

Igor Sant'Anna Tamasauskas

A CORRUPÇÃO POLÍTICA: HIPÓTESE DE SOBRECARGA DOS INSTRUMENTOS
JURÍDICOS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal

Faculdade de Direito, USP

São Paulo, 2017

Igor Sant'Anna Tamasauskas

A CORRUPÇÃO POLÍTICA: HIPÓTESE DE SOBRECARGA DOS INSTRUMENTOS
JURÍDICOS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal.

Faculdade de Direito, USP

São Paulo, 2017

Nome: TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna

Título: A corrupção política: hipótese de sobrecarga dos instrumentos jurídicos de responsabilização por atos de corrupção no Brasil

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A decisão de retornar às Arcadas, aos estudos, somente foi possível pelo estímulo e apoio de minha esposa, minha Linda Lucimar. A ela, e a nossos filhos, Henrique e Isabela, agradeço toda a paciência e compreensão nesses tempos de aluno novamente.

Agradeço ao meu orientador e amigo (ou melhor, amigo orientador), Sebastião Tojal, que me ajudou a identificar o caminho deste trabalho, em meio a tantos estímulos que surgiram ao longo de sua concepção.

A Pierpaolo Bottini, meu sócio e amigo, pelo exemplo de dedicação acadêmica e profissional.

Não poderia deixar de mencionar meus pais, Arthur e Mônica, que sempre lutaram por uma educação de qualidade para os seus três filhos.

RESUMO

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *A corrupção política: hipótese de sobrecarga dos instrumentos jurídicos de responsabilização por atos de corrupção no Brasil*. 117 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Este trabalho analisa como a ausência de uma efetiva responsabilidade política no Brasil desequilibra os instrumentos jurídicos de responsabilização dos acusados por ato de corrupção. Em um ambiente de corrupção política, os instrumentos democráticos de controle da atuação de representantes políticos deixam de ser exercidos efetivamente, seja por captura, corporativismo ou mesmo imaturidade institucional. Esse vácuo acaba sendo preenchido pelos expedientes jurídico-sancionatórios de responsabilidade, o que acarreta, na maioria das vezes, severas restrições a direitos e garantias individuais e, por consequência, à própria democracia e ao Estado de Direito. Entende-se que o direito deva regular essa inefetividade da responsabilidade política, mediante expedientes próprios, dissociados da responsabilidade jurídico-sancionatória, resgatando elementos democráticos para o adequado enfrentamento da corrupção política.

ABSTRACT

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *A corrupção política: hipótese de sobrecarga dos instrumentos jurídicos de responsabilização por atos de corrupção no Brasil*. 117 p. Master's Degree Thesis – Law School, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

This paper analyses the fact that the lack of an effective political liability in Brazil leads to an unbalance to the legal liability mechanisms for those accused of corruption acts. In a political corruption environment, the democratic mechanisms for controlling acts of political agents are not effectively exercised, whether due to capture, corporatism, or even institutional immaturity. This void is filled by legal and litigation mechanisms of liability, often resulting in severe restrictions on individual rights and guarantees and even to democracy itself and the Rule of Law. This paper sustain that the law should regulate such ineffectiveness of the political liability by means of its own mechanisms, unrelated to the legal and litigation mechanisms of liability, by imposing the democratic elements to face political corruption in a proper manner.

Índice

1. Introdução.....	10
2. Justificativa e delimitação do objeto do estudo.....	14
3. A importância do enfrentamento da corrupção para o exercício da representação política.....	16
3.1. Corrupção administrativa.....	24
3.2. Corrupção política.....	29
3.3. Contexto internacional sobre a prevenção do ato de corrupção.....	33
3.4. Desafios inerentes ao combate à corrupção.....	38
4. Elementos políticos para o enfrentamento do ato de corrupção: a <i>responsabilidade política</i>	42
4.1. Elementos e características de uma <i>responsabilidade política</i>	44
4.2. Transparência como resultado da <i>responsabilidade política</i>	51
4.3. Contexto não jurídico de atuação.....	53
4.4. Vícios da <i>responsabilidade política</i> no contexto brasileiro.....	55
4.5. Estudo de caso.....	59
5. Elementos jurídicos para o enfrentamento da corrupção (administrativo, processual civil e criminal).....	62

5.1. Microsistema processual de defesa da moralidade.....	62
5.1.1 Ação popular e reparação do <i>status quo</i>	65
5.1.2. Ação civil pública.....	69
5.1.3. Ação de improbidade administrativa.....	71
5.2. Lei Anticorrupção.....	73
5.3. Outros processos administrativos sancionatórios.....	77
5.4. Notas sobre a persecução criminal do ato de corrupção <i>latu sensu</i>	78
5.5. Disposições comuns ao enfrentamento jurídico do ato de corrupção.....	81
5.5.1. Garantias fundamentais e Estado Democrático de Direito.....	82
5.5.2. Garantias fundamentais como limite à ação do Estado.....	86
5.5.3. Interpretação restritiva em matéria sancionatória.....	86
5.5.4. Cláusula da ampla defesa em processos administrativos e judiciais..	88
5.5.5. A exceção da responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção.....	89
5.6. Estudo de caso.....	91
6. A corrupção política: hipótese de sobrecarga dos instrumentos jurídicos de responsabilização por atos de corrupção no Brasil.....	96
6.1. Alternativas para lidar com o problema de <i>lege lata</i>	101

6.2. Alternativas para lidar com o problema de <i>lege ferenda</i>	104
7. Conclusões.....	106
8. Bibliografia.....	108

1. INTRODUÇÃO

O enfrentamento da corrupção que envolva ações do Estado suscita paixões e coloca inúmeros desafios para o intérprete, para a sociedade e, por que não, para o próprio Direito e para a Democracia.

Ao se posicionarem nas entranhas do Estado, corruptos buscam se esconder da ação dos órgãos de controle, reinventando métodos de escamoteamento e sofisticando formas de abusos de posições de autoridade em favor de ganhos privados ilícitos. Para se contrapor a essa característica, há a constante necessidade de aprimoramento da legislação, de modelos de investigação, ou, de um modo geral, de enfrentamento do problema.

Além desses desafios inerentes ao seu combate, a corrupção coloca em xeque a atuação do Estado, ao lançar sombras acerca da motivação de atos administrativos e também sobre atos legislativos e decisões judiciais, deslegitimando o ideal de impessoalidade, de honestidade, de moralidade, enfim, dos preceitos que devem sobrepairar às ações públicas.

Não bastasse, trata-se de temática recorrentemente utilizada como discurso político, pelo seu potencial mobilizador e pelo desgaste simbólico na imagem de adversários, no mais das vezes a contaminar a discussão técnica pelas paixões partidárias e eleitorais.

Basicamente, a corrupção no Estado pode ser de duas naturezas: a corrupção meramente administrativa, deflagrada a partir de tarefas mais corriqueiras de órgãos públicos e que, regra geral, não ultrapassam a esfera do beneficiário (ou beneficiários) do ato ilícito; e a corrupção política ou sistêmica, mediante a conjugação da atuação ilícita com o exercício do poder político, como forma de obtenção de ganhos ilegítimos aliada à efetiva ou potencial manietação dos instrumentos de controle, retroalimentando o esquema de dominação de espaços de poder.

É justamente no enfrentamento da corrupção política que residem as maiores dificuldades tanto acerca da eficácia persecução judicial dos infratores, quanto sob a ótica das garantias fundamentais do acusado. Ao envolver os altos escalões do Estado, essa persecução invariavelmente contamina-se com discussões políticas, estressando o processo judicial (ou mesmo administrativo), cuja vocação, para dizer o menos, é incompatível com a abertura do discurso político.

Como aponta GISBERT (2013, p. 65), o indivíduo investido de poderes políticos possui uma relação peculiar com o direito, pois atua na qualidade de agente fiduciário ou *trustee* da sociedade. Enquanto todos estão submetidos ao princípio da presunção de

inocência, o agente político, justamente por exercer cargo de relevo no Estado, submete-se a permanente escrutínio público, razão pela qual deve render provas constantes de sua condição para continuar atuando. Sob a perspectiva política, não se pode simplesmente aguardar que esses agentes prestem contas à sociedade somente depois de uma longa e exaustiva tramitação judicial.

Não nos parece, todavia, que essa relação peculiar do agente político com o direito autorize o esgarçamento de suas garantias individuais durante o processo de responsabilização jurídica pela prática de atos ilícitos.

Emerge, portanto, a necessidade de tratamento não apenas da persecução do ilícito pelas vias administrativa ou judicial (criminal ou de improbidade); há que se estabelecer e, ou, reforçar mecanismos de *responsabilização política* para tais casos, em ordem a que, tanto quanto possível, esses temas passem a ser tratados cada qual em sua esfera própria, com seus códigos de linguagem específicos, de modo a preservar a vocação natural respectiva. Ademais disso: os tempos de resposta são completamente distintos, ainda mais num contexto de imediatidade de comunicação social, a exigir uma pronta solução para a faceta política do problema.

Como anota LOMBA (2008, p. 56), *o que separa um procedimento político de um procedimento criminal¹ é o elevado grau de incerteza e flexibilidade do primeiro em oposição à estrutura faseada e linear do processo jurídico*. Adiante, conclui que qualquer procedimento envolvendo *ministros* gera, ao mesmo tempo, um processo político paralelo.

O presente trabalho objetiva estudar como a ausência de uma responsabilidade política mais efetiva impacta negativamente o processo jurídico de responsabilização em nosso país. Nesse conspecto, a utilização de elementos jurídicos – notadamente a presunção de inocência – como escusa para elidir a responsabilidade política, alimenta sensação de impunidade e deslegitima instituições relacionadas ao desenvolvimento da política. Como consequência, à responsabilização jurídica – processos administrativos e judiciais – ficam carregadas atribuições para além de sua vocação, como dar respostas políticas, em evidente estresse das garantias inerentes a esses expedientes.

Há que se buscar uma justa medida de equilíbrio para esses institutos. No Brasil, há estruturas voltadas exclusivamente para a responsabilização política, por exemplo, as comissões de ética (vinculadas ao executivo ou internas ao parlamento). Existem, ainda,

¹ Esse raciocínio vale para os procedimentos sancionatórios da Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo.

estruturas que funcionam de forma híbrida, v.g., a justiça eleitoral, que operam com código eminentemente jurídico, regulando o acesso ao mundo político-eleitoral. E, por fim, mecanismos que, embora não sejam exclusivamente relacionados ao mundo político ou que regulem o acesso a cargos eletivos, são vocacionados ao sancionamento e, como consequência da sanção, também carregam aos apenados efeitos impeditivos do exercício de determinados cargos públicos.

Como um exemplo interessante sobre como se poderia cogitar do equilíbrio entre o processo político e o processo jurídico, cita-se o caso do então Ministro da Casa Civil, Henrique Hargreaves, que optou voluntariamente por se afastar de suas funções enquanto perduraram investigações sobre um possível envolvimento em caso de corrupção². Conquanto tal solução tenha dependido de um gesto de desapego, além de não haver imposição legal, hipóteses como tais propiciam que as tensões políticas, tanto quanto possível, fiquem à margem do processo jurídico e não lhe deformem as garantias inerentes para açambarcar aspectos para os quais não é vocacionado.

Trata-se, sem dúvida, de tarefa delicada: é papel do sistema político criar e regular estruturas para o seu próprio funcionamento. Um sistema político contaminado pela corrupção tende a criar regras que, senão diretamente autoprotetivas, ao menos dificultam a persecução de atos ilícitos. E os apanhados em atos de corrupção, ao utilizar, regra geral, de um discurso de respeito à ordem jurídica, acabam tornando ainda mais complexa a análise do tema.

Em arremate, quando a corrupção contamina o sistema político, seus mecanismos de controle deixam de operar adequadamente e acabam se transformando em trincheiras de oposição à depuração de práticas indevidas. Com isso, sobrecarregam-se outros sistemas de controle, como aqueles destinados ao sancionamentos criminal e de improbidade, que passam a ser cobrados também a dar respostas políticas, ou seja, tarefas para além daquelas para as quais foram desenhados institucionalmente.

A chave para equacionar essas tensões, conforme abordado no presente estudo, pode residir em uma separação – tanto quanto possível – entre os juízos político e jurídico, de forma a que sejam endereçadas as responsabilidades cada qual segundo suas próprias regras. E, na hipótese de falha ou de vício na aferição da responsabilidade política, que o Direito

² Hargreaves sai ileso e deve voltar ao governo. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/1/22/caderno_especial/16.html>. Acesso em: 30.10.2017.

seja acionado para suprir, organizadamente, essa falha ou vício, mediante procedimentos próprios, diversos daqueles destinados à imposição da sanção jurídica pela prática do ilícito.

Noutro e mais claro giro: o Direito deve ser utilizado como instrumento para exigir a responsabilidade política, mas não a substituir, como vem ocorrendo, mediante o esgarçamento de garantias nos processos sancionatórios. Deve ser admitida a utilização de expedientes judiciais próprios para atuar na inércia ou no juízo negativo da responsabilidade política, ante os vícios que se destacam ao longo deste trabalho.

2. JUSTIFICATIVA E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ESTUDO

O tema corrupção está na ordem do dia das discussões políticas e jurídicas do país. Em realidade, esse sempre foi um problema da gestão pública nacional, dado nosso histórico de mau uso de recursos do erário, do poder de autoridade, do patrimonialismo e de outros desvios praticados no seio do Estado. Propostas de alterações legislativas pululam a cada denúncia envolvendo autoridades, indivíduos e empresas que interagem com os diversos órgãos governamentais.

Ora invocando dificuldade na punição de ilícitos denunciados, ora como resposta política a situações de irregularidades, ora alinhando o ordenamento nacional a tendências mundiais, sugestões de aperfeiçoamento legislativo vão se avolumando às normas já existentes para a repressão a esse tipo de desvios. Muitas vezes, essa edição desenfreada de normas não prima pela tecnicidade, criando uma pluri-incidência sobre os mesmos fatos, a exigir do intérprete enorme exercício para evitar, de um lado, que o ato ilícito escape impune, e, por outro e igualmente indesejável, que se imponha ao acusado o desrespeito a direitos básicos, construídos ao longo da história do desenvolvimento do Estado.

É importante não perder de vista, dessarte, as garantias que a Constituição impõe para a validade de um processo de apenamento jurídico. Não se pode imaginar um sistema punitivo – ainda que fora do âmbito criminal e suas formalidades rijas e características – que mitigue direitos e garantias fundamentais do acusado pelo ilícito contra a moralidade administrativa. Por mais que esse tipo de delinquência angarie repúdio da sociedade, a estrita observância dos princípios e consectários inerentes às referidas garantias fundamentais é o que assegura a estabilidade do sistema jurídico, consubstanciada na expectativa de uma punição justa do ilícito e, em geral, no respeito ao Estado Democrático de Direito.

Todavia, conquanto esse esforço legislativo reforce e reapele normas de persecução da corrupção administrativa, relegam-se a segundo plano, salvo raras exceções, instrumentos e institutos voltados para a melhoria do ambiente para o desenvolvimento sadio da política. Não se nega o avanço que houve no país nas últimas décadas; entretanto, pouco se produziu em termos de melhoria do ambiente eleitoral, a despeito de seguidas minirreformas eleitorais que, bienalmente, vêm impedindo a estabilidade do regramento das eleições, e privilegiando, no mais das vezes, quem se encontra no poder.

Nesse passo, o processo sancionatório, com suas inevitáveis formalidades constitucionais, acaba sendo chamado a dar cabo também da questão política.

Tal constatação ganha especial relevo quando se atenta que o problema em questão pode apresentar um duplo viés, tanto de enfraquecimento das garantias individuais, nos processos em que se busca a punição a qualquer custo, quanto da tentativa de elidir a responsabilização na esfera política, pela utilização de elementos jurídicos como a presunção de inocência.

Os processos jurídicos – e aqui com mais força o Direito Administrativo Sancionador – são vocacionados para a tutela da moralidade administrativa, com visão mais pontual e focada, e, justamente pela limitação de foco, são incapazes de conferir uma resposta mais adequada à faceta política do problema. De outra banda, como se apresentará ao longo do estudo, uma responsabilização política adequadamente desempenhada é o que permite uma defesa da legitimidade das instituições perante a sociedade e, por esse mesmo motivo, da própria democracia.

O presente estudo dedica-se a analisar duas premissas iniciais quanto ao desequilíbrio decorrente da corrupção que envolve o mundo político, bem como possíveis soluções para recalibragem dos sistemas de responsabilização. A primeira dessas premissas tenciona indicar se a responsabilidade política no país vem ou não sendo exercida de forma adequada, e, na hipótese de inadequação, quais as suas causas prováveis. A segunda, como consequência da primeira, pretende identificar se outros instrumentos de responsabilização – para os fins desse estudo, *instrumentos jurídicos* – estão sendo desvirtuados para prover também as respostas políticas aos ilícitos em questão.

Por fim, buscar-se-á inferir caminhos para que as instituições possam apresentar-se minimamente aparelhadas para o adequado enfrentamento da corrupção política.

3. A IMPORTÂNCIA DO ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

O enfrentamento da corrupção de forma adequada encontra-se intimamente ligado à regularidade no exercício da representação política.

Esse enfrentamento pode ocorrer no plano político-eleitoral, mediante confrontações e exposições de situações de conflitos de interesses, irregularidades ou mesmo ilícitos, com a finalidade de que sejam aferidas e julgadas as condutas, pelos cidadãos, ao longo dos processos eleitorais. Pode, ademais, ocorrer no âmbito de parlamentos e órgãos de controle ético, mediante institutos e mecanismos destinados à efetivação e à aferição da responsabilidade política, quando a deflagração do processo respectivo ocorrer em momento diverso do eleitoral. Outrossim, pode ocorrer mediante processo de responsabilização jurídica pela prática do ato ilícito – quer seja no âmbito da jurisdição criminal, quer no plano administrativo, quer no bojo de uma ação civil para reparação de danos ou de improbidade.

Em todas essas hipóteses, o que se busca é zelar pelo conceito vago e aberto da moralidade administrativa e, em última análise, da própria democracia, cuja preservação conduz à regular atuação daqueles indivíduos investidos do poder de representar politicamente os demais cidadãos.

O princípio da moralidade, um dos pressupostos de todo ato emanado pelo poder público, confere ao cidadão, como titular de um *interesse geral*, o direito a uma boa administração, exercida sem máculas de ilegalidade, de pessoalidade, de opacidade e de ineficiência, que podem acobertar interesses escusos em desfavor do erário ou mesmo de poderes que o Estado detém para perseguir o interesse geral.

Do agente político, como exercente da soberania do Estado, e alçado a seu cargo ou mediante processo eletivo, ou mediante nomeação simples (assessoramento ou direção) ou complexa (v.g., nomeação para Tribunais Superiores), ou, ainda, por investidura após concurso público (caso, v.g., de juízes e do *parquet*), espera-se que atue sempre segundo expressa limitação legal e constitucional, desvestido de paixões, desejos e intenções senão aqueles vinculados ao estrito cumprimento dos seus deveres incumbentes.

Todavia, a definição do que seja atuar segundo seus deveres incumbentes, ou seja, dentre diversos outros, seguir os preceitos da moralidade administrativa durante o exercício de misteres públicos, não é tarefa das mais fáceis, justamente por não se limitar ao cumprimento, por exemplo, de preceitos legais expressos. Não se cogita, por suposto, que

todo o regramento comportamental esperado de um agente público venha rigidamente descrito em diplomas legais, limitando a ação do agente ao cumprimento de um conjunto de normas predeterminadas.

A uma, porque tal minúcia seria impossível de se realizar na prática. A duas, e com mais razão, porque a marcha dos tempos impõe mudanças de expectativas e de condutas frente a novos desafios que a história exige. A três, e isso é visto com mais frequência nas municipalidades, bastaria criar a barreira legal para amparar condutas ímprobas em ordem a proteger o mau exercício dos misteres públicos (porque pretensamente amparado no princípio da legalidade), situação que configura um contrassenso, por óbvio.

Como, então, estabelecer um conjunto de balizas para aferir se a conduta de determinado agente se encontra ou não lastreada pela melhor expectativa do administrado?

Parece-nos que essa tarefa passa pela conjugação de um conjunto de predicados objetivos e subjetivos, consistentes os primeiros na persecução do *interesse público*, do *bem comum* – conceitos também vagos, infelizmente. Todavia, a evolução institucional e da cultura política permite aferir, com algum grau de objetividade, o que venha a se configurar *bem comum*, ou, com maior clareza, o que, *efetivamente*, não é *bem comum*. Assim, o desempenho de uma atividade administrativa (ou judicial ou legislativa) que venha a contrariar esse senso acerca do *bem comum* poderá ser identificada com maior ou menor grau de clareza. E, mais: esse juízo acerca do que venha a se configurar *bem comum* varia conforme o tempo; evolui, justamente por se tratar de matéria sujeita à valoração, modificando-se segundo a evolução da sociedade.

O poder talhado institucionalmente para esse tipo de aferição deveria ser o legislativo, posto que formatado para estar conectado mais diretamente com a cidadania e, com isso, receber os impulsos necessários à sintonia fina inerente ao exercício do controle político, àquilo que a sociedade compreenda ser, no dado momento analisado, o seu real interesse. E, quando fosse o caso, promover as alterações legislativas para a atuação dos atores responsáveis pela utilização dos instrumentos jurídicos de responsabilização.

Todavia, por motivos que se apresentarão ao longo deste trabalho, esse controle político falha no Brasil. E falha também em outros países, como atesta GISBERT (2013):

El problema que aqueja a muchas de las modernas sociedades democráticas es que progresivamente se ha ido abandonado el proceso de exigencia de la responsabilidad política de los gobernantes en general y en particular el relativo a la exigencia de ese respeto cualificado del derecho. (p. 67)

O abandono da responsabilidade política, que será retomado no capítulo 4, é bastante danoso e possui na corrupção um dos principais fatores de alheamento desse tipo de controle. Por um lado, porque a corrupção deslegitima o próprio parlamento enquanto instância de controle; de outro, porque coloca esse poder como objeto de cooptações e enlacs indevidos, justamente por enfeixar, dentre suas atribuições, o controle político por excelência.

A constatação da baixa legitimação no poder legislativo é apresentada em estudo de PELIZZO e STAPENHURST (2014, p.60-62): em um modelo de regressão simples a partir de dados coletados no Barômetro da Corrupção, elaborado pela Transparência Internacional, os autores relacionaram as variáveis de confiança no parlamento e a sensação de corrupção no parlamento, e chegaram à conclusão segundo a qual, para cada 1% de acréscimo no percentual de sensação de corrupção, há um decréscimo de 0,5% no nível de confiança no poder legislativo.

Nada obstante esse estudo limitar-se aos parlamentos, pode-se facilmente extrapolar a relação deslegitimação-corrupção para outras instituições. O mesmo Barômetro da Corrupção aponta que os partidos políticos ocupam o topo na tabela de instituições corruptas, apontados por 63% dos entrevistados de 100 países; funcionários públicos civis foram apontados por 53% como sendo corruptos.

Trata-se de instituições essenciais ao funcionamento do Estado: parlamentos, partidos políticos e servidores públicos. Todas elas funções exercidas a partir da representação. E todas elas com elevado grau de percepção – mundial – de envolvimento com corrupção, segundo avaliação dos próprios cidadãos.

Conquanto se enfeixem críticas à apuração de níveis de corrupção pela percepção dos entrevistados (dentre outros, vide ABRAMO, 2005), trata-se de ferramental importante – e talvez único – que permite compreender a imagem que a sociedade faz de seus representantes. É talvez nesse ferramental que está a chave para resolver o intrincado problema de relegitimar as instâncias de comando do Estado, bem como as instâncias de seu controle.

Enfrentar a corrupção é um dos primeiros passos, como sinaliza o estudo de regressão acima destacado. Tutelar o correto desempenho de representantes – seja no plano político, seja no plano jurídico – reafirma os valores das instituições e realimenta a confiança na representação política.

Outros fatores também podem impactar o grau de confiança depositada nos agentes políticos, por exemplo, aqueles relacionados ao grau de aderência do representante aos

interesses dos representados. Ou seja, além da aferição quanto ao lícito ou ilícito, pode haver elementos de desencaixe entre expectativas dos representados e ações dos representantes.

Para essas hipóteses de desencaixe entre expectativas, é bastante ilustrativo o estudo de PITKIN (1972, p. 209/210) acerca da *representação política*, conceito pelo qual o representante deve atuar segundo o interesse dos representados (cidadãos), de uma maneira *responsiva*. Isto significa que o representante, regra geral, deve agir em ordem a não gerar conflito com as expectativas dos representados ou, caso contrário, o representante deverá prestar os esclarecimentos necessários sobre as razões pelas quais deixou de seguir o que seriam os desejos de quem o elegeu. Diferencia-se, dessarte, *interesses* de *desejos*, sendo a função do representante procurar atender antes a estes do que aqueles; no caso de desencaixe entre *interesses* e *desejos*, será necessária uma ampla justificação sobre a decisão adotada.

Tome-se um exemplo: A fora eleito com plataforma de representação, durante seu mandato parlamentar, de determinada categoria de trabalhadores em terminais portuários públicos, cujas regras laborais são bastante específicas, diferentes da regra geral dos demais trabalhadores. Em dado momento, A acaba apoiando reforma legislativa que muda sensivelmente as regras de trabalho portuário, para igualá-las ao trabalhador comum. Nessa hipótese, pela premissa de PITKIN, A deverá esclarecer ao seu eleitorado as suas bastantes razões, por exemplo, no sentido de se estabelecerem regras que permitam a concorrência desses terminais públicos com outros tipos de terminais portuários, cujas regras de trabalho assemelham-se ao regime geral, e, com tal medida, propiciar a manutenção dos empregos nos terminais públicos. Esse exercício será inevitável, caso A deseje manter a preferência daquele conjunto de cidadãos, na próxima rodada eleitoral. E, caso seja bem-sucedido na explicação, pode ser que os seus eleitores realmente compreendam que, embora contrária aos seus desejos mais imediatos, a atuação de A buscou, na realidade, defender quem depende daquele conjunto de empregos no porto de sua região (ou melhor, atendeu aos seus *reais* interesses).

Agora, caso A não lograsse esclarecer os seus eleitores de forma adequada, haveria um déficit de representação que culminaria, na rodada eleitoral seguinte, com a desaprovação de um novo mandato a A.

Todavia, a regra seria diferente caso A, durante o exercício de seu mandato, resolvesse se apropriar de determinado bem público para, digamos, uso de sua família. Um veículo público, inicialmente adquirido para deslocamento no interesse parlamentar, passasse a ser utilizado para levar a família de A em viagens de lazer. Ao contrário do

exemplo inicial, não se trata de uma possibilidade de justificar a atuação desviada dos interesses dos representados. Não há alternativa à moralidade nessa hipótese, porque é imperativo da república que seja proscrita a utilização de bens públicos em benefício privado indevido. A *expectativa* de quem outorga um mandato a outrem é de que haja a busca pelo *interesse comum* e não o interesse do próprio representante.

No primeiro exemplo, restando A bem-sucedido em seus esclarecimentos, o conjunto de eleitores ou não possuía uma compreensão plena acerca dos seus reais interesses, ou acabou se convencendo de que a solução aventada foi a melhor possível, dados outros interesses em jogo. Já no segundo exemplo, não existe esclarecimento plausível para a apropriação individual do veículo em comento.

Dir-se-á que o controle possível do primeiro exemplo deveria ser eleitoral/político, porque somente os representados poderiam aferir se suas expectativas estão ou não sendo atendidas pelo representante.

Quanto ao segundo exemplo, como se impõe a verificação de licitude/ilicitude, tratar-se-ia de responsabilidade eminentemente jurídica, a ser exercitada pelas instâncias de controle (MP, Tribunais de Contas, controles internos, etc.). Entretanto, como será sustentado ao longo deste trabalho, essa tarefa também deve ser exercitada no plano político. E, mais, de forma tanto quanto possível dissociada da responsabilidade jurídica, sem subordinação, em ordem a que sejam diminuídos os ruídos na representação, causados pela sombra do ilícito, de um lado, e, por outro, que os temas políticos influam minimamente no processo jurídico de apenamento.

Ora, seria um truísmo afirmar que ninguém outorgaria um mandato àquele sobre quem pairam graves suspeitas quanto à sua probidade. Não se formaria a relação de representação se não houvesse, ao menos, uma expectativa de que o mandato seria exercido de forma minimamente aderente aos interesses do representado. Noutra giro: se o representante afirmasse textualmente que atuaria em benefício próprio – e não do representado – a relação de representação se estabeleceria com outrem.

Por essa razão, e seguindo a proposta de PITKIN acima, é natural que se exijam explicações do representante flagrado em situações potencialmente irregulares, independentemente da formalização de acusações ou denúncias em processos destinados à aplicação de sanções jurídicas. É de responsabilidade política que se trata, quando se formulam tais questionamentos.

Assim, além das explicações que o representante faltoso deve conferir aos órgãos de controle jurídico, há que prestar contas também aos representados, de maneira *responsiva*, como se colhe em LOMBA (2008):

Na verdade, ao dizermos que os governos representativos são aqueles que *representam* os interesses dos representados, introduzimos um novo conceito de representação política, porventura o mais difícil de tratar em termos jurídicos. Descobrimos aí um conceito de representação mais ligado à receptividade e responsividade da ação política; um conceito mais próximo, nesse sentido, da atividade representativa propriamente dita, àquilo que é exigível a um representante no exercício das suas funções políticas. (p. 90)

Ou, na mesma perspectiva:

Um sistema político em que governantes devem prestar contas de suas ações, de suas despesas e de suas decisões é menos provável de ser corrupto. Nesse sistema, em que governantes são obrigados a explicar as razões de seu agir, a probabilidade de serem flagrados em atos de corrupção é alta e os retornos são baixos – então os indivíduos tem poucos incentivos econômicos para serem corruptos. (PELIZZO, p. 29)

As formas como se prestam esses esclarecimentos aos representados serão abordadas no capítulo 4 do trabalho. O que releva neste ponto da exposição é reafirmar que tanto os mecanismos de responsabilidade política quanto os elementos jurídicos de responsabilização, tratados no capítulo 5, buscam zelar pela moralidade administrativa, cuja consequência, em última análise, é preservar a regularidade na representação política e, portanto, a própria democracia.

Há, contudo, entre ambas as modalidades de responsabilização uma diferença de enfoque, de discursos e de objetivos, de modo que um desequilíbrio na aplicação de uma delas impõe consequências desastrosas para todo o sistema democrático. Como estamos vendo em nossa realidade atual, uma ausência de responsabilidade política mais efetiva tem conduzido processos sancionatórios a um estresse jamais conhecido, mitigando garantias e direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que a confiança da sociedade nas instituições representativas encontra-se depauperada.

Autoridades e instituições públicas efetivamente representativas da sociedade possuem maior legitimidade e apontam para o que TOCQUEVILLE sinalizou há quase dois séculos:

[...] concebo uma sociedade em que todos nós, ao contemplarmos a lei como obra conjunta, a estimaremos e a ela nos submeteremos sem dificuldade. (2007)

A tutela *jurídica* da moralidade administrativa tem a sua importância ao punir aquele que descumpra as regras da representação pela violação do código lícito/ilícito; como uma das consequências da sanção, regra geral, é a suspensão provisória de direitos políticos, essa forma de responsabilidade acaba por eliminar, ainda que temporariamente, quem se mostrou incompatível com o exercício da representação. Ademais, a punição visa a ostentar efeito dissuasório sobre os demais atores, pretensamente desestimulando-os à prática de ilícitos.

Entretanto, como o desenrolar de um processo jurídico punitivo necessariamente precisa consumir determinadas etapas, tratadas no tópico 5.5 deste trabalho, o prazo para resposta acaba sendo excessivamente longo, incompatível com a necessidade de realinhar as expectativas dos representados. Mais ainda, há hipóteses em que o discurso jurídico simplesmente não alcança o agente faltoso, ante limitações probatórias ou relacionadas à culpabilidade (*v.g.*, não resta provada a participação do alto dirigente no evento). Ainda assim, há que se estabelecer um mecanismo de avaliação acerca de todos os elementos de conveniência e oportunidade sobre a gestão desse agente, para verificar se houve uma atuação consistente com a busca do interesse comum, por exemplo, pela limitação dos espaços para a ocorrência de atos de corrupção ou, mesmo, pela adequada escolha de subordinados.

Nessas hipóteses, ao lado desse controle jurídico, defende-se a necessidade de reavivamento da responsabilidade política, em ordem a oferecer respostas mais céleres e adequadas à questão da representação, para que a deslegitimação de uma dada autoridade pública não contamine a instituição ou o cargo por ela ocupado.

Além disso, a efetivação dessa forma de responsabilidade pode contribuir para limitar a utilização de expedientes jurídicos com a finalidade de colher consequências políticas das decisões, como inelegibilidades e restrições similares.

Numa ou noutra hipótese de responsabilização, o que se busca é tutelar a essência da democracia representativa, fórmula encravada no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República.

A aderência de um ato público ao ideal desse parágrafo único, portanto, *ao exercício do poder segundo o seu titular – o povo –*, é o que vai determinar a deflagração da atuação da legislação de tutela jurídica da moralidade administrativa, manejada pelos órgãos de controle responsáveis pela sua aplicação. Ou, na hipótese de responsabilização política, o exercício de valoração da conduta poderá advir do próprio representante, que, ao ser confrontado com o desvio, renuncia; bem como poderá ser realizado por institutos próprios

para tal controle, como as comissões ou comitês de ética e, em última análise, até os próprios cidadãos, durante processo eleitoral subsequente ou mecanismo de *recall*.

Considerando que o desvio do que seja o *interesse comum* implica benefício de alguns em detrimento dos demais, situação ainda mais grave num contexto de escassez, como é o brasileiro, a defesa da moralidade objetiva proscreve a exclusão decorrente do desvio. Tutela-se o direito de que todos sejam tratados pelas instituições e órgãos do Estado sem distinção marcada pela personalidade, pelo vício, pelo desvio, seja na condição de cidadão usufruindo seus direitos, seja como contratante, seja como destinatário de deveres, ou em qualquer outra relação estabelecida, ou a estabelecer, com órgãos governamentais.

A aferição de aderência dos agentes do Estado ao interesse geral é tarefa difícil e perpassa, no plano jurídico, pela mediação dos responsáveis pela aplicação da legislação: acusadores e julgadores, sempre com seus vieses e suas limitações cognitivas. Todavia, um controle mais amplo, político, incluindo eventuais desvios praticados também pelos aplicadores da lei de tutela da moralidade, somente poderá ser possível mediante a plena transparência nas ações do Estado, a devida prestação de contas, a resposta aos questionamentos apresentados ou a apresentar, enfim, todo um conjunto de elementos que possibilite a mais completa informação possível acerca da atuação em nome do Estado, acerca da qual se questione a legitimidade.

O que importa, neste ponto da exposição, é destacar que esses mecanismos de proteção da moralidade alinham-se à defesa do exercício da representação. A tutela jurídica e a tutela política do *bom governo* objetivam proteger a essência do Estado Democrático de Direito, quer dizer, a existência de eleições livres, diretas e justas, de modo que os cidadãos possam escolher aqueles que julguem ser os seus mais aptos representantes.

A atuação conjugada de diversos sistemas de controle e responsabilização busca fomentar o exercício da representação livre de vícios; conquanto se defenda que os sistemas devam ser acionados de maneira independente (ou não subordinada), eventual falha de um poderia ser suprida pela atuação do outro.

O representante deve contas de suas atuações, sempre, aos seus representados. No processo político, como tratado mais abaixo, a atuação contemporânea da responsabilização dos fatos permite que, por exemplo, sejam evitadas situações de exercício de relevantes funções do Estado sob o peso de sérias acusações pendentes.

Nem sempre um agir em desconformidade com o interesse dos representados será um agir corrupto, contrário à moralidade administrativa. Todavia, um agir corrupto desviar-

se-á do interesse geral justamente por, excluindo uns, privilegiar outro ou outros, no sentido de produzir-lhes benefícios indevidos. Nesse contexto, a tutela da moralidade administrativa protege o bem jurídico conforme o ideal do bom governo, como se verá nos próximos tópicos.

3.1. CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

Afirmar-se que a corrupção decorre da natureza humana é um lugar comum desmedido. Em qualquer ambiente onde existam regras, haverá alguém disposto, ou a trabalhar no extremo de seus limites, ou a até mesmo rompê-los, com o objetivo de se prevalecer em detrimento dos demais. A função da norma, como não poderia deixar de ser, é impor a conduta esperada (ou proibir aquela que for considerada danosa), a fim de evitar a degradação das relações estabelecidas entre o Estado e os administrados. Um agir corrupto será, assim, um agir contra as normas estabelecidas para um bom governo.

No que respeita a relações entre particulares, a legislação brasileira, de modo geral, não trata expressa ou explicitamente da corrupção privada. Conquanto algumas condutas possam vir a ser enquadradas no tipo do art. 171 do Código Penal (estelionato) ou no regramento aberto da indenização civil³, não existe regra explícita proibitiva da corrupção meramente privada, isto é, aquela praticada em desfavor do patrimônio de entidades privadas.

Por exemplo, um funcionário privado que seja apanhado cobrando propina para favorecer determinado fornecedor de seu empregador pode vir a ser demitido por justa causa (CLT, art. 482, “a”) e responder pelo ressarcimento do ato danoso pela regra geral do Código Civil (se houver prejuízo efetivo). Dificilmente, entretanto, poderá vir a responder criminalmente pela sua conduta ou ter alguma consequência diferente do encerramento de seu contrato de trabalho e do ressarcimento de eventuais danos comprovados (poder-se-ia

³ Código Civil, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

cogitar, por exemplo, de medida não necessariamente criminal, estipulada pelo art. 21 da Convenção de Mérida⁴; todavia, não há essa previsão em nossa legislação, atualmente).

Quanto à corrupção praticada em desfavor do patrimônio público, entretanto, há diversas normas tratando do assunto, nas esferas administrativa, judicial civil e criminal, como analisado com maior detalhamento no capítulo 4.

Grosso modo, para os fins deste trabalho, pode se caracterizar corrupção administrativa, ou corrupção em desfavor do patrimônio do Estado, qualquer ato ilícito que atente contra a moralidade administrativa. Note-se que a adoção de um conceito mais abrangente permite englobar não apenas o ato descrito no art. 317 (corrupção passiva) ou art. 333 (corrupção ativa), ambos do Código Penal, ou seja, a troca, ou a promessa de troca, de um ato de ofício mediante uma contrapartida indevida, o popular suborno de agente público.

É certo que a grande maioria das condutas reprováveis de um agente do Estado (titular ou não de representação política) ocorrerá mediante o recebimento (ou promessa) de alguma vantagem indevida em troca do ato ilícito. O tipo penal também cobre a possibilidade de a vantagem ocorrer tanto antes do exercício da função pública, quanto do seu término. Cobre, ademais, a utilização de interpostas pessoas tanto pelo lado de quem oferta quanto o de quem recebe.

Todavia, há outras condutas igualmente reprováveis e que acabam pensadas para se esconder dos órgãos de controle na complexa engrenagem burocrática brasileira, não apenas pelo ângulo puro e simples da conduta (v.g., um ato com aparência de lícito, mas que, em verdade, encobre o malfeito), mas também pela busca de iludir os órgãos de controle em algum (ou alguns) dos elementos típicos (p.e., encobrir a própria *vantagem*, no caso da corrupção). Em organizações mais complexas, dissociam-se os passos decisórios em tantos indivíduos que a constatação prática do ilícito, e o respectivo sancionamento, tendem ao impossível.

⁴ Artigo 21

Suborno no setor privado

Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais:

a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar;

b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

Justamente em razão da característica nefasta da corrupção – de se reinventar continuamente para fugir aos controles estabelecidos – o engessamento típico da legislação criminal não permite acompanhar *paripassu* essa evolução. Pela exigência do arcabouço constitucional, haverá sempre necessidade de absoluta congruência entre a vedação do tipo e a conduta que se pretende apenar; e, pelo regime da legalidade estrita nessa matéria, qualquer apenamento criminal de novas condutas imprescinde de inovação legislativa. Por esses singelos motivos, parece-nos que a criminalização de condutas não parece o caminho mais adequado para o enfrentamento do fenômeno, crítica a ser retomada ao longo do trabalho.

Todavia, essa constatação permite antever que a adoção de um conceito mais amplo permite compreender o problema em suas várias facetas mas que, na essência, poderia ser reduzido a uma construção relativamente simples: por ato de corrupção *lato sensu*, entende-se o aproveitamento do poder do Estado, seja do poder de autoridade, poder econômico, poder financeiro, poder regulatório, ou qualquer outra manifestação desse poder, em privilégio indevido de uns em detrimento de terceiros, ainda que esses terceiros não sejam identificáveis de plano. É o que se adotará no presente trabalho, quando houver referência genérica à ideia de corrupção.

Tutela-se, assim, o direito de que a igualdade perante o Estado seja preservada, nas suas mais diversas acepções. Igualdade de acesso a utilidades ofertadas pelo Estado aos cidadãos, p.e., no transporte para tratamento de saúde sem interferências políticas. Igualdade em contratações públicas, para que todos os possíveis interessados concorram em condições de ofertarem a melhor proposta para o Estado. Igualdade na regulação da atividade econômica, em ordem a evitar privilégios a determinados agentes em detrimento de outros. Igualdade na submissão a um sistema normativo que regula a todos, indiscriminadamente. Inclusive, tutela-se o dever de justificar com rigor eventual tratamento privilegiado que se estabeleça em favor de determinados agentes, v.g., a preferência de produtores nacionais em aquisições públicas, o tratamento diferenciado de determinados grupos, como os menos favorecidos no acesso a contraprestações públicas.

Há abordagens focadas no aspecto mais econômico do conceito de corrupção. Autores, como FUKUYAMA (2014, p. 199-204), apontam que o desenvolvimento do conceito de soberania logrou romper a lógica patrimonial entre governante e bens públicos, legitimando a ação do Estado na coleta de tributos para manter os serviços públicos necessários. O recurso público – aqui incluído o poder de autoridade – passa a ser utilizado

para a busca do interesse geral; por exemplo, o poder de autoridade estabelece que determinadas pessoas em determinadas condições possuem exclusividade na exploração de certas utilidades: são as patentes de invenção, ficção jurídica estabelecida justamente para premiar os mais criativos, os mais esforçados, com a finalidade de se buscar o interesse geral de progresso da sociedade como um todo, promovido pelos avanços tecnológicos decorrentes. É uma escassez criada artificialmente pelo Estado que será explorada economicamente pelo detentor da patente no interesse de toda a coletividade.

Segundo esse autor, o desvirtuamento dessa lógica se dá, dentre outros motivos, pela má utilização do poder de autoridade; a atuação corrupta busca inovar na criação de *escassezes* em ordem a permitir a obtenção de ganhos pelo particular. Esses ganhos são indevidos na medida em que não há a contrapartida coletiva decorrente da escassez criada.

LISCIANDRA (2014), citando Jain, trata do cálculo do custo para o ato de corrupção: o indivíduo avalia o custo psicológico para a prática do ato, o eventual ganho que teria se agisse dentro da lei, e a potencialidade de ser pego, bem como as sanções cabíveis e sua efetividade. A partir dessa equação, justificar-se-ia o endurecimento de penas e da sua efetividade, em ordem a aumentar o *custo* do agir corrupto.

Outras abordagens, mais afetas à ciência política, apontam que a corrupção objetiva obter e preservar o poder político, na medida em que opera com a lógica da exclusão para manter o privilégio de alguns. É a posição de WARREN (2015), qualquer que seja o grau de corrupção verificado, de grande escala ou de bagatela. Para ele, quando os indivíduos perdem a confiança no fato de que as decisões públicas são tomadas de forma transparente e justificada, tanto o discurso político quanto a deliberação do Estado são colocados em xeque.

Na perspectiva internacional, a ser mais bem retratada no item 3.3 deste estudo, tem-se conferido um caráter transnacional ao enfrentamento desse problema, na medida em que se impõem aos agentes privados regras de conduta que excluem ações que não estejam em conformidade com um comportamento ético mínimo. Nesse passo, acesso a financiamentos e a mercados ficam condicionados ao controle em rede da corrupção, impondo-se a empresas e entidades que se fiscalizem mutuamente, assim como também confirmam a correção de conduta de seus próprios agentes e colaboradores.

Não há dúvida quanto ao estrago causado pela corrupção, seja na esfera política, seja na economia, seja na vida dos cidadãos, que se veem privados de determinados bens ou

direitos, ou, ainda, que percebem o custo de aquisição elevado artificialmente em razão de regras estabelecidas em algum conchavo.

Tipos legais, como o do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que apena a violação a princípios da administração, vão ao encontro da necessidade de fácil adaptação às novas modalidades corruptas, na medida em que permitem acolher diversas condutas em um mesmo texto legal. Há o risco, sempre presente, de que essa abertura se preste a malferir direitos e garantias individuais; todavia, o maior rigor com as regras de processo, com a aferição da culpabilidade do acusado, enfim, com as circunstâncias do pretense ilícito servem para minimizar tais efeitos.

Por mais essa razão, defende-se que, ao lado desses dispositivos, a responsabilidade política também seja colhida: o parlamento – com a abertura do seu discurso – parece ser o *locus* mais adequado para discussões que podem redundar em aperfeiçoamento da legislação de responsabilização jurídica.

Por exemplo, além do apenamento político do envolvido em determinado ato violador da moralidade, pode haver a constatação, como consequência adicional, da necessidade de se estabelecer um tipo legal específico para a responsabilização jurídica em casos similares futuros.

Para os fins deste trabalho, como visto, a corrupção será utilizada como ofensa à moralidade administrativa, na medida em que contempla a apropriação privada de bens públicos, de recursos do Estado, do poder de autoridade, enfim, daquilo que divirja de um bom governo, da busca do bem comum, em ordem a propiciar ganhos econômicos ou políticos (ou ambos) indevidos. Por corrupção *meramente* administrativa, trataremos a corrupção dissociada do exercício do poder político; ou seja, a corrupção da burocracia de *linha de frente* ou do *nível da rua*, de que tratam FILGUEIRAS e MELO ARANHA (2011). Segundo os autores, seriam os “[...] burocratas que se relacionam diretamente com o cidadão e que usam sua discricionariedade indevidamente para auferir ganhos com propina e suborno”. (2011, p. 350).

Há, todavia, uma outra modalidade de corrupção, estruturada justamente a partir da capacidade que esse mal tem de se articular e se adaptar para fugir aos mecanismos de enfrentamento: a cooptação dos altos postos políticos, em ordem a manietar sistemas de controle, modificar legislações, enfim, permitir a infiltração da corrupção de forma perene e estável no seio do Estado. Essa é a corrupção que coloca o próprio Estado Democrático de Direito em xeque.

3.2. CORRUPÇÃO POLÍTICA

Como destaca SANTOS (1995, p. 21), o incremento das funções do Estado, ora como regulador da economia, ora como agente responsável pela interferência direta em grandes temas, como a infraestrutura, fomentou o ambiente para a existência de promiscuidade entre os poderes econômico e político.

Ações do Estado, mesmo as mais simples, repercutem com enorme magnitude econômica na sociedade, sugerindo uma ampliação de oportunidades de ganhos ilícitos para quem tenha a disposição de se comportar inadequadamente.

Essa promiscuidade, para além dos ganhos mais diretamente conectados ao ato de corrupção – *v.g.* um suborno, pelo lado do agente público, versus uma vantagem indevida em licitação, pelo lado privado –, acaba ensejando que as ligações intuitivamente pontuais entre esses agentes se constituam, na realidade, verdadeiras alianças estruturantes de um modo de atuação. De um lado, buscam influenciar e dirigir a atuação do Estado para o favorecimento de interesses privados, por outro, tencionam proteção quanto às investidas dos órgãos de controle.

Corrompe-se a própria regra do jogo democrático, em ordem a possibilitar a manutenção da equação que permite a integração ilícita entre público e privado. Há conhecida crítica à instabilidade das regras eleitorais no Brasil, que acaba por favorecer a incrustação de práticas corruptas, ao dificultar a renovação de quadros – e práticas – políticos:

A má tradição do direito eleitoral brasileiro – agravada pela legislação castrense – tem como característica a edição sucessiva de normas regulamentadoras (e quase sempre cerceadoras) do processo político-eleitoral, eleição por eleição, num casuísmo grosseiro, ensejador de manobras e golpes, os quais, assegurando o continuísmo, deformam a manifestação eleitoral. (AMARAL e SÉRVULO DA CUNHA, 2010, p. 32)

Como já mencionado, a enormidade da tarefa para a alteração desse estado de coisas decorre da capacidade da corrupção de reinventar-se continuamente, de escamotear os atos ilícitos (e, ou, dos seus elementos característicos), enfim, do eterno retorno que se exige em ordem a aperfeiçoar controles e mecanismos para dar conta desse problema.

Quando a corrupção alcança o mundo político, a noção do Estado como provedor do interesse geral se esvai. A contenda eleitoral, outrora voltada às diversas formas de atender o bem comum, passa a se configurar mera disputa pelo controle de posições de comando,

dentre elas, aquelas passíveis de criar as *escassezes* mencionadas nos estudos do fenômeno sob o viés econômico, bem como daquelas posições destinadas ao controle da própria corrupção.

Ao permitir que essa lógica se instale, rompe-se a equação mencionada por LISCIANDRA – acerca do cálculo da diferença entre o custo do agir legalmente e a renda decorrente do agir corrupto, à luz dos riscos de ser punido e do tamanho da pena. Dominar posições de comando do Estado exclui ou minimiza severamente o risco de ser punido, e a avaliação passa simplesmente a comparar a quantidade de renda apurável entre o agir segundo a lei e o seu oposto. Com a cereja do bolo: a garantia de que não ser importunado com seriedade pelos órgãos de controle.

A dominação de uma posição que permita controlar tanto a geração de renda ilícita quanto a possibilidade de ser pego não tem preço. Controlar a política – segundo um objetivo ilícito – é um típico ato retratado no art. 69, do antigo Código Civil: uma coisa fora do comércio que, no entanto, possui elevado valor simbólico e prático. Nessa lógica, o risco do agir corrupto tende a zero, em ordem a premiar quem alcance tal posição.

Como resultante desse processo, para além dos deletérios efeitos da corrupção – na política, na economia, nas relações sociais como um todo –, é o estímulo a que as disputas eleitorais se conformem segundo a lógica empresarial de disputa pelo mercado, em que grupos econômicos se associam a elites políticas, de forma a propiciar a aquisição de uma posição de comando. As eleições acabam transformando o cidadão em mero objeto, componente do mercado a ser conquistado:

[...] processo de reificação acabou transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica da comunicação de massa, em mero objeto de direito. (COMPARATO, 2004, p. 24)

Nessa linha, aos contendores eleitorais só resta aumentar as somas investidas para a obtenção da posição de poder, dinheiro cuja demanda acaba, no mais das vezes, retroalimentando o esquema de corrupção.

E mais: segundo a crítica de AMARAL e SÉRVULO DA CUNHA ao sistema eleitoral brasileiro, a assunção aos postos de comando da nação permite controlar a própria renovação do sistema político, forçando que novos entrantes ou se alinhem às regras (mal) postas, ou sejam a exceção da exceção, portanto, uma minoria inofensiva.

O rompimento dessa lógica não é fácil. Para além das nossas fronteiras, temas como *corrupção generalizada em governos* e *confiança na honestidade das eleições* são problemas

da ordem mundial. Estudo apresentado por CASTELLS (2013) aponta que África, Oriente Médio e América Latina ostentam índices em torno de 70% da população dessas regiões afirmaram sofrer com *corrupção generalizada* em governos em 2010. Na América do Norte, que apresenta o melhor índice, quase 60% dos entrevistados indicam a mesma opinião, seguida por Ásia (60%) e Europa (65%). No quesito de *confiança na honestidade das eleições* (base 2011), veem-se dois grandes grupos: para América Latina, África e Oriente Médio, em torno de 60% dos entrevistados afirmam não confiar na honestidade das eleições; enquanto para América do Norte, Europa e Ásia esse índice é de cerca de 40%.

Sem dúvida que se podem apontar diversas críticas a esse tipo de pesquisa de opinião, como a já mencionada crítica de ABRAMO (2005), para quem, dentre outros fatores, a inclinação ideológica do entrevistado influencia no resultado.

Todavia, esses dados permitem sugerir, com algum grau de precisão, que não estamos sozinhos no debate sobre quão enraizada está a corrupção no Estado. O que parece nos distanciar de outros povos parece ser justamente a resposta a que damos para os casos de corrupção identificados, sobretudo quando se envolvem atores políticos de relevo, tema central deste trabalho.

Interessante estudo de POWER e TAYLOR (2011) mostra que, a despeito das expectativas que a redemocratização brasileira trouxe em termos de transparência, incremento da democracia e *accountability* no exercício de funções públicas, nada menos que todos os governos desde então foram alvo – em maior ou menor grau – de escândalos envolvendo ou o próprio presidente da República, ou importantes escalões da União. E a resposta conferida – seja pelas investigações judiciais, seja pelo sistema político, não foi considerada adequada, de um lado, pela ausência de punições em alguns casos, e, em outros, pela ausência de absolvição explícita, que permitisse passar a limpo os nomes dos envolvidos.

Esse mesmo estudo, com base em estimativas dos anos de 2006 e de 2008, indica que algo entre 1,35% e 5% do produto interno bruto do Brasil perdem-se em razão da corrupção. Conquanto se trate de métrica difícil – senão impossível – de ser aferida, essas quantias demonstram a relevância do tema para o desenvolvimento do país.

Para além da importantíssima questão econômica – uma das consequências da corrupção há que se ter em mente o dano que se carrega à própria democracia, em razão daquilo que WARREN (2015) mencionou como a corrosão entre o discurso que conecta

votos à política: a corrupção provoca descrença no sistema eleitoral e afasta o cidadão da política, cerceando a renovação de atores e a modificação de práticas viciadas.

Entretanto, nem sempre a análise sobre a questão apontou para o lado deletério da corrupção. FILGUEIRAS (2009), por exemplo, ao citar a contribuição da abordagem funcionalista para a construção do conceito de corrupção, destaca que havia uma compreensão positiva sobre o fenômeno, sobretudo em ordem a possibilitar a compatibilização entre os segmentos sociais contrários, resultantes do processo de desenvolvimento:

Se mantida sob controle, a corrupção pode ser uma forma alternativa, encontrada pelos agentes políticos, de articular seus interesses junto à esfera pública. Por exemplo, a construção de máquinas políticas visa a influenciar o conteúdo das decisões tomadas na arena legislativa, por meio da persuasão das elites partidárias. A constituição dessas máquinas políticas, nas quais a corrupção é o elemento chave, colabora para o arrefecimento da disputa entre clivagens sociais que surgem com a modernização, servindo, dessa forma, para o desenvolvimento político, econômico e social.

Essa corrente de análise data da década de 1960, relativamente recente se considerada a história de um país. No entanto, apesar de superada pelos estudos econômicos das duas décadas seguintes, assim como dos mais recentes empuxos internacionais contra práticas corruptas (vide capítulo 3.3), não parece muito distante da realidade atual brasileira.

As denúncias envolvendo a denominada Operação Lava-jato mostram algo não muito diferente do que a aliança política entre grandes grupos da construção pesada e elites políticas brasileiras de forma a controlar a formação de majorias políticas congressuais. Trata-se, repita-se, de fenômeno descrito há quase sessenta anos, a escancarar nosso atraso institucional. Até que ponto esse quadro foi desenhado a partir de uma premissa inicial – ou se conformou com o próprio desenrolar dos fatos – é uma história a ser contada, ainda, quando da redação deste trabalho.

Em arremate, importa destacar a menção de GISBERT (2013) a NIETO, ao caracterizar a corrupção como *política* no momento em que se rompe o vínculo de representação:

Por ello, podemos aceptar la conclusión de NIETO cuando sostiene que al fin y al cabo la corrupción política no es más que la culminación de la ruptura del vínculo de fidelidad que une a gobernante y gobernados. (p. 62)

Entende-se que a reconexão entre representantes e representados, abalada pelo fenômeno da corrupção política, deve passar por uma requalificação da própria relação de

representação. Não se concebe que o direito e seus instrumentos possam dar cabo dessa tarefa isoladamente.

3.3. CONTEXTO INTERNACIONAL SOBRE A PREVENÇÃO DO ATO DE CORRUPÇÃO

Os movimentos de revalorização dos direitos humanos que se seguiram ao encerramento da Segunda Guerra Mundial alçaram a democracia como valor fundamental à legitimação do poder, tal como se colhe da Declaração de 1948:

Artigo XXI

1. Todo homem tem o direito a tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
[...]
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.

Essa declaração ressaltou a noção de *eleição legítima* como pressuposto da democracia, assegurando tanto a liberdade da escolha dos representantes, quanto a amplitude da participação pelo sufrágio universal. Sem tais condições, compromete-se não apenas o regime democrático, mas a própria proteção aos direitos humanos.

Anos mais tarde, em 1993, a II Conferência Mundial para os Direitos Humanos ensanchou o conceito para incluir uma obrigação da comunidade internacional na promoção e no fortalecimento da democracia:

Artigo 8º

A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a promoção da democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos e liberdades fundamentais no mundo inteiro.

Quando se entrecruzam os conceitos de *eleições legítimas*, da Declaração Universal de 1948, com a obrigação de *promoção da democracia* como um dever de toda a comunidade mundial, não apenas as ameaças tirânicas entraram no radar da tutela internacional: outros fatores de corrosão da democracia também passaram à condição de alvo de tratativas e

acordos globais. Ao se alçar – ao menos no plano retórico – a democracia como valor universal, objetivo maior dos povos para a construção da proteção aos direitos humanos e forma de assegurar a supremacia da dignidade humana, o enfrentamento de causas de mitigação do pleno desenvolvimento democrático tornou-se, então, foco de atenção internacional.

Nesse sentido, identificam-se dois movimentos relevantes na ordem internacional no enfrentamento da corrupção: os tratados e acordos internacionais para levar a cabo os compromissos dos países, bem como a construção da aplicação extraterritorial da legislação antissuborno, iniciada a partir dos EUA.

A contribuição do direito internacional para o tema pode ser identificada com os primeiros tratados que destacaram a democracia como valor fundamental de todos os povos. Ato contínuo, textos mais específicos foram sendo desenvolvidos, com destaque para a Resolução n. 3.514, da Assembleia Geral da ONU, em que houve expressa condenação a práticas de corrupção, *incluindo suborno, por companhias transnacionais e outras corporações, seus intermediários e terceiros envolvidos, mediante a violação de leis e regulamentos dos países onde atuem* (art. 1º).

Interessante é que essa resolução, de 1975, apontou, em seu artigo 3º, justamente para o que se mostrou de grande importância para o enfrentamento da corrupção: o direito de adoção de medidas legais anticorrupção tanto pelos países de origem (*home country*) das empresas como pelos países onde atuarem (*host country*). É a gênese da extraterritorialidade na aplicação de medidas legislativas nessa temática.

Dois anos mais tarde, em 1977, surgia o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), normativo norte-americano editado na onda de moralização decorrente do escândalo *Watergate*, como bem ilustram FERREIRA e MOROSINI (2013):

Enquanto investigava-se o financiamento de campanhas políticas, descobriu-se a existência de fundos irregulares mantidos pelas empresas transnacionais norte-americanas para corromper governos estrangeiros e garantir um negócio lucrativo nesses países. Em colaboração com a Comissão Norte-Americana de Câmbios e Títulos (SEC, sigla em inglês), órgão responsável pela regulação do mercado de ações nos EUA, mais de 500 empresas norte-americanas admitiram pagar o equivalente a 300 milhões de dólares em subornos a funcionários públicos estrangeiros.

Depois de modificações ocorridas em 1998, o FCPA passa a ser aplicado não apenas a empresas sediadas ou com negócios nos Estados Unidos, mas também a qualquer companhia que se utilize de mecanismos (v.g., meios de pagamento ou mesmo servidores de

mensagens eletrônicas) situados nos EUA para viabilizar a prática de um ato de corrupção. Essa amplitude na compreensão de possíveis impactados pela legislação norte-americana estimula a difusão de políticas de integridade de nível mundial, como retratado a seguir.

Todavia, a existência de rigorosa legislação norte-americana contrastava com a inexistência de iniciativas similares em outros países. Tal descompasso limitava a capacidade de companhias com negócios nos EUA de concorrer em mercados corruptos com empresas de outras nacionalidades não submetidas às mesmas regras. Neste compasso, iniciou-se pressão ianque sobre a ONU para o estabelecimento de uma convenção internacional com foco no enfrentamento da corrupção.

Em WEBB (2005), encontramos um detalhado histórico das tratativas internacionais acerca do assunto, com destaque para a Convenção da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE), subscrita em 1997, que, em linha com o FCPA, recomenda a utilização da legislação interna para a punição a subornos transnacionais. Segundo esse mesmo autor, sua limitação está em aplicar-se somente a casos de suborno (p. 196).

Na esteira da Convenção da OCDE, em 2011, sobreveio uma das mais restritivas legislações de combate à corrupção, o *United Kingdom Bribery Act*, norma que também se utiliza da técnica para alcançar atos ilícitos praticados no exterior e pune os infratores com multas sem qualquer limitação de valor (ao contrário, por exemplo, da lei anticorrupção brasileira, que prevê o teto de 20% sobre o faturamento da entidade infratora).

Não se pode perder de vista o contexto histórico mais recente, pós atentados de 2001, tanto do ponto de vista repressivo, no sentido do controle de capitais sujos – dentre eles o da corrupção – que financiam o crime organizado e o terrorismo, quanto sob uma ótica econômica mais estrita, em ordem a fomentar um ambiente para práticas corretas das companhias transnacionais.

Nesse passo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, promulgada em nosso país pelo decreto n. 5687/06), estabeleceu três eixos importantes como suas finalidades:

A finalidade da presente Convenção é:

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

São três eixos de relevo: (i) reforçar medidas de prevenção e combate aos atos ilícitos; (ii) cooperação internacional para investigação e recuperação de quantias desviadas; e (iii) promoção de ambiente de integridade e *accountability*.

Essa convenção, portanto, ganha relevo por estimular tanto a cooperação entre autoridades internacionais, agilizando trocas de informações entre países que inicialmente eram utilizados como esconderijo de ativos, quanto pelo foco no ambiente de integridade. Trata-se de dois tópicos centrais para o êxito de medidas de combate à corrupção.

Como mencionado, pela natureza dos ilícitos associados à corrupção, há sempre formas inovadoras tendentes a escamotear a sua prática ou, sobretudo, algum dos elementos do tipo legal, *v.g.*, o ato de esconder a vantagem ilícita obtida com o agir corrupto. Nesse sentido, uma cooperação investigativa internacional oportuna é fundamental para o sucesso do enfrentamento das modernas organizações criminosas.

Imagine-se o que seria aguardar anos para a obtenção de informações preliminares acerca de movimentações bancárias suspeitas (ou mesmo irregulares), ou, eventualmente, sequer obtê-las pela inércia ou desinteresse do país detentor de tais informações. Fracasso, para dizer o menos, seria a resposta mais adequada.

De outra banda, ao fomentar a cultura da integridade no setor privado, e seu espelho de *accountability* em relação ao setor público, o tratado em questão estimula a formação de uma rede de práticas salutares no relacionamento público-privado, com severos danos de imagem – além das pesadas punições estatais previstas – para as empresas que desrespeitarem as regras.

Com efeito, essa ambiência de integridade, aliada à amplitude dos conceitos de agente dos beneficiários de atos ilícitos, impõe a tessitura de um controle em rede, isto é, coloca-se o nó seguinte da cadeia produtiva como fiscal de práticas e de antecedentes dos demais agentes econômicos envolvidos. A depender do tamanho e da organização do mercado em análise, a interrelação dos componentes pode formatar uma rede de alcance mundial, naquilo que ESTY (2006) denomina *direito administrativo global*.

Segundo tal estudo, há um conjunto de quatro ferramentas de direito administrativo a serem aproveitadas numa estratégia internacional de governança das instituições, a fim de provê-las de legitimidade: (1) regras sobre conflitos de interesse, corrupção e *lobby*; (2) decisões pautadas em audiências e consultas públicas, fluxos decisórios bem definidos e documentados; (3) transparência e participação amplas; (4) estratégias de divisão de poder

decisório horizontal e vertical, mecanismos de revisão hierárquica, além de princípios de derrogação e declinação, em ordem a acomodar as tensões políticas nacionais.

Pode se inferir, a partir desse conceito, a existência de um conjunto de regras a serem observadas no relacionamento das instituições internacionais de interesse público, e seu respectivo diálogo com as legislações nacionais e com o setor privado, a fim de compatibilizá-las a um mínimo necessário para o devido enfrentamento dos defeitos que a má-governança traz, dentre eles, a corrupção.

Ocorre que, ao lado dessas mencionadas regras globais voltadas ao processo decisório de interesse público, há um espelho similar, relacionado ao ambiente de integridade que perpassa as diversas representações das corporações transnacionais, incluindo seus agentes e contratados. Como os sistemas internos de cada empresa interagem com os sistemas internos das demais empresas da cadeia produtiva – ou que, de alguma forma, estabeleçam relacionamento contratual – sobressai a necessidade de falarem ou uma mesma linguagem, ou, ao menos, que se reconheçam como sistemas de integridade reciprocamente válidos. Caso contrário, o sistema que identificar falha no sistema alheio objetará a celebração de ajuste negocial.

Emerge, desta forma, um conjunto de regras privadas, amparadas no mais das vezes em boas práticas e em recomendações de órgãos reguladores, a formar uma rede global que se interrelaciona com o objetivo de cobrar-se mutuamente o cumprimento das regras.

Um exemplo importantíssimo sobre essa constatação pode ser colhido no *Guidance – The Bribery Act*, publicado pelo Ministério da Justiça britânico⁵, que assenta os princípios para um sistema de integridade que demonstre o efetivo compromisso da organização na prevenção da corrupção. São eles: (a) estruturação de procedimentos internos que variem de acordo com o grau de risco que enfrenta a empresa; (b) compromisso hierárquico em se prevenir contra práticas de corrupção; (c) sistema de mitigação de riscos bem estruturado; (d) *due diligence* constante; (e) fortalecimento da comunicação interna, incluindo treinamentos periódicos; (g) monitoramento e revisão das condutas de todos os empregados e intermediários.

Esse tipo de orientação, dada a cadeia global de interrelacionamentos entre as empresas, acaba por orientar a edição dos normativos empresariais internos que compõem os sistemas de integridade de cada empresa. Como, *v.g.*, o *due diligence* contínuo é um dos

⁵ Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

pilares de um sistema eficaz, é de se supor que, ao ser colocado em prática, desse *due diligence* emergirá a constatação acerca da conformidade do sistema de integridade das demais empresas que compõem a sua rede de relacionamentos.

Assim, quer por estimular a alteração e o aperfeiçoamento das legislações nacionais, com a mencionada extraterritorialidade, quer pela pressão e pela colaboração da comunidade internacional, quer, por fim, pela promoção de uma cultura global de integridade (pelo chamado Direito Administrativo Global e pela difusão dos sistemas privados de *compliance*), o direito internacional provê importantes ferramentas para o enfrentamento dos atos de corrupção.

3.4. DESAFIOS INERENTES AO COMBATE AO ATO DE CORRUPÇÃO

Como mencionado, tanto corrupto como corruptor agem nas sombras, nos meandros da burocracia do Estado, em detrimento do interesse público, ora em ordem a produzir renda ilegítima para o particular, ora gerando escassezes artificiais para serem exploradas pelo agente privado em conluio com o agente corrompido e em prejuízo da coletividade.

Somente dessa constatação emerge o maior dos desafios do combate à corrupção: a constante necessidade de adaptações de regras e procedimentos investigatórios para mantê-los *paripassu* às inventivas ilícitas.

Mais do que isso: normalmente, essas adaptações impescindem de modificações legislativas. Num contexto de corrupção generalizada envolvendo a política, não seria difícil imaginar a formação de grupos de pressão – e *lobby* – destinados ou a barrar a tramitação dessas propostas de aperfeiçoamento legislativo ou a modificar sensivelmente seu conteúdo para limitar o alcance, por exemplo quando a origem da proposição seja de movimentos da sociedade organizada.

Partindo-se de tal premissa, tome-se o caso da chamada “Lei da Ficha Limpa”. O projeto de lei de iniciativa popular (PLP n. 518/09), que originou a Lei Complementar n. 135/10, possuía uma redação mais restrita quanto à inelegibilidade decorrente de condenação por ato de improbidade administrativa:

e) os que forem condenados em primeira ou única instância ou tiverem contra si denúncia recebida por órgão judicial colegiado pela prática de crime descrito nos incisos XLII ou XLIII do art. 5º. da Constituição Federal ou por crimes contra a economia popular, a fé pública, os costumes, a administração pública, o

patrimônio público, o meio ambiente, a saúde pública, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e drogas afins, por crimes dolosos contra a vida, crimes de abuso de autoridade, por crimes eleitorais, por crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, pela exploração sexual de crianças e adolescentes e utilização de mão-de-obra em condições análogas à de escravo, por crime a que a lei comine pena não inferior a 10 (dez) anos, ou por houverem sido condenados em qualquer instância por ato de improbidade administrativa, desde a condenação ou o recebimento da denúncia, conforme o caso, até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Nota-se que o texto previa a inelegibilidade para qualquer condenação por improbidade e por qualquer instância. Sem prejuízo de críticas possíveis ao texto em questão, sobretudo pela violação a direitos fundamentais (como a presunção de inocência), o texto que foi promulgado incluiu ao menos quatro requisitos adicionais e concomitantes (decisão colegiada, ato doloso, lesão ao erário e enriquecimento ilícito):

1) 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;

Não se está sustentando que as diferenças entre a proposta inicial e o texto que veio a lume decorra de desvios do parlamento. O texto que foi apresentado pela sociedade carecia de razoabilidade, realmente, ao impingir a inelegibilidade em decorrência de uma condenação por improbidade administrativa, independentemente da instância, com evidente violação a princípios do duplo grau de jurisdição e da presunção de inocência.

Todavia, e retomando a crítica de AMARAL e SÉRVULO DA CUNHA (2010), acerca das reformas eleitorais casuísticas e voltadas à perpetuação de grupos no poder, não parece difícil imaginar que a correção de rumos do projeto de lei em questão tenha sofrido pressões intestinas para elencar os diversos requisitos adicionais como empecilhos ao alcance original da proposta que, ademais, objetiva interferir justamente na escolha daqueles que elaboram a própria legislação.

Esse exercício de imaginação, conquanto dificilmente possa ultrapassar a barreira do mero exercício, porque virtualmente indevassável a consciência parlamentar, permite ilustrar o quão delicado se mostra o combate à corrupção política confiando-se apenas em alterações legislativas, mediada justamente pela clientela do sistema punitivo.

Outro exemplo candente – e também interessante acerca do tema – motivou pedido cautelar ao Supremo Tribunal Federal de prisão de congressistas, acusados de interferências mais sutis na legislação, justamente com finalidade de manietar investigações em curso

mediante *modificações na ordem jurídica, tanto pela via legislativa quanto por um acordo político com o próprio Supremo Tribunal Federal* (AC n. 4173/STF). Ainda que o pedido não tenha sido acolhido, a sua mera formulação pelo Procurador Geral da República ajuda a ilustrar uma das dificuldades que se pretende demonstrar no presente capítulo, acerca do enfrentamento da corrupção política: a possibilidade de modificação das regras do jogo mediada justamente pelo público-alvo dos órgãos de controle.

A despeito desses percalços, e talvez justamente por conta deles, avança-se no *front* legislativo em momentos de comoções e escândalos de larga escala, e exemplos disso não faltam: a legislação norte-americana contra corrupção internacional (FCPA), na esteira do *affair Watergate*; a nossa Lei de Improbidade Administrativa, logo após a deflagração do caso Collor de Mello; a Lei Anticorrupção, como reação às marchas de junho de 2013, em que pessoas foram às ruas com pautas diversas, mas tendo como um certo amálgama o sentimento de fastio contra a corrupção.

Sobressai, destarte, o papel de atores não-estatais (PRADO e CARSON, 2014) em fazer avançar a institucionalidade, ao colocar pressões sobre agentes públicos mediante a atuação de mídia, público e sociedade civil organizada. O autor acresceria a esse rol as redes sociais, com sua desorganização inerente e as diversas tentativas de manipulação, mediante robôs que amplificam determinadas linhas de manifestação; mesmo com tais vícios, trata-se de ferramental decisivo nessa empreitada, que não pode ser negligenciado.

O processo de amadurecimento e fortalecimento institucional no combate à corrupção impescinde de pressões realizadas pela sociedade (organizada ou não) e pela mídia; caso contrário, a inércia prevalece, fomentando que práticas corruptas se mantenham e se ergam outras barreiras legislativas em ordem a proteger corruptos e sua conduta.

Se, por um lado tem-se barreiras criadas pelos agentes corruptos, por outro, nota-se a reiterada utilização do combate à corrupção como discurso político, em razão do apelo que essa temática desperta na sociedade. Trata-se de outra faceta decorrente do fenômeno: a sua utilização como desgaste do adversário político, cujo exemplo histórico, deveras eloquente, é a exposição de motivos do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964:

O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita

de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

[...] Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas.

Ou seja, a despeito de emergir de um ato de força – que, em princípio não precisaria de convencimento –, o Ato Institucional buscou se justificar por uma necessidade de *reconstrução moral* do país, para promover demissões sumárias de servidores públicos que gozavam de vitaliciedade e estabilidade (art. 7º, §1º, AI n. 1), inclusive mediante processos e inquéritos *instaurados coletivamente* (art. 8º).

O discurso de combate à corrupção, pelo potencial de desgaste simbólico do adversário político, reiteradamente é utilizado nos embates político-eleitorais e ajuda a conturbar a efetividade do enfrentamento, justamente por conferir ao alvo o discurso de ser vítima de uma perseguição política. Misturando-se os discursos político e jurídico em um mesmo processo, ou se vitima a efetividade ou as garantias processuais do acusado.

Assim, ora pecando pela dificuldade na adaptação normativa e institucional, ora eliminando garantias com a finalidade mal escondida de promover expurgos de adversários na arena política, o enfrentamento à corrupção no Brasil vai demonstrando uma vocação pendular que não favorece o ambiente institucional para a efetiva atuação dos órgãos de controle contra esse mal.

Dentre muitas, estão colocadas, portanto, duas dificuldades inerentes ao combate à corrupção: de um lado, o eterno retorno no rearranjo normativo e institucional para perseguir as inventivas ilícitas, e, por outro, a sua utilização como discurso político a embaçar o foco de atuação dos órgãos de controle e conferir o papel de vítima ao público-alvo da legislação.

A clivagem entre a responsabilidade política e os instrumentos jurídicos para o enfrentamento do problema pode ser um caminho para se evitar essas mútuas contaminações de discursos que somente favorecem a perpetuação de práticas indesejáveis.

4. ELEMENTOS POLÍTICOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO: A RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Conforme as premissas deste trabalho - a corrupção impinge vicissitudes à economia, às intuições do Estado e à própria democracia - , torna-se relevante, nesse ponto da exposição, apresentar a convicção de que o caminho para enfrentar o problema passa por um reforço das instituições democráticas de controle do Estado e de seus agentes.

Recobrando o que se destacou nas linhas introdutórias deste trabalho, o governante está em uma relação diferenciada com o direito, se comparado aos demais cidadãos: a ele não deveria ser possível invocar a presunção de inocência, no plano político, para elisão de sua responsabilidade, justamente porque sua responsabilidade política não se assenta sobre os mesmos parâmetros da responsabilidade jurídica (GISBERT, 2013). Significa dizer que o agente político deve render contas permanentemente de seus atos, de modo a sempre encontrar-se em condições de demonstrar sua inocência (p. 65).

Ou, como aponta MORILLO (1998, p.82), o sequestro do discurso jurídico pelo político, quanto à culpabilidade, é uma tática frequentemente utilizada pelos governantes para escapar à responsabilidade política. De maneira indevida, subordina-se a resposta no plano político a uma comprovação judicial de culpabilidade, noção necessariamente compreendida dentro do discurso jurídico. Mas a responsabilidade política prescinde, justamente, dessa comprovação, numa forma de incidência objetiva (MORILLO, 1998, p.82-4).

Como se verá no tópico 4.3, a responsabilidade política é exercida em ambiente caracterizado pela abertura do discurso, em posição diametralmente oposta ao procedimento sancionatório administrativo ou judicial. O objetivo dessa forma de responsabilidade é exigir explicações bastantes do governante, em ordem a afastar eventuais dúvidas que parem sobre o liame que estabeleceu a representação.

A grande dificuldade, nesses casos, seria como aferir se as explicações foram bastantes e, talvez até antes disso, a quem as prestar pois, embora o povo seja o destinatário final da responsabilidade, a consecução prática de uma consulta a cada evento de relevo tende a ser tarefa virtualmente impossível de ser realizada.

De toda forma, ao longo deste capítulo, buscar-se-á pontuar alguns instrumentos que se prestam a tal exercício; todavia, o principal juiz dessa questão deveria ser o próprio exercente da atribuição para, em gesto de reconhecimento de sua falha, resignar ao cargo,

renunciar. Assim agindo, evitaria que algum outro órgão externo viesse a lhe cobrar a responsabilização, impondo-lhe a destituição.

Tutela-se, dessa maneira, a regularidade da representação política, em ordem a que as instâncias mais relevantes de comando do Estado sejam preservadas da atuação de quem não se mostrou compatível com as elevadas aspirações que a sociedade depositou no momento da investidura. E, mais, o acionamento da responsabilidade política, no sentido de serem prestadas contas quanto a determinados atos, objetiva responder concomitantemente aos anseios da cidadania, hipótese incompatível com o faseamento de um processo jurídico.

Poder-se-á questionar se a celeridade esperada na resposta política à questão não viola os direitos do representante, sobretudo em hipóteses em que sobrevém absolvição posterior no processo jurídico. O mandato perdido não pode ser recuperado, argumentar-se-ia, e o indivíduo apeado do cargo teria sido injustamente punido no campo político.

A solução para essa questão não parece fácil, sobretudo em se tratando de um problema de difícil identificação em seus aspectos singulares ou coletivos, e quase impossível de problematização em todas as suas dimensões (SABET, 2010, p. 91). Todavia, parece-nos que a hipótese retratada – absolvição jurídica posterior de um indivíduo que fora condenado no plano político – poderia ser tratada como uma falha desse mesmo indivíduo em demonstrar o seu não envolvimento com o ato ilícito, ou, ao menos, a gravidade retratada pela acusação política. Esse hipotético indivíduo teria perdido seu mandato justamente por lhe carecer a confiança na continuidade do seu exercício.

Soa injusto – e, tomado o ponto de vista egoístico do representante, pode até ser – uma solução que legitime a cessação do exercício do cargo no plano político, em que, posteriormente sobrevenha a absolvição depois de exaustivo contraditório judicial ou administrativo sobre os mesmos fatos. Entretanto, como há outros valores em jogo – sobretudo a legitimação do próprio Estado e a moralidade para o exercício de funções públicas de relevo – concluir que a punição decorreu da falha na prova da inocência política talvez não seja mais do que um mero efeito colateral, ou uma exceção, à regra que seria de se esperar: o afastamento efetivo daqueles agentes que se instalaram no seio do Estado com finalidades espúrias. Seria um raciocínio similar ao que o Supremo Tribunal Federal assentou ao decidir as impugnações em controle concentrado de constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10: o sacrifício à liberdade individual não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico* (ADC 29/DF).

Noutro giro, e retomando a noção de uma relação especial do governante com o direito, a ele seria imputado os ônus de demonstrar sempre sua correção no agir, independentemente da formação de sua culpabilidade num processo de responsabilização jurídica, através do contraditório e da ampla defesa; a ele seriam carreados os deveres de atestar a própria inocência e, na eventualidade de ser condenado politicamente com a perda do cargo mesmo que absolvido juridicamente, essa condenação terá fundamento na sua incapacidade de comunicar-se adequadamente com os representados para justificar a continuidade de seu mandato – o que nada tem a ver com sua culpabilidade jurídica. Ou, mais claramente: aquele que restou afastado de seu mandato, mas que logrou posteriormente uma absolvição judicial, não será um injustiçado, mas sua punição terá fundamento na sua incapacidade de comunicar a sua inocência no campo político.

Não se desconhece posição doutrinária que reconhece a existência de uma responsabilidade política somente em regimes parlamentaristas. Todavia, o que se entende por essa forma de responsabilização, para os fins deste trabalho, seria toda e qualquer forma de buscar reafirmar a confiança de representados nos representantes, realimentando a relação da representação continuamente. Para tal processo, são diversos os mecanismos possíveis, desde os mais tradicionais, relacionados à atuação parlamentar, até instrumentos outros, como comissões de ética, ou mesmo o exercício difuso do questionamento, através das redes sociais.

Neste capítulo, buscar-se-á desenvolver alguns pontos necessários à compreensão do tema, seus elementos característicos, como se desenvolve a responsabilização política e alguns dos vícios identificados na realidade brasileira.

A responsabilidade política busca assegurar a efetiva aderência do representante àquilo que fundamentou o depósito da confiança dos eleitores para formar a relação de representação; pretende-se o prestígio ao tênue liame que se estabelece a partir do convencimento do eleitor.

4.1. ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS DE UMA RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Tradicionalmente, a função de exercitar o controle político do Estado é cumprida pelo parlamento. Compete-lhe, para além da formulação da legislação, fiscalizar o

cumprimento das políticas públicas estatuídas, cobrar a responsabilidade daqueles encarregados da alta administração.

A função de controle desponta ainda com maior relevância na atual quadra, porque a atividade legiferante retraiu-se ante o incremento da complexidade das relações sociais e econômicas, que demandam, cada vez com maior intensidade, leis abertas para serem complementadas pelos regulamentos executivos, pelas normas regulatórias das agências estatais, enfim, mediante um regramento altamente especializado e ágil que, justamente por tais razões, escapa às atribuições de uma instância política, como é o legislativo.

FARIA aponta esse fenômeno, ao destacar que o dinamismo e a complexidade da sociedade brasileira dilaceraram uma tradição legislativa de bases igualitárias, gerais e abstratas, enfeixadas em códigos doutrinariamente homogêneos. Segundo o autor, essa lógica começou a se modificar a partir dos anos de 1970, com a necessidade de edição de leis especiais, mais que dobrando de número em três décadas – cerca de 141 mil em 2006 – rompendo a unidade lógica da ordem jurídica.

Essa constatação, todavia, não diminui a importância do poder legislativo na conformação da estrutura de comando do Estado; ao revés, impõe-lhe o dever de ressignificar sua atuação, reassumindo uma tarefa que lhe competiu com maior relevo no início de sua história e que, aos poucos, acabou sendo relegada a um segundo plano.

Autores, como PELIZZO E STAPENHURST (2014, p. 29-36), apontam justamente para o avanço tecnológico como um dos fatores de declínio da função de elaboração legislativa, pela maior aptidão do poder executivo na produção de normas mais complexas para regulação da sociedade e da própria economia. Segundo esse estudo, o parlamento deve privilegiar e intensificar a função de supervisão parlamentar, mediante os mecanismos mais comumente utilizados, como comitês de oitiva e de inquirição, moções de debate, questões orais e escritas, missões para averiguação de departamentos, interpelações, *ombudsmen*, relatórios, dentre outros.

O aprimoramento da função de controle pelos parlamentos oxigena a democracia, reafirma o liame entre representantes e representados, além de se enfeixar como mais um dos instrumentos de enfrentamento da corrupção e, mais relevante: o parlamento tem à mão o poder de editar novas regras para a atuação de todos os demais órgãos do Estado.

Assim, justamente durante o exercício de sua tarefa de cobrar responsabilidade dos demais atores do Estado, o legislativo pode identificar lacunas na legislação e providenciar aprimoramentos.

No Brasil, a Constituição estabelece regramento típico desse controle parlamentar, v.g., ao disciplinar, no art. 49, IX, acerca da tomada de contas do presidente da república, assim como apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo que restaram aprovados na forma da legislação orçamentária (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual). Trata-se, portanto, de controle eminentemente político acerca de como se desempenha o maior mandatário da nação, à luz daquilo que fora proposto e aprovado pelo Congresso Nacional, quando submeteu, discutiu e viu aprovado seu planejamento de governo perante o Poder Legislativo. Ou, com maior destaque, o inciso X, do mesmo art. 49, que disciplina a fiscalização e o controle, diretamente, sobre os atos do Poder Executivo, inclusive a administração indireta.

Fiscalização e controle que se exercem não apenas sobre a eficácia e competência do governante, mas também quanto à adequação de suas ações à moralidade administrativa, imperativo das ações públicas, em diversas passagens da Carta, em especial no art. 14, par. 9º e no art. 37, *caput*.

Dentre suas atribuições, compete ao Legislativo efetivamente fiscalizar a moralidade no exercício das funções do Estado, para além de positivar, como de fato já positivado, regramento para a atuação do Poder Judiciário na persecução de atos contrários à moralidade administrativa (v.g., lei de improbidade administrativa, lei da ação popular, lei anticorrupção, código penal, dentre inúmeras tratadas no capítulo seguinte).

O discurso político, mais aberto, como tratado no tópico 4.3, permite que sejam cobradas e exigidas posturas que ainda não passaram a integrar o sistema normativo do país, conquanto possam se caracterizar como violadoras da moralidade, em ordem a possibilitar que o enfrentamento da corrupção se coloque *paripassu* às inventivas de corruptos e corruptores.

É certo que dispositivos legais, como o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, objetivem manter a abertura necessária à adaptabilidade do sistema jurídico às inovações e constantes adaptações da corrupção, posto que apenas condutas violadoras a princípios da Administração. E uma violação ao princípio da moralidade estará albergada, em tese, nesse dispositivo legal, a habilitar a atuação jurídica para sua repressão, ao menos na seara da improbidade administrativa.

Mas, sob a ótica da segurança jurídica, do devido processo legal e dos demais princípios que informam o processo jurídico de apenamento, soa mais adequado que esse tipo de abertura deva ocorrer com maior adequação no âmbito político, do qual o Parlamento

é o centro e o foco de atuação. Além, decerto, da questão da imediatidade na resolução do problema, que somente a resposta política pode conferir, eis que o discurso jurídico é entremeado de regras de observância cogente e não necessariamente compatíveis com a celeridade.

A responsabilidade política por violações à moralidade administrativa deve ser cobrada, portanto, mediante os elementos clássicos de sua conformação, como os destacados por PELIZZO e STAPENHURST acima, no âmbito parlamentar. Ou, ainda, como destaca CAGGIANO (2004, p. 31):

O Parlamento, no entanto, atua no campo do controle da atividade governamental por intermédio de uma série de mecanismos que lhe garantem uma adequada visibilidade sobre as políticas públicas praticadas pelo governo e os respectivos meios de ação, inclusive programas e atividades dos diferentes órgãos estatais [...]. Nesse especial escaninho, contudo, é que o analista vai desvendar, também, determinadas técnicas de ação parlamentar voltadas a tornar eficiente a atividade de controle. Dentre tais mecanismos, podemos identificar os **corpos internos**, decorrentes da organização parlamentar, a exemplo das comissões, o poder de convocação de autoridades para informações e esclarecimentos e, por derradeiro, o potente e perigoso processo de *impeachment*.

Mas a responsabilidade que se entende como *política* nesse estudo não se resume àquela exigida no âmbito parlamentar. A apresentação de explicações perante o Poder Legislativo não exaure essa tarefa, notadamente em tempos de imediatidade e horizontalidade das comunicações entre os cidadãos, propiciada pelas redes sociais. Até porque os próprios parlamentares necessitam estar sob controle dos representados – e uma intensa troca de informações entre governantes e eleitores possibilitaria um controle também acerca da moralidade no exercício da representação dos próprios legisladores.

Assim, devem ser considerados também outros agentes e mecanismos para o acionamento das responsabilidades no plano político, como a sociedade civil, órgãos de imprensa, os próprios cidadãos, mediante redes de *accountability* que permitam o contínuo questionamento dos agentes políticos para, dentre outras questões, e especialmente no que importa ao presente trabalho, o conhecimento e o desvelamento dos atos de corrupção.

A cobrança pela via parlamentar, no limite e dada a gravidade do caso concreto, pode resultar na **revogação** da representação conferida ao representante desviado de suas atribuições (por exemplo, pelas disposições do art. 85 da Constituição, o *impeachment*).

De outra banda, exigida a responsabilidade de forma direta pelas instâncias da sociedade, caberá ao representante decidir se mantém o exercício do cargo ou se dele abdica, **renunciando** à representação.

Nesse passo, a ideia que se pretende desenvolver é a exigência da responsabilidade de atores governamentais de uma forma também direta, não apenas mediada pelo Legislativo, mediante redes de questionamento e pressão que, devido à gravidade do caso concreto, venham a impor a cessação da representação, pela renúncia. É dizer: não será aceitável uma resposta que condicione esse juízo político à finalização do último recurso judicial, em processo que se busque a culpabilidade da autoridade implicada; ou se exigirá a atuação dos mecanismos políticos formais, para que imponham a sanção política prevista, ou se fará uma pressão direta no representante questionado, para que ele mesmo adote a solução que entender cabível para o problema.

Recobrando CAGGIANO, em citação de Robert Dahl e sua ideia de *responsiveness*, há que se estabelecer mecanismos para que o ambiente democrático se desenvolva sob uma correspondência contínua da decisão política à perspectiva social; correspondência colhida inicialmente mediante um sistema eleitoral que garanta eleições livres e isentas de vícios, mas que deve ser rápida e continuamente ajustada, durante o exercício do mandato, a partir da relação de troca com a sociedade, de forma a atingir novamente outro ponto de equilíbrio entre expectativas de representados e ações do representante. A partir desse exercício de renovação contínua da relação de representação, ter-se-á a consequência da mitigação da corrupção.

É o reverso da proposição sugerida por WARREN (2015, p.7), quanto à mancha que a corrupção joga sobre todos os atores políticos, sejam eles corruptos ou não:

When people lose confidence that public decisions are taken for reasons that are publicly available and justifiable, they often become cynical about public speech and deliberation. People come to expect duplicity in public speech, and the expectation tarnishes all public officials, whether or not they are corrupt.

Um *output* positivo do acirramento da representação, mediante mecanismos, dentre outros, que prevejam contínua prestação de contas e célere reajuste de correspondência entre decisão política e perspectiva social, será a diminuição dos espaços para que a corrupção se estabeleça. Como já mencionado nas primeiras partes deste estudo, a corrupção é um mal que se estabelece na opacidade, nos meandros da atividade pública, de modo a evitar que seja descoberta e se torne objeto de persecução pelos órgãos de controle.

A repressão jurídica dos atos ilícitos, matéria tratada no capítulo 5, é importante porque estabelece um custo para a autoridade que tencione agir contrariamente aos preceitos esperados; todavia, tem-se como indispensável ao enfrentamento desse mal a conjugação de

uma prática saudável de transparência, pressão popular, imprensa livre, sociedade civil organizada, com efeitos sobre governantes e também sobre lideranças empresariais (LAMBSDORF, 2008). Sobre o efeito da exposição de empresas envolvidas em atos ilícitos, aprofundaremos o estudo no item 5.2, ao tratar da pena vexatória prevista na Lei Anticorrupção Brasileira (art. 6º, II).

Nesse conspecto, mecanismos tecnológicos, como redes sociais, devem ser utilizados para reafirmar a relação de confiança entre governantes e cidadãos, a partir da coleta de percepções e perspectivas para reorientar a ação política.

É certo que um sistema de rearranjo de expectativas, como mencionado parágrafos acima, não pode retroceder ao ponto de reconformar a representação política ao mandato imperativo dos parlamentos medievais. É de outra questão que se trata aqui: a tecnologia deve ser posta à disposição da democracia para que governante possa explicitar aos governados os detalhes de suas posições e decisões para realimentar a relação de confiança que sustenta a representação. De outra banda, podem-se colher dos representados expectativas e anseios para transformá-los em ação política.

Um exemplo sobre como a tecnologia pode auxiliar no desempenho dessa tarefa foi o processo inicial para a reforma da Constituição da Islândia, que tomou corpo mediante um amplo processo de participação popular com a utilização de ferramentas da tecnologia da informação.

Segundo BERGMAN (2016), que, além de professor de ciência política da Universidade de Bifrost, também integrou o Conselho Constitucional, foram selecionados 950 cidadãos aleatoriamente, dentre os quais se elegeram os 25 membros que cuidaram de coletar à sociedade as ideias e temas para o texto-base da Constituição. Para essa tarefa de coleta de ideias e temas, esse conselho utilizou diversos mecanismos de redes sociais, dentre os quais *facebook* e *twiter*, com ampla participação da sociedade.

Ao final, o texto-base foi largamente aprovado por 2/3 dos eleitores mediante referendo. O relato sobre os fatos posteriores, todavia, não é muito alentador, pois o resultado acabou contaminado por disputas político-partidárias, pela reação do parlamento e do próprio presidente, além de grupos econômicos que se opuseram ao projeto.

Todavia, guardadas peculiaridades relacionadas ao pequeno número de habitantes, alta incidência de acesso à *internet*, emergência de uma grave crise econômica (2008), esse exemplo permite concluir que é possível estabelecer mecanismos de participação direta dos

cidadãos para reajustar a legitimidade das instâncias de comando do Estado, notadamente aquelas relacionadas à tecnologia.

Um bom representante certamente se preocupará em estar constantemente conectado com seus eleitores, em ordem a manter suas ações ou aderentes às expectativas da sociedade ou prestar todas as informações possíveis para que os motivos de suas decisões aparentemente contrárias aos anseios imediatos sejam efetivamente compreendidos. A tecnologia pode e deve auxiliar nessa importante tarefa, seja mediante a publicização de dados e informações, por exemplo, como aquelas determinadas pela Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.517/11), seja mediante um sistema de consultas que permita aferir posicionamentos e opiniões em tempo real, seja de forma difusa mesmo, tal como se dá na espiral alucinante e descontrolada dos assuntos mais comentados em redes sociais.

Esses fatos devem ser absorvidos pelo sistema político para devolver uma resposta às provocações realizadas pela cidadania. O que se imagina é que, cada vez com maior intensidade e imediatidade, respostas políticas sejam conferidas a esses movimentos.

Cabe um parêntesis para ponderar que a existência de mecanismos ilegítimos de manipulação de opiniões, tais como robôs e outros *softwares*, configura um risco à própria democracia e já desponta como um dos desafios para organizar o debate público, com efeitos negativos evidentes no ambiente político.

De toda forma, trata-se de ferramentas importantes para possibilitar a coleta de elementos que permitam colaborar com a exigência de responsabilidade, no plano político, daqueles que se dispõem a exercer cargos de comando na estrutura do Estado. São elementos que potencializam o *accountability*.

Em arremate, por *responsabilidade política* compreendem-se os mecanismos que permitam tomar continuamente a legitimidade dos governantes, de maneira institucionalizada ou não; no caso de não ser institucionalizada, e ante a inércia da autoridade sob questionamento em apresentar os esclarecimentos pertinentes, caberá ativar-se a responsabilidade política perante o órgão competente, o qual terá um dever (jurídico) de exercitar o controle e aplicar a sanção cabível que pode *traduzir-se na mais grave das obrigações: a demissão do titular* (LOMBA, 2008, p. 148). Ou, como define Díez-Picazo, citado por GARCÍA CONLLEDO (2017, p. 86):

La responsabilidad política consiste en la imposición de sanciones, cuya naturaleza es precisamente política, a los gobernantes por el modo en que éstos ejercen el poder político.

4.2. TRANSPARÊNCIA COMO RESULTADO DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Da leitura do tópico anterior, resta evidente que a responsabilização política de uma autoridade objetiva controlar a sua atuação. Mais além: busca-se realinhar as ações dessa autoridade às expectativas dos cidadãos, na perspectiva de realimentar a relação de confiança que fundamentou a formação da representação política. Intenta-se, assim, relegitimar continuamente o exercício do mandato.

Na proposta deste trabalho, entende-se não apenas viável a sua utilização para casos envolvendo corrupção política, mas sobretudo que funcione como uma válvula para extrair dos processos sancionatórios as pressões da sociedade, hipótese que será explorada com maior profundidade no capítulo 6.

De toda sorte, e como já analisado, o fundamento da responsabilidade política reside na imposição aos governantes de renderem continuamente satisfações acerca de seus atos e suas motivações, de modo a realimentar a relação de confiança estabelecida com a representação política.

Nessa linha, emerge como um dos atributos dessa forma de responsabilidade o dever de prestar contas, ou seja, de conferir transparência às decisões adotadas pelo governante, quanto aos fundamentos que embasaram tais decisões. Muito mais além disso: a autoridade acaba tendo de explicar suas relações, quer pessoais, quer profissionais, anterior ou posteriormente ao exercício da representação, para que seja possível o escrutínio das suas realizações pela sociedade.

Destarte, esse contínuo dever de render contas, o *accountability*⁶, é o motor que permite o escrutínio sobre ações públicas, como se colhe em (POWER e TAYLOR, 2011, p. 10):

Accountability allows citizens in a democracy to “discern representative from unrepresentative governments” and sanction them appropriately (Manin, Przeworski, and Stokes 1999, 10). More broadly, the full accountability process may set in motion corrective measures by helping to identify institutional flaws, as well as by building political consensus around reforms designed to prevent a recurrence of specific forms of corruption.

⁶ Definido, segundo esse estudo, como a capacidade de resposta (*aswerability*) dos agentes públicos acerca da natureza pública de suas decisões, assim como de sua própria probidade (ob. cit., p. 1).

Portanto, uma relação de responsabilidade como a sugerida neste trabalho pressupõe a transparência de atos, motivações, intenções daquele que se dispõe a exercer funções de relevo no Estado. Ao colocar os governantes sob um escrutínio constante – e não apenas durante os períodos eleitorais, essa relação de responsabilidade acaba exteriorizando um produto importante para o enfrentamento da corrupção: a transparência.

Trata-se de colocar em marcha o máximo de publicidade acerca da atuação do governante a fim de realimentar, perante os cidadãos, a relação de confiança que se estabeleceu no momento eleitoral. Para tanto, imagina-se o concurso indispensável e cada vez mais constante das ferramentas tecnológicas, como exposto no tópico acima; essas ferramentas, ao lado dos institutos mais tradicionais, atuariam como correia de transmissão dos anseios da sociedade aos representantes.

PEREZ LUÑO (2003, p. 63) faz uma aproximação dessa noção ao conceito do *servomecanismo* da cibernética, segundo o qual as tecnologias são fundamentais na promoção de uma interação entre sociedade e partidos políticos, de modo a se colher o *feedback* dos cidadãos para se promover a reciclagem nos programas partidários. Mais adiante, conclui acerca das possibilidades das novas tecnologias no desempenho do controle do Estado:

Las repercusiones de las NT [*novas tecnologías*] no si circunscriben a los procesos electorales, sino que proyectan en un amplísimo mosaico de relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. Uno de los grandes retos de las democracias del presente es posibilitar una red de comunicación directa entre la Administración y los administrados que redunde en una profundización democrática y en una mayor transparencia y eficiencia de la actividad pública. (p. 64)

A ideia aqui é dificultar e limitar ainda mais os espaços para a conformação de práticas corruptas. Se o ato de corrupção, por definição e necessidade, ocorre às sombras para não ser identificado pelos órgãos de controle, entende-se que o incremento da responsabilidade de governantes irá trazer a consequência de aumentar a transparência das gestões públicas e limitar as possibilidades de atos contrários ao interesse geral.

Ademais, como retratado no tópico 4.3, a responsabilidade exigida no plano político prescinde de configuração jurídica de culpabilidade; o representante terá de conferir explicações inclusive acerca de atos praticados por indivíduos integrantes de sua equipe, de modo a que o aumento do custo para o pretense infrator será elevado: sua responsabilidade política será exigida, seja de forma difusa, seja mediante o acionamento do órgão próprio ao qual compete tomar as contas.

Num ou noutro caso, e na hipótese de responsabilização mais grave, com a cessação do mandato, ter-se-á o efeito de conferir celeridade na retirada do cenário político de indivíduos que tiveram corroída a confiança da sociedade, base da representação .

4.3. CONTEXTO NÃO JURÍDICO DE ATUAÇÃO

Consoante destacado alhures, a noção de responsabilização política prescinde da formalidade procedimental inerente ao processo jurídico. A confiança, base da representação, não pode ser imposta por decisão judicial. Tampouco, num ambiente de normalidade institucional, poderia ser perquirida a sua continuidade no plano jurídico.

Todavia, em contextos de corrupção política sistêmica ou generalizada, é bastante possível que esse mal se infiltre perante essas instâncias e órgãos de responsabilização política, em ordem a inviabilizar a sua atuação. Isto porque o discurso político opera na lógica da decisão pela maioria e não pela motivação racional, favorecendo que práticas corruptas sejam perpetuadas. Esse tema, que permeia os vícios do sistema brasileiro, será retomado no próximo tópico.

O que importa neste ponto da exposição é destacar que a responsabilização política de governantes (eleitos ou nomeados) não depende das formalidades próprias do processo sancionatório. Não se aguarda a perquirição de culpabilidade, após extensos debates à luz do contraditório e da ampla defesa, para somente depois se impor o sancionamento.

Como salienta MORILLO (1998, p. 93/94), a construção da responsabilidade política destinou-se a sancionar a atuação fracassada, mas não necessariamente ilícita. Todavia, sua aplicação em casos de ilícitos complica, porque prescinde da aferição da culpabilidade jurídica. Sanciona-se a inidoneidade para o exercício da atividade, não o ilícito.

A responsabilidade política opera na lógica de sancionar a retirada de confiança que fundamentou o estabelecimento da relação de representação política; em tese, esse fato é insindicável pelo direito porque, como mencionado, a confiança não se restabelece pela força, pela coerção, inerente ao cumprimento das decisões judiciais.

Essa forma de responsabilização impõe ao governante o dever de avaliar se a confiança em si depositada persiste ou se pode vir a ser reatada mediante o convencimento dos representados. Esse convencimento poderá advir de manifestações públicas, pedidos de desculpas, esclarecimentos, enfim, toda uma gama de instrumentos que não são governados pelo direito, exceto no caso de uma teratologia, como, por exemplo, uma prática clientelista.

Caso a resposta seja negativa, a saída que lhe restará, antes do acionamento dos mecanismos formais de responsabilização, será a renúncia. Na hipótese de não renunciar, sua responsabilidade deverá ser tomada pelas instâncias próprias: por exemplo, no caso de um Ministro de Estado, a Comissão de Ética da Presidência da República exigirá suas explicações e, ao final, expedirá recomendação quanto à pena ética a ser imposta.

Essas instâncias formais de tomada de responsabilidade política podem ser instâncias representativas ou diretamente formadas pelo corpo eleitoral, na hipótese de *recall*, ainda inexistente em nosso ordenamento. Como instâncias representativas, entendem-se aquelas com conexão direta com o eleitor, por exemplo, os parlamentos, ou com conexão indireta, em que o vínculo se estabelece a partir da nomeação por alguma autoridade eleita, v.g., a Comissão de Ética da Presidência da República, cujos integrantes são indicados pelo presidente.

Dado que a representação se estabelece no interesse do representado, a partir de uma relação de confiança, não deve haver um direito subjetivo do representante a ser exercido à revelia do representado. Por essa razão, não incidem os predicados de ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal: a confiança esmorecida não se sustenta no discurso jurídico; apenas no plano político.

Igualmente, não se cogita da apuração do elemento subjetivo, para fins de continuidade da representação: admite-se a sua forma objetiva. Nessa linha, ZAMPIERI (2014):

A responsabilidade política, diferentemente da responsabilidade jurídico-penal, requer mais do que um mínimo de nexos causal entre o comportamento e o feito reprovável: ela é também uma responsabilidade em sentido de titularidade de função pública. Por este motivo, pode-se entender que a responsabilidade política possa ser objetiva. (p. 371)

LOMBA (p. 60), ainda com mais precisão, indica os elementos que devem orientar a avaliação de uma conduta, sob a ótica política: consequências coletivas das ações políticas, as condições em que as decisões foram tomadas, as informações e as alternativas possíveis no momento, a competência e a idoneidade da autoridade.

Essas premissas permitem avaliar a conduta sob uma ótica de conveniência, e, em tese, evitariam o acionamento de responsabilidade jurídica em caso de um ato politicamente desastroso, mas não necessariamente ilícito.

Destarte, como a confiança, fundamento da representação, não se caracteriza como uma categoria jurídica, perquirir-se acerca da sua manutenção está fora dos domínios do

direito. Isso não significa que o direito não possa controlar essa aferição, por exemplo, no caso de desvio de finalidade pelas instâncias responsáveis pela aplicação da responsabilidade política, em contexto de corrupção, tema a ser aprofundado no item 6.2 deste trabalho.

4.4. VÍCIOS DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Como se analisará neste tópico, os instrumentos típicos da responsabilidade política, no Brasil, vêm sendo utilizados de maneira justamente a obnubilar a possibilidade de qualquer responsabilização pelo ato de corrupção. O sistema político-eleitoral foi estruturado, e vem sendo reestruturado seguidamente, segundo a lógica de forçar os novos entrantes a aderirem à regra viciada, ao mesmo tempo em que obriga os já integrantes a se sujeitarem a qualquer artifício a se manter no poder, com a finalidade de manter a proteção conferida pelos instrumentos desvirtuados (de responsabilidade política à “proteção política”).

Apenas em alguns momentos de elevada pressão da sociedade é que se alteram as regras, como foi o caso do art. 41-A da Lei das Eleições, para punir o abuso econômico, e a Lei da Ficha Limpa, mais recentemente, que agravou as hipóteses de inelegibilidades.

É certo que uma melhoria nesse quadro passa pela revisão das regras eleitorais, mediante mecanismos que aproximem parlamentares de eleitores, *v.g.*, o voto distrital misto, além de forma de controle direto pelos representados como o chamado *recall* eleitoral. Como sustentam PELIZZO e STAPENHURST (2014):

Election campaigns are the heart of democracy. Without elections, there is no representation, and without representation there is no democracy. (p. 83)

Todavia, não basta exigir que a responsabilidade política seja executada apenas pelos cidadãos, durante as eleições periódicas. Há que se estabelecer o controle na constância do exercício do mandato, mediante mecanismos de responsabilização política que, a despeito de já existirem em nosso ordenamento, não vêm sendo aplicados a contento. Esse fenômeno, diga-se de passagem, não é apenas brasileiro e parece contextualizar-se na crise mundial por que passam os sistemas democráticos de governo.

MORILLO (ob cit, p. 82) destaca que é bastante comum a escusa de uma condenação judicial para suportar o acionamento da responsabilidade política. Em ZAMPIERI, isso fica ainda mais evidente:

Existem algumas situações em que é possível verificar a absorção da responsabilidade jurídico-penal pela responsabilidade política. Este fenômeno pode ocorrer quando aquele que cometeu ato politicamente reprovável também atuou de forma ilícita. Quando isso ocorre, os delitos políticos concorrem com a criminalidade do governante, pressupondo responsabilidade política aos delitos políticos e responsabilidade jurídico-penal à criminalidade do governante. Segundo o entendimento de Lawrence Tribe, este fenômeno pode permitir tanto a impunidade daqueles indivíduos que estão apoiados pela maioria, como possibilitar que a maioria incrimine a minoria política e os dissidentes, provocando um efeito negativo no funcionamento da democracia.

As motivações para que este tipo de situação ocorra podem ser de diversas espécies e podem contribuir para a absolvição, neutralização ou desaparecimento de uma pela outra. É possível e mais comum, entretanto, que o inverso ocorra: a absorção da responsabilidade política institucional pela responsabilidade jurídico-penal. (2014, p. 374)

A apropriação do discurso jurídico para obstaculizar a responsabilização política é vista com frequência em nossas terras. São bastante comuns as afirmações de governantes que, confrontados com denúncias de possíveis ilícitos, calam-se e escudam-se na presunção de inocência.

E até é compreensível que essa seja uma estratégia comumente adotada pelo lado dos representantes, que, ademais, acabarão tendo de se defender também no plano judicial por questões similares e uma confissão, ainda que política, representada pela renúncia, certamente impactará o processo jurídico-sancionatório respectivo.

O que não parece ser adequado, contudo, é a assunção desse discurso pelos mecanismos institucionais, dessas formalidades jurídicas para amparar o procedimento de tomada da responsabilidade eminentemente política. Exemplo disso é o parágrafo 1º do art. 30 da Resolução n. 10, de 2008, da Comissão de Ética Pública da Presidência:

Art. 30. Apresentadas ou não as alegações finais, a Comissão de Ética proferirá decisão.

§1º. Se a conclusão for pela culpabilidade do investigado, a Comissão de Ética poderá aplicar a penalidade de censura ética prevista no Decreto nº 1.171, de 1994, e, cumulativamente, fazer recomendações, bem como lavar o Acordo de Conduta Pessoal e Profissional, sem prejuízo de outras medidas a seu cargo.

Como se pode verificar, há expressa menção à culpabilidade para fins do apenamento, hipótese que pressupõe a verificação do elemento subjetivo na conduta da autoridade. Por argumento, essa autoridade poderia se defender com o redirecionamento da

responsabilidade por determinado fato a um subordinado, escapando ao apenamento que poderia ocorrer, *v.g.*, pela inépcia na escolha de seus subordinados. LOMBA alertou para esse risco:

Os titulares de funções políticas também estão sujeitos a uma responsabilidade política provocada por condutas políticas de seus subordinados. A teoria da responsabilidade ministerial abrange as condutas e decisões administrativas, praticadas no âmbito da Administração subordinada aos ministros.

[...]

Uma transferência da responsabilidade política para os funcionários dos serviços administrativos dependentes de ministro representa uma perigosa propagação da irresponsabilidade política na vida pública e constitucional. (p. 128)

O direcionamento da responsabilidade política para as chefias dos órgãos, em hipóteses de desvios dos subordinados, ensejaria que os mecanismos internos de controle – e aqui tanto faz se políticos ou jurídicos – sejam reforçados. A vigilância ministerial acerca da integridade far-se-ia mais presente e limitaria os espaços para atuação viciada. Mas não é o que ocorre no Brasil, pelo exemplo da aferição da *culpabilidade*, como na citada resolução da Comissão de Ética Pública.

Outra questão que se coloca com força na responsabilização política no contexto brasileiro é a elevada carga depositada na avaliação que se realiza durante os processos eleitorais, pelo voto popular. São conhecidas as interpretações que se conferem nos parlamentos brasileiros pela impossibilidade de persecução ético-política de fatos anteriores ao mandato, porque acerca de tais fatos teria havido uma avaliação eleitoral e, por tal razão, a soberania do voto imunizaria a conduta, sob a ótica política. Nesse sentido, quanto à Câmara dos Deputados, são emblemáticas duas respostas a consultas formuladas ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar.

A primeira delas, de n. 001/2007, assentou que:

Assim considerada a relevância da decisão do povo no deslinde da questão, sepultando, ao menos num juízo de valor apriorístico, todo e qualquer revolver de fatos sobre os quais pesa o veredito popular, que inocentou ou decidiu pela responsabilidade do parlamentar, é opinião deste Conselho que a instauração de procedimento ético-disciplinar sobre atos e procedimentos debatidos em legislatura anterior pode se configurar constrangimento ao exercício do mandato.

É certo que tal posição restou abrandada em voto complementar, no sentido de se permitir o prosseguimento da instauração de expediente quando os fatos em questão ou não eram de conhecimento público e notório dos cidadãos (e, portanto, não tinham passado pelo

crivo eleitoral), ou apresentavam elementos de convicção novos, não debatidos durante as eleições.

Ora, novamente aqui se está diante de uma jurisdicionalização do tema, ao se condicionar o prosseguimento de representações perante o Conselho de Ética ao surgimento de provas novas ou se determinar a discussão acerca da capacidade ou não de avaliação, pelo eleitor médio, acerca dos fatos em questão.

Mais além: essa compreensão pressupõe o amplo e livre debate sobre os mais variados temas durante os processos eleitorais, hipótese que ainda não parece verificável em nossa realidade e, mesmo se consideradas as redes sociais e a horizontalidade de comunicação por elas propiciada, fato é que a proliferação de notícias falsas e mecanismos robóticos de difamação e de proteção de personalidade já se mostram aptos a inviabilizar o livre trânsito de ideias.

Ou seja, não há como pressupor a soberania da avaliação popular, que, ademais, não pode se sobrepor ao imperativo constitucional de moralidade no exercício do cargo público; entendimento diverso, ao nosso sentir, esvaziaria por completo, por exemplo, o trabalho da justiça eleitoral, ao aferir as hipóteses de inelegibilidade dos candidatos.

A outra decisão do Conselho de Ética, consulta n. 21/2011, assentou que é possível a perda do mandato parlamentar por conduta praticada antes do exercício do mandato, desde que o fato fosse ilícito à época em que foi praticado, que o mesmo seja capaz de atingir a honra e a imagem da Câmara dos Deputados e, por fim, que tal conduta seja desconhecida do Parlamento, além de estipular um prazo prescricional de cinco anos.

Nessa interpretação mais recente, surrupiou-se a conduta ao escrutínio eleitoral, porque se prevê a procedibilidade somente se o fato é desconhecido da Câmara. É evidente que esse tipo de posição não é suficiente para os fins que se imagina acerca da responsabilidade política.

O resultado desses movimentos de evidente autoproteção é a apropriação dessa responsabilização por demais instâncias e órgãos de controle, *in casu*, jurídicos, cujos mecanismos de atuação não foram talhados para essa finalidade. Carreiam consigo, além do efeito político reclamado, as pesadas sanções patrimoniais, políticas e até mesmo pessoais, como veremos no capítulo 5.

Compreende-se que o direito pode e deve ser usado para coagir a responsabilização política – e não a substituir, como vem ocorrendo. O direito deve ser chamado a atuar na inércia ou no juízo negativo de sanção, como detalhado no item 6.2.

4.5. ESTUDO DE CASO

No primeiro semestre de 2012, houve a deflagração de uma operação da Polícia Federal, denominada “Operação Monte Carlo”, que investigou as relações de uma quadrilha envolvida com jogo ilegal em vários Estados da Federação (cf. Representação n. 1/2012, do Conselho de Ética do Senado Federal) e que desbordou para ligações clandestinas com uma empreiteira na busca por contratos públicos.

Essa investigação policial tinha como foco um cidadão chamado Carlos Augusto Ramos (“Carlinhos Cachoeira”), personagem conhecido de outros escândalos políticos, como o que envolveu a aquisição de sistemas de informática para viabilizar a operação de loterias pela Caixa Econômica Federal. Naquela oportunidade envolvendo a Caixa, ele gravou um importante funcionário da Casa Civil da Presidência da República extorquindo-o para que houvesse a celebração de um contrato.

Pois bem. Em 2012, revelou-se que, além de explorar jogo ilegal, o contraventor Carlinhos Cachoeira mantinha relação muito próxima com um combativo Senador da República por Goiás, Demóstenes Torres, conhecido por seus eloquentes discursos em prol da ética e da moralidade no exercício de funções públicas. Além disso, o Senador era membro do Ministério Público afastado para o exercício de função eletiva.

É o que se colhe do parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em 4 de julho de 2012:

No decorrer das investigações, ficou evidenciado que a figura central da organização era o “contraventor” Carlos Augusto de Almeida Ramos, vulgo Carlinhos Cachoeira. Ele fora apontado, após investigações da mesma PF em outra operação, chamada “Monte Carlo”, como chefe de um forte esquema de corrupção montado para encobrir e facilitar a exploração de jogos de azar no Estado de Goiás e no Distrito Federal. De acordo com o inquérito policial, dito esquema consistia no pagamento de propinas a policiais civis, militares e federais, além de outros delitos. Outros integrantes do mesmo grupo também foram presos na mesma ocasião, dentre eles dois Delegados de Polícia Federal e membros da Polícia Civil do Estado de Goiás.

Tanto na “Operação Vegas” como na “Operação Monte Carlo” foram feitas interceptações telefônicas (devidamente autorizadas e monitoradas por autoridades judiciais) que tinham como alvo aparelhos celulares e Nextel de Carlinhos Cachoeira e outros membros de seu grupo criminoso.

A conexão entre o Representado e Cachoeira tornou-se pública, por divulgação, pela imprensa, de áudios das indigitadas interceptações telefônicas, logo após a prisão de Carlos Augusto de Almeida Ramos. O parecer do Conselho de Ética descreve a sequência de eventos que levou ao pedido de instauração de inquérito no Supremo Tribunal Federal (STF), em desfavor do Senador Demóstenes Torres, e à propositura da representação que culminou com a decisão do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, constante do parecer, ora sob consideração desta Comissão.

Foi divulgado que o contraventor tinha trocado quase três centenas de ligações telefônicas com o Senador, além de tê-lo presenteado com uma cozinha importada ao preço de quase US\$ 30 mil.

Toda a investigação policial, contudo, fora conduzida ao arrepio da previsão constitucional do art. 53, § 1º, e art. 102, I, *b*, da Constituição, ou seja, com violação ao foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal. Tratava-se, portanto, de prova ilícita, na acepção dos princípios jurídicos incidentes sobre a matéria, ainda que os órgãos de acusação sustentassem tratar-se de *encontro fortuito* de prova⁷.

Nada obstante, o Senador teve o seu mandato cassado pela patente violação ética, conforme Resolução n. 20, de 11 de julho de 2012, do Senado Federal.

Resolvida a responsabilidade política, houve regular tramitação do expediente jurídico destinado a avaliar a conduta do ex-Senador à luz do Código Penal Brasileiro e demais normas de regência.

O processo judicial pôde transcorrer sem as pressões políticas mais candentes, relacionadas à continuidade do exercício de mandato de Senador por indivíduo notoriamente envolvido em ilícitos. Ainda que, como ex-Senador e membro do Ministério Público, houvesse contra o caso alguma pressão política remanescente, a cessação do exercício do cargo parlamentar permitiu que as etapas do processo judicial se desenrolassem sem a necessidade de conferir uma solução política ao problema: ele não exercia mais o cargo de Senador.

Nesse conspecto, o Supremo Tribunal Federal analisou a produção das provas obtidas contra o ex-Senador e afastou a sua validade, para os fins de instrução do expediente criminal relacionado ao caso (RHC 135.683/GO):

Logo, é inegável que as interceptações telefônicas levadas a cabo, tanto na operação Vegas, quanto na operação Monte Carlo, revelaram que seu conteúdo passou por análise que indiscutivelmente não competia a juízo de primeiro grau mas ao Supremo Tribunal Federal.

Essas considerações reforçam a conclusão de que a remessa do processo para o Supremo Tribunal Federal por não ter ocorrido *opportune tempore*, contaminou de nulidade os elementos de prova angariados em desfavor do recorrente nas operações policiais em evidência, por violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF).

⁷ Trata-se de entendimento que busca validar a investigação criminal, ainda que praticada por autoridade incompetente, acaso se proceda ao imediato encaminhamento dos autos à instância adequada tão logo se configure a identificação do foro por prerrogativa de função. Dentre outros, confira-se a Reclamação STF n. 2.101/DF-AgR.

Não é possível afirmar peremptoriamente que a decisão acima tenha ocorrido exclusivamente pelo acionamento da responsabilidade política do envolvido. Todavia, essa questão atinente à matéria probatória, que permeou o caso, possibilitou ilustrar como uma conduta pode receber um tratamento que explicita a tal *relação diferenciada* com o Direito, inerente às autoridades públicas, que não poderia ser admitida no plano jurídico (a não ser que ocorressem severas violações aos direitos e garantias individuais, como restou reconhecido, no caso judicial correspondente, pela Suprema Corte).

5. ELEMENTOS JURÍDICOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO (ADMINISTRATIVO, JUDICIAL CIVIL E CRIMINAL)

Apresentadas as premissas relacionadas à corrupção, sobretudo a de ordem política, que contamina o debate de aprimoramento legislativo e institucional, bem como as dificuldades inerentes ao seu enfrentamento, e as hipóteses que se entendem adequadas para a responsabilização política desses eventos, é importante apresentar um sumário dos instrumentos jurídicos colocados à disposição para a reparação dos ilícitos e a punição dos envolvidos.

O presente capítulo, portanto, abordará os principais instrumentos jurídicos que se apresentam para a tutela judicial ou administrativa da moralidade administrativa. Nessa senda, serão apresentadas três seções, buscando enumerar os instrumentos identificados e suas principais características. Ato contínuo, buscar-se-á efetuar uma síntese desses instrumentos, em ordem a identificar características mínimas cuja singela constatação demonstrará a sua insuficiência, ou inaptidão, para abarcar elementos intrínsecos da responsabilidade política, como a abertura do discurso e a responsabilização não culposa.

Sempre que possível, a exposição tentará abarcar exemplos de como a insuficiência de uma responsabilidade política acaba contaminando a aplicação dos mecanismos jurídicos, mediante interpretações extensivas e ampliativas da legislação para abarcar alguma espécie de punição aos indivíduos.

5.1. MICROSSISTEMA PROCESSUAL DE DEFESA DA MORALIDADE

Não se desconhece importante corrente doutrinária que situa as ações de proteção da moralidade administrativa dentre aquelas destinadas à tutela de direitos coletivos em geral. Nessa linha, perfilham os instrumentos destinados à defesa do bem jurídico em questão no mesmo seio que as ações coletivas relacionadas ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, aos bens de interesse histórico, artístico e cultural.

Uma das consequências mais importantes dessa compreensão é conferir maior abertura cognitiva, a fim de permitir compreensão ampla do judiciário e, por consequência, uma decisão que possibilite a melhor proteção possível ao bem jurídico objeto do processo.

Isso faz sentido quando por detrás dos autos haja bens cuja natureza não permitirá uma reconstrução, em caso de vilipêndio: não se refaz uma paisagem natural, tampouco se ressuscita um espécimen extinto.

Segundo COSTA (2009), o bem jurídico tutelado pelos instrumentos processuais de defesa da moralidade, pela elevada relevância social e o caráter político da demanda legitimam a concessão de poderes instrutórios mais amplos ao juiz (p. 283), inclusive para que decida a lide sem que tenha que se valer de *presunções ou regras de ônus da prova* (p. 353). Noutro giro, competiria ao magistrado buscar suprir deficiências probatórias das partes em ordem a recompor, tanto quanto possível, a verdade e, com isso, produzir uma decisão justa.

Ao nosso sentir, conquanto a defesa da moralidade administrativa deva ser enquadrada na categoria do *interesse geral*, as técnicas usualmente utilizadas para a defesa dos demais interesses coletivos (consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico, etc.) contrariam a ideia de existir, do outro lado da balança, um indivíduo sujeito às penalizações severas da Lei de Improbidade, para ficar nesse exemplo.

Nessa linha, entendemos que a definição clara de um modelo processual deva advir do sistema legal e não da interpretação que se faça a partir do enquadramento da ação específica nesse ou naquele modelo conceitual.

Parece-nos, portanto, mais consentânea com a lógica de um processo sancionatório a noção de um *sistema de defesa da moralidade*, de que tratam MOREIRA NETO e FREITAS (2014) ou um *microsistema de tutela da ética nas relações político-administrativas*, mencionado por FERRAZ (2014).

Ou, ainda, como se infere de posições jurisprudenciais, como no seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Restando evidenciada a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou-se um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. (ERESP 260.821-SP)

Destarte, as ações destinadas à tutela da moralidade administrativa – destacadas nos tópicos a seguir – compõem um conjunto próprio de instrumentos processuais com viés

marcadamente sancionatório, ainda que se tenha como objeto, nalgumas hipóteses, somente a recomposição do erário.

Todavia, dada a imbricação do sistema, com sobreposição de legislações sobre um mesmo fato, não dá para se admitir um modelo de constatação menos rígido, por exemplo, numa ação popular acerca de determinada realidade, que pode vir a ser objeto de uma ação de improbidade administrativa concomitante ou em momento posterior.

Não parece possível admitir a procedência dessa hipotética ação popular, e seu efeito *erga omnes* (art. 18, da Lei n. 4.717/65), segundo um modelo de distribuição de carga probatória que não privilegie uma decisão baseada em *prova clara e convincente*, tal como mencionado por KNIJIK (2007). Isto por uma singela razão: o mesmo fato pode (ou poderá) vir a ser objeto de ação de improbidade, voltada ao sancionamento, e seria um contrassenso que viesse a avaliar o mesmo fato da vida sob modelo probatório distinto, mas com a finalidade de condenar o mesmo indivíduo, ainda que a prestação (no caso do ressarcimento) e penas (para improbidade) sejam diversas.

Ou, em hipótese relativamente comum, de ação de improbidade ajuizada quando já prescritas as penas restritivas de direitos, mas tramitando ainda para eventual persecução do ressarcimento ao erário (temática sob análise de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n. 852.475). Ora, tão somente pelo reconhecimento da prescrição de determinadas penas, poderia haver alteração no modelo probatório, já no curso da demanda?

Ainda em KNIJIK (2007, p. 36), notam-se quatro enunciados sobre a matéria probatória, que auxiliam no enriquecimento da explanação: (i) *é provável que algo tenha ocorrido*; (ii) *é altamente provável que algo tenha ocorrido*; (iii) *é quase certo que algo tenha ocorrido*; (iv) *é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido*.

Essa gradação dos enunciados, de um exercício de probabilidade à constatação além da dúvida razoável, para o autor, deve ser utilizada segundo o direito material em questão: se a matéria for penal, o modelo deve ser o mais rígido possível; caso se discutam fatos da vida civil, há a possibilidade de utilização de juízos de probabilidade. Interessante é que o autor destaca a utilização do modelo mais rígido quando houver discussão judicial civil de que se possa derivar *efeitos penais*, como a alegação de fraude (fls. 38).

Tal raciocínio deve ser aplicado à tutela da moralidade: há diversos diplomas tratando do mesmo fato, como se verá mais abaixo. Não se pode admitir que esse fato receba um rechaço em ação popular que venha a permitir técnica como a inversão de ônus probatório

(ou sua distribuição dinâmica segundo o art. 373, §1º do CPC), por se compreender que tal ação faça parte de um microsistema de tutela coletivo, e, ao mesmo tempo, possa ser apreciado em ação de improbidade segundo um modelo mais rígido. Até porque, segundo as regras de competência, deveria haver a reunião das ações para julgamento conjunto; todavia, se por qualquer acaso houver descasamento temporal (v.g., uma ação ajuizada após o sentenciamento da outra – art. 55, §1º, do CPC), não parece razoável que o modelo de constatação seja diverso somente em razão dessa contingência.

Assim, o enfoque na questão probatória é o mais candente para rechaçar o enfeixamento das ações destinadas à tutela da moralidade em um microsistema relacionado a outros direitos coletivos, razão pela qual entende-se mais adequado alinhá-las segundo o direito material perseguido e, portanto, mediante um modelo de constatação mais rígido.

Mais abaixo, o assunto será retomado, sobretudo sob o enfoque da necessidade de observância das garantias individuais em processos sancionatórios.

5.1.1. AÇÃO POPULAR E REPARAÇÃO DO *STATUS QUO*

Uma das primeiras previsões legais para a defesa da moralidade no exercício de funções públicas, a ação popular já vinha prevista na Constituição do Império, em 1824:

Dos Juizes, e Tribunaes de Justiça.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Ainda que focada na preservação da independência judicial, o ordenamento previa a possibilidade de utilização de um instrumento judicial com ampla legitimidade – “qualquer do povo” – a fim de evitar a ocorrência de um dos quatro desvios elencados.

O regramento constitucional passou a permitir a utilização da ação popular, na hipótese de atos lesivos ao erário em geral, a partir da Carta de 1946 (art. 141, §38), regra inicialmente regulada pela Lei Pitombo-Godói Ilha, como se colhe em PAZZAGLINI FILHO, 1999, p. 31:

Dito diploma não esclarecia o conteúdo e a extensão da expressão *influência ou abuso* de cargo, função ou emprego público, bem como, além da Administração centralizada, só conhecia a descentralização autárquica, posto que, somente em 1967, com o Decreto-lei nº 200, as empresas públicas e as sociedades de economia mista viriam a integrar o sistema jurídico-normativo.

Mas, é relevante observar que já conferia ao Ministério Público a iniciativa da ação civil. Também titulava qualquer pessoa natural ao exercício do *jus actionis*, antecipando-se à Lei da Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/65) na regulamentação incipiente do art. 141, §38 da CF de 1946, vigente à época.

A atual conformação constitucional da ação popular (art. 5º, LXXIII) a admite para a mais ampla defesa do interesse público, incluindo, além do erário, a moralidade e bens de interesse artístico, histórico e cultural. A lei de regência (Lei n. 4.717/65), contudo, não foi atualizada para esse incremento de atuações possíveis do instituto.

De toda sorte, trata-se de um instrumento processual adequado à reparação de desvios, para restituição dos danos identificados, de forma a permitir que se recomponha o patrimônio público ofendido. Essa é a dicção da lei vigente, que, compatível com o regime constitucional da época de sua edição, estabelece como consequência da procedência da ação a condenação para o ressarcimento do erário, em decorrência do ilícito identificado. No artigo 11, a Lei de Ação Popular determina que a procedência da ação, ao decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele; em seu artigo 14, estabelece a fixação direta do valor a ser pago ou, caso ainda não quantificado, determina a liquidação durante a fase de execução.

Como não houve atualização da legislação para a sua plena utilização em situações de violação à moralidade administrativa, há problemas na aplicação da lei a situações em que, apesar da ocorrência de uma violação legal, não se verifica um dano concreto ao erário – apenas potencial, como, por exemplo, um vício de forma em procedimento licitatório. Em tese, e a depender da gravidade do vício, poder-se-ia sustentar violação à concorrência entre os potenciais interessados e, por conseguinte, a contratação pública decorrente não seria a mais vantajosa à administração.

Para esses casos, construiu-se a hipótese jurisprudencial de presunção de lesão. E, como consequência, sanciona-se⁸ o réu a devolver, por exemplo, todo o valor despendido em determinado contrato. Tome-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça que manteve

⁸ A utilização do vocábulo “sanciona-se” é propositiva. A Lei de Ação Popular visa apenas à reparação de danos, categoria que não se configura como sanção propriamente dita, mas o retorno a um *status quo* antes do evento danoso. Esse vocábulo procura demonstrar como a interpretação foi ampliada para buscar algum tipo de reprimenda ao agente público faltoso, em casos que a ação popular não teria como alcançar. Segundo a compreensão exposta nesse estudo, a conduta ilícita sem lesão comprovada (ou comprovável) ao erário deveria ser resguardada para outros mecanismos jurídicos – como a ação de improbidade administrativa – ou, mesmo, caracterizar-se como objeto de uma responsabilização política, a depender da gravidade do fato.

procedência de ação popular por vício em procedimento licitatório (recurso especial n. 1.190.189/SP). Nesse caso, restou assentado durante o julgamento que:

[...] milita em favor da necessidade de publicidade precedente à contratação mediante convite (que se alcança mediante, por exemplo, a fixação da cópia do instrumento convocatório em locais públicos) a presunção de que, na sua ausência, a proposta contratada não será a economicamente mais viável e menos dispendiosa, daí porque o prejuízo ao erário é notório.

Durante o julgamento de origem (apelação cível n. 316.819-5/5-00), o Tribunal de Justiça de São Paulo expressamente consignou uma presunção, para concluir pela procedência da ação: “*tendo sido desrespeitado o princípio da publicidade não é possível se afirmar inexistir prejuízo ao Erário na medida em que a participação de outros licitantes não foi permitida*”.

Ou seja, tanto em Brasília quanto em São Paulo, nesse caso específico, os tribunais se orientaram pelo critério da presunção da lesão – não previsto na legislação – e aplicaram aos responsáveis a condenação para a devolução integral de valores ao erário.

Os comportamentos do agente público e do agente privado, nesse tipo de hipótese, certamente são reprováveis e merecedores de uma sanção. Mas a solução possível, conforme a lei que atualmente regula a ação popular, seria a anulação do contrato, sem impor-se a devolução integral dos valores despendidos pelo erário. A presunção da lesão, nesses casos, acaba funcionando como uma sanção que, regra geral, o sistema brasileiro acabaria não impondo, de modo a perpetuarem práticas indesejadas na condução do Estado.

Em se tratando de ação popular, a sentença não é propriamente condenatória, mas sim desconstitutiva do ato administrativo impugnado e, por consequência, a devolução ao estado anterior, com a reparação. Construiu-se, com esse tipo de interpretação extensiva, uma hipótese sancionatória, visando a conferir a reprovabilidade à conduta que, de resto, deveria receber dos órgãos de controle. Mas não pela via da ação popular.

Em outra hipótese, o Superior Tribunal de Justiça aventou a possibilidade de reparar o *status quo ante* pela via da devolução do lucro advindo com a prática ilícita – algo como o *disgorgement* imposto pelas autoridades americanas às empresas acusadas de corrupção no contexto de aplicação do *Foreign Corruption Practices Act - FCPA*⁹. Nesse caso, o STJ ponderou o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa *vis-à-vis* da proteção à

⁹ Medida, em linha geral, aderente à disposição do item 3 do artigo 3º da Convenção Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE contra a corrupção), internalizada pelo Brasil mediante o Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000.

moralidade: “afirma-se que o fraudador deve ser *indenizado pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro*” (RESP 1.192.563/SP).

O valor da condenação acabou sendo os lucros auferidos pelo privado na contratação anulada. Todavia, recobre-se que a legislação brasileira impõe a solidariedade entre autoridade e o beneficiário privado para a reparação dos ilícitos (LAP, art. 11).

Embora o *disgorgement* possa ser compreendido como alternativa mais justa, a devolução de lucros advindos do ilícito deveria recair apenas sobre o privado, como medida de reparação do estado anterior. Isto porque, dada a solidariedade mencionada, caso a autoridade venha a ser obrigada a arcar com parte da condenação, o privado acabará retendo parcela dos lucros indevidos.

Essas narrativas exemplificam o problema de se navegar fora dos paradigmas legais nessa matéria. Ainda mais com uma legislação flagrantemente desatualizada como a Lei de Ação Popular, a recomendar ainda mais cautela.

Em trabalho que problematiza a aplicação do conceito do *disgorgement* pela *Securities and Exchange Commission (SEC)*, no contexto da legislação antissuborno norte-americana, WEISS (2009) critica a aplicação do instituto pela SEC ante a ausência de previsão normativa explícita para casos de corrupção estrangeira. Tratando especificamente da precisão dos cálculos relacionados ao retorno do *status quo ante*, assereva:

Unlike the typical securities fraud case, in which more certain disgorgement and profit calculations are possible, disgorgement is ill-suited to the foreign bribery context, in which some disgorgement calculations must necessarily resemble speculation or, at best, rough estimates. (p. 475)

Tal como nos Estados Unidos, sobressai dificuldade na aplicação de parâmetros para reparação dos danos ao erário, ante práticas corruptas, dada a ausência de parâmetros legislativos mais claros.

Esse exemplo de ampliação do escopo da Lei da Ação Popular, em ordem a tentar alcançar a maior reparação possível ao erário, em nossa opinião, demonstra como a ausência de um procedimento de tomada de responsabilidade política acaba contaminando o processo judicial de persecução da corrupção. Muitas vezes, pessoas físicas são condenadas a devoluções de valores astronômicos, sem qualquer resultado prático, a não ser o de impingir à autoridade argumentos para serem utilizados como discurso político, fazendo atual a crítica de MEIRELLES (1994) sobre o instituto:

A experiência vem demonstrando que a vigente lei de ação popular está a exigir uma completa reformulação em seu texto, não só para conceituar melhor seus objetivos como para agilizar seu processamento e impedir que tais causas se eternizem na Justiça, sem julgamento, numa perene ameaça aos administradores chamados a juízo. (p. 87)

A ideia de um instrumento processual voltado à reparação do *status quo* anterior à lesão pelo ato ilícito é central na ação popular e continua atual à luz do enfrentamento da corrupção, por exemplo, como retratado no art. 31 da Convenção de Mérida (Decreto n. 5.687/2006) e no já mencionado dispositivo da Convenção da OCDE.

Todavia, o diploma que rege esse instrumento no Brasil tem mais de meio século de vigência e muita incompatibilidade com o atual cenário normativo e social. E a solução que tem sido buscada na jurisprudência para mantê-lo atual foge do paradigma normativo, o que é sempre um risco, dada a ligação umbilical desse instituto com outras ações de cunho sancionatório, como a Lei de Improbidade Administrativa, não raro julgadas em conjunto pela regra processual da conexão.

5.1.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Outro mecanismo bastante utilizado para a repressão de atos de corrupção é a ação civil pública. Trata-se de instrumento vocacionado primordialmente para viabilizar a atuação do Ministério Público no âmbito do processo civil, para a reparação de danos de diversas ordens: consumerista, ambiental, moralidade administrativa, reparação de danos a patrimônios históricos e culturais, enfim, uma gama bastante ampla de bens jurídicos. Essa ação também pode ser utilizada por entidades associativas e órgãos da administração direta ou indireta.

Ocorre, como retratado no item 5.1, a depender do direito material tutelado, que o processo judicial sofre inflexão de regras mais abertas, como a inversão de ônus probatório em favor de hipossuficiência – como no caso da defesa ao consumidor –, ou a atuação mais incisiva do princípio da precaução – em se tratando de temática relacionada à defesa do meio ambiente.

Em casos relacionados ao patrimônio e à moralidade públicos, há quem defenda também esse tipo de regramento, como inversão de ônus probatório ou mesmo a sua distribuição dinâmica entre as partes, segundo uma presunção de quem teria maior capacidade de contribuir para a solução da controvérsia.

Todavia, e dada a multiplicidade de normas sobre os mesmos fatos, invariavelmente essas matérias também são retratadas em ações similares, muitas vezes tramitando de forma conjunta, pela conexão ou mesmo ante uma continência.

Tome-se o exemplo: uma ação civil pública ajuizada por associação, com fundamento no art. 5º, V da Lei de Ação Civil Pública, redação conferida pela Lei n. 11.448/2007, ostentando causa de pedir relacionada à ofensa à moralidade administrativa. O Ministério Público, identificando gravidade na conduta, entende também necessário lançar mão de ação de improbidade, com a pretensão de impor ao agente público penas restritivas de direitos.

Ao receber ambas as ações, o magistrado as reúne pela evidente conexão e as instrui conjuntamente, objetivando sentenciá-las ao mesmo tempo. Essa hipótese ocorre com alguma frequência nos juízos pelo Brasil, não raro reconhecendo conexão entre ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa acerca dos mesmos fatos¹⁰.

Segundo algumas compreensões, a ação civil pública poderia sofrer a flexibilização de regras processuais probatórias, digamos, uma distribuição dinâmica de ônus. Já no âmbito da ação de improbidade, tal procedimento seria impossível, dado seu claro componente sancionatório. Qual regime probatório deveria ser seguido? O mais restrito ou o mais flexível? A resposta aponta para o regime mais estrito, dado o caráter sancionatório da Lei de Improbidade.

Agora, imagine-se essas mesmas ações, por qualquer motivo, tramitando em expedientes apartados ou mesmo em tempos distintos? Seria admissível que uma delas tivesse um regime flexível na produção probatória e a outra adotasse um maior rigor? Dada a possibilidade de compartilhamento probatório (CPC, art. 372)¹¹, sobretudo por se tratar de mesmo contexto factual, uma diferença nessa flexibilização não permitiria que a prova fosse produzida num regime mais favorável para a utilização no processo mais estrito?

Essas indagações, por absurdas, acabam apontando para a impossibilidade de utilização de inflexões próprias de outros bens jurídicos tutelados, como consumo, meio ambiente, patrimônio histórico, em ações em que se discute a reparação do patrimônio público e da moralidade administrativa.

¹⁰ RESP n. 208.680/MG: Caracteriza-se, na hipótese, o instituto da conexão, já que as ações têm a mesma finalidade, o que as torna semelhantes e passíveis de decisões unificadas, devendo-se evitar julgamentos conflitantes sobre o mesmo tema, objeto das lides.

¹¹ A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória, anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram. (TALAMINI, 1998, p. 93)

Entende-se, assim, que a ação civil pública, quando versar sobre moralidade administrativa e erário, deva ser regida por um conjunto de princípios e regras ínsitos ao regime sancionatório, como um rigor na produção de provas e impossibilidade de presunções.

5.1.3. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação de improbidade administrativa é, sem dúvida, o principal mecanismo judicial de enfrentamento da corrupção. Seus dispositivos apenam o enriquecimento ilícito de agentes públicos, a lesão ao erário e a violação aos princípios da administração.

Trata-se de três eixos relevantíssimos para tutelar juridicamente a moralidade no exercício de cargos públicos. E, dada a gravidade das sanções previstas, seu regime de aplicação deve ser o mais rigoroso possível, no âmbito do processo civil (KNIJIK, p. 18).

O ônus de provar as alegações, o encadeamento dos fatos narrados na causa de pedir, as conclusões devidamente coerentes com toda a exposição, são todas responsabilidades do autor, seja ele o Ministério Público ou o ente lesado. Até mesmo a possibilidade de instrução a cargo do juiz deve ser interpretada com certa ponderação, em ordem a evitar que uma debilidade na acusação venha a ser suprida justamente por aquele que possui a principal tarefa de garantir a paridade de armas na contenda judicial.

Recobrando-se o que já foi mencionado no item 5.1., nesse processo sancionatório, entende-se que o modelo mais rígido de constatação probatória é o único constitucionalmente talhado para amparar uma condenação por ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira-se:

[...] para a aplicação das sanções da LIA, o autor da demanda deverá demonstrar ser “praticamente impossível que o fato não tenha ocorrido”, ou seja, deverá empregar o standard além da dúvida razoável. (PINTO, 2016, p. 388)

Todavia, em se tratando de temas com exposição política, um eventual apreço ou mesmo despreço pela pessoa do réu ou pela corrente política adotada, pode acabar contaminando a imparcialidade do magistrado. Até mesmo a exposição que se tem feito, publicamente, sobre a atividade jurisdicional, pode influenciar a atuação do juiz, como que a impor a ele a necessidade de sancionar determinada situação, que, regra geral, poderia restar impune no plano político.

Essa predisposição hipotética ganha contornos mais dramáticos quando o fato sob apreciação judicial se situa entre aqueles relacionados à violação de princípios da administração, sem lesão ao erário, sem enriquecimento ilícito.

Muito embora a jurisprudência tenha construído a necessidade de comprovação do dolo no agente público, a possibilitar o sancionamento pela violação a princípios, há casos muito, mas muito, emblemáticos de esgarçamento de garantias para impor sancionamento pelo “conjunto da obra”. Um desses casos será analisado com maior profundidade no item 5.6.

Ora, há forte tendência a se utilizar a ação de improbidade para obter justamente o que a responsabilidade política deveria oferecer, que é buscar uma resposta à sociedade para aqueles que não se mostrem talhados para as funções de comando do Estado.

Uma primeira vertente dessa utilização é o próprio constrangimento gerado pelo ajuizamento da ação, seguido de forte divulgação pelos setores de comunicação do Ministério Público, em ordem a provocar o acionamento de um dos “braços informais” de interdependência do *accountability* brasileiro: a sanção reputacional pela mídia, decorrente de uma iniciativa do Ministério Público (nessa linha, POWER e TAYLOR, 2011, p. 14).

Esse expediente é bastante conhecido nos casos de improbidade envolvendo agentes políticos de maior destaque (positivo ou negativo), de forma que a divulgação massiva de informações constantes da petição inicial passe a ser retratada como a própria condenação do acusado. Não raras vezes, determinado agente político é acusado na mídia de ter cometido o *crime* de improbidade administrativa, de modo a alcançar uma gravidade ainda maior no imaginário coletivo.

A outra vertente de utilização da ação de improbidade como forma de uma resposta política ao ilícito, ainda que indireta, é sua consequência de carrear a suspensão de direitos políticos do condenado, como uma das sanções previstas no parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade.

Esse é o retrato mais acabado de como a responsabilidade política subordina-se ao resultado de um extenso e custoso processo judicial, ao longo do qual o agente político continua a exercer cargos de relevância no Estado.

Retomando a ideia central deste trabalho, como a responsabilidade política não se desempenha a contento no Brasil, há uma sobrecarga dos processos judiciais que propiciem a exclusão de determinados agentes do ambiente político. Assim, em razão dessa debilidade, a faceta política do problema somente costuma ser tratada como um dos efeitos da

condenação jurídica. Até 2010, quando foi editada a Lei Complementar n. 135, a Lei da Ficha Limpa, apenas se carregavam efeitos políticos às decisões condenatórias depois do trânsito em julgado; com a referida lei, e segundo os requisitos nela preconizados, uma decisão colegiada também pode trazer consequências políticas ao indivíduo: eleitoralmente, há incapacidade de se apresentar aos eleitores.

Mais recentemente, inclusive, essa incapacidade tem sido estendida aos pretendentes a ocupação de cargos de livre provimento, como atesta, no âmbito do Poder Judiciário, a Resolução n. 156/2012, do Conselho Nacional de Justiça, que veda a nomeação de indivíduos alcançados pela Lei Complementar n. 135 para cargos em comissão de setores da justiça. Embora se trate de um avanço, a responsabilidade política remanesce subordinada ao tratamento jurídico/judicial do tema e esse é um dos temas abordados no capítulo 4.4 deste trabalho.

Ou seja, como o mundo político não apresentou resposta adequada aos ilícitos, sancionando-os em sua esfera, as tensões decorrentes dessa inércia desaguaram em projeto de lei de iniciativa popular que mitigou o princípio da presunção de inocência para, em determinados casos, afastar a elegibilidade de pessoas ainda sem uma decisão condenatória transitada em julgado. Contornou-se um princípio constitucional por causa da inércia política em lidar com o problema na sua esfera própria.

Esse exemplo demonstra ainda com mais força como o mundo político se exime de exercer a responsabilidade, ao carrear mais um efeito ao processo judicial, aqui restringindo a elegibilidade em determinadas situações, antes do termo final do processo.

Assim, ao invés de se perquirir acerca da prática de determinado ato e o seu enquadramento na Lei de Improbidade, segundo um modelo de constatação compatível com o regime sancionatório, a ação de improbidade acaba se desenvolvendo com o vezo de se obter o afastamento, puro e simples, de alguém da vida política. O que deveria ser uma das consequências acaba se tornando o principal objeto da ação. Entrementes, com esse viés, frustram-se garantias, violam-se princípios.

5.2.LEI ANTICORRUPÇÃO

Tecnicamente, a Lei Anticorrupção aplica-se apenas às pessoas jurídicas – ou, eventualmente, em caso de não personalização de empresas, a determinados grupos informais, organizados para o cometimento de ilícitos envolvendo o erário.

Portanto, em princípio, não se verificariam as interpretações mais extensivas que procuramos apontar em relação aos demais instrumentos retratados anteriormente, como a questão da flexibilização probatória em temas de improbidade administrativa, ou a elasticidade do conceito de dano, para fins de fixação do ressarcimento decorrente de ato de corrupção.

Todavia, a própria concepção da legislação, embora alinhada com experiências mundo afora, já permite verificar que o estresse de garantias fundamentais é uma realidade não apenas jurisprudencial, mas também normativa. Retomar-se-á esse ponto quando da análise do item 5.5.5., abaixo, no tocante à responsabilidade objetiva empresarial pelo ato de corrupção.

O que importa neste momento da exposição é destacar a amplitude do ferramental normativo que foi colocado nas mãos das agências de controle da corrupção no Brasil, sobretudo em comparação ao que já existia e à praxis jurisprudencial nesses temas.

Um dos exemplos de como os paradigmas normativos foram modificados é a previsão textual de solidariedade entre todos os componentes do grupo empresarial em ordem a reparar o dano ocasionado – incluída aqui a pesada multa de até 20% do faturamento bruto do agente causador do ilícito.

Ora, a compreensão brasileira foi sempre atuar com cautela nesses temas. Sempre se cogitou de comprovação de fraudes para ampliar a extensão da responsabilidade pelos danos causados, como se colhe em JUSTEN FILHO:

[...] não basta a mera verificação da ocorrência objetiva de um evento danoso. É imperioso avaliar a dimensão subjetiva da conduta do agente, subordinando-se a sanção não apenas à existência de elemento reprovável, mas também fixando-se a punição em dimensão compatível (proporcionada) à gravidade da ocorrência.

E também em OSÓRIO:

Cremos, em regra, é exigível que o comportamento da pessoa jurídica seja valorado pelo direito e pelos intérpretes. Parece-nos razoável supor que um ato, ainda que praticado por pessoa jurídica, submeta-se a pautas valorativas. Em tese, a responsabilidade objetiva há de ser excepcional, mesmo fora do campo punitivo.

E o que fez a Lei Anticorrupção? Alterou o paradigma e estabeleceu como standard a solidariedade, evitando que estratégias empresariais ilícitas se apoiassem na estanqueidade da responsabilidade para evitar ou minimizar o risco de desembolso financeiro na hipótese de serem flagrados.

Esse caminho – o de prever novos paradigmas normativos – parece ser mais adequado do que simplesmente modificar padrões na aplicação da legislação, posto que confere maior segurança jurídica aos atores do mundo empresarial e do Estado. Depois da vigência da Lei Anticorrupção, em 2014, ninguém poderá alegar surpresa caso seja confrontado com a pretensão dos severos apenamentos da legislação, de forma solidária.

Por outro lado, a referida lei estabeleceu estímulos à organização de sistemas de integridade empresarial, premiando com reduções punitivas quem, a despeito de envolvido em ato de corrupção, possuía uma política interna de respeito às normas e de verificação de padrões de conduta de seus funcionários e demais contratados.

Mas além disso: identificando a reputação como um dos grandes valores das primeiras décadas deste século XXI, a Lei Anticorrupção também previu a hipótese de punição vexatória, mediante a publicação da decisão condenatória em órgãos de comunicação, em uma estratégia midiática para realinhar o mundo empresarial nos limites da moralidade esperada no contato com agentes públicos.

Outra inovação da lei – e que muito espanto e incompreensão ainda vem causando entre os operadores do direito e dos próprios órgãos de controle – é a possibilidade de negociação para a colaboração com as investigações, em contrapartida da redução dos efeitos punitivos às empresas corruptoras.

A Lei Anticorrupção incluiu no ordenamento nacional a possibilidade explícita de instrumentos negociais em temas relacionados à ofensa à moralidade administrativa. Conquanto já houvesse alguma previsão de negociações – e um exemplo é o art. 36, § 4º, da Lei n. 13.140/2015, acerca da Advocacia Geral da União – há expressa vedação à composição no art. 17, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Referida previsão da Lei de Improbidade foi superada, ao menos no âmbito do Ministério Público Federal¹², ante o entendimento de que há um sistema de combate à criminalidade contra o erário, formado por diversas normas, dentre as quais a Lei n. 13.850, de 2015 (Lei das Organizações Criminosas), que admite a transação em hipóteses muito mais graves, como em temas criminais; por essa razão, a vedação à transação no plano cívil-

¹² Ata de reunião extraordinária de 18.11.2015, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: “Considerando, além da fundamentação legal apontada no expediente supracitado e nos Termos de Colaboração Premiada, que as disposições da nova Lei 12.846, de 2013, compõem um microsistema sancionatório estabelecendo o acordo de leniência como ferramenta de solução extrajudicial no campo da responsabilização de índole civil, na linha do que já prevê a Lei 12.850, de agosto de 2013, na esfera penal, e considerando, ainda, a legitimidade do Ministério Público para celebrar termos de ajustamento de conduta, nos termos do artigo 5º, §6º, da Lei n. 7.347, de 1985, a Câmara resolve homologar, no campo da improbidade administrativa, os acordos encaminhados por meio do ofício n. 8680/2015-PRPR/FT.”

administrativo – especialmente em relação à Lei de Improbidade Administrativa – deve ser interpretada nesse contexto.

Uma das compreensões para ultrapassar a vedação expressa à transação – que é o exercício da ação de improbidade com pedido meramente declaratório – fora antecipada por SICA, em estudo acerca dos limites do juiz em relação ao que consta do pedido (princípio processual da congruência):

Ao juiz, quando reconhecer existente o ato de improbidade, caberá aplicar as penas sempre adstrito ao que foi pedido na demanda inicial, não havendo razão para se excluir aqui a aplicação da regra da congruência ou correlação (CPC, art. 128 e 460), que é decorrência do princípio da inércia da jurisdição. (SICA, 2009)

Todavia, a incompreensão acerca desses instrumentos é alarmantemente elevada em determinadas instâncias de aplicação da legislação de controle da corrupção. Há resistência – confessada em alguns casos e, em outros, enrustida – na celebração de acordos de colaboração.

Depois da vigência da Lei Anticorrupção, o Ministério Público Federal assumiu o protagonismo quanto aos acordos de leniência para colocar termo a expedientes envolvendo pessoas jurídicas, relacionados à referida lei e à Lei de Improbidade. Foram 12 acordos homologados pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, até 29.08.2017¹³.

A despeito disso, no âmbito do Poder Executivo Federal, a primeira iniciativa que chegou a algum termo foi objetada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, que subscrevia em conjunto, em razão de se compreender lesiva ao interesse público¹⁴. Mais recentemente, começou-se a destravar o represamento que havia de acordos de leniência com o Poder Executivo Federal, mediante a assinatura do ajuste com uma das empreiteiras envolvidas na Operação Lava-jato.

Trata-se, sem dúvida, de instrumento ainda sob aperfeiçoamento e sua aplicação sofre resistência justamente de setores do Poder Executivo, certamente o mais envolvido nas denúncias que se avolumam, possivelmente influenciado por uma tentativa de segurar o fluxo da história.

¹³ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia>>. Acesso em: 05 out. 2017.

¹⁴ Dentre outras questões, porque a minuta do acordo limitava severamente as possibilidades de aprofundamento investigações, por parte das autoridades, como se verifica no voto n. 9.212/2016, nos autos do inquérito civil n. 1.30.001.001111/2014-42.

Em arremate: se há uma dificuldade em se promover a responsabilidade política das autoridades – pelos motivos já apresentados ao longo do trabalho – a dedicação de severos esforços no outro lado do balcão – o do corruptor – permite diminuir os espaços para que a corrupção se estabeleça. Ou seja: incute-se o receio de pesadíssimas punições ao mundo empresarial, com reflexos nas mais diversas áreas, inclusive reputacional, para tentar minimizar o risco de relações impróprias, e, portanto, lesivas ao interesse coletivo.

5.3. OUTROS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATÓRIOS

De forma quase idêntica à tratada no tópico anterior, esses *outros* procedimentos administrativos sancionatórios acabam sendo destacados quer para a apuração de responsabilidades dos quadros funcionais dos órgãos públicos, quer para a responsabilidade de gestores públicos, quer a de licitantes ou contratados pelo Estado.

As principais leis de regência desses expedientes são: (i) a Lei n. 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos federais, (ii) a Lei n. 8.443/92, que disciplina a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, e (iii) a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93 e congêneres¹⁵.

Esses instrumentos normativos, pela sua configuração, acabam sendo mais talhados para o enfrentamento da corrupção administrativa, eis que possuem campos mais limitados de atuação, além de serem aplicados, no mais das vezes, por autoridades administrativas, portanto, com limitação na gravidade do apenamento.

Por exemplo, a questão da desconsideração da personalidade jurídica de empresas infratoras, quer pelo TCU, quer por autoridades administrativas, no âmbito da Lei n. 8.666/93. Referida disposição, embora relevante para impedir práticas empresariais nefastas em licitações e contratos públicos, encontra resistência pelo Judiciário, que busca reservar para si a aplicação desse importante instrumento, como bem destacado pelo Ministro Celso de Mello em decisão monocrática com ampla citação doutrinária:

*[...] que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante **impõem** que se outorgue, na espécie, a **pretendida** tutela cautelar, **seja porque** esta Suprema Corte *ainda não se pronunciou* sobre a validade da aplicação da “disregard doctrine” **no âmbito** dos procedimentos administrativos, **seja porque** há eminentes doutrinadores,*

¹⁵ Apenas na parte em que regulam normas e punições administrativas. O regramento criminal dessa legislação é retratado no item seguinte deste estudo.

apoiados na cláusula constitucional da *reserva de jurisdição*, **que entendem imprescindível** a existência *de ato jurisdicional para legitimar* a desconsideração da personalidade jurídica (**o que tornaria inadmissível** a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), **seja porque** se mostra relevante examinar o tema **da desconsideração expansiva** da personalidade civil **em face do princípio da intranscendência** das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, **seja, ainda, porque** assume significativa importância o debate **em torno** da possibilidade de utilização da “*disregard doctrine*”, **pela própria** Administração Pública, **agindo** “*pro domo sua*”, **examinada essa específica questão na perspectiva** do princípio da legalidade. (STF/MS 32.494MC/DF)

Ou seja, tratando-se de medida ainda não expressamente prevista na legislação, entendeu o STF que não seria possível admitir-se a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa antes de um pronunciamento da própria corte.

Essa legislação, mesmo com suas limitações, é relevante para o enfrentamento da corrupção meramente administrativa, em ordem a evitar que ganhe corpo e escala, e se aventure a financiar campanhas eleitorais, alcançando, dessarte, poder político.

A franca e imediata atuação da legislação de controle da corrupção administrativa é fundamental para evitar que se estructurem mecanismos mais poderosos economicamente cuja resultante pode significar a apropriação do poder político, elevando, assim, o patamar da infiltração desse mal nos órgãos de Estado, sobretudo aqueles voltados à investigação e ao controle de ilícitos.

5.4.NOTAS SOBRE A PERSECUÇÃO CRIMINAL DO ATO DE CORRUPÇÃO LATU SENSU

Juntamente com a legislação que trata do problema nas esferas administrativa e processual civil, há alguns tipos criminais que se destinam a proteger o bem jurídico do bom governo. Todo o título XI do Código Penal é voltado a tutelar quer os aspectos patrimoniais e morais do Estado, quer a própria regularidade no exercício das funções públicas (BITTENCOURT, p. 6).

Trata-se de legislação que busca a persecução de pessoas físicas que violem os tipos penais em referência (arts. 312 a 359-H), separados em quatro capítulos: (i) crimes praticados pelo funcionário público; (ii) crimes praticados pelo particular; (iii) crimes contra a administração da justiça; e (iv) crimes praticados contra as finanças públicas.

Como se encontra sob a égide do direito penal, o regime processual é o mais estrito previsto pela Constituição, de molde a assegurar que os princípios e garantias fundamentais

sejam seguidos à risca, seja no modelo de constatação probatório, seja na paridade entre defesa e acusação, seja na precisa aferição da conduta e seus elementos subjetivo e objetivo à luz do quanto previsto pelo tipo penal.

Todavia, como já descrito acima, é característica dos desvios associados à corrupção esconder-se o tanto quanto possível aos órgãos de controle, ao mesmo tempo em que busca a cooptação desses mesmos órgãos, em ordem a mitigar as ações para o enfrentamento desses desvios. O processo penal, como o administrativo e o cível-sancionatório, acaba necessitando de modificações e reaparelhamentos para dar cabo das complexidades das organizações criminosas que se dedicam à violação dos tipos penais em comento.

Tome-se como exemplo a Lei n. 12.850/13, que veio a regulamentar com maior detalhamento o mecanismo de colaboração premiada para, oferecendo determinadas vantagens, assegurar o rompimento da lógica autoprotetiva dos integrantes de organizações criminosas. Essa mesma legislação previu outras técnicas especiais de investigação, como a infiltração de agentes, a ação controlada, o acesso a informações cadastrais diretamente pelos investigadores, independentemente de autorização judicial.

Caso exercitados com estrita observância da legislação, trata-se de técnicas modernas, adaptadas ao correto aparelhamento das estruturas do Estado para conferir a resposta adequada ao problema, como destaca LIVIANU:

Conforme relata Muñoz Sanches, a criminalidade organizada está fechada ao ambiente exterior e imune aos tradicionais meios de investigação, o que demanda novos métodos de investigação policial. Esta constatação, que não é isolada, exige novas formas de investigação das autoridades estatais, como a escuta telefônica, a infiltração de agentes e a proteção dos colaboradores da Justiça. (2006, p. 68)

Referidas técnicas, como visto no item 3.3 deste trabalho, alinham o ordenamento nacional às obrigações assumidas em tratados internacionais, como a Convenção de Mérida, de acordo com o bem destacado pelo Min. Dias Toffoli, em julgamento do mérito do Habeas Corpus n. 127.483/PR:

Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.

Como visto, trata-se de meios mais modernos para a obtenção de provas dos ilícitos, realizados dentro do nosso esquema constitucional, em ordem a aparelhar o Estado para enfrentar a corrupção com instrumentos internacionalmente reconhecidos como eficazes. São diferentes, de outra banda, de métodos encontrados por outras nações, que limitaram intensamente garantias fundamentais, ao enfeixarem atribuições típicas do Judiciário em autoridades investidas de amplos poderes, inclusive o de restrição de liberdade, como se verifica na crítica às experiências de Cingapura, Hong Kong e Indonésia, por exemplo (GAULT, 2015):

Ahora bien, en los países en que ha habido un éxito evidente de las AAC (Singapur, Hong Kong y, recientemente, Indonesia), podría decirse que este se ha producido por la prevalencia que el Gobierno otorga a la idea del “interés público” y al ámbito de “lo público” sobre los derechos individuales y el ámbito de “lo privado”. En estos casos:

1. El poder y las facultades que ejerce la AAC son tan amplios e invasivos que propician un clima de miedo, fragilidad e incertidumbre para el sujeto potencialmente corrupto. La dinámica que se genera es una suerte de panóptico (Foucault, 2008) en donde una parte importante de la vida privada puede ser vigilada y afectada - *e. g.* revisión de cuentas financieras, intervención de llamadas telefónicas, confiscación de bienes, leyes de protección de testigos, listas negras, operaciones encubiertas, y acciones con potencial daño a la reputación individual- (Princeton University, 2013; MacMillan, 2011; Mao, Wong y Peng, 2013).

Outro posicionamento, contudo, são modificações legislativas que impactam severamente na fruição de determinados benefícios, como a progressão de regime, autorizada somente após a reparação do dano integral ao erário, na forma do art. 33, §4º da Lei n. 10.763/2003.

Esse tipo de mecanismo cria a falsa impressão de um tratamento mais rígido contra atos ilícitos em desfavor do erário, mas, na essência, mostra-se mais como elemento de retaliação, longe de se caracterizar como técnicas constitucionais. Nesse sentido, NUCCI:

Em suma, não se podem discriminar vítimas (quando esta for a administração, exige-se a prévia reparação do dano para a concessão de progressão de regime; quando se tratar do particular, tal demanda inexistente); não se deve atentar contra a finalidade precípua da pena, que é a reeducação e ressocialização, algo que não tem relação necessariamente com a reparação do dano; não se pode discriminar réus e condenados por sua capacidade econômica, uma vez que muitos autores de crimes contra a administração podem não ter condições de arcar com a reparação e somente os mais ricos beneficiar-se-iam da progressão de regime; não se pode aceitar que uma regra restritiva de direito seja criada para ter ínfima aplicação, já que a grande maioria dos condenados por crimes contra a administração tem pena inferior a quatro anos, logo, goza de muitos outros benefícios e está distante da necessidade da progressão de regime.

Entretanto, particularmente em face de julgamento do Mensalão, o STF considerou constitucional esse dispositivo.

O legislador, quando propõe medidas dessa natureza, busca a adesão simplista da opinião pública, sem atentar ao regramento constitucional, violando regras e preceitos estabelecidos na Carta justamente para conformar o poder punitivo ao Estado Democrático de Direito.

5.5.DISPOSIÇÕES COMUNS AO ENFRENTAMENTO JURÍDICO DO ATO DE CORRUPÇÃO

Colocadas as premissas básicas da legislação administrativa e judicial de enfrentamento da corrupção, há que se extraírem alguns predicados comuns dos procedimentos destinados a suportar o sancionamento, seja ele administrativo, seja judicial, na seara civil ou criminal.

Como há elevado imbricamento da legislação, conforme o texto de FARIA já mencionado alhures, um mesmo fato pode desencadear inúmeras consequências jurídicas, quer no plano administrativo (sancionamento de servidor e da empresa, em procedimentos distintos), quer no plano judicial civil (ação popular, ação civil pública, ação de improbidade), quer no plano judicial criminal.

A independência das instâncias já não dá mais conta dessa realidade. Na verdade, essa teoria da independência é coerente com a organização normativa em códigos, como sustenta FARIA, e soa ultrapassada, em algumas hipóteses, quando confrontada com a realidade multifacetada dos tempos atuais.

Imagine-se um determinado ato que é sindicado nos planos criminal e de improbidade. Mas também pode ser avaliado em uma ação popular, em um processo administrativo de rescisão contratual e para viabilizar uma sanção ao servidor envolvido no ilícito. Admitir-se tantas soluções quanto os expedientes possíveis denota uma ineficácia do Estado, pela multiplicidade de esforços para atingir o mesmo objetivo, que é conferir uma resposta ao injusto.

Ora, escancara-se um paradoxo em que um mesmo contexto fático acaba recebendo qualificações jurídicas diferentes apenas porque o enfoque de apuração ocorreu em instâncias distintas. Há que se uniformizar a maneira pela qual a miríade de expedientes jurídicos analisa os fatos. Limitar-se-ia a inconsistência e a incongruência de um sistema de enfrentamento da corrupção – se é que se pode dizer que exista um sistema como tal no Brasil.

Nada obstante essas poucas linhas sobre uma crítica – a ser aprofundada – acerca da independência de instâncias no enfrentamento da corrupção, é fato que há disposições comuns nesses expedientes. E a linha comum que se destaca neste trabalho é o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Ao mesmo tempo em que corrói a legitimidade de ações do Estado, a corrupção, acaso enfrentada a qualquer custo somente pelos instrumentos jurídicos, acaba por corroer o próprio Direito, ao negar aos acusados o respeito às suas garantias fundamentais.

5.5.1. GARANTIAS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O desenvolvimento de um núcleo de direitos e garantias do indivíduo é parte da evolução das instituições e dos fundamentos do próprio Estado moderno.

Desde a adoção da forma escrita da lei, passando por outras fases da história, como a afirmação do parlamento em face do soberano, as sucessivas declarações de direitos, a construção teórica do Estado como titular de personalidade jurídica (portanto, dentre outras consequências, responsável perante seu povo), em todos esses momentos é possível identificar iniciativas voltadas à contenção do poder para, organizando-o, permitir a estruturação do Estado tal como hoje o conhecemos.

Dessas iniciativas, ou melhor, elementos de controle, a configuração de um núcleo de direitos do indivíduo demonstrou-se uma estratégia vertical de limitação da ação do Estado, em adição a iniciativas horizontais, como a repartição de competências entre diferentes poderes integrantes do Estado. Limita-se o poder, sobretudo na sua relação mais direta com o indivíduo, como forma de coarctar arbítrios; a discricionariedade, sobretudo em temas punitivos, não pode ser desejada.

A especialização de determinadas funções de Estado, portanto, na técnica de limitação horizontal do poder, criou e conferiu determinadas “linguagens” ou “códigos” a serem utilizados primordialmente segundo essas próprias funções. Nessa linha, ao poder legislativo – na função criadora do direito – a linguagem discricionária é a mais ampla possível; no âmbito do executivo, a atuação se contém pelas leis que o condicionam; por seu turno, o judiciário é o poder com menor grau de discricionariedade, conformado, de um lado pela legislação, e, de outro, pelas garantias de aplicação imparcial e equidistante do direito ao caso concreto, regramento especial e essencial da magistratura.

Mesmo havendo essa gradação de discricionariedade, maior ao legislador e menor ao julgador, sobrepara a todos os poderes a Constituição, demarcando e delimitando núcleos acerca dos quais não se admite decisão, ou sequer legislação (por exemplo, pela vedação explícita do art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição, a pena de morte, salvo guerra declarada, é impossível de ser cogitada como resultado da aplicação da lei ao caso concreto, pela ação do executivo ou como direito novo). Impõem-se, portanto, limites verticais à ação do Estado, originada em qualquer de seus poderes, em ordem a garantir que determinados direitos do indivíduo não sejam objeto de violação.

Assim, se a Constituição garante – como direito fundamental – que ninguém será privado de sua propriedade ou de sua liberdade sem o devido processo legal, não se admitirá como válido um processo judicial ou administrativo que contrarie essa regra. Tampouco será hígida uma lei tendente a abolir regras processuais aderentes a essa lógica.

A construção da ideia da Constituição como lócus formal de garantias de limitação ao poder – limitação horizontal, pela separação de poderes; limitação vertical, pelo conjunto de direitos fundamentais –, acima das demais normas do ordenamento, aliada a técnicas de reformas limitadas (mediante quóruns especiais e matérias não reformáveis) é o que possibilita a existência de um campo para a atuação da política, no qual as diversas correntes de pensamento da sociedade podem se expressar e disputar a preferência dos eleitores, sem que isso coloque em risco a coexistência de minorias e suas divergências.

Segundo FERRAJOLI, a democracia constitucional configura um conjunto de limites impostos a toda forma de poder, em razão de ser a democracia um sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância no seu exercício, de garantias aos direitos fundamentais, e de técnicas de controle e de reparação às suas violações:

En fin, si las normas constitucionales substanciales no son otra cosa que los derechos fundamentales, ellas pertenecen a todos nosotros, que somos titulares de los derechos fundamentales. Es en esta titularidad común, según creo, donde reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular. (p. 33)

Limitar o poder é limitar a discricionariedade de seu exercício, conformando-o pelo direito em ordem a possibilitar o controle da responsabilidade pelo seu mau uso. É garantir, ao fim e ao cabo, a coexistência de divergências sem rupturas; é permitir que minorias de hoje se transformem em majorias de amanhã, conduzindo o Estado na evolução e no aperfeiçoamento de seus fundamentos.

As garantias do indivíduo, portanto, assumem o papel de impedir que determinados limites sejam rompidos pela ação do poder, notadamente para assegurar um mínimo de expectativa de comportamento esperado, conforme regras preexistentes, quando o Estado resolver se imiscuir na seara particular.

Assim, trata-se de instrumentos para controlar e limitar a ação do Estado no seu relacionamento com os indivíduos, instrumentos que, como criações da inteligência humana, também sofrem ressignificações ao longo da sua evolução.

Ostentando caráter *absoluto e perpétuo*, como nas primeiras construções teóricas sobre o direito natural (POUND), essas garantias foram evoluindo e obtendo novos conceitos. Tome-se por exemplo o direito de propriedade, relido à luz dos direitos de solidariedade, para impor-se lhe a função social, cuja inobservância pode acarretar severa limitação em seu exercício (vide a desapropriação-sanção do nosso ordenamento: CF, art. 182, §4º, III, para o imóvel urbano, e CF, art. 184, para imóvel rural). Ou, para se exemplificar o direito ao processo legal, historicamente concebido para regular a atuação do Estado (v.g., Magna Carta Inglesa, art. 39), e que tem sido reconhecido mesmo em relações processuais exclusivamente privadas (p.e., Código Civil Brasileiro, art. 57).

Como leciona COMPARATO (2003), invocando doutrina alemã, esses direitos humanos adquirem contorno de *garantias fundamentais* quando positivados na Constituição, na lei, em tratado internacional, enfim, a partir de sua inclusão no ordenamento jurídico. Abstraindo-se a discussão se a positivação representa mero reconhecimento desses direitos ou se o Estado pode instituir novas garantias, é fato que a positivação assegura a *certeza* de sua existência, a *segurança* para que sejam aplicados e a *possibilidade* de sua fruição pelos indivíduos (DALLARI, 1998).

Além da função de controle do poder, abordada com maior detalhamento no próximo tópico, esses direitos fundamentais possuem o atributo de conferir *integração material e legitimidade* à ordem jurídico-política, como se colhe em LOPES (2004, p. 9), em trabalho que analisa o conteúdo essencial desses direitos como forma de limitar e controlar excessos do legislador:

Sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, SMEND observa que nem sempre coincide com a fórmula legislativa da sua enunciação e que, na verdade, compreende: a) um sistema de valores e bens e um sistema cultural no qual o Estado encontra a sua unidade; b) um sistema nacional de valores único para todos os membros – ainda que de diferentes nacionalidades – do Estado. Desse modo, define o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como o concreto sistema jurídico de valores que promovem a integração material e a legitimidade da ordem jurídico-política estatal.

Ou, na lição de BRANCO (2009, p. 267), destacando o seu papel na construção da equação indivíduo/Estado:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação aos indivíduos se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Se, em uma concepção histórica, a função dos direitos fundamentais objetiva o controle do poder, numa noção finalística mais atual, tais direitos sedimentam a legitimidade das ações públicas, sobretudo quando voltadas a interferir na vida dos indivíduos.

Todavia, como assenta CARBONELL, em introdução à obra de FERRAJOLI (2010, p. 19), a crise deflagrada com os atentados terroristas de setembro de 2001 modificou sensivelmente o tratamento dos direitos individuais em diversos países, notadamente no Ocidente, a ponto de se admitir com franqueza inaudita que o debate político-eleitoral nos Estados Unidos da América se envereda por temas relacionados à tortura como instrumento legítimo (!) de combate a ações extremistas e à restrição severa de imigração.

Ao lado dessa crise das garantias fundamentais, também a democracia, ou melhor, o Estado, enfrenta seus percalços. Movimentos que se iniciaram com a chamada “Primavera Árabe” (em países não necessariamente sob regimes democráticos), espraíram-se pelas redes sociais mundo afora em iniciativas como o *Occupy Wall Street* norte-americano, o *Podemos* espanhol e as manifestações de junho de 2013 ocorridas no Brasil, para focar entrês exemplos de severos questionamentos das autoridades constituídas e do sistema político em geral.

Destarte, seja como um dos elementos de controle do poder, que propiciou a estruturação do Estado em sua conformação mais atual, seja como um conjunto de valores voltados à própria existência do Estado, as garantias fundamentais não podem ser compreendidas num contexto que exclua sua aplicação, ainda que parcialmente, num Estado que se apresente como Democrático de Direito.

Todavia, esse entendimento, natural há algumas décadas, há que ser reposicionado no atual contexto de crises tanto do sistema de garantias quanto do próprio Estado.

5.5.2. GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE À AÇÃO DO ESTADO

As garantias fundamentais, como elementos do Estado Democrático de Direito, configuram técnica de limitação de poder, atuam para controlar e organizar a atuação do Estado na sociedade, impedindo que o totalitarismo e a força se imponham na relação entre governantes e o povo.

Recordando o que se discorreu linhas acima, acerca da importância do controle social e da mídia sobre o Estado em temas relacionados à corrupção, ao admitir o desrespeito a direitos e garantias fundamentais no enfrentamento da própria corrupção, o intérprete estará lançando as sementes para a vitória do mesmo mal que intenta combater.

Ao suprimir direitos – e a possibilidade de crítica ao Estado é um desses direitos fundamentais – lançam-se as bases para o descontrole do Estado, justamente o mais importante *loci* para o florescimento vigoroso da corrupção.

Sem controle social, sem uma cidadania ativa e vigilante, o poder do Estado degenera-se e possibilita toda a sorte de atuação desvirtuada.

A resposta ao ato de corrupção não pode ser somente jurídica – porque vocacionalmente limitada. Há que se estabelecerem e revigorarem os instrumentos políticos de controle do poder; somente com a cidadania atuante e reforçada é que se limitam os espaços para a multiplicação de atos corruptos.

5.5.3. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA EM MATÉRIA SANCIONATÓRIA

Corolário do quanto sustentado, os expedientes sancionatórios em temas de corrupção devem estrita observância ao regime constitucional, sobretudo no quanto relacionado à interpretação. A amplitude de conceitos – típica da atual quadra de desenvolvimento da humanidade – encontra severos limites quando o objetivo é a punição de um indivíduo.

Não se pode mitigar as restrições em matéria sancionatória para alcançar situações quer não previstas pelo legislador, quer apenas parcialmente enquadráveis na legislação. Essa pretensão – de ampliarem-se conceitos – deve ser limitada ao discurso e ao ambiente

políticos, que inclusive terá condições de lidar com eventuais abusos daquele que se aventurar para além dos limites toleráveis pela sociedade.

Mas essa compreensão não se pode admitir no âmbito do Direito. São inúmeros os dispositivos constitucionais que, hauridos em longo processo depuratório, impedem que se confira ampliação em temas dessa natureza. Como exemplo, no artigo 5º da Carta, o inciso XL, que disciplina o princípio da irretroatividade da lei penal. Ou o inciso XXXIX, que trata do corolário da legalidade estrita na seara punitiva. Ou, ainda, os incisos LIV e LV, que asseguram o devido processo legal com a proibição de surpresas, e o contraditório e sua paridade de armas entre acusação e defesa.

Todos esses elementos corporificam a limitação ao poder estatal no processo de aferição de culpabilidade e consequente sancionamento. Corolário desses elementos, tem-se a vedação à interpretação extensiva ou ampliativa na seara punitiva, quer se trate de processo administrativo, quer judicial civil, quer judicial criminal.

Nesse conspecto, confira-se MAXIMILIANO (2006, p. 263):

Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade; consequentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade.

Ou, ainda, FERRAZ JÚNIOR (1994, p. 295):

[...] recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente (...) o *telos* protegido é postulado como de tal importância para a ordem jurídica como um todo que, se limitado por lei, esta deva conter, no seu espírito (*mens legis*), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha.

Não se concebe, ante a necessidade de um discurso mais amplo para enfrentar com maior competência comportamentos corruptos, que essas situações sejam totalmente endereçadas em um processo judicial ou administrativo com essas limitações. Há que se estabelecer um rito político para esse enfrentamento, sob pena de não haver aderência entre as necessidades entre o que seria ideal e as possibilidades válidas dentro de um processo jurídico.

5.5.4. CLÁUSULA DA AMPLA DEFESA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

Já retratamos que a responsabilidade política pelo ato de corrupção deve ocorrer fora de regramento subjetivo, voltado a perquirir acerca da culpabilidade do agente causador do ilícito.

Sanciona-se politicamente aquele que não se mostrou capaz não apenas de agir segundo as regras e também segundo um ideal de moralidade exigido pelo povo. Pune-se sob a perspectiva política aquele que tampouco logrou formar e fiscalizar equipe de subordinados que se comportem de maneira tal a responder aos anseios da sociedade.

Mais do que culpa *in eligendo* ou mesmo *in vigilando*, a responsabilidade política decorre de forma objetiva: o governante responde inclusive pelos atos dos integrantes de sua equipe, independentemente de ação ou omissão próprias.

Tudo isso já foi exposto linhas acima, no capítulo 4; neste ponto do trabalho, contudo, requer-se demonstrar que essa forma de responsabilização é incompatível com os expedientes jurídicos abordados no presente capítulo. A um, pela óbvia constatação da inadequação entre o regime objetivo da responsabilidade política com os ritos jurídicos em geral. A duas, porque a amplitude da defesa em processos sancionatórios é condição de validade para que se conclua por uma sanção.

Na responsabilização política, porque se está diante de temas como confiança e representação, nem sempre o esquema rígido do processo jurídico punitivo será capaz de conferir uma resposta adequada ao problema.

Recobre-se que o ato de corrupção, como de resto todo ato ilícito, é praticado em ordem a dificultar, embaraçar a atuação dos órgãos e mecanismos de controle, quer totalmente, quer parcialmente. Essa constatação é ainda mais agravada quando se destaca que, no quadro de corrupção política, muitas vezes o agente ou é responsável por criar as regras do jogo, ou as influencia fortemente.

Assim, no ambiente jurídico, em que regras e princípios de procedimento necessitam ser observadas como elementos de validação de uma punição, muitas vezes resta impossível a responsabilização de determinados agentes.

Desta feita, a fim de se permitir a legalidade de uma punição pelo injusto praticado em desfavor do erário, é fundamental que se observem os princípios procedimentais

inerentes a esse regime, como a amplitude da defesa, a fim de se perquirir o elemento subjetivo – a culpabilidade – do agente envolvido.

5.5.5. A EXCEÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei Anticorrupção, contudo, excepciona a regra da culpabilidade, em relação à pessoa jurídica acusada de envolvimento em ato ilícito.

Seu artigo 2º estabelece que as empresas respondem objetivamente pelos atos praticados em desfavor do erário; vale dizer, não há necessidade de se investigar quais as intenções de determinado agente privado, em prol da empresa, caso haja a constatação de um ato ilícito: havendo a vantagem associada ao injusto, pune-se.

Trata-se de uma inovação em nosso ordenamento, pois, em matéria punitiva, a regra é sempre buscar-se aferir o elemento subjetivo. A forma de responsabilidade independente de culpa já nos era conhecida em temas de reparação ao meio ambiente, em matérias de acidente de trabalho e em atividades que, por sua natureza, caracterizem-se como potencialmente nocivas (Código Civil, art. 927, parágrafo único; art. 931).

Trata-se da teoria do risco associado à atividade empresarial: como determinadas atividades são desempenhadas com o intuito de lucro, além de perigosas, é natural que se confira à coletividade – ou àqueles que sofram as consequências de eventual dano – uma proteção jurídica adequada, quer invertendo os ônus probatórios, medida de cunho processual, quer estabelecendo a necessidade de reparação independentemente de comprovação de negligência, culpa ou dolo.

É a lição de GONÇALVES (2008):

[...] subsume a ideia do exercício da atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova...

...

O agente, no caso, só se exonerará da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano. Disposições semelhantes são encontradas no Código Civil mexicano, no espanhol, no português, no libanês e em outros.

Quer nos parecer, contudo, que a legislação em comento buscou criar um mecanismo de *enforcement* para que o mundo empresarial se comporte adequadamente na sua relação

com o Estado. A Lei Anticorrupção, ao mesmo tempo, previu a existência de mecanismos de prevenção, detecção e remediação de desvios, premiando com sancionamento mais ameno aqueles que ostentem sistemas de integridade (ou *compliance*) adequadamente desenvolvidos e operacionais.

E a forma de conferir esse *enforcement* foi a previsão de uma nova maneira de responsabilidade independente de culpabilidade, aliada a pesadas sanções pecuniárias e uma também nova modalidade de sanção vexatória: a publicação extraordinária da decisão condenatória, às custas da punida, em mídia de grande alcance. Além disso, estabeleceram-se bases para um programa de leniência anticorrupção que, ao tempo de concepção deste trabalho, ainda engatinha no âmbito do poder executivo, embora já esteja caminhando a passos largos pelas mãos do Ministério Público.

Essas novas maneiras de encarar o ilícito criaram uma corrente de modificação de comportamentos pelo lado privado, como foco na prevenção, para cercear o estabelecimento de relações impróprias com o lado público da equação.

A resultante desse movimento configura-se em agregar aos órgãos de controle a possibilidade de contar com investigações privadas mais detalhadas – porque contam com a colaboração empresarial – para instruir processos jurídicos punitivos e seus congêneres políticos.

Essa técnica da responsabilidade objetiva, entretanto, pode ser contrastada com o regramento constitucional acerca da validade de se dispensar a prova da culpabilidade para justificar o apenamento. É certo que a aferição do elemento subjetivo em relação à pessoa jurídica é bastante delicado; mas ainda assim se poderia cogitar da verificação de culpabilidade de seus agentes para, então, prosseguir o processo de responsabilidade do ente empresarial.

Em trabalho anterior, específico acerca do tema dessa responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção, defendemos que o processo de responsabilização deveria ser repartido em duas etapas: a primeira, mediante a reparação do dano ao erário, deveria ocorrer de forma objetiva, porque não se trata de sancionamento, mas de mera recondução ao *status quo ante*; o apenamento, como segunda fase do processo, mediante a aplicação de sanção, todavia, impescindirá da verificação da má organização da estrutura empresarial voltada à integridade (BOTTINI e TAMASAUSKAS, 2014).

Buscou-se, com essa compreensão, defender que o ente empresarial somente poderia ser sancionado (v.g., multa e demais penas), caso não estivesse adequadamente preparado

para evitar o seu envolvimento em ilícitos. Seria uma forma de *objetivar* a maneira pela qual o elemento *culpável* se apresenta para fins de apenamento da pessoa jurídica, na linha do quanto asseverado por BACIAGULPO (2011):

En todo caso, y sin perjuicio de la aclaración dogmática del modelo legal, lo cierto es que el nuevo art. 31. *bis* del Código Penal requerirá, en la medida en la que la culpabilidad de organización debe ser un presupuesto general de responsabilidad de las personas jurídicas, que éstas organicen, para la prevención de su eventual responsabilidad penal, um sistema de *control interno de juridicidad* de la actuación de los órganos y de las personas a ellos subordinadas. (p. 84)

Nada obstante tal posicionamento, na quadra atual de imediatidade das comunicações – e o conseqüente risco reputacional – há um forte vetor de adequação comportamental às empresas, em ordem a fomentar o ambiente de integridade para mais e mais setores do mundo privado. E a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção é fator preponderante.

5.6. ESTUDO DE CASO

Um caso bastante emblemático de como a pressão por uma solução política – e, portanto, célere – para casos que envolvam corrupção de altas autoridades pode ser verificado nas ações (criminais e de improbidade administrativa) deflagradas em decorrência da denominada “Operação Caixa de Pandora” (Inquérito n. 650/STJ). Ou seja, trata-se de exemplo como um processo judicial pode vir a aparelhar uma resposta política, mas, para isso, desperta dúvidas acerca do atendimento às garantias e direitos dos envolvidos.

Em brevíssima síntese, referida operação policial foi iniciada pela polícia federal buscando desbaratar um esquema de financiamento ilegal de campanhas políticas no Distrito Federal, que culminou com a eleição de José Roberto Arruda como governador, além de uma ampla base de apoio na Câmara Distrital.

Segundo narraram as autoridades investigativas, havia um funcionário público – Durval Barbosa – que possuía atribuição de celebrar e administrar contratos públicos na área de tecnologia da informação para toda a administração pública do governo do Distrito Federal. Em decorrência dessa atribuição, ele teria coletado somas de recursos de fornecedores e as repassado a diversos candidatos. Referido funcionário cuidou de filmar algumas das entregas de dinheiro, bem como conversas com políticos e fornecedores. Depois, utilizou as filmagens para amparar um acordo de colaboração premiada com as

autoridades e, com isso, pleitear redução de sanções criminais e de improbidade administrativa por conta de seus atos contemporâneos às filmagens e também os pretéritos.

Inúmeras dessas gravações foram parar em redações de telejornais, criando intensa comoção local e nacional. Por decorrência, foram ajuizadas dezenas de ações de improbidade e ações criminais. Para os fins que interessam nessa exposição, cuidamos de analisar uma das ações de improbidade, cuja causa de pedir teve o repasse de recursos para a Sra. Jaqueline Roriz, então candidata a deputada distrital.

Escolhemos essa ação porque entendemos que o embate entre a questão jurídica e as consequências políticas foi levado ao extremo. É importante destacar que toda a responsabilização que foi impingida aos envolvidos adveio dos instrumentos jurídicos. Não se teve notícia de tomada da responsabilidade no plano político, de modo efetivo e direto (comissão parlamentar de inquérito, conselhos de ética, etc.).

A ação já havia sido julgada procedente em primeiro grau e, no início do segundo semestre de 2014, havia a possibilidade de o Tribunal de Justiça analisar as apelações interpostas pelos réus (autos n. 2011.01.1.045390-2).

Importa destacar que havia algumas questões processuais muito sérias pendentes de solução.

A primeira delas é que o conjunto probatório mais relevante – os vídeos – foram trasladados da esfera criminal para a civil de improbidade, sob a modalidade de empréstimo de prova. Todavia, quando deferido o empréstimo de prova, sequer havia denúncia criminal e, portanto, esse material não havia passado pelo crivo do contraditório. A despeito disso, os vídeos foram encartados aos autos da ação de improbidade e lá não se deferiu sequer a produção de prova sobre o material. Quanto a esse ponto, o acórdão que julgou a apelação foi enfático, ao estabelecer o *dever das partes de colaborar para o descobrimento da verdade*, ao considerar suprida a exigência do contraditório *porque já se havia apresentado defesa prévia* na instância criminal:

Resta inequívoco que o apelante teve acesso às provas que inquina de ilegais nos autos do Inquérito 650.

É de se notar que em 23 de agosto de 2012 foi disponibilizado à parte cópia da mídia que contém as provas do Inq 650/STJ. A audiência designada para 30 de agosto de 2012 foi redesignada novamente “*a fim de assegurar a vista dos autos e exame das mídias constantes deste processo*” (fl. 1592).

Tal como destaca o d. representante do *parquet*, em 31 de agosto de 2013 o apelante que ora argui a nulidade da sentença sob esse fundamento apresentou na Vara cópia da mídia do Inq. 650/DF em 7 unidades (cd's) (fl. 1601), os quais foram colacionados aos autos (fl. 1606). Observe-se ainda que o recorrente já apresentou resposta prévia perante o C. STJ no que tange ao feito de índole criminal.

[...]

Tal aspecto acima destacado, inerente a instrução processual e colaboração das partes, assume um papel ainda mais decisivo quando voltado ao descobrimento da verdade em ações nas quais se perquire sobre a possível existência de atos violadores da probidade administrativa, que atuam em desfavor do interesse público primário.

A juntada das provas produzidas no Inq 650/STJ, pelo Ministério Público, a meu sentir, correspondeu ao anseio da lei de estabelecer um dever de colaboração das partes na obtenção de provas em busca da verdade real.

Ou seja, justificou-se um possível atropelo quanto à questão processual de relevo por conta da gravidade dos fatos. Não se descortinou possível edição do material gravado, tampouco as motivações do delator em produzir esse tipo de vídeo. Importa destacar que o Superior Tribunal de Justiça, mais de dois anos depois, determinou que se realizasse perícia no material, em recurso de *habeas corpus* tirado de ação criminal que trata do mesmo contexto (autos n. RHC 68.893):

4. A prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente da possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação. Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação.

5. Com efeito, existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão/substituição do aparelho de escuta/imagem, como resultado da gravação ambiental judicialmente autorizada e realizada na fase investigativa, "viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e higidez do material em questão" (HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016). Inteligência dos arts. 159, § 5o, e 400, § 1o, ambos da Lei Adjetiva Penal, combinados com os arts. 5o, LV, e 93, IX, da CF/88.

Essa discussão sobre o conjunto probatório ainda não se encerrou na instância criminal, origem ao material probatório usado para a condenação por improbidade – e sem que fosse concedido o direito ao contraditório.

Outro ponto que demonstra como a ausência de uma responsabilidade política contaminou as discussões processuais sancionatórias pode ser observado no questionamento acerca da suspeição do magistrado de primeiro grau. Embora rejeitada em primeiro grau e perante o Tribunal de Justiça, houve recurso especial na exceção de suspeição, ao qual fora conferido efeito suspensivo pelo Superior Tribunal de Justiça, às vésperas do processo eleitoral que se avizinhava (MC 22.833).

O principal acusado de corrupção, José Roberto Arruda, além de liderar as intenções de voto ao governo do Distrito Federal¹⁶, não ostentava qualquer condenação judicial ou política acerca dos fatos que, em 2009, forçaram-no a renunciar ao mesmo cargo. Havia grande probabilidade de ser eleito, acaso não sobreviesse confirmação, pelo TJDF, da condenação na ação de improbidade adrede mencionada, pela aplicação dos preceitos da Lei da Ficha Limpa.

E eis que os processos jurídicos foram conduzidos em ordem a propiciar aquilo que a seara política não proveu para o caso: em 3 de julho de 2014, a dias do final do período para registro de candidatura, o Supremo Tribunal Federal cassou a liminar concedida pelo STJ e determinou o prosseguimento da análise das apelações pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Seis dias depois da decisão do STF, houve o julgamento pelo TJDF e, pela aplicação das regras da Lei Complementar n. 135, José Roberto Arruda não pôde concorrer nas eleições que aconteceram naquele ano.

Não se está desmerecendo a atuação do Ministério Público no caso – logrou obter uma importante decisão que supriu a inércia dos órgãos de controle político do Distrito Federal. Todavia, a forma como procedido, pela utilização de processos judiciais sancionatórios, exigiu que se imprimisse uma celeridade talvez incompatível com a complexidade das acusações, e, ao menos sob a ótica probatória, não se esgotaram os questionamentos periciais acerca dos elementos que circundam as gravações de vídeo.

Por outro lado, ao promover o deslizamento das discussões do campo político para o jurídico, transpareceu a tentativa dos réus de promover o atraso da tramitação processual, por exemplo, como retratado no acórdão, com o sucessivo peticionamento além de pedidos de vistas pelos advogados, que ensejaram manifestação expressa por parte da relatora:

[...] não examinamos sequer a petição à época, porque os advogados apresentaram uma série de petições, uma atrás da outra, de forma tal que a Secretaria sequer tinha tempo de fazer conclusão. Uma parte pediu vista dos autos e foi dada vista — isso, repito, depois do lançamento do relatório nos autos, e deferi depois da análise dos autos pelo e. Revisor. Não satisfeito com o prazo que lhe foi concedido, veio novo pedido. Outra parte também pediu vista dos autos, e a outra da mesma forma. E, mais ainda, às vésperas do julgamento, uma das partes suscitou um incidente de inconstitucionalidade.

¹⁶ <https://www.terra.com.br/noticias/eleicoes/distrito-federal/arruda-lidera-corrida-eleitoral-no-df-aponta-data-folha,1a207a65d59d7410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>, acesso em 26 de maio de 2017.

Esse comportamento, conquanto possa ter explicações técnicas pelos profissionais que lá atuaram, também possuía o potencial de atrasar o julgamento, em ordem a autorizar o registro de candidatura do principal requerido.

Também por esse ponto se reforçam os malefícios que a debilidade na responsabilização política nos processos judiciais sancionatórios acarreta: o comportamento dos acusados que, no geral, já seria de se esperar procrastinatório para atrasar os efeitos das sanções, nos casos que envolvem potenciais eleitos ganha contornos mais graves, em ordem a possibilitar a aquisição de elevado poder político e, com isso, buscar influenciar o resultado processual. Esse caso é bastante ilustrativo sobre como as tensões políticas se explicitam no interior do processo judicial, com inegável prejuízo a garantias fundamentais, e mesmo um desvirtuamento do comportamento das partes, em ordem a atrasar a prestação jurisdicional para lograr alcançar novas posições políticas de comando.

6. A CORRUPÇÃO POLÍTICA: HIPÓTESE DE SOBRECARGA DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

Colocadas as premissas do trabalho, é importante retomar a ideia central no sentido de que a debilidade do sistema de responsabilização política sobrecarrega os instrumentos jurídicos previstos para a persecução judicial ou administrativa dos ilícitos verificados em desfavor da moralidade administrativa.

O zelo pela moralidade no desempenho das ações de Estado é imperativo de requalificação contínua da representação que se estabelece a partir da escolha de determinados indivíduos para o exercício de funções de liderança política.

Um agir corrupto, como mencionado, frustra princípios econômicos, jurídicos e sociais mais básicos, ao criar barreiras artificiais e ineficientes para atuação do mercado, ao violar elementos de igualdade entre os cidadãos, e ao deslegitimar instituições de organização e governo. Nessa linha, o enfrentamento de desvios deve ser uma preocupação constante, seja na vertente da prevenção, seja na da remediação e da punição.

No presente estudo, analisaram-se duas formas de atuação para a defesa da moralidade: uma vertente política, mediante o aprimoramento do ambiente político, e uma vertente dita jurídica, mediante processos administrativos ou judiciais para a identificação, aferição de culpabilidade e consequente punição.

Esta primeira vertente de responsabilidade política vem sendo deficientemente aplicada, e não apenas no Brasil como visto, mediante a apropriação do discurso jurídico para fins de acionamento e condução da responsabilização no plano político. Elementos como ampla defesa, contraditório, devido processo legal, presunção de inocência, acabam sendo utilizados com vigor típico dos expedientes judiciais para escusar a deflagração da responsabilidade política.

Exemplos claros disso podem ser verificados, na quadra atual, por exemplo, na recusa do Ministro da Casa Civil, Eliseu Padilha, de prestar os devidos esclarecimentos após confrontado com denúncias nos planos político e jurídico. Sua resposta, singela, limitou-se a afirmar sua inocência e sua intenção de defender-se apenas nos autos:

"O ministro disse que confia nas instituições brasileiras, razão pela qual registra que tem certeza de que com a abertura das investigações lhe será garantida a oportunidade para exercer amplamente seu direito de defesa", informou ele, por meio de sua assessoria de imprensa.¹⁷

Sem dúvida é direito dele, como de qualquer outro cidadão, apenas ser inculcado após o esgotamento das instâncias judiciais ou administrativas pertinentes, com suas formalidades características, suas etapas indispensáveis, a fim de validade da sanção eventualmente cogitada.

Todavia, como *Ministro de Estado*, sua relação com o direito adquire contornos mais especiais. Dele se espera que preste as devidas informações à sociedade, a fim de afastar qualquer sombra de mácula acerca de seu agir, ainda mais na relevante função de ministro coordenador de todo o conjunto de auxiliares do Presidente da República. É dele um dever todo especial de aclarar completamente os fatos que envolvem seu nome nas questões apontadas pela imprensa e pela sociedade, ainda que originadas em expedientes ou investigações judiciais. Não lhe deveria ser dado invocar princípios jurídicos para escusar-se a essa tarefa; não no plano político.

Ao singelamente calar-se, acaba sendo transferido ao expediente criminal correspondente a tarefa de não apenas dar cabo de identificar todos os elementos caracterizadores do tipo legal previsto pela acusação inicial, como também de se conferir uma resposta política ao problema de o país ter um Ministro de Estado acusado de atos bastante reprováveis.

Tome-se outro exemplo, o do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, que usou de todos os elementos possíveis para evitar a conclusão do expediente que tramitava perante o Conselho de Ética e Decoro do Parlamento. Foram incontáveis iniciativas para jurisdicionalizar o máximo referido expediente, além de outras *manobras*, como as destacadas pelo Procurador Geral da República no pedido que culminou em seu afastamento do cargo de Deputado Federal (autos da Ação Cautelar n. 4070/DF):

(n) adoção de "manobras espúrias para evitar a regular atuação de seus pares na apuração de condutas no âmbito da Câmara dos Deputados (da obstrução da pauta com o intuito de se beneficiar)" (fl. 136), com a finalidade de impedir a regular tramitação de representação instaurada contra ele no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados; (o) destituição, por intermédio de seus aliados, do Relator da representação que visa sua cassação, Deputado Fausto Pinato, "exatamente no momento em que ficou claro que o Conselho daria continuidade ao processo" (fl. 143); (p) ameaças e oferecimento de vantagens

¹⁷ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1876399-padilha-tratou-de-propina-sob-fhc-lula-e-dilma-diz-delacao.shtml>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

indevidas ao Deputado Federal Fausto Pinato, em razão de sua atuação como relator da representação contra Eduardo Cunha no Conselho de Ética da Câmara.

Na transcrição acima, foram destacados três dos dezesseis fatos apontados pelo PGR como indicativos de uma má utilização do mandato como Deputado Federal, a recomendar seu afastamento do cargo. Note-se que esses três itens são relacionados a uma obstaculização à tramitação do expediente perante o Conselho de Ética; os demais trata-se de fatos relacionados ao uso do cargo para obtenção de benefícios ilícitos (como concussões, corrupções e demais elementos típicos), típicos de um processo jurídico de responsabilização.

Ou seja, houve uma mescla política e jurídica na motivação para o afastamento do parlamentar de seu cargo – medida que não encontra autorização na Carta Federal. E o resultado final foi o efetivo afastamento, ora calçado na necessidade de se verificar o desempenho do mandato eleitoral à luz dos preceitos constitucionais, ora em fundamentos relacionados às medidas cautelares previstas pelo Código de Processo Penal (art. 319, VI, na redação conferida pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011).

Chama a atenção, contudo, a seguinte passagem da decisão do Min. Teori Zavascki, nos autos da referida ação cautelar, que restou referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

O mandato, seja ele outorgado pelo povo, para o exercício de sua representação, ou endossado pelos demais deputados, para a liderança de sua instituição, não é um título vazio, que autoriza expectativas de poder ilimitadas, irresponsáveis ou sem sentido. Todo representante instituído nessa República tem ao menos dois compromissos a respeitar: um deles é com os seus representados; o outro, não menos importante, é com o do projeto de país que ele se obriga a cumprir ao assumir sua função pública. A sublime atividade parlamentar só poderá ser exercida, com legitimidade, se for capaz de reverenciar essas duas balizas. Se os interesses populares vierem a se revelar contrários às garantias, às liberdades e ao projeto de justiça da Constituição, lá estará o Supremo Tribunal para declará-los nulos, pelo controle de constitucionalidade. Mas não são apenas os produtos legislativos que estão submetidos ao controle judicial. Também o veículo da vontade popular – o mandato – está sujeito a controle. A forma preferencial para que isso ocorra, não há dúvida, é pelas mãos dos próprios parlamentares. Mas, em situações de excepcionalidade, em que existam indícios concretos a demonstrar riscos de quebra da respeitabilidade das instituições, é papel do STF atuar para cessá-los, garantindo que tenhamos uma república para os comuns, e não uma comuna de intocáveis.

O que acabou acontecendo, nesse caso concreto, foi a utilização de uma medida típica do processo penal – portanto, relacionada à seara jurídica de responsabilização – para viabilizar um controle eminentemente político, o qual, destaque-se, vinha sendo

obstaculizado pelo referido parlamentar, em ordem a prolongar a fruição das vantagens que o exercício do elevado cargo público lhe autorizava.

Portanto, melhor seria que essa medida – a *judicialização do juízo político* – tivesse sido autonomamente proposta e analisada pelo Poder Judiciário, por exemplo, à luz do desvio de finalidade ou da omissão do Poder Legislativo em enfrentá-la. Todavia, ao optar por tratar do tema de forma absolutamente entremeada com um processo de responsabilização criminal, pareceu-nos que o STF conferiu uma interpretação mais elástica ao inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal ao caso concreto.

Sobretudo, porque o art. 53, § 2º, da Constituição somente autoriza a prisão de Deputados e Senadores em caso de flagrante por crime inafiançável. Assim, seria imprescindível que se atestasse, sem sombra de dúvidas, que o referido parlamentar estivesse em algumas das condições dos arts. 302 e 303 do Código de Processo Penal¹⁸.

Isto porque somente se admitiria uma *medida cautelar diversa da prisão* (CPP, art. 319, *caput*) caso a hipótese de prisão se fizesse presente. No caso concreto, como o parlamentar somente poderia ser preso em caso de flagrante delito por crime inafiançável, e esta condição não se encontrava claramente verificada, não haveria motivo para a substituição.

Mas foi o que ocorreu, como se pode verificar na decisão referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal. Entretanto, essa decisão também foi permeada de injunções sobre aspectos mais políticos da atuação do acusado – aspectos esses que deveriam ser analisados pelo próprio Parlamento, em seu Conselho de Ética e Decoro. Ou seja, um expediente de natureza tipicamente criminal foi utilizado para conferir uma resposta ao mau funcionamento do mecanismo de responsabilidade política. E o que é pior, sob o ponto de vista das garantias fundamentais: esse desiderato foi obtido a partir de interpretações mais elásticas de normas informadoras do processo criminal.

¹⁸ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Melhor seria se houvesse uma provocação autônoma, a ser melhor debatida no tópico 6.2, para justamente analisar esse mau funcionamento sob a ótica do desvio de finalidade, da omissão, ou da ilegalidade.

Como aponta GISBERT, o grande problema que cerca a responsabilização de governantes, sobretudo em casos de corrupção em que se impõe o acionamento de um processo jurídico, é o progressivo abandono da responsabilidade política, no geral, e, no particular, a inobservância do respeito qualificado ao direito, como assentado na introdução deste trabalho. E conclui o doutrinador sobre os efeitos dessa constatação:

Los efectos de este planeamiento son demoledores sobre el conjunto del sistema:

- i. Se sustituye el juicio político democrático por el juicio jurídico penal.
- ii. El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales.
- iii. Se mezcla una doctrina procedente del principio democrático representativo (la responsabilidad política) con un principio del Estado de Derecho (el sometimiento de todos los ciudadanos, gobernantes incluidos, a la ley).
- iv. Se confunde una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo (la responsabilidad penal) con una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad in vigilando e in eligendo.
- v. Se homologa un proceso de naturaleza estrictamente política por un proceso de naturaleza exclusivamente jurídica.
- vi. Se sustituye la sanción política prevista para comportamientos políticos (la dimisión o el descenso en prestigio político de los afectados, y en última instancia el veredicto del electorado) por la sanción penal.
- vii. Se asume, injustificadamente, que el proceso judicial puede ser comprendido por la opinión pública exactamente igual que el proceso político.
- viii. Se exige un mismo nivel de determinación de los hechos para dos supuestos radicalmente diferentes. Mientras la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad. La responsabilidad política, por el contrario, requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad.
- ix. Se confunden parámetros de juicio radicalmente distintos: el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el máximo desvalor por parte de la sociedad), y un código de conducta más vinculado a la eficacia, la moral y la ética públicas.
- x. Se identifican, de forma inaceptable inocencia política e inocencia penal.
- xi. Se sustituye la presunción de culpabilidad (política) de todo gobernante por la presunción de inocencia (jurídica) de todo ciudadano.
- xii. Se acepta que los niveles de eficacia y decencia exigibles a los gobernantes sean los mismos que los exigibles al común de los ciudadanos: el respecto al código penal.
- xiii. Se invierte la lógica interna temporal de ambos procesos de exigencia de la responsabilidad política. Primero la responsabilidad política, en calor del debate político, en el Parlamento, ante los medios de comunicación y la opinión pública. Después la responsabilidad penal: en las salas judiciales, con la frialdad de las formas jurídicas y sin la presencia intimidatorio ni de los medios, ni de la opinión pública.
- xiv. Se intercambian los argumentos utilizables: políticos en un caso, exclusivamente jurídicos en el otro.

- xv. Se obliga al juez a desarrollar un rol para el que no está preparado. Deja de ser el aplicador neutro del Derecho para convertirse en el árbitro en la lucha política.
- xvi. Se sustituye al electorado y al Parlamento como jueces últimos del compartimiento político de los gobernantes, otorgando ese papel a jueces y tribunales.
- xvii. En fin, se justicializa la política exactamente en la misma medida en que se tendrá que *politizar la justicia* (p. 66 e 67)

Ao não se desincumbir do dever de exigir a responsabilidade política, impõe-se equivocadamente ao processo judicial a tarefa de conferir um remédio também a essa faceta do problema, tarefa para a qual não é moldado constitucionalmente e que redundaria em violação de princípios informadores de sua atuação. A corrupção política corrompe também o processo jurídico de responsabilidade, porque o impede de ser desenvolvido segundo seus predicados inerentes. Corrompe, ademais, a própria democracia, com seus princípios e instituições informadores.

6.1. ALTERNATIVAS PARA LIDAR COM O PROBLEMA DE *LEGE LATA*

Como analisado poucas linhas acima, a debilidade da responsabilidade política decorre de vícios na formação da vontade de autoridades que deixam de exercer seus misteres em razão de motivação inconfessada, seja de autoproteção, seja de corporativismo, seja por outra sorte de motivos.

É tarefa difícilíssima adentrar na seara de substituição de um juízo eminentemente político – configurado pela lógica da oportunidade – pelo juízo jurídico e seu código de licitude/ilicitude; todavia, ao nosso sentir, é mais saudável para o sistema jurídico que tal tarefa se desenrole no bojo de um processo judicial exclusivo para apurar os vícios na formação da responsabilidade política.

A alternativa a essa proposição já vem ocorrendo pelo desvirtuamento de processos jurídicos sancionatórios, quer criminais, quer de improbidade administrativa, como já mencionado.

Nessa linha, à luz da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), entende-se que melhor seria a provocação autônoma, no âmbito do Poder Judiciário, de uma medida tendente a corrigir ou suprir a manifestação dos órgãos de controle encarregados de fazer cessar o exercício de um cargo por aquele cujas condições constitucionais, sobretudo moralidade administrativa, não se fazem mais presentes.

Note-se que essa análise não impõe o dever de esgotar, no bojo dessa ação, a apuração dos fatos e elementos que envolvem a autoridade sob questionamento: há que se perquirir se a aferição realizada pelo órgão de responsabilização política violou ou não os preceitos constitucionais e legais aplicáveis.

Assim, tome-se o exemplo do arquivamento da PCE 1/2017, acerca de representação formulada em desfavor do Senador Aécio Neves, rejeitada preliminarmente pelo Presidente do Conselho de Ética e Decoro do Senado Federal, ante a ausência de provas de ilícito (mas meras reportagens jornalísticas) e, avançando sobre o mérito da acusação de recebimento de vantagem indevida, pela existência de um *agente provocador* ou de *flagrante preparado*, a invalidar a prova em desfavor do parlamentar. Essa é a síntese da decisão que determinou o arquivamento sumário da representação, mantida pelo plenário do referido órgão.

Não nos parece que seja a função do Conselho de Ética substituir-se à análise que o Judiciário fará acerca dos fatos envolvendo o parlamentar quanto ao plano jurídico da questão; aspectos relacionados à legalidade da prova, ou até mesmo a sua suficiência, deverão ser debatidos no âmbito próprio de um processo criminal.

Entretanto, parece ser atribuição desse colegiado aferir, com precisão, se o envolvimento de um parlamentar com fatos dessa natureza – recebimento de vultosa quantia em espécie e gravações de conversas pouco republicanas – ainda que se possam questionar, no plano jurídico, se as provas que embasam tais fatos atenderam ou não os preceitos constitucionais inerentes à validade de sua produção.

Nessa seara, confira-se o exemplo mencionado alhures (item 4.5), quanto ao caso do então Senador Demóstenes Torres, que teve seu mandato cassado (e a representação – REP 1/2012 – fora instruída apenas com matérias jornalísticas), mas viu o processo judicial respectivo anulado por grave vício na produção probatória ante violação ao princípio do juiz natural.

Parece ser possível a provocação do Supremo Tribunal Federal para corrigir os equívocos no acionamento da responsabilidade política, mediante questionamento de vícios de motivação ou de omissão no exercício da tarefa de zelar, no plano político, pela moralidade no exercício de relevantes funções do Estado.

Essa discussão – quanto à possibilidade de atuação do Judiciário para controle dos demais Poderes – já ocorre acerca da atuação de Comissões Parlamentares de Inquérito, como bem destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO (MS 24.458):

Como sabemos, o regime democrático, analisado na perspectiva das delicadas relações entre o Poder e o Direito, não tem condições de subsistir, quando as instituições políticas do Estado falharem em seu dever de respeitar a Constituição e as leis, pois, sob esse sistema de governo, não poderá jamais prevalecer a vontade de uma só pessoa, de um só estamento, de um só grupo ou, ainda, de uma só instituição. Na realidade, impõe-se, a todos os Poderes da República, o respeito incondicional aos valores que informam a declaração de direitos e aos princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado. Delineia-se, nesse contexto, a irrecusável importância jurídico-institucional do Poder Judiciário, investido do gravíssimo encargo de fazer prevalecer a autoridade da Constituição e de preservar a força e o império das leis, impedindo, desse modo, que se subvertam as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, em ordem a tornar essencialmente controláveis, por parte de juízes e Tribunais, os atos estatais que importem em transgressão a direitos, garantias e liberdades fundamentais, assegurados pela Carta da República. [...]

O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO.

Ademais, esse tipo de controle já vem sendo exercido, entretanto mesclado com um processo criminal, como na destacada decisão do Ministro TEORI ZAVASCKI (AC 4070):

Não tem qualquer relevância para essa conclusão o fato de o art. 55, § 1º, da Constituição ter delegado o estabelecimento das balizas do decoro parlamentar à mercê dos regimentos internos. Esse preceito está longe de sugerir a impermeabilidade das condições de exercício do mandato parlamentar de qualquer controle jurisdicional. O que ele estatui, em reconhecimento à autonomia de cada Casa Parlamentar, é uma prerrogativa para que elas padronizem, dentro de suas respectivas concepções de respeitabilidade institucional, um código de ética próprio, cuja observância lhes caberá cobrar na hipótese de decretação de perda de mandato por quebra de decoro (art. 55, II). Entretanto, isso jamais seria suficiente para obstar o controle cautelar das circunstâncias de exercício do mandato pelo Judiciário, até porque, como já se frisou, esse controle não interdita irremediavelmente o cumprimento desse *munus* de representação, nem atenta contra a presunção constitucional de não culpabilidade.

O Direito, destarte, deve ser chamado a atuar para suprir toda ordem de vícios que impede o exercício regular da responsabilização política. Mas isso deve ocorrer de maneira que expedientes próprios da responsabilidade jurídica não sejam contaminados, como, por exemplo, ocorreu na ação cautelar n. 4070, que invocou uma norma processual penal para viabilizar o exercício da seara política de representação, alargando o seu cabimento.

Há que se restringir a continuidade do exercício do cargo a uma ação própria, com delimitação de causa de pedir relacionada ao vício na formação da vontade do órgão de controle ético – ou mesmo à omissão de se desincumbir-se de seus ônus – sem que se permita que tais discussões ocorram no bojo de um processo sancionatório jurídico.

Nessa perspectiva, a atuação jurisdicional estará limitada ao caso negativo de sanção política, e isso por uma razão simples: no caso positivo, mediante uma cassação de mandato,

acabou a confiança que fundamentou a representação política. E confiança não se restabelece por decisão judicial.

6.2. ALTERNATIVAS PARA LIDAR COM O PROBLEMA DE *LEGE FERENDA*

Ao lado da possibilidade de se questionar a atuação dos órgãos de responsabilidade política à luz de omissão ou desvio de finalidade, impõe-se melhoria no ambiente para o exercício da política, estabelecendo-se regras que aproximem os eleitores dos eleitos, para que o exercício da responsabilidade política ocorra na modalidade da renúncia (portanto, pela autoavaliação da impossibilidade de continuar no exercício do mandato) e não da cassação (imposta por um órgão externo).

Nessa toada, mecanismos de empoderamento da sociedade civil e da mídia, mediante ampla transparência de ações do Estado, seus motivos e consequências, permitem que se estabeleçam mecanismos de prevenção à prática de atos ilícitos por autoridades públicas. Outras medidas, como o *recall* de mandatos eletivos, também permitiriam estreitar os laços que amparam o estabelecimento da representação política.

Instrumentos internacionais, como a já mencionada Convenção de Mérida, estabelecem diretrizes para o aperfeiçoamento da legislação interna na linha de aprimorar mecanismos de *accountability*:

Art. 5º.

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.

RANIERI (2013, p. 32/33), citando Hannah Arendt, descreve o Estado como o espaço delimitado pelo Direito para o desenvolvimento do poder político. Nessa linha, a Constituição (como expressão maior do Direito) objetiva garantir a liberdade e a isonomia para participar da coisa pública, a partir de um ponto de vista comum, partilhada e concertada entre os cidadãos, na perspectiva da busca pelo interesse geral.

Há que se estabelecer, além do aperfeiçoamento das regras eleitorais e de inelegibilidade, uma norma que regulamente, em linhas gerais, o acionamento e o exercício

da responsabilidade política, considerando as peculiaridades e a relevância dos cargos acerca dos quais se busque cessar o exercício de determinados indivíduos, assim como os órgãos perante os quais deverão tramitar os expedientes de responsabilização dessa natureza.

Ainda, o Direito deverá regular as hipóteses de inércia e de vícios no exercício da responsabilidade política, estabelecendo critérios, legitimidade, prazos e demais elementos para que seja cobrado judicialmente o exercício dessa forma de responsabilização, acautelando-se, tanto quanto possível, os riscos de instabilidade política decorrentes.

7. CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, e sobretudo a partir das análises de casos concretos expostos nos itens 4.5 e 5.6 deste trabalho, parece-nos que o exercício da responsabilidade política é fundamental para aliviar as pressões que se formam no interior de expedientes sancionatórios de cunho jurídico, instaurados em decorrência de atos de corrupção (como aqueles analisados com maior denodo no capítulo 5).

O Direito deve organizar a sua atuação para exigir dos órgãos de controle político que se desincumbam das atribuições relacionadas à exigência da responsabilidade política independentemente do exaurimento da responsabilidade jurídica. Elementos como presunção de inocência, validade de provas e outros decorrentes de princípios e garantias fundamentais devem ser lidos com maior cautela em relação aos processos políticos de responsabilização de autoridades.

De outra banda, expedientes jurídicos não podem se desenrolar sem que haja o devido respeito às garantias processuais e materiais inerentes a qualquer cidadão, ainda que no exercício de atividades políticas de relevo. Como visto no item 5.5 deste trabalho, a devida observância dessas cláusulas fundamentais é o que garante higidez à sanção e ao sistema jurídico como um todo.

O exemplo retratado no item 4.5 é deveras ilustrativo quanto a essa premissa: mesmo uma prova com conteúdo ilegítimo sob a ótica jurídica serviu de base ao acionamento e ao exaurimento da responsabilidade política. O conteúdo das conversas – ainda que ilicitamente obtidas – foi suficiente para abalar o liame da representação política e redundou na cessação do mandato parlamentar do ex-Senador Demóstenes Torres.

Diferentemente, no caso analisado no item 5.6, em que a responsabilidade política não se desenvolveu, um expediente jurídico – ação de improbidade – acabou manejado para obter a externalidade política necessária para o afastamento de uma personalidade que não ostentava condições de moralidade administrativa para o exercício de novo mandato. Todavia, na ação judicial referida pendiam sérias dúvidas quanto à higidez jurídica da prova, por mais eloquentes que fossem as cenas amplamente divulgadas pela imprensa nacional.

Instrumentos do direito sancionatório, como analisados, foram talhados institucionalmente para enfrentar a corrupção administrativa, não logrando capacidade para abarcar as complexidades inerentes à corrupção política. A efetiva tutela do bem comum, da democracia, em quadros como tais, somente se perfectibiliza mediante a aplicação correta

de uma responsabilidade política, exercitada pelos instrumentos democráticos de depuração da representação.

O tema não parece de fácil assimilação, tampouco admite soluções mais simplistas, pois também deve se ter em mente uma indispensável estabilidade para o exercício de determinadas funções de comando do Estado. Não se pode admitir que haja ameaça constante de apeamento de determinadas autoridades de seus cargos; tampouco se pode considerar válida a persistência de práticas ilegítimas no exercício do poder estatal. Como anota LOMBA (2008):

Se a responsabilidade criminal dos governantes suscita problemas intrincados como os que acabámos de descrever, não admira que a responsabilidade estritamente política se transforme num domínio ainda mais ambíguo e pejado de dúvidas. Porque falta à responsabilidade política a pré-determinação normativa e o esquema típico de imputação que encontramos na responsabilidade penal. (p. 15)

Em arremate, há que se extrair do processo judicial sancionatório as pressões por soluções políticas. E isso somente ocorrerá mediante o exaurimento da responsabilidade política, como aponta GISBERT (2013):

El juez que se ocupe del caso, a su vez, se encontrará en una posición extraordinariamente delicada. Sometido al feroz escrutinio de los grupos políticos (tanto los que apoyan como los que atacan) y de la opinión pública. Los primeros tratarán de deslegitimar sus decisiones cada vez que sean contrarias a sus intereses. Arrojarán de manera permanente sobre sus espaldas dudas acerca de su independencia o de su imparcialidad, cuando no cuestionen su competencia técnica o no imputen intencionalidad política a cualquier decisión desfavorable. La opinión pública se mantendrá permanentemente informada por unos medios de comunicación que destacarán de los procesos sólo aquello que pueda considerarse noticia por lo que transformarán el aséptico y neutro lenguaje del Derecho en el espectacular, sesgado y atractivo lenguaje periodístico. Además, no conviene olvidar que los medios de comunicación no son ajenos al mundo político por lo que según su cercanía ideológica (en el peor de los casos incluso económica) al afectado serán más o menos combativos con el juez encargado de enjuiciarlo. En definitiva, el juez que investigue la corrupción de un gobernante ha de saber que su vida se convertirá, casi con toda probabilidad y haga lo que haga, en un auténtico infierno.

[...]

Sólo después, cuando la opinión pública ha dictado su veredicto y el asunto haya pasado un segundo plano, deben actuar los tribunales. Con el sosiego y la tranquilidad propia de su función. Con las garantías de todo procesado que ninguna persona (ni siquiera un político) puede perder. Sin la crítica mediática ni la vigilancia política permanente. Esto es, aplicando jurídicamente el Derecho; labor para la que fueron diseñados y que saben hacer con eficacia e independencia. (p.69 a 72)

8. BIBLIOGRAFIA

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública*. In: *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr, Fredie. (Coord.). Bahia: Podium, 2006.

ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. In: *Novos Estudos-CEBRAP*, n. 73, 2005. p. 33-37.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Roberto; SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. *Manual das eleições*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARRUDA ALVIM. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ASFOR ROCHA, Cesar. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El principio: non bis in idem. *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*. Madrid: Dykinson, 2004.

BARRA, Eladio Escusol; PÉREZ, Jorge Rodríguez-Zapata. *Derecho procesal administrativo*. Madrid: Tecnos, 1995.

BARROS, Suzane de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1995.

BERGMAN, Eirikur. *Participatory constitutional deliberation in the wake of crisis: the case of Iceland*. In: Reuchamps and Suiter (Eds) (2016). *Constitutional deliberative democracy in Europe*. Colchester: ECPR Press, 2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 5ª parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados pelos prefeitos (Lei 10.028/2000). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, vol. 947, p. 133-155.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 89, p. 220-229, jan./mar. 1998.

BRITO SANTOS, Carlos Frederico. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. As 'class actions' norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.

_____. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (Medida Provisória 2.088). In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 140-160, 2001.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Democracia "vs." constitucionalismo: um navio à deriva?* Cadernos de Pós-Graduação em Direito : estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011.

_____. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004. CALVO GARCIA, Manuel. Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidade del legislador. *Anuário de Filosofia del Derecho*, t. III, Madrid, 1986.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CEREZO MIR, José. Limites entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 28, n. 3, 1975.

_____. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONLLEDO, Miguel Días y García. In: *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Leite, Alaor (Org.); Teixeira, Adriano (Org.). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

COSTA, A. T. M. (Org.); MACHADO, B. A. (Org.); ZACKSESKI, Cristina (Org.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de Justiça Federal*. 1. ed. Brasília: ESMPU, 2016.

COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; SABINO, Marco Antonio da Costa; FERNANDES, Débora Chaves Martines; LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011. (Publicação de relatório de pesquisa).

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CUTANDA, Blanca Lozano. La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad. Las fronteras del Código Penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIAS, Eduardo Rocha. Os tribunais de contas e o sancionamentos administrativo de licitantes e contratados. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 19. São Paulo, Malheiros, 1997.

ESTY, Daniel C., *Good governance at the supranational scale: globalizing administrative law*, 115 Yale L.J. 1490, 2006. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.??cgi?article=1427&context=fss_papers>. Acesso em: 30 out 2017.

FARIA, José Eduardo. Juízos políticos e garantias jurídicas. *O Estado de São Paulo*, 28.03.2017. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,juizos-politicos-e-garantias-juridicas,70001716536>>. Acesso em: 30 out 2017.

FAZZIO Jr., Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.

FERNÁNDEZ-MAYORALAS, Pedro Sorya. Derecho administrativo sancionador y Derecho penal. *Revista Actualidad penal*, n. 28/48, vol. 2, 1987.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas - Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *R. Bras. de Dir. Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo e Constituição de 1988. *Rev. Trimestral de Dir. Público*, nº 01/87.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. *A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais*. Austral, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. Controle da corrupção e burocracia da linha de frente: regras, discricionariedade e reformas no Brasil. Dados. *Revista de Ciências Sociais*, 2011, 54 [sem mês]. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21821071005>>. ISSN 0011-5258. Acesso em: 6 jun. 2016.

FREITAS, Juarez. Dos princípios da probidade administrativa e sua máxima efetivação. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 20, n. 145, p. 9-33, fev. 1996.

FUKUYAMA, Francis. *Political order and political decay: from the industrial revolution to the globalization of democracy*. New York: Frarra, Straus and Giroux, 2014.

GAULT, David Arellano; GALICIA, Jesús Fidel Hernández; LEPORE, Walter. Corrupción sistémica: límites y desafíos de las agencias anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 61, p. 75-106, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 10, 1976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. I: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAF LAMBSDORFF, Johann. *The organization of anticorruption: getting incentives right!* Passauer Diskussionspapiere: Volkswirtschaftliche Reihe, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da ‘Class Action for Damages’ à Ação de Classe Brasileira. In: Milaré, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 19-30, jul./set. 1986.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política, org. e rev.* Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

_____. Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. *Revista Pena y Estado*, vol. 1, n. 1, 1995.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da improbidade administrativa, In: Bueno, Cássio Scarpinella (Coord.); Porto Filho, Pedro Paulo (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, Ed. 2009.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro, Campus: 2011.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal – um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra, 2008.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 164, out/dez 2004.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABAY, Daniela Monteiro et al. *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre o direito penal e direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89, vol. 19.
- MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MANZANO, Mercedes Pérez. *La prohibición constitucional de incurrir en “bis in idem”*. Valença: Tirant lo Blanch, 2002.
- MEIRELLES, Hely L. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. As ações coletivas: no direito comparado e nacional. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.
- MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocência M.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MINC, Alain. *La nueva Edad Media: el gran vacío ideológico*. Madrid: Temas de Hoy, 1994.
- MOREIRA. José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, v. 404, p. 09-18, jun. 1969.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. n. 190, Rio de Janeiro, out.-dez. 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção. Reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo* (RFA). Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1, n. 219, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES LEAL, Victor. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

OLMEDA, Alberto Palomar. *Derecho de la función pública, régimen jurídico de los funcionarios públicos*. 4. ed. atual. Madrid: Dickinson, 1997.

OLIVEIRA, A. C. *Participação popular e clientelismo em São Carlos*. Dissertação de mestrado. Outubro, FCL, UNESP, Araraquara, 1998.

OLIVERA, Tomás Cobo. *El procedimiento administrativo sancionado tipo*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativa sancionador*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Direito administrativo sancionador e direito penal: quais os limites do *ius puniendi* estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa. *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, vol. 1, n. 1, 2000.

_____. *Teoria de improbidade administrativa: má-gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

PAZZAGLINI F.; MÁRIO; ROSA, Márcio Elias; FAZZIO Jr, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREZ, Adolfo Carretero; SANCHEZ, Adolfo Carretero. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

PEREZ, Jorge Rodríguez-Zapata; BARRA, Eladio Escusol. *Derecho procesal administrativo*. Madrid: Tecnos, 1995.

PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.com?* Barcelona: GEDISA, 2003.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 17, São Paulo, Revista dos Tribunais.

PINTO, Marcos Vinicius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Bedaque, José Roberto dos Santos (Coord.); Cintra, Lia Carolina Batista (Coord.); Eid, Elie Pierre (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. University of California Press, 1972.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Accountability institutions and political corruption in Brazil. In: *Corruption and democracy in Brazil*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2011.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design*. 2014. IRIBA Working Paper: 09. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2497936>>. Acesso em: 30 out. 2017.

RANIERI, Nina. *Teoria do estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013.

RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones administrativas*. Studio Albornotiana. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio del España, 1989.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Processos coletivos e provas: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. Madrid: Tecnos, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. n. 65. Coimbra, *Oficina do CES*, 1995.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v.34, no 178, São Paulo: RT, p.76-105, Dez-2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n.º 97, março/2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, v. 298, p. 99-106, Rio de Janeiro, 1987.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, n. 91, jun-set, 1998, p. 92-114.

TĂNĂSESCU, Elena S. On responsibility in public law. *Cadernos de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, 17, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. Trad. Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Estoril: Princípia, 2007.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scapinella (Org.); PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 393-406.

_____. *Teoria geral do Estado: elementos de uma nova ciência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. TOMILLO, Manuel Gomez. Consideraciones en torno al campo limite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista Actualidad Penal*, n. 4, 2000.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Injusto penal e injusto administrativo: presupuestos para la reforma del sistema de aranceles. In: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Org.). *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al professor García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, v. 3.

VADILLO, Enrique Ruiz. La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal. Las fronteras del Código Penal de 1995 y derecho

administrativo sancionador. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

VARAS IBÁÑEZ, Santiago González. *La reparación de daños causados a la administración*. Barcelona: Cedecs, 1998.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, Jul-Dez. 2008. p. 407-440.

VILA, Antonio Domínguez. *Constitución y derecho sancionador administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

VITTA, Heraldo. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WARREN, M. The meaning of corruption in democracies. In: *The Routledge International Handbook on Political Corruption*. Edited by Paul Heywood. Oxford: Routledge. Forthcoming, 2015.

WEBB, Philippa. The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity? *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 1, p. 191-229, 2005.

WEISS, David C. The foreign corrupt practices act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: weighing proportionality, retribution, and deterrence. *Michigan Journal of International Law*. Vol. 30:471. 2009.

ZAMPIERI, Natália. Criminalização da política e politização da justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v.34, p. 367-394, 2014. <http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation,>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

<https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017.

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/1/02/cotidiano/12.html>. Acesso em: 29. jan. 2017.