de "desonestidade" e a expressão *improbis administrator* quer dizer "administrador desonesto ou de má-fé (...) Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.”³⁰¹

É o oposto de probidade, que pode ser tratada como “moralidade administrativa qualificada”³⁰². Vincula-se da conduta do administrador. A probidade é violada quando “o agente público o qual, em suas tarefas e deveres cotidianos, atrita os denominados ‘tipos’ legais”.³⁰³

Improbidade não é a mera ilegalidade do ato. O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, na pretensão de obter vantagens indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções. Na análise dos casos concretos, os Tribunais buscam a afronta aos princípios morais e éticos, o que distingue um mero ato ilegal de um ato de improbidade.

“Improbidade é maldade, perversidade, corrupção, devassidão, desonestidade, falsidade, qualidade de quem atenta contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. Ausentes essas características na

³⁰¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2

³⁰² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 669

³⁰³ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 22.

inobservância formal do ordenamento, não há como aplicar pena por improbidade ao agente público.”³⁰⁴

A finalidade da Lei de Improbidade é, portanto, a punição do agente público que age de forma contrária à moralidade, o desonesto, o perverso³⁰⁵. Nesse sentido é que se manifestam os Tribunais pátrios.

“E essa ausência de honestidade, retidão, integridade na gestão pública, nas hipóteses de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 92) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo).”³⁰⁶

Essa nova sistemática trazida pela Lei faz dela uma esperança na prossecução e realização do interesse público pelos seus administradores, vez que, desviados deste objetivo na qualidade de agentes da Administração, serão pessoalmente responsáveis por seus atos de gestão, mesmo que isso não implique diretamente prejuízo financeiro ou enriquecimento ilícito.

“É que ‘o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público’ (Mauro Roberto Gomes

³⁰⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 400.147-5/5- Auriflama, Relator Desembargador Renato Nalini. Diário da Justiça 15/8/2006

³⁰⁵ “Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.” (Recurso Especial nº 480,387/SP, Relator Ministro Luiz Fux, diário da Justiça da União 16/3/2004)

³⁰⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4

de Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed., pp. 7 e 8). ‘A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto’ (Alexandre de Moraes, in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas 2002, p. 2.611). ‘De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado’ (Recurso Especial 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).”³⁰⁷

A lei de improbidade se aplica aos agentes públicos³⁰⁸, servidores ou não, conforme definidos no seu artigo 2º e também a todo aquele 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.”³⁰⁹

Adota a lei um conceito abrangente de agente público, sendo bem mais abrangente do que as que a precederam. Conforme enumera Marino Pazzaglini Filho:

“Com efeito, contempla todas as pessoas físicas que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou transitoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas

³⁰⁷ Recurso Especial 758.639/PB, Relator Ministro José Delgado, 1ª Turma, Diário da Justiça 15.5.2006

³⁰⁸ 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, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

³⁰⁹ Artigo 3º da Lei 8.429 de 02 de julho de 1992.

dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse público.”³¹⁰

Mais do que apresentar um conceito abrangente de agente público para os fins de aplicação da lei, a Lei de Improbidade também aplica, no que couber, a quem quer que se beneficie do ato. Isso porque, muitas vezes, o agente público age em conluio com um terceiro, seja ele um particular ou agente público estranho as funções públicas exercidas por aquele.³¹¹

Conforme esclarece Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“(...) o princípio (da moralidade), deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.”³¹²

A Lei prevê três modalidades de atos de improbidade administrativa com sanções tão severas quanto àquelas previstas em um Código de Leis Penais. Por essa razão, exige-se, na punição da improbidade, que a ação se enquadre em uma das espécies de improbidade reguladas, a exemplo da análise da tipicidade em sede criminal.³¹³

³¹⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9

³¹¹ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA PREMISSA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. TERCEIRO EM CONLUÍO COM AGENTES PÚBLICOS. APLICAÇÃO DO ART. 23 DA LIA. SÚMULA 83/STJ. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas (Súmula 7/STJ). 2. Nos moldes da jurisprudência firmada do STJ, aplica-se aos particulares, réus em ação de improbidade, a mesma sistemática cabível aos agentes públicos, prevista no art. 23, I e II, da Lei 8.429/1992, para fins de fixação do termo inicial da prescrição. 3. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ). 4. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 5. Agravo regimental não provido.” (Agravo Regimental no Recurso Especial 1159035 / MG Agravo Regimental no Recurso Especial 2009/0188052-8 Diário da Justiça Eletrônico 29/11/2013)

³¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 79

³¹³ “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIOS. 1. A ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para ensejar

A Lei divide os atos de improbidade em três espécies: a) importam enriquecimento ilícito, especificados no artigo 9º, b) que causam prejuízo ao erário, tipificados no artigo 10, e c) que atentam contra os princípios da administração pública, descritos no artigo 11.

Aos atos administrativos que importam em enriquecimento ilícito são aplicadas as penalidades descritas no artigo Artigo 12., I. Já os atos que causam prejuízo ao erário, são aplicadas as penas do inciso II e, para os atos que atentam contra os princípios da administração pública, as penalidades cabíveis estão no inciso III.

Conforme redação do caput dada pela Lei nº 12.120, de 2009. , “que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”. O caput deve ser lido em conjunto com o parágrafo único, que estabelece que o juiz deverá levar em conta na fixação da pena “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

O caso dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito definidos no artigo 9º referem-se ao comportamento mais torpe do agente público no desempenho imoral e desonesto de suas atribuições. Trata-se, sem dúvida, da modalidade mais grave.

Ela se configura quando o agente público definido no artigo 2º “aufere dolosamente”³¹⁴ vantagem patrimonial ilícita, “destinada para si ou para outrem”, em “razão do exercício improbo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade”³¹⁵ na administração pública direta ou indireta. Assim estão incluídos

condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal. 2. Acordão que reconheceu existir, apenas, indícios da prática de improbidade administrativa. Improcedência do pedido que se impõe" CSTJ – Resp 976.555/RS, Rel. Ministro Jose Delgado, j. 8-4-2008). “Ausente a concretização do suposto atuar ímprobo, sobressai a falta de interesse processual superveniente. Tratando-se de ação cível com cunho penal, a atipicidade da conduta assemelha-se a impossibilidade jurídica do pedido, mercê da falta notória do interesse de agir quer por repressão quer por inibição, impondo o indeferimento da inicial e a consequente extinção do processo sem análise do mérito, por isso que ausente a violação do art. 267 do CPC. Deveras, o atual § 8 do art. 17 da Lei 8.429/92 permite ao magistrado indeferir a inicial julgando improcedente a ação se se convencer da inexistência do ato de improbidade. Consequentemente, se assim o faz, não há violação da lei, senão seu cumprimento" (Recurso Especial 721.190/CE, Relator Ministro Luiz Fux, 13-12-2005)

³¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 43

³¹⁵ Artigo 9º, caput.

“entes da Federação e dos poderes do Estado, inclusive em empresas incorporadas ao patrimônio publico, em entidades para cuja criação ou custeio a Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. E também em entidades privadas de interesse publico que recebem ou manejam verbas publicas.”³¹⁶

São requisitos para responder por essa modalidade de improbidade, primeiramente, o recebimento da vantagem, tenha ocorrido ou não dano ao erário ou ao patrimônio de entidades publicas ou de entidades privadas de interesse publico. Em segundo lugar, a vantagem decorre de um ato ilegal do agente. Em terceiro, há a ciência do agente em relação à licitude. E, por fim, deve haver relação causal entre o exercício ilícito da função pública e a vantagem recebida.

Os incisos cuidam das hipóteses que se enquadram no artigo 9º. São elas:

- I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
- II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;
- III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

³¹⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 44

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Os incisos acima se referem basicamente a condutas que importem a utilização de bens públicos indevidamente ou recebimento de vantagens em decorrência do cargo ou função.

Conforme comentado, à improbidade administrativa definida no artigo 9º cabem as penalidades do artigo 12, I, que seriam:

“perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos”

No caso do enriquecimento ilícito também incide a regra do artigo 6º, que diz que o agente público ou terceiro perderá os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. Pode ser decretada, ainda em fase de inquérito, a indisponibilidade dos bens, que recairá sobre bens o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. (artigo 7º). A responsabilidade atinge o sucessor até o limite do valor da herança. (artigo 8º)

Note-se que as penalidades de “perda dos bens ou valores”, “ressarcimento integral” do dano podem ser aplicadas tanto ao agente público quanto ao terceiro que agiu em conluio, e a penalidade de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios é a que mais preocupa os terceiros que venham a ser processados pela lei de

improbidade, especialmente as empresas que tem o poder público como seu principal cliente.

Segundo Marino Pazzaglini Filho, a configuração dos atos de improbidade administrativa definidos no artigo 10, isto é, que causam prejuízo ao Erário depende da comprovação dos seguintes requisitos: “ação ou omissão ilegal do agente público no exercício de função pública; derivada de má-fé, desonestidade (dolosa ou culposa); e causadora de lesão efetiva ao Erário”. Nesse caso, é imprescindível a prova³¹⁷ da lesão. Neste caso, e apenas no caso do artigo 10, não é exigida para a condenação a configuração do dolo do agente, bastando que haja com culpa.

Importam em atos de improbidade que causem prejuízo ao erário:

“I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

³¹⁷ “ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – CONFIGURAÇÃO. 1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora. 2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (Recurso Especial 621415, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, decisão unânime, Diário da Justiça Eletrônico 30/052006)

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.”

Não há necessariamente um ganho material do agente público no caso das hipóteses acima. Mas são ações ou omissões que potencialmente causam danos. São casos que comportam tanto a conduta dolosa quanto a culposa.

Ao agente da conduta descrita no artigo 10, são aplicadas as penalidades do artigo 12, II, a saber:

“ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos”

O ressarcimento do dano também é mencionado no artigo 5º da Lei de Improbidade, que menciona que esse ocorrerá tanto no caso de ação ou omissão dolosa quanto culposa. É possível também neste caso se decretar a indisponibilidade dos bens, para assegurar o integral ressarcimento do dano. O sucessor também responde por este, até o limite da herança.

Novamente, as penalidades se referem tanto ao agente público, quanto aos terceiros que venham a agir em conluio, pois também é prevista a proibição de contratar com o poder público.

O artigo 11 é residual. Caso esteja comprovado o enriquecimento ilícito, independentemente da prova da lesão ao erário, o agente responde pelo artigo 9º, cujas penas são mais graves. Caso não se comprove o enriquecimento ilícito, mas a lesão ao erário esteja caracterizada, o agente responde pelo artigo 10º. Porém na hipótese de não existir comprovação tampouco da lesão, tampouco do enriquecimento, o agente pode ser punido pelo artigo 11.

Isso significa dizer que violar os princípios elucidados no artigo 37, caput, da Constituição da República de 1988, constitui ato de improbidade administrativa, independente de haver lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

“Embora a redação do dispositivo não tenha sido a mais apropriada, pois seria de maior rigor ou precisão reiterar os princípios constitucionais basilares que informam a atuação pública elencados no art. 37, caput, da Carta Magna (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), a circunstancia de constar dele a expressão violação da legalidade elucida, sem duvidas, que o preceito compreende a transgressão dos demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam a atuação dos agentes públicos, posto que, como já afirmado no Capítulo I, por ocasião do exame dos princípios constitucionais da Administração Pública, estes "servem para esclarecer e explicitar a conteúdo da principio maior ou primaria da legalidade.

Ademais, a afronta ao "dever de honestidade" corresponde a violação do princípio da moralidade, e ao "dever de imparcialidade" a ofensa ao princípio da impessoalidade.

” 318

Em todos os casos de improbidade o elemento subjetivo deve analisado³¹⁹. Para a configuração do artigo 11, como mencionado, deve ser comprovado o dolo especificamente.

³¹⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 98

³¹⁹ 1. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. 2. Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). 3. No caso

As penalidades aplicáveis estão no inciso III do artigo 12, a saber:

“ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”

Novamente pode incidir a proibição de contratação com o poder público aos particulares. Em todas as demais penalidades, note-se que há uma gradação. A infração que importa em enriquecimento ilícito, considerada mais grave, são aplicados maiores multas e maiores prazos de restrições de direitos, e, no caso de não se comprovar nem enriquecimento ilícito, nem lesão os prazos são menores.

A suspensão dos direitos políticos em todos os casos é prevista, podendo ser imposta ou não ao agente público na sentença, dependendo das circunstâncias concretas do caso.

Cada uma das modalidades de improbidade traz nos seus incisos infrações concretas à legislação administrativa. Há, para a verificação da existência ou não de ato ímprobo, a necessidade de se recorrer à outras leis, como, por exemplo, a Lei de Licitações (Lei 8.666 de 21 de junho de 1993).

Em relação à tipicidade dos atos de improbidade administrativa, entende Fábio Medina Osório:

concreto, o Tribunal de origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. 4. Provimento do recurso especial.” (Recurso Especial nº 875163/RS, Relator Ministra Denise Arruda, Diário da Justiça da União 01/07/2009)

“A natureza jurídica do direito administrativo sancionador marca, portanto, a improbidade administrativa e lhe dá o regime jurídico fundamental. Neste sentido, pode dizer-se que a tipicidade não é idêntica à do direito penal, embora siga sendo uma tipicidade material e formal. Além disso, essa tipicidade depende, como já dissemos, da complementação das normas em branco pela incidência setorial de outras normas diretamente violadoras pelo *improbis*. A gravidade da conduta também será fruto de um arbítrio judicial, mas de uma valoração concreta a respeito da importância das normas violadas no contexto normativo global. O elemento subjetivo da conduta será analisado no marco normativo unitariamente concebido, o que não nos impede de reconhecer, como o fizemos, que certamente a culpa exige a nota da gravidade, e a desonestidade também o exige.”³²⁰

A ação judicial para responsabilização por ato de improbidade administrativa segue um rito processual próprio, disciplinado no capítulo V. Havendo representação³²¹, se atendidos seus requisitos legais, os fatos são apurados em consonância com os processos administrativos disciplinares, e deve ser cientificado o Ministério Público ou Tribunal de Contas. No caso de indícios de responsabilidade, deve ser encaminhada representação ao Ministério Público ou órgão competente para tomar as providências cabíveis, como a requisição do sequestro de bens no caso de enriquecimento ilícito.

A ação deve ser proposta pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, e, nesse caso, o Ministério Público deve intervir, sob pena de nulidade. Não cabe transação, acordo ou conciliação nas ações de responsabilidade por ato de improbidade.

³²⁰ OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 321

³²¹ A Lei de Improbidade Administrativa criminaliza a hipótese de representação quando se sabe que o representado é inocente. Além da sanção penal, prevê a reparação de danos à imagem, obrigação essa que decorre da garantia constitucional do artigo 5º, inciso V.

Uma peculiaridade do rito é a notificação do requerido para oferecer manifestação, uma espécie de defesa prévia, antes da ação ser recebida, em decisão fundamentada, e ordenada a citação, se não for o caso de rejeição da ação.

Outro dado importante é em relação à prescrição. No caso das ações de responsabilidade por improbidade administrativa, independente da sua modalidade, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos após do final do exercício do mandato, cargo ou função.

Por fim, importante anotar que a lei, com o intuito de preservar a moralidade, prevê, no parágrafo único do artigo 20³²², a possibilidade de afastamento liminar do agente público. As penalidades referentes a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, de acordo com a Lei de Improbidade, só passariam a vigorar após o trânsito em julgado da sentença. Ocorre que, como se sabe, a Lei da Ficha Limpa, ao promover alterações na Lei das Inelegibilidades, fez com que, em alguns casos, antes do trânsito em julgado da sentença que condenou por improbidade administrativa, se caracterizasse a inelegibilidade. Esse tema será tratado adiante.

3.1.1 Violação dos princípios como infração autônoma

Todos os atos de improbidade são violadores não apenas de regras específicas, mas também, mesmo que indiretamente, dos princípios constitucionais orientadores da administração pública. A própria definição de improbidade, por seu turno, implica o desdém do administrador pela atuação dentro dos limites da moralidade pública.

“É intuitivo, também, que o agente público, ao praticar ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), ou que causa lesão ao Erário (art. 10),

³²² 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 ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

transgride, sempre, o princípio constitucional da legalidade e, em geral, outros princípios constitucionais explícitos ou implícitos, relativos ao conteúdo de sua conduta improba.”³²³

Porém, verifica-se que, por força do artigo 11, a infração aos princípios constitucionais, e por consequência, à moralidade administrativa, é uma violação autônoma. Ou seja, não há necessidade de se comprovar prejuízo efetivo ao Erário, tampouco o benefício de seus agentes concretizado em enriquecimento ilícito. Assim, trata a violação do artigo 11 de norma residual, aplicável quando não configurada as demais modalidades de improbidade.

Porém, há que se esclarecer que a mera ilegalidade não é sinônimo de improbidade. É preciso que se identifique em cada caso concreto, o elemento próprio da ação ímproba. Ou seja, a conduta desonesta, em desacordo com a moralidade.³²⁴

Essa modalidade de ilícito também exige que se configure o dolo, ou seja, que ele aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração.

“Um dos maiores problemas dos ilícitos dolosos é que se confunde o dolo com o engessamento da carga probatória, na vertente do *in dubio pro reo*. O ônus probatório há de ser distribuído de formas muito diversas, considerando peculiaridades de direito material e processual. Essa distribuição dos deveres argumentativos e probatórios altera, no plano concreto, a própria noção de “dolo” porquanto indica a configuração de conteúdos muito distintos às intencionalidades dos sujeitos, ao tomar como referências

³²³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 98

³²⁴ “Isso porque não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.” (Voto Ministro Humberto Martins. Agr no Agravo em Recurso Especial nº 435.67 –SP - Diário da Justiça Eletrônico: 2/05/2014)

suportes variados, mais ou menos vinculados ou ambíguos.”³²⁵

Assim, pune-se a conduta do administrador que, em ação ou omissão dolosa, aja motivado por desonestidade, e atente contra os princípios da administração pública. O rol trazido na lei é meramente exemplificativo, mas traz um bom indicativo do que pretende o legislador punir.

Diz o artigo 11 que:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

Tratam os incisos de graves violações à lei, aos princípios administrativos. Tem-se no inciso IV, por exemplo, a violação ao princípio da

³²⁵ OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 326

publicidade. O inciso I trata especificamente do desvio de poder³²⁶, ou desvio de finalidade. O inciso II cuida da “prevaricação administrativa consistente em retardar ou omitir ato de ofício sem justificativa legal.”³²⁷

A violação de sigilo funcional é tratada expressamente no inciso III. A regra da administração é a publicidade, no entanto, não raro o sigilo é necessário para “proteger os cidadãos-administrados”³²⁸, como por exemplo, fato constante de processo judicial que corria em segredo de justiça, dados referentes ao sigilo fiscal dos contribuintes, questões que constariam em prova escrita de concurso público, e outros. O inciso VII também trata de transgressão ao dever de sigilo, tratando-se de um dever específico relacionado a medidas econômicas.

Já os incisos V incide no caso da frustração de concurso público. A esse respeito, há uma gama de condutas possíveis que podem se enquadrar nessa hipótese. Desde a discriminação entre os candidatos, até a contratação ilícita sem concurso.

O inciso VI trata da obrigatoriedade de prestar contas. Trata-se de infração do dever de transparência. Essa obrigação não se limite à função administrativa, mas se estende a todas as atividades estatais. É o que determina a Constituição Federal no parágrafo único do artigo 70

Com essa previsão autônoma de infrações aos princípios, mesmo que não comprovado o enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, ganha a moralidade pública mais uma arma de proteção.

³²⁶ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello: “(...) a finalidade legal é um elemento da própria lei, é justamente o fator que proporciona compreendê-la. Por isso não se pode conceber o princípio da legalidade sem encarecer a finalidade quer de tal princípio em si mesmo, quer das distintas leis em que se expressa.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 107)

³²⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 103

³²⁸ OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 343

3.2 A lei da ficha limpa: ferramenta do processo eleitoral de combate à corrupção

Os direitos políticos³²⁹ abrangem o direito ao sufrágio³³⁰, que se materializa no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado. A Constituição Federal, no capítulo IV. O artigo 14 abre especificando quais são as condições de elegibilidade³³¹, isto é, os requisitos que devem ser preenchidos para que o cidadão pleitear cargos públicos eletivos.

Está expressamente disposto que são condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira³³²; II - o pleno exercício dos direitos políticos³³³; III - o alistamento eleitoral³³⁴; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição³³⁵; V - a filiação partidária³³⁶; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco

³²⁹ Gilmar Mendes explica que direitos políticos formam a base do regime democrático. “A expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos.” (Gilmar Mendes. Curso de Direito Constitucional. P. 779) Em Elementos de Direito Eleitoral de Carlos Mário da Silva Velloso e Walter de Moura Agra, encontra-se a seguinte definição: “Direitos políticos são prerrogativas ligadas à cidadania, no sentido de outorgar à população o direito de participar da escolha as decisões tomadas pelos órgãos governamentais. Ele é um direito-dever de atuação do povo na determinação das políticas públicas, expressando através dessa prerrogativa livremente suas opiniões.” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGREA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66)

³³⁰ O direito de sufrágio é direito público subjetivo e exprime um sentimento de confiança em relação a uma candidatura. O voto corresponde ao exercício desse direito. (KIMURA, Alexandre. Manual de Direito Eleitoral. P. 12). Monica Herman e Cladio Lembo explicam: “(..) o direito de sufrágio é erigido, hoje, a um dos mais eminentes direitos – diretamente relacionado ao homem político – exatamente por lhe propiciar, quer ativa, quer passivamente, a participação no polo epicêntrico das decisões políticas.” (CAGGIANO, Monica Herman e LEMBO, Claudio. Direitos Políticos. O partido político, canal de comunicação entre governantes e governados. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). Tratado de Direito Constitucional 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 986)

³³¹ “Elegibilidade é a capacidade jurídica do eleitor para concorrer a um mandato eletivo”. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. Eleições Municipais 2008. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21)

³³² “Nacionalidade é o vínculo que une os cidadãos a um Estado, acarretando uma relação de obrigações e prerrogativas, configurando-se como direito fundamental.” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGREA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 76)

³³³ “O exercício dos direitos políticos na modalidade ativa exige maior comprometimento com a coisa pública do que sua modalidade ativa, em virtude de sua relação intrínseca com as decisões governamentais. (...) As causas de mitigação das prerrogativas políticas são as expressamente constantes na Constituição (art. 15), não podendo outras ser acrescentadas por interpretação praeter legem.” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGREA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 77)

³³⁴ O alistamento é obrigatório para maiores de 18 anos e menores de 70. Facultativo para os analfabetos, maiores de 70 anos e quem tiver entre 16 e 18 anos.

³³⁵ De acordo com o caput da Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo.

³³⁶ Não se permite no Brasil a candidatura avulsa.

anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.” E, no parágrafo 4º, acrescenta: São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

Preenchidos esses requisitos, não deve estar presente nenhuma das inelegibilidades³³⁷, que estão no parágrafo 9º do artigo 14 (inelegibilidades constitucionais) e mais as estabelecidas em Lei Complementar.

As inelegibilidades significam a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, logo é afastado da competição eleitoral, não podendo se candidatar ou receber votos. Isto é, não detém a capacidade eleitoral passiva. As inelegibilidades não atingem a sua capacidade eleitoral ativa, isto é, o direito de votar.

“Portanto, além de se exigir do cidadão o preenchimento das condições de elegibilidade, obriga a legislação eleitoral que ele não seja enquadrado em nenhuma das causas de inelegibilidade. Os primeiros seriam conceituados como uma condição jurídica positiva, em que os cidadãos teriam de ostentar para poder participar dos pleitos; os segundos seriam definidos como uma condição jurídica negativa, em que os candidatos não poderiam incidir para não ficar inelegíveis.”³³⁸

As hipóteses de inelegibilidade são divididas em absolutas e relativas, sendo estas últimas obstáculos referentes a determinados pleitos ou mandatos. As absolutas referem-se ao inalistáveis, ou seja, não-eleitores não podem ser candidatos, e os analfabetos³³⁹. As relativas podem ser por motivos funcionais, por parentesco, afinidade, aplicáveis aos militares, ou estabelecidas em lei

³³⁷ Inelegibilidade é o impedimento ou restrição legal, que obsta o eleitor temporária ou definitivamente, de concorrer a qualquer ou a determinados cargos eletivos. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. Eleições Municipais 2008. São Paulo: Atlas, 2008. p. 22)

³³⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGREÁ, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82

complementar³⁴⁰. Quem está privado de seus direitos políticos, por perda ou suspensão, obviamente não pode pleitear os cargos eletivos.

Diz o artigo 14, parágrafo 9º da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.³⁴¹

Após listar os casos de inelegibilidades, a Constituição, exigiu, para que esse rol pudesse ser ampliado, a existência de Lei Complementar, que, para ser aprovada, necessita de quórum qualificado. A Lei Complementar, com vistas a **proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato**, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta regularia tanto as hipóteses quanto os prazos.³⁴²

“Restaurar a moralidade pública é dever que se impõe, não só pela necessidade de se preservarem as instituições repúblicas, tão imprescindíveis à consolidação da democracia participativa, mas, principalmente, garantir a

³³⁹ São inalistáveis os menores de 16 anos, os estrangeiros e os convocados para prestação de serviço militar obrigatório no período da convocação (conscritos). Também são inalistáveis os que tiveram os que estão privados dos direitos políticos.

³⁴⁰ Definidos na Constituição Federal e na Lei Complementar 64 de 1990.

³⁴¹ Redação dada pela Emenda Constitucional de revisão nº 4 de 1994.

³⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 808

normalidade do processo eleitoral cuja confiabilidade ainda deixa muito a desejar.”³⁴³

A Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990 veio disciplinar a questão das inelegibilidades legais. Até o advento da Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, os candidatos, apesar de muitas vezes possuírem um rol extenso de envolvimento com a Justiça, fosse por Improbidade Administrativa, fosse perante a Justiça Criminal, mas não apresentam nenhuma condenação transitada em julgado era tecnicamente, considerados primários e poderiam, portanto, se candidatar a cargos públicos.

“Referida lei foi objeto de perplexidade logo da sua edição. Impactou o mundo político – até por ter sido promulgada em pleno processo eleitoral relativo ao pleito de 2010 – e tumultuou o Judiciário com uma avalanche de impugnações. (...)”³⁴⁴

A intenção é clara e louvável: trata-se de impedir que disputem eleições pessoas cuja vida pregressa sugira que ameacem a probidade administrativa e a moralidade. Trata-se de medida de prevenção da corrupção em momento posterior ao eleitoral, a fim de preservar a moralidade no exercício dos cargos públicos.

Note-se, que como bem observa Fernando Dias Menezes de Almeida:

“(...) o constituinte de revisão – que atuou com os poderes especialmente previstos o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - quis explicitar, ao lado da defesa da legitimidade das eleições em face do abuso do poder econômico ou político (este sob a forma de abuso do

³⁴³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Pressupostos de inelegibilidade em razão de maus antecedentes do candidato: a questão da improbidade administrativa. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, p. -, jul. 2008. p. 8

³⁴⁴ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Ficha Limpa e outras trapalhadas eleitorais. Disponível em <http://www.institutogregoricaggiano.com.br>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013

exercício de função pública), também a proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato.

Mais ainda, ofereceu como critério de avaliação dessa moralidade a vida pregressa do candidato.³⁴⁵

A professora Monica Herman conta como foi o trâmite legislativo:

“Referido diploma legal iniciou seus trâmites legislativos a partir de iniciativa popular, com a coleta de assinaturas via internet. Isso após o insucesso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 144, em 2008. A partir desse momento foi produzido intenso movimento popular, tendo por palco a internet, provocando o Congresso, instando-o à feitura de uma lei. Essa, finalmente editada em junho de 2010, ano eleitoral, não mereceu aplicação advindo, de imediato, um impedimento constitucional: a vedação presente no art. 16 da CF que impõe a anterioridade e anualidade a serem observados pelo legislador quanto à edição de normas incidentes sobre o processo eleitoral. A sua aplicação às eleições de 2010 não foi autorizada por decisão do STF de 23.03.2011.”³⁴⁶

Interessante notar que a adesão ao projeto foi rápida e, mesmo depois de entregue “ao presidente da Câmara dos Deputados”, as assinaturas continuaram a chegar, “somando ao final mais de 1,6 milhão”.³⁴⁷

³⁴⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Estatuto do Candidato: Reflexões sobre a Ficha Limpa. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013

³⁴⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Impacto da Lei da Ficha Limpa nos Tribunais. In CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014. p. 22

³⁴⁷ REIS, Márlon Jacinto. O princípio Constitucional da Proteção e a Definição Legal das Inelegibilidades. In REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Edson de Reseno de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Org.). Ficha Limpa: Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010. p. 24

O projeto para ser aprovado sofreu algumas alterações. Concordeu-se explicitar no texto que estariam excluídas ações penais privadas ou relacionadas a crimes culposos e de menor potencial ofensivo. Além disso, o substituto levado à votação exigia que a condenação fosse de um órgão colegiado, enquanto no original seria qualquer órgão do judiciário.³⁴⁸

Para o professor Fernando critica nova lei no que se refere ao clamor popular por incluir nas hipóteses de inelegibilidade decisões ainda não transitadas em julgado.

“Ocorre que, ao fazê-lo, a Lei da Ficha Limpa, além de ampliar substancialmente o rol de ilícitos a ensejarem inelegibilidade, passou a considerar suficiente, como indicativo de mácula na vida pregressa do candidato, decisões ainda não definitivas.”³⁴⁹

Ou seja, **decisões que ainda não se tornaram definitivas pelo trânsito em julgado**, as quais são passíveis de recurso, podem desde já produzir os efeitos no sentido de tornar inelegíveis os candidatos que se enquadrarem nessas hipóteses³⁵⁰.

³⁴⁸ Em ambos os casos não se exige o trânsito em julgado, mas na hipótese da lei, ao menos as decisões teriam passado por uma revisão, no caso das ações terem iniciado em primeira instância. Sabe-se que a demora na solução definitiva dos processos que motivou a adoção desse critério. Mesmo ostentando condenações em primeira instância, muitos conseguiam se candidatar e até mesmo cumpriam todo o mandato até que se viesse a decisão definitiva. No caso da condenação ser revista, nenhum prejuízo ocorreu. Mas a confirmação e posterior suspensão dos direitos políticos é um fator de descrédito da população nas instituições democráticas. Essa foi, em síntese, a motivação dessa exigência.

³⁴⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Estatuto do Candidato: Reflexões sobre a Ficha Limpa. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71

³⁵⁰ São elas: “Art. 2º, I, d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra

A questão da constitucionalidade da nova norma foi colocada para solução pelo Supremo Tribunal Federal. O julgamento conjunto das ações de declaração de constitucionalidade nº 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578 tiveram como pontos principais:

“(a) a polêmica em torno da suposta aplicação “retroativa” da lei, quanto a hipótese de inelegibilidade tenha ocorrido antes da publicação da LC 135/2010; (b) a ocorrência da inelegibilidade por renúncia quando pendente contra o renunciante *representação* ou *petição capaz de autorizar abertura de processo* por infringência da dispositivo da Constituição do Brasil, da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município (ou seja, a inelegibilidade se dá mesmo sem processo, sem que tenha sido sequer recebida a *petição de representação*); (c) a hipótese de inelegibilidade de possível candidato que tenha condenação de órgão colegiado, mesmo sem trânsito em julgado; (d) o longo período de inelegibilidade (considerada excessiva em certos casos); (e) a hipótese de inelegibilidade por exclusão da possibilidade

a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22.”

de exercer profissão por decisão do órgão profissional, em virtude de infração ético-profissional.”³⁵¹

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de que não haveria inconstitucionalidade na Lei Complementar 135/2010.

No voto vista do Ministro Joaquim Barbosa, a questão é remetida ao artigo 148 da Constituição de 1967, que também determinava que a questão da inelegibilidade deveria preservar a probidade administrativa. A norma foi reproduzida na EC 1/1969, acrescentando a proteção da moralidade para o exercício do mandato. Assim, a questão se estende há mais de 40 anos.³⁵²

Para o Ministro, trata-se da moralização do voto e a questão estaria a muito tempo pendente de regularização.

“Mas não é só. Ao dar especificidade e concretude a todo um conjunto de normas, não por acaso inseridas no capítulo dos direitos fundamentais de cunho cívico e político, até então simploriamente regulamentada pelo legislador infraconstitucional, criou-se entre nós, a pretexto de conferir proteção ao bem comum e ao interesse público, um verdadeiro **Estatuto da Moralidade no Processo Eleitoral**.”³⁵³

³⁵¹ TAVARES, André Ramos. O impacto da Lei Ficha Limpa nos Tribunais: breve relato e anotações. In CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014. p. 113

³⁵² Voto Vista Ministro Joaquim Barbosa. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 / Distrito Federal. O Ministro também anota: “Somando-se a outros projetos já existentes sobre o assunto, não se pode negar que um projeto de lei de iniciativa popular que trata especificamente de um tema diretamente ligado à escolha dos nossos representantes, revela muito mais do que uma simples mobilização social. Revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política. Sem dúvida, há na sociedade brasileira um clamor pela superação do nosso passado clientelista e patrimonialista e pela transição para um futuro de virtude e de coparticipação. O que se busca é o abandono da complacência e da conivência com a falta de moral, de honestidade, que aqui e ali ganham foros de aceitação até mesmo pela via de expressões jocosas que não raro caem no gosto popular, como é o caso da execrável “ROUBA MAS FAZ”. O objetivo é avançar rumo a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da “coisa pública”, da res publica.” (Voto Vista Ministro Joaquim Barbosa. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 / Distrito Federal)

³⁵³ Voto Vista Ministro Joaquim Barbosa. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 / Distrito Federal.

Do outro lado da balança, estaria o exercício da cidadania passiva:

“O exercício da cidadania passiva, o *jus honorum*, ou a capacidade de exercer cargos públicos, a seu turno, demanda especial atenção. Informado pelo macroprincípio das “*eleições livres e disputadas*”, o *tratamento da candidatura* exige especial lapidação, impondo: a) liberdade para postular cargos eletivos, b) liberdade para disputar respaldo popular e os votos do corpo eleitoral.”³⁵⁴

Diante disso, as inelegibilidades deveriam ser tratadas como medida excepcional³⁵⁵, pois significam a restrição de uma liberdade pública fundamental. Para o Ministro Luiz Fux:

“Em outras palavras, a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, consubstanciada no não preenchimento de requisitos “negativos” (as inelegibilidades). Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral. Portanto, a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação ex lege dinâmica.”³⁵⁶

Para o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto vista:

³⁵⁴ CAGGIANO, Monica Herman e LEMBO, Claudio. Direitos Políticos. O partido político, canal de comunicação entre governantes e governados. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). Tratado de Direito Constitucional 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 986

³⁵⁵ Certo é, no entanto, que a ideia de inelegibilidade penetra em cenário político e jurídico com o perfil de evidente excepcionalidade, porquanto implica uma restrição, obscurecendo, temporariamente, o espectro da elegibilidade, erigida a “liberdade pública fundamental”. CAGGIANO, Monica Herman e LEMBO, Claudio. Direitos Políticos. O partido político, canal de comunicação entre governantes e governados. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). Tratado de Direito Constitucional 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 988)

“Na ponderação entre os valores concernentes aos direitos políticos individuais e os valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia e os seus mecanismos operativos. É que a Democracia não constituirá nada além de um mero conceito vazio se não estiver revestida de legitimação.”³⁵⁷

A incompatibilidade constitucional da Lei da Ficha Limpa fundada no conflito entre o princípio moralidade pública e a universalidade do acesso aos cargos públicos não se justificaria, pois se trata de uma antinomia aparente. Ou seja, não há uma verdadeira e insolúvel oposição entre ambos.³⁵⁸

No que se refere à presunção de inocência, a decisão do Supremo Tribunal Federal, entendeu que não há violação ao princípio³⁵⁹. Conforme anotou

³⁵⁶ Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/ Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. Voto Ministro Luiz Fux (Relator).

³⁵⁷ Voto vista de Joaquim Barbosa na Ação Declaratória de Constitucionalidade 29

³⁵⁸ “Se houvesse uma verdadeira antinomia, ainda assim seria viável uma solução. Como aponta Paulo Bonavides: “Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. p. 425) No caso de dois princípios igualmente aplicáveis estarem situação conflitante, é possível sanar o problema mediante ponderação. É exatamente o que ocorreu no caso da Lei da Ficha Limpa. Ambos os princípios são aplicáveis, mas estabelecer restrições para o acesso aos cargos públicos, eletivos ou não, com base em outros princípios constitucionais é perfeitamente possível sem que se viole a Constituição.

³⁵⁹ “Inicialmente, relembro a conhecida afirmação de que “inelegibilidade não é pena”, ou seja, de que as hipóteses que tornam o indivíduo inelegível não são punições engendradas por um regime totalitário, mas sim distinções, baseadas em critérios objetivos, que traduzem a repulsa de toda a sociedade a certos comportamentos bastante comuns no mundo da política. Os que adotam esses comportamentos não podem, obviamente, ter pretensão legítima a ascender à condição de representante do povo. Porque não são penas, as inelegibilidades não guardam pertinência com o princípio da presunção de inocência, isto é, não exigem, para a sua configuração, que se dê margem a especulações de caráter subjetivo a respeito do fato que as gerou. A inelegibilidade não constitui uma repercussão prática da culpa ou do dolo do agente político, mas apenas a reprovação prévia, anterior e prejudicial às eleições, do comportamento objetivamente descrito como contrário às normas da organização política.” (Ministro Joaquim Barbosa. Voto Vista Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF). Pede-se vênia para discordar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal nessa questão. A presunção de inocência não é apenas uma garantia penal, mas significa a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado. Há a discussão teórica entre a diferença da presunção de inocência e da não culpabilidade, o que não caso não interferirá na polêmica. O que ocorre é que a presunção pode ser derrubada pelas provas colhidas. Porém o conceito de vida pregressa é mais amplo e objetivo, e, a lei fixou o entendimento de que ostentar condenação por órgão colegiado em determinados casos é suficiente para impedir a candidatura. A Constituição se dirige ao legislador e ao dizer que ele

em seu voto o Ministro Luiz Fux, Não se discute o “alcance da presunção constitucional de inocência no que diz respeito à esfera penal e processual penal.” Apenas está em discussão a aplicabilidade do princípio para fins eleitorais, “para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988”.³⁶⁰

“Disso decorre, repita-se, que a presunção de inocência, estabelecida pela Constituição, foi destinada efetivamente ao processo penal, com vistas a protelar a execução da sentença até que todos os recursos se esgotem, e com isso evitar consequências psicológicas traumáticas, causadores de pedidos de indenização. Não confere de modo nenhum aptidão àquele que tem condenação por crimes dolosos, sobretudo contra a Administração Pública ou não, ou mesmo sentença condenatória civil por improbidade, a pleitear cargo ou função públicos, políticos ou não, cujo fim trata do interesse da coisa pública, não se falando em trânsito em julgado da sentença.

É preciso dizer não ser aceitável a vulgarização que se impôs à presunção de inocência, a ponto de transformá-lo em escudo da impunidade, subterfúgio jurídico, leito da

deve indicar quais são as hipóteses e quais os aspectos da “vida pregressa” são suficientemente relevantes para implicar em inelegibilidade, e por qual prazo.

³⁶⁰ Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/ Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. Voto Ministro Luiz Fux (Relator). O Ministro complementa adiante: Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema. Foi grande a reação social ao julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 144, oportunidade em que se debateu a própria movimentação da sociedade civil organizada em contrariedade ao entendimento jurisprudencial até então consolidado no Tribunal Superior Eleitoral e nesta Corte, segundo o qual apenas a condenação definitiva poderia ensejar inelegibilidade. A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, autora da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 144, já fazia divulgar as chamadas listas dos “fichas sujas”, candidatos condenados por decisões judiciais ainda recorríveis, fato ao qual, inclusive, foram dedicadas considerações na assentada de julgamento daquela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Na oportunidade, diante da manifestação da Corte no sentido de que não se poderiam criar inelegibilidades sem a previsão em lei complementar, foi intensa a mobilização social que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas e a apresentação do Projeto de Lei Complementar nº 518/09. Este, com outros projetos similares a que foi apensado, foram submetidos ao debate parlamentar, do qual resultou a Lei Complementar nº 135/10.”

hipocrisia e passaporte da desmoralização do regime democrático”.³⁶¹

Assim, em relação à presunção de inocência, não foi reconhecida afronta, porque não se trataria de uma sanção punitiva. Em alguns casos, de acordo com o Ministro Luiz Fux, pode haver realmente um período extremamente dilatado, já que é possível que a condenação por órgão colegiado leve muitos anos para transitar em julgado ou ser reformada, o que estenderia a aplicação da lei.

Em relação à “retroatividade” da Lei, o que ocorreria na verdade seria a chamada “retrospectividade”, e não uma verdadeira retroatividade.³⁶² Igualmente, não há que se falar em inconstitucionalidade em razão da inelegibilidade no caso de renúncia ao cargo quando oferecida representação ou petição para abertura de processo. Conforme Luiz Fux:

“A instituição de hipótese de inelegibilidade para os casos de renúncia do mandatário que se encontre em vias de, mediante processo próprio, perder seu mandato é absolutamente consentânea com a integridade e a sistematicidade da ordem jurídica. *In casu*, a renúncia configura típica hipótese de abuso de direito, lapidariamente descrito no art. 187 do Código Civil como o exercício do direito que, manifestamente, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”³⁶³

³⁶¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Pressupostos de inelegibilidade em razão de maus antecedentes do candidato: a questão da improbidade administrativa. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, p. -, jul. 2008.

³⁶² Trata-se de “retroatividade inautêntica”. O acórdão remete às lições de Canotilho: “A solução do problema da retroactividade das leis deve ter em conta a estrutura específica das normas constantes dos actos legislativos, pois a simples qualificação de uma lei como retroactiva nada diz acerca da sua legitimidade ou ilegitimidade constitucional. (...)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 311)

³⁶³ Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/ Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. Voto Ministro Luiz Fux (Relator)

Ora, conforme escreve o Desembargador Rogério Medeiros Garcia Lima, o princípio da moralidade possui força normativa direta, e, portanto, sua aplicação pela Lei “Ficha Limpa” torna inelegíveis todos que se enquadrarem nos seus termos. “Não importa que a prática da ilicitude seja anterior à vigência da lei”³⁶⁴.

No que diz respeito à condenação por improbidade, a Lei da Ficha Limpa faz duas menções:

- l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por **ato doloso de improbidade administrativa** que importe **lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito**, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;
- g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável **que configure ato doloso de improbidade administrativa**, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

O primeiro caso se refere a condenação por ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito (artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa) e lesão ao patrimônio público (artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa). O segundo caso trata da rejeição das contas

³⁶⁴ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Ficha limpa e o STF. Gazeta de São João del-Rei, edição de 30.04.2011. Disponível em <<http://saojoaodelreitransparente.com.br/works/view/840>>. Acesso em 15 de outubro de 2013, p. 4

públicas por irregularidade insanável que configure ato de improbidade administrativa. Nos três casos, faz menção à conduta dolosa do agente. Ou seja, no caso de improbidade por ato culposos, apenas admitido no artigo 10 (lesão) não há que se falar em inelegibilidade decorrente da aplicação da Lei da Ficha Limpa.

A confusão decorre do fato de que a suspensão dos direitos políticos, que por via de consequência impede a candidatura, já é penalidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa. Ou seja, há uma pena de suspensão dos direitos políticos aplicada em uma lei, e ao mesmo tempo, uma inelegibilidade reconhecida em outra lei.

“De igual modo, não se pode confundir a pena de suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação por ato de improbidade administrativa com a inelegibilidade prevista na Lei Complementar 135/2010. Lá, se trata de pena, aqui, é requisito. Lá (Lei de Improbidade), se pune a conduta lesiva ao patrimônio público, aqui (Lei da Ficha Limpa), se previne, evitando que pessoas que poderão vir a lesionar o patrimônio público alcancem os cargos públicos.”³⁶⁵

Segundo Marcus Vinícius Furtado Coelho, a inelegibilidade se distancia do conceito de pena, o que permite o reconhecimento mesmo sem o trânsito em julgado da sentença condenatória³⁶⁶.

“O impedimento de se candidatar não é uma pena, pois o mandato eletivo não é propriedade privada do representante popular nem existe para fins de benefício individual. Trata-se de um serviço público, um ônus, uma missão para a qual, durante determinado tempo, alguns brasileiros se

³⁶⁵ MARTINS, Douglas de Melo. Inelegibilidade e Improbidade Administrativa. A restrição a candidaturas como decorrência de condenação colegiada em ato de Improbidade. In REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Edson de Reseno de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Org.). Ficha Limpa: Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010. p. 172

³⁶⁶ COELHO, Marcos Vinícius Furtado. A mudança de paradigmas decorrentes da Lei Complementar nº 135, In REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Edson de Reseno de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Org.). Ficha Limpa: Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010. p. 55

submetem, representando outros tantos nacionais. Aqueles que não possuírem vida pregressa e comportamento compatíveis são exonerados dessa árdua e relevante tarefa de definir os rumos da coletividade.”³⁶⁷

A crítica à lei seria feita por Fernando Dias Menezes de Almeida faz uma crítica à opção da lei se substituir ao leitor, no julgamento dos candidatos aos cargos públicos, antes de uma decisão final da justiça:

“Isto posto, por um lado, admite-se que invocar a prática de ilícito como razão de inelegibilidade suprime em parte a liberdade do eleitor. Questionar-se-ia: por que não pode o eleitor optar, voluntária e conscientemente, por eleger um notório autor de atos ilícitos? Ao que se pode razoavelmente responder por ser legítimo, como limite à liberdade política em defesa da coexistência de um Estado de Direito, que certos atos atentatórios ao Direito justifiquem a exclusão de seus autores da possibilidade de governar os destinos desse Estado.

Por outro lado, para que um ato seja realmente considerado atentatório ao Direito, é preciso que ele tenha sido objeto de decisão caracterizada pelo próprio Direito, é preciso que ele tenha sido objeto de decisão caracterizada pelo próprio Direito como expressão inequívoca de seu “sentido objetivo” – para usar aqui a célebre expressão de Kelsen. Isso quer dizer, uma decisão proferida, com definitividade, pelo órgão competente para tanto, segundo estipulado pelo próprio Direito.”³⁶⁸

³⁶⁷ COELHO, Marcos Vinícius Furtado. A mudança de paradigmas decorrentes da Lei Complementar nº 135, In REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Edson de Reseno de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Org.). Ficha Limpa: Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010. p. 56

³⁶⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Estatuto do Candidato: Reflexões sobre a Ficha Limpa. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.). CAGGIANO, Monica

Com esse argumento, a lei da ficha limpa conteria alta dose de subjetividade. Trata-se de uma tendência traduzido no ativismo judicial, que expressa uma exacerbação da judicialização da política. Parte do “falso pressuposto de que o Direito oferece solução objetiva para qualquer conflito”³⁶⁹.

“Por fim, incomodo-me com a crescente “judicialização” da vida social no Brasil, notadamente no campo da política. A primeira trincheira de combate aos políticos “fichas-suja” são os partidos políticos, que deveriam recusar suas candidaturas. Falhando os partidos, o dever de rechaçar tais políticos é do cidadão eleitor. Não votar em quem “rouba, mas faz” ou em palhaços, por ser engraçado. Depois não adianta xingar os políticos nem o Judiciário.”³⁷⁰

No lugar, como medida pontual, o professor Fernando Dias Menezes de Almeida propõe a introdução do “voto negativo”. Seria estudada uma fórmula para que certa quantidade de votos negativos anulasse os votos positivos. E, a fim de que não se impedisse a participação das minorias, o que poderia ser negado em um sistema assim em que se concentrassem votos negativos nas lideranças da minoria, a partir de certo percentual de votos positivos se asseguraria imunidade.³⁷¹

Com ou sem críticas, fato é que a lei começou a ser aplicada. Em atendimento ao princípio consubstanciado no artigo 16³⁷² da Constituição de 1988, a Lei da Ficha Limpa passou a ser aplicada apenas nas eleições de 2012. Logo, até o fechamento deste trabalho, a Lei da Ficha Limpa foi aplicada em

Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72

³⁶⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Estatuto do Candidato: Reflexões sobre a Ficha Limpa. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.). CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 7

³⁷⁰ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Ficha limpa e o STF. Gazeta de São João del-Rei, edição de 30.04.2011. Disponível em <<http://saojoaodelreitransparente.com.br/works/view/840>>. Acesso em 15 de outubro de 2013, p. 4

³⁷¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Estatuto do Candidato: Reflexões sobre a Ficha Limpa. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.). CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013.

apenas duas eleições: as eleições municipais de 2012 e as eleições gerais de 2014. Portanto, os entendimentos jurisprudenciais a respeito de sua aplicação ainda estão sendo construídos.

Conforme a pesquisa feita em “Ficha Limpa. Impacto nos tribunais: tensões e conflitos”, que analisou a primeira aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições municipais de 2012, 43% dos casos levantados tiram a inelegibilidade reconhecida no Tribunal Regional Federal de São Paulo, e 57% dos casos não tiveram a inelegibilidade reconhecida. Não foram identificadas decisões referentes às alíneas f (inelegibilidade dos indignos do oficialato) k (inelegibilidade decorrente da renúncia para evitar cassação), q (inelegibilidade de magistrados e promotores aposentados compulsoriamente), n (inelegibilidade dos condenados por simulação).³⁷³

Dos julgados analisados relacionados ao registro de candidaturas e impugnações, 87 sentenças e 460 acórdãos eram referentes a impugnações da Lei da Ficha Limpa. Desse número, 41% eram referentes à rejeição de contas pelo Tribunal de Contas. Aproximadamente 22% eram decorrentes de condenação criminal e 19% da suspensão dos direitos políticos com base na lei de improbidade administrativa. Ao total 382 candidatos não puderam se candidatar, pois se enquadravam em alguma das hipóteses de inelegibilidade, mas esse número representa apenas 0,5% do total de candidatos no Estado de São Paulo em 2012.³⁷⁴

No levantamento feito no Tribunal Superior Eleitoral foram detectados 41 casos referentes a inelegibilidades trazidas pela Lei da Ficha Limpa. Desses, 27 casos tiveram a inelegibilidade reconhecida e em 14 a candidatura foi mantida.³⁷⁵

Um dos efeitos colaterais, aponta o estudo, é a substituição de candidaturas às vésperas do pleito eleitoral. Assim, no ano de 2012, foram feitas substituições de candidatos “sem que houvesse tempo hábil de sequer trocar a

³⁷² Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

³⁷³ CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014. P. 24 a 26

³⁷⁴ CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014 P. 36 e 37

³⁷⁵ CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014. p. 48 e 49

foto do candidato que aparecia nas urnas.”³⁷⁶ Mesmo assim, o Tribunal Superior Eleitoral considerou válidas as substituições.

No pleito eleitoral de 2014, conforme conta Monica Herman Caggiano, “acabou extraíndo do cenário eleitoral”

“relevantes figuras que habitavam tradicionalmente a esfera político-eleitoral, a exemplo dos casos de Arruda, em Brasília, Paulo Maluf de São Paulo, Cezar Maia, candidato a senador por Rio de Janeiro, José Riva, candidato a Governador em Mato Grosso e Neudo Campos, pretendendo o posto de Governador de Roraima. O universo de candidatos afastados das urnas atingiu significativo número, como significativa foi a quantidade de impugnações com fundamento na indigitada Lei Ficha Limpa (cerca de 1500 só em São Paulo), De amplo êxito, pois a lei que concorreu para desembaraçar a cidadania de candidaturas que – de alguma forma – trazem uma carga de desmandos, usurpação de bens e dinheiro público, utilização inadequada do patrimônio público, condutas poluentes do ambiente eleitoral.”³⁷⁷

Ou seja, a Lei da Ficha Limpa, na sua segunda eleição de aplicação, tem produzido resultados para afastar da competição eleitoral diversas candidaturas.

Para Claudio Lembo, a falha da Lei não estaria no seu rigor, mas ao contrário, o legislador teria esquecido de um detalhe importante: para se candidatar é necessário ter agremiação partidária, ou seja, os partidos possuem o monopólio das candidaturas, e, portanto, “não basta apenas o candidato,

³⁷⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). *Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo, RT, 2014. p. 51

³⁷⁷ CAGGIANO, Monica Herma Salem. A responsabilidade do Poder e o Direito ao Bom Governo. In *Revista Brasileira de Contas Públicas*. Ano I, Número 1, 2014. p. 10

negando-lhe legenda. O partido que ofereceu a exame da Justiça Eleitoral também deveria ser penalizado. E pesadamente.”³⁷⁸

E continua, indicando a Constituição Colombiana de 1991, na qual teria sido inserido um artigo responsabilizando os partidos no caso de indicarem candidatos condenados por delitos relacionados a vinculação com grupos armados ilegais e narcotráfico.

“Além da agremiação, que poderá perder benefícios de ordem financeira e sofrer multas, também os dirigentes partidários respondem pela inoperância ou má-fé na apresentação de candidatos.”³⁷⁹

Assim, sugere que seja discutida a possibilidade de se incluir na Lei da Ficha Limpa a penalidade aos partidos políticos, que teriam se transformado em “máfias de delinquência”.³⁸⁰

3.2.1 Extensão da lei da ficha limpa

Como visto, a Lei da Ficha Limpa ampliou as condições de inelegibilidade a fim de preservar a moralidade pública afastando da competição eleitoral os candidatos com base na sua vida pregressa. Após a sua promulgação surgiram várias propostas com a finalidade de impedir o ingresso não apenas nos cargos eletivos, mas outros cargos todos aqueles que não estariam aptos moralmente à vida pública. Assim, as propostas, se não foram inspiradas na Lei da Ficha Limpa, mencionam expressamente seu âmbito de aplicação.

“Em alguns Estados da federação, o teor da lei eleitoral complementar n. 135/10 - seu discurso moralista -, estimulou iniciativas locais e mesmo municipais a fazerem lei

³⁷⁸ LEMBO, Claudio. Faltou algo na Lei da Ficha Limpa. In CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014. p. 119

³⁷⁹ LEMBO, Claudio. Faltou algo na Lei da Ficha Limpa. In CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014. p. 119

semelhante, para impedir que pessoas, que incidissem em hipóteses semelhantes ou idênticas as da lei eleitoral, pudessem ocupar postos no poder público: cargos em comissão, empregos em comissão, funções de confiança, emprego temporário, etc.”³⁸¹

No Estado de São Paulo, por exemplo, foi proposta e alterada a Constituição Estadual. A Emenda Constitucional nº 34 de 21 de março de 2012, acrescentou o artigo 111-A, vedando a nomeação de pessoas que se enquadram nas condições de inelegibilidade “nos termos da legislação federal” a todos os cargos de livre nomeação.

“Artigo 111-A – É vedada a nomeação de pessoas que se enquadram nas condições de inelegibilidade nos termos da legislação federal para os cargos de Secretário de Estado, Secretário-Adjunto, Procurador Geral de Justiça, Procurador Geral do Estado, Defensor Público Geral, Superintendentes e Diretores de órgãos da administração pública indireta, fundacional, de agências reguladoras e autarquias, Delegado Geral de Polícia, Reitores das universidades públicas estaduais e ainda para todos os cargos de livre provimento dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado.”

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, também foi alterada pela Emenda 35 de 2012, e o parágrafo 1º do artigos 76 e os parágrafos 3º a 7º do artigo 83 possuem agora as seguintes redações:

³⁸⁰ LEMBO, Claudio. Faltou algo na Lei da Ficha Limpa. In CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014. p. 120

³⁸¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Lei ficha limpa estadual e Limites constitucionais de sua Produção legislativa: análise Da “inacessibilidade a cargos em Comissão” por condenados por Improbidade administrativa sem Trânsito em julgado – o caso da Lei catarinense. In Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011 p. 117

“Art. 76 - Os Secretários Municipais e os Subprefeitos serão nomeados pelo Prefeito, entre cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos, no pleno exercício de seus direitos políticos.

§ 1º - São vedados a nomeação e o exercício das funções constantes do ‘caput’ deste artigo, por pessoas que incidam nos casos de inelegibilidade, nos termos da legislação federal.”

“Art. 83 -

§ 3º - Para fins de preservação da probidade pública e moralidade administrativa, é vedada a admissão e nomeação, para cargo, função ou emprego público, de pessoas que incidam nas hipóteses de inelegibilidade, previstas na legislação federal.

§ 4º - Para fins da aplicação das disposições contidas no § 3º deste artigo, serão observadas as peculiaridades e a forma constitutiva dos órgãos da administração pública indireta.

§ 5º - Os servidores ocupantes de cargos em comissão deverão comprovar, por ocasião da nomeação, que estão em condições de exercício do cargo ou função, nos termos do § 3º, bem como ratificar esta condição anualmente, até 31 de janeiro.

§ 6º - No caso de servidores efetivos e dos empregados públicos, a comprovação das condições de exercício do cargo e função pública, a que se refere o § 3º, será feita no momento da posse ou admissão.

§ 7º - Aplicam-se as disposições previstas nos §§ 3º, 5º e 6º aos órgãos da administração direta e indireta, inclusive à Câmara Municipal e ao Tribunal de Contas do Município.”

Dispositivo semelhante foi introduzido na Constituição Estadual do Rio de Janeiro por meio da Emenda Constitucional nº 50 de 22 de novembro de 2011, que acrescentou o inciso XXIX ao artigo 77:

“XXIX – É vedada a nomeação de pessoas que se enquadram nas condições de inelegibilidade nos termos da legislação federal para os cargos de Secretário de Estado, Sub-Secretário, Procurador Geral de Justiça, Procurador Geral do Estado, Defensor Público Geral, Superintendentes e Diretores de órgãos da administração pública indireta, fundacional, de agências reguladoras e autarquias, Chefe de Polícia Civil, Titulares de Delegacias de Polícia, Comandante Geral da Polícia Militar, Comandante Geral do Corpo de Bombeiros, Comandantes de Batalhões de Polícia Militar, Comandante de Quartéis de Bombeiro Militar, Reitores das Universidades Públicas Estaduais e ainda para todos os cargos de livre provimento dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado.”

Outro exemplo de extensão da lei da Ficha Limpa é a Lei Orgânica do Município de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul, que está agora assim redigida, por força das Emendas nº 32 de 29 de agosto de 2013 e n. 34, de 11 de fevereiro de 2014:

“Artigo 10 – (...)

- b) para fins de preservação da probidade pública e moralidade administrativa, é vedada a admissão e nomeação, para cargo, função ou emprego público, de pessoas que incidam nas hipóteses de inelegibilidade, previstas na legislação federal;
- c) para fins da aplicação das disposições contidas no § 3º deste artigo, serão observadas as peculiaridades e a forma constitutiva dos órgãos da administração pública indireta;
- d) os servidores ocupantes de cargos em comissão deverão comprovar, por ocasião da nomeação, que estão em condições de exercício do cargo ou função, nos termos do §

3º, bem como ratificar esta condição anualmente, até 28 de fevereiro.

e) no caso de servidores efetivos e dos empregados públicos, a comprovação das condições de exercício do cargo e função pública, a que se refere a alínea “b”, será feita no momento da posse ou admissão.

f) aplicam-se as disposições previstas nas alíneas “b”, “d” e “e” aos órgãos da administração direta e indireta, inclusive à Câmara Municipal.”

“Art. 73. São auxiliares do Prefeito, os Secretários Municipais, o Procurador-Geral do Município e os Administradores Regionais, de sua livre nomeação e exoneração, devendo a escolha recair sobre brasileiros maiores e com domicílio eleitoral no município.

§ 1º São vedados a nomeação e o exercício das funções constantes do “caput” deste artigo, por pessoas que incidam nos casos de inelegibilidade, nos termos da legislação federal.

§ 2º Os Secretários Municipais deverão comprovar que estão em condições de exercício do cargo, nos termos do § 1º, por ocasião da nomeação, bem como ratificar esta condição anualmente, até 28 de fevereiro.

§ 3º Aplicam-se as disposições contidas no § 1º às pessoas que vierem a substituir os Secretários Municipais, em seus afastamentos temporários.”

“Art. 79. Os Conselhos Municipais serão criados por lei específica que definirá as competências de cada um, sua organização, paridade na composição, funcionamento, forma de nomeação e posse de seus titulares e suplentes e o prazo de duração do mandato.

Parágrafo único. É vedado o exercício da função de representante ou conselheiro por pessoas que incidam nos

casos de inelegibilidade, nos termos da legislação federal, inclusive nos Conselhos Tutelares e Municipais.”

Também há alterações na legislação Municipal de Boituva e Itapeva, no Estado de São Paulo, Cachoeira do Sul, no Estado do Rio Grande do Sul, Araranguá, em Santa Catarina, Vázea de Palma, em Minas Gerais, e muitos outros.

Na mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça também aprovou resolução (Ato Normativo nº 0000898-23.2012.2.00.0000) para estender a aplicação da Lei da Ficha Limpa aos cargos comissionados do poder judiciário. Conforme o voto do Conselheiro Bruno Dantas, a resolução está de acordo com os princípios da administração pública do artigo 37 da Constituição Federal, em especial a moralidade.

“O Conselho Nacional de Justiça, portanto, nos limites de sua competência constitucional, ao aprovar esta proposta de Resolução dará o exemplo para uma nova era da administração da coisa pública no Brasil, valorizando a impessoalidade, a probidade, a ética e a eficiência.”³⁸²

Destaca o Conselheiro também que, teria o Conselho a oportunidade de fornecer uma contribuição valiosa e estruturante, assim como foi a luta para acabar com o nepotismo no Poder Judiciário, prática herdada por “nossa cultura patrimonialista”³⁸³.

Essas alterações foram todas realizadas nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios. No caso de serem propostas alterações por meio

³⁸² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ato Normativo N. 0000898-23.2012.2.00.0000: Resolução – Ficha Limpa – Proibição de Contratação – Nomeação – Designação – Cargos em Comissão – Funções de Confiança – Contratação de Mão de Obra Terceirizada – Critérios – Razoabilidade e Moralidade. Migalhas, 2012. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120801-02.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2013

³⁸³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ato Normativo N. 0000898-23.2012.2.00.0000: Resolução – Ficha Limpa – Proibição de Contratação – Nomeação – Designação – Cargos em Comissão – Funções de Confiança – Contratação de Mão de Obra Terceirizada – Critérios – Razoabilidade e Moralidade. Migalhas, 2012. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120801-02.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2013

de leis estaduais ou municipais, haveria um complicador. Seria o caso das críticas feitas à Lei nº 15.381 de 17 de dezembro de 2010 do Estado de Santa Catarina.³⁸⁴ Conforme anota Ruy Samuel Espíndola para a aprovação de “leis estaduais ou municipais que lhe copiem, a iniciativa ideológica e moralista, há mais limites legiferantes”. Devem estar em estrita concordância aos seus aspectos formais e também materiais. Não podem invadir competência de lei federal.

No caso da introdução da mesma sistemática para os cargos públicos não eletivos, ficam em confronto com a legislação federal. No caso da Lei de Improbidade, as sanções aplicadas dependem do trânsito em julgado, e se referem a suspensão dos direitos políticos por prazos diversos da Lei da Ficha Limpa, se aplicáveis ao caso concreto.³⁸⁵

Ainda não há alteração na Legislação Federal para estender a aplicação das hipóteses de inelegibilidade trazidas pela Lei da Ficha Limpa para outros cargos. A discussão não seria de todo nova. No dia a dia forense, os Tribunais já enfrentam a questão da idoneidade moral para o ingresso na administração via concurso público.³⁸⁶

Mas há pendente de aprovação a proposta de Proposta de Emenda Constitucional nº 6 de 2012, se aprovada, irá estender a aplicação dos parâmetros impostos pela Ficha Limpa para todos os casos.

A proposta tramita em conjunto com a Proposta de Emenda à Constituição 30 de 2010 e recebeu o apelido de PEC da ficha limpa no serviço público. A intensão é acrescentar ao inciso 37 da Constituição Federal de 1988,

³⁸⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Lei ficha limpa estadual e Limites constitucionais de sua Produção legislativa: análise Da “inacessibilidade a cargos em Comissão” por condenados por Improbidade administrativa sem Trânsito em julgado – o caso da Lei catarinense. In Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011. p. 119

³⁸⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Lei ficha limpa estadual e Limites constitucionais de sua Produção legislativa: análise Da “inacessibilidade a cargos em Comissão” por condenados por Improbidade administrativa sem Trânsito em julgado – o caso da Lei catarinense. In Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011. p. 123

³⁸⁶ “Concurso público. Policial civil. Idoneidade moral. Suspensão condicional da pena. Art. 89 da Lei 9.099/1995. Não tem capacitação moral para o exercício da atividade policial o candidato que está subordinado ao cumprimento de exigências decorrentes da suspensão condicional da pena prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995 que impedem a sua livre circulação, incluída a frequência a certos lugares e a vedação de ausentar-se da comarca, além da obrigação de comparecer pessoalmente ao juízo para justificar suas atividades. Reconhecer que candidato assim limitado preencha o requisito da idoneidade moral necessária ao exercício da atividade policial não é pertinente, ausente, assim, qualquer violação do princípio constitucional da presunção de

inciso vedando o provimento, a investidura e o exercício em cargo em comissão ou em função de confiança aos brasileiros que estejam em situação de inelegibilidade.

Por ora, a redação mantém-se a seguinte:

“Art. 1º O inciso I do art. 37 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 37.

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, sendo vedada a designação para função de confiança ou a nomeação para emprego ou para cargo efetivo ou em comissão de pessoa que esteja em situação de inelegibilidade em razão de condenação ou punição de qualquer natureza, na forma da lei complementar prevista no art. 14, § 9º, durante o prazo de duração do impedimento;” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

A emenda constitucional pretende estender os requisitos da Lei da Ficha Limpa para todos os postulantes de cargos, empregos e funções públicas. Vencida a questão da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa pelo Supremo Tribunal Federal, a princípio não se encontra óbice constitucional para a introdução da exigência para o ingresso em outros cargos. A exigência estaria em conformidade com o caput do artigo 37, que insere a moralidade como sendo princípio basilar da administração pública.

No parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do relator Senador Eunício Oliveira, foi destacado o seguinte:

inocência.” (Recurso Extraordinário 568.030, Relator Ministro Menezes Direito, julgamento em 2-9-2008, Primeira Turma, Diário da Justiça Eletrônico de 24-10-2008)

“No tocante ao mérito, entendo que a proposta deva ser acolhida, visto que representa importante passo para garantir a ética, probidade e moralidade no âmbito da Administração Pública nos níveis federal, estadual e municipal.

A Lei da Ficha Limpa representou significativo avanço democrático com o escopo de evitar a participação, em cargos eletivos, de pessoas que não atendem às exigências de moralidade e probidade. Do mesmo modo, a adoção da ficha limpa na nomeação de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança no serviço público, como ora se propõe, contribuirá sobremaneira para extirpar da Administração Pública aqueles que cometem ilícitos envolvendo o dinheiro e os demais bens públicos.

Afinal, na Administração Pública, não há liberdade ou vontade pessoal. O servidor age em nome do Estado e sua conduta deve pautar-se pela ética, pela boa-fé e pelo fiel cumprimento aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da Administração.

E especialmente os ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança, que exercem cargos de chefia, direção e assessoramento, devem ser profissionais competentes e honrados, comprometidos com o Estado e conscientes de que sua força de trabalho e o trato da coisa pública devem ser dirigidos à busca do bem comum, do interesse da coletividade.”

Se aprovada, a emenda estenderá a todos os cargos da administração pública os mesmos requisitos referentes à moralidade e à vida pregressa para os postulantes de cargos eletivos. Trata-se mais um avanço na proteção da moralidade administrativa: estabelecer critérios equânimes de exigência de moralidade e análise da vida pregressa para todas as funções públicas. Entende-se que essa medida se apresenta ainda mais urgente no caso de cargos em comissão e funções de confiança, de livre nomeação e exoneração.

Por outro lado, a aprovação da exigência pelo Senado Federal não passou sem discussão. Além da eterna questão da presunção de inocência e o exercício da cidadania passiva. Há que se sopesar os princípios e garantias constitucionais de forma que não sejam mitigados ou anulados. A restrição ao acesso aos cargos públicos faz-se necessária, mas deve ser limitada no tempo e reservada às infrações mais graves.

3.3 A Lei Anticorrupção brasileira: inspiração estrangeira

Entre os anos de 1999 e 2005 o Brasil assumiu compromissos com organismos internacionais ao ratificar convenções de combate a corrupção. No ano de 2000, o Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000 promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997.

Em vários aspectos o Brasil já se encontra em conformidade com os termos das Convenções internacionais sobre prevenção e combate à corrupção das quais faz parte, e com a edição desta lei, o país segue o exemplo dos Estados Unidos e da Inglaterra.

Para dar efetividade ao Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, a corrupção ativa praticada contra funcionário público estrangeiro já havia sido incluída no Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, criminalizando o ato de prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional, ao qual foi prevista a pena de reclusão de 1 a 8 anos, e multa.

A Lei nº 10.467 de 2002 também incluiu o crime de tráfico de influência em transação comercial internacional, cominando a pena de reclusão de 2 a 5 anos, e multa para quem solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional.

No âmbito criminal, funcionário público estrangeiro foi definido como quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. Equiparados a funcionário público estrangeiro está quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Porém essa previsão se aplica apenas no âmbito criminal. Assim, em 18 de fevereiro de 2010 é apresentado o Projeto de Lei nº 6.826. Em 11 de junho de 2013 é aprovada a redação final pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em agosto de 2013 a Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013 é sancionada e publicada no Diário Oficial. Apenas 180 dias da data de sua publicação, isto é, apenas no ano de 2014 que começa a sua vigência, porém, a nova legislação ainda não foi regulamentada pelo Governo Federal.

Conhecida como Lei Anticorrupção, ela trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A nova lei se assemelha à Americana *Foreign Corrupt Practices Act*, mais conhecida como FCPA. A lei americana que visa combater a corrupção de empresas que tenham negócios nos Estados Unidos em território estrangeiro foi assinada em dezembro de 1977 pelo presidente Americano. "Jimmy" Carter. Em 1998 a lei sofreu uma emenda.

A lei Americana trata principalmente de proibições ao pagamento de propina a agentes públicos de países estrangeiros, além de determinar provisões e parâmetros para registros e entradas contábeis das empresas, de forma a garantir total transparência. Para tanto ela estabelece que as empresas são responsáveis por estabelecer controles internos, e criminaliza a corrupção ou suborno praticada contra funcionários públicos estrangeiros. Os países ocidentais não tinham legislações semelhantes, ao contrário, era possível deduzir impostos das despesas realizadas com suborno.

“(…) Na verdade, no momento, em alguns países ocidentais, as empresas poderiam deduzir o dinheiro gasto em subornos das declarações de imposto como despesas

comerciais legítimas. Para garantir que as empresas americanas não perdessem em competição com outros países, os Estados Unidos tentaram imediatamente internacionalizar medidas anti-suborno. Desejava-se um código de conduta elaborado pelas Nações Unidas. Porém, divisões internacionais e oposição de multinacionais impediram qualquer passo decisivo. Em 1979, os Estados Unidos abandonaram este projeto.”³⁸⁷

A *Foreign Corrupt Practices Act* também afirma que as empresas dos EUA são responsáveis pelos atos praticados por quaisquer de seus intermediários, bem como as suas controladas no exterior, mesmo que nenhum crime seja cometido dentro do território norte-americano. Assim, uma empresa que tenha negócios os Estados Unidos, não deve um intermediário quando sabem ou até mesmo suspeitem que o dinheiro usado para subornar um funcionário público estrangeiro.

A fim de evitar essa possibilidade, as empresas americanas tiveram que se adequar a uma nova realidade, incluindo avaliações de risco, desenvolvendo técnicas para reconhecer sinais de perigo, além de exigir que seus intermediários assinem um compromisso de atuar em conformidade com a *Foreign Corrupt Practices Act*.

A exceção é feita apenas para os pagamentos para garantir “ação governamental de rotina, tais como processamento ou fornecendo licenças, vistos e documentação, ou fornecer proteção policial, energia, água, mail, e qualquer coisa semelhante a estes”³⁸⁸. Também está fora do âmbito da lei ações que uma empresa pratique para defender a sua propriedade ou funcionários.

³⁸⁷ “(...) in fact at the time in some Western countries companies could deduct money spent on bribes from tax returns as legitimate business expenses. To ensure that American companies did not lose out in competition with other countries, the United States immediately tried to internationalize anti-bribery measures. It wanted to have a code of conduct drafted by the United Nations. However international divisions and opposition from multinationals impeded any decisive step. In 1979 the United States dropped this project.” (KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001)

³⁸⁸ KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001

"Também há limitações jurisdicionais que se aplicam ao FCPA. Por atos cometidos dentro dos Estados Unidos, para mostrar uma violação das disposições anti-suborno da FCPA por um emissor ou uma preocupação interna, deve-se mostrar a utilização de uma instrumentalidade de comércio interestadual. Isto é satisfeito por qualquer coisa, como viagens para os Estados Unidos ou entre estados, o uso de correio dos EUA ou telefone, dinheiro passando por uma conta bancária nos EUA, ou mesmo um e-mail passando por servidores americanos. Esta restrição não se aplica a atos fora do território americano. Esta restrição também não se aplica aos estrangeiros que estão sob a FCPA." ³⁸⁹

A lei estabelece que os indivíduos e empresas também podem ser penalizados se mandarem, autorizarem, ou ajudarem outra pessoa ou entidade a infringir as disposições anti-suborno, ou se conspirarem para infringir essas disposições.

As raízes da legislação britânica, que também servem de inspiração, são ainda mais antigas. Elas se encontram no século XIX. Os tribunais ingleses tem lutado para definir as questões relacionadas a corrupção, serviços públicos e obrigações. Após anos de discussões, finalmente criaram estatutos coerentes, como *Public Bodies Corrupt Practices Act* e, em seguida, com a Lei de Prevenção do Corrupção, 1916.³⁹⁰

A lei britânica, conhecida como *UK Bribery Act* criminaliza o suborno comercial e público, recebimento de suborno e a incapacidade de evitar a corrupção. Prevê quatro crimes distintos: o pagamento de um suborno, na seção 1, o recebimento de propina, na seção 2, o ato de subornar um funcionário público

³⁸⁹ Tradução livre de: "There are also jurisdictional limitations that apply to the FCPA. For acts committed within the United States, to show a violation of anti-bribery provisions of FCPA by an issuer or a domestic concern, the use of an instrumentality of interstate commerce must be shown. This is satisfied by anything such as travel into the United States, travel between states, use of US mail or telephone, money passing through a US bank account, or even an email passing through US servers. This restriction does not apply for acts outside US territory. This restriction also does not apply to foreign nationals who fall under the FCPA." (KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001)

³⁹⁰ KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001

estrangeiro, na seção 6, e o fracasso de uma pessoa jurídica para evitar a corrupção ("infração corporativa"), na seção. Respondem pelos delitos pessoas físicas e jurídicas.

Com traços em comuns a ambas, Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013 procura tratar a corrupção **sob a perspectiva do corruptor**.

3.3.1 Aspectos principais

A nova lei é aplicada a sociedades empresariais e sociedades simples, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado; ou seja, quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro.³⁹¹ Logo, qualquer um que faça negócios no Brasil está sujeito à lei, desde investidores em empreendimento no Brasil, que não sejam o principal acionista, até representantes, incluindo quem realiza uma operação temporária. Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de fusão, incorporação ou cisão societária.

Destaca-se da Lei a adoção da responsabilidade objetiva, desde que os atos praticados sejam em seu interesse³⁹². Isto é, a responsabilização das pessoas jurídicas independente da comprovação de dolo ou culpa, ou seja, da má-fé ou mesmo a mera negligencia.³⁹³ É necessário apenas que se verifique a

³⁹¹ "Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente."

³⁹² "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos, praticados em seu interesse ou benefício, seja exclusivo ou não" (Lei nº 12.846/2013). In Revista Controle. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorruptao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>

³⁹³ De acordo com o relatório do Deputado Carlos Zarattini da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826, de 2010 "O art. 5º da versão anterior do Substitutivo ao PL 6826/10 estabelecia a responsabilidade subsidiária das entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, das sociedades controladas ou controladoras e, no âmbito do respectivo contrato, das consorciadas, pela prática dos atos ilícitos previstos na proposição. Houve resistência de vários setores empresariais à amplitude daquela previsão legal, com propostas para

existência do nexo causal entre o ato e o resultado. Já no caso das pessoas físicas, impera a responsabilidade subjetiva.

“É bom notar que a Lei imputou responsabilidade subjetiva de forma expressa apenas aos dirigentes e administradores, nada dispondo sobre a responsabilidade de pessoas físicas estranhas aos quadros das pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública. Assim sendo, para esta categoria de particulares é preciso indagar se há alguma forma de responsabilidade e se esta seria de natureza objetiva ou subjetiva.”³⁹⁴

Pode a empresa responder pela Lei Anticorrupção na esfera administrativa e cível e as pessoas físicas na esfera criminal e cível, no caso de responder por improbidade administrativa como particular que obteve vantagens indevidas em conluio com o agente público. Assim, em teoria, as duas leis devem conviver, podendo ser aplicadas cumulativamente nos mesmos casos, a depender as especificidades dos casos concretos.

A lei anticorrupção americana não prevê a responsabilização objetiva, condicionando-a à demonstração de dolo ou culpa, ou seja, intenção, negligência ou imprudência. Ambas preveem a responsabilização por atos de terceiros, a utilização de intermediários.

Os atos lesivos estão descritos no artigo 5º da referida lei³⁹⁵. A semelhança da lei inglesa, a brasileira pune tanto a corrupção praticada em face da administração pública nacional quanto estrangeira.³⁹⁶

que a responsabilidade subsidiária ficasse restrita à obrigação de ressarcimento ao erário e às sanções pecuniárias. Houve também propostas no sentido de limitar a reparação ao limite do patrimônio transferido. A fim de acomodar as diversas propostas, mantendo, contudo, a responsabilidade subsidiária nos termos do art. 5º da versão anterior do Substitutivo ao PL 6826/10, foram acrescentados dois parágrafos ao art. 4º, e suprimido o art. 5º

³⁹⁴ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). In Revista Controle. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorruptao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>. Acesso em 14 de abril de 2013

³⁹⁵ Art. 5º - Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim

“Por oportuno, registramos que o caput do art. 1º fala em “prática de atos contra a administração pública”, o que significa dizer que a mera tentativa e a omissão, mesmo que causadoras de prejuízo, não serão punidas por esta norma, ainda que haja processo de ressarcimento. Todavia, desde que tenha ocorrido uma das condutas descritas no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, pouco importa se ocorreu prejuízo à Administração, tendo em conta que a prática do ato – que é considerado lesivo por presunção legal – já enseja, por si, a responsabilização da empresa de forma objetiva, não sendo necessário avaliar se houve culpa ou dolo.

Na verdade, a verificação de prejuízo ao poder público não é condição para a responsabilização prevista na Lei aqui comentada, prestando-se, contudo, a impor que um procedimento específico para fins de ressarcimento seja

definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

³⁹⁶ Art. 5º (...) § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

instaurado juntamente com o processo que avaliará a aplicação de sanções.”³⁹⁷

Poderão ser aplicadas, na esfera administrativa, multas de até 20% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, ou até R\$ 60 milhões de reais quando não for possível esse cálculo. Também pode ser aplicada a publicação extraordinária da sentença condenatória em meios de comunicação de grande circulação.

As penas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com o caso concreto. Para sua aplicação, exige-se a manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou órgão de assistência jurídica do ente público, ou equivalente.³⁹⁸

Na esfera judicial, poderá ser decretado o perdimento de bens, direitos e valores, suspensão ou mesmo a interdição parcial de atividades, além da proibição do recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos. Também é prevista a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica; determinada quando a personalidade jurídica for utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. A lei também prevê mecanismos que busquem impedir que novas empresas criadas por sócios de empresas inidôneas, em seus próprios nomes ou de maneira oculta, venham a contratar com a administração pública.

³⁹⁷ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). In Revista Controle. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorruptao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>. Acesso em 14 de abril de 2013. p. 28

³⁹⁸ Além disso, conforme o artigo 7º: Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados. Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

O parágrafo segundo do artigo 19 que condicionava a aplicação da penalidade de dissolução compulsória e a proibição de receber incentivos e subsídios do poder público a comprovação do dolo ou culpa. Segundo a mensagem de veto, essa exigência contraria a lógica da lei, que se fundamenta na responsabilidade objetiva.

A lei prevê que a adoção pelas empresas de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Ainda não há Lei Federal regulamentando a matéria. O Bribery Act, em vigor no Reino Unido estabelece que a existência efetiva de mecanismos e procedimentos adequados de *compliance*, isto é, mecanismos de fiscalização e controles internos, como uma defesa absoluta, que é capaz de isentar a responsabilidade da pessoa jurídica por completo³⁹⁹. Já a lei brasileira não prevê essa possibilidade, apenas que a situação “será levada em consideração”.

“(...) Peca por não acrescentar uma isenção absoluta de pena para casos em que a pessoa jurídica tenha tomado todas as medidas de prevenção cabíveis e, mesmo assim, se veja à mercê de uma situação em que seus funcionários ultrapassaram a barreira moral.”⁴⁰⁰

O parágrafo 6º, que limitava o valor da multa administrativa o valor total do bem ou serviço contratado ou previsto foi vetado, porque, conforme as razões do veto, os efeitos danosos do ilícito podem ser muito superiores ao valor do contrato, e devem ser consideradas outras vantagens econômicas, além dos danos e prejuízos. Assim, considerou-se que limitação poderia tornar a multa insuficiente para desestimular as infrações.

³⁹⁹ “Tendência moderna nas organizações empresariais, notadamente as que têm contrato com o poder público, o compliance engloba o conjunto de ações voltadas a cumprir os regulamentos internos sobre ética empresarial e a legislação anticorrupção existente no País.” MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). In Revista Controle. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorrupcao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>. Acesso em 14 de abril de 2013. p. 30

⁴⁰⁰ Migalhas. Segunda-feira, 5 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183728,91041Para+advogada+lei+anticorrupcao+impor+tara+em+mudanca+da+cultura>

O inciso X do artigo 7º previa para a aplicação das sanções administrativas que se levasse em consideração “o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo”. A previsão foi vetada, pois não haveria sentido, na opinião da Controladoria Geral da União, a valoração do comportamento do servidor público que colaborou para a execução do ato lesivo à administração pública.

Também é prevista no artigo 14 a possibilidade de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 50 do atual Código Civil. No caso da Lei Anticorrupção, ela poderá ser aplicada quando a empresa for “utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos” previstos na Lei Anticorrupção ou “provocar confusão patrimonial”. Os efeitos das sanções devem ser estendidos “aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Uma das novidades é a possibilidade celebração de acordos de leniência com as empresas que colaborarem efetivamente nas investigações. Com a celebração do acordo de leniência, as empresas poderão ficar isentas de certas penas ou tê-las reduzidas.

“O acordo de leniência não evitará a responsabilidade da pessoa jurídica quanto à obrigação de reparação integral do dano causado, mas, por outro lado, produzirá os seguintes efeitos:

a multa aplicável terá o seu valor reduzido em até 2/3;

a pessoa jurídica ficará isenta da publicação extraordinária em meio de comunicação de massa;

a pessoa jurídica não estará impedida de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.”⁴⁰¹

⁴⁰¹ FEDERICI, Rafael . A lei anticorrupção brasileira. Migalhas. terça-feira, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195182,71043-A+lei+anticorruptao+brasileira>>. Acesso em 11 de maio de 2014

De acordo com a legislação, o acordo de leniência poderá ser realizado no caso da empresa tomar a iniciativa para cooperar com o esclarecimento do ilícito. Também deve admitir sua participação e encerrar seu envolvimento na infração investigada. O acordo também depende da identificação dos envolvidos na infração e do fornecimento rápido das informações e os documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

O acordo de leniência interrompe o prazo prescricional e impede a celebração de novo acordo no prazo de 3 anos do conhecimento pela administração do seu cumprimento.

A legislação brasileira já prevê o “programa de leniência” no capítulo VII da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Esses acordos são realizados no âmbito das infrações apuradas pelo Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Alguns requisitos são semelhantes, porém, prevê como parte do acordo a possibilidade, caso a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada, de extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator. Nesse aspecto, a previsão do acordo de leniência no âmbito do CADE é mais benéfico ao infrator.

Recentemente foi noticiado o acordo de leniência no âmbito do CADE realizado pelas Siemens, que deu início às investigações sobre a formação de um suposto cartel de trens e metrô.⁴⁰² Os acordos normalmente são mantidos em sigilo e o CADE afirma já ter realizado mais de 30 acordos desde 2003, quando iniciou o programa de leniência.

No âmbito da Lei Anticorrupção, estão em estudo acordos de leniência no âmbito da “Operação Lava Jato”⁴⁰³

A última novidade da Lei é a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), no qual se dará publicidade às sanções aplicadas com base na Lei. Também serão incluídos os acordos de leniência até o seu cumprimento, quando serão excluídos.

⁴⁰² Revista Consultor Jurídico. Cade confirma acordo de leniência com Siemens. 17 de agosto de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-17/cade-dispensa-sigilo-confirma-acordo-leniencia-siemens>> Acesso em 5 de Janeiro de 2014

⁴⁰³ Construtoras da Lava Jato procuram CGU para fechar acordo de leniência. Folha de São Paulo, São Paulo. 18/11/2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1550126-construtoras-da-lava-jato-procuram-cgu-para-fechar-acordo-de-leniencia.shtml>>. Acesso em 19 de novembro de 2014

3.3.2 Pontos obscuros

O primeiro ponto obscuro da nova lei se refere a possível conflito com a Lei de Improbidade. Ambas se fundamentam no princípio da moralidade. A Lei de Improbidade penaliza tanto ao agente público quanto o terceiro que se beneficie dos atos ilícitos, e a Lei Anticorrupção trata da punição dos particulares. No caso da Lei de Improbidade, já foi consolidado o entendimento que é necessário que haja o elemento subjetivo do agente. Procura a lei alcançar o administrador desonesto, não despreparado.

Já em relação à Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas estão submetidas à responsabilidade objetiva e as pessoas físicas à responsabilidade subjetiva. São estabelecidas sanções administrativas e também judiciais, de forma que elas não se excluem. Ambas preveem penalidades que restringem as relações do particular com o poder público.

Também há que se lembrar que, além da Lei de Improbidade, há a disciplina da Lei de Licitações (Lei 8.666 de 21 de junho de 1993) e a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884 de 11 de junho de 1994). A Lei de Licitações prevê punições para as pessoas físicas e tem como critério a responsabilidade subjetiva.

“Portanto, não resta claro qual norma deverá ser aplicada diante de uma situação que possa representar uma infração tanto a lei anticorrupção quanto à legislação existente. A questão de legislação aplicável tem reflexos imediatos nas sanções a serem aplicadas: na hipótese de um ato representar uma violação tanto à lei anticorrupção quanto à lei de licitações, deverá ser aplicada a declaração de inidoneidade da lei de licitações ou da lei anticorrupção?”⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Migalhas. Segunda-feira, 5 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183728,91041Para+advogada+lei+anticorruptao+impor+tara+em+mudanca+da+cultura>

A mesma pergunta cabe no caso de uma empresa ser processada também com base na Lei de Improbidade. Será aplicada apenas a Lei Anticorrupção, por ser mais nova? Quanto às punições administrativas não há dúvida de que cabe tanto a punição pela nova lei quanto o processo judicial pela responsabilização pelos mesmos fatos, pois há independência das instâncias. Porém, movidas as ações cíveis, certamente haverá discussão, já que podendo alguns fatos estarem sob a égide em ambas, as empresas irão preferir escapar à responsabilidade objetiva imposta pela nova lei. Também não interessa às empresas estarem submetidas a penalidades mais gravosas, como suspensão das atividades e mesmo dissolução compulsória.

A lei Anticorrupção também menciona que será levada em consideração a existência de mecanismos internos de controle. A Lei 9.613 de 3 de março de 1998, alterada pela Lei 12.683 de 9 de julho de 2012, já previa, em seu artigo 10, III, a obrigação das empresas de manterem procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações.

Assim, espera-se que a nova regulamentação, quando chegar, tenha em mente a existência de previsão prévia de obrigação semelhante já imposta às empresas.

Também aguarda-se o desenrolar da questão da competência. A lei conferiu à autoridade máxima de cada órgão ou entidade da Administração Pública o poder de instaurar e julgar o processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, permitindo a delegação. Ao mesmo tempo, estabelece, na esfera federal, a competência concorrente da Controladoria-Geral da União para a mesma missão, incluindo os poderes de advocação. E Também cabe à Controladoria-Geral da União a competência exclusiva para os processos relativos os processos relativos à Administração Pública estrangeira.

Por fim, a nova Lei ainda pende de regulamentação. Conforme levantamento abaixo, a maior parte dos Estados ainda não possui regulamentação. Enquanto alguns discutem projetos, outros aguardam o decreto federal, que, até o momento, não foi editado.

Em suma, a eficácia da Lei Anticorrupção ainda será testada, bem como ainda é um ponto obscuro como os tribunais irão reagir aos conflitos de leis aqui apontados. De qualquer forma, coloca o Brasil no mesmo caminho que os

outros países na luta contra a corrupção, em conformidade com os parâmetros internacionais.

4 REFORMA NECESSÁRIA?

É possível se observar uma escalada de descrédito generalizado na política e nos políticos. Obviamente que a sensação de impunidade generalizada, decisões tomadas pelo legislativo que nem sempre refletem o que se considera como “opinião pública” e a demora nos trâmites legislativos, agravam a sensação de que a representação não está sendo suficiente para a democracia. Essa percepção se mostra perigosa, na medida em que pode abrir a participação do povo além da medida do razoável, pois o exercício da democracia exige consciência política e maturidade democrática, ou, por outro lado, fazer surgir figuras aglutinadoras que acumulem, não apenas influência, mas poder.

“(…) Nos debates sobre como prevenir a ocorrência desse tipo de ação corrupta, tornou-se comum apontar três mecanismos: uma reforma política que reduza os custos das eleições e facilite a formação de maiorias governistas, a redução do número de cargos em comissão no governo e a retomada das privatizações. Isso reduziria a necessidade de barganha individual com parlamentares e estreitaria o leque de instrumentos normalmente utilizado na barganha política.”⁴⁰⁵

Porém, há que se ter um cuidado muito grande quando se propõe reformas na legislação ou constituição. Nem sempre a mudança traz resultados benéficos, podendo ocorrer exatamente o contrário, ou pode nada mudar em

⁴⁰⁵ MENDES, Marcos. A Lei de Inelegibilidade e a redução da corrupção. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Textos para discussão nº 26 Brasília, julho/ 2005.

essência. Em alguns casos, as circunstâncias fáticas não recomendam que se façam alterações, especialmente em matérias mais sensíveis.⁴⁰⁶

Não faltam, no entanto discussões a respeito de necessidade de se fazer uma profunda reforma política. Inclusive, no sistema eleitoral. Razão pela qual se procurou investigar, com base em pesquisas empíricas realizadas em institutos internacionais, se realmente, sob esse aspecto, haveria alguma influência do sistema no índice de corrupção.

O tema não é novo. Como anota Monica Herman Caggiano, a reforma política transformou-se “num longo sonho das noites de verão e de inverno, também.”⁴⁰⁷

Dentre as reformas propostas⁴⁰⁸, conforme apontado por Enrique Ricardo Lewandowski, estão a eliminação do sistema proporcional, a introdução da lista partidária fechada, a doção do voto distrital, a proibição da reeleição para o executivo e a criação de uma nova cláusula de barreira.⁴⁰⁹

A questão do financiamento público de campanha ou proibição do financiamento pelas pessoas jurídicas é um dos temas sensíveis, e como escreve

⁴⁰⁶ “É necessário ser um homem de bem para reformar a vida política e as instituições de um Estado; mas a usurpação violenta do poder pressupõe um homem ambicioso e corrupto. Assim raramente acontecerá que um cidadão virtuoso queira apossar-se do poder por meios ilegítimos, mesmo com as melhores intenções; ou que um homem mau, tendo alcançado o poder, queira fazer o bem, dando boa utilização ao poder que conquistou com o mal. Do que acabo de dizer, transparece a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de manter o governo republicano numa cidade corrompida, ou de ali estabelecê-lo” MAQUIAVEL. Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio. Tradução de Sérgio Bath. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. p. 77

⁴⁰⁷ CAGGIANO, Monica Herman. A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro. In CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). O voto nas Américas. Barueri: Manole, 2008

⁴⁰⁸ Há atualmente um movimento por um “plebiscito” para se instituir uma “constituente exclusiva” para a reforma política. Não se deve ignorar a falta de embasamento teórico para o conceito de uma “constituente exclusiva”. “De rigor, filio-me à linha de pensamento que considera toda teoria do poder constituinte como uma (habilitosa) ficção. Em essência, não há distinção substancial entre os indivíduos que, circunstancialmente, exercem função de constituintes, quer originários quer de revisão, e os indivíduos que compõem o povo. Quando muito se pode considerar que alguns dos integrantes da população são legitimados a agir, como constituintes, em nome do povo. Não quero com isso, por óbvio, sustentar que o povo, plebiscitariamente, possa em qualquer tempo alterar a Constituição. A segurança jurídica, que é pressuposto lógico de todo Estado que se estruture como de Direito, exige um mínimo de estabilidade do ordenamento jurídico que resista às pressões oportunistas das circunstâncias. (Fernando Dias Menezes de Almeida. Estatuto do candidato: reflexões sobre a Lei da Ficha Limpa. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70)

⁴⁰⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Breves considerações sobre a Reforma Política em Discussão no Congresso Nacional. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 419

Bruno, não há um modelo ideal ou “paradigma que sirva de base para as reformas legislativas que pretendem aperfeiçoar o sistema existente”⁴¹⁰.

“Assim sendo, o que parece adequado no caso brasileiro é a adoção de mecanismos de reformas “pontuais”, voltadas às correções das distorções identificadas, sempre sob a perspectiva de conferir maior transparência ao sistema, o que é, ao fim, o mecanismo ideal para impedir que os desvios mencionados ocorram. Portanto, a nosso ver, a reforma política que seria necessária no campo do financiamento eleitoral está longe de ser uma “revolução”, com a completa substituição do que está aí, na verdade, o caminho seria a identificação adequada dos pontos que conferem brechas aos desvios de recursos e à corrupção, neutralizando-os com o aperfeiçoamento do sistema de controle e da transparência na atividade financeira de partidos e candidatos nas campanhas eleitorais.”⁴¹¹

Também já foi abordado pela professora Monica Herman S. Caggiano ao tratar da corrupção eleitoral e financiamento de campanhas eleitorais. Entende que

“a imposição de transparência é que deveria ser merecedora de maior atenção e privilégio, idealizando-se mecanismos de incentivo às doações registradas e destinadas a partidos políticos ou candidatos, de molde a, ao menos, aclarar ao

⁴¹⁰ LORENCINI, Bruno César. Aspectos Jurídicos do Financiamento Eleitoral no Brasil. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 139

⁴¹¹ LORENCINI, Bruno César. Aspectos Jurídicos do Financiamento Eleitoral no Brasil. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140

eleitor quem ou que potência econômica encontra-se nos bastidores da candidatura objeto de sua opção política.”⁴¹²

As pesquisas incluídas neste trabalho procuraram responder à pergunta se há alguma relação entre os sistemas eleitorais e a corrupção. Apesar de terem chegado a algumas conclusões isoladas, analisando no conjunto, não foram conclusiva a respeito do tema. Mesmo a possibilidade de haver alguma influência, outros fatores interferem, e os dados confiáveis foram extraídos apenas de situações parecidas. De qualquer forma, cumpre fazer alguns comentários.

Conforme visto nas pesquisas empíricas, não foram encontradas evidências conclusivas de que os sistemas eleitorais majoritários fossem menos corruptos do que os sistemas proporcionais. A bem da verdade, dos quinze países menos corruptos listados pela Transparência Internacional, nove adotam o sistema proporcional⁴¹³. Pensando especificamente no caso do Brasil, um das pesquisas concluiu que sistemas presidenciais combinado com sistema proporcional de lista fechada conduziram a maiores níveis de corrupção. Talvez seja o caso da combinação específica feita no Brasil ter combinado o sistema presidencial com o sistema proporcional e uma proliferação exacerbada de partidos em funcionamento no parlamento não ter sido benéfica para o quadro da corrupção.

O sistema majoritário, apesar de proposto, não parece estar de acordo com a vocação nacional. No mais, poderia diminuir radicalmente o número de partidos, levando mesmo à uma bipolaridade, efeito esse que também não é desejável.⁴¹⁴ Igualmente, já foi proposta a adoção de um sistema misto a exemplo do sistema alemão, mas também não foram encontradas evidências empíricas de

⁴¹² Caggiano, Monica Herman. Corrupção e Financiamento das Campanhas Eleitorais. In FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004. p. 140 e 141.

⁴¹³ São eles: Dinamarca, Suécia, Finlândia, Noruega, Suíça, Holanda, Luxemburgo, Islândia e Bélgica.

⁴¹⁴ Para a Monica Herman: “Ressalta em evidência que as técnicas majoritárias não assumem qualquer compromisso com a representação de todos. O objetivo perseguido, na realidade, consubstancia-se na seleção de um programa de governo, ou ainda, de um homem e uma equipe dispostos a executar um determinado programa governamental, sem deter sua atenção para com vozes minoritárias.” (CAGGIANO, Monica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987. p. 201)

que esse sistema, por si só, poderia ter um impacto relevante na redução da corrupção.

Nesse caso, a mudança do sistema proporcional para o majoritário ou misto poderia introduzir um elemento novo, com maior aproximação dos eleitores e eleitos. Uma das pesquisas sugere que os efeitos do sistema misto possam ser benéficos, mas também não são conclusivas sobre o tema. O fato é que fatores devem ser levar em consideração, como o clientelismo observados em democracias mais novas e menos estáveis.

A cláusula de barreira⁴¹⁵ com certeza diminuiria o número de partidos, e um dos problemas que aponta o professor Manoel Gonçalves estaria no caminho de ser solucionado. No entanto, se algum efeito a redução dos partidos se apresentar para a redução da corrupção no cenário brasileiro, trata-se de um efeito a ser medido em um segundo momento.⁴¹⁶

⁴¹⁵ A cláusula de barreira foi prevista no artigo 13 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, mas foi derrubada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das Ações de Declaração de Inconstitucionalidade nºs 1.351-3 e 1.354-8. Arend Lipjhart explica que “Os distritos de representação proporcional de elevada magnitude tendem a maximizar a proporcionalidade e a facilitar a representação, mesmo dos partidos muito pequenos. Isto é especialmente verdade em relação aos distritos de âmbito nacional da Holanda e de Israel, como também em relação a todos os sistemas que usam distritos nacionais de nível superior. A fim de não ficar excessivamente fácil para os pequenos partidos ganharem a eleição, todos os países que dispõem de distritos grandes ou nacionais instituíram as barreiras mínimas para a representatividade, definidas quanto ao número mínimo de cadeiras ganhas em distritos de níveis inferiores e/ou quanto à percentagem mínima de votação total, em nível nacional. Essas percentagens podem ser proporcionalmente baixas, e por isso inócuas, como a do mínimo de 0,67 por cento, na Holanda, desde 1965, e do mínimo de 1,0 por cento em Israel (aumentando para 1,5 por cento em 1992). Mas quando chegam a 4 por cento, como na Suécia e na Noruega, ou a 5 por cento, como nos sistemas DMP da Alemanha e da Nova Zelândia posterior a 1996, representam barreiras significativas para os partidos menores.” (LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de Roberto Franco p. 178 e 179). Escreve sobre o tema “O dado concreto é que os fundamentos da decisão do Supremo trazem muitas dúvidas sobre a viabilidade jurídica de nova tentativa de instituição de uma cláusula de desempenho no país (sem sequer mencionar o tamanho dos obstáculos políticos que se oporiam a uma nova providência desta espécie de limites de desempenho com os direitos constitucionais de igualdade e de participação política das minorias – direitos fundamentais de igualdade e de participação política das minorias – direitos fundamentais, portanto – tudo leva a crer que mesmo se a nova proposta viesse revestida com os contornos de emenda constitucional, ainda sim o Supremo, mantido seu posicionamento, poderá entender que a nova proposta tende a abolir direitos fundamentais e, portanto, constitui-se em afronta à Lei Maior, nos termos do que determina seu art. 60, § 4º, IV.” (JEHÁ, Pedro Ruben. Os partidos políticos em cenário eleitoral. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118)

⁴¹⁶ O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve, ao tratar do multipartidarismo: “Esse multipartidarismo enfraquece os partidos. Cria, num efeito perverso, o terreno propício à atuação dos grupos de pressão. De fato, pode-se por como regra: partidos fracos, grupos de pressão fortes.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Democracia, Partidos e Sistema Eleitoral. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman

“Resultado disto: o Brasil tem muitos partidos, mas, na verdade, não tem partidos. Tem facções eleitorais transitórias. Quem sabe terá sido inventada uma democracia sem partidos? Este quadro repercute sobre a governabilidade. Realmente, dificulta a estabilização de maioria parlamentar que, controlando as Câmaras, tenha uma atitude nítida quanto aos planos do Executivo.

(...)

Pode-se dizer, por isso, que, na realidade brasileira, a pulverização e a indisciplina partidárias fragilizam a separação dos poderes. Sim, porque, dificultando a definição de maiorias pró ou contra os projetos do Governo, dão pretexto à concentração do poder via medidas provisórias que de excepcionais se tomaram ordinárias.

E são fonte de corrupção, na medida em que tal situação propicia pelas barganhas de toda espécie.”⁴¹⁷

Quanto a adoção da lista fechada, uma das pesquisas levantadas concluiu que sistemas eleitorais proporcionais que adotam a lista fechada, quando combinados com o sistema presidencial, são mais suscetíveis a corrupção.⁴¹⁸ De certa forma, com a lista fechada, os candidatos, para conseguirem as melhores posições na lista, não se submetem à responsabilização pelos eleitores, mas pelos partidos.

Enrique Ricardo Lewandowski, opina que o sistema de lista fechada só deveriam ser adotado sob determinadas condições:

“Para mim, as listas fechadas só deveriam ser adotadas se e quando tivermos uma maioria de partidos minimamente ideológicos e programáticos, e desde que haja o

Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 367)

⁴¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 139)

estabelecimento de mecanismos que garantam uma participação ampla da militância em sua elaboração, nos vários níveis partidários. Essa forma de escolha dos candidatos, ademais, frustra os eleitores, que não podem mais escolher os seus candidatos, e traz o problema da alternância de gênero (hoje, por lei, correspondente a 30% e 70%), além de levar a uma judicialização dos conflitos internos do partido.”⁴¹⁹

Saindo do campo das reformas, as próprias leis destacadas nessa segunda parte abarcam situações diversas, e, em conjunto com outras já existentes, dificilmente existem hipóteses não tuteladas ou em vias de ser tutelada.

Espera-se a aprovação da emenda constitucional que estende as exigências referentes à vida pregressa a todos os cargos da administração pública, como já começaram a no Poder Judiciário e em Estados e Municípios da Federação. E aguarda-se o efetivo cumprimento da Lei Anticorrupção. Sem dúvida alguns ajustes serão necessários, pois algumas questões ainda estão obscuras. Mas a lei ainda é muito nova e sequer foi regulamentada para que se tenha um diagnóstico mais preciso. Por certo trata mudanças, especialmente no que se refere à adaptação dos empresários às suas exigências.

A discussão parece não ter fim, especialmente porque não faltam propostas de fazer mais alterações legais.

“Sem moralidade nos eleitores, sem consciência publica, não ha systema eleitoral, por mais perfeito que seja em theoria, que na pratica não produza máo resultado”.⁴²⁰

A mudança eleitoral pode ser discutida por vários aspectos, mas não será suficiente se outras, mais profundas não forem efetivadas. A questão da

⁴¹⁸ KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation, 2001. p. 25

⁴¹⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Breves considerações sobre a Reforma Política em Discussão no Congresso Nacional. p. 425

corrupção no Brasil é muito mais profunda, pois não há apenas corrupção na classe política.⁴²¹

4.1 Opção pela ética

O professor de Psicologia e Economia Comportamental americano Dan Ariely conta que foram realizados vários experimentos para tentar compreender os mecanismos da desonestidade. Conforme explica, na economia racional o conceito predominante de fraude sugere que as “pessoas cometem crimes com base em uma análise racional de cada situação”. Para o Modelo Simples de Crime Racional (MOSCR) as decisões se baseiam no balanceamento entre o possível custo e o benefício. A versão desse modelo é extremamente simplificada, pois mesmo longe de serem perfeitos, os seres humanos atuam eticamente mesmo quando não há um risco envolvido que supere os possíveis benefícios. Fosse assim, as pessoas praticariam atos antiéticos e ilícitos o tempo todo, apenas dependendo ou não de uma oportunidade.

Se não temos no mundo uma situação de completo caos, onde todos cometem crimes quando podem, sendo a escolha tão somente uma análise racional e econômica de custo-benefício, a atuação nos limites éticos e legais também não é a regra. Os casos de fraude e de corrupção abundam em todo o planeta. Com isso em mente, o autor narra os diversos experimentos realizados com o intuito de tentar entender os mecanismos por trás das escolhas desonestas.⁴²²

O primeiro experimento, sobre o qual foram aplicadas variáveis para testar outras hipóteses, consistia em entregar aos estudantes voluntários várias

⁴²⁰ SOUZA, José Soriano de. *Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional*. Recife: Casa Editora, 1893. p. 306

⁴²¹ “É fundamental pensar a corrupção em uma dimensão sistêmica que alie a moralidade política - pressuposta e que estabelece os significados da corrupção - com a prática social propriamente dita, na dimensão do cotidiano. Resgatar uma dimensão de moralidade para pensar o tema da corrupção significa buscar uma visão abrangente que dê conta dos significados que ela pode assumir na esfera pública. (...)” (FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. In *OPINIÃO PÚBLICA*, Campinas, vol. 15, nº 2, Novembro, 2009. p.397)

⁴²² ARIELY, Dan. *A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Tradutor Leonardo Abramowicz.

matrizes para que solucionassem. Ao final, receberiam pagamento de acordo com a quantidade de acertos. No grupo de controle os voluntários entregavam a folha e as respostas eram conferidas e, das 20 matrizes, a média de acerto era 4. Um segundo grupo não precisava entregar as respostas, mas o próprio voluntário verificava seu desempenho, triturava a folha de papel (assim, não seria possível aos examinadores verificarem o desempenho) e informaria as respostas. No caso do grupo que tinha a possibilidade de trapacear, a média de acertos subiu para 6.

Foram introduzidas variações no experimento. O valor pago por resposta correta foi aumentado gradativamente, o que, no caso dos experimentos, não aumentou a quantidade média de matrizes ditas corretas pelos grupos com a possibilidade de trapacear. Ao contrário, no caso dos participantes com o valor mais alto, foi menor. O Modelo Simples de Crime Racional não foi confirmado, e os pesquisadores passaram a trabalhar com um novo modelo, que chamaram de margem de manobra.

“(...) Em poucas palavras, a tese central da teoria é que nosso comportamento seria conduzido por duas motivações opostas. Por um lado, queremos nos ver como pessoas honestas e honradas Queremos poder nos olhar no espelho e nos sentir bem em relação a nós mesmos (os psicólogos chamam isso de motivação do ego). Por outro lado, queremos nos beneficiar com a trapaça e conseguir o máximo de dinheiro possível (essa é a tradicional motivação financeira). Claramente essas duas motivações estão em conflito. Como podemos assegurar os benefícios da trapaça e, ao mesmo tempo, ainda nos vermos como pessoas honestas e maravilhosas?”⁴²³

O autor conta outros experimentos realizados para testar a hipótese da margem de manobra e coloca o leitor diante das sutilezas e das nuances do comportamento ético no dia a dia. Com isso, fica clara a complexidade do

⁴²³ ARIELY, Dan. A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Tradutor Leonardo Abramowicz. p. 25

comportamento humano e, por conseguinte, a dificuldade de se trabalhar com a prevenção de atos desonestos. Sugere que um dos fatores que pode influenciar é encontrar maneiras de diminuir a possibilidade de racionalização das ações. “Quando aumenta nossa capacidade de racionalizar os desejos egoístas, o mesmo acontece com nossa margem de manobra, tornando-nos ainda mais confortáveis com nosso próprio mau comportamento e trapaça.”⁴²⁴ Também foi curioso notar que, quando as “cobaias” participavam dos experimentos usando falsificações, tendiam a trapacear mais.

Outros experimentos foram conduzidos, e os que mostraram **maior eficácia na diminuição da trapaça foram lembretes éticos**, símbolos religiosos, **compromissos com códigos de conduta**⁴²⁵, assinatura em formulários que antecediam ao seu preenchimento, e a criação de dificuldades, que exigiriam um maior esforço deliberado para que a trapaça ocorresse. Interessante destacar que as pessoas voluntárias nos experimentos eram pessoas comuns, ou seja, não se tratavam de criminosos contumazes ou confessos, mas estudantes, professores e trabalhadores.

A escolha por um comportamento ético leva em conta vários fatores, portanto não é uma tarefa simples criar parâmetros legais que simplesmente impeçam a desonestidade. O papel da lei se restringe a indicar os parâmetros que são aceitáveis e desejáveis, punir as transgressões de forma efetiva, tornando a transgressão menos atraente e, por meio de suas instituições, dificultar a criação de “chances” para as ações desonestas. A lei, nesses casos, deve agir dificultando a trapaça, se não servir como o “tritador de papel” das experiências narradas.

Quanto a isso, temos leis de todos os tipos para prevenir e punir, e mesmo assim, convivemos com altos índices de corrupção. Afinal, em última instância, o que determina o comportamento do agente público de acordo com os princípios da moralidade administrativa é o compromisso com a ética. Nesse ponto, os Códigos de Conduta tem papel pedagógico.

⁴²⁴ ARIELY, Dan. A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Tradutor Leonardo Abramowicz. p. 46

⁴²⁵ Em um dos experimentos os voluntários deveriam assinar um compromisso com o Código de Ética da Universidade a que pertenciam.

4.2 Educação

Como bem observado na pesquisa de Edward L. Glaeser e Raven E. Saks.⁴²⁶, há fortes indicativos de que, quanto maior a riqueza e o nível de educação e um povo, menores os índices de corrupção observados.

Darcy Ribeiro observa que houve uma imbricação entre as esferas de poder estatal e privado na formação da nação brasileira, ainda que ocasionalmente uma tenha se sobreposto à outra. Identifica-se com isso a satisfação de interesses particulares por meio do aparelho estatal com o uso de práticas corruptas.⁴²⁷

Para reestruturar essa mentalidade, a educação é o caminho mais longo, mas também mais seguro. O que é um desafio para as próximas décadas.

O direito à educação é um direito social, “parte de um mínimo existencial, núcleo intocável à discricionariedade do administrador público concernente ao seu implemento”⁴²⁸. Porém, como diz Monica Herman S. Caggiano:

“Transcorridos mais de duzentos anos do impacto das primeiras Declarações de Direitos e apesar dos inúmeros documentos internacionais que vêm denotar a especial e intensa atenção que o mundo moderno dispensa à proteção dos direitos fundamentais, direitos do homem e do cidadão, paradoxalmente, pouco se avançou em termos fáticos. A imprensa e a mídia se encarregam de denunciar profundos pontos de vulnerabilidade: discriminação racial,

⁴²⁶ GLAESER, Edward L. e SAKS, Raven E.. Corruption In America. Working Paper 10821. Nber Working Paper Series. National Bureau Of Economic Research Cambridge, September 2004. Disponível em < <http://www.nber.org/papers/w10821>>. Acesso em 11 de março de 2014

⁴²⁷ RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 256.

⁴²⁸ OLIVEIRA, Elaine Cristina de, e GONÇALVES, João Fábio. A efetividade dos direitos à saúde e à educação como garantia do mínimo existencial. In II Colóquio de Pesquisa. 2011. Osasco, EDIFIEO, 2012

discriminação da mulher, discriminação religiosa e a educação contemplando poucos – a elite.”⁴²⁹

Mesmo com todos os avanços em tantos campos, a educação ainda parece estar em segundo plano, o que significa a negação da cidadania. O baixíssimo desempenho do Brasil no campo educacional se soma “às condições precárias de vida às quais está submetida a maioria da população”.⁴³⁰

Mais do que isso, é por meio da educação que se consolida o cultivo da sensibilidade moral, “que pode assegurar situação de real liberdade, em que os direitos sejam respeitados e exista solidariedade humana.” Assim, é essencial não só o acesso à educação formal, mas que ela seja capaz de conduzir à forte e generalizada exigência de integridade.⁴³¹

Logo, não importa apenas que se tenha acesso a educação formal, mas que ela seja de qualidade⁴³², e que forme também cidadãos com bases éticas. Para se transmitir valores éticos algumas ações são necessárias:

“Para que os estudantes possam aprender e assumir os princípios éticos, são necessários pelo menos dois fatores: 1) que os princípios se expressem em situações reais, nas quais possam ter experiências e nas quais possam conviver com a sua prática; 2) que haja um desenvolvimento da sua capacidade de autonomia moral, isto é, da capacidade de analisar e eleger valores para si, consciente e livremente.

⁴²⁹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. A Educação. Direito Fundamental. In RANIERI, Nina Beatriz Stocco. (Coord.), RIGHETTI, Sabine (Org.). Direito à Educação: Aspectos Constitucionais. São Paulo: EdUSP, 2009. p. 19

⁴³⁰ ROMANO, Roberto; MACEDO, Roberto; e SILVA, Aída Maria Monteiro. Educação para a cidadania: solução ou Sonho Impossível? IN LERNER, Julio (Coord.). Cidadania, Verso e Reverso. São Paulo. Imprensa Oficial do Estado, 1997/1998. p. 216

⁴³¹ KASSAB, Pedro. Culturalismo: A educação Paulista e sua academia. Manole. Barueri, 2004. 2004 p. 12 e 13

⁴³² “Na área de pedagogia, quando se fala em “ensino de qualidade”, é comum apontar-se a ambiguidade da ideia de qualidade e criticar certas unanimidades que consideram aprovação nos vestibulares ou resultados de avaliações cognitivas como sinônimo de qualidade. Ao pensar juridicamente o problema da qualidade do ensino, há um certo conjunto de elementos cuja ausência implicam em evidente *déficit* de qualidade e esvaziamento do direito à educação tais como higiene nas dependências do estabelecimento escolar, formação contínua de professores, apoio ao aluno (material escolar, transporte, merenda) etc. Sob esse enfoque, a qualidade é uma dimensão intrínseca ao direito de todos à educação.” (FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de Qualidade no Ensino. In Ranieri, Nina Beatriz Stocco. (Coord.), RIGHETTI, Sabine (Org.). Direito à Educação. Aspectos Constitucionais. São Paulo: EdUSP, 2009. p. 180 e 181)

(...)

“A melhor forma de ensiná-los, portanto, é estimulando reflexões e vivências. Mais do que os discursos, são a prática, o exemplo, a convivência e a reflexão, em situações reais, que farão com que os alunos e as alunas desenvolvam atitudes coerentes em relação aos valores que queremos ensinar. Por isso, o convívio escolar é um elemento-chave na formação ética dos estudantes. E, ao mesmo tempo, é o instrumento mais poderoso que a escola tem para cumprir sua tarefa educativa nesse aspecto. Daí a necessidade de os adultos reverem o ambiente escolar e o convívio social que ali se expressa, a partir das próprias relações que estabelecem entre si e com os estudantes, buscando a construção de ambientes mais democráticos.”⁴³³

O exercício da cidadania é uma tarefa prática diária, ultrapassando o ato de votar a cada dois anos em uma eleição. Ensinar a cidadania é uma obrigação. Esclarecer como ocorrem os gastos públicos, de que maneira se combate o desvio dos recursos públicos é meio de exercê-la, e incentivar o acompanhamento da prestação de contas das despesas públicas são tarefas importantes. Assim, o cidadão consciente não irá se resignar frente à corrupção. Como fortalecimento das instituições e canais de comunicação, o cidadão tem confiança para denunciar aos órgãos competentes as suspeitas de irregularidades. É uma forma de exercer a cidadania, e assim o monitoramento social torna-se um dos instrumentos primordiais no combate à corrupção.

A reflexão do indivíduo sobre seu papel de cidadão transforma o problema público também em seu problema, daí a importância do esclarecimento da população. A transmissão dos valores éticos forma cidadãos mais conscientes. O ensino, porém, é apenas uma etapa da conscientização e seus efeitos são sempre de longo prazo. O combate à corrupção e valorização da moralidade pública tem outras etapas.

⁴³³ LODI, Lucia Helena e ARAÚJO, Ulisses F. Ética, cidadania e educação. In *Ética e Cidadania: Construindo Valores na Escola e na Sociedade*. Ministério da Educação. Brasília-DF, 2007. p. 69 e 70

4.3 Códigos de Ética e Conduta

Como é sabido, a moralidade pública possui status constitucional com a sua inserção no artigo 37, caput da Constituição de 1988. A busca por uma gestão mais eficaz e moralmente comprometida com o bem comum marca as intenções da Carta.

O Estado alcança seus fins pelas atividades desenvolvidas pela Administração Pública e seus agentes públicos são os responsáveis pelas decisões e execução dessas decisões governamentais, e para tanto submete às normas constitucionais e às leis especiais. Todo esse aparato de normas objetiva a um comportamento ético e moral por parte de todos os agentes públicos que servem ao Estado.

Para a administração pública, a adoção e observância dos Códigos de Ética tem importância fundamental. Pois a ética é necessária para afastar as práticas ainda persistentes neste início do século XXI. A confusão entre o público e o privado ocorre sempre em desfavor do primeiro e em favor do segundo. Para desfazê-la, deve-se direcionar para vários aspectos:

“Um é o problema do comportamento ético na política. Outro é o problema da conduta ética na Administração Pública. E, finalmente, o comportamento ético das pessoas (físicas e jurídicas) nas suas relações com o Estado.”⁴³⁴

Trata-se o Código de Ética de um conjunto de valores e normas de conduta que impõe ao servidor o respeito a esses valores, à lei e aos princípios da boa administração pública.⁴³⁵ A questão da elaboração de códigos de ética para servidores públicos tem relação com as deficiências da política. “A política é a gestão da coisa pública. Ambas, política e ética, estão muito próximas, e se

⁴³⁴ RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 192

confundem nas eleições, escolhas e indicações de pessoas para as mais diversas funções públicas.”⁴³⁶

“O movimento dos Códigos de Ética nasceu nos Estados Unidos da América, embora de raízes históricas do ideal da codificação de normas se percam no tempo, tendo, indubitavelmente, na Revolução Francesa seu marco mais direto. Os novos Códigos têm, de qualquer sorte, nos modelos norte-americanos suas principais referências de inspiração, ainda que o ideário básico possa ser reconduzido a bases comuns nos processos civilizatórios, calcados em valores como segurança, coerência, racionalidade e centralidade mínima das normas, ainda que setoriais.”⁴³⁷

Assim, a expansão dos Códigos de Conduta tem influência norte-americana. É um fenômeno recente, que precede escândalos políticos como o *Watergate*.⁴³⁸

São inúmeros os Códigos de Conduta Ética existentes. No ramo privado, muitas empresas adotam Códigos de Ética internos e espera-se que a nova Lei Anticorrupção fomente essa prática, especialmente na importância desses dentro das organizações e dos controles internos para se garantir seu cumprimento. Nessa parte, a lei instiga uma culta da ética empresarial.

Muitas profissões também adotam Códigos de Ética profissional, como é o caso dos advogados, médicos e jornalistas, para citar alguns exemplos. Nesses casos, pretendem criar uma consciência profissional. Em qualquer ambiente, todavia, é dever ético “não valer-se de informações privilegiadas para

⁴³⁵ RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 191

⁴³⁶ RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 191

⁴³⁷ OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 156

⁴³⁸ OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 192

ganhos pessoais, aviltar preços ou condições de trabalho ou fazer ou permitir que tenha êxito o tráfico de influência”⁴³⁹.

Essa deve ser a provável origem dos Códigos de Ética. Eles procuram “sistematizar obrigações, impedimentos e normas de conduta mais adequados.”⁴⁴⁰

“Pode-se perguntar até que ponto o modelo de legalização dos Códigos de Conduta produz ou está apto a produzir efeitos contrários aos pretendidos, no âmbito de certas profissões, como a classe de advogados. Entretanto, a realidade, no marco do setor público, é distinta, não sendo possível incorporar essa espécie de crítica. O controle do setor público, com um Código Jurídico, é imperativo constitucional nos ordenamentos democráticos.

Servem os Códigos Éticos à autorregulação. Buscam incentivar o compromisso pessoal e responsabilidade. Os Códigos de Conduta trazem a tona os ideais de sistema, coerência e segurança Jurídica. Aliado a isto, tem-se a preocupação com a preparação dos agentes públicos para uma prestação de serviços eficientes que atendam ao interesse público e práticas profissionais responsáveis.

As nações Unidas editaram um Código Internacional de Conduta dos Funcionários Públicos, a partir da resolução 51/59 em 12 de dezembro de 1996. Além disso, o artigo 8 da Convenção das Nações Unidas Contra A Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, também impõe como dever a aplicação de Códigos de Conduta.

Tem-se no Brasil vários Códigos de Ética e Conduta no âmbito da Administração Pública. Por exemplo:

- Código de Ética e Decoro Parlamentar. Resolução nº 20, de 1993 do Senado Federal;

⁴³⁹ RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 195

- Código de Conduta da Alta Administração Federal;⁴⁴¹
- Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007 e Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008;
- Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994.
- O Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, no dia 06 de agosto de 2008.

Entre a legislação supracitada há vários pontos comuns, sendo importante ressaltar, dentre outros: a inseparabilidade entre a vida pessoal e a profissional, exercida no serviço público; a necessidade do exemplo para a disseminação da ética na Administração Pública; a necessidade de declarar e separar os interesses particulares do interesse público; e a instituição de instrumentos de apoio à gestão da ética na Administração Pública Brasileira. De maneira principal, é constante nos textos normativos dos três poderes a noção de que tais instrumentos de orientação configuram tentativa de responder ao anseio da sociedade por maior retidão nos procedimentos de seus representantes.

Como exemplificado pelo artigo 10 do Código de Conduta e Ética da Magistratura Nacional, a atuação de “ser transparente, documentando-se seus atos, sempre que possível, mesmo quando não legalmente previsto”.

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal impõe a consciência dos princípios morais como norte da administração, e diz que o servidor não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Impõe também a finalidade do bem comum como ponto essencial.

“III - A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor

⁴⁴⁰ RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 201

⁴⁴¹ Código de Conduta da Alta Administração Federal. Disponível em <http://etica.planalto.gov.br/legislacao/etica3>

público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.”

Impõe também cortesia e a boa vontade e destaca que a remuneração do servidor público é paga pelos tributos pagos direta ou indiretamente por todos. Lembra o sigilo e do dever da verdade. Nos deveres recomenda a divulgação do Código de Ética, incentivando o seu cumprimento.

As proibições também são destacadas, tendo como exemplo usar de artifícios para procrastinar ou dificultar o exercício regular de direito por qualquer pessoa, causando-lhe dano moral ou material e pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim.

O capítulo II trata das Comissões de Ética, explicando o seu funcionamento e impondo a penalidade de censura. Também impõe a criação de Comissões de Ética em todos os órgãos e entidades, que serão encarregadas de “orientar e aconselhar sobre a ética profissional do servidor, no tratamento com as pessoas e com o patrimônio público, competindo-lhe conhecer concretamente de imputação ou de procedimento susceptível de censura”.

Ou seja, a fim de que seja dada efetividade aos Códigos de Ética e Conduta devem funcionar as Comissões de Ética, não só para aplicar punições, mas servem também como órgãos consultivos, a resolver as dúvidas antes que se transformem em infrações éticas. Já existem várias Comissões de Ética em funcionamento, a exemplo da Comissão de Ética do Governo do Estado de São Paulo.

Vale ressaltar que a Comissão de Ética executa a tarefa de orientar, aconselhar e acompanhar os dirigentes e servidores quanto à ética e a moralidade de seus atos. A Comissão de ética deve ser a porta de entrada para um bom e eficaz controle social, é através dela que o cidadão poderá realizar consultas, esclarecer dúvidas e apresentar reclamações e denúncias sobre o comportamento ético e moral do servidor público.

“As Comissões de Ética Setoriais dos órgãos do Poder Executivo Federal acumulam funções normativas, de divulgação, de investigação, e de sanções, e apresentam paradigmas similares aos das comissões de ética empresariais ao constituírem-se como elementos estruturais para a implantação de políticas relacionadas com a ética no âmbito organizacional. A estratégia de implementar essas comissões denota o reconhecimento pelas empresas de que empregados podem enfrentar dilemas morais e sugerem que a direção a empresa apoie os esforços no sentido de tomar as decisões certas (WILLEY, 1997). A ética também constitui elemento essencial para o desenvolvimento econômico e deve ser entendida como uma prática social que influencia os planos estratégicos de empresas e governos pressupondo a adoção de princípios de governança, os quais mensuram a capacidade para a gestão de condutas antiéticas e se consubstanciam em equidade, transparência, ética, prestação de contas (CLEGG et al., 2004; LAMEIRA; BERTRAND, 2008; MACHADO FILHO; ZYLBERSTAJN, 2004).”⁴⁴²

Mas a maior atribuição de uma Comissão de Ética deve estar no trabalho de divulgação de normas éticas e morais visando alcançar a todos os servidores, com a divulgação das boas práticas éticas e morais. E esse trabalho tem que ser realizado de uma forma constante e ininterrupta, com a certeza que se trata da realização de uma reeducação e por isso é uma tarefa árdua. A reeducação à luz da ética tem o desafio de tratar das mudanças comportamentais e vícios que se encontram arraigados na Administração Pública.⁴⁴³

⁴⁴² MENDES, Annita Valleria Calmon, e ANDRADE JÚNIOR, Hermes. Administração pública federal: a percepção de servidores sobre a ética. *Acta Scientiarum. Human and Social Sciences*. Maringá, v. 32, n. 2. P. 11-125, 2010. p.118

⁴⁴³ LOPES, Paulo Roberto Martinez (Secretário-Executivo Comissão de Ética do DNIT Brasília – DF). A Conduta Ética Na Administração Pública. Disponível em <<http://www.dnit.gov.br/institucional/comissao-de-etica/artigos-e-publicacoes/artigos-sobre-etica/A%20CONDUTA%20ETICA%20NA%20ADMINISTRACAO%20PUBLICA.pdf>>. Acesso em 13 de julho de 2014.

A Comissão de Ética do Estado de São Paulo, por exemplo, atuou no caso cúmulo das funções de Vice-Governador do Estado de São Paulo e de Ministro de Estado da Administração Federal por Guilherme Afif Domingos, considerando essa cumulação uma grave infração ética.⁴⁴⁴

A Universidade de São Paulo também adota um Código de Ética⁴⁴⁵, no qual também é prevista uma Comissão de Ética, efetivamente existente, e cuja competência está prevista no artigo 39. A Comissão também deverá apresentar relatório anual de atividades ao Conselho Universitário, acompanhado de eventuais propostas de aprimoramento do Código.

Somando-se a isso, a tem-se colocado à disposição do cidadão instrumentos eficientes para possibilitar uma fiscalização dos serviços prestados e das decisões tomadas pelos governantes. É o caso das ouvidorias instituídas nos Órgãos da Administração Pública direta e indireta, junto aos Tribunais de Contas e os sistemas de transparência pública que visam a prestar informações aos cidadãos sobre a gestão pública são exemplos desses instrumentos fiscalizatórios.

Tais instrumentos têm possibilitado maior cobrança de atitudes coadunadas com a moralidade pública por parte dos agentes públicos. Como apontado pelo Relatório Nolan, os próximos passos são **educação e aprendizado ético** na organização. Em última instância, espera-se que a ética e a conduta ética comecem a ser disseminadas pelo exemplo das instâncias hierárquicas superiores

O relatório recomenda códigos de conduta em todo o setor público. redigidos dentro de cada organização em questão, de forma a serem apropriados às características da mesma e para que possam ser incorporados à sua cultura. Recomenda também uma fiscalização independente, parte realizadas por auditores como rotina e uma entidade independente para supervisionar o arcabouço dentro do qual as decisões são tomadas e acompanhar os padrões de atendimento. Por fim, como já informado, importante a **orientação e educação**.

“Nesse contexto, orientação significa a promoção e o reforço planejados em todas as entidades públicas dos padrões

⁴⁴⁴ Comissão de Ética do Estado de São Paulo - Consulta nº 03/2012

⁴⁴⁵ Resolução nº 4871, de 22 de outubro de 2001 (D.O.E. - 23.10.2001 e retificada em 24.10.2001)

éticos; isso exige que aqueles em posições superiores dêem o exemplo, e exige que as organizações acompanhem o nível de conscientização quanto àqueles padrões e que tomem ações corretivas quando necessário.”⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ Lord Nolan. Normas de conduta para a vida pública. Tradução de *standards in public life*. London: HMSO, 1995. p. 28

CONCLUSÃO

Conforme visto neste trabalho, em ambientes democráticos, a desonestidade nos negócios públicos possui um efeito particularmente maléfico, pois corrói as bases do próprio sistema, na medida que vai demolindo a confiança nas instituições. Assim, a preocupação com a ética pública passa a ser uma questão crucial.

“Espera-se que a corrupção afete negativamente a avaliação dos cidadãos sobre como a democracia funciona em seu país. Quando agentes públicos se comprometem extraindo rendas ilícitas de suas posições privilegiadas, recursos humanos, sociais e econômicos são desviados do interesse público, minando os princípios da responsabilidade democrática e justiça e imparcialidade das instituições políticas (della Porta 2000). Isto implica que o público é obrigado a pagar as externalidades desse processo de desvio, que consiste em distorção da demanda pública, aumento do custo e redução da qualidade dos serviços públicos. Em outras palavras, a corrupção é reconhecida unanimemente como uma praga da "boa democracia" (Morlino 2004). Assim, quanto mais a corrupção é generalizada, mais os cidadãos tendem a avaliar negativamente o desempenho das autoridades do governo.”

«447

⁴⁴⁷ Tradução livre de: Corruption is expected to negatively affect the citizens' evaluations of the way democracy works in their country. When public agents are committed to extract illicit rents from their privileged positions, human, social, and economic resources are diverted from the public interest undermining the principles of democratic accountability and fairness and impartiality of

Tão importante tema nunca terá a análise esgotada, mas cabe o estudo da questão sob diversos e diferentes ângulos, com o intuito de contribuir com novos elementos de discussão. Assim, foi feito o seguinte caminho neste trabalho:

1) A fim de procurar compreender a importância do tema foi feita a contextualização da questão da moralidade pública como princípio incluído na Constituição Democrática.

2) Em seguida, foi exposta a necessidade de se tutelar a moralidade e diversos instrumentos de tutela de que dispõe a legislação brasileira. A seguir foi apresentada a problemática da corrupção e exposto que as legislações passaram a se preocupar em prevenir e punir não apenas a corrupção praticada em seu próprio território como no território estrangeiro. Os esforços internacionais são inúmeros e se traduzem em leis internas e convenções. É o caso da americana *Foreign Corrupt Practices Act* e da inglesa *UK Bribery Act*.

3) Como a Lei da Ficha Limpa foi criada dentro de um contexto de discussão de reforma da legislação eleitoral e estão ainda pendentes vários temas referentes a reforma eleitoral, o próximo passo foi trazer a análise de pesquisas realizadas basicamente na última década, as quais questionam se haveria influência do sistema eleitoral na questão da corrupção a justificar uma reforma com essa finalidade.

4) O ponto que se seguiu cuidou da exposição de aspectos principais de três leis em vigor no Brasil referentes à proteção da moralidade: A Lei de Improbidade Administrativa, que busca tutelar a probidade pública por meio de punições dirigidas aos agentes públicos ímprobos e terceiros que agem em conluio com o agente público. A Lei da Ficha Limpa, que mudou os paradigmas referentes a competição eleitoral com o intuito de impedir a candidatura daqueles cuja vida pregressa indique falta de compromisso com a moralidade e probidade

political institutions (della Porta 2000). This implies that the public is compelled to pay the externalities of this misallocation process consisting in a distortion of public demand, an increase of the cost and a reduction of the quality of public services. In other words, corruption is unanimously recognized as a plague of “good democracy” (Morlino 2004). Thus, the more the corruption is widespread, the more citizens tend to negatively evaluate the performance of government authorities.”.(MEMOLI, Vincenzo e PELLEGATA, Alessandro. Electoral systems, corruption and

dentro de novos parâmetros estabelecidos. E a Lei Anticorrupção, que estabelece penalidades administrativas às pessoas jurídicas, impõe a responsabilização objetiva, exposição dos infratores em um Cadastro Nacional de Empresas Punidas e prevê sanções cíveis. A nova lei trata a questão sob o aspecto do corruptor exclusivamente, e não da conduta do corrupto.

5) Para finalizar, foi questionada qual seria a mudança necessária a fim de preservar a moralidade pública no Brasil. Os Estudos sobre os sistemas eleitorais serviram para direcionar algumas das respostas.

6) Destaca-se a importância da educação e a necessidade da conscientização dos valores éticos. Nesse ponto, o direito pode servir não apenas de reflexo, mas de instrumento. A conscientização dos valores éticos pode ser introjetada por meio da adoção de códigos de conduta e a valorização dos trabalhos das Comissões de Ética.

Mesmo com os instrumentos de tutela da moralidade à disposição, o Brasil continua ostentando altos índices de corrupção. Abundam os escândalos em todos os níveis da administração pública direta e indireta. A moralidade continua a ser constantemente aviltada. Mesmo obtendo uma nota melhor em 2014 na classificação pela Transparência Internacional no do que no ano de 2013, não parece haver muito o que comemorar.⁴⁴⁸

Por essa razão não faltam sugestões de como tentar reverter esse quadro.

No que se refere especificamente em relação à questão eleitoral, mesmo com a edição da Lei da Ficha Limpa, continua-se a buscar alguma alteração que surta efeito a curto prazo.

Como se viu, a legislação brasileira dispõe de vários instrumentos com vistas a impedir que sequer disputem os cargos públicos aqueles que demonstraram não agir nos limites da ética, mesmo que a sentença ainda não tenha transitado em julgado. Mas mesmo com esses instrumentos, a moralidade pública continua sendo constantemente aviltada.

satisfaction with democracy. Paper presented at the XXVII Annual Conference of the Italian Political Science Association, University of Florence, 12-14 September 2013. p. 5)

⁴⁴⁸ A situação chegou a um ponto crítico, no qual um escândalo promete ser maior do que o outro. Até mesmo uma página na internet ser criada com o sugestivo nome de “museu da corrupção”(http://www.muco.com.br/).

Ainda pendem propostas de alterações de outros aspectos do processo eleitoral, incluindo a mudança do próprio sistema. Por isso, buscou-se evidências em pesquisas empíricas que justificariam ou não alguma alteração nesse sentido. Como se viu, todas as pesquisas trabalham com a hipótese de que, quanto maior o vínculo entre os candidatos e os eleitores, maior a responsabilização daqueles perante este. Porém, a hipótese de que os sistemas majoritários seriam por si menos corruptos não foi confirmada.

No geral, apontaram que os sistemas proporcionais apresentam menores índices quando combinados com o sistema parlamentar. Não se advoga a ideia da lista fechada como forma de combater a corrupção. As pesquisas não identificaram a diminuição da corrupção com a adoção desse sistema. Logo, pode-se fazer ajustes pontuais, mas a alteração do sistema em si, por si mesma, não é capaz de reverter o quadro sem que outras providências sejam tomadas em conjunto.

A própria Lei da Ficha Limpa é um dos meios que se dispõe de começar a moralização da política. Sob certos aspectos, trata-se de um dos grandes avanços no combate à corrupção política, posto que deixa de fora da disputa eleitoral os candidatos que não atuam com base nos valores da ética e do compromisso com a sociedade. Fundamenta-se o afastamento por um conceito de “vida pregressa” estabelecido em Lei Complementar, conforme exigência da Constituição Federal.

Trata-se de uma providência cujos efeitos não são imediatos. Até o momento a Lei foi aplicada em apenas dois pleitos eleitorais. A longo prazo, deve servir para ir retirando da vida pública os políticos que não são comprometidos com a probidade e se servem do abuso para manter-se nos cargos.

Outro aspecto interessante é que a aprovação da Lei foi fruto de pressão popular. Ela foi fruto da pressão da cidadania, e do trabalho de incessante de grupos como o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, e a Associação dos Magistrados Brasileiros. A “sociedade de fez ouvir”⁴⁴⁹.

“Há a indicação clara”, afirma Monica Herman S. Caggiano, “do retorno de Rousseau e de suas advertências”. Conforme escreveu em “O contrato

⁴⁴⁹ BARBOSA, Lara. A Magistratura e a Lei Ficha Limpa. In REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Edson de Reseno de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Org.). Ficha Limpa: Lei Complementar 135

Social”, as eleições são apenas a ilusão da liberdade, e “O cidadão não mais se acomoda à condição de simples eleitor”⁴⁵⁰.

“Avulta evidente um alargamento da vida democrática, com a multiplicação de práticas de controle, de fiscalização e, mesmo, de interveniência da sociedade tanto no polo decisional como, ainda, no cenário eletivo, diluindo o conceito de predominância dos resultados das urnas como exclusivo indicador de legitimidade”⁴⁵¹

O próximo passo que se aguarda é a aprovação da emenda constitucional que estende as mesmas exigências da Lei da Ficha Limpa para a obtenção de qualquer cargo em toda administração pública.

Cumprir afastar da vida pública quem não se pauta pelo agir conforme os ditames impostos pela moralidade pública e probidade. Dessa forma, estabelece-se um critério equânime para o ingresso em todas as funções públicas. Mas destaca-se que essa alteração tem que ser realizada pela via legislativa, assim estabelecer critérios razoáveis e objetivos. Também devem ser os afastamentos com prazo estabelecido, não se advogando a tese de alterar a legislação atual para criar prazos indefinidos.

Destaca-se que a Lei de Improbidade Administrativa já previa a sanção de suspensão dos direitos políticos, da qual decorria a impossibilidade de apresentar candidatura. Porém, como se deve aguardar o trânsito em julgado para que essa decisão produzisse seus efeitos, muitos condenados por improbidade continuavam a disputar os cargos normalmente. Isso porque os processos se alongam por muitos anos. Agora, com a alteração, espera-se que

de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010. p. 20

⁴⁵⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem. A Operação Eleitoral. Atores e Momentos. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45 e 46

⁴⁵¹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. A Operação Eleitoral. Atores e Momentos. In MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46

haja uma pressão dos próprios advogados para que os recursos para os Tribunais Superiores tenham o andamento célere.

A Lei de Improbidade também serve à punição de quem age em conluio com o administrador ímprobo, auferindo vantagem indevida dessa atuação. Mas mesmo assim foi proposta e aprovada uma Lei específica para uma punição do corruptor.

Se por um lado a Lei Anticorrupção apresenta alguns pontos obscuros e dúvidas quanto a sua aplicação, especialmente no caso de conflito com a Lei de Improbidade, por outro, coloca o Brasil no mesmo caminho de outras nações que estão combatendo a corrupção procurando torna-la desinteressante ao corruptor.

Nessa linha de combate, a Lei Anticorrupção traz em si a esperança de surtir efeitos reais no combate à corrupção. Ela busca uma ação do controle da moralidade pública por meio da responsabilização objetiva das empresas particulares, forçando-as a criarem mecanismos internos de controle. Aquelas que não os tinham, deverão adotar, e as que os tem, aprimora-los.

Com isso, são dois os aspectos benéficos da lei que podem trazer bons resultados, no que se refere ao seu papel na mudança de mentalidade, e o cadastro das empresas punidas. Esse se mostra um inteligente mecanismo de repressão e de combate à corrupção se, é claro, não utilizado como uma forma de intimidação e abuso de poder.

O cadastro em si é um fator a inibir pessoas jurídicas de cometimento de atos contra a Administração Pública por atingir diretamente a sua imagem. De outro lado, deve ser utilizado com cautela, pois poderá também representar agravação de uma situação de arbítrio praticado contra a empresa por uma autoridade local. Até a sua correção por via judicial pode gerar graves consequências.

A Lei Anticorrupção incentiva o aprimoramento do controle interno das instituições privadas, que devem se adaptar desenvolvendo políticas de *compliance*. Essa expressão, no mundo corporativo, remete aos controles internos relacionados ao cumprimento de normas legais e regulamentos internos que os funcionários devem adotar. Refere-se tanto aos procedimentos dos negócios quanto os necessários para evitar, detectar e corrigir irregularidades, desvios e mesmo corrupção.

Trata-se de mecanismo necessário para o fortalecimento da responsabilidade das empresas perante a sociedade. Não se tolera mais que as empresas atuem como cúmplices dos agentes públicos corruptos ou ímprobos. Espera-se que não ajam mais como corruptoras, tampouco aceitem passivamente o papel de vítima da corrupção, obrigando que reajam a essa situação. Se antes apenas a imagem da empresa poderia ser afetada, hoje, mesmo a passividade, pode trazer prejuízos financeiros relevantes. Atualmente o agir ético passou a ser uma condição necessária para o desenvolvimento dos negócios, ao lado dos investimentos e ampliação do mercado.

A possibilidade do acordo de leniência é sempre um tema polêmico, mas é fato que se trata de um instrumento importante na elucidação dos casos.⁴⁵²

Depende o sucesso da Lei Anticorrupção de sua regulamentação, ou será apenas mais uma lei no nosso gigante arcabouço legislativo incapaz de produzir efeitos reais.

Ou seja, consideradas apenas essas três leis, abre-se um cerco à imoralidade pública: punição ao agente público, impedimento da candidatura e, aos particulares, responsabilização administrativa e cível. Ainda pendente de aprovação o impedimento a entrada na vida pública por qualquer meio, daqueles cuja vida pregressa tenha demonstrado falta de compromisso com a moralidade e probidade.

Ainda assim, sabe-se que “garantir um bom governo” é uma tarefa árdua e “importa o “saneamento dos segmentos atingidos por fenômenos patológicos”.

“Tão só o exercício cotidiano dos direitos estampados na Constituição, a insistência na prática regular de cada um deles e o esforço em prol do fortalecimento das instituições é que, verdadeiramente, num clima democrático, permitirá alcançar um status de plena satisfação do cidadão – do

⁴⁵² Os fatos investigados pela chamada “Operação Lava Jato” que busca esclarecer a corrupção na empresa estatal Petrobrás foram levados ao conhecimento da justiça por meio de um acordo de delação premiada previsto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (organização criminosa). No acordo realizado com o Ministério Público Federal há menção expressa à Lei Anticorrupção. Até o fechamento deste trabalho, tinha-se notícia de que a Controladoria Geral da União estuda a possibilidade de acordo de leniência com as empresas envolvidas no caso.

cidadão-eleitor, do cidadão-contribuinte – com o seu governo”⁴⁵³.

Não bastam as leis. É preciso cumpri-las. E é preciso que o cidadão seja consciente de seu papel, independente de atuar no setor público ou privado. É preciso uma mudança de postura frente à corrupção. Claro que alguns aspectos apontados podem ter um efeito moralizador e pedagógico, forçando uma mudança gradual de atitude, mas isso só se efetivará se a indignação se concretizar em atitudes. A pressão pela aprovação da Ficha Limpa é um indicativo de que essa indignação existe.

Assim, outro passo necessário é dar continuidade à conscientização do cidadão, ou seja, a melhoria da educação se impõe como uma necessidade.

Já no âmbito da administração pública, dois são os caminhos. A conscientização, por meio da adoção e valorização de Códigos de Conduta e Comissões de Ética, e o fortalecimento dos controles internos e externos. Somam-se a esses esforços a transparência cada vez maior, com informações acessíveis a todos os cidadãos, que devem ser incentivados a participar do controle da gestão pública. Os Códigos de Conduta e de Ética e as Comissões já existem, falta centrarem seus esforços na sua função pedagógica, divulgando os Códigos de Conduta, fazendo seminários e treinamentos constantes. Não podem servir para defender interesses e devem dar o exemplo de probidade.

A Controladoria Geral da União (CGU) pode ser a agente principal dessa mudança. Porém, não pode ser a única, já que a lei prevê que os demais entes federativos devem ter os seus equivalentes. Com isso pode-se dar cumprimento à Lei Anticorrupção, ao ingressar as fileiras da fiscalização por via do controle interno. Se em um primeiro momento a pluralidade de órgãos responsáveis pela fiscalização pode trazer insegurança, com o tempo os ajustes necessários irão suprir essa questão. Podendo avocar a competência, aguarda-se que a CGU represente um norte na ação dos demais órgãos fiscalizadores, e se sirva desse poder para resolver tão somente os casos mais complexos, ou quando se verifique abuso de poder ou interferência de interesses particulares na solução da questão pelo órgão local.

⁴⁵³ CAGGIANO, Monica Herma Salem. A responsabilidade do Poder e o Direito ao Bom Governo. In Revista Brasileira de Contas Públicas. Ano I, Número 1, 2014. p. 11

Deve-se anotar que a Controladoria Geral da União utiliza a expressão “integridade institucional” Ora, é saído que “integridade” depende não só de procedimentos internos e externos de controle, mas especialmente **da internalização de valores éticos.**

Força-se com isso uma mudança na mentalidade brasileira, que não mais poderá ficar inerte aceitando passivamente que se diga “se não fizer acerto, não se coloca um paralelepípedo no chão”⁴⁵⁴.

Assim, tem-se o delimitado o caminho para o incremento da moralidade pública, tão cara à saúde democrática.

⁴⁵⁴ VOITCH, Guilherme. Não se faz obra pública no Brasil sem acerto, diz advogado de lobista. Folha de São Paulo, 19 de novembro de 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1550471-nao-se-faz-obra-publica-no-brasil-sem-acerto-diz-advogado-de-lobista.shtml>>. Acesso em 2 de dezembro de 2014

REFERÊNCIAS

AGHION, Philipe; ALESINA, Alberto e TREBBI, Francesco. Choosing Electoral Rules: Theory and evidence from US Cities. Working paper 11236. National Bureau of Economic Research. Cambridge, 2005. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w11236>. Acesso em 05/03/2014

ALFANO, M. Rosaria; BARALDI, A. Laura e CANTABENE, C. Political Competition, Electoral System and Corruption: the Italian Case. MPRA Paper No. 41480, posted 24. September 2012 20:03 UTC. Seconda Università di Napoli, 2012. Disponível em <<http://mpa.ub.uni-muenchen.de/41480/>> Acesso em 28 de fevereiro de 2014

ARIELY, Dan. A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Tradutor Leonardo Abramowicz

ARISTÓTELES. A política. Rio de Janeiro: Ediouro, 1965

BARBOSA, Rui. Discursos Parlamentares. Tomo III, Vol. XLI 1914. Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro

BASTIAT, Frédéric. A Lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, nº 61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Dezembro de 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 5 Parte Especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados contra prefeitos (Lei 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política [Formato eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

_____. Curso de direito constitucional. 15 ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>

BRASIL. Código de Conduta da Alta Administração Federal. Publicado no D.O. de 22.8.2000. Disponível em <<http://etica.planalto.gov.br/legislacao/etica3>>

BRASIL. Código de Ética da Magistratura. Publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm>

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>

BRASIL. Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>

BRASIL. Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>

BRASIL. Decreto nº 6.029 de 1º de fevereiro de 2007. Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>

BRASIL. Decreto-lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>

BRASIL. Decreto-Lei nº 201 de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>

BRASIL. Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9o do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>

BRASIL. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>

BRASIL. Lei nº 10.467 de 11 de junho de 2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm>

BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de Maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.683.htm>

BRASIL. Lei nº 12.120 de 15 de dezembro de 2009. Altera os arts. 12 e 21 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12120.htm>

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>

BRASIL. Lei nº 12.813 de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias

nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>

BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>

BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>

BRASIL. Lei nº 3.502 de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Revogada pela Lei nº 8.429, de 1992. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3502.htm>

BRASIL. Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1992/..%5C1958%5C3502.ht>>

BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>

BRASIL. Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992. 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_03/leis/l8429.htm>

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>

BRASIL. Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>

BRASIL. Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1956. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 8.429, de 1992. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3164.htm>

BRASIL. Medida Provisória nº 2.143-31 de 2 de abril de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2143-31.htm>

BRASIL. Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>

BURKE, Edmund. Thoughts on the Present Discontents, and Speeches. Project Gutenberg Etext Thoughts on Present Discontents by Burke, 2000

CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). O voto nas Américas. Barueri: Manole, 2008

CAGGIANO, Monica Herman Salen (Coord.). Ficha Limpa: Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo, RT, 2014

CAGGIANO, Monica Herma Salem. A responsabilidade do Poder e o Direito ao Bom Governo. In Revista Brasileira de Contas Públicas. Ano I, Número 1, 2014

_____. Direito Parlamentar e Direito Eleitoral. Barueri: Manole, 2004

_____. Ficha Limpa e outras trapalhadas eleitorais. Disponível em <http://www.institutogregoricaggiano.com.br>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013

_____. Legislação eleitoral e hermenêutica política x segurança jurídica. São Paulo: Centro de Estudos Políticos e Sociais - CEPS, 1994

_____. Oposição na Política. Propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Ed. Angelotti, 1995

_____. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: 1987

CAMPO GRANDE. Lei Orgânica do Município. Disponível em <<http://www.camara.ms.gov.br/?secao=lei-organica>>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011

CARVALHO, Luciano Limírio de. A Moral, o Direito, a Ética e a Moralidade Administrativa. Artigo disponível em <<http://www.fucamp.edu.br/wp-content/uploads/2010/10/9-A-moral-o-direito-a-%23U00c3%23U00a9tica-e-a-Luciano.pdf>> Acesso em 4 de março de 2013

CASELLI, Francesco e MORELLI, Massimo. Bad Politicians. National Bureau of Economic Research. Cambridge. October 2001. Working Paper 8532. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w8532>. Acesso em 21 de abril de 2014

CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam e SAIEGH, Sebastian. Governos de Coalizão nas Democracias Presidencialistas e Parlamentaristas. Dados [online]. 2002, vol.45, n.2, pp. 187-218. ISSN 0011-5258

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

_____. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. In: Estudos Avançados, 14 (38), 2000

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ato Normativo N. 0000898-23.2012.2.00.0000: Resolução – Ficha Limpa – Proibição de Contratação – Nomeação – Designação – Cargos em Comissão – Funções de Confiança – Contratação de Mão de Obra Terceirizada – Critérios – Razoabilidade e Moralidade. Migalhas, 2012. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120801-02.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2013

Construtoras da Lava Jato procuram CGU para fechar acordo de leniência. Folha de São Paulo, São Paulo. 18/11/2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1550126-construtoras-da-lava-jato-procuram-cgu-para-fechar-acordo-de-leniencia.shtml>>. Acesso em 19 de novembro de 2014

CORRUPTION. Skiak Scientific Series nº 5. Republic of Austria. Federal Ministry of the Interior. Viena: Sicherheitsakademie, 2010

CRETELLA JÚNIOR, José. Liberdades Públicas. São Paulo, Bushatsky, 1974.

DAHAL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DUVERGER, Maurice. Les partis politiques. Paris: Libraire Armand Colin, 1976

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Lei ficha limpa estadual e Limites constitucionais de sua Produção legislativa: análise Da “inacessibilidade a cargos em Comissão” por condenados por Improbidade administrativa sem Trânsito em julgado – o caso da Lei catarinense. In Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011

ESTADO DE SÃO PAULO. Constituição Estadual. Disponível em <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Constituição Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>

Estudo de conformidade do ambiente institucional brasileiro com a Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos. Abril de 2003. Disponível em

<http://www.transparencia.org.br/docs/OEA_Brasil.pdf> Acesso em 28 de junho de 2013

FALLERY, Julie K.; GLYNNZ; Adam N. e ICHINOX, Nahomi. Electoral Systems and Corruption. August 21, 2013. Prepared for the 2013 Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, 2013

Federal Act on the Financing of Political parties (Political Parties Act 2012) [Parteiengesetz 2012]) publicada na Federal Law Gazette I nº 56/2012

FEDERICI, Rafael . A lei anticorrupção brasileira. Migalhas. terça-feira, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195182,71043-A+lei+anticorruptao+brasileira>>. Acesso em 11 de maio de 2014

FERRAZ, Claudio. FINAN; Frederico. Electoral Accountability and Corruption: Evidence from the Audits of Local Governments. National Bureau of Economic Research. Working Paper 14937. Cambridge, April 2009. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14937>> Acesso em 12 de março de 2014

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. Direitos Humanos Fundamentais. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. Do processo legislativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. Estado de Direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. In OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, vol. 15, nº 2, Novembro, 2009, p.386-421

FILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Org.). O regime democrático e a questão da corrupção política. São Paulo: Atlas, 2004

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

GLAESER, Edward L. e SAKS, Raven E.. Corruption In America. Working Paper 10821. Nber Working Paper Series. National Bureau Of Economic Research Cambridge, September 2004. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w10821>>. Acesso em 11 de março de 2014

GOMES, Márcia Patrícia Pereira. Ação Popular enquanto controle dos atos lesivos ao patrimônio público: o monitoramento da moralidade administrativa. 2005. Boletim Jurídico. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1783>>. Acesso em 17 maio 2010

HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional. 27 ed. Barueri: Manole, 2005. Tradução de Carlos Souza.

HAYEK, Friedrich A. Os Fundamentos da Liberdade. São Paulo: Visão, 1983. Supervisão e introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle

HERÓDOTO. História. São Paulo: Ebooksbrasil, 2006. Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher (1726–1812) - Fontes digitais desta edição: Digitalização do

livro em papel. Volumes XXIII e XXIV. Versão para o português de J. Brito Broca. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/historiaherodoto.pdf>>. Acesso em 28 de setembro de 2014

IORIO, Ubiratan Jorge. A questão do conhecimento na escola austríaca. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em <<http://www.mises.org.br> em 08 de novembro de 2010>. Acesso em 08 novembro 2010

KASSAB, Pedro. Culturalismo: A educação Paulista e sua academia. Manole. Barueri, 2004

KELSEN, Hans. A Democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti

_____ Teoria Geral do Direito e do Estado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000

_____ Teoria Pura do Direito. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. Tradução João Baptista Machado; preparação do original Márcio Della Rosa

KOCHAN, Nick e GOODYAR, Robin. Corruption [Formato eletrônico]. The New Corporate Challenge. Palgrave Macmillan, 2001

KUNICOVA, Jana e ROSE-ACKERMAN, Susan. Electoral Rules As Constraints On Corruption: The Risks Of Closed-List Proportional Representation, 2001

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. Tradução de José Lamego

LARMOUR, Peter. A Short Introduction to Corruption and Anti Corruption. CIES e-WORKING PAPER Nº 37/2007. CIES e-Working Papers (ISSN 1647-0893).

Disponível em <<http://anchorage-net.org/content/documents/cies-wp37.pdf>>.

Acesso em 21 de Janeiro de 2014

LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de Roberto Franco

LIMA, Jayme de Magalhães. A Democracia: Estudo sobre o governo representativo [Formato eletrônico]. Porto: Porto, 1988

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Ficha limpa e o STF. Gazeta de São João del-Rei, edição de 30.04.2011. Disponível em <<http://saojoaodelreitransparente.com.br/works/view/840>>. Acesso em 15 de outubro de 2013

LOBACZEWSKI, Andrew. Ponerologia: Psicopatas no Poder. 1ª edição. CEDTE. Campinas, 2014

LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Petrópolis: Vozes. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa

LODI, Lucia Helena e ARAÚJO, Ulisses F. Ética, cidadania e educação. In Ética e Cidadania: Construindo Valores na Escola e na Sociedade. Ministério da Educação. Brasília-DF, 2007

LOPES, Paulo Roberto Martinez. A Conduta Ética Na Administração Pública. Secretário-Executivo Comissão de Ética do DNIT Brasília – DF. Disponível em <<http://www.dnit.gov.br/institucional/comissao-de-etica/artigos-e-publicacoes/artigos-sobre-etica/A%20CONDUTA%20ETICA%20NA%20ADMINISTRACaO%20PUBLICA.pdf>>. Acesso em 13 de julho de 2014

MACMULLEN, Ramsay. Corruption and the decline of Rome. New York: Vail-ballou Press, 1928

MADISON, James. O Federalista n.º 51- A Estrutura do Governo deve Fornecer os Freios e Contrapesos (Checks and balances) Adequados entre os Diversos Departamentos. Nova York, 1788

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). In Revista Controle. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorrupcao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>. Acesso em 14 de abril de 2013

MAGATTI, Mauro. Corruzione Politica e Società Italiana. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1996

MAQUIAVEL. Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio. Tradução de Sérgio Bath. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008

MARLBURG, R. Carre de. Teoria General del Estado. Versão espanhola de José Lion Depetre, Pácono, México, Fondo de Cultura Económica

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). Tratado de Direito Constitucional 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Conheça a Constituição: Comentários à Constituição Brasileira. Barueri: Manole, 2005

_____. Separação de Poderes no Brasil. Brasília: PrND/IASP, 1985

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MEMOLI, Vincenzo e PELLEGATA, Alessandro. Electoral systems, corruption and satisfaction with democracy. Paper presented at the XXVII Annual Conference of the Italian Political Science Association, University of Florence, 12-14 September 2013

MENDES, Annita Valleria Calmon e ANDRADE JÚNIOR, Hermes. Administração pública federal: a percepção de servidores sobre a ética. Acta Scientiarum. Human and Social Sciences. Maringá, v. 32, n. 2. P. 11-125, 2010

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MENDES, Marcos. A Lei de Inelegibilidade e a redução da corrupção. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Textos para discussão nº 26 Brasília, 2005

MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Claudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013

MIRANDA, Jorge (org). Textos Históricos do Direito Constitucional. Estudos Portugueses. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

MONTESQUIEU. O espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 1994. Tradução de Pedro Vieira Mota

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal da moralidade e probidade administrativas. Tese 9. I Congresso do Patrimônio Público e Social. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico>. Acesso em 09 de março de 2014

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Pressupostos de inelegibilidade em razão de maus antecedentes do candidato: a questão da improbidade administrativa. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, p. -, jul. 2008

NOLAN, Lord . Normas de conduta para a vida pública. Tradução de standards in public life. London: HMSO, 1995

OLIVEIRA, Elaine Cristina de, e GONÇALVES, João Fábio. A efetividade dos direitos à saúde e à educação como garantia do mínimo existencial. In II Colóquio de Pesquisa: 2011. Osasco, EDIFIEO, 2012

OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

Para advogada, lei anticorrupção importará em mudança da cultura empresarial. Migalhas. Segunda- feira, 5 de agosto de 2013. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183728,91041Para+advogada+lei+anticorruptao+importara+em+mudanca+da+cultura>>. Acesso em 13 de dezembro de 2014

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009

_____. Princípios Constitucionais reguladores da administração pública: Agentes públicos - Discricionariedade Administrativa. Extensão da

Atuação do Ministério Público e Controle do Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 2000

_____. Eleições Municipais 2008. São Paulo: Atlas, 2008

PERSSE, Torsten; TABELLINI, Guido e TREBBI, Francesco, 2003. Electoral Rules and Corruption. First version: May 2000

Final revision: January 2003. Disponível em <<http://people.su.se/~tpers/papers/pttjan03.pdf>> Acesso em 15 de março de 2014

_____. Electoral Rules and Corruption. Journal of the European Economic Association, MIT Press, vol. 1(4), pages 958-989. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w8154.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2014

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004

POIER, Klaus. Austria. In Elections in Europe. A Data Handbook. Baden-Baden: Nomos, 2011

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. (Coord.), RIGHETTI, Sabine (Org.). Direito à Educação: Aspectos Constitucionais. São Paulo: EdUSP, 2009

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995

REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Edson de Reseno de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Org.). Ficha Limpa: Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010

REVISTA CIENTÍFICA VIRTUAL. São Paulo: Esa, n. 14, Outono, 2013. Trimestral. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/Revistas.aspx>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2014

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Cade confirma acordo de leniência com Siemens. 17 de agosto de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-17/cade-dispensa-sigilo-confirma-acordo-leniencia-siemens>> Acesso em 5 de Janeiro de 2014

REYNOLDS, Andrew; REILLY, Bem e ELLIS, Andrew. Concepção de Sistemas Eleitorais. Uma visão geral do Novo Guia do International IDEA – Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral. Disponível em <<http://www.idea.int/publications/esd/upload/ESD%20all-low%20res.pdf>>. Acesso em 18 de março de 2014

RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

ROMANO, Roberto; MACEDO, Roberto; e SILVA, Aída Maria Monteiro. Educação para a cidadania: solução ou Sonho Impossível? In LERNER, Julio (Coord.). Cidadania, Verso e Reverso. São Paulo. Imprensa Oficial do Estado, 1997/1998

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Tradução de Lourdes Santos Machado

SANTOS, Homero dos. Corrupção e controle. Revista do Tribunal de Contas da União. v.29. n.75. Brasília, 1998

SÃO PAULO. Lei Orgânica do Município de São Paulo. Promulgada em 04 de abril de 1990 e publicada no DOM de 06 de abril de 1990. Disponível em <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/educacao/cme/legislacao/index.php?p=439>>

SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: Vol I – O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo

_____. A Teoria da Democracia Revisitada: Vol II – As questões clássicas. São Paulo: Ática, 1994. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo

SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitucion. Madrid: Alianza Editorial, 2003. Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo, Versión española de Francisco Ayala

SENADO FEDERAL. PEC - Proposta de Emenda à Constituição, nº 30 de 2010 PEC da Ficha Limpa no Serviço Público. 28 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=98450>

SENADO FEDERAL. PEC - Proposta de Emenda à Constituição, nº 6 de 2012. PEC da Ficha Limpa no Serviço Público. 28 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104348>

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

SKINNER, Quentin. As fundações do Pensamento Político Moderno. Tradução: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Cia das Letras, 1996

SOUZA, José Soriano de. Princípios Geraes de Direito Público e Constitucional. Recife: Casa Editora, 1893.

STOLEN ASSET RECOVERY INITIATIVE (Ed.). Public Office, Private Interests: Accountability through income and asset disclosure. Washington: International Bank For Reconstruction And Development, 2012

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Repertório de Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília: Secretaria de

Documentação, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em 29 de agosto de 2013

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29. Acórdão publicado em 29/06/2012. Ata nº 101/2012. DJE nº 127, divulgado em 28/06/2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30. Acórdão publicado em 29/06/2012 - Ata nº 101/2012. DJE nº 127, divulgado em 28/06/2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repertório de Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>

TAVARES, José Antônio Giusti (Org.). O Sistema Partidário na Consolidação da Democracia Brasileira. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003

TAVARES, José Antonio Giusti. Representação política e governo: J F de Assis Brasil dialogando com os pósteros. Canoas: Ulbra, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Livro II. Sentimentos e opiniões. De uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução Eduardo Brandão

_____. A Democracia na América: Livro I. Leis e costumes. De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia François Furet.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Álvaro Theodor Herman Salem (Org.). Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. São Paulo: Ield, 2014

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption International Index. Disponível em <<http://www.transparency.org/research/cpi/overview>> Acesso em 23 de janeiro de 2013 e 10 de dezembro de 2014

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repertório de Jurisprudência. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGREA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

VERARDI, Vincenzo. Electoral Systems and Corruption. Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico versión impresa ISSN 2074-4706 rld n.3 La Paz, 2004

VIEIRA, Luiz Sergio Gadelha. O futuro dos Tribunais de Contas. 2008. Disponível em

<http://www.controlepublico.org.br/files/artigos_tecnicos/o_futuro_dos_tcs.pdf>.

Acesso em 12 setembro de 2008

VOITCH, Guilherme. Não se faz obra pública no Brasil sem acerto, diz advogado de lobista. Folha de São Paulo, 19 de novembro de 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1550471-nao-se-faz-obra-publica-no-brasil-sem-acerto-diz-advogado-de-lobista.shtml>>. Acesso em 2 de dezembro de 2014

VON MISES, Ludwig. The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on method. New Jersey: D. van Nostrand Company, 1962

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 25 de outubro de 2013

ANEXOS

Tabela 1 – Índice de Percepção da Corrupção - 2014

Rank do país	País / território	Código WB	Região	Rank do país	Pontuação de 2014 CPI
1	Dinamarca	DNK	UE	1	92
2	Nova Zelândia	NZL	AP	2	91
3	Finlândia	FIN	UE	3	89
4	Suécia	SWE	UE	4	87
5	Noruega	NEM	UE	5	86
5	Suíça	CHE	UE	5	86
7	Cingapura	PEC	AP	7	84
8	Países Baixos	NID	UE	8	83
9	Luxemburgo	LUX	UE	9	82
10	Canadá	PODE	AM	10	81
11	Austrália	AUS	AP	11	80
12	Alemanha	DEU	UE	12	79
12	Islândia	ISL	UE	12	79
14	Reino Unido	GBR	UE	14	78
15	Bélgica	BEL	UE	15	76
15	Japão	JPN	AP	15	76
17	Barbados	BRB	AM	17	74
17	Hong Kong	HKG	AP	17	74
17	Irlanda	IRL	UE	17	74
17	Estados Unidos	ESTADOS	AM	17	74
21	Chile	CHL	AM	21	73
21	Uruguai	URY	AM	21	73
23	Áustria	AUT	UE	23	72
24	Bahamas	BHS	AM	24	71
25	Emirados Árabes Unidos	SÃO	ME	25	70
26	Estônia	EST	UE	26	69
26	França	FRA	UE	26	69
26	Catar	KHAT	ME	26	69
29	Saint Vincent e as Granadinas	VCT	AM	29	67
30	Butão	BTN	AP	30	65
31	Botswana	BWA	AF	31	63
31	Chipre	CYP	UE	31	63
31	Portugal	PRT	UE	31	63
31	Porto Rico	PRI	AM	31	63

Rank do país	País / território	Código WB	Região	Rank do país	Pontuação de 2014 CPI
35	Polônia	POL	UE	35	61
35	Taiwan	TWN	AP	35	61
37	Israel	ISR	ME	37	60
37	Espanha	ESP	UE	37	60
39	Dominica	DMA	AM	39	58
39	Lituânia	LTU	UE	39	58
39	Eslovênia	SVN	UE	39	58
42	Cabo Verde	CPV	AF	42	57
43	Coreia (Sul)	KOR	AP	43	55
43	Letônia	LVA	UE	43	55
43	Malta	MIT	UE	43	55
43	Seychelles	SYC	AF	43	55
47	Costa Rica	CRI	AM	47	54
47	Hungria	HUN	UE	47	54
47	Maurício	MUS	AF	47	54
50	Geórgia	GEO	EE	50	52
50	Malásia	MYS	AP	50	52
50	Samoa	WSM	AP	50	52
53	República Tcheca	CZE	UE	53	51
54	Eslováquia	SVK	UE	54	50
55	Bahrein	BHR	ME	55	49
55	Jordânia	JOR	ME	55	49
55	Lesoto	LSO	AF	55	49
55	Namíbia	NAM	AF	55	49
55	Ruanda	RWA	AF	55	49
55	Arábia Saudita	SAU	ME	55	49
61	Croácia	VFC	UE	61	48
61	Gana	GHA	AF	61	48
63	Cuba	FILHOTE	AM	63	46
64	Omã	OMN	ME	64	45
64	A ARJ da Macedônia	MKD	EE	64	45
64	Turquia	TUR	EE	64	45
67	Kuaite	KWT	ME	67	44
67	África do Sul	ZAGO	AF	67	44
69	Brasil	SUTIA	AM	69	43
69	Bulgária	BGR	UE	69	43
69	Grécia	GRC	UE	69	43
69	Itália	ITA	UE	69	43
69	Romênia	ROM	UE	69	43
69	Senegal	SEN	AF	69	43

Rank do país	País / território	Código WB	Região	Rank do país	Pontuação de 2014 CPI
69	Suazilândia	SWZ	AF	69	43
76	Montenegro	MON	EE	76	42
76	São Tomé e Príncipe	STP	AF	76	42
78	Sérvia e Montenegro	SCG	EE	78	41
79	Tunísia	TUN	ME	79	40
80	Benin	BEN	AF	80	39
80	Bósnia e Herzegovina	BÓSNIA E	EE	80	39
80	El Salvador	SLV	AM	80	39
80	Mongólia	MNG	AP	80	39
80	Marrocos	MAR	ME	80	39
85	Burkina Faso	BFA	AF	85	38
85	Índia	IND	AP	85	38
85	Jamaica	JAM	AM	85	38
85	Peru	POR	AM	85	38
85	Filipinas	PHL	AP	85	38
85	Sri Lanka	LKA	AP	85	38
85	Tailândia	THA	AP	85	38
85	Trinidad e Tobago	TTO	AM	85	38
85	Zâmbia	ZMB	AF	85	38
94	Armênia	BRAÇO	EE	94	37
94	Colômbia	COL	AM	94	37
94	Egito	EGY	ME	94	37
94	Gabão	GAB	AF	94	37
94	Libéria	KB5	AF	94	37
94	Panamá	PAN	AM	94	37
100	Argélia	DZA	ME	100	36
100	China	CHN	AP	100	36
100	Suriname	SUR	AM	100	36
103	Bolívia	BOL	AM	103	35
103	México	MEX	AM	103	35
103	Moldávia	MDA	EE	103	35
103	Níger	NER	AF	103	35
107	Argentina	ARG	AM	107	34
107	Djibouti	DJI	AF	107	34
107	Indonésia	IDN	AP	107	34
110	Albânia	ALB	EE	110	33
110	Equador	ECU	AM	110	33
110	Etiópia	ETH	AF	110	33
110	Kosovo	LWI	EE	110	33

Rank do país	País / território	Código WB	Região	Rank do país	Pontuação de 2014 CPI
110	Malawi	MWI	AF	110	33
115	Côte d'Ivoire	CIV	AF	115	32
115	República Dominicana	DOM	AM	115	32
115	Guatemala	GTM	AM	115	32
115	Mali	MLI	AF	115	32
119	Belarus	BLR	EE	119	31
119	Moçambique	MOZ	AF	119	31
119	Serra Leoa	SLE	AF	119	31
119	Tanzânia	TZA	AF	119	31
119	Vietname	VNM	AP	119	31
124	Guiana	CARA	AM	124	30
124	Mauritânia	MRT	AF	124	30
126	Azerbaijão	AZE	EE	126	29
126	Gâmbia	GMB	AF	126	29
126	Honduras	HND	AM	126	29
126	Cazaquistão	KAZ	EE	126	29
126	Nepal	NPL	AP	126	29
126	Paquistão	PAK	AP	126	29
126	Togo	TGO	AF	126	29
133	Madagascar	MDG	AF	133	28
133	Nicarágua	NIC	AM	133	28
133	Timor-Leste	TLS	AP	133	28
136	Camarões	CMR	AF	136	27
136	Irã	IRN	ME	136	27
136	Quirguistão	KGZ	EE	136	27
136	Líbano	LBN	ME	136	27
136	Nigéria	NGA	AF	136	27
136	Rússia	RUS	EE	136	27
142	Comores	COM	AF	142	26
142	Uganda	UGA	AF	142	26
142	Ucrânia	UKR	EE	142	26
145	Bangladesh	BGD	AP	145	25
145	Guiné	GIM	AF	145	25
145	Quênia	KEN	AF	145	25
145	Laos	LAO	AP	145	25
145	Papua-Nova Guiné	PNG	AP	145	25
150	República Centro-Africana	CAF	AF	150	24
150	Paraguai	PRY	AM	150	24
152	República Democrática do Congo	COG	AF	152	23

Rank do país	País / território	Código WB	Região	Rank do país	Pontuação de 2014 CPI
152	Tajiquistão	TJK	EE	152	23
154	Chad	TCD	AF	154	22
154	República Democrática do Congo	BACALHA	AF	154	22
156	Camboja	KHM	AP	156	21
156	Myanmar	MMR	AP	156	21
156	Zimbábue	RIVALDO	AF	156	21
159	Burundi	BDI	AF	159	20
159	Síria	SYR	ME	159	20
161	Angola	HÁ	AF	161	19
161	Guiné-Bissau	GNB	AF	161	19
161	Haiti	HTI	AM	161	19
161	Venezuela	VEN	AM	161	19
161	Ilêmen	KETHELEN	ME	161	19
166	Eritreia	ERI	AF	166	18
166	Líbia	LBY	ME	166	18
166	Uzbequistão	UZB	EE	166	18
169	Turcomenistão	TKM	EE	169	17
170	Iraque	IRQ	ME	170	16
171	Sudão do Sul	SSD	AF	171	15
172	Afeganistão	AFG	AP	172	12
173	Sudão	SDN	ME	173	11
174	Coreia (Norte)	PRK	AP	174	8
174	Somália	SOM	AF	174	8

Transparência Internacional - *Corruption Perception Index* 2014 – Dados disponibilizados em dezembro de 2014

Tabela 2 – Empresas multadas pela FCPA⁴⁵⁵.

Empresa	Multa (dólares)	Ano
Siemens	\$ 800 milhões	2008
KBR / Halliburton	\$ 579 milhões	2009
BAE	\$ 400 milhões	2010
Total S.A.	\$ 398 milhões	2013
Alcoa	\$ 384 milhões	2014
Snamprogetti Netherlands B.V. / ENI S.p.A	\$ 365 milhões	2010
Technip S.A.	\$ 338 milhões	2008
JGC Corporation	\$ 218,8 milhões	2011
Daimler AG	\$ 185 milhões	2010
Weatherford International	\$ 152,6 milhões	2010

⁴⁵⁵

Fonte: <http://www.fcpablog.com/blog/2014/1/10/alcoa-lands-5th-on-our-top-ten-list.html#sthash.jz0Mtqgb.dpuf>

Tabela 3 – Regulamentação da Lei Anticorrupção pelos Estados⁴⁵⁶

REGULAMENTAÇÃO DA LEI 12.846 NOS ESTADOS		
UF	Tem projeto?	Andamento
AC	Não	Aguarda decreto federal
AL	Não	Aguarda decreto federal
AM	Não	Sem previsão
AP	Sim	Regulamenta em fevereiro
CE	Não	Aguarda decreto federal
DF	Sim	Discute projeto
ES	Sim	Discute projeto
GO	Não	Análise inicial
MA	Não	Aguarda decreto federal
MG	Sim	Discute projeto
MS	Sim	Discute projeto
PA	Sim	Discute projeto
PE	Sim	Discute projeto
PI	Não	Análise inicial
PR	Sim	Regulamenta nos próximos dias
RJ	Sim	Discute projeto
RN	Não	Análise inicial
RS	Sim	Regulamenta até 29 de janeiro
SC	Não	Aguarda decreto federal
SE	Não	Aguarda decreto federal
SP	Sim	Discute projeto
TO	-	Já regulamentou
Não responderam: BA, MT, PB, RO e RR		

⁴⁵⁶ Fonte: *Levantamento do UOL*