

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MAURO EVELY VIEIRA DE BORBA

**DIMENSÕES PRAGMÁTICAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
ENQUANTO ESPÉCIE DE PATOLOGIA CORRUPTIVA: ANÁLISE CRÍTICA DA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE
DO SUL**

Porto Alegre

2015

MAURO EVELY VIEIRA DE BORBA

**DIMENSÕES PRAGMÁTICAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
ENQUANTO ESPÉCIE DE PATOLOGIA CORRUPATIVA: ANÁLISE CRÍTICA DA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE
DO SUL**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior

Co-Orientador: Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Porto Alegre

2015

AGRADECIMENTO

Aos professores Doutores JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JÚNIOR e ROGÉRIO GESTA LEAL, respectivamente, meus orientador e co-orientador, agradeço a orientação segura recebida e principalmente a compreensão que tiveram comigo, sem o que este trabalho não seria possível.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	CAPÍTULO I: OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E POLÍTICOS DA CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E POLÍTICO.....	14
2.1	Um fenômeno de múltiplas expressões e sentidos.....	14
2.3	Diálogo com a filosofia e a teoria política para entender o fenômeno da corrupção.....	17
3	CAPÍTULO II: AS TENSAS RELAÇÕES ENTRE ÉTICA PÚBLICA E CORRUPÇÃO – MARCOS FILOSÓFICOS, POLÍTICOS E NORMATIVOS.....	38
3.1	Sobre a ética – aproximando um conceito.....	40
3.2	Ética Pública. Demarcações conceituais.....	42
3.3	Marcos normativos de proteção da Ética Pública e de combate à corrupção... 	50
3.4	Antecedentes no processo de criação da ética em âmbito internacional.....	51
3.5	O modelo da infraestrutura ética da OCDE.....	57
3.6	Padrões de conduta nos países da OCDE.....	61
3.7	Os modelos de ética na América Latina.....	62
3.7.1	Rede de Instituições de Combate à Corrupção e Salvamento da Ética Pública.....	63
3.7.2	Iniciativa interamericana de capital social, ética e desenvolvimento do BID.....	64
3.8	Marcos regulatórios de enfrentamento da corrupção.....	65
3.8.1	<i>Acordos para combater a corrupção.....</i>	66
3.8.2	<i>Conferências, fóruns, simpósios de combate à corrupção.....</i>	69
3.8.3	<i>Instrumentos legais anticorrupção (legislação anticorrupção internacional, documentos jurídicos recomendados pela ONU na luta contra a corrupção.....</i>	72
3.8.4	<i>Organismos de enfrentamento à corrupção multinacional.....</i>	74
3.8.5	<i>Organismos de Participação Social.....</i>	79
3.9	Marcos normativos da ética pública no Brasil.....	81
3.10	Marcos normativos regulatórios da luta contra a corrupção no Brasil.....	84

4	CAPÍTULO III: O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO BALIZA DO AGIR PÚBLICO E SUA DENSIFICAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	86
4.1	Sempre os princípios. Aspectos Gerais.....	88
4.2	Moralidade, Boa Administração e Probidade – Demarcações conceituais.....	91
4.3	Improbidade Administrativa. Demarcações histórica e conceitual.....	103
4.4	Aspectos da Lei 8.429, de 02/07/1992, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA.....	108
4.5	O elemento subjetivo do dolo e da culpa para a configuração dos atos de improbidade.....	115
4.6	O elemento subjetivo no conceito de improbidade.....	119
4.7	A modalidade culposa do Ato de Improbidade.....	121
4.8	Da aplicação da Lei da Improbidade Administrativa aos agentes políticos.....	130
5	CAPÍTULO IV: CORRUPÇÃO COMO ESPÉCIE DE IMORALIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU TRATAMENTO JURISDICIONAL – ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUNS CASOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	140
5.1	Quando a corrupção, imoralidade e improbidade se confundem.....	140
5.2	O estudo dos julgados do Tribunal de Justiça do RGS.....	145
5.3	A concepção extensiva culpa como elemento subjetivo na configuração da Improbidade do art. 11 a partir de uma adequada compreensão dos bens jurídicos tutelados na LIA.....	153
6	CONCLUSÃO.....	168
7	REFERÊNCIAS.....	188

RESUMO

A corrupção tem de ser entendida como fenômeno complexo e multifacetário para ser melhor enfrentada. O enfrentamento da corrupção, em termos de efetividade, precisa levar em conta a sua natureza fenomênica sob pena da inefetividade dos seus mecanismos de tratamento, o que se pode evidenciar, exemplificativamente, no âmbito da improbidade administrativa e sua problematização jurisprudencial, topicamente abordada em decisões da casuística de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O presente trabalho trata do tema da corrupção enquanto fenômeno político, social, cultural e institucional, a partir de seus contornos e fundamentos teóricos e pragmáticos, em especial estes últimos atinentes à improbidade administrativa. Propõe-se a demarcar os fundamentos filosóficos e políticos da corrupção como fenômeno social, identificar a ética pública como mecanismo de enfrentamento da corrupção, bem como verificar os principais marcos normativos no tratamento da ética pública e da corrupção, além de analisar a improbidade administrativa e seu tratamento jurisdicional e, finalmente, fazer um estudo sobre o tema da improbidade administrativa como mecanismo de enfrentamento da corrupção no âmbito de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Corrupção. Improbidade. Controle.

ABSTRACT

Corruption has to be understood as a complex and multifaceted phenomenon to be better addressed. Tackling corruption, in terms of effectiveness, need to take into account their phenomenal nature under penalty of ineffectiveness of its mechanisms of treatment, which may show, as example, under the administrative misconduct and its jurisprudential questioning, topically addressed in decisions the sample of some of the tried Court of Rio Grande do Sul state. This work deals with the issue of corruption as a political, social, cultural and institutional phenomenon, from its contours and theoretical and pragmatic grounds, especially the latter relating to administrative misconduct. Proposes to demarcate the philosophical foundations and political corruption as a social phenomenon, identify public ethics as corruption coping mechanism and to verify the main regulatory frameworks in the treatment of public ethics and corruption, and analyzing the administrative misconduct and its treatment court and finally do a study on the subject of administrative misconduct as corruption coping mechanism under some judged the Court of Rio Grande do Sul state.

Keywords: Corruption. Misconduct. Control.

1. INTRODUÇÃO

O que vemos e lemos na mídia sobre corrupção é, quase sempre, enganoso. Não porque as notícias envolvem desproporcionalmente este ou aquele partido; mas porque narrativas jornalísticas simplificam a realidade de uma maneira extrema, bem mais danosa do que se costuma imaginar. Há um recorte linear da realidade, como se todos os personagens fossem “planos”, com um único atributo: ser ou não ser corrupto; participar ou não de atos corruptos. A narrativa jornalística não deixa espaço para a complexidade. No jornal não tem espaço para a corrupção como ela é: um fenômeno multifacetado (Barros Filho e Praça, 2014).

A corrupção em termos de delimitação conceitual se afigura como um fenômeno de múltiplos fundamentos e nexos causais, tratada por diversos campos do conhecimento (filosofia, ciência política, economia, sociologia, antropologia, ciência jurídicas, etc.), não sendo de fácil compreensão e definição.

O problema é que, não há na tradição do pensamento político ocidental consenso sobre o que vem a ser a corrupção, não se podendo falar de uma Teoria Política da Corrupção madura e já constituída, existindo tão somente diferentes abordagens do tema, a partir de determinados marcos teóricos e filosóficos específicos (BIGNOTTO, 2011, 31).

Há quem sustente a corrupção como indutora do crescimento econômico e importante mecanismo de distribuição de renda (Delfim Neto, citado por MONTORO FILHO, 2012).

Renato Janine Ribeiro (2000) lembra que:

(...) não há corrupção sem uma cultura de corrupção, pois tal fenômeno demanda o endosso, mesmo que tácito, do seu entorno, com níveis de aceitação social e institucional. E mais, esta cultura cresce nos costumes que a reproduzem, os quais, por sua vez, têm natureza política destacada. (RIBEIRO, 2000, 167)

Lembra ainda Janine (2000) que:

(...) os costumes funcionam como cimento da obediência, como linguagem comum pela qual nos entendemos, pela qual constituímos nossa coisa pública, no caso republicano, ou nossa contrafação da república, quando a corrupção se generaliza. (Idem)

A corrupção não pode ser atribuída a um momento histórico ou a um sistema econômico ou político. Em qualquer época e em qualquer situação, ela pode se manifestar e

invariavelmente o faz com sérias consequências para a sociedade em geral e, também, para o indivíduo em particular.

Um estudo feito pela Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP) (2010), indica que o custo da corrupção no Brasil fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano, montante que representa entre 1,38 % a 2,3 % do Produto Interno Bruto (PIB). O dinheiro desviado poderia construir moradias para mais de 2,9 milhões de famílias, levar saneamento básico a mais de 23,3 milhões de domicílios, passar de 34,5 milhões para 51 milhões o número de estudantes matriculados na rede pública do ensino fundamental, aumentar a quantidade de leitos para internação nos hospitais públicos, entre outros investimentos de estrutura e qualidade de vida da sociedade brasileira.

No Brasil, os casos de corrupção remontam ao período colonial e vão se apagando da memória ao longo do tempo. Os mais recentes tomam o lugar dos mais antigos, numa sucessão que parece interminável. "Nunca se roubou tanto nesse país" é uma frase de senso comum ouvida e repetida em diversos momentos da história.

Nas últimas décadas dois fatores contribuíram para ampliar essa impressão: a multiplicação das fontes de informação e o controle mais rigoroso da máquina pública. Casos que, em outros tempos, dificilmente viriam à tona, ganharam projeção. Assim, torna-se quase impossível comparar o grau de corrupção em diferentes momentos no país, mas alguns mais recentes tornaram-se emblemático por força dos personagens e valores envolvidos.

Quem lembra do *Caso Capemi*, escândalo de corrupção de 1983, no qual a Capemi, seguradora de vida e previdência decidiu se aventurar na Amazônia e desmatar área que seria inundada para a construção da usina Tucuruí no Pará. Entrou em concorrência pública com um capital de CR\$ 50 milhões de cruzeiros, apesar do edital exigir um capital mínimo de CR\$ 500 milhões. Contraiu empréstimos no exterior, não cumpriu acordos com credores e ainda assim conseguiu que dívida fosse salva pelo Banco Nacional de Crédito Cooperativo (BNCC) subordinado ao Ministério da Agricultura e havia fortes suspeitas de desvio de recursos públicos, até hoje não comprovados.

Mais recentemente, e estando o país já respirando ares mais democráticos o caso *Banestado* ganhou notoriedade, por envolver a soma aproximada de R\$ 150 bilhões e tendo como um dos envolvidos o então presidente do Banco Central, Gustavo Franco. Tal caso teve origem a partir de uma portaria de Franco, permitindo que cinco agências bancárias em Foz do Iguaçu no Paraná, recebessem depósitos sem identificação do depositante, o que permitia a estrangeiros e residentes fora do país, transformar real em dólar. As agências eram dos bancos Real, Banestado, Bemge e Banco do Brasil.

E a famosa operação *Sanguessuga*, que revelou o esquema da venda irregular de ambulâncias, realizada em, pelo menos, onze estados brasileiros. As investigações apontaram como líderes, os empresários Luiz Antônio Vedoin e Darci Vedoin, donos da empresa Planam, que pagava propina a parlamentares em troca de emendas no Congresso destinadas à compra de ambulâncias e materiais hospitalares.

A movimentação financeira do esquema foi estimada em cerca de R\$ 110 milhões. As fraudes começaram em 2001, quando prefeitos efetuavam a compra superfaturada de ambulâncias por meio de contratos firmados com o Ministério da Saúde, utilizando-se de licitações fraudadas. No Congresso Nacional, parlamentares apresentavam emendas ao orçamento da União em troca de pagamentos direcionando verbas do Fundo Nacional de Saúde (FNS).

A CPI, criada para o caso, investigou um total de noventa parlamentares de dez partidos (PL, PTB, PP, PMDB, PFL, PSB, PT, PRB, PSC, PSDB). Entre os principais envolvidos estavam os ex-deputados Ronivon Santiago (PP-AC) e Carlos Rodrigues (PR-RJ). Nenhum foi cassado.

Casos de corrupção se sucedem atualizando aquele senso comum. Da grande mídia à chamada opinião pública, passando por importantes tradições intelectuais, vigora o entendimento de que o alto nível de corrupção endêmica no Brasil e que goza de impunidade praticamente absoluta, é irremediável. Herança de nossa formação como colônia escravocrata de um Portugal em que sempre vigoraram privilégios da burocracia estatal.

(...) Advindos desde além-mar, os colonizadores foram se instalando como “amigos” e “familiares” amistosos, efeito que terminou por produzir confusões entre a esfera pública e a privada, entre a ideia de família e de Estado. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 80)

O que pode levar um político não colonizador a legislar contra seu próprio país, fomentando o endividamento público e o *déficit* externo? Que interesses estão por trás de decisões que destroem a indústria, a agricultura e a pesca, exterminam empregos e obrigam a importação de bens, cuja manufatura ou construção, devia ser estimulada no próprio país? Que interesses motivam o estrangulamento da economia, quando o que deveria prevalecer é o seu revigoramento? Que interesses regem as decisões de políticos – empregados – que determinam o desemprego de seus concidadãos?

As respostas a estas perguntas deságuam nos procedimentos antiéticos e na práticas incompetentes e negligentes que abrem as portas à corrupção em todos os continentes. Até há bem pouco tempo, o suborno pago por empresas de alguns países europeus a governos estrangeiros, era contabilizado como despesa dedutível para fins tributários.

Deve-se ter presente, também, que o fenómeno não é exclusivo brasileiro. A corrupção ocorre com maior ou menor frequência ou reconhecimento na grande maioria dos países.

Na culta Itália, com toda a sua experiência milenar, o notório Silvio Berlusconi é sabidamente tão ou mais corrupto que as nossas maiores expressões nessa área. Na Espanha, o próprio genro do rei está envolvido em falcatruas; no Japão pululam os políticos corruptos bilionários e um ou outro só sente vergonha disso quando tudo vem a público, o que o leva a suicidar-se. Na Holanda, a própria família real, a Casa Orange, esteve envolvida em negociações com a Boeing, só para citar alguns.

Os atos de corrupção são partes constitutivas do desrespeito generalizado que há na sociedade com o bem público, que perpassam os agentes privados e públicos e vão desde pequenos atos de desobediência, até desvios de vultosas somas de recursos públicos.

É, pois, um fenómeno generalizado. Mas por outro lado, não se pode dizer que toda a sociedade é corrupta, ou mesmo que a maioria das pessoas é corrupta; na verdade é certo que a maioria dos cidadãos e cidadãs não é corrupta. Só por isso, já se tem presente que a corrupção é um fenómeno de difícil combate, o que, no entanto, não deve ser motivo para que se refreie esse mister.

Como não poderia deixar de ser, esse trabalho que é apresentado, é fruto da imersão que se fez na doutrina a partir do problema apresentado (**Como enfrentar e controlar a corrupção?**) e da hipótese formulada (**Identificar a Ética Pública como instrumento de enfrentamento e controle da corrupção**).

Pois bem, partiu-se inicialmente (**capítulo I**) para o entendimento do fenómeno através da análise de algumas das principais premissas teóricas da filosofia e da política. Interessante observar que apesar do imenso espaço de tempo que separa os pensadores da teoria política estudados, permanece predominante em todos, a ideia de que *a corrupção é a sobreposição das vantagens privadas sobre o bem comum (...) sendo um atentado à ética*.

A análise filosófica e política feita, já sinalizava para a ética como espécie de anteparo à conduta corruptiva. Consequentemente o **capítulo II** vai se debruçar sobre o estudo da Ética

Pública como um dos principais mecanismos de enfrentamento da corrupção, bem como identificar sua densificação através dos principais marcos normativos de tratamento.

Creemos que o combate a este fenômeno complexo devia iniciar-se por um amplo e profundo trabalho de educação e promoção da Ética nas escolas, nas universidades e na sociedade, mas não só nesses espaços, como bem observa Oliveira Júnior:

(...) uma formação educacional capaz de superar esse tipo de malversação deveria começar muito cedo, em casa, em família, atravessando as convivências privadas mesmo que em público, nas mais variadas situações (...). (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 83)

Sendo o homem aquilo que pensa e o que pensa determina, em grande parte, o sentido dos seus atos, constitui uma ilusão pensar que o pensamento do homem se pode transformar por decreto, por leis. Na verdade, a prevenção da corrupção e a promoção dos valores éticos deviam começar nas próprias universidades (mas não começam) com se pode constatar na análise dos currículos de diversas instituições. Lamentavelmente o ensino mundialmente considerado, se divorciou da ética, como se esta fosse uma matéria desnecessária e superficial, uma digressão criada por filósofos desocupados. Talvez nunca antes na história humana houve tantas possibilidades para se gerar bem-estar social para os membros da humanidade, mas os governos, os administradores sem ética, conseguem isso sim gerar mais miséria. Mesmo considerando que (só agora) é que as nações estão despertando para os problemas da ética, não podemos deixar de reconhecer que a compreensão deste problema é tão desigual como a sua prática. Muitas vezes, quando se fala de ética, temos muito pouco em conta que os problemas da iniquidade e da desigualdade são produto da falta de ética, construindo autênticos carcinomas que podem corromper todo o sistema imunitário da integridade nacional.

No atual contexto de crise financeira econômica, particularmente propiciadora da perversão dos valores éticos, cabe aos Estados e às Administrações Públicas assumirem-se como fiéis depositários dos valores éticos procurando envolver a sociedade nesse combate pela honestidade, pela responsabilidade, pela transparência. (Torres e Silva, 2013).

A reflexão sobre Ética Pública e seus marcos protetivos, projeta inarredável paralelo entre a Moralidade e a Lei da Improbidade, do que se ocupou o **capítulo III**.

A Constituição brasileira, de modo incontroverso, consagrou o princípio jurídico autônomo da moralidade administrativa, com importantes consequências nos campos

exegéticos e eficaciais, de modo que princípio da moralidade tornou-se pedra-de-toque do edifício jurídico.

O estudo também conecta a Moralidade às regras da Boa Administração, constatando que estas constituem-se no conteúdo daquela. A manifestação mais objetiva e precisa destes indicadores pode ser encontrada ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc.

Isso dá à Moralidade um caráter objetivo, inserido na ordem legal, potencializando os controles da Administração Pública e criando para a sociedade verdadeiro direito subjetivo de ter uma gestão pública compromissada com aqueles vetores comportamentais, bem como contar com mecanismos eficientes de participação e controle das ações públicas.

Nesse contexto se insere a Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e por isso é objeto de análise ainda nesse capítulo.

Num primeiro momento examinou-se seu contorno histórico conceitual, da improbidade, passando-se na sequência à análise de aspectos da referida lei, notadamente as espécies de Atos de Improbidade – exame das modalidades de atos de improbidade tipificados na Lei 8.429/92; culminando por debruçar-se sobre duas questões fulcrais em torno do tema da corrupção como improbidade: a Modalidade Culposa do Ato de Improbidade a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos.

Por fim, no **capítulo IV** é feito estudo sobre o tema da Improbidade Administrativa como espécie de corrupção e como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) enfrenta (ou poderia/deveria) enfrentar tal questão.

É importante frisar que há na jurisprudência brasileira (e a gaúcha não é diferente) resistência a uma exegese mais ampliada da Lei de Improbidade Administrativa, especificamente à posição de que a lesão a princípios administrativos contida no art. 11, da Lei nº 8.429/92, não exigiria dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público, bastando a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.

O capítulo cuidou desse tema, abordando, de forma mais específica, o tratamento que o Judiciário gaúcho dispensa à Improbidade Administrativa, através da análise de alguns de seus julgados; bem como aprofundou estudo da culpa elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade, culminando, por indicar possibilidades conclusivas diferentes em relação ao entendimento dominante, numa perspectiva extensiva da culpa como elemento subjetivo na

configuração da improbidade do art. 11, a partir de uma adequada compreensão dos bens jurídicos tutelados na LIA.

O que se sustenta é que a partir de uma vasta extensão de significados que a lei dá em termos de alcance e aplicação, associado ao conceito amplíssimo de servidor descrito no art. 2º e dos bens jurídicos tutelados, **é necessária** uma revisão daqueles entendimentos consagrados que vedam a possibilidade da culpa como elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade previsto no art. 11.

2. CAPÍTULO I: OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E POLÍTICOS DA CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E POLÍTICO

A corrupção não pode ser atribuída a um momento histórico ou a um sistema econômico ou político. Em qualquer época e em qualquer situação ela pode se manifestar e invariavelmente o faz com sérias consequências para a sociedade em geral e também para o indivíduo em particular.

É pressuposto de bom funcionamento da sociedade e, por conseguinte, da democracia, a existência de altos índices de confiança nas suas instituições; confiança essa que representa um valor cívico, ético e moral que aumenta consideravelmente a qualidade democrática das relações impessoais, interinstitucionais e políticas em geral. A corrupção tem um efeito deletério sobre essa necessária confiança, deslegitimando o estado e por efeito enfraquecendo a democracia.

Mas a corrupção atinge o indivíduo e por consequência os Direitos Humanos Fundamentais, quando recursos, por exemplo, da saúde e ou educação, são desviados para outros fins.

Daí a importância do debate que se pretende fazer sobre o tema, dando-se destaque, neste capítulo, à reflexão sobre o problema social, político e institucional que é a corrupção e como ela contamina e muitas vezes constitui as relações sociais. Os elementos, que delineiam essa questão, encontram-se em múltiplas e complexas fontes, objetivando o capítulo a refletir sobre o fenômeno através da filosofia clássica e da política

2.1 Um fenômeno de múltiplas expressões e sentidos

É possível falar-se em **uma** corrupção? Existe um conceito, uma idéia que expresse um sentido único de corrupção? O desafio que a resposta a essa indagação projeta, é inversamente proporcional à resposta em si. A resposta à provocação é simples, mas complexo é o desafio que a ela se segue. A resposta simples é não; não existe um conceito, uma expressão, um sentido único capaz de definir a corrupção. Ela é um fenômeno multifacetário e complexo, que não comporta um sentido único, nem que diga respeito a um único determinado caso. Quando se fala, se pensa em corrupção não há como restringi-la a um fenômeno circunstancial, ligado a

uma determinada situação ou a esse ou aquele país ou Estado. A corrupção tem se mostrado, ao longo do tempo, em múltiplas faces e em múltiplos lugares. Certamente a face mais visível, ou mais conhecida, é aquela que concentra o debate nos seus aspectos econômicos, tendo ainda maior interesse a midiático, quando a esses aspectos se conecta a corrupção ligada ao Estado, ou seja, a corrupção no seio do Estado, na sua estrutura funcional e nesse campo, no caso brasileiro, os exemplos são inúmeros, mas não superam as fraudes em licitações, que lideram a lista da corrupção estatal.

Isso é decorrente da fragilidade do sistema licitatório pátrio, tanto pelas brechas na legislação, quanto por questões de planejamento e controle dos processos. A Lei 8.666/93, conhecida como a *Lei das Licitações*, foi criada para garantir o que já era previsto na Constituição, ou seja, normatizar os contratos de empresas com a administração pública e impedir desvios e irregularidades no processo licitatório para interesse pessoal, empresarial ou político. Contudo, no que se refere a punições, a legislação tem tipo pouco sucesso e é ainda pior quando se observa as medidas previstas contra os agentes privados que praticam de diversas formas a chamada corrupção ativa.

As deficiências na fiscalização e a onipresente impunidade brasileira são questões que explicam porque a fraude de licitações é atualmente a mais frequente prática de corrupção no país. Nesse campo existe um leque enorme com as mais variadas possibilidades e estratégias de burlar a lei.

Em que pese à profusão de situações corruptivas envolvendo o Estado brasileiro e apesar da predileção midiática para esse aspecto específico, isso não pode obscurecer o fato de que a corrupção é um fenômeno globalizado.

É sabido que o sistema financeiro mundial só sobrevive com suas características atuais de setor hegemônico do capitalismo mundial, por causa da maciça lavagem de dinheiro oriundo do crime organizado, do tráfico de drogas e de seres humanos para a prostituição. Na culta Itália, com toda a sua experiência milenar, o notório Silvio Berlusconi é sabidamente tão ou mais corrupto que as nossas maiores expressões nessa área. Na Espanha, o próprio genro do rei está envolvido em falcatruas; no Japão pululam os políticos corruptos bilionários e um ou outro só sente vergonha disso quando tudo vem a público, o que o leva a suicidar-se. Na Holanda, a própria família real, a Casa Orange, esteve envolvida em negociatas com a Boeing, só para citar alguns.

Os casos mencionados referem-se à corrupção ligada ao Estado, aquela que parece monopolizar o interesse maior, a que dá mais conteúdo aos escândalos que preenchem as páginas dos jornais diários, das revistas semanais, dos noticiários de televisão, dos blogs da

internet, onde agentes públicos roubam recursos públicos e, onde a iniciativa privada e a sociedade civil aparecem muito raramente como atores coadjuvantes.

Esse aspecto da corrupção, envolvendo o Estado e o particular, ainda que este passe quase despercebido, é um tipo de corrupção que objetiva a apropriação de dinheiro público; mas, projetando uma maior reflexão, é possível fazer uma diferenciação entre corrupção para ganhos públicos e ganhos privados? (LEAL, 2013). Poder-se-ia falar em corrupção fora do Estado, numa relação eminentemente privada, comercial entre, por exemplo, fornecedor e consumidor, quando aquele, por força de contrato, obriga este a “comprar” produto que não é objeto do contrato, como ocorre nas chamadas “*vendas casadas*” de seguro, por exemplo?

E quando em outras situações quando não se está diante do aspecto econômico, como nos casos: a) da situação de médicos que cerram fileiras em não denunciar ou sequer testemunharem contra colegas seus que foram negligentes no tratamento da vida humana; b) quando a polícia fabrica provas para serem usadas em processo; c) quando determinados patrocinadores de atletas em competições importantes os estimulam e mesmo obrigam a consumir produtos fármacos proibidos para obterem melhores resultados na competição; d) o próprio tema do nepotismo, que não precisa ter contraprestação econômica - suborno - pra se caracterizar (LEAL, 2013).

Evidentemente que há inúmeras outras situações corruptivas que não se amoldam perfeitamente, às dimensões monetárias e normativas de suas existências.

Há (ou deveria haver) uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe de seus efeitos práticos e quantitativos-financeiros, ou mesmo que dizem com sua consumação de benefícios ou não - modalidade da tentativa - pois estão em jogo as bases normativo-princípiosológicas fundantes das relações sociais e da confiança das instituições representativas - públicas e privadas (LEAL, 2013).

O que acima foi mostrado demonstra, de forma inequívoca, que a corrupção é um fenômeno global e complexo. A maior pesquisa de opinião pública sobre corrupção em nível mundial, elaborada pela *Transparency International*, revela que mais de 1 a cada 4 entrevistados pagaram suborno nos últimos 12 meses. Mais de 1 em cada 2 pessoas acreditam que a corrupção se agravou nos últimos anos, segundo o Barômetro Global da Corrupção 2013. Os resultados do Barômetro 2013 foram coletados através de entrevistas feitas com mais de 114.000 pessoas em 107 países diferentes, e mostra que a corrupção é um fenômeno mundial. 27 % dos entrevistados pagaram suborno nos últimos 12 meses, o que revela que não houve melhora comparando com as pesquisas anteriores (AMARRIBO BRASIL, 2013).

A corrupção é um fenômeno que afeta todos os países, transversal às esferas social, política e econômica, manifestando-se através do suborno, do tráfico de influências, da extorsão, do desfalque, da falsificação, do conluio, da conspiração, entre outros. A corrupção mina as instituições democráticas, constitui um entrave ao desenvolvimento econômico e contribui, também, para a instabilidade governamental.

Do que até aqui foi dito, tem-se que são muitas as causas e os nexos causais que envolvem a corrupção, causa essas com alto grau de complexidade, a desafiar uma reflexão mais madura a partir do pensamento grego clássico e da teoria política.

2.2 Diálogo com a filosofia e a teoria política para entender o fenômeno da corrupção

Mostra-se inevitável o enfrentamento do fenômeno da corrupção, sem que se observa alguns modelos teóricos da filosofia (grega) e da política.

Embora as inúmeras leituras que a história fez e faz dos textos de filosofia grega, é inegável a condição referencial de alguns deles (*República* - PLATÃO; *Ética a Nicômaco* - ARISTÓTELES), para a análise do agir político do homem. Nessa esteira, se identifica nos textos uma linha mestra que os caracteriza e que é a pretensão de demonstrar a unidade de todas as coisas (e, portanto, também da política) na *Idéia de Bem* ou bondade moral (LEAL, 1997). Essa Idéia de Bem, que informa todo diálogo da *República*, é algo que diz respeito à formação educacional do cidadão (LEAL, 1997), que é aquele que pertence à cidade, às coisas da *pólis*, participa dos seus negócios (PLATÃO, 2006) com plena consciência e responsabilidade (LEAL, 1997). Sendo a cidade, “[...] não um ajuntamento casual de indivíduos, mas uma comunhão de almas unidas em torno de um objetivo ético, guiadas de modo altruísta e racional” (LEAL, 1997, p. 19), fácil concluir que a cidade tem uma função eminentemente coletiva (ARISTÓTELES, 2000), logo aquela Idéia de Bem, não é a idéia de bem individualmente considerado. Não se funde sobre o que é bom/bem pragmaticamente para mim (LEAL, 2013). “Essa idéia de, digamos, Bem Geral ou Coletivo, irá condicionar o homem (virtuoso) que através da reflexão (*lógos*) irá dirigir/escolher o seu bem-estar, não somente para obter um fim específico que atenta exclusivamente ao seu próprio interesse, mas tal comportamento e seu fim serão perseguidos *em razão* de uma determinada atitude em relação aos outros também” (LEAL, 2013, p. 22).

Essa ideia da razão influenciando e por que não dizer determinando as escolhas do homem é determinante no pensamento grego.

Em sua reflexão sobre a verdade e as formas jurídicas, FOUCAULT (1999) faz importante recorte sobre o mundo grego arcaico, que bem serve ao propósito de tema aqui em discussão.

Cita a *Ilíada* de Homero e sua narrativa do litígio entre Antíloco e Menelau, durante a corrida dos jogos na ocasião da morte de Pátroclo, ele está destacando como que no mundo grego arcaico ainda há a presença do mito como fundamento da verdade. O jogo seria uma corrida de vigas, em que o trajeto é de ida e volta até um ponto em que haveria uma testemunha e no qual era preciso contornar o mais próximo possível. Esta testemunha seria responsável por regularizar a corrida. No desenrolar do jogo, Antíloco e Menelau estão na frente, no momento da curva. Antíloco comete uma irregularidade e se beneficia chegando primeiro que Menelau, que introduz uma contestação ao juiz no momento de distribuição do prêmio. Como seria estabelecida a verdade? O curioso, como destaca Foucault, é que o litígio não é resolvido através do depoimento da testemunha. Menelau acusa Antíloco de irregularidade, que se defende afirmando sua inocência. Menelau, então, lança o seguinte desafio para Antíloco: que ele colocasse sua mão direita na cabeça de seu cavalo e segurasse com a mão esquerda seu chicote e jurasse diante de Zeus que ele não cometeu a irregularidade. Antíloco, diante dessa prova, renuncia à sua vitória e reconhece que cometeu a irregularidade.

O que Foucault depreende desta passagem da *Ilíada* é que o mundo grego arcaico é dominado pela presença do mito enquanto fundamento da verdade, sendo ele entendido como a congregação da prática e da poética gregas. Por outras palavras, Foucault destaca que o pensar no mundo grego arcaico é sinônimo da reflexão mitológica. O decoro de Antíloco é explicado pela forma segundo a qual o mito ordena o mundo grego, no sentido de regular as relações entre os homens.

Por outro lado, Foucault observa que o mundo grego se transforma a partir da peça *Édipo Rei*, de Sófocles, em que o poder do mito perde sua força enquanto forma de estabelecimento da verdade. Quando Tebas sofre a maldição dos deuses em consequência da conspiração e do assassinato de Laio, Édipo, seu filho, pessoalmente se compromete a exilar a pessoa que tiver cometido o crime, sem saber que ele mesmo o cometera. Édipo se lança a buscar a verdade e consulta o deus de Delfos, o rei Apolo.

Apolo lhe dá uma primeira metade, afirmando que a peste que atinge Tebas ocorre em função da conspiração, que, por sua vez, ocorre em função do assassinato de Laio. Édipo pergunta a Apolo quem cometeu o assassinato e este se recusa a responder. Édipo, então, vai atrás da outra metade, procurando o duplo de Apolo, Tirésias, o adivinho. O adivinho lhe responde em um tom profético, afirmando: “prometeste banir aquele que tivesse matado;

ordeno que cumpras teu voto e expulses a ti mesmo”. Édipo tem a verdade, como observa Foucault, não em relação ao tempo presente, mas ao futuro, que é característica própria do oráculo. É necessário, portanto, o testemunho do que realmente se passou para que traga o oráculo para o tempo presente e que se possa designar, então, quem matou Laio e quem deve sofrer o exílio, para livrar Tebas da peste. É quando Édipo convoca o testemunho de dois escravos que o viram assassinando Laio na junção de três caminhos. O decoro de Édipo, ambicioso por natureza, não mais se explica pelo mito, mas pela razão dos homens. O que Foucault mostra com estas passagens da peça de Sófocles é que o mundo grego transita do mundo ordenado pelo mito para o mundo ordenado pelo logos. A passagem se dá quando o mito não mais explica a realidade que cerca o mundo grego arcaico, tal como foi feito na *Ilíada*, e se faz necessário o recurso à razão humana, tal como fez Édipo ao convocar o testemunho dos escravos.

É este espírito que cerca a obra de ARISTÓTELES (2002), que busca a verdade a partir de três tipos de saberes. Um saber teórico, centrado no logos e não no mito, e que transforma o mundo grego purgando o mito como critério de busca da verdade. A lógica se estabelece não pela busca da verdade a partir da vontade dos deuses, mas das necessidades verdadeiras presentes no mundo físico, que podem ser comparadas e pesquisadas de forma tal que a verdade se estabeleça pela indução daquilo que se coloca entre duas coisas. O saber teórico, portanto, estabelece a verdade pela indução da causa, tendo em vista a epísteme que define as regras racionais de validação e evidência, alcançando, dessa forma, a essência das coisas.

No campo da poética (ARISTÓTELES, 1986), ou do saber produtivo, o esquema trágico e seu funcionamento se dão pela empatia entre personagem e espectador. De um lado, o personagem, na tragédia, se vê num dilema entre o *ethos* _ação_ e a dianóia _razão_, que se expressa no conceito de *harmatia* _falha fundamental_, que define a peripécia do ator e faz o espectador acompanhá-la, porque o herói passa de um momento de eudamonia _felicidade_ para um momento de daimonia _infelicidade_. O momento chave do saber produtivo é a etapa da tragédia em que seu autor chega a *anagnórisis* _explicação_, no instante em que ocorre a catástrofe, mediante a qual o espectador recebe a mensagem moral e sofre a catarse _purificação_.

O saber produtivo, de acordo com Aristóteles, se define justamente por ser o mecanismo de transferência moral, porque o herói trágico é um ser vigoroso, com maior intensidade vital do que o simples homem que sofre com ele e compartilha de sua catástrofe.

Finalmente, o terceiro tipo de saber para ARISTÓTELES (1985) é o saber prático, ou a *techné*, que se caracteriza pela falibilidade das causas, que são estabelecidas apenas por

possibilidade ou verossimilhança. Os elementos do saber prático não se definem a priori, fazendo com que a busca da verdade se dê por múltiplas causas, que só são apreendidas através da pesquisa, da comparação e, finalmente, da indução lógica. Apesar da pluralidade de causas, Aristóteles não via uma pluralidade ontológica, que se daria pela existência de dois (ou mais) mundos, como pretendia Platão. O alcance do saber se dá apenas na metafísica, que informa o paradigma unicista do meio físico *_physys_* e das entidades não materiais *_retórica_* (FILGUEIRAS, 2007).

É a *techné* que define a política, que é o mundo, da discussão, da argumentação, do conflito, enfim, da proeminência da palavra. A *polis* é a organização coletiva dos homens buscando a *eudamonia*, ou o bem comum, na qual os cidadãos participam da vida política através das assembléias deliberativas do governo. Os cidadãos advogam através da retórica os empreendimentos que podem assegurar a prosperidade material e não material da comunidade política. Por se tratar do mundo da palavra, não existe uma causa única para os fenômenos tidos como políticos, mas um mesmo princípio ontológico que se dá pela pesquisa, comparação e indução das Constituições. De acordo com Aristóteles, a Constituição define a forma segundo a qual os homens se relacionam e define o *ethos* da organização coletiva, podendo resultar tanto na eudamonia quanto na corrupção da polis, ou na justiça ou injustiça, respectivamente. É aqui que o tema da corrupção aparece na obra aristotélica e ganha centralidade enquanto mecanismo induzido de aproximação ou verossimilhança com a verdade das Constituições.

O estudo das Constituições, tal como elaborado, ARISTÓTELES (1985), o permite formular seis tipos de governo, sendo três deles justos ou que perseguem o bem comum, e três deles injustos, em que os homens sobrepõem suas vantagens privadas ao bem comum, ou às vantagens da coletividade. A diferença que caracteriza as três formas boas, de um lado, e as três formas corrompidas, de outro, é identificar com quem está a soberania do governo, se apenas com uma pessoa, com algumas ou com muitas pessoas. A monarquia é a forma boa de governo em que o monarca persegue o bem comum da polis, além de ser a forma mais praticável, porque o governante não necessita coordenar sua ação com a dos demais cidadãos. A segunda forma justa de governo é a *aristocracia*, em que o governo está nas mãos dos melhores, ou seja, dos cidadãos dotados da devida virtude, que os permite distinguir o bem do mal, além de ser a forma de governo mais duradoura porque os aristocratas temperam melhor as paixões. Finalmente, a terceira forma justa ou boa de governo é a *politia* ou *timocracia*, em que o poder está nas mãos de muitos. É a forma de governo mais sublime e mais instável, já que depende da areté dos homens para não degenerar em sua forma corrompida. Conforme os critérios de identificação da soberania, Aristóteles faz corresponder a cada uma das formas justas de governo sua forma

corrompida, que surge quando os homens elevam suas vantagens privadas ao bem comum, fazendo surgir à imagem da ganância e das paixões. A busca pela eudamonia dá lugar, segundo Aristóteles, à busca pelas vantagens privadas, fazendo com que o resultado da participação na polis seja a ausência da liberdade. À monarquia corresponde a tirania enquanto forma corrompida de governo, em que o tirano oprime o povo através do uso da força contra os cidadãos. À aristocracia corresponde a oligarquia, forma de governo segundo a qual alguns oprimem o povo expropriando a produção coletiva para o atendimento de suas vantagens privadas. Enfim, à politia corresponde a democracia enquanto forma corrompida, em que o demos se torna desejoso por vantagens e não consegue alcançar o bem comum. As seis formas de governo são as formas possíveis, induzidas racionalmente por comparação. Segundo a concepção aristotélica, porém, o estudo das Constituições permite estabelecer qual a forma de governo que poderia evitar a corrupção e assegurar a eudamonia, impedindo a elevação dos desejos ou a busca por vantagens privadas. Aristóteles, então, formula a ideia de um governo misto, a *politéia*, que mistura cada uma das características das três formas justas de governo, fazendo confluir os diferentes tipos de razão que movem a ação dos homens. Aristóteles não admitia a existência da dimensão privada na *politéia*, porque o governo não deve ceder aos desejos dos homens apetitosos, evitando assim a sua corrupção. A forma mista de governo, portanto, integra as forças antagônicas da comunidade, fazendo-as se inclinarem para a moralidade e para a justiça. A corrupção em Aristóteles, portanto, significa a sobreposição dos desejos _vantagens privadas_ sobre a eudamonia _bem comum_. Aristóteles lança o pressuposto fundamental a partir do qual podemos analisar a corrupção na política. A sobreposição das vantagens pessoais _desejos_ à eudamonia _bem comum_ torna o governo corrompido na medida em que a ordem dá lugar às paixões.

Segundo Souza (2012), para o pensamento grego, uma noção muito importante é a noção de ordem e essa noção de ordem aparece muito fortemente no direito, no ordenamento jurídico, na noção de ordem jurídica. Como apreciavam a ordem, não gostavam da desordem, a qual identificavam pela palavra *Khaos*. Para ordem, usavam a palavra *khosmos*. Esse *khosmos* tinha dois atributos: era *belo* e *ordenado*. Os gregos trabalhavam muito fortemente essa noção de ordem existindo um elemento ordenador desse *khosmos*, um elemento racional, que vem a ser a razão, o *logos*.

Nesse pano de fundo, digamos helênico, temos Aristóteles. Aristóteles escreveu várias obras magníficas e que são atualíssimas, não obstante terem sido escritas no século IV a.c.; dentre essas obras temos a *Metafísica*, a *Ética a Nicômano* e a *Política*. Segundo Aristóteles, o ser humano, ou o homem, é um ser político e é um ser racional. Mas é também um ser

lingüístico, ou seja, portador de fala, que pode se expressar conceitualmente. Linguagem e racionalidade são traços fundamentais do homem em Aristóteles, mas também o é a politicidade. O homem grego é incompreensível sem uma referência à polis, sem a referência a politicidade, sem referência à convivência, à cidade. Esse será o seu traço. No pensamento grego, o ser humano é um ser lingüístico, racional e político; vive na referência à polis, tanto que fora da cidadania (e por conseguinte da cidade) os homens são animais estúpidos e limitados, motivados pelos apetites e pelo instinto; membro do Estado, os indivíduos se tornam seres inteligentes (PLATÃO, 1975), provando que a cidade não é um ajuntamento casual de indivíduos dominado predatoriamente pelo mais forte dentre eles, porém uma comunhão de almas unidas em torno de um objetivo ético, guiadas de modo altruísta e racional, pela sabedoria dos governantes, conhecedores da natureza, da alma e da finalidade do mundo (LEAL, 1997).

Aristóteles vai acrescentar que esse ser humano lingüístico, racional e político, que fala conceitualmente, que age racionalmente e que não consegue viver senão em sociedade, é também um homem que deseja ser feliz. Essa característica aparece constantemente em Aristóteles, a noção do “eu”, da eudamonia. Para ele, todo o ser humano que ser feliz. Todo o ser humano procura, a vida toda, um fim, um *thélos*, e, esse fim é a felicidade. A busca da felicidade é traço marcante na concepção aristotélica de ser humano e esse *thélos* não é atingido por um indivíduo isoladamente, mas por um ser humano que convive na polis. Essa felicidade, para Aristóteles, consiste na *Aretè*, na virtude ou em uma vida virtuosa (SOUZA, 2012).

Essa é a visão de Aristóteles de ser humano, um ser que vive num todo ordenado, por um elemento de razão, que tem um fim, que é a felicidade, que não está no prazer, mas sim através de uma vida virtuosa, na polis, numa convivência harmoniosa, portanto não isoladamente.

Quando os homens sobrepõem suas vantagens privadas ao bem comum, ou às vantagens da coletividade, desvirtuam o *khosmos* e a corrupção surge quando os homens elevam suas vantagens privadas ao bem comum, fazendo surgir a imagem da ganância e das paixões. A busca pela eudamonia dá lugar, segundo Aristóteles, à busca pelas vantagens privadas, fazendo com que o resultado da participação na polis seja a ausência da liberdade.

Aristóteles não admitia a existência da dimensão privada na politéia, porque o governo não deve ceder aos desejos dos homens apetitosos, evitando assim a sua corrupção.

A corrupção em Aristóteles, portanto, significa a sobreposição dos desejos, vantagens privadas, sobre a eudamonia, bem comum.

Aristóteles lança o pressuposto fundamental a partir do qual podemos analisar a corrupção na política. A sobreposição das vantagens pessoais, desejos, à eudamonia, bem comum, torna o governo corrompido na medida em que a ordem dá lugar às paixões.

Nessa linha, Cícero (2001) constrói elementos morais e éticos de gestão da coisa pública:

[...] é somente a razão humana que transforma em beleza, assiduidade e ordena os desejos e ações humanas, resguardando o homem da desonestidade e covardia; preservando-o da paixão tanto para seus sentimentos como para seu comportamento. De tudo isso decorre a honestidade procurada [...] (CÍCERO, 2001, p. 34)

Cícero (2001) ainda traz orientações de como evitar a corrupção:

[...] quem desejar o governo deve ter em conta duas regras platônicas básicas, a saber, que é preciso ter em vista apenas o bem público, sem se preocupar com situações pessoais. É imperioso que o governo estenda sua preocupação do mesmo modo a todo o Estado, não negligenciando uma parte para atender a outra e é preciso no governo afabilidade e moderação, mas quando se trata do bem do Estado, é preciso severidade, sem a qual o governo se torna impossível [...] (CÍCERO, 2001, p.48)

Dessa passagem, se extrai que diante de atos corruptivos, a energia do controle e da responsabilidade deveria ser extrema.

Com Maquiavel e com Hobbes, essas questões irão voltar à tona com mais vigor, como mais adiante se demonstrará.

A multifacetariedade do fenômeno da corrupção também se mostra presente na teoria política. De uma forma ou de outra, a corrupção é abordada desde a antiguidade e foi tema de trabalhos e obras ao longo da história. Com a complexidade crescente das sociedades assim como da burocracia, o fenômeno passou a ser ainda mais difícil de ser conceituado e, muitas vezes, restringe-se exclusivamente à administração burocrática do Estado. A teoria política ao longo dos séculos tratou o tema da corrupção. Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Tocqueville, são somente alguns pensadores que enfocaram o fenômeno em seus estudos.

Filgueiras (2007) faz em uma averiguação sobre da corrupção sob o viés da teoria política clássica e moderna, começando por Aristóteles; passando por Políbio, Maquiavel, Hobbes, Montesquieu; e terminando em Alexis de Tocqueville, propondo que corrupção pode

ser analisada com base na teoria política, desde que resgatemos quatro elementos: (1) o *elemento republicano* que associa a corrupção com a ausência de institucionalização do conflito entre os homens; (2) o *elemento autoritativo*, que vincula a corrupção à falha do soberano em garantir a obediência dos súditos; (3) o *elemento liberal* que relaciona a corrupção com a iniquidade do soberano e a ausência de um poder dividido; e, (4) o *elemento comunitário* que associa a corrupção com a degeneração dos costumes da comunidade política.

Interessante observar que apesar do imenso espaço de tempo que separa aqueles pensadores, permanece predominante em todos eles, a ideia de que a corrupção é a sobreposição das vantagens privadas sobre o bem comum, significando um ato de decoro para com a ética (FILGUEIRAS, 2007).

A teoria política de Maquiavel, como observa Bignotto (2005), surge no momento (na renascença) em que ocorre a ampliação do papel do Estado, resultando na degeneração do período medieval. O autor de *O Príncipe* trabalha a política de um ângulo em que ela é uma função do homem sujeito da história, do homem livre do idealismo e que constrói sua realidade através de seus atos e desejos. Esta concepção parte da idéia de homens de *virtú*, que sabem como dominar a *fortuna* e lidar com as contingências da política cotidiana.

Maquiavel não tem a pretensão de formular tipos de governo, mas afirma, com base na observação histórica, que, no mundo real, todos os Estados ou foram ou são monarquias ou repúblicas. Para ele, o que diferencia a monarquia da república é que, enquanto a monarquia é *legibus solutus*, a república é *legibus restricta* (MAQUIAVEL, 2013).

O governante de Maquiavel, não importa se ele governa uma monarquia ou uma república, deve ser virtuoso o bastante, ou seja, deve saber seduzir a Fortuna para alcançar a estabilidade e gerar as condições necessárias para se manter no poder e ganhar o respeito de seus súditos. O governante, de acordo com o florentino, deve utilizar sua virtude para gerar boas leis e, conseqüentemente, boas instituições que garantam a manutenção dos costumes e a segurança do Estado contra os males externos, canalizando as forças internas para a prosperidade de todos, isto é, o bem comum.

As qualidades de bom governante, assim, se fundariam na *virtú* e na *fortuna*, fatores eminentemente empíricos e contingenciais.

Para Maquiavel, o centro da política é o conflito ou uma esfera pública em que os desejos são, por princípio, incompatíveis. O conflito, segundo o autor, é desejável e é fonte do vigor dos homens em relação à república, porque assegura a ação política por meio da participação cívica dos cidadãos na condução dos negócios públicos. Homens apáticos, que não lutam por seus desejos, de acordo com o pensador florentino, não seduzem a Fortuna, logo, não

são capazes de lidar com as contingências e são presas fáceis dos dominadores (BIGNOTTO, 2005).

Tomando Roma como modelo, Maquiavel havia mostrado que a fundação da liberdade em uma República está ligada a uma ordenação dos desejos conflitantes que estruturam a vida política. O quarto capítulo d'*O Príncipe* apresenta a famosa tese segundo a qual os conflitos entre a plebe e o senado de Roma estão na origem de sua liberdade e potência. Esses “tumultos”, nos quais dois “humores” inconciliáveis se enfrentam (o desejo de dominar – que caracteriza os “grandes” – e o desejo de não ser dominado, próprio do “povo”), engendram as leis e as ordenações (instituições) responsáveis de saúde e vitalidade do corpo político romano (ADVERSE, 2012).

Para uma república ser próspera, e, seus cidadãos buscarem o bem comum, é necessário que este conflito seja institucionalizado na forma de leis que eles compartilhem a partir de uma crença comum acerca de sua efetividade. A aposta republicana, nesse sentido, será a institucionalização do conflito mediante leis que garantam a liberdade e a participação (*virtú*) num contexto histórico/político marcado por contingências.

As leis e instituições resultantes desse enfrentamento terão assim de cumprir uma dupla tarefa: por um lado limitar os desejos dos grandes e ordená-lo de modo a ser produtivo para a República; por outro, conferir ao povo um meio de desafogar seu humor e assegurar que sua *virtú* não se arrefeça (ADVERSE, 2012).

Se a grandeza de uma república se dá pela institucionalização do conflito e pela sua fundação, ela se corrompe quando esta institucionalização se torna ineficiente e quando o povo perde de vista os valores de sua fundação. Em uma república corrompida, como aponta o florentino, não há mais a concórdia entre os homens. De um lado, os governantes passam a legislar em causa própria, sobrepondo suas vantagens privadas ao bem público. De outro lado, os cidadãos não mais buscam o bem comum, na medida em que perdem a *virtú* necessária para seduzir a Fortuna, passando a viver de acordo com as contingências, tendo em vista apenas seus interesses imediatos.

Mas, quando os cidadãos se corromperam, a instituição ficou sujeita a numerosos inconvenientes: só os homens poderosos passaram a propor leis, não no interesse da liberdade, mas no do seu próprio poder; e ninguém ousava falar contra esses projetos, devido ao temor que seus proponentes inspiravam. De modo que o povo, enganado ou constrangido, se via obrigado a decretar a própria ruína.

A corrupção é a incapacidade do povo de manter a sua liberdade, já que o poder se dá apenas na busca pelas vantagens privadas. Maquiavel designa ao potencial com que os homens

compartilham a crença nas instituições da república a efetividade das leis entendida como capacidade institucional do Estado, sinônimo de estabilidade política, eficiência e honestidade e, por conseguinte, da corrupção enquanto patologia sobreposição das vantagens privadas ao bem comum (BIGNOTTO, 2005).

A corrupção, para Maquiavel, é um problema que dever ser sempre referido ao povo, porque cabe a ele defender a liberdade (ADVERSE, 2012). Mas em que consistiria ela? Via de regra, Maquiavel parece adotar o termo em uma acepção tradicional, isto é, entendendo-o como a escolha do bem privado em detrimento do bem comum. Mais frequentemente, porém, a corrupção é o desrespeito às leis e o desprezo pelas instituições cujo efeito é nefasto para qualquer Estado (ADVERSE, 2012).

Faz sentido, na medida em que o arranjo institucional do Estado e a consecução de boas leis são fundamentais para resguardar a república da corrupção. Maquiavel está preocupado em criar instituições que assegurem a grandeza de uma república, já que o homem é facilmente corrompido, porque as paixões são os móveis da ação humana. Dada a fragilidade humana, o florentino opta por mostrar a forma como as instituições políticas exercem esse papel de domesticação das paixões, estabelecendo sanções que assegurem a responsabilização onde a irresponsabilidade é que impera (FILGUEIRAS, 2007).

Maquiavel, em particular, mostrou se a corrupção a degradação da liberdade política e a destruição de seus efeitos positivos no interior das cidades. De forma resumida podemos dizer que o pensador florentino fez da corrupção, ou dos regimes corrompidos, o oposto simétrico das repúblicas. Como para ele a república não é um idela utópico, mas a melhor forma de governo possível, a corrupção é sempre a perda de uma possibilidade de ação, que baseada na prevalência do bem comum, torna a forma republicana a mais capaz de se desenvolver e se expandir (BIGNOTTO, 2012).

A corrupção, portanto, de acordo com Maquiavel, é o fenômeno segundo o qual os homens são incapazes de canalizar suas energias na construção do bem, colocando suas exclusivas vantagens privadas acima do bem comum da comunidade.

A solução possível para a matéria corrompida é a *virtú* de um grande homem, alguém capaz de servir-se de meios extraordinários para reintroduzir boas ordens e fazer com que o povo as obedeça (ADVERSE, 2012), ou seja, capaz de refundar o Estado; mas sabedor da dificuldade de encontrar, numa república corrompida, alguém com tal pendor, Maquiavel aponta o caminho definitivo: a solução para o problema se encontra nas próprias leis e ordenações. São elas que devem evitar a corrupção da matéria (ADVERSE, 2012), dizendo de outro modo, alternativa para debelar-se a corrupção estaria no rigoroso cumprimento da(s) lei(s)

e o enfrentamento dessa situação se dará através de um Estado positivo e forte. Só ele teria condições de frear as paixões que, entregues a si, levariam a comunidade o colapso.

Nessa linha é o pensamento de Hobbes. Repensar a ordem política com base nos fundamentos normativos e em critérios lógicos que animam Hobbes (HOBBS, 1979) a formular ideias a respeito de como se dá a relação entre os súditos e o soberano.

É repensar a Inglaterra de seu tempo que move Hobbes a conceber a soberania enquanto um contrato formulado entre os homens para acabar com a guerra generalizada. É a busca de padrões racionais da ordem política que leva Hobbes a pensar uma forma de estabelecer a soberania e um critério de legitimidade da lei com base na razão.

Se no estado de natureza, os homens são tão iguais que ninguém consegue dominar, porque todos utilizam a força igualmente para atingir seus objetivos, a lógica inerente a este processo é que, como um indivíduo jamais saberá qual será a atitude do outro, e este outro não consegue saber qual será a atitude dele, o mais razoável, segundo Hobbes, é que todos tentem se antecipar às usurpações dos outros. Já que o homem é tão igual que ninguém consegue triunfar de maneira total sobre o outro, todos serão opacos diante dos olhos de seu semelhante e, desta forma, não será possível qualquer forma de desenvolvimento das faculdades humanas, porque a natureza igual dos indivíduos faz com que neste estado todos utilizem racionalmente a violência como meio de adquirir sua sobrevivência. No estado de natureza luta-se por sobrevivência, e ninguém é confiável o bastante que não mereça ser tratado de forma a impedir a usurpação (FILGUEIRAS, 2007).

Deste estado de natureza deriva um direito de natureza que assegura o uso da força individual como fonte legítima da sobrevivência. Pelo direito de natureza, é legítimo que o homem utilize toda a força que achar necessária para assegurar a vida.

Consequentemente, pode fazer tudo o que lhe aprouver, cabendo apenas o julgamento individual dos meios necessários para se atingir os fins propostos. A “guerra de todos contra todos” ocorre porque cada indivíduo vive imaginando a ação dos outros homens e racionaliza formas de assegurar a integridade de sua vida. Ora o indivíduo se imagina poderoso para competir, ora desconfia de seus semelhantes, ora busca a glória. Essas são as três causas da guerra generalizada entre os homens.

Se a discórdia universal é resultado de uma natureza violenta dos homens, dela decorre uma lei de natureza, que não pode ser confundida com o direito de natureza.

Para que o direito se torne justo, necessita de uma lei de natureza que assegure um padrão moral mínimo, circunscrito no estado de natureza. Se a natureza do homem é sinônimo de discórdia, deve-se estabelecer uma lei que “proíbe a um homem fazer tudo o que possa

destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la” (FILGUEIRAS, 2007).

Se a regra é que todos os homens têm o direito a todas as coisas, incluindo a vida dos outros e excluindo as suas, a lei de natureza, que busca preservar a vida, leva, inevitavelmente, a um preceito geral da razão, que obriga os homens a buscarem incessantemente a paz. É este preceito lógico que leva Hobbes a conceber a solução do fim do conflito geral entre os homens como um fato inerente à sua própria natureza.

Esta situação, portanto, implica a busca racional do Estado como o teorema lógico fundamental de constituição da sociedade política.

A solução *hobbesiana* para o problema da origem e da necessidade da ordem política decorre desta concepção lógica da lei de natureza, que busca a preservação da vida em relação ao conflito generalizado entre os homens. Para se alcançar a paz e, por redundância, o fim do conflito, os homens, segundo Hobbes, devem renunciar a seu direito de natureza para que possa fazer uso de sua liberdade em relação a seu semelhante. Esta renúncia recíproca ao direito de natureza dá origem a um contrato acima dos homens, para o qual cada um contribui igualmente, fazendo emergir deste estado de natureza um Estado soberano, responsável por transpor ao direito de natureza um direito positivo, que assegure o monopólio legítimo do uso da força a um soberano, responsável por dar termo a todo tipo de conflito ou litígio entre os homens (FILGUEIRAS, 2007).

Ao fundamento jurídico do Estado civil, corresponde um Estado armado, cuja força é irresistível e obriga os homens, através da coerção, a respeitarem o direito positivo calcado na lei natural. Uma lei sem espada não dá segurança a ninguém, como assevera Hobbes (FILGUEIRAS, 2007). A conotação ética da concepção hobbesiana é que todos abram mão de suas vantagens privadas _direito de natureza_ em nome de uma ordem política que assegure padrões morais, mediante o direito civil, e force os homens a buscar o bem comum: a segurança da qual resulta a liberdade e a igualdade em comum.

Onde se encaixa o fenômeno da corrupção na teoria de Hobbes? Para Ribeiro (2012), é possível afirmar que o pensamento de Hobbes é todo construído em função da corrupção – na verdade contra ela – e também que o tema da corrupção nada tem a ver com sua filosofia. A aparente contradição se explica porque há dois sentidos de corrupção com os quais se lida. O primeiro é o clássico, que vem da antiguidade, residindo na idéia de *corrupção dos corpos* e, no caso dos corpos políticos, de sua degradação pela corrupção dos costumes (em especial, pelo efeminamento). Ora, Hobbes se interessa pelos corpos e no caso dos corpos políticos, sua preocupação é evitar que se degradem, degenerem-se, corrompam-se e morram. O Estado,

sendo um “*homem artificial*”, é, pois, mortal e só poderemos alongar sua vida, jamais garantir-lhe uma – não humana – imortalidade; mas com a corrupção dos costumes Hobbes não se ocupa. Por outro lado, o segundo sentido de corrupção é moderno demais para ele: consiste no desvio do tesouro público, no furto da coisa que a todos pertence, na apropriação privada da coisa pública. Isso para Hobbes não faz sentido. Seu soberano une a pessoa pública à privada. O melhor soberano é o rei exatamente por isso: como nele coincide plenamente a pessoa pública e privada, não poderia apropriar-se do que já lhe pertence.

Se o Estado civil soberano, dotado do monopólio da força, implica na forma possível de fim da beligerância entre os homens, sua corrupção não se dá pelo uso abusivo desta força, mas porque alguém abriu mão do contrato em nome de seu direito de natureza (FILGUEIRAS, 2007). A corrupção da ordem política, de acordo com Hobbes, não se dá quando o Estado soberano comete iniquidade ou injustiça, mas quando alguém abre mão do bem comum possível, a segurança, a favor de seu exclusivo interesse privado. A corrupção em Hobbes ocorre quando os valores comuns partilhados pelos indivíduos de determinada sociedade política, através do contrato, dão lugar às vantagens privadas decorrentes da usurpação pelo direito de natureza, por meio do qual cada um pode fazer aquilo que tiver vontade e se apossar indevidamente daquilo que não lhe pertence (FILGUEIRAS, 2007). Dizendo de outro modo, a corrupção ocorre quando se quebra desse pacto instituído. Ou mais objetivamente, quando se dá a quebra da legalidade.

Por outro lado, a consequência é o inevitável retorno ao estado de natureza, em que a “guerra de todos contra todos” impede a liberdade e o devido uso da razão. Como aponta Hobbes, é com a espada que o soberano combate a corrupção dos homens, forçando-os à obediência das leis civis e garantindo esferas de liberdade e igualdade de todos. A justificação do direito positivo ou civil é o medo que cada indivíduo cultiva da força irresistível e incontestável do Estado, que é responsável por transpor, tanto no plano jurídico quanto no plano social, o direito civil como fundamento da liberdade que cada um tem em relação a seu semelhante, além de impedir que a ordem se corrompa.

Ribeiro (2012) identifica a corrupção na teoria *hobbesiana*, na quebra da obediência. Se o Estado é absoluto, dotado do monopólio da força, pairando acima de tudo e de todos, se o soberano tudo pode, confunde-se na função pública e na privada, a ponto de poder apropriar-se da *res pública*, sem que isso represente qualquer obstáculo de natureza ética, eis que a coisa pública já é sua, a obediência é pressuposto para que tal funcione, daí que a corrupção no seu viés político se dá, basicamente, pela degeneração da obediência. Mais precisamente, pela

difusão de falsas doutrinas que induzem os súditos a esquecer a obediência devida aos governantes.

Sua filosofia é um ataque às pretensões políticas dos religiosos, expondo os modos pelos quais eles contribuem para corromper a obediência devida ao governante legal e, portanto, corromper o próprio corpo político. A corrupção vem da disseminação de falsas doutrinas que levem os súditos a desobedecer - ou o que é mais provável - a obedecer a falsos senhores. A rigor, o que enfraquece o Estado *hobbesiano* não é uma propensão (que existe) dos homens a tentar obter uma volta à liberdade que abriram mão – liberdade essa vã, porque os leva a uma vida pobre, sórdida, curta e cruel. O que fere de morte o Estado é a pretensão de outros atores a ocupar o espaço político. São idéias que corrompem o Estado.

Tudo isso torna impossível, em Hobbes, uma idéia moderna de corrupção. Como pode o governante desviar dinheiro, se tudo já é dele?

Tanto a concepção clássica de uma pólis baseada numa vida virtuosa, passando pela aposta de Maquiavel num governo republicano e chegando à construção de Hobbes de um Estado soberano, autorizado pelo pacto social, detendo o monopólio do aparato legal e da violência institucional, regulando a ordem social, estabelecendo critério de justo e injusto, não contemplam a totalidade do fenômeno, como bem observa Leal (2013):

[...] o governo republicano só é possível em cidades não corrompidas, estáveis e afortunadas. Aí, a liberdade deve ser confiada ao povo, pois nele é possível perceber uma vontade firme de viver em liberdade [...] – citando Maquiavel.

[...] Tal vontade decorre daquela compreensão de virtudes cívicas referidas anteriormente. Mas quando elas faltarem ao homem comum do povo? E quando os cidadãos da República não forem tão virtuosos assim? Está-se diante do mesmo problema antes cotejado, ou seja, será preciso na ausência da virtude algo que assegure os seus fundamentos e condutas conseqüências a ela. E que algo é este (LEAL, 2013, p. 26)?

Mais adiante, sobre a concepção *hobbesiana*, Leal (2013), com propriedade observa:

O problema aqui é que também não se pode reduzir a corrupção à mera violação da legalidade, mitigando o seu aspecto de imoralidade pública e privada decorrente de

vícios éticos recorrentes em vários âmbitos da vida cotidiana sob pena de autorizar argumentos que defendam tratá-la como qualquer outro ilícito ou delito – inclusive para os efeitos de caracterizar situações corruptivas como de menor potencial ofensivo à sociedade e às suas vítimas (crime de bagatela, por exemplo) decorrendo daí impunidades [...]

Esta construção discursiva, todavia, revela a ausência de medidas que procurem dar eficácia às finalidades do Estado, eis que inexistem sanções ao soberano pelo descumprimento das tarefas que lhe são impostas, ao menos no plano material do cotidiano dos cidadãos e isto implica, primeiro, pela impossibilidade de existir sanção contra alguém que é incensurável e segundo, em razão da soberania do próprio Estado, seus atos gozam de presunção da legitimidade pactuada, inatingível, por pura lógica, pela negação de seu mister.

Se de um lado o pensador tenta aplacar o poder conferido pelo contrato entre os súditos com a disposição de uma finalidade a ser alcançada pelo governo do soberano, que é garantir a felicidade e o desenvolvimento ordenado da sociedade, por outro, não traz nenhuma contestação ou solução aos desvios de caminhos levados a cabo pelo Poder instituído, exatamente porque o seu poder é perpétuo e absoluto (*op cit.*, p. 38).

Dois pensadores foram essenciais para a recepção e transformação da questão da corrupção e o tratamento dado a ela pela tradição republicana. Rousseau e Montesquieu.

Rousseau foi o responsável pelo desenvolvimento de uma teoria republicana da corrupção, que não partia mais da idéia de um tempo circular nem de considerações a respeito de um regime misto. Para ele, a história humana é já uma corrupção do estado de natureza e implica a perda da bondade, que não pode ser mais recuperada, uma vez constituídas as sociedades políticas. Nada pode deter a tendência do corpo político a degenerar. Quanto mais se afasta dos desígnios da vontade geral, mais o corpo político se corrompe (BIGNOTTO, 2012). O importante aqui é a conclusão que a corrupção é destruição da vontade soberana expressa no contrato social. Na linguagem atual, a corrupção, na visão *rousseauiana*, seria o processo de degradação do sentido das leis fundamentais expresso nas constituições

Montesquieu (2005) deu uma grande contribuição para o desenvolvimento de uma teoria moderna sobre o problema. Há um diferencial institucional apresentado por Montesquieu que trata da limitação dos poderes, não apenas por leis, mas por outros poderes. Essa regulação, onde os poderes se fiscalizam entre si é um grande diferencial no combate à corrupção, pelo menos em sua construção teórica.

É nesse sentido que Montesquieu abordará a política a partir de dois fundamentos ontológicos da ordem: a conjunção da natureza e dos princípios que organizam os diferentes tipos de governo. Por natureza o autor entende a forma da soberania, sendo ela constituída pelo governo de um, de alguns ou de muitos, o que faz com que o governo seja o que ele de fato é. Por outras palavras, a natureza é a organização institucional do Estado. Por princípios o autor entende aqueles sentimentos recorrentes na ordem social que fundamentam a organização da natureza a partir da harmonia e da obediência dos homens em relação às leis. O princípio do governo é a paixão que orienta as atitudes dos homens em relação ao aparato institucional do Estado.

Afirma que existem três naturezas distintas de governo: a República (que pode ser democrática ou aristocrática), a monarquia e a tirania. A natureza do governo refere-se à organização institucional daquele governo. Cada governo, no entanto, sobrevive e reafirma-se por meio dos seus princípios, que são basicamente os sentimentos que atrelam o cidadão ao tipo de governo. Cada governo tem um princípio, tal como “O princípio do governo é a paixão que orienta as atitudes dos homens em relação ao aparato institucional do Estado” explicado por Filgueiras (2007).

No caso da República, o princípio que a sustenta é a virtude, o que quer dizer um espírito cívico por parte dos cidadãos que nela habitam. Essa virtude cívica é a consciência da maior importância dos interesses públicos sobre os privados e a participação ativa na esfera pública. Na república, as leis tornam-se especialmente importantes tendo em vista que – sendo todos os cidadãos iguais – quando um deixa de cumpri-las e não é punido abre-se precedente para a corrupção da república e, portanto, para o seu fim; “[...] quando num governo popular, as leis tiverem cessado de ser executadas, como isto só pode vir da corrupção da república, o Estado já estará perdido.” (MONTESQUIEU, 2005).

Já na monarquia, o princípio que a move é a honra. Nesse caso, a ambição tem papel importante no funcionamento da instituição. Nesse caso, a busca por honrarias e nobreza é benéfica, e a ambição de uns limita a de outros. A ambição é perniciosa numa república. Tem bons efeitos na monarquia. Na monarquia há um fator interessante que remete a uma espécie de utilitarismo liberal, onde ao caminhar no sentido da satisfação de suas ambições pessoais, as pessoas caminham involuntariamente juntas no sentido do bem comum. Isso porque a ambição de um está sempre sendo limitada pela ambição de outrem. Já os estados despóticos contam com o medo como princípio, mas esse Estado já é corrupto por natureza.

A questão dos princípios é fundamental na obra de Montesquieu, “[...] corrupção de cada governo começa quase sempre pela dos princípios.” (MONTESQUIEU, 2005).

Nesse cenário, como bem resume Filgueiras (2007):

A corrupção do governo ocorre quando o móvel psicológico dos comportamentos políticos não mais assegura a moderação dos apetites, fazendo com que as instituições políticas não mais consigam efetuar suas responsabilidades e que a harmonia dê lugar à discórdia entre os cidadãos e à desconfiança interpessoal, esmaecendo a solidariedade entre os homens e, implementando a desordem geral (FILGUEIRAS, 2007)

Desta forma, a república democrática é corrompida quando as virtudes cívicas dão lugar aos interesses privados, cuja igualdade leva ao espírito de igualdade extrema, em que cada cidadão não mais quer obedecer à autoridade legítima do Estado, mas às suas próprias convicções, resultando na desordem total. O efeito da corrupção da democracia é sua condução ao despotismo de um só em decorrência do espírito de igualdade extrema. O não devotamento à coletividade conduz à licenciosidade e à libertinagem, redundando na supremacia dos interesses privados sobre os interesses públicos. Na medida em que a república não precisa de leis positivas, ela facilmente se corrompe, dado que seu princípio organizador é a virtude.

A república aristocrática é corrompida quando os nobres da sociedade não mais se orientam pelo espírito público, a partir do momento que seu poder se torna arbitrário, transformando a obediência dos súditos em submissão, ou seja, a aristocracia transforma-se em oligarquia.

A monarquia se corrompe quando o monarca não mais obedece às leis, em função de que a honra, manifestada na ambição do corpo político por prerrogativas e dignidades, se converte em supressão dos súditos transformando-se em poder arbitrário. Por outras palavras, Montesquieu assevera que a ambição não mais contraria a ambição, levando à concentração dos poderes e ao uso dos interesses privados para interesses privados, ou seja, os interesses privados não mais resultam em benefícios públicos, porque não mais ocorre a agregação destes no âmbito do governo. Assim, a concentração do poder em uma ou poucas mãos é o que caracteriza para o autor a corrupção da monarquia, já que suas instituições não efetivam a obediência dos súditos em relação ao aparato administrativo da sociedade. Uma vez que os súditos não têm a garantia de que a obediência resultará na harmonia das coisas, eles se orientam por seus exclusivos interesses, violentando os demais concidadãos para saciar seus apetites.

Como podemos observar, Montesquieu atribui à causa da corrupção das diferentes formas de governo o declínio dos princípios que organizam as sociedades, que leva ao declínio das instituições enquanto constrangimento à corrupção. Princípios entendidos como o mote valorativo dos homens de uma dada coletividade que organizam suas ações no tempo e informam seus interesses no espaço, fazendo-os manifestarem certos comportamentos que assegurarão o funcionamento de cada regime.

Montesquieu está preocupado com a forma como os homens criarão artifícios nomológicos que expressem, por meio da coerção, constrangimentos aos próprios homens em relação à *res publica* (FILGUEIRAS, 2007), nesse sentido, há de estabelecer-se um sistema de *freios e contrapesos*, onde o poder limita o poder. Daí a criação institucional de Montesquieu que separa os poderes entre o Legislativo (constituído de duas casas, uma do povo e uma dos nobres), o Executivo (que para ele deve ficar nas mãos do monarca) e o poder de julgar, que em geral deve ser constituído de tribunais onde pessoas são convocadas entre o povo para julgar. Dessa forma, há uma defesa da difusão do poder para permitir até mesmo uma maior inclusão dos cidadãos nesse processo. Ao fazer isso, limita-se a corrupção, pois cria-se um ambiente onde – teoricamente – todos estão de olho em todos. Todos são fiscais de todos, o que pode até não extinguir a corrupção, mas com certeza a limita em considerável escala.

Por sua vez, Tocqueville (1998) apresenta uma preocupação diferente daquela apresentada por todos os outros filósofos até o momento. Isso porque Tocqueville faz em *A Democracia na América* uma análise da recém-formada democracia norte-americana. A maior preocupação do autor é com uma pergunta que lhe perturba: seria possível conciliar liberdade e igualdade? *A priori*, a resposta é não, mas ao analisar o engendramento institucional dos Estados Unidos Tocqueville percebe certos mecanismos que limitam as tensões entre ambos os princípios.

A grande preocupação de Tocqueville é com o que ele chama de “ditadura da maioria”. Em sistemas que prezam pela igualdade em demasia (sistemas democráticos na maioria das vezes) uma minoria tende a ser sempre esmagada por uma maioria, já que toda a soberania encontra-se no corpo social que atua embasa por decisões majoritárias. Esse sistema onde minorias perdem constantemente acaba por afastar tais minorias do espaço público e uma preponderância das decisões da maioria a deixará cada vez mais tirânica. Logo, esse sistema vai corrompendo-se gradualmente.

O que Tocqueville vê, no entanto, é que os EUA conseguiram conciliar liberdade e igualdade através das associações. Inseriu-se o cidadão na esfera pública em âmbito regional,

fazendo com que os próprios cidadãos sejam responsáveis pela resolução de conflitos e problemas locais.

Não há em Tocqueville uma fé no espírito humano, há uma noção de que essas pessoas, em âmbito regional, não podem esconder-se atrás de uma multidão para promover interesses escusos. Tais pessoas são limitadas pelas outras nas associações, e os próprios representantes – por saírem do bojo das localidades – acabam por serem limitados.

Em Tocqueville, a corrupção é uma patologia institucional que ocorre quando o corpo político morre em função do individualismo exacerbado e da incapacidade dos homens de cooperar uns com os outros na busca pelo bem comum (FILGUEIRAS, 2007).

Na visão de Tocqueville – mesmo com a ausência de freios suficientes para regular a vontade da maioria – os EUA são o exemplo de um engendramento institucional que combate a corrupção de seus agentes públicos e da sua própria sociedade, e isso é feito – novamente – através da inserção do cidadão no espaço público (nesse caso em associações de diversos tipos).

Abordada e estudada desde a antiguidade, sendo tema de trabalhos e obras ao longo da história, dela se ocupando diversos pensadores: Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Tocqueville, são somente alguns pensadores que enfocaram o fenômeno em seus estudos.

Interessante observar que apesar do imenso espaço de tempo que separa aqueles pensadores, permanece predominante em todos eles, a ideia de que “*a corrupção é a sobreposição das vantagens privadas sobre o bem comum, significando um ato de decoro para com a ética*”.

Abordada e estudada desde a antiguidade, sendo tema de trabalhos e obras ao longo da história, dela se ocupando diversos pensadores: Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Tocqueville, são somente alguns pensadores que enfocaram o fenômeno em seus estudos.

Interessante observar que apesar do imenso espaço de tempo que separa aqueles pensadores, permanece predominante em todos eles, a ideia de que “*a corrupção é a sobreposição das vantagens privadas sobre o bem comum, significando um ato de decoro para com a ética*”.

E para além dos múltiplos fundamentos e nexos causas que delineiam o fenômeno da corrupção, certo é que sua prática impacta de forma letal os Direitos Humanos e Fundamentais.

Como mais uma vez observa Leal (2013):

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas (LEAL, 2013, p. 33).

A simples diminuição da corrupção (já que pensar-se em sua eliminação seria utopia) permitiria a solução de graves problemas das massas populares, haja vista as quantias vultosas de dinheiro público drenado para o ralo da corrupção.

Para se ter uma ideia do montante, um estudo feito pela Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), em 2010, indica que o custo da corrupção no Brasil fica entre R\$ 41,5 a R\$ 69,1 bilhões por ano. De acordo com o relatório “*Corrupção: Custos Econômicos e Propostas de Combate*”, esse montante representa entre 1,38 % a 2,3 % do Produto Interno Bruto (PIB), sendo que o dinheiro desviado poderia construir moradias para mais de 2,9 milhões de famílias, levar saneamento básico a mais de 23,3 milhões de domicílios, passar de 34,5 milhões para 51 milhões o número de estudantes matriculados na rede pública do ensino fundamental, aumentar a quantidade de leitos para internação nos hospitais públicos de 367.397 para 694.409 entre outros investimentos e qualidade de vida do brasileiro.

A corrupção tem evidenciado ao longo do tempo, face multissetoriais e capacidade de expansão infinita nas relações sociais e institucionais, públicas e privadas, ganhando expressiva notoriedade nos últimos tempos (se fala e se discute corrupção como nunca, na mídia, nas redes sociais; há mais leis, tratados, convenções, pactos, sentenças judiciais, procedimentos administrativos que se ocupam do tema), gerando até reflexos sobre a opinião pública de massas, que resgata a capacidade de indignação quanto a isso, o que se afigura importante (LEAL, 2013). Mas toda essa exposição midiática da corrupção, toda essa “notoriedade” em face da difusão e redifusão da mídia tradicional – jornais, revistas, rádio, televisão – e alternativa – blogs, *twitters*, *facebook*s, redes sociais, etc. – tem o traço comum de mostrar ou

evidenciar a face digamos “pública” ou estatal da corrupção. Apesar da grande grita em torno da corrupção, o que se alardeia é o papel dos pequenos corruptos, políticos e funcionários públicos. Ainda não se levantou totalmente o véu sobre o papel muito mais nefasto dos grandes corruptores, os grandes grupos privados que se apropriam do dinheiro público e que acabam por contribuir de forma decisiva para desviar a República de seus compromissos fundamentais esculpidos no art. 3º da Carta de 1988 (BRASIL, 2007).¹

¹ Constituição Federal, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

3. CAPÍTULO II: AS TENSAS RELAÇÕES ENTRE ÉTICA PÚBLICA E CORRUPÇÃO - MARCOS FILOSÓFICOS, POLÍTICOS E NORMATIVOS

A corrupção afeta o conjunto dos países da comunidade internacional, sejam desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Ela atinge os mais altos valores da humanidade, ofende qualquer pessoa com um mínimo de dignidade. É gerada por atos movidos pela cobiça, avareza, pelo anseio de poder. Anti-valores que se encontram em plena expansão através da globalização, que pelos princípios neoliberais gera uma sociedade de consumo que estimula seus membros a acumular bens materiais de maneira desavergonhada bem como a adotar uma conduta de todo individualista.

Esses vícios têm afetado a capacidade dos governos de cumprirem com suas funções no sentido de uma melhor qualidade de vida para as pessoas. Os governos não conseguem dar respostas eficazes às pretensões sociais de seus cidadãos, fazendo com que a Administração Pública seja vista como lenta, ineficaz e ineficiente, criando um campo de oportunidades, via corrupção, para a superação da burocracia. Ao lado disso, a publicidade cada vez maior em torno de escândalos de corrupção tem desgastado, não só a pessoa do funcionário público, como a própria imagem das instituições públicas fazendo com que a cidadania perca a confiança em seu governo.

Nesse sentido Oliveira Júnior salienta:

(...) Ora, claro está que desde questões específicas relacionadas com a melhoria de vida nas cidades, assiste-se uma manifestação da cidadania claramente rejeitando a forma de atuação dos políticos governantes, a tal ponto de um sério e preocupante desprezo com o sistema representativo. E ousaríamos dizer aos senhores, que muito dessa rejeição, se deve aos contínuos escândalos de corrupção que assolam o país desde muitos anos, atravessando direita e esquerda (...).
(OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 81).

Historicamente, a corrupção tem sido objeto de reprovação moral em todas as sociedades. Desde meados do século XX, isto tornou-se mais evidente tanto em países

desenvolvidos, como Estados Unidos, França, Inglaterra, Alemanha, como em países em desenvolvimento, como Argentina, Chile, Nigéria, República Dominicana, dentre outros. Inclusive existem hoje, diversos organismos para seu estudo e combate.

O enfrentamento dessa problemática não é tarefa simples, mas passa necessariamente por uma volta a padrões éticos a serem adotados no âmbito da Administração Pública. A Ética Pública é especialmente relevante no combate à corrupção, uma vez que esta, genericamente considerada, atinge, ainda que indiretamente, as próprias bases do Estado, justificando-se, desta forma, a afirmação de que a Ética Pública tem uma função essencialmente estruturante do espaço público, preservando a confiança interpessoal e o empenho no bem público como valor a perseguir, justamente aquilo que a corrupção degrada. Resulta, então como aceitável, a tese de que a ética pública é, do ponto de vista dos efeitos que produz, o oposto da corrupção, constituindo-se no instrumento por excelência para enfrentar esse fenômeno.

A Ética Pública é um elemento importante para fazer contrapeso, não só à corrupção, mas também às distintas atitudes antiéticas, ao injetar um conjunto de valores e princípios e assim revitalizar por um lado as instituições públicas e por outro os servidores públicos. O fomento da ética, junto aos servidores públicos, é um elemento que auxilia para lograr conscientizar em sólidos princípios de conduta ética e assim gerar uma maior excelência na qualidade e gestão dos interesses coletivos.

Este capítulo tem como objeto o estudo da Ética Pública. *O que é a Ética Pública? Qual sua importância? Por que é necessária?* São questões enfrentadas; além disso, objetiva identificar ações existentes para seu fomento. Ele está dividido em três sub-itens: o primeiro *Sobre a ética – aproximando um conceito*, onde é apresentada um breve estudo sobre a ética, sua definição, seu objeto de estudo e sua importância para o ser humano, para em seguida adentrar-se, especificamente, na Ética Pública (*Ética Pública – Demarcações Conceituais*) apresentando sua definição, sua importância para a gestão da coisa pública, bem como o modo de seu desenvolvimento e aplicação; o terceiro sob o título de *Marcos Normativos de Proteção da Ética Pública e de Combate à Corrupção* apresenta num primeiro momento alguns antecedentes no processo de gestação da ética no âmbito internacional; num segundo faz referência ao modelo de ética pública desenvolvida pela OCDE nos países membros, bem como é apresenta a situação na América Latina a partir de dois projetos em desenvolvimento: Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento, impulsionado pelo BID e a Rede de Instituições de Combate à Corrupção e Resgate da Ética Pública (RICOREP); na sequência são listados e analisados os principais marcos normativos e organismos de proteção

da Ética Pública e de enfrentamento da corrupção; por fim, o estudo objetivará tais marcos em relação ao Brasil.

3.1 Sobre a ética – aproximando um conceito

A ética é a disciplina do conhecimento que estuda as atitudes e costumes do ser humano e as classifica em virtudes e vícios, em ações devidas e indevidas, convenientes ou nocivas, com o fim de formar o seu caráter, ao mostrar os hábitos dignos de imitar. A ética forja o caráter. O indivíduo forja-se ao eleger possibilidades vitais e rechaçar outras. “A vida humana é um que fazer e o que fazer ético é que fazer-se, fazer-se a si mesmo”. (CORTINA, 1998, p. 95). Apropriar-se das melhores possibilidades vitais para forjar-se um bom caráter consiste na sabedoria ética e essa necessidade originária de elegê-lo, chamamos liberdade em sentido básico, posto que estamos condenados a sermos livres, a ter de escolher o mais inteligente é fazer boas escolhas, forjar-se um bom caráter que é ao fim das contas no que consiste o ser bom (CORTINA, 1998).

A ética, projetada no ser humano o faz autodeterminar-se, dando sentido e qualidade à sua vida. As normas que fazem referência à ética apontam seu valor fundamental: o bom e o justo. Segundo Cortina (1998), a ética como filosofia moral desempenha três funções essenciais: elucidar o que é moral, fundamentá-la e tentar uma aplicação dos princípios fundamentados aos diferentes âmbitos da vida social.

A ética traz consigo elementos que os cidadãos dividem e compartilham; seja qual for sua crença religiosa, sua relação familiar, sua profissão, seu trabalho. Elementos comuns que auxiliam a sociedade a viver em harmonia de acordo com princípios de justiça, liberdade, igualdade e solidariedade, a fim de fazer mais satisfatória a convivência humana.

Mas não só pessoas devem forjar-se um caráter, também estão as organizações e as instituições e inclusive, as atividades profissionais, porque também umas e outras vão adquirindo um modo de ser ou outro, segundo as possibilidades de com que se apropriam. Em suma, a ética no ser humano é um ato de liberdade, de responsabilidade e compromisso com os demais.

Os interessados pelas questões políticas têm de conhecer a natureza do homem, suas diferentes características e formas de conduta, conhecimentos, que correspondem ao objeto de

estudo da Ética, que faz parte do saber da ciência política. Portanto, essa é uma ferramenta poderosa de que se vale todo o Estado preocupado em bem guiar seus governantes.

O objeto principal da ética é a vida ativa, baseada na deliberação e conhecimento consciente de cada um de seus atos. Também busca formar o caráter e mostrar vícios e virtudes que existem no ser humano. A ética ensina o indivíduo a ser dono de si. Ela demonstra que todo indivíduo possui a capacidade para atuar de maneira certa ou errada. Tanto a virtude quanto o vício estão conosco. Com efeito, sempre que está em nosso poder o fazer, também está o não fazer e sempre que está em nosso poder, não está em si, de modo que está em nosso poder fazer o que for bom ou belo, também estará quando o fazer for ruim ou vergonhoso.

O atuar de maneira certa ou errada pressupõe escolha, que, por sua vez pressupõe habilidade de reflexão, análise e deliberação. Esses dons se baseiam na capacidade de percepção, na inteligência e no pensamento. Quando o homem desenvolve esse conjunto de elementos, chega a um grau tal que permite discernir entre o que é correto e o que não é. Ao possuir a capacidade de deliberar sobre cada ato que realiza, o homem se questiona, medita e pensa antes de tomar uma decisão e na medida em que racionaliza sobre se é conveniente ou não realizar determinado ato e escolhe o que considera melhor, o homem entra no campo da ética. A ética estuda o ato, entendido como “[...] uma disposição voluntária da inteligência, que suscita, controla e dirige as operações mentais para conseguir um estilo determinado de ocorrências”. (MARINA, 1995).

A ética estuda e agrupa os atos que o homem realiza, de um lado aqueles que são convenientes ou positivos (atos que não prejudicam nem a quem o praticou, nem a outros, mas ao contrário aqui são separados atos que ajudam seus semelhantes, atos esses denominados virtudes). De outro lado, se encontram aqueles atos que são nocivos ou negativos, eis que prejudicam não só quem o praticou, mas também a seus semelhantes, sendo denominados, estes atos, de vícios. Os atos bons adquirem um valor positivo e os atos ruins um valor negativo. A prática das virtudes ou dos atos virtuosos ou bons é o que se denomina de "Bem", enquanto o "Mal" será a prática dos vícios. Na medida em que o homem compreende e aprecia cada um de seus atos, se desperta e forma sua consciência e graças a ela adquire a possibilidade eleger o que considera mais acertado. A prática constante dos atos em uma coletividade dá origem aos costumes e estes podem ser benéficos ou não e que podem mudar com o tempo. Com o desenvolvimento histórico do homem, cada grupo humano, em seus ditos lugares e épocas estabeleceram costumes e deveres que deram origem às normas morais. Estas são inerentes aos indivíduos de uma comunidade política, marcam um dever ser interno. Estabelecem uma obrigação resultante da convenção social que lhe deu origem. Em toda norma moral há uma

previa deliberação e uma decisão no sentido de que a escolha (pela norma) foi considerada melhor.

A formação da consciência dá maturidade de juízo ao indivíduo e esta faz com que o homem tenda a adquirir bons princípios, acompanhados de uma prévia deliberação e raciocínio. Estes serão seus parâmetros em torno dos quais girarão seus atos, tornando-se guias de seu comportamento.

A regra de comportamento ético controla a ordem de nossos atos, de acordo com a natureza racional. Mas a ética não é um tratado que só enuncia atitudes. Auxilia o indivíduo pra estar em equilíbrio, a encontrar o justo, a alcançar a virtude, que uma vez alcançada passa a praticá-las para com seus semelhantes. Quanto mais se pratica o bem (as virtudes) maior será o mérito de que o faz. Quem faz o bem, obtém o reconhecimento e apreço dos que o cercam; ao contrário, quanto mais se pratique o mal (os vícios) maior será o seu desprestígio e repúdio perante os seus.

Na ética, existe uma lógica do bem e do mal, do positivo e do negativo, do conveniente e do nocivo. Embora o bem seja conveniente, nem todos o aspiram ou conseguem alcançar, pois ele supõe que se tenha virtude, valor, fortaleza para alcançá-lo. Implica chegar a um grau de maturidade de juízo. Conduzir-se eticamente é querer o bem por si mesmo.

O bem não consiste simplesmente em fazer próprias as virtudes éticas e saber quais são os deveres fundamentais do homem, mas sim em aprender a realizar a ação concreta do melhor modo possível. Os princípios éticos são a escolha de uma conduta nas relações com os outros. É estar em ação dia-a-dia. Não se considera boa uma pessoa cheia de boas intenções. Uma pessoa é considerada boa se for boa a ação que ela desenvolve, se for boa a exteriorização daquilo que ela introjeta como bom. Atuar de acordo com princípios éticos é uma questão não só de dever ser, mas sim de querer fazer. “La ética es acto, es el reino del hacer, de ala acción; esta delimitado por el ser, el poder, el querer y el deber”. (MARINA, 1995).

3.2 Ética Pública – Demarcações Conceituais

O estudo da Ética Pública suscita de plano uma indagação. Quando se fala em ética pública, se fala de uma ética em especial? Ou por outra, existem vários tipos de ética? Nos últimos tempos, tem-se notado uma espécie de multiplicidade ética. Cada vez mais tem-se falado, pensado sobre a ética em diversas disciplinas e lugares. Na medicina, nos meios de

comunicação, nas empresas, na biologia. Diante dessa situação, surge a dúvida se há uma ética ou existem várias éticas? Importante frisar que a ética é uma disciplina do conhecimento a qual se aplica ao ser humano, independentemente do âmbito em que se desenvolva. Quando se fala em ética médica, ou ética na medicina, ética dos, ou nos meios de comunicação, não se fala de diferentes éticas. A ética é uma, não existem várias outras éticas, mas sim são diferentes os espaços/lugares onde ela é aplicada. Como sustentado por Camps (1997) “[...] não há lugar para dúvidas. Há que se deixar claro que a ética é uma. Uns são os Direitos Fundamentais e únicos os princípios que estabelecem, por exemplo, a dignidade absoluta da pessoa humana ou a exigência de universalidade como critério absoluto da moralidade das ações”.

Nesse sentido, é o pensamento de Cortina (2000), para quem não há éticas “privadas”, uma vez que todas as éticas visam, de uma maneira ou de outra, a publicidade e o enfrentamento da opinião pública e, portanto, da esfera pública. Adela Cortina tem desenvolvido, especialmente desde as duas últimas décadas, um enquadramento teórico, para o que designa por ética civil, socorrendo-se do conceito fenomenológico de mundo da vida (*Lebenswelt*). Para Cortina, há uma *Lebenswelt* própria das sociedades pluralistas, ou seja, um conjunto de valores e princípios partilhados, não como resultado de uma construção teórica filosoficamente edificada, antes como formações da realidade social dinâmica e concretamente articulada. Essa partilha a partir do pluralismo dispõe de um alcance limitado, é, sobretudo, condição que garante a diversidade plural de valores e concepções de vida boa. Daí que Cortina proponha a distinção, hoje já célebre, entre éticas dos máximos e ética dos mínimos, as primeiras como um pluralidade de sistemas de valores que se constituem com concepções de felicidade distintas, a segunda como uma ética dirigida à co-possibilidade num mesmo espaço comunitário da pluralidade de versões de éticas da felicidade.

Cortina emprega a expressão ética civil em detrimento da expressão ética pública, não por que de algum modo conteste a ideia de que aquela seja uma ética pública, mas porque não reconhece outra ética além da ética pública, daí que para ela não há éticas “privadas”, uma vez que todas as éticas visam, de uma maneira ou de outra, a publicidade e o enfrentamento da opinião pública e, portanto, da esfera pública.

Ao contrário do que se poderia pensar, quando se fala de Ética Pública, não se está a falar de uma ética especial, mas simplesmente se está a referir a ética aplicada e posta em prática no âmbito do público. A ética aplicada à função pública. Essa ética implica uma troca essencial nas atitudes de cada indivíduo e que se traduz em atos concretos orientados para o interesse público.

Oliveira Júnior observa que:

(...) talvez, seja importante lembrar que, desde Max Weber, quando falamos em “ética pública”, estamos frente a questões relacionadas sobre respeito aos princípios morais (...). OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 83)

O respeito a princípios morais implica alcançar uma *ética da responsabilidade*, isto é, responsabilidade ética que respeita, sobretudo, à ação contingente no espaço público, ação política, onde importam de forma particularmente saliente as consequências das nossas escolhas. Por outras palavras, a convicção individual deve ceder tanto mais lugar à responsabilidade quanto o âmbito do juízo ético se desloca da esfera dos valores e preferências pessoais para o espaço público. No dizer de Oliveira Júnior, “...as ações do Estado através dos seus políticos não podem privilegiar os interesses privados em detrimento dos interesses públicos” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 83).

Para Muñoz (1993, p. 24), “A Ética Pública estuda o comportamento dos funcionários em relação à finalidade do serviço público que lhes é inerente”. Em outras palavras, Ética Pública é a ciência que trata da moralidade dos atos humanos praticados por funcionários públicos. Portanto, a moralidade da atuação do funcionário, a bondade, ou maldade de sua conduta deve ser avaliada, julgada em relação à finalidade do serviço público que justifica a existência da própria Administração. A ideia de serviço à coletividade, à sociedade, em definitivo aos demais, é o eixo central da Ética Pública.

O objeto material da Ética Pública seriam os atos humanos do funcionário. Seu objeto formal seria a moralidade desses atos, a retidão moral da atuação do funcionário; é dizer, a retidão moral se orienta para o bem moral que é o bem conveniente à natureza humana segundo o juízo da correta razão.

De outro ponto de vista, a Ética Pública é uma modalidade especial de Ética enquanto que aplica os princípios básicos que determinam a moralidade dos atos humanos sobre o serviço público. A Ética Pública, a Ética do Serviço Público estuda também os fatos internos da vontade e enquanto exigíveis pela própria consciência do funcionário (MUÑOZ, 1993).

A ética pública assinala princípios e normas para serem aplicados na conduta do homem que desempenha uma função pública. Concebe-se como uma área de conhecimento de conteúdo universal que agrupa valores e virtudes orientadas pelo espírito de serviço público e tem como origem básica a evolução humana. Muñoz (1993), “La ética pública es la ciencia que trata de la moralidad de los actos humanos en cuanto que realizados por funcionarios públicos”.

A ética pública se refere ao perfil, formação e conduta responsável e comprometida de homens encarregados das questões públicas. Para além do conhecimento profissional que possam ter quem trabalha na função pública, é importante que sejam indivíduos comprometidos com a moral pública. Todo aquele que ingressa no âmbito público deve passar por um filtro de ética a fim de ser tocado pelos valores e virtudes públicas. Portanto, se entende por ética pública a parte da disciplina ética que trata as atitudes que realizam os servidores públicos no desenvolvimento de seus trabalhos e tem por alcançar que o servidor público aplique o sentido de dever em benefício do Estado.

Quando se fala de ética pública, esta, não só se refere exclusivamente a conduta dos funcionários e empregados públicos, em virtude de que alguns comportamento que devem manifestar estes se encontram na legislação sobre função pública na função de deveres, se não que vá mais além, compreende também os mesmos governantes, isto é, os políticos.

Nos governos e administrações públicas contemporâneas, o perfil das pessoas que ocupam cargo público se encontra em situação de heterogeneidade, isto é, existe uma grande diversidade de profissões entre as pessoas que se candidatam para ocupar um cargo eletivo, de modo que é possível encontrar profissionais de distintas disciplinas: arquitetos, engenheiros, professores, contadores, advogados, etc., inclusive pessoas sem formação acadêmica, mas que se destacam em alguma atividade, tais como, empresários, líderes sindicais, atores, cantores, comerciantes, ente outros. Diante da lei, todo indivíduo tem direito a ocupar um cargo eletivo, sempre que tenha perfil e capacidade para o posto, não obstante a essa capacidade e a esse perfil haverá de incorporar critérios éticos.

Na vida contemporânea e graças às ondas democratizantes, existe no mundo uma febre entre os cidadãos por querer ocupar um cargo público, ainda que o interessado não tenha nem a mínima cultura política, ignorando a importância e responsabilidade que isso implique. Qualquer indivíduo compete ao cargo acreditando ser merecedor da honra do Estado.

A ética aplicada aos servidores públicos implica uma mudança essencial nas atitudes dos indivíduos que se traduz em atos concretos orientados para o interesse público. Em outras palavras, implica o exercício da virtude por parte dos servidores públicos.

Pela ética, os governantes podem determinar a justiça ou injustiça dos homens; com ela se eleva a cultura política de um povo, por ela os homens estão bem consigo mesmo e se assim estão, também estão assim em relação aos demais (sociedade). Por ela, os servidores públicos podem empreender ações belas e nobres, inclusive de magnitude.

Os governos e administrações públicas contemporâneas enfrentam uma crise de valores em seus governantes, funcionários e pessoal. Ante a este rebaixamento, é importante recuperar

um conjunto de princípios éticos. Se na administração pública há pessoas com vícios arraigados, seguramente será porque em sua mente há pensamentos que o impulsionam a agir assim, pelo que é importante projetar e estabelecer estratégias para fomentar princípios éticos no imaginário dos servidores públicos a fim de que suas ações sejam regidas pela retidão.

Assim como existe preocupação por aspectos econômicos e materiais, também deverá haver pelos aspectos éticos. Se o subdesenvolvimento econômico é motivo de preocupação, também deverá ser a ausência de virtudes nas pessoas, em particular daqueles que ocupam cargos públicos. Como se poderá resolver a corrupção se antes não se resolve o problema moral? Nenhum governo poderá operar de maneira ótima se antes não educa na honradez e na probidade seu pessoal.

Desta maneira, os valores éticos inseridos nas pessoas que operam no âmbito público e cultivados de maneira adequada contribuirão para tornar mais eficiente a operacionalização da função pública. De igual maneira, colaborarão a reivindicar a imagem do funcionário, do governante, do político e em geral daqueles que se encontram no campo de ação do serviço público.

A ética pública tem por objeto fazer com que as pessoas que ocupem um cargo público, o façam com diligência e honestidade, como resultado da razão humana, a consciência, a maturidade de juízo, a responsabilidade e o sentido de dever. Uma adoção verdadeira da ética exige uma profunda mudança de concepção de atitude psíquica, de mentalidade que previna pensamentos corruptos.

Para Muñoz (1993), “El objetivo material de la ética serían los actos humanos de funcionarios públicos, la rectitud moral de la actuación del funcionario”. A ética busca cultivar a inteligência em valores e modelar o caráter dos governantes, o que é importante em qualquer disciplina, mas é mais na política e na administração pública, porque ambas são responsáveis por conduzir os assuntos do Estado.

Todo indivíduo que participa da função pública deve tomar consciência de que o serviço público se define como a ação do governo para satisfazer as demandas e necessidades das pessoas que integram o Estado. Todo servidor público deve a sua comunidade; o seu salário é pago pela sociedade e, portanto, tem uma responsabilidade e um compromisso com essa comunidade, a qual, ademais, deve respeitar. O que se pretende ao fomentar a ética é motivar os servidores públicos a obter melhores resultados na prestação de serviços, dissuadirem a evitar práticas desonestas o que conduziria a uma recuperação da confiança cidadã, pois, como assinala Cortina (1998):

Una confianza que no se logra sólo multiplicando los controles, sino reforzando los hábitos y las convicciones. Esta tarea es la que compete a una ética de la administración pública: la de generar convicciones, forjar hábitos, desde los valores y las metas que justifican su existencia.

A sociedade contempla a atividade administrativa com esperança, tanto que solicita e exige serviços públicos cada vez de melhor qualidade. Para os cidadãos, é importante que a Administração Pública verdadeiramente funcione bem e por isso, espera uma maior dose de exigência ética de seus funcionários, que do trabalhador do setor privado. Os cidadãos esperam dos funcionários, lealdade institucional, eficácia, sensibilidade ante os direitos fundamentais e tantos outros valores que traduzem a noção de serviço. Por isso, quando há divulgação de algum exemplo menos positivo envolvendo funcionário público, a comoção social é maior, que quando os meios de comunicação relatam algum escândalo envolvendo alguém do setor privado.

Não obstante, de modo geral, o funcionário público não se vê com tal importância, não tem consciência ética da função pública nem de seu protagonismo nesse contexto.

Fatores políticos, econômicos ou de gestão têm fomentado uma espécie de absentismo funcional, que se traduz num não envolvimento com a coisa pública e numa falta de motivação para o exercício da função pública.

O principal desafio da ética pública não só é o estabelecimento dos valores, se não sua interiorização nas pessoas, isto é, sabemos quais são os valores éticos desejáveis, mas o que não sabemos é como poder transformar o dever ser na prática diária, como erradicar os vícios. O desafio é encontrar a forma para conscientizar o servidor público da importância de melhorar sua atitude pelo bem do serviço público. Como conseguir que as qualidades éticas floresçam na vida dos servidores sobretudo daqueles que tem vivido sem princípios e valores éticos? Como despertar nos servidores, o interesse pela ética?

Não há uma resposta única para tais indagações, mas o passo inicial é sem dúvida uma revalorização do servidor através de retribuições dignas. A especial exemplaridade que supõe o serviço público deve ser estimulada com retribuições dignas. Quando se premia uma função que exige elevada postura ética com retribuições não competitivas, é evidente que se produzirá uma lógica desmotivação. Nesse sentido, cabe assinalar que funcionários que realizam tarefas de direção e decisão na Administração Pública, via de regra, ganham a metade do que ganham seus homônimos do setor privado (MUÑOZ, 1993).

Essa revalorização passa por uma constante atualização do quadro funcional, em relação aos princípios norteadores do Serviço Público. Nesse sentido, têm papel de destaque as Escolas e Institutos de Administração Pública, as quais são chamadas a concretizar os valores do Serviço Público através de programas de formação e atualização do servidor público, cujo conteúdo, dentre outros estão os de propiciar a justiça e a equidade como elementos permanentes da atuação administrativa; incentivo e concretização dos direitos fundamentais; transmitir objetividade, eficiência, eficácia, imparcialidade, integridade e probidade na gestão dos interesses públicos, no marco de um serviço público profissional, protagonista de um desenvolvimento coletivo da sociedade.

Sobre o conteúdo programático desses centros de formação e atualização de servidores, observa Muñoz (1993), que os programas devem girar sobre a idéia de serviço público (para ele, a Ética Pública tem seu eixo central na idéia de serviço público). Têm de capacitar o funcionário para resolver todas as questões profissionais sempre em favor do serviço público; mas salienta, ainda que o núcleo programático seja o serviço público, não devem ser esquecidos lealdade institucional, interesse coletivo, retitude, generosidade, etc.

Os valores éticos supõem, no âmbito da função pública, a ordenação da atividade dos servidores à luz da ideia de servir à coletividade. Os programas e planos de formação em Ética Pública estão pensados para que o funcionário se identifique em sua conduta prática como idéia e as conseqüências do serviço público. De outro modo, é dizer que o comportamento ético se deve traduzir no exercício de atos concretos orientados para o interesse público. A Ética Pública pressupõe o exercício das virtudes morais da função pública por parte dos funcionários públicos.

Em tempos de fortes transformações sociais, com instauração de um sistema de mercado de forte configuração individualista, com a degradação da sensibilidade ética, da perda de um sentido de solidariedade e do valor da dignidade humana, se mostra necessária uma revitalização de padrões éticos e em especial no tocante à Administração Pública, a necessidade de uma formação em Ética Pública, como forma de confrontar-se esse *status quo* a partir do que ela sugere: a promoção da lealdade institucional, uso racional e econômico dos recursos públicos, busca de critérios de impessoalidade e objetividade na atuação administrativa, efetivo estabelecimento de critérios de mérito e capacidade como requisitos para ascender à função pública, combate à corrupção, busca constante dos interesses coletivos, promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, resgate do orgulho do serviço público, formação e atualização profissional, transmitir comportamentos morais que impeçam a desnaturalização do serviço público. Mas, mais importante é sua condição de instrumento de desenvolvimento social.

Através da Ética Pública, se pode ajudar a no processo de motivação da função pública e na ideia de que o trabalho administrativo tem de ser executado sempre pensando no interesse coletivo. A necessidade de uma difusão e formação da Ética Pública, nesse contexto, representa uma manifestação de sensibilidade social e de querer atingir cotas razoáveis de desenvolvimento em sentido amplo.

A formação ética também se mostra necessária pelo fato de que ela se orienta ao estudo das ações humanas, de modo que todas as explicações às distintas condutas giram em torno dela. Cada ato que o homem realiza tem seu fundamento ou justificação na ética. Quando os homens públicos respondem a uma filosofia ética, agem de acordo com padrões éticos, se autocontrolam, são responsáveis por sua conduta e cada um dos seus atos. Desta forma, a ética é o melhor instrumento de controle de seus atos, porque implica o autocontrole mediante o uso correto da razão, a partir da ideia de serviço coletivo, elemento importante nos serviços públicos já que como assinala Cortina (1998), “El interés del Estado no puede depender de las pasiones del príncipe, ni siquiera de su deseo de ser malo o bueno sino que exige un profundo autocontrol”.

Todo governo, para manter uma eficiente administração, deve contar com indivíduos íntegros. Aqui, também a ética mostra sua importância ao formar, selecionar os perfis e reiterar aos servidores públicos a necessidade de fazer bem feito seu trabalho e atuar com responsabilidade. Só pelo fato de fazer uma ação com responsabilidade e fazê-la bem já se está cumprindo com os preceitos éticos. No entanto, esta premissa, por simples que pareça, é difícil de alcançar já que em todos que participam na esfera pública realizam adequadamente suas tarefas. A ética é o mínimo exigível para assegurar uma honestidade e uma responsabilidade no emprego público.

Se a administração pública é o instrumento de que se vale a política para contribuir, alcançar a pluralidade de interesses mediante o oferecimento de bens e serviços de qualidade, os servidores públicos que a integram devem estar motivados e conscientizados disso. Baixas moral e motivação nos indivíduos fomentam a irresponsabilidade, situação que, por sua vez, se reflete em uma baixa qualidade no funcionamento das instituições. A imagem criada da administração pública, positiva ou negativa, é resultado da atitude e da conduta de cada pessoa que nela trabalha. Uma boa imagem ajuda a crer e a confiar nas instituições públicas, ao passo que uma má imagem gera desconfiança e rejeição. Um serviço público é um processo, não um produto, que se baseia na conduta e na atitude da pessoa que o oferece. Para alcançar a sensação de satisfação ao realizar uma tarefa, é importante a relação de pessoa a pessoa. A boa conduta,

o trato amável e comunicação agradável, são elementos básicos para estabelecer boas relações e bom serviço.

A ética aplicada à função pública é de vital importância porque tem como eixo central a ideia de serviço. As tarefas e as atividades que realizam os governantes e funcionários públicos estão orientadas à satisfação da pluralidade de interesses. A Ética Pública é a ciência do bom comportamento a serviço da cidadania. Além de ser importante mecanismo de controle da arbitrariedade no uso do poder público, um fator vital para a criação e manutenção da confiança na administração e suas instituições. A Ética Pública é um fator chave para elevar a capacidade da Administração Pública mediante a conduta honesta, eficiente, objetiva e íntegra dos funcionários na gestão de assuntos públicos.

Apesar de a ética ser importante na vida política, existe em alguns governantes e mesmos funcionários públicos, uma falta de interesse pela ética e inclusive, por vezes a rejeitam. Seja porque existem interesses econômicos em jogo, uma ambição por riqueza, compromissos de grupo, porque se pratica corrupção. Quando um indivíduo não tem ética no exercício da função pública, não mede alcance de seus atos e pode envolver-se em corrupção. A ausência de princípios éticos na vida pública tem propiciado que aquele que exerce função pública desvie os recursos públicos de seus fins originais, praticando atos de corrupção. A situação exige uma pronta correção de conduta e comportamento que, na ausência de princípios éticos, precisará contar com mecanismos eficazes para aquele realinhamento.

É o que se vai discorrer no tópico seguinte, através de uma análise dos marcos normativos de proteção da ética e de combate à corrupção.

3.3 Marcos normativos de proteção da Ética Pública e de combate à corrupção

Para fins deste estudo, serão vistos alguns antecedentes do processo de gestação da ética no âmbito internacional, as principais iniciativas internacionais contra a corrupção e a participação brasileira em acordos e convenções internacionais sobre corrupção, com ênfase às convenções da Organização das Nações Unidas – ONU e da Organização para a Cooperação Econômica e Grupos de Desenvolvimento Econômico – OCEDE. Num segundo se fará referência ao modelo de ética pública desenvolvida pela OCDE nos países membros, bem como será apresentada a situação na América Latina a partir de dois projetos em desenvolvimento: Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento, impulsionado pelo BID

e a Rede de Instituições de Combate à Corrupção e Resgate da Ética Pública (RICOREP); na sequência serão listados e analisados os principais marcos normativos e organismos de proteção da Ética Pública e de enfrentamento da corrupção; por fim o estudo objetivará tais marcos em relação ao Brasil.

3.4 Antecedentes no processo de criação da ética em âmbito internacional

O compromisso de ética na esfera pública torna-se importante nos anos setenta nos Estados Unidos por causa do escândalo “*Watergate*”, que terminou com a renúncia do presidente Richard Nixon. Esse fato mostra o público de que alguns políticos e representantes públicos, por vezes, têm praticado conduta imoral ou anti-ética. É a partir de então, que surgem mecanismos para promover a ética, como o Escritório de Ética e Direito Ética no Governo, criado nos EUA em 1978. Embora a própria ética em si seja importante, não era colocada no foco de atenção de pesquisadores e estudiosos de assuntos públicos sob a crença de que aqueles que detêm cargos públicos e/ou representação são pessoas respeitáveis em si e que a ética é inerente neles.

No entanto, em 1976, um grupo de trabalho sobre a ética pertencente à Associação Internacional de Escolas e Institutos de Administração Pública (IASIA, por sua sigla em inglês), uma organização diretores escolares e Institutos de Administração Pública de todo o mundo concordaram exortar vários centros acadêmicos a que incluem a ética como um assunto essencial para a formação de gestores públicos. Em 1979, essa mesma associação realizou um estudo para determinar o que está sendo feito em várias instituições responsáveis pela formação e desenvolvimento de funcionários públicos. Um ano depois, com os resultados desse estudo, foi observado que a ética e os valores como uma área de conhecimento, não foram incluído nas Escolas e Institutos de Administração Pública. Em 1981, o IASIA amplamente convocou uma reunião para tratar do comportamento ético e responsabilidade no serviço público. Na mesma reunião, foi acordado desenvolvimento de programas de ética para os funcionários e salientou a necessidade reforçar os códigos de ética e medidas anti-corrupção.

Em 1983, em Washington, realiza-se o Primeiro Congresso de Ética Pública Internacional. O encontro foi organizado pelo Escritório de Ética Público e Agência de Informação de os EUA. A conferência, a primeira de alcance mundial neste âmbito, contou com a participação de mais de 80 participantes de 55 países de cinco continentes.

Em 1987, também nos EUA, a Associação Nacional de Escolas de Administração Pública (NASPAA, por sua sigla em inglês) dispôs que os programas de formação das Escolas e Institutos potencializassem valores, conhecimentos e capacidades dos funcionários públicos para uma administração mais ética e eficaz. Um ano depois, os co-presidentes do grupo de trabalho NASPAA, dedicado ao ensino da ética na administração pública, preparou um relatório em que foi solicitado que os programas universitários preparação ao serviço público incluído para todos os alunos, conteúdo da ética e da ética pública fosse uma disciplina obrigatória autônoma e que também se projetasse sobre outros assuntos.

Durante os anos noventa, foi realizada, a cada dois anos, a Conferência Internacional sobre Ética no Governo. A 1.ª conferência foi realizada em Lima (Peru) em 1997; a Oitava Conferência Internacional sobre Ética em governo; foi realizada em Durban (África do Sul) a nona conferência em 1999; em 2001, o décimo, Praga (República Checa) e em 2003 foi Seul (Coreia do Sul) sediar a décima primeira.

Também nesta década, começam a surgir diversas manifestações dos governos no sentido de implementar a ética em suas administrações. Em 1991, nos EUA, o Conselho Presidencial foi estabelecido para Integração e Eficiência. Em 1992, o Ministério da Justiça e da Administração do Governo norueguês nomeou uma força-tarefa para pesquisa o estado da ética no serviço público. No mesmo ano, o Ministério do Interior da Holanda classificou como um dos pontos essenciais do seu programa de trabalho a integridade na administração pública. Em 1994, o Reino Unido criou o Comitê de Nolan, que por sua vez, elaborou o documento intitulado Normas de Conduta para a Vida Pública. Em 1996, o governo da Austrália estabeleceu um guia sobre Elementos Chaves de Responsabilidade Ministerial que serve como referência para os princípios, convenções e regras de conduta de pessoas em cargos ministeriais e no mesmo ano, o Conselho Assessor de Gestão, publicou um relatório intitulado Normas e Valores Éticos no Serviço Público Australiano para aumentar a consciência e o conhecimento sobre ética e fornecer uma estrutura conceitual de comportamento honesto.

Ainda são criados paralelamente em distintos países do mundo, organismos responsáveis pela promoção da ética. Na Austrália é criado o Conselho Assessor de Gestão e a Comissão de Proteção do Mérito no Serviço Público; na Nova Zelândia, a Comissão de Serviços do Estado; na Noruega, um grupo de trabalho, anexo do Ministério da Administração, para educação e formação ética dos funcionários; nos Estados Unidos se fortalece a Oficina de Ética do Governo; na Holanda não existe um órgão específico, uma vez que a tarefa de promover a ética é feita diretamente pelos responsáveis que dirigem uma determinada área ou setor de

trabalho e se dá de maneira descentralizada; na Finlândia, se criou um grupo de trabalho vinculado ao Ministério da Fazenda, para fomentar a ética (OCDE, 1997).

No mesmo período, surgiram leis de ética, e códigos de conduta. Na Finlândia, a Lei dos Funcionários do Estado; na Austrália, a Lei do Serviço Público; na Noruega, a Lei de Serviço Público; na Dinamarca, a Lei de Pessoal da Administração Central e Local; na Holanda, a Lei do Serviço Público; no Japão, a Lei de Ética para Funcionários Públicos. Em 1990, na Nova Zelândia foi dado a conhecer o Código de Conduta para o Serviço Público; em 1991, em Portugal, Código de Conduta para o Serviço Público; Em 1992, nos EUA, Normas de Conduta para os Funcionários do Poder Executivo; 1995, no Reino Unido, as Normas de Conduta na Vida Pública e o Código Função Pública; em 1996, no Canadá, foi criado o Código de Conflitos e Interesses de pós-emprego no Serviço Público. Códigos específicos também foram criados, seja por organismos ou departamentos. Nesse sentido, a Holanda tem códigos descentralizados; na Noruega, os órgãos públicos têm desenvolvido normas de conduta, incluindo a missão e os valores respectivos de cada instituição; o Reino Unido estabeleceu o Código Ministerial, enquanto o Tesouro Britânico (1994) estabeleceu um Código para Conselheiros de Organismos Públicos, que operam no entorno, ou com o governo (OCDE, 1997).

A partir da década de 1990, verificou-se uma conjugação de fatores que permitiram a organização de esforços e a adoção de várias iniciativas em escala mundial e regional para reduzir os efeitos da corrupção e outras formas de criminalidade organizada e da lavagem de ativos no âmbito dos mais importantes organismos internacionais.

É possível identificar diferentes estratégias para enfrentar a questão. No âmbito do Conselho da Europa pode ser mencionada, inicialmente, no ano de 1994, a criação do Grupo Multidisciplinar sobre a Corrupção. A partir de trabalhos realizados por este grupo foram aprovadas duas convenções, uma em matéria penal (que entre outras medidas define corrupção e criminaliza diversas de suas manifestações) e outra sobre a corrupção e o Direito Civil (que estabelece regras voltadas para o ressarcimento de danos ou prejuízos sofridos pelas vítimas dos atos corruptos). Ainda no âmbito do Conselho da Europa, merece destaque a criação do Grupo de Estudos contra a Corrupção (GRECO), cuja principal função consiste em acompanhar a implementação dos convênios sobre corrupção aprovados (RODDRÍGUEZ GARCÍA, 2004, p. 258).

Em relação à atuação da União Europeia, pode-se afirmar que talvez constitua a mais pródiga no desenvolvimento de mecanismos para lutar contra a corrupção e na celebração de acordos e convênios sobre o tema. Podem ser mencionados a título ilustrativo as seguintes medidas: Resolução de 6.12.1994 do Conselho da União Europeia sobre Pagamento de Suborno

a Funcionários Públicos; Convênio de 26.5.1997, relativo à prática de atos de corrupção que envolvam funcionários das Comunidades Europeias e Estados Membros da União Europeia e que amplia o conceito de corrupção; Decisão da Comissão de 28.4.1999, por meio da qual é criada a Oficina Europeia de Luta contra a Fraude.

Em relação aos esforços empreendidos pela União Europeia, chama a atenção o fato de que não é dada atenção apenas à aprovação de textos jurídicos, mas igualmente ao acompanhamento da implementação e efetiva adoção dessas medidas pelo países membros.

A OCDE, por exemplo, tem concentrado esforços na repressão ao pagamento de dubronos em operações transnacionais. A Convenção aprovada no âmbito da OCDE vai além de aplicação do princípio da territorialidade penal e se utiliza de instrumentos até então estranhos à atuação de organismos multilaterais. São estabelecidos mecanismos para verificar o efetivo cumprimento das medidas previstas na convenção e foi criado o Grupo de Trabalho sobre Suborno, composto por especialistas indicados pelos países membros.

O Banco Mundial concentrou seus esforços anticorrupção na tentativa de reduzir a ocorrência de fraudes nas contratações realizadas pelos governos, em programas executados com recursos liberados pelo banco. As principais formas que o banco tem encontrado para combater a corrupção são o oferecimento de ajuda técnica aos países para reduzir o nível de corrupção; consideração de que os esforços realizados pelos países para combater a corrupção são decisivos para a liberação de financiamentos; colaboração com os esforços internacionais na luta contra a corrupção; luta para impedir a ocorrência de fraudes em projetos financiados pelo banco.

No âmbito do Fundo Monetário Internacional (FMI), que tem atuado em conjunto com o Banco Mundial em inúmeros programas de combate à corrupção, os esforços são concentrados no fortalecimento do conceito de *governança* em seus países membros. O fortalecimento da necessidade de governança tem interferido na execução das três principais áreas de atuação do Fundo (acompanhamento de políticas econômicas dos países membros, apoio financeiro para programas de ajustamento administrativo e assistência técnica para fortalecimento das atividades de gerenciamento das atividades econômicas e financeiras dos países membros).

Em relação aos esforços regionais no combate à corrupção, além daqueles realizados na Europa, merece destaque o trabalho da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). No ano de 1996, foi assinado no âmbito da OEA a Convenção Interamericana contra a Corrupção, que representou o primeiro esforço no âmbito regional de combate à corrupção e influenciou fortemente a postura do BID em relação

ao tema. Importante salientar que semelhante ao procedimento estabelecido no âmbito da OCDE, a Convenção da OEA prevê o “Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção”. A Convenção da OEA tratou de questões específicas, como a necessidade de cooperação entre seus países membros nos esforços de combater esse fenômeno transnacional. Os aspectos mais importantes da Convenção compreendem a definição de suborno; a criminalização do pagamento de suborno a funcionário público (suborno ativo); o fornecimento de orientação para aplicação de sanções; a fixação de regras para a assistência judicial e legal; fixação de parâmetros para os sistemas de contabilidade e auditoria; disponibilização de monitoramento da implementação de medidas previstas na Convenção e proibição da dedução tributária do pagamento de suborno.

No âmbito das Nações Unidas, a Assembléia Geral, fortemente influenciadas pelas iniciativas ocorridas na Europa, aprovou, no ano de 1996 uma resolução que conclamava os países a adotarem medidas efetivas de combate a qualquer forma de corrupção e, no ano de 2000, foi aprovada em Palermo, a convenção contra Delinquência Organizada Transnacional. Esse cenário, em diversas organizações internacionais, com diferentes âmbitos de atuação, passaram a atuar no combate à corrupção, acabou por resultar na aprovação, na cidade de Mérida no México, da primeira Convenção de âmbito mundial sobre corrupção, podendo ser considerada, no âmbito internacional, o marco mais importante no combate à corrupção. Em relação à participação brasileira nesses acordos e convenções internacionais, o Brasil ratificou os seguintes: Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (firmado pelo Brasil em 1997 e promulgada em 2000); Convenção Interamericana da OEA contra Corrupção (firmada em 1997 e promulgada em 2002); Convenção da ONU sobre Delinquência Organizada Transnacional – Convenção de Palermo (firmada em 2000 e promulgada em 2002); Convenção da ONU contra Corrupção – Convenção de Mérida (firmada em 2003 e promulgada em 2005).

Em razão da adesão do Brasil à Convenção da OCDE, o Código Penal brasileiro teve de sofrer pequenas modificações. Por meio da Lei 10.467, de 11.6.2002, foi acrescentado o Capítulo 2-A que dispõe sobre os Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira, tipificando a corrupção ativa em transação comercial internacional, a ocultação ou dissimulação de produtos de crime praticado por particular contra a Administração Pública estrangeira e, definindo para efeitos penais, funcionário público estrangeiro.

É importante registrar que o Brasil já se submeteu à primeira fase da valiação do Grupo de Trabalho sobre Corrupção da OCDE e, em termos de adequação da legislação vigente, não apresenta dificuldade para atender aos parâmetros internacionais.

A adesão do Brasil à Convenção Interamericana contra a Corrupção não resultou na necessidade de se promover modificações significativas na legislação brasileira. Alguns poucos aspectos, conforme estudo elaborada pela Transparência Brasil e encaminhado à OEA, em março de 2006 restariam pendentes de pequenas adaptações. Conforme o estudo², a Convenção da OEA requer a adoção de sistemas para declaração de receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenham funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações (no Brasil o sistema de exame da declaração de bens é disciplinado pela Lei 8.730/1993, que confere ao Tribunal de Contas da União a atribuição para o exame das declarações. Na prática o próprio tribunal tem reconhecido a inutilidade do recebimento dessas declarações, o que leva à conclusão de que o sistema adotado necessita ser modificado para atender às exigências da Convenção). Em relação ao dever de transparência exigido pela Convenção, o relatório da Transparência Brasil critica o fato de que o acesso ao SIAFI – sistema informatizado de controle de gastos públicos federais – tem sido objeto de longas disputas entre o Legislativo federal e o Poder Executivo. Sendo bastante limitado o acesso e, além disso, os dados disponíveis são demonstrados de forma pouco inteligível para os não iniciados em técnicas contábeis e orçamentárias públicas.

A Convenção também requer a implantação de sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem, de boa-fé, atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade. A Transparência Brasil, em seu relatório, não obstante reconheça que alguns órgãos como o Tribunal de Contas da União disponham de uma legislação que resguarde o sigilo do denunciante, critica a legislação brasileira sobre servidores públicos, que, segundo a entidade, inibe que funcionários públicos informem as autoridades competentes dos atos de corrupção, nas funções públicas de que tenham conhecimento, pois exige a completa identificação por parte de quem denuncia ato de corrupção, bem como a apresentação dos elementos de prova que embasem a denúncia sob pena de a mesma não ter prosseguimento. Como consequência, aquele que não tem elementos seguros de prova, embora tenha conhecimento do fato, acaba não fazendo a denúncia a fim de evitar represálias futuras, ou responder por crime de denúncia caluniosa, ou até mesmo responder por uma ação de indenização por danos morais.

Em suas conclusões, percebe-se que as maiores críticas apresentadas pelo relatório da Transparência Brasil acerca da observância da Convenção da OEA pelo Brasil, dizem respeito à implementação do texto, de sua efetiva aplicação e não em falhas da legislação. Essa mesma

² Disponível em www.transparencia.org.br/docs/Estudo.pdf

crítica, conforme examinaremos, pode ser feita em relação à adoção da Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção.

As maiores dificuldades enfrentadas pelo Brasil para o combate mais efetivo à corrupção não se encontram na legislação vigente. Se o exame da legislação – especialmente a legislação penal – sobre corrupção fosse o único critério para indicar o nível de comprometimento de determinado país para combates a corrupção, o Brasil certamente seria considerado um dos países menos corrupto do mundo. A situação brasileira, nesse ponto, é merecedora de atenção porque demonstra que a utilização dos instrumentos do Direito Penal, de forma isolada, não constitui instrumento efetivo para o combate à fraude e desvios relacionados à corrupção.

O enquadramento do Brasil na posição número 70 da lista de Percepção da Corrupção, elaborada pela Transparência Internacional, indica que o país se encontra em nível intermediário de corrupção – ao lado de países como Jamaica, Gana e Panamá. As razões para que os níveis de corrupção sejam mantidos em patamares elevados, somente se justificam quando examinamos as falhas nas estruturas dos órgãos administrativos, judiciais e de fiscalização.

3.5 O modelo de infraestrutura ética da OCDE³

Confiança no governo é vital em uma sociedade democrática, especialmente quando as pessoas esperam que os seus representantes sirvam a pluralidade de interesses de forma justa e administrem os recursos de forma correta. Assim, a ética torna-se indispensável apoio para garantir que esta confiança. No entanto, nos países da OCDE⁴ a partir da década de noventa, se

¹Fundada em 1961, a Organização para a Cooperação Econômica e grupos Desenvolvimento Econômico (OCDE) – com 34 países membros – tem a missão de promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social de pessoas em todo o mundo. A OCDE é um fórum no qual os governos podem trabalhar juntos para compartilhar experiências e buscar soluções para problemas comuns. Trabalha-se para entender o que leva a mudança econômica, social e ambiental. Mede-se a produtividade e os fluxos globais de comércio e investimento, a fim de comparar dados para prever tendências, além de estabelecer padrões internacionais em uma ampla gama de questões de políticas públicas.

²Os países membros da OCDE, que assinaram a Convenção de 1960, são: Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, EUA, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia. Mais tarde, juntaram-se Japão (1964), Finlândia (1969), Áustria (1971), Nova Zelândia (1973), México (1994), República Checa (1995), Hungria (1996), Polônia (1996), Coreia (1996) e na Eslováquia (2000).

manifestou um declínio na credibilidade dos governos⁵, com conseqüências negativas para sua legitimidade e suas instituições.

O Conselho da OCDE sentiu a gravidade do problema e reagiu analisando as possíveis causas que levavam a essa suspeita. Em abril de 1998, o Conselho solicitou a elaboração de um relatório aos países membros sobre a conduta ética no serviço público e prevenção da corrupção. O encarregado desta tarefa foi o Comitê Administração Pública da OCDE (PUMA, na sigla em inglês).

Dois anos depois, em 26 e 27 de junho de 2000, ele apresentou um relatório final ao Conselho de Administração da OCDE. O PUMA começou a trabalhar e colaborar com os governos dos países membros em monitoramento do ambiente no setor público a fim de conservar os marcos efectivos para fomentar a integridade e prevenir a corrupção em servidores públicos. Ética tornou-se assim um importante assunto de interesse público, que se refletiu em várias tentativas de “limpar” a vida pública, incluindo a revisão dos sistemas de gestão e comportamento dos funcionários.

Com base nos estudos da OCDE, é possível afirmar que a corrupção é consequência das falhas do sistema administrativo que se manifestam por meio de legislação de baixa qualidade e de instituições públicas fracas em que não se aplicam a lei, além de deixar de fornecer controles, supervisão e transparência adequada; por outro lado, há a crença de que o Estado é responsável pela prevenção da corrupção e requer uma combinação de mecanismos inter-relacionados para garantir o sucesso. A PUMA reconhece que a prevenção da corrupção é tão complexa quanto a própria corrupção.

Outro estudo realizado pela OCDE (1997), cujo resultado foi publicado sob título “La ética en los servidores públicos”, descreve as ferramentas e processos de gestão de ética no serviço público e como eles operam. Foi baseada em relatórios de 9 países (Austrália, Finlândia, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Reino Unido e EUA) e propõem desenvolver um modelo de infraestrutura ética como pedra angular de uma estratégia abrangente. A proposta baseia-se na hipótese que, quando a infraestrutura funciona corretamente, altos padrões de conduta são promovidos. No entanto, deve-se notar que, apesar de todos os países da OCDE utilizarem uma variedade de ferramentas e processos para regular o comportamento indesejável e fornecer incentivos para o bom comportamento, não há um único método para construir uma infraestrutura ética. A proposta de infraestrutura ética da OCDE é constituída pelos componentes: Compromisso Político; Marco Legal; Mecanismos de

⁵Essa ideia se manifestou na publicação da OCDE “La ética en el servicio público”.

Responsabilidade; Códigos de Conduta; Socialização Profissional; Condições de Serviço Público; Mecanismos de Coordenação, Participação e Escrutínio Público. Por sua vez, esses componentes se agrupam em três funções principais: *Controle, Orientação e Gestão* (OCDE, 1997).

O *Controle* pode ser conseguido pelos seguintes componentes: a) *Marco Legal* que permita uma investigação e acusação independentes. Todo país deve analisar e rever se seu Marco Legal relacionado com garantia da Ética é válido e está em vigor e, se não for ou não estiver, tentar criar tal marco como têm feito alguns países. Por exemplo, no Japão, a Lei sobre a Ética dos Servidores Público (criada em agosto de 1999 e em vigor desde 2000) exige que o Gabinete estabeleça um novo código de conduta para proibir servidores públicos recebam presentes e dádivas por parte das empresas privadas sob sua jurisdição. Por outro lado, a Polônia adotou recentemente uma lei que obriga todos os funcionários públicos a declararem seus bens financeiros, imobiliários e capital de negócios; b) *Mecanismos Adequados de Responsabilidade e Participação*. Os mecanismos de prestação de contas devem estar atentos para identificar ações antiéticas e bloquear seu caminho. Entre os mecanismos, além do processo legal estão: os processos administrativos, auditorias, avaliações de desempenho, dependência e retirada. Outros mecanismos podem ser externos à organização, como a vigilância das comissões parlamentares. Também é importante a participação dos cidadãos; denúncias da população são a melhor garantia de que há um acompanhamento da conduta dos funcionários. Se essas alegações forem fundadas através de investigações honestas, sem dúvida, se exercerá pressão e se contribuirá para uma cultura mais forte na função pública; c) *Índices Públicos*. A divulgação pública de índices de governo são desincentivos poderosos para a corrupção e má conduta no setor público, mas eles dependem em grande parte do marco legal que permita o acesso à informação.

Orientação pode ser conseguida através dos seguintes elementos: a) *Compromisso bem articulado dos líderes políticos*. Os esforços para promover a ética a funcionários públicos serão inúteis sem o apoio e o compromisso político forte e sustentado. As tentativas para melhorar a ética no setor público nos países da OCDE emanam dos níveis políticos superiores. Os líderes políticos desempenham um papel importante nessa questão e devem ser um exemplo positivo; b) *Os Códigos de conduta que determinam normas e são aplicáveis*. Os códigos de conduta têm um papel fundamental na definição dos padrões de comportamento esperado, especialmente nos governos da OCDE. Em alguns países, se aplica um Código Geral de Conduta para o serviço público a partir do qual as dependências que projetam individualmente seus códigos são baseados em propósitos específicos que refletem seus

objetivos e suas missões. Em outros casos, os códigos são estabelecidos por cada agência; c) *Mecanismos ou atividades de socialização profissional, como a educação e a formação*. O conteúdo dos códigos de conduta se tornam “letra-morta” se não comunicado e devidamente inculcado. Os servidores públicos aprendem regras através de mecanismos de socialização pelo que a formação é fundamental para sensibilizar e desenvolver habilidades e para resolver dilemas éticos.

A *Gestão* pode ser conseguida mediante os dois elementos restantes: a) *Condições fortes de serviço público com base em políticas eficazes de recursos humanos*; b) *Uma coordenação de infraestrutura*, por meio de um departamento central ou agência de gestão existente, ou por um corpo especial com competência em matéria de ética. A combinação e graduação ideais destas três funções dependem do ambiente cultural e político-administrativo, ou seja, a natureza sociocultural de cada país. Por exemplo, um país como os EUA, com sua tradição de monitoramento e controle parece dar mais importância ao controle, enquanto na Holanda, com a sua tradição de confiança, é colocado maior ênfase na orientação e gestão.

O PUMA argumentou que o nível de conduta esperado do servidor só pode ser alcançado se for acompanhado por um conjunto de condições trabalho aceitáveis, tais como, segurança no emprego, perspectivas de promoção, carreira, remuneração adequada, etc. Quando funcionários públicos são mal pagos, há excesso de trabalho, ou se não houver um clima de trabalho adequado, iniciativas éticas terão poucas chances de serem bem sucedidas. O Conselho da OCDE, ante o problema global da corrupção, recomendou em abril de 1998, que países membros firmassem um compromisso para melhorar os sistemas locais de gestão ética. Os países membros se comprometeram em rever as suas políticas, procedimentos, práticas e instituições regularmente com vistas a promover a existência de elevados padrões de conduta, prevenir a má conduta e combater a corrupção.

Como uma ferramenta estratégica, o Conselho da OCDE aprovou seis medidas para a gestão da ética no serviço público⁶: 1. Desenvolver e analisar periodicamente as políticas, procedimentos, práticas e instituições que têm alguma influência sobre o comportamento em serviço público; 2. Incentivar a ação do governo para manter altos padrões, conduzir e combater a corrupção no setor público; 3. Incorporar o aspecto ético aos marcos de referência administrativa para assegurar práticas de gestão congruentes com os valores e princípios do serviço público; 4. Combinar criteriosamente aspectos ideais e regulatórios dos sistemas

⁶“Recomendación del Consejo sobre el mejoramiento de la conducta ética en el servicio público, incluyendo principios para el manejo de la ética en el servicio público”, In: Las Reglas del juego cambiaron, la lucha contra el soborno y la corrupción, OCDE, 2000, p. 337.

de gestão da ética; 5. Avaliar o impacto das reformas da administração pública na conduta ética da função pública; 6. Utilizar os princípios de gestão da ética no serviço público para assegurar elevados padrões de conduta. Essas medidas foram tomadas sempre que necessário, e estabelecidas quando havia, nos países membros da OCDE diferentes nuances de acordo com a prioridade dada por cada governo.

3.6 Padrões de conduta nos países da OCDE

O estudo, já mencionado, da OCDE (2000), nos países membros sobre a “Conduta Ética no Serviço Público” indica que os padrões de conduta esperados dos funcionários públicos em cada país, se encontram em suas leis gerais, em seu código ou nas orientações específicas de cada organização.

Em geral, as regras de conduta são usadas para situações de conflito de interesse, de modo que as posições ou títulos que contêm são semelhantes, exemplo: a) Tudo relacionado à aceitação de presentes ou favores; b) A gestão e uso da informação oficial; c) Os benefícios econômicos obtidos pelo cargo; d) Os assuntos extra-trabalho; e) As disposições de ingresso em outro emprego; f) As denúncias e sanções.

Mais de dois terços dos países-membros estabeleceram um quadro jurídico para os padrões comportamento, no entanto, a forma de apresentar o documento como um instrumento jurídico varia dependendo do país: a nível constitucional (Turquia), leis gerais do serviço público (Dinamarca, França, Hungria); leis de serviço público (Japão), leis de procedimentos administrativos (Grécia, Portugal), códigos dedicados à padrões de conduta (EUA, Canadá, Reino Unido), ações disciplinares (Portugal) (OCDE, 2000, p. 337).

Ainda que os códigos de conduta e códigos de ética sejam as fontes mais comumente utilizadas, em um terço dos países da OCDE existem outras maneiras, tais como estatutos, circulares, manuais, jurisprudência e formação de serviço civil. Nos EUA, a Oficina de Ética do Governo orienta sobre a aplicação das regras e regulamentos em relação à ética.

A maioria dos países da OCDE utiliza diretrizes complementares além das normas gerais. Algumas profissões (jornalistas, médicos, advogados, contadores, etc.) desenvolveram seus próprios códigos de ética que exigem itens específicos. As normas também podem ser estabelecidas em diferentes áreas do Estado: segurança, meio-ambiente, costumes, serviço militar público. O estudo de referência da OCDE observa que a maioria dos países-membros também têm orientações específicas para os líderes políticos e os funcionários públicos na interface político-administrativa. Também observa que alguns países desenvolveram códigos para ministros que em seu mister emitem orientações sobre questões relacionadas com a condução dos negócios do governo. O governo irlandês aprovou um Manual de Gabinete para seus membros, com questões de responsabilidade, ética e conflitos de interesses. Da mesma forma, o Código Ministerial do Reino Unido prevê regras sobre as relações com o serviço civil. Em 23 de abril de 1998, o Conselho da OCDE aprovou um conjunto princípios de gestão adequadas para promover a ética no serviço público e recomendou que os países membros adotassem disposições destinadas a garantir o bom funcionamento das instituições e dos sistemas projetados para promover o comportamento ético no serviço público.

O Conselho da OCDE instruiu o PUMA para analisar as informações fornecidas pelos países membros sobre como aplicam esses princípios e dar apoio na melhoria do comportamento no serviço público. Nos países membros da OCDE existem cada vez mais normativas que regulam e incentivam uma adequada conduta em seus servidores público.

3.7 Os modelos de ética na América Latina

O problema da corrupção na América Latina aumentou de forma impressionante nas últimas décadas. Isto levou a uma série iniciativas para tentar contê-la. Uma delas é a promoção da ética pública. Nesse sentido, merecem destaque dois projetos pela sua magnitude, para integrar diferentes países, e pela capacidade de inovação: a) a *Rede de Instituições de Combate à Corrupção e Salvamento Ética Pública* (RICOREP), b) a *Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento*, um projecto liderado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

3.7.1 Rede de Instituições de Combate à Corrupção e Salvamento Ética Pública (RICOREP)

Em 15 e 16 de Junho de 1998, o Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD), com o apoio da Agência Espanhola de Cooperação Internacional (AECI), realizou em Santa Cruz la Sierra, na Bolívia, um Fórum Ibero-Americano para o fim de examinar as formas mais proeminentes e as consequências sociais da corrupção e explorar formas e métodos que existem atualmente no mundo para combatê-la e, assim, reduzir a sua presença na região. Um dos resultados deste fórum foi a criação da Rede de Instituições de Combate à Corrupção e Resgate da Ética Pública (RICOREP).

A RICOREP reúne organizações governamentais e não governamentais (instituições de pesquisa com sede nos EUA e América Latina), que têm a função de combater a corrupção em todas as suas manifestações, e resgatar os princípios éticos no desempenho função pública. Esta rede é composta de pessoas que desenvolvem estudos e pesquisas sobre o assunto. Também aprovou por consenso seus objetivos, que incluem a troca de informações sobre a estrutura e organização de cada uma dessas instituições e regulamentos vigentes em matéria de combate à corrupção. Entre outras atividades, promove eventos regulares relacionados ao assunto, se engaja em formação, investigação, consultoria técnica e distribuição de publicações especializadas.

Alguns de seus objetivos fundacionais são: troca de informações sobre a estrutura e organização de cada dessas instituições; identificar a legislação atual nos respectivos países no combate à corrupção; promoção de eventos relacionados com este tema; intercâmbio de profissionais; promoção da investigação e consultoria técnica.

São membros plenos da RICOREP, as instituições cuja missão e os objetivos estão relacionados com a luta contra todas as formas de corrupção e o resgate da ética pública. São “Membros Pessoais”, professores, pesquisadores, consultores e líderes de comunidade que desenvolvam programas, projetos ou pesquisas sobre o tema. O Secretariado-Geral do CLAD é um membro pleno da RICOREP, na sua qualidade de instância coordenadora das Redes do Centro. Os países membros dessa rede são: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Espanha, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Índia,

México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

3.7.2 Iniciativa interamericana de capital social, ética e desenvolvimento do BID

De 1 a 3 de Setembro de 2001, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) realizou em Honduras o *Encontro Internacional Ética e Desenvolvimento: Os Novos Desafios*. O evento despertou amplo interesse nos diversos setores da sociedade e atraiu mais de 400 participantes. Na organização do evento participaram juntos, além do BID, os governos de Honduras e da Noruega. Durante o evento, foi reconhecida que “há fome de ética no mundo” e, portanto, a necessidade de promover valores a serem utilizados como uma ferramenta para o desenvolvimento das pessoas. Entre as conclusões da reunião, foi afirmado que enquanto se mantiver a mecânica do individualismo, a velocidade de acumulação desenfreada haverá aumento da exclusão não só em nível dos países membros, mas também no mundo.

Não pode haver desenvolvimento sem paz para todos, sem ética e sem solidariedade. Também foi afirmado que os valores éticos fundamentais da nossa civilização, como a responsabilidade de uns pelos outros, a sensibilidade em relação à pobreza, um profundo respeito pela dignidade dos pobres, o senso de urgência contra os danos irreversíveis que causam pobreza e ajudar o outro para que você não necessite mais de ajuda, deveria orientar a formulação de políticas e esforços pelo desenvolvimento.

Na reunião, foi apresentada a *Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento* que coordena e reúne o BID, o Governo da Noruega e 15 centros acadêmicos para expandir o debate ético na região e promover as questões da responsabilidade social das empresas, o voluntariado e grandes parcerias sociais para combater a pobreza. Essa iniciativa visa promover o fortalecimento dos valores éticos, bem como o capital social dos países da região. A estratégia é baseada na experiência internacional que mostra que os países com mais capital e valores éticos tiveram melhores resultados em termos de desempenho econômico, qualidade de vida e maturidade democrática. Esse programa é orientado para impulsionar o fortalecimento dos valores éticos e de capital social nos países da América Latina.

Entre as metas que pretende alcançar essa iniciativa tem-se:

- a) Incentivar a análise e discussão dos desafios e dilemas éticos, e assumir essas responsabilidades por tomadores de decisão;
- b) Cooperar em áreas como o fortalecimento do voluntariado, extensão da responsabilidade social da iniciativa privada e da adoção de códigos de ética de alguns atores sociais para desenvolver aspectos latentes de capital social na região;
- c) Promover a inclusão de metas e critérios que envolvem dimensões ética e de capital mobilização na preparação e implementação projetos de desenvolvimento por agências internacionais e agências governamentais;
- d) Promover a integração dos currículos educacionais e estimuladores crescimento do estoque de capital de programas sistemáticos de educação da ética para o desenvolvimento;
- e) Formar uma rede de centros acadêmicos e de pesquisa que levem adiante ações sistemáticas de longo prazo sobre ética e desenvolvimento em áreas como a investigação, publicações, e contribuição para debate público;
- f) Promover a compreensão e tratamento dos temas da ética e desenvolvimento e de capital social pelos meios de comunicação de massa.

Essa iniciativa pretende ser um catalisador que faísca fator de juros para fazer avançar as questões de ética e de desenvolvimento do capital social por governos, partidos políticos, organizações empresariais, sindicatos, universidades, comunidades religiosas, organizações não governamentais e todas as organizações que trabalham para o bem coletivo em sociedades do continente. O dia 24 de fevereiro de 2006 foi declarado pela BID como um dia dedicado ao desenvolvimento ético.

3.8 Marcos regulatórios de enfrentamento da corrupção

No tocante à luta contra a corrupção, Cartier-Bresson (OCDE, 2000), observa que a sua história em nossos dias está marcada por três acontecimentos: 1) Em 1992, a operação *Mãos Limpas* na Itália, trouxe à luz casos de financiamento ilícito de partidos políticos, com o fim de obter lucros individuais; 2) Em 1996, o presidente do Banco Mundial anunciou uma série de medidas para combater a corrupção; e 3) Em 1997, os países membros da OCDE e os governos dos países associados, firmaram a *Convenção para Combater o Conluio de Servidores Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*.

A partir de então se começa a reconhecer, por um lado, que esse problema não se limita a países subdesenvolvidos, senão inclui em grande escala, os países desenvolvidos e, por outra, que a corrupção não se reduz ao âmbito governamental, senão que divide cumplicidade com o setor privado posto que envolve as empresas multinacionais. Daí a importância de Marcos Normativos para um combate eficaz contra esse flagelo.

Para fins deste trabalho, os **Marcos Regulatórios de Enfrentamento da Corrupção** foram dispostos nas seguintes espécies: **Acordos para combater a corrupção; Conferências, Fóruns, Simpósios de Combate à corrupção; Instrumentos Legais Anticorrupção (Legislação Anticorrupção Internacional, Nacional, Documentos Jurídicos Recomendados pela ONU na luta contra a corrupção); Organismos de Enfrentamento da Corrupção Multinacionais; Organismos de Participação Social.**

3.8.1 *Acordos para combater a corrupção*

Em relação aos **Acordos Para Combater a Corrupção**, destacam-se:

- a) **Convenção Anticorrupção da ONU** – Em 31.10.2003 como marco de sua 58^a sessão, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou por unanimidade, a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Mais de 120 países participaram de sua negociação. A Assembléia também proclamou o dia 09 de dezembro como o *Dia Internacional contra a Corrupção* a fim de sensibilizar a comunidade internacional para este problema e para o papel que desempenhará a convenção para combatê-la e preveni-la. No entanto, apesar desse acordo de vontades, o Governo de Washington se recusou a aprovar qualquer disposição obrigatória de transparência em financiamento político.
- b) **Convenção da OCDE contra o Conluio de Funcionários Estrangeiros** – Essa convenção surgiu da convicção de que o suborno de funcionários públicos relacionados com a realização de transações comerciais internacionais representa uma ameaça para o desenvolvimento e continuidade das instituições democráticas. Foi assinada em Paris, em 1997, por iniciativa da OCDE. Nela, se obrigam as partes que a firmaram, a denunciar e combater o delito de suborno em transações comerciais internacionais, feitas por funcionários públicos estrangeiros, entendidos como aquelas pessoas que

exercem uma função pública e qualquer agente de organização pública internacional. Participaram 33 países, 28 dos 29 membros da OCDE, juntamente com Argentina, Brasil, Bulgária, Chile e República Tcheca. A convenção entrou em vigor em 15 de fevereiro de 1999. Embora o seu texto não inclua, especificamente, os partidos políticos, os negociadores acordaram que a convenção incluiria os subornos relacionados com negócios que se pagassem a funcionários públicos estrangeiros através de partidos políticos e funcionários dos partidos, assim como também aqueles subornos dirigidos a partidos políticos que corrompem funcionários públicos estrangeiros. Também foi acordada a aplicação de sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasórias àqueles que subornam funcionários públicos estrangeiros. A convenção obriga os países a confiscar o suborno e os lucros dele provenientes, ou mesmo propriedade de valor similar, ou que se apliquem sanções monetárias de igual efeito. A convenção também obriga que os países signatários a examinem suas bases de jurisdição atual e adotem medidas necessárias em caso de não serem eficientes. Os governos se comprometem a fornecer ajuda legal relativa a investigações e procedimentos dentro do alcance da convenção e para tornar o suborno de funcionários públicos um delito sujeito a extradição.

c) Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção – Ocorreu em Caracas, Venezuela, em 1996. Foi firmada por 26 dos 30 membros da OEA e ratificada por 22 deles. Através desta convenção, os países signatários reconheceram a importância de gerar consciência entre a sociedade civil da região sobre a existência e gravidade da corrupção, a necessidade de fortalecer sua participação na prevenção e na luta contra este problema, assim como as vantagens de estreitar a colaboração internacional. A convenção exige que os Estados atualizem suas leis a fim de classificar como delitos os atos de corrupção. Nas palavras do Secretário Geral da OEA, Gravieria, essa convenção constituiu:

[...] la decisión colectiva más importante mediante la cual los países de las Américas asumieron compromisos que los vinculan tanto desde el punto de vista político como desde el punto de vista jurídico para combatir este flagelo.

A convenção descreve um programa para reduzir a corrupção no setor público, penalizando uma série de atos de corrupção, acelerando sua execução, aumentando a cooperação judicial e fortalecendo medidas preventivas, como códigos de conduta,

divulgação de bens e proteção dos denunciantes. Os propósitos da convenção foram os seguintes: promover e fortalecer o desenvolvimento de cada um dos Estados participantes, instrumentar os mecanismos necessários para prevenir, sancionar e erradicar a corrupção, assim como promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados signatários, a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações para combater os atos de corrupção no exercício das funções públicas e aquelas especificamente vinculadas com tal exercício.

d) **Convenção contra a Corrupção da União Africana** – Realizada em julho de 2003, visa fortalecer as leis contra corrupção. Nela, são listados os delitos a serem punidos pelas legislações nacionais e são apresentadas medidas para detectar e investigar os delitos de corrupção. Também estabelece a jurisdição do Estado-parte, organiza assistência mútua em relação com a corrupção e os funcionários implicados, promove a educação e o fomento da consciência das pessoas a respeito dos malefícios da corrupção e estabelece um marco para monitorar e supervisionar o cumprimento da convenção.

e) **Compromisso Público do Banco Mundial para o Combate à Corrupção** – Em 1996, Wolfenson, presidente do Banco Mundial comprometeu esta instituição a combater a corrupção mediante medidas desde a reforma do setor público, até o cancelamento da dívida. Advertiu que era necessário conjugar as seguintes circunstâncias para que os esforços realizados tivessem o efeito desejado: a) Que exista uma verdadeira vontade política dos líderes ao mais alto nível; b) amplo e permanente compromisso da sociedade civil para manter viva a vontade política; c) Capacidade institucional suficiente para dar expressão real e aplicar efetivamente a vontade política; d) transparência pública e livre fluxo de informações; e) conjunto social de normas e valores que favoreçam as medidas anticorrupção; f) decisão das empresas transacionais e agências internacionais para adotar medidas e práticas de combate à corrupção e erradicar suas atividades; g) Esforço internacional de cooperação pra enfrentar a corrupção e as práticas corruptas que se desenvolvem em distintas jurisdições nacionais.

3.8.2 Conferências, fóruns, simpósios de combate à corrupção

Em relação às **Conferências, fóruns, simpósios de combate à corrupção**, tem-se:

a) **Terceiro Fórum Global sobre a Luta contra a Corrupção e a Salvaguarda da Integridade** – Ocorreu em Seul, Coréia do Sul, de 29 a 31 de março de 2003. Participaram ministros, parlamentares, e funcionários públicos de 123 países. No mesmo ano e no mesmo país foi realizada a Undécima Conferência Internacional Anticorrupção. Uma das conclusões a que se chegou nesse fórum, é que a corrupção se transformou em um fenômeno transnacional e transetorial, pelo que seu combate deve ser holístico, não envolvendo somente o setor público, mas também o setor privado, a sociedade civil, os investigadores, os meios de comunicação e as organizações internacionais relevantes na prevenção e luta contra a corrupção. Da mesma forma, se estabeleceu um Plano de Ação para ser operado em dois âmbitos: à nível nacional e à nível internacional. No primeiro caso, se estabeleceram as seguintes medidas: assegurar a independência e a integridade do sistema judicial; assegurar a integridade efetiva das agências executórias da lei; fomentar e salvaguardar o bom governo, a responsabilidade, a transparência, a integridade e a ética em todos os setores da sociedade; prestar especial importância à ação governamental com respeito à corrupção no setor privado; fomentar os esforços para combater a corrupção, incorporando as novas tecnologias, especialmente as de informação e apoiar o trabalho dos meios de comunicação e a sociedade civil.

b) **Décima Conferência Internacional Anticorrupção** – Realizada em 2001, em Praga, capital da República Tcheca. Nela, Havel, presidente da República, assinalou:

Muitas pessoas que lutam contra a corrupção põem em risco não só uma vida tranqüila, mas também a própria vida. [...] Observo duas fontes básicas de corrupção. A primeira pode ser vista em termos de degradação da civilização; a segunda, que nos é muito familiar, tem sua razão em nossa história recente. Temos visto uma

transferência de propriedades do Estado para mãos privadas sem precedentes, a qual tem sido acompanhada do perigo da corrupção.

Na declaração final da conferência se incluiu um capítulo dedicado à *Transparência e Responsabilidade*, na qual se destacou o seguinte: a) a importância de desenvolver práticas transparentes e responsáveis em todas as instituições, incluindo o setor privado; b) Promover a ética pública dentro e fora do governo; c) Elaborar estatutos claros e precisos; d) Promover a liberdade de imprensa; e) Estabelecer sistemas administrativos confiáveis; f) Realizar avaliações dos processos de licitações públicas; g) Consolidar corpos judiciais independentes, comprometidos a manter o Estado de Direito.

c) **Conferência sobre *Transparência para o Crescimento das Américas*** – Realizada em maio de 1999 no *Center Carter*, foi assistida por líderes de todo o hemisfério, membros do setor privado, jornalistas e representantes de ONGs a fim de enviar esforços para enfrentar a corrupção e buscar compromissos de outros governos para implementar estratégias similares em outros países. Os objetivos foram os de avaliar medidas tomadas para combater a corrupção e projetar estratégias a curto e longo prazo para enfrentar o problema nas Américas. A conferência constituiu a continuação de um diálogo iniciado em abril de 1997 durante a cúpula *Agenda para as Américas no Século XXI*, também organizada pela Fundação Carter. Assistiram ao evento, 36 chefes de Estado e ex-chefes de Estado da América Latina e do Caribe. Nesta conferência, se concluiu que o progresso realizado, a transparência poder-se-á alcançar quando a sociedade civil e o governo trabalharem conjuntamente para superar a oposição dos interesses escusos. De igual forma, se decidiu que a corrupção é uma das principais ameaças à democracia, ao desenvolvimento e à igualdade no hemisfério. Distorce os serviços públicos, desestimula o investimento, discrimina os pobres e destrói a confiança pública nos governos democráticos;

d) **Conferência Mundial sobre a Luta contra a Corrupção: salvaguarda da Integridade dos funcionários da Justiça** – Realizada em Washington, em fevereiro de 1999, nela se estabeleceu uma estratégia para combater a corrupção a qual incluía menos regulamentos, maior privatização, menos intervenção do governo, aumento de responsabilidade dos funcionários públicos, bem como tratou de assegurar o fluxo livre da informação.

e) **Simpósio sobre Fortalecimento da Probidade no Hemisfério** – Realizado em Santiago do Chile, em 04 de novembro de 1998, para dar cumprimento a um dos compromissos

adquiridos na 2ª *Cúpula das Américas*, por chefes de Estado e de Governo. Nela, se discutiu a criação de uma rede interamericana anticorrupção e a consolidação de um sistema de informação que permita conhecer as ações que existem nesta matéria a nível global

f) **Fórum Íbero-americano de Combate à Corrupção** – O Centro Latino-americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD), com apoio da Agência Espanhola de Cooperação Internacional (AECI) realizou de 15 a 16 de junho de 1998, em Santa Cruz de La Sierra, Bolívia, um fórum ibero-americano com o propósito de examinar as formas mais proeminentes e as consequências sociais da corrupção e explorar as formas e os métodos que, atualmente, se tem no mundo para combatê-la e dessa maneira reduzir sua presença na região. Entre os objetivos fundamentais desse fórum encontram-se os de apoiar os governos membros em seus esforços de enfrentar a corrupção, promovendo um conjunto de medidas práticas e viáveis que ajudem a combatê-la; conhecer as formas mais comuns que assume a corrupção em sua dimensão política, econômica e burocrática; examinar o custo e as consequências sociais, políticas, econômicas e culturais que produz a corrupção; e finalmente, explorar os meios e mecanismos mais adequados para a cooperação internacional e o intercâmbio horizontal de informação nesta matéria. Um dos resultados desse fórum foi a criação da Rede de Instituições de Combate à Corrupção e Resgate da Ética Pública (RICOREP).

g) **Cúpula das Américas** – Realizada em 1994, nela se reconheceu o caráter multilateral da corrupção. Os chefes de Estado se comprometeram a realizar o debate público sobre a corrupção presente em seus países e estabelecer prioridades para executar reformas que permitam: alcançar a transparência e prestação de contas oficiais; controlar as funções governamentais; facilitar o acesso do público a informação para análise, avaliação e auditoria externa; estabelecer normas de conflito de interesses para funcionários públicos; desenvolver medidas contra o enriquecimento ilícito; assim como articular com os governos de outros países, sanções contra o suborno em transações financeiras ou comerciais realizadas por empresas desses países na América Latina.

h) **Instrumento contra a Corrupção em Saraievo** – Realizada em Saraievo, nos dias 15 e 16 de fevereiro de 2000, foi projetada para combater a corrupção em todos os níveis dessa região. A OCDE, o Conselho da Europa, a Comissão Europeia, o Coordenador Especial do Pacto de Estabilização, o Banco Mundial e os EUA participaram dessa iniciativa a qual fez um chamado aos Estados para que, por um lado, tomassem medidas efetivas contra a corrupção com base em instrumentos internacionais relevantes em vigor e por outro lado, que os governos

se comprometessem a fomentar a boa governança, a fortalecer o Estado de Direito, a aumentar a transparência e a integridade das transações comerciais e impulsionar a existência de uma sociedade civil ativa (OCDE, 2000).

3.8.3 Instrumentos legais anticorrupção (legislação anticorrupção internacional, documentos jurídicos recomendados pela ONU na luta contra a corrupção)

As Nações Unidas, em sua 81^a sessão plenária de 04 de dezembro de 2000, aprovaram preparar um informativo no qual se analisem todos os instrumentos jurídicos internacionais e recomendações pertinentes que se refiram à corrupção. Como resultado desse informativo, se apresentou a seguinte lista:

- a) **Código Internacional de Conduta para os Titulares de Cargos Públicos;**
- b) **Declaração das Nações Unidas contra a Corrupção e o Suborno em Transações Comerciais Internacionais;**
- c) **Resolução 54/128 da Assembléia Geral**, onde essa tirou suas conclusões e recomendações aprovadas pela Reunião do Grupo de Especialistas contra a Corrupção e seus Circuitos Financeiros, realizada em Paris de 30 de março a 1º de abril de 1999;
- d) **Informe do 10º Congresso Nacional das Nações Unidas** sobre a prevenção do delito e tratamento do delinqüente;
- e) **Convenção Interamericana contra a Corrupção**, aprovada pela OEA em 29 de março de 1996;
- f) **Recomendação 32 do Grupo de Especialistas de Alto Nível sobre Delinquência Organizada Transacional**, aprovada pelo Grupo Político dos Oito (G-8), em Lyon, em 29 de junho de 1996;
- g) **20 Princípios Orientadores da Luta contra a Corrupção**, aprovados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 06 de novembro de 1997;

- h) **Convênio sobre a Luta contra o Suborno dos Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais**, aprovado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 21 de dezembro de 1997;
- i) **Acordo pelo qual se estabelece o Grupo de Estados contra a Corrupção**, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 1º de maio de 1999;
- j) **Convenção Penal sobre Corrupção**, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 04 de novembro de 1998;
- k) **Disposição Relativa à Luta contra a Corrupção no Setor Privado**, aprovada pelo Conselho da União Europeia em 22 de dezembro de 1998;
- l) **Declarações do 1º Fórum Mundial contra a Corrupção**, realizado em Washington, de 24 a 26 de fevereiro de 1999 e do 2º Fórum realizado em Haya em 2001;
- m) **Convenção Civil sobre a Corrupção**, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 09 de setembro de 1999;
- n) **Modelo de Código de Conduta para os Titulares de Cargos Públicos**, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 11 de maio de 2000;
- o) **Os Princípios para a Luta Contra a Corrupção nos Países da África e da Coalizão Mundial para a África;**
- p) **Convênios e Protocolos Conexos da União Européia sobre a Corrupção;**
- q) **Melhores Práticas na Matéria**, como as compiladas pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, o Grupo Especial de Especialistas Financeiros sobre o Bloqueio de Capitais e a Organização Internacional de Comissão de Valores;
- r) **Convênio e Luta contra Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE)**, foi assinado em 17 de dezembro de 1997 em Paris, firmado por 33 países, incluindo cinco não-membros. Suas disposições incluem uma definição de suborno com relação a funcionários públicos estrangeiros, um acordo que o penaliza e um marco de cooperação judicial internacional.

3.8.4 *Organismos de enfrentamento à corrupção multinacional*

Os organismos de enfrentamento da corrupção multinacionais são listados a seguir.

Oficina Europeia de Luta contra a Fraude na União Europeia (OLAF) – Criado em 1º de junho de 1999, dia em que entraram em vigor os Regulamentos do Parlamento Europeu e do Conselho sobre as investigações efetuadas pela OLAF. Essa substituiu a Unidade de Coordenação da Luta contra a Fraude, criada em 1988. A missão da OLAF é de proteger os interesses financeiros da União Europeia, lutar contra a fraude, a corrupção e qualquer outra atividade ilegal, inclusive dentro das próprias instituições europeias. Sua competência abrange o conjunto das atividades relacionadas com a proteção dos interesses comunitários contra comportamentos irregulares ou atos ilegais que poderiam dar lugar a procedimentos administrativos ou penais; sua atividade inclui a prevenção, detenção e repressão da fraude em cooperação com os Estados membros, no âmbito das políticas comerciais e em matéria de desvio de subvenções e evasão fiscal, na medida em que afetem o pressuposto comunitário. Importante mencionar que antes da criação da OLAF, no Conselho da Europa, criou-se um grupo multidisciplinar sobre a corrupção dentro da Direção de Assuntos Jurídicos, sob a responsabilidade do Comitê Europeu para os Problemas de Delinquência e Comitê Europeu de Cooperação Jurídica, para examinar as medidas que poderiam ser incluídas no programa de ação a nível internacional contra a corrupção. O mandato do grupo havia sido elaborado pela Comissão de Ministros em uma reunião celebrada em 1994. O grupo realizou suas primeiras reuniões em 1995 e adotou um projeto de programa de ação contra a corrupção. Em março de 1996, o grupo realizou uma reunião em que foi dada forma definitiva ao Programa de Ação e foi examinado um anteprojeto de convenção sobre a corrupção e marco. Além da convenção e o marco propostos, as prioridades do grupo incluem o estudo da definição de corrupção e da viabilidade de uma convenção internacional sobre recurso civil para combater a corrupção. Um código europeu de conduta para os funcionários públicos será objeto de trabalho do grupo, junto com um estudo sobre a corrupção dos funcionários públicos internacionais e dos representantes eleitos, um estudo da questão do bloqueio dos capitais procedentes da corrupção e a

avaliação dos instrumentos atuais de cooperação internacional na luta contra a corrupção;

Grupo Multidisciplinário par Combater a Corrupção (GMC) do Conselho da Europa – Organização internacional a qual pertencem os países da União Europeia e aqueles que estão por incorporar-se. Em sua reunião de 1994, os Ministros de Justiça consideraram a corrupção um problema grave que ameaça o Estado de Direito, os valores democráticos e os Direitos Humanos, pelo que recomendaram a criação de um Grupo Multidisciplinário para Combater a Corrupção (GMC), o qual iniciou seus trabalhos em 1995. Em 06 de novembro de 1997, o Comitê de Ministros aprovou uma resolução que estabelecia 20 princípios para a luta contra a corrupção e ordenava a criação de um órgão velará pelo cumprimento desses princípios. Em 1998, foi aprovado o projeto do Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO), que foi feito um ano depois. Em 1999, foi dada condição para que iniciasse a funcionar a partir do ano 2000;

Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE – Criado em 1994, entre as principais atividades do grupo foram um exame das medidas tomadas pelos Estados-membros para aplicar as recomendações da OCDE sobre a questão e uma análise a fundo das questões prioritárias relacionadas com a corrupção, como a penalização da corrupção, o estabelecimento de norma de contábeis, abolição de dedução obrigatória dos pagamentos ilícitos em países estrangeiros. Em 13 e 14 de maio de 1995, a OCDE organizou em Paris, o Simpósio sobre Corrupção e Boas Práticas de Administração, onde se destacaram várias questões, inclusive a aquisição pública de bens e serviços como atividade exposta à corrupção e aos pagamentos ilícitos, feitos para obter contratos financiados com ajuda internacional. Em relação com a queda de confiança pública e da administração pública, a OCDE decidiu fazer uma investigação sobre a gestão da ética administrativa em alguns Estados-membros. Como parte de seu programa de cooperação com os países da Europa Central e Oriental, a OCDE iniciou projetos sobre a gestão do gasto público, a supervisão administrativa, o desenvolvimento da gestão de recursos humanos e a introdução de reformas regulamentares;

Departamento de Política Operacional do Banco Mundial – Coordena o método do Banco para enfrentar as questões de corrupção. Encarrega-se de que as políticas e os

processos operacionais do Banco sejam uniformes e constantes. É também o órgão de referência central para questões de administração e gestão do setor público;

Programa SIGMA iniciativa conjunta da OCDE e União Europeia – Criado em 1992, oferece apoio contínuo a 13 países da Europa Central e Oriental (Albânia, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia, República Tcheca, Macedônia e Romênia) para fortalecer as instituições públicas com objetivo de reduzir os incentivos à corrupção e a condutas antiéticas. Esses países buscam alcançar modelos de governos confiáveis e eficientes que se observam nos países membros da União Europeia, modelo este que devem buscar alcançar se desejam cumprir com os *Crterios de Copenhagen*, necessários para obter a condição de membro da UE e aplicar a legislação da Comunidade. O programa SIGMA se concentra em desenvolver um serviço civil profissional e melhorar o projeto de políticas, coordenação e regulamentação. Apóia os governos em aspectos relacionados à reforma administrativa, análise de propostas de lei e estratégias, avaliação dos marcos administrativos, capacitação e intercâmbio de informações. Esse programa também distribui informação comparativa sobre administração pública através de informes, listas de verificação, página na internet e boletim. Além disso, presta assessoria sobre tema de controle financeiro, elaboração de propostas, compras governamentais e auditorias (OCDE, 2002);

Rede Anticorrupção para as Economias em Transição – Presta apoio aos países da Europa oriental e da ex-União Soviética, para estabelecer o marco de condições que permitam combater eficazmente a corrupção mediante a identificação das reformas políticas, institucionais e econômicas aconselháveis. Essa rede atua como vínculo de doadores internacionais, funcionários-chaves dos governos e representantes da sociedade civil, em um fórum informal de intercâmbio de informações sobre políticas e melhores práticas neste campo. Na tarefa de combater a corrupção, a rede adota como ponto de referência os instrumentos internacionais, as práticas ótimas e as iniciativas regionais existentes;

Oficina Anticorrupção na Argentina – Criada em 1999, substitui a anterior Oficina Nacional de Ética Pública, criada em 1997. Funciona no âmbito do Ministério da Justiça e Direitos Humanos, como organismo encarregado de velar pela prevenção e

investigação daquelas condutas que estão compreendidas na Convenção Interamericana contra a Corrupção e está a cargo de um Fiscal de Controle Administrativo, com status e hierarquia de Secretario, designado e removido pela Presidência, mediante proposta do Ministro da Justiça e Direitos Humanos. Entre suas competências estão: a) Receber denúncias que fazem particulares ou agentes públicos que se relacionem com seu objeto; b) Investigar, preliminarmente, os agentes a quem se atribua o cometimento de algum dos fatos indicados no item anterior; c) investigar, preliminarmente, toda instituição ou associação que tenha como principal fonte de recursos o aporte estatal, seja ele prestado direta ou indiretamente em caso de suspeita razoável sobre irregularidades, na administração dos mencionados recursos; d) Denunciar ante justiça, os fatos que, como consequência das investigações feitas poderem constituir delitos; e) Apresentar queixa nos processo que se encontre afetado o patrimônio do Estado, nos casos de sua competência; f) Levar à registro as declarações juradas de funcionários públicos; g) Avaliar e controlar conteúdo das declarações juradas dos agentes público e as situações que possam constituir enriquecimento ilícito, ou incompatibilidade com o exercício da função; h) Elaborar programas de prevenção da corrupção e promoção da transparência na gestão pública; i) Assessorar os organismos do Estado para implementar políticas e programas preventivos de atos de corrupção;

Comissão de Controle Cívico da Corrupção no Equador – Em 05 de agosto de 1999, o Congresso do Equador aprovou a lei que criou esta comissão, cujas funções são acompanhar denúncias sobre casos de peculato, conluio, extorsão, concussão, agiotagem, fraudes no sistema financeiro, e ações fraudulentas em geral e outras similares que afetam os recursos do Estado ou das instituições do setor público, inclusive aquelas em que haja participação do setor privado;

Rede de Combate a Crimes Financeiros (FINCEN) do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos – Em 1996, essa rede iniciou a implementação do Sistema de Denúncias de Atividades suspeitas que monitora aquelas transações financeiras suscetíveis de lavagem de dinheiro ou violação de leis bancárias. Esse sistema permite aos bancos relatar a uma agência central, aparentes atos ilícitos, tais como fraude bancárias, crimes cometidos por empregados do banco, fraude contra o fisco, circulação de cheques sem fundos, fraudes em cartões de crédito, malversação de fundos, ou lavagem de dinheiro;

Comissão Independente Contra a Corrupção (CICC) de Hong Kong – A corrupção era endêmica em Hong Kong. A comissão foi criada em fevereiro de 1974, como organismo independente da polícia e do resto do serviço civil para combater a corrupção. Somente prestava contas ao governador. Estruturou-se em três departamentos: 1) Departamento de Operações, que se encarrega das investigações e detenções; 2) Departamento de Prevenção, que examina e aconselha a outras entidades do governo e ao setor privado sobre os riscos da corrupção e oferece recomendações para evitá-la; 3) Departamento de Relações com a Comunidade que indica ao público quais são os males da corrupção. Esse organismo tinha o poder de investigar, perseguir os casos de corrupção, recomendar mudanças legislativas e administrativas para reduzir os incentivos à corrupção e fazer campanhas públicas de educação. O organismo ganhou a confiança da população pelo número de denúncias que recebeu. Além da independência da Comissão, o compromisso do governo se manifestou pela nomeação de pessoa de integridade inquestionável para dirigi-la e por uma política inicial de investigação e procedimento. As pesquisas de opinião pública realizadas entre 1977 e 1994, indicaram uma diminuição da corrupção;

Oficina de Investigações de Práticas Corruptas (OIPC) – Singapura – Entre os países asiáticos, Singapura ocupa um lugar relativamente limpo para fazer negócios. Existe corrupção, mas não endêmica, embora no período colonial fosse um lugar muito corrupto. Em 1959, quando o Partido Ação do Povo chegou ao poder fez do controle da corrupção uma prioridade. Fortaleceu a Oficina de Investigações de Práticas Corruptas já existente. Essa Oficina não se encontra submetida a controles externos e quem é acusado de corrupção tem, por sua vez, acusado o órgão de um comportamento autoritário e violador de seus direitos. Em Singapura, se exige dos ministérios que revisem suas práticas laborais com o fim de reduzir incentivos à corrupção. Entre as estratégias utilizadas, encontram-se redução dos prazos dos trâmites, transferir funcionários, aumentar a subdivisão. Concede-se aos funcionários um prêmio ao seu trabalho, através do pagamento de altos salários, gratificações e condições de trabalho mais favoráveis, com objetivo de não fomentar atos corruptivos (ROSE-ACKERMAN, 2001);

Comissão Independente Contra a Corrupção em New South Wales – Austrália – Criada em 1989 para investigar as acusações por fatos desta natureza, cometidos pelos partidos Liberal e Trabalhista, durante seus respectivos mandatos;

3.8.5 *Organismos de Participação Social*

Transparência Internacional – Criada em 1993, foi fundada por financistas e empresários comprometidos com a idéia de que devia erradicar-se a corrupção nos mercados mundiais. Sua sede está em Berlim e congrega organizações não governamentais, organismos privados e públicos. Tem por fim diminuir a corrupção nos negócios internacionais e está representada em 80 países. Trata das diferentes facetas da corrupção tanto no interior dos países como no plano das relações econômicas, comerciais e políticas internacionais. O propósito é compreender e enfrentar os rostos da corrupção: quem corrompe e quem permite ser corrompido. Esse organismo promove ações contra corrupção com cursos de conscientização sobre os seus efeitos; promove a adoção de reformas políticas, monitora o desempenho de algumas instituições chaves e exerce pressão para que os governos adotem reformas para frear o problema. Igualmente, elabora um informe anual em que avalia determinado número de países a respeito da corrupção. Também denuncia casos individuais de corrupção;

Fundação Centro Carter (Carter Center Foundation) – Entre suas funções, colabora com governos, com a sociedade civil e organizações internacionais, na geração de interesse político face ao problema da corrupção, bem como desenvolver novas formas de supervisionar as operações do governo para assegurar sua transparência. Fundada em 1982, pelo ex-presidente dos Estados Unidos Jimmy Carter e sua esposa Rosalynn Carter, é atualmente dirigida pelo John Moores;

Causa Comum (Common Cause) – Fundada nos EUA, fomenta a abertura, transparência e prestação de contas por parte do governo. Supervisiona o processo legislativo e promove a adoção de legislação em matéria de reformas do financiamento eleitoral, ética no governo, reestruturação das instituições do governo assim como prestação de contas e outras questões relacionadas. Também promove melhorias nos

sistemas eletrônicos de acesso à documentos do Congresso, tais como, ter acesso oportuno a transcrições de audiências de diversas comissões, testemunhos, informes de investigação preparados pelo Congresso, informes das comissões, informes das declarações de lobistas, declarações juradas de patrimônio e outros registros de gastos administrativos;

Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro (GAFI) – É um organismo intergovernamental cujo propósito é elaborar e promover medidas para combater lavagem de dinheiro, processo consistente em ocultar a origem ilegal de produtos de natureza criminal, cujo secretário é instalado na OCDE. Atualmente, está integrado por 26 países e dois organismos internacionais. Entre seus membros, encontram-se os principais centros financeiros da Europa, América do Norte e Ásia. É um organismo multidisciplinário (condição fundamental para lutar contra a lavagem de capitais) que reúne *experts* encarregados de adotar medidas sobre questões jurídicas, financeiras e operativas. Em 1990, foram observadas 40 recomendações para combater esse problema, cuja adoção é promovida em todos os países. Essas recomendações constituem o marco básico de luta contra a lavagem de dinheiro e são concebidas para uma aplicação universal. Cobrem o sistema de justiça criminal e sistema policial, sistema financeiro e sua regulamentação e cooperação internacional. Também publica uma lista de países e territórios que não cooperam com esta luta.

Probidade para a América Latina – É um programa de caráter cívico. O objetivo do PAL é fortalecer as iniciativas anticorrupção na América Latina de diferentes setores: grupos cívicos, governos, universidades, grêmios empresariais, sindicatos, entre outros. É uma organização sem fins lucrativos que administra três projetos regionais, além de atividades locais em El Salvador. Seu Centro de Monitoramento, Recursos e Assessoria é um observatório do problema da corrupção na região. PAL proporciona serviços informativos, educativos e de lobby, assim como mecanismos de articulação e participação de fronteiras. Identifica e monitora os fatos de corrupção através de redes latino-americanas, encontros da região e a revisão diária de fontes de notícias latino-americanas. Igualmente, dá sequência às iniciativas que pretendem expor, analisar, sancionar e frear a corrupção. No site do programa são coletadas notícias, bibliografias e resumos de livros sobre a corrupção; são publicadas declarações, legislações, anteprojetos e planos governamentais que pretendem enfrentar o flagelo; é oferecido

um calendário de encontros anticorrupção; são disponibilizados diretórios (arquivos) de atores governamentais, universitários, empresariais, dos meios de comunicação e da sociedade civil e da comunidade internacional e entre outras referências, é mantido um registro de casos de ativistas perseguidos, promovendo sempre o uso de recursos da internet. Também proporciona serviços de assessoria a ONGs, legisladores latino-americanos, centros de pesquisa na região, estudantes universitários, trabalhando em suas teses, instituições internacionais ou estrangeiras com componentes anticorrupção e empresas de consultoria;

Grupo Pro-Ética do Peru – Formado em junho de 2002, com a missão de lutar contra a corrupção e fortalecer a democracia no país. Surgiu como resultado da indignação de um grupo de jornalistas ante os escândalos de corrupção que ocorreram durante o governo de Alberto Fujimori, na década de 90. Um deles teve lugar em 1993, quando uma investigação revelou a existência de uma fossa clandestina onde foram encontrados os corpos de nove estudantes e um de seus professores, que foram vítimas de um esquadrão de morte militar, amparado pelo governo Fujimori. Informações posteriores revelaram que essa administração estava crivada de corrupção.

É importante assinalar os riscos de um uso inadequado de uma agência anticorrupção, com poderes extraordinários. Uma comissão anticorrupção em mãos de um autocrata poderia ser utilizada como elemento de repressão contra adversários políticos. Em sistemas onde as instituições políticas são débeis e as leis não são respeitadas, o abuso de poder de uma Oficina dessa natureza pode ser contraproducente.

3.9 Marcos normativos da ética pública no Brasil

Quando pratica atos de corrupção, o governante ou o funcionário contribui de forma decisiva para que o Estado se desvie de seus fins, situação que demanda correção responsiva desses agentes. Na ausência do conteúdo ético e diante do ato viciado, é importante que se tenha ferramentas hábeis e eficazes para realinhar comportamentos e condutas desta natureza.

Não por outra razão, ainda na década de 90, ocorreram no Ocidente movimentos consistente no campo da formatação de marcos regulatórios da ética pública (LEAL, 2013);

Finlândia cria sua Lei de Funcionários do Estado; Austrália edita a Lei do Serviço Público; Noruega, a Lei da Função Pública; Dinamarca, a Lei de Pessoal da Administração Central e Local; Holanda, com a Lei da Função Pública; Nova Zelândia e Portugal, com seus Códigos de Conduta dos Serviços Públicos; EUA, com as Normas de Conduta dos Funcionários do Poder Executivo; Reino Unido, publicando as Normas de Conduta da Vida Pública e o Código da Função Pública; Japão, com a Lei sobre Ética dos Serviços Públicos.

O Brasil possui vários documentos que tratam do tema da Ética Pública:

Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal

– Instituído pelo Decreto 1.171, de 22 de junho de 1994. Nele, estão estabelecidos princípios e valores que visam a estimular um comportamento ético na Administração Pública;

Código de Conduta da Alta Administração Federal – Instituído pelo Decreto 1.171,

de 22 de junho de 1994. Submete às suas normas, Ministros e Secretários de Estado, titulares de cargo de natureza especial, secretários executivos, secretários ou autoridades equivalentes, ocupantes de cargo do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores, nível 6 (presidentes e diretores de agências nacionais, de autarquias, inclusive especiais, de fundações mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de economia mista). Todos esses agentes públicos, além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei 8.730/93, devem encaminhar à Comissão de Ética Pública, as informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo;

Lei 9.784 de 29/01/1999 – Regula o processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Visa à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins públicos (princípios da Legalidade, Finalidade, Motivação, Razoabilidade, Proporcionalidade, Moralidade, Ampla Defesa, Contraditório, Segurança Jurídica, Interesse Público e Eficiência);

Lei 3.164 de 01/07/1957 – Institui o chamado Registro Público Obrigatório de Valores e Bens Pertencentes ao Patrimônio Privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não, devendo a atualização dos dados dessa declaração ser feita anualmente, ou na data em que o agente for deixar o

exercício do mandato, cargo, emprego ou função, podendo substituí-la por cópia da declaração anual de bens e rendas apresentada à Receita Federal;

Lei 8.730 de 10/11/1993 – Estabelece a obrigatoriedade de todos os agentes políticos e membros da magistratura e do Ministério Público da União, bem como os que exerçam cargo eletivo, emprego ou função de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, apresentarem declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse, no final de cada exercício financeiro, ao final da gestão ou do mandato, exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, como medida de controle interno do aumento do patrimônio dessas categorias de servidores e agentes políticos e a compatibilidade desse aumento com as rendas declaradas, Essa lei também é aplicável em nível estadual e municipal;

A exequibilidade desses marcos regulatórios da Ética Pública pressupõe a existência de instâncias institucionais e sociais, das quais destaca-se: **Comissões de Ética**, previstas no Decreto 1171/94; **Controladoria-Geral da União** – além de sua função de controle, tem desenvolvido vários estudos sobre o tema da corrupção no Brasil e, portanto, das situações que violam frontalmente a Ética Pública; **Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Município de São Paulo; Corregedorias Especiais de determinados órgãos ou entidades; Secretarias de Gestão e Recursos Humanos; Secretaria Federal de Controle do Governo Federal; Ministério Público Federal e Estadual; Comissões Temáticas** de cada uma das Casas do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais; **Comissões Parlamentares de Inquérito; Polícia Federal e Polícia Civil dos Estados; Poder Judiciário; A própria cidadania** com competência constitucional e infraconstitucional de fiscalização e cobrança dos gestores públicos.

Ao lado dessas instituições, forjaram-se mecanismos efetivos de controle e monitoramento da Ética Pública: **Auditorias, Inspeções e Fiscalizações** que são realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, auxiliando no controle da gestão dos administradores públicos; **Processo Administrativo Disciplinar** – conduzido pelas Comissões de Sindicância e de Inquérito, para apurar desvios de conduta pessoal; **Inquérito Civil Público** – promovido pelo Ministério Público; **Ação Civil Pública de Ressarcimento de Danos** – promovida pelo Ministério Público; **Inquérito Policial** – realizado pelas Polícias Federal e Estadual, a fim de apurar irregularidades dos gestores e na Administração Pública; **Ação Penal Pública** – promovida pelo Ministério Público; **Ação de Improbidade Administrativa** – promovida pelo

Ministério Público, Advocacia Geral da União, ou pelos órgãos jurídicos a ela vinculados; **Ação Popular** – de autoria de qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa; **Comissão de Ética Pública Federal** – órgão consultivo do Governo Brasileiro, estabelecido por Decreto Presidencial de 26 de maio de 1999 e que constitui uma rede de profissionais com responsabilidades em gestão da ética em cada uma das entidades e órgãos federais. São 165 representantes setoriais da Comissão, em 220 entidades e órgãos. Tais representantes vinculam-se tecnicamente à Comissão, mas não têm qualquer subordinação administrativa. A responsabilidade básica desses profissionais é apoiar a Comissão no cumprimento das suas funções, assim como zelar pela execução das funções básicas em gestão da ética em suas respectivas organizações. **Controladoria Geral da União.**

3.10 Marcos normativos regulatórios da luta contra a corrupção no Brasil

- a) **Constituição de 1824** – Artigos 133, 134 e 135 tornavam responsáveis os Ministros de Estado por qualquer dissipação de bens públicos, por peita, suborno ou concussão, ainda que agissem por ordem do imperador;
- b) **Constituição de 1891** – Definia entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República o atentado contra a probidade administrativa (art. 54, nº 6);
- c) **Constituições de 1934, 37, 46, 67, 69 e 88** – Reproduzem a mesma norma em relação aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, respectivamente nos arts. 57, alínea f; 85, alínea d; 89, inciso V; 84, inc. V; 82, V e 85, V;
- d) **Lei 1.079/1950** – Definiu os crimes de responsabilidade e regulou o respectivo processo de julgamento;
- e) **Lei 4.717/1965** – Regulamentou a ação popular;
- f) **Decreto-Lei 201/1967** – Tratou da responsabilidade dos prefeitos e vereadores;
- g) **Lei 7.347/1985** – Tratou da ação civil pública;
- h) **Lei 7.492/1986** – Tratou dos crimes contra o sistema financeiro nacional;

- i) **Lei 8.429/1992** – Tratou das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta, ou fundacional;
- j) **Lei 8.730/1993** – Estabeleceu a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- k) **Lei Complementar 101/2000** – Estabeleceu normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal;
- l) **Lei 9.613/98** – Tratou dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos, valores e prevenção de utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, bem como **Lei 12.683/2012** que altera para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro;
- m) **Lei 10.028/2000** – Alterou o Código Penal para estabelecer os crimes contra as finanças públicas de forma mais específica;
- n) **Lei 11.111/2005** – Ampliou o tema do acesso às informações públicas por parte da sociedade civil, bem como sua substituta, a **Lei 12.527/2011** e seu Decreto regulamentador nº 724/2012.

4. CAPÍTULO III: O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO BALIZA DO AGIR PÚBLICO E SUA DENSIFICAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Já foi dito acima que a corrupção é um fenômeno multifacetário e complexo, que não comporta um sentido único, nem que diga respeito a um único determinado caso, pois tem se mostrado, ao longo do tempo, em múltiplas faces e em múltiplos lugares, mas certamente a face mais visível e tormentosa é aquela ligada ao Estado, ou seja, a corrupção nas suas entranhas. Muito embora a corrupção nos setores públicos seja um dos males que assolam as nações contemporâneas, parece inegável que no Brasil tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras.

DaMatta (1986) analisou com propriedade o “jeitinho brasileiro”, apontando o que chamou de “atávica aversão à impessoalidade”, sendo o famoso “jeitinho” uma forma de driblar a excessiva quantidade de regulamentação, por vezes, criadora de proibições que se afastam da realidade social.

Habib (1994) identificou, na prática do “jeitinho brasileiro”, uma modalidade – oblíqua – de descumprimento da lei e de corrupção, que já estaria institucionalizada no Brasil, como forma de se contornar a intransigência e a impessoalidade de algumas normas, inclusive da própria lei, quando há a presença de interesse.

Tal fato, não há dúvidas, repercute na administração pública brasileira, criando um ambiente que facilita o desrespeito aos princípios que devem informar a atuação do agente a serviço do Estado.

A corrupção nos setores públicos, no seu viés de Improbidade Administrativa, aos olhos do público não especializado, encerra dilemas semelhantes em relação à proteção da coisa pública. A improbidade envolve o enriquecimento sem causa, o dano ao erário e a violação aos princípios da administração pública, como moralidade, impessoalidade e eficiência. O objetivo do capítulo é estudá-la, a partir de seu fundamento indissociável que é a Moralidade Pública, ou Administrativa.

A importância de se conceituar moralidade pública cresceu a partir da Constituição de 1988 que a elencou à categoria de princípio constitucional obrigatório pela Administração Pública, nos termos do art. 37, caput:

A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988)

A Constituição brasileira, de modo incontroverso, consagrou o princípio jurídico autônomo da moralidade administrativa, com importantes consequências nos campos exegéticos e eficáciais. A elevação da moralidade administrativa no nível de princípio constitucional assenta a vinculação entre a moral e o direito, sem, porém, cair no equívoco da identidade plena. Não se trata de mera positivação inclusiva, mas uma prescrição vocacionada à eficácia direta de princípio axiológico. Por meio do princípio constitucional da moralidade, exige-se o dever de observância de valores morais abrigados no sistema jurídico, especialmente no desempenho da função administrativa, o que equivale a dizer que incumbe ao agente público protagonizar sua atividade de maneira honesta e respeitosa aos padrões de transparência e equanimidade. O princípio da moralidade tornou-se pedra-de-toque do edifício jurídico e não apenas no âmbito das relações publicistas, haja vista que o ainda chamado novo Código Civil consagrou a probidade como um princípio a ser observado no campo das relações privadas.

Do princípio da moralidade descende o também expressamente agasalhado princípio da probidade administrativa, que igualmente será objeto de análise no presente capítulo e que resumidamente consiste no dever relativo aos atributos da lealdade, da honestidade, da boa-fé e da boa administração, dirigido a todos aqueles que, de alguma forma, mantêm vínculo com a Administração.

Contrariamente, a improbidade é caracterizada essencialmente pela desonestidade, donde se extrai a criação doutrinária de que a Improbidade Administrativa é uma espécie de imoralidade, especialmente qualificada pela desonestidade da conduta do agente público.

Em consonância com o referido dispositivo constitucional, a Lei 88429 (Lei de Improbidade Administrativa) entrou em vigor em 03 de junho de 1992, materializando a nova disciplina jurídica dos atos de improbidade.

Situando-se a perspectiva de estudo sob uma ótica principiológica, é imperativo que sejam tecidas breves considerações gerais sobre os princípios e seu caráter normativo. Concebido o princípio como norma, torna-se cogente que o administrador público a ele renda obediência. Estabelecida esta premissa, buscou-se densificar o conteúdo do princípio da

moralidade administrativa, o qual é um *standard* de conduta informado pelos valores retirados das demais normas regentes da atividade estatal.

No tocante à improbidade o estudo objetivará a relação entre corrupção e improbidade através de um apanhado histórico e dos conceitos de ambas; bem como abordará aspectos da Lei de Improbidade, notadamente as espécies de Atos de Improbidade – exame das modalidades de atos de improbidade tipificados na Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA); culminando por debruçar-se sobre duas questões fulcrais em torno do tema da corrupção como improbidade: a Modalidade Culposa do Ato de Improbidade a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos.

4.1 Sempre os Princípios – Aspectos gerais

Tradicionalmente, os princípios vêm sendo estudados pela Teoria Geral do Direito, seara em que assumem grande importância na atividade de aplicação da norma, atuando como verdadeiros mecanismos de interpretação e integração desta. Em sua acepção clássica, de alicerce *jusnaturalista*, os princípios seriam proposições supremas, de natureza universal e necessária, próprios da razão humana e cuja observância independe do poder de coerção próprio da criação legislativa. Para o direito natural, os princípios são extraídos da natureza humana, sendo informados por elementos racionais, de consciência e pela interação do homem com o ambiente.

Para Kelsen (1998), os princípios, em essência, são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação. Podem ser explícitos ou implícitos, conforme estejam expressamente previstos no direito positivo ou dele sejam extraídos com a utilização de um processo hermenêutico, o que permitirá que sejam aclarados e declarados pelo intérprete.

O instrumento utilizado para a identificação dos princípios que integram o alicerce de um sistema jurídico é o processo lógico-indutivo, o qual possibilita que o estudo de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam. Assim, parte-se do particular para o geral, com a conseqüente formação de círculos concêntricos - em nítida progressão dos graus de generalidade e abstração – que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico. A própria compreensão das regras específicas encontra-se

condicionada à identificação e análise dos princípios extraídos do sistema em que estão inseridas, o que garantirá a harmonia entre este e as partes que o integram. A partir desse método de generalização crescente, o operador do direito será conduzido à identificação dos princípios específicos norteadores de determinado instituto, bem como aos princípios que informam certo ramo da ciência jurídica e, ulteriormente, àqueles que alicerçam o sistema jurídico em sua integridade. Como se vê, esse prisma de análise se distingue daquele que é encampado pelos léxicos, onde o princípio é concebido como uma “proposição que se põe, no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável”. Aqui, o princípio é o elemento deflagrador de todo o sistema, enquanto lá o princípio é extraído do sistema.

À luz do exposto, vê-se que os princípios podem ter sua origem no ordenamento jurídico, sendo explícitos ou implícitos, conforme encontrem previsão expressa no direito positivo ou, apesar de não terem sido expressamente previstos, defluam do sistema – neste último caso, tem-se os denominados princípios gerais de direito.

Em sua gênese, conforme a doutrina tradicional, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração daquelas.

Hodiernamente, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios. Na lição de Miranda (1990):

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições (MIRANDA, 1990, p. 198).

Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denota uma diferença substancial em relação às normas, as quais veiculam prescrições dotadas de maior determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas (ROJO, 1994). Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a

relação de continência existente entre normas e princípios, figurando estes como espécies daquelas. Inicialmente, deve-se dizer que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer diferenças de ordem ontológica entre as mesmas. Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja observância é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente – o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio – e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores.

Na dogmática contemporânea, os princípios podem assumir diversas funções. No que diz respeito ao objetivo específico deste escrito, podem assumir uma função explicativa, permitindo a identificação da *mens legis* e sua contínua adequação aos valores sócio-culturais existentes por ocasião de sua aplicação, ou uma função normativa, tornando cogente que os fatos, simultaneamente, sejam valorados em conformidade com as regras e os princípios que lhes são subjacentes.

A adoção dos princípios tornará a norma mais fluida e indeterminada, pois revestem-se de um grau de abstração e generalidade mais acentuado do que as regras; por outro lado, a menor determinabilidade do campo de aplicação da norma será compensada com uma adequação mais célere aos valores que disciplina, o que também exige maior responsabilidade do operador do direito ao sopesar sua axiologia e densificar seu conteúdo. De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras se esgota em uma operação de subsunção, enquanto que os princípios possibilitam um exercício de ponderação, permitindo que sejam sopesados os valores que informam determinada situação fática, culminando com a identificação da solução justa para o caso concreto.

Os princípios incidirão diretamente sobre a esfera de determinado bem jurídico, permitindo a integração da regra, aclarando o seu significado lingüístico e delimitando o seu objeto. É nesse sentido que avulta a importância dos princípios para o desenvolvimento deste estudo, pois, como será visto, o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é integrada por regras e princípios, o que permite dizer que a imperatividade

destes elementos, cada qual com seu grau de determinabilidade, haverá de ser observada pelo agente. Além dessa função normativa, a concreção da regra, delineada e limitada pelos princípios, terminará por indicar a *otimização*, e conseqüente correção, do comportamento do agente público. Em uma palavra, sua probidade. Nesse contexto, o princípio da Moralidade Administrativa se insere como alicerce para a construção de toda a disciplina relativa à Improbidade Administrativa, como ver-se-á a seguir.

4.2 Moralidade, Boa Administração e Probidade – Demarcações conceituais

O ingresso das primeiras noções de moralidade administrativa no universo jurídico deu-se através da jurisprudência do Conselho de Estado francês, quando se começou a discutir o tema do desvio de poder ou de finalidade. Segundo Brandão (1951), o Conselho francês, no caso *Gommel, Sirey*, 1917, III, 25, pronunciou-se dizendo que a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da boa administração, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a da Moralidade Administrativa. Ali se começou a discutir o tema do desvio de poder ou de finalidade, que se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

Hauriu captara e desenvolvera a ideia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público, o que exigia a construção de mecanismos que o mantivessem adstrito a este fim, tendo concluído, a partir das decisões do Conselho de Estado, que os poderes da administração têm certo objetivo ou que os atos da Administração têm certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado.

Indicou o que entendia por moralidade administrativa, tendo cunhado o conceito hoje plenamente difundido entre os juristas pátrios, em que sobreleva a distinção com a moral comum, tratando-se de uma moral jurídica que é caracterizada como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Tal conceito, tal como posto, pouco

diz da sua extensão e importância, mas uma leitura atenta vai revelar o seu real sentido. Entender a moralidade administrativa como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”, implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto.

O administrador, diante do esquema de Hauriou, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Ao ter de decidir entre o honesto e o desonesto, por considerações de direito e moral, está cingido a uma escolha que seja a mais eficiente no mais largo espectro para a Administração e o ato administrativo produzido não poderá se contentar com a mera obediência à lei, exigirá também a superação das dicotomias morais e a estrita correspondência aos padrões éticos internos da própria instituição, pois nem tudo que é legal é honesto (ou moral).

Não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público. A norma, instituída pelo órgão que detenha tal prerrogativa, delimita as atribuições dos agentes públicos e estatui os meios a serem por eles utilizados para o alcance de determinados fins, denotando seu caráter funcional, como idéia de obra a realizar.

O trabalho de Hauriou contribuiu para a superação das ideias de que sendo a moral administrativa um elemento interno da própria Administração e que só podia ser apanhada na vontade do agente, apenas no âmbito interno da própria Administração e que só podia ser apanhada na vontade do agente, apenas no âmbito interno se poderia submetê-la a alguma espécie de controle, excluída a apreciação sempre temerosa para o Poder Judiciário. A esse, caberia unicamente o exame da legalidade dos atos da Administração, excluídos o mérito e a moralidade.

Cumprido, nesse passo, verificar o conteúdo do princípio da Moralidade Administrativa.

O princípio constitucional da Moralidade, ainda que dirigido à Administração Pública, não destoa de valores morais comuns à sociedade, mas com eles não se confunde, o que exige uma reflexão, ainda que breve, sobre Direito e Moral. Distingui-los não é tarefa das mais simples, já que ambos são ordens relativas ao comportamento do homem em sociedade, tendo muitos jusfilósofos se debruçado sobre o tema a fim de desvendá-lo. De qualquer sorte, Direito e Moral não se confundem. Fatos existem que interessam somente à moral e não ao direito, porque não foram judicializados, mas se restringem à relação do homem com sua própria

consciência, ao passo que há fatos do direito indiferentes aos critérios morais (Cammarosano, 2006, 41).

A moral existe como indicador preciso das regras do direito, enquanto este garante à sociedade o cumprimento de um mínimo de retidão de conduta, também por meio dos princípios constitucionais, que contêm a dimensão moral necessária para o equilíbrio das relações entre Estado e Sociedade.

(...) preceitos morais não se modificam, não se revogam, não se criam por decisões do Estado Legislador. A estabilidade de muitos preceitos morais é bem mais acentuada que a dos preceitos decorrentes da função legislativa, mesmo porque decorrem de uma ordem de valores fundamentais, sedimentadas ao longo de demorados processos de evolução cultural (...) (CAMMAROSANO, 2006, 24)

Mostra-se indiscutível que o sistema moral não é obra do Estado, embora possa ser influenciado por ele, mas fruto da realidade social, tanto é que o sistema moral pode variar de acordo com distintas condições, consoante comenta Kelsen:

(...) em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo, dentro das diferentes categorias, classes, profissões, valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si (...) (KELSEN, 1998,100)

Por sua vez, Figueiredo entende que:

(...) a separação entre norma moral e norma jurídica não é absoluta, porque a norma de Direito, pela sua imperatividade, é, de modo geral, uma norma moral (...) não há negar a forte penetração da Moral no universo jurídico, apregoada doutrinariamente, contudo nem sempre adequadamente exposta (...) (FIGUEIREDO, 1999, 15)

A separação entre Moral e Direito reside justamente no campo da coercibilidade, em que normas jurídicas podem impor seu cumprimento, inclusive mediante força, poder do qual a Moral é destituída.

Em outras palavras, a distinção entre norma moral e norma jurídica também decorre do modo pelo qual obrigam o sujeito, haja vista que as normas morais exigem o seu cumprimento por coerção social ou por pressão da consciência individual, enquanto as normas jurídicas necessitam apenas da conduta para sejam observadas.

Nesse sentido Cammarosano :

(...) a incoercibilidade da norma moral, enquanto regra situada apenas no plano moral, parece inquestionável. Pelo menos parece inquestionável a incoercibilidade pelo Estado. Mas se a norma moral entra para o Direito, se é juridicizada, o preceito que originariamente não era dotado de coercibilidade parece que passa a ser (...)
(CAMMAROSANO 2006, 39)

Feitas essas distinções entre normas morais e normas jurídicas, é imperioso anotar que a Moralidade Administrativa, como princípio constitucional, não é simplesmente reflexo da moral comum, extraída diretamente dos valores que a sociedade expressa e concebe como padrões noreadores de sua conduta. Deriva a Moralidade Administrativa da moral jurídica, ou seja, do próprio Direito; dos valores consagrados pelo direito positivo.

Em outras palavras, impõe-se ao agente público, por meio da concepção da moralidade administrativa como princípio constitucional, o dever de desempenhar a função pública, segundo as regras morais juridicizadas, ou seja, segundo os valores escolhidos da moral para fazer parte do ordenamento jurídico como norma positiva, como diz Cammarosano (2006, 85):

(...) o princípio da moralidade está referido, isto sim, ao próprio Direito, remetendo-nos a valores que informam normas jurídicas. Estas, com seu inevitável conteúdo axiológico, selecionam valores que recolhem de outras ordens normativas do compoetamento humano, como a lealdade, boa-fé, veracidade, honestidade. Valores como esses, e por juridicizados, devem ser prestigiados pelo administrador público(...)
Cammarosano (2006, 85)

Pela análise do próprio texto constitucional, é possível destacar uma série de dispositivos que refletem tais valores, como por exemplo a dignidade da pessoa, a integridade moral, o decoro parlamentar, a idoneidade moral, a reputação ilibada, a existência digna, a justiça social e a paternidade responsável (arts. 5º, XLIV; 55, II; 73, § 1º, II; 170 *caput* e 226, § 7º).

A concepção da moralidade administrativa como princípio constitucional, introduziu um novo padrão de controle dos Poderes, havendo uma espécie de aprimoramento das formas de controle então existentes a fim de moralizar as relações de direito público, o que abrange todos os atos dos administradores públicos.

Seja enquanto princípio norteador da atividade da Administração Pública, seja como objeto tutelado pela via da ação popular, a moralidade administrativa constitui-se mesmo em vetor para todos aqueles que desempenham qualquer tipo de atividade pública (função pública ou política) e a densidade do princípio da moralidade administrativa pode ser extraída da interpretação conjunta dos arts. 37 *caput*; 5º, LXXIII e §§ 1º e 2º; 60§ 4º, IV da Constituição Federal, de modo que, enquanto vetor, não está apenas dirigido aos agentes políticos, mas também está diretamente relacionado a todas as atividades do Estado, consubstanciadas nos três Poderes da República e em todos os seus níveis.

Antônio Brandão relaciona o conteúdo do princípio da moralidade às ideias de Boa Administração:

A moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela idéia de função administrativa (BRANDÃO, 1951, p. 458).

Para Lopes (1993), a moralidade administrativa constitui-se, modernamente, num pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, é um atributo indispensável, *conditio sine qua non* do ato administrativo. Tem por finalidade limitar a atividade da Administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atendam a juma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo no alcance do bem comum.

Ressalta que a moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, definindo-as pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.

Deduzir-se a Moralidade Administrativa, a partir das regras de Boa Administração, por óbvio, pressupõe a noção dessas regras e conceitos.

A Constituição brasileira, não traz, de forma expressa, referência à Boa Administração. Apesar disso, se atentarmos para os princípios constitucionais relativos à Administração Pública encontraremos as características essenciais dessa noção. Quando o artigo 37 da Carta Política dispõe que “[...] administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”, está estabelecendo regras de Boa Administração.

Nesse sentido, Llano (2012), aludindo à Constituição espanhola, que também não prevê, expressamente, a referência à Boa Administração, observa que:

El hecho de que se omita una referencia expresa a la buena administración no impide su reconocimiento como parte del contenido interpretativo de otra serie de principios constitucionales, concretamente, de los que aparecen dentro del Título dedicado al Gobierno y a la Administración. Así, por ejemplo, el artículo 103, ubicado en el Título IV de la norma fundamental española bajo la rúbrica «Del Gobierno y de la Administración» — artículos 97-107), se encarga de diseñar los criterios que deben regir la actuación del conjunto de las entidades de derecho público a través de un catálogo de principios afines sin duda a la idea de una buena administración: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y legalidad administrativa (LLANO, 2012).

LEAL (2009) amplia⁷ essa percepção identificando no texto constitucional brasileiro, outras manifestações da Boa Administração.

[...] o país conta hoje com indicadores constitucionais parametrizantes de Boa Administração, os quais não podem ser desconsiderados em quaisquer ações – públicas ou privadas. Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A densificação mais objetiva e precisa destes indicadores pode ser encontrada ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão jungidos

⁷Ver também o texto: LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas do direito adquirido constitucional contra o Estado Democrático de Direito**. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2006.

a estes indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias”.

Mas o que vem a ser a Boa Administração?

Ela pode ser definida como sendo um conjunto de critérios que devem reger a atuação do conjunto das entidades de direito público, visando a qualidade gerencial no funcionamento dos poderes públicos, através de um catálogo de princípios, tais como eficácia, eficiência, hierarquia, descentralização, desconcentração, coordenação e legalidade administrativa (LLANO, 2012). Dizendo de outro modo, a Boa Administração consiste em exercer o poder administrativo, ou gestar a coisa pública, através da observância de regras e princípios, guiada pela melhoria de vida da população como um todo, entendido este como a generalidade dos cidadãos.

A ideia que os governantes devem estar sujeitos a um dever de bom governo relaciona o exercício do poder a um conjunto de regras e princípios que lhe impõem obrigações jurídicas, que vão além do que simples limitadores de sua discricionariedade, constituindo-se em verdadeiro guia de tomadas de decisões, para os gestores públicos.

Freitas (2007, 20) observa que Boa Administração é:

“[...] uma Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. (FREITAS, 2007, 20).

Já Ruiz-Rico (2011, p. 56) declara que “[...] un modelo de Administración cercana a los ciudadanos, escrupulosa con la legalidad, discrecional pero no arbitraria, eficiente en la dialéctica medios-resultados, flexible en la aplicación de las normas”.

Por sua vez, Martins (2008, p. 329), observa que “[...] Boa Administração é, em síntese, o *dever* de concretizar *otimamente* o interesse público”.

Llano (2012) ainda acrescenta que “[...] presupuestos fundamentales de una buena administración, al configurar espacios institucionales para la participación de los ciudadanos”.

Nesse sentido também, Muñoz, (2011, p. 78), “[...] los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben bienes y servicios públicos del poder sino actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas”.

No dizer de Brandão (1951), vê-se que, para que se possa falar em boa administração, é preciso que esteja presente o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente, – para o bem, entenda-se, – nas situações concretas trazidas pelo quotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são.

A identificação da boa administração com os parâmetros normativos do ordenamento jurídico vincula a Administração a tais *standars*, gerando para o cidadão um verdadeiro direito subjetivo a uma boa administração. Dizendo de outro modo, os parâmetros normativos da boa administração (e que se confundem com as regras, normas e princípios do ordenamento jurídico), vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

A seu turno, dada “[...] la vinculación de las Administraciones al ordenamiento jurídico en todo Estado de Derecho, como consecuencia del principio de legalidad, la ética o moralidad pública no puede ser otra cosa, al menos de lege lata, que lo que el ordenamiento indique como tal (SOLÉ, 2012)”.

Dizendo de outro modo, se as Administrações, em todo Estado de Direito, têm de vincularem-se ao ordenamento jurídico como consequência do princípio da Legalidade e se a Ética/Moralidade Pública não pode ser outra coisa do que o que o ordenamento indique como tal e se a Boa Administração, não decorre de um conceito filosófico abstrato, mas ao contrário, decorre de um conceito jurídico concreto, é possível então dizer-se que é justo aqui que a Moralidade Pública se conecta com a Boa Administração, daí a relação, hoje, entre elas ser mais significativa e consequente do que a concebida inicialmente pela doutrina pátria, isso porque, como observa Leal (1997) quando estas políticas públicas ou ações estratégicas dos Poderes competentes não ocorrem, ou ocorrem de forma desviada da finalidade pública e/ou contaminadas por patologias corruptivas, o Poder Judiciário é chamado à colação, daí porque:

A Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia,

produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (MELLO, 2008, p. 119)⁸.

Ou seja, a moralidade administrativa não se resume a uma premissa ideológica, subjetiva, mas trata-se de conceito jurídico objetivo por estar inserido na ordem legal, prendendo-se à estrutura funcional do Estado e à legitimidade da própria função administrativa.

Vai na mesma direção, José Afonso da Silva, ao sustentar que:

“[...] a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir das regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente”. (SILVA, 2010, p. 563).

Este conceito jurídico objetivo fornece ao sistema normativo verdadeiros *standards* de Boa Administração passíveis de densificação material a aplicação prática nos casos concretos dos atos administrativos, o que potencializa os controles da Administração Pública em muito, isto é:

Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude, que a sujeita a conduta viciada à invalidação porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição (MELLO, 2008, p.119).

Com base nisso, ganha força o argumento de Di Pietro (2004), no sentido de que não é preciso penetrar na intenção do agente público para nela perscrutar sobre a moralidade

⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Correto o autor a dizer que os princípios da boa-fé, da lealdade administrativa e o da proibição do enriquecimento sem causa da Administração, se extraem do princípio da moralidade administrativa. Ver também os textos: MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010; _____. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2000; _____. **Legalidade, motivo e motivação do Ato Administrativo**. In: Revista de Direito Público n. 90 *O Controle Judicial dos Atos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 152; *O Desvio de Poder*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 172, 1988.

administrativa de seu comportamento, isto porque do próprio objeto deste pode ser aferida a imoralidade. Lê-se que:

A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos”. (DI PIETRO, 2004, p. 111).

Nessa esteira também Fazzio Júnior (2012) ao dizer que *moralidade administrativa* pode ser entendida como a necessária correspondência entre os motivos determinantes da conduta administrativa e suas finalidades concretas. Então pode ser aferida sob a luz da coerente adequação dos meios e fins, vale dizer, considera-se observada pelo fato de não se desviar da finalidade constante da lei.

Nesse passo, por meio do princípio da Moralidade exige-se o dever de observância de valores morais abrigados no sistema jurídico, especialmente no desempenho de atividade administrativa. Assim, ao agente público incumbe pautar sua atuação, exclusivamente, nos motivos e finalidades públicas conduzindo-a de maneira honesta e respeitosa aos padrões de transparência e equanimidade.

Nesse sentido Prado (2001, 52):

(...) a moralidade administrativa impõe um padrão de regularidade tanto no plano formal como no plano ético, que repele qualquer desvio em relação aos valores guardados pelo sistema normativo e aos fins legalmente assinalados(...)

Também Tolosa Filho (2003, 57):

(...) O princípio da moralidade, inserto pelo constituinte na Carta Maior, repulsa, veementemente a assertiva de que “os fins justificam os meios”. Por mais nobres que sejam os fins, ao administrador público é vedado desviar-se dos preceitos de legalidade e do vetor ético de conduta aceito pela sociedade em determinado espaço e tempo. O agente público, na materialização dos anseios sociais, deve pautar-se e conduzir-se com suporte nos preceitos éticos de honestidade, retidão e competência, distinguindo de forma clara e limpa os limites do bem do mal, do justo e do injusto, do oportuno, da conveniência e da inconveniência(...)

Sendo a moralidade administrativa a expressão da moral jurídica, é de se concluir que está intimamente relacionada à legalidade, podendo afirmar-se que esta, tomada em seu sentido amplo, como a qualidade do está de acordo com o ordenamento jurídico, compreende aquela.

Assim Franco Sobrinho (1974, 107):

(...) por não ser moral a lei, como ato viciado, deixa de ser direito. O vício da não-moralidade atinge, sem reservas, a vontade e também a forma e isso porque as normas e os atos administrativos executórios não podem se desmerecer por desvios de natureza ética. Melhor dizendo, a legalidade, como princípio, incorpora a moralidade(...)

Seja no exercício de competência discricionária, seja no exercício de competência vinculada, é possível que o agente público pratique ato administrativa que importe em violação da ordem jurídica, ou, ainda, tal violação pode estar associada à ofensa à moralidade administrava, de modo que a primeira, que consubstancia inobservância da legalidade, pode não significar necessariamente descumprimento da segunda. O inverso, porém, não é verdadeiro, violar a moralidade administrativa, por si só, consiste em violar também a legalidade. O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei, como decorrência da indisponibilidade do interesse público.

Caso não seja cumprido o comando que emana do princípio da legalidade, consubstanciado, além da ilegalidade, a imoralidade, impor-se-á a responsabilização do agente, consoante a hipótese, administrativa, civil e até criminalmente.

A moralidade predetermina a seletividade administrativa dos meios e fins, impondo a eleição, pelo agente público, de opções decisórias que atendam ao interesse social.

No Estado de Direito os atos dos agentes públicos auferem seu fundamento de validade na norma. O fim destes atos, em razão da própria natureza do Estado, haverá de ser sempre a consecução do bem comum. Em razão disto, é possível dizer que legalidade e moralidade se integram e se complementam, sendo cogente sua observância pelos agentes públicos.

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa

e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.

Nessa ordem de considerações, o princípio da moralidade representa poderoso desafio para o intérprete no mister de emprestar efetividade às normas que colimam a concreção das leis inferiores. Dele descende o também expressamente albergado princípio da probidade administrativa.

Associado ao juridicamente autônomo princípio da moralidade administrativa, o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos inequívocos desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes seus ou terceiros, concretizado por tipificações e mecanismos sancionatórios inscritos na Lei 8.429/92, que exigem aplicação cercada de devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo próprio princípio.

A Probidade Administrativa é parte do princípio da Moralidade Administrativa, donde se pode afirmar que atos que importem em ofensa à probidade, são também atentatórios à moralidade administrativa. Impõe-se ressaltar que os conceitos não são idênticos, apesar de a Constituição não deixar clara a distinção entre ambos, sendo a probidade um aspecto específico da moralidade administrativa.

Silva (2001, 646) citando Marcello Caetano, comenta:

(...) a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o improprio como suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário público servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer(...).

Zancaner (1997, 630) conclui:

(...) a moralidade administrativa pode ser considerada gênero, do qual a probidade é espécie(...)

A probidade, portanto, como parte da moralidade administrativa, consubstancia-se em dever que abrange os atributos da lealdade, honestidade, boa-fé, da boa administração, dirigido a todos aqueles que de alguma forma mantêm vínculo com a Administração, seja titularizando

cargo, ocupando emprego, exercendo função pública ou, inclusive, celebrando contratos administrativos na condição de particulares.

A probidade seria então uma forma qualificada de moralidade administrativa, de modo que viola a probidade administrativa o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres atrita os denominados “tipos legais” (Figueiredo, 2000, 45).

Assim pela Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992), ainda que não se verifique o enriquecimento ilícito ou o dano material, pode caracterizar-se a ofensa ao princípio da probidade administrativa, pois o constituinte quis coibir a lesividade moral positivada em si mesma, inclusive naqueles casos em que não se verificam incontroversos os danos materiais.

Nota-se que nada impede que a aludida afronta seja perpetrada por via oblíqua, isto é, pela infringência dos demais princípios regentes da Administração Pública, porém exigível que a moralidade seja manifestamente atingida. A partir daí exige-se a reparação não somente do dano material, mas também do moral.

Acresce-se que o princípio da probidade administrativa veda a violação de qualquer um dos princípios, independentemente da caracterização do dano material, desde que tal violação se mostre causadora concomitante de dano mensurável, num horizonte histórico, à moralidade administrativa.

Nesse passo, pratica improbidade administrativa qualquer agente público, consoante a dicção elástica do art. 2º da Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992), servidor ou não (inclusive agente político, ou contratado por tempo determinado ou temporário e celetista) que atentar gravemente contra as pautas morais convencionalmente aceitas pela sociedade (abrangendo as relacionadas ao princípio conexo da boa-fé nos atos e contratos públicos da Administração, direta ou indireta de qualquer um dos poderes e das várias entidades políticas, bem como empresas incorporadas ao patrimônio público e de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com qualquer valor.

Partindo-se de tais conceitos, cumpre passar à análise da Improbidade Administrativa, resgatando um histórico e demarcando seu contorno conceitual.

4.3 Improbidade Administrativa. Demarcação histórica e conceitual

Ao longo de nossa história, nenhuma outra Constituição brasileira ousou versar sobre atos de improbidade administrativa. Sua abordagem na Constituição de 1988 constituiu, portanto, uma novidade em nosso ordenamento jurídico.

O art. 146 da Constituição da República de 1946 (BRASIL, 1946) estatui o seguinte: “A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica”.

A Constituição de 1967, alterada pelas emendas 1/69 e 11/78, em seu artigo 153, §11 (BRASIL, 1967) previa em sua parte final que a lei disporia “sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”.

Durante sua vigência, foi publicado o Ato Institucional n° 5, de 13 de janeiro de 1968. Em seu artigo 8°, o AI-5 previa que o Presidente da República podia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis (DI PIETRO, 2004).

Tal previsão que implicava a perda de bens sem o devido processo legal e sem possibilidade de apreciação judicial contrariava norma expressa do artigo 150, §11 da Constituição. A Emenda Constitucional n° 11/78, em seu artigo 3° revogou “Os atos institucionais e complementares, no que contrariem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”.

Quanto à legislação infraconstitucional, alguns passos já haviam sido dados antes da Lei n° 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa).

Para dar cumprimento ao disposto na Constituição de 1946, foi editada a Lei n° 3.164 de 1957 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha). Essa lei sujeitava a seqüestro “os bens de servidores públicos, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal cabível”, o que indica a natureza civil dos atos por ela previstos. “As medidas eram decretadas no juízo cível, sendo o processo promovido por iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer pessoa do povo” (DI PIETRO, 2004).

A Lei Pitombo-Godói Ilha instituiu, ainda, àqueles a quem pretendia controlar, a obrigatoriedade de registro público de seus bens e valores (DI PIETRO, 2004).

A Lei Bilac Pinto (Lei n° 3.502 de 21 de janeiro de 1958), veio, sem revogar a anterior, regular o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função (DI PIETRO, 2004).

Maria Sylvia Zanella di Pietro classifica as importantes inovações dessa lei que manteve a natureza civil de suas sanções, aplicáveis sem prejuízo da ação penal cabível:

[...] (a) deixou claro que o seqüestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; (b) considerou como servidor público todas as pessoas que exercessem, na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado; (c) equiparou a dirigente de autarquia o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais; (d) definiu, nos artigos 2º, 3º e 4º, os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei; (e) deu legitimidade ativa para pleitear o seqüestro e a perda de bens, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades que recebem e aplicam contribuições parafiscais, sociedades de economia mista, fundações e autarquias; (f) em caso dessas entidades não promoverem a ação, qualquer cidadão poderia fazê-lo, hipótese em que a pessoa jurídica interessada devia ser citada para integrar o contraditório na qualidade de litisconsorte da parte autora; (g) deixou claro que o seqüestro é medida acautelatória que deveria ser seguida da ação principal, cujo objeto era a perda dos bens sequestrados em favor da pessoa jurídica autora ou litisconsorte, além do ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela entidade. (DI PIETRO, 2004, p. 699).

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 inseriu em nosso ordenamento jurídico o princípio da moralidade ao qual está sujeita toda a Administração Pública. O artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, fundamentando-se nesse princípio, instituiu a propositura da ação popular. O § 4º do artigo 37 de nossa Carta Maior estabeleceu que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Por sua vez, o artigo 15, inciso V, ao relacionar os casos em que se dá a perda ou suspensão dos direitos políticos, expressamente inclui a “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º” (DI PIETRO, 2004, p. 700).

A 02 de junho de 1992 foi promulgada a lei que regulamentaria o § 4º do artigo 37 da Constituição da República: a Lei Federal nº 8.429 – Lei da Improbidade Administrativa. Essa lei, muito significativa para o presente trabalho, “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou

função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”, havendo revogado expressamente, em seu artigo 25, as citadas Leis nº 3.164/57 e 3.502/58. Ela representa considerável avanço no sentido de coibir a prática de atos ímprobos cometidos por membros da Administração Pública, apresentando um rol de sanções dotadas de alto teor de severidade como a suspensão dos direitos políticos, a perda do cargo ou função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (BRASIL, 1992).

Dois outros atos normativos, anteriores à Lei 8.429/92 e até mesmo à Constituição de 1988, foram também criados com o intuito de frear o desvio da função pública.

A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, define os chamados “crimes de responsabilidade”, e regula o respectivo processo e julgamento. Ela alcança o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados.

A sanção cabível é a perda do cargo ou função, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos casos do artigo 52 da Constituição Federal e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do artigo 102, I, “c”, da *lex mater*. Apesar do nome, os atos nela caracterizados não constituem crimes e sim infrações político-administrativas, como veremos adiante (BRASIL, 1950).

Com relação aos Prefeitos Municipais e vereadores, as infrações político-administrativas estão disciplinadas pelo Decreto-lei nº 201/67, em seu artigo 4º. Curiosamente, essa lei se presta a distinguir os crimes de responsabilidade (artigo 1º), a serem julgados pelo Poder Judiciário, cabendo inclusive pena de detenção e reclusão, e as infrações político-administrativas, a serem julgadas pela Câmara dos Vereadores, cabendo sanções puramente políticas, à semelhança dos crimes de responsabilidade da Lei 1.079/50. Ressalte-se que aqui cabe a mesma discussão: aplica-se a Lei 8.429/92 cumulativamente às infrações político-administrativas do Decreto-lei 201/67 aos prefeitos e vereadores? (BRASIL, 1967).

Posto isso, passaremos agora à demarcação conceitual da improbidade.

O conceito de improbidade administrativa nos remete, inicialmente, a dois dos princípios constitucionais aos quais deve se curvar a Administração Pública: os princípios da legalidade e da moralidade.

O princípio da legalidade determina que os atos administrativos sejam sempre praticados “[...] com estrita observância dos pressupostos legais, o que, por óbvio, abrange as regras e princípios que defluem do sistema” normativo vigente em determinado momento histórico (GARCIA & ALVES, 2006, p. 61). “Não é suficiente que o agente permaneça adstrito

ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público”. (GARCIA & ALVES, 2006, p. 71).

Assim, o princípio da moralidade, complementando a legalidade a qual deve se ativer o administrador, impõe mais a ele, objetivando não apenas que se obedeça estritamente à lei, mas principalmente que se siga rigorosamente o quadro axiológico traçado pela Constituição.

O agente público probo é aquele que atua de acordo com a moralidade, a boa-fé, a lealdade, a ética. É aquele que em seus atos vinculados se atém ao que a lei determina e, tanto nestes quanto nos atos discricionários, se pauta nos valores de honestidade e boa-fé.

A Constituição da República prevê aos agentes públicos uma atuação de acordo com o princípio da moralidade (artigo 37, *caput*). Pode-se afirmar que ele representa a viga-mestra de todo ato administrativo. Sua violação em qualquer caso caracteriza improbidade administrativa para os fins da Lei 8.429/92, apesar de que essa não é a única hipótese de incidência da lei, como veremos (BRASIL, 1988).

Di Pietro (2004, p. 696) esclarece que “[...] a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da reocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”.

A inserção desse princípio à Constituição resultou na evolução do princípio jurídico da legalidade, mitigando o positivismo jurídico puro e simples.

Dessa forma, a legalidade foi acrescida de valores tais como a boa-fé e a razoabilidade.

Meirelles (2004) entende que a moralidade administrativa constitui hoje pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Diante disso, podemos definir Improbidade Administrativa como:

[...] a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública

e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos. (FILHO, 1999, p. 39).

Em outras palavras, improbidade administrativa corresponde à má gestão pública, ao desvio da função pública, tanto pela ineficiência quanto pela inidoneidade do administrador, contrariando os imperativos éticos da Administração, afetando sobremaneira a persecução do bem estar social.

Nunca é demais lembrar que se constitui verdadeiro direito público subjetivo da sociedade, em geral, a existência de uma Administração Pública honesta. Para isso, a atividade administrativa desempenhada pelos agentes públicos deve respeitar os princípios constitucionais. A atividade deve, ainda, ser cercada pelos deveres éticos de probidade como a honestidade, boa-fé, legalidade, impessoalidade, transparência, diligência e sem recair nos desvios a esses deveres, como em casos de excesso ou abuso de poder, desvio de finalidade, ilegitimidade, enriquecimento ilícito, entre outros.

A partir da análise do delineamento histórico e conceitual de corrupção e improbidade, as diferenças e semelhanças entre eles ficam mais claras. A improbidade é um fenômeno mais amplo, que envolve não apenas os casos de corrupção, mas também outros ilícitos que deterioram a probidade da Administração pública. Entretanto, o combate a ambos os males é uno, feito, principalmente, por meio da aplicação dos diplomas legislativos repressores, dos quais a Lei 8.429/92 é o principal instrumento e cuja análise se ocupará o item seguinte.

4.4 Aspectos da Lei 8.429, de 02/07/1992, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA

É inegável o avanço trazido pela promulgação da Lei n° 8.429 de 02 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa, editada para regulamentar o artigo 37, § 4° da Constituição Federal de 1988. Ela representa o principal instrumento legislativo da história para o combate à corrupção administrativa e defesa do patrimônio público pela sociedade, e do qual se tem valido o Ministério Público brasileiro, seu principal operador e por enquanto o maior responsável por sua efetiva operacionalização.

Além de prever, em seu artigo 17, a propositura da ação principal de improbidade administrativa pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica interessada, essa lei reitera a

garantia consolidada pelo artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição⁹ que possibilita ao cidadão representar perante a autoridade administrativa competente, respeitadas as formalidades exigidas¹⁰ (artigo 14) (BRASIL, 1992).

A lei 8.429/92, é definida por OSÓRIO (2007, p. 181), como “[...] um Código Geral de Conduta, com normativa jurídica, força coercitiva cogente, alcance nacional e balizador de todo o setor público, em suas vertentes fundamentais”.

O artigo 1º da lei elenca os sujeitos passivos do ato de improbidade, ou seja, todos aqueles que podem sofrer os danos causados pelos atos de improbidade administrativa constantes da lei. São eles:

[...] a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. (BRASIL, 1992).

O § 1º ainda acrescenta:

[...] estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio

⁹Art. 5º. XXXIV- são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder [...];

¹⁰Art. 14. [...] – BRASIL (1992).

§ 1º: A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento;

§ 2º: A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei;

§ 3º: Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

ou da receita anual, limitando-se nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, 1992).

Vê-se, assim, que o rol de pessoas jurídicas passíveis de sofrer atos de improbidade administrativa se faz bastante notável, abrangendo, inclusive, aquelas que não compõem a Administração, mas que a ela estejam vinculadas.

Os sujeitos ativos são os agentes públicos (artigo 1º) e os terceiros que eventualmente induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta e indireta (artigo 3º). Agente público, na acepção da lei (artigo 2º), é “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. Existem algumas peculiaridades quanto à aplicação da lei aos agentes políticos, o que será discutido adiante (BRASIL, 1992).

No tocante aos *Atos de improbidade*, ao contrário do que se podia encontrar nos dispositivos anteriores, a nova lei referiu-se ao enriquecimento ilícito como apenas uma das hipóteses de ato de improbidade (artigo 9º), ao lado dos atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11) (BRASIL, 1992).

Di Pietro (2004) explica que o vocábulo “ato” de improbidade, ora empregado, não é sinônimo de ato administrativo porque compreende, além desse, uma omissão, uma conduta.

O artigo 9º prevê que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º e notadamente” os atos indicados nos doze incisos nele contidos (BRASIL, 1992).

Segundo o artigo 10 “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje ou houveres das entidades referidas no art. 1º e notadamente” os atos indicados em seus treze incisos (BRASIL, 1992).

Finalmente, o artigo 11 prevê que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente” os atos indicados em seus sete incisos (BRASIL, 1992).

Este último artigo, para Di Pietro, deve ser interpretado com cautela visto que sua aplicação pode vir a ser muito abrangente, uma vez que inúmeros são os princípios que regem a Administração Pública. Há que se analisar precipuamente a intenção do agente, ou seja, verificar se houve dolo ou culpa (DI PIETRO, 2004).

A Constituição da República relaciona as medidas aplicáveis aos agentes públicos e terceiros que incorrerem em atos de improbidade administrativa.

De acordo com os parágrafos 4º e 5º do artigo 37 da Lei Maior, o agente ficará sujeito, sem prejuízo da ação penal cabível, à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, “[...] sendo *imprescritível* a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário” (MELLO, 2006, p. 264).

Na Lei 8.429/92 as sanções cabíveis (relacionadas no artigo 12) vão além do que foi determinado pela Constituição. Assim, o agente ímprobo também poderá sofrer:

[...] a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (para a hipótese de enriquecimento ilícito), a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (DI PIETRO, 2004, p. 715).

O artigo 12 é bem específico quanto à aplicação das sanções previstas na lei, dosando-as de acordo com cada espécie de ato praticado pelo agente. Di Pietro (2004) facilita o entendimento do artigo ao perceber que o legislador estabeleceu uma gradação decrescente em termos de gravidade do ato praticado: os atos mais graves, que acarretam enriquecimento ilícito, teriam sido dispostos em primeiro lugar; em segundo lugar viriam os atos que causam prejuízo ao erário; e, em terceiro, os atos que atentam contra os princípios da Administração.

O inciso I prevê que, nas hipóteses do artigo 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), caberá:

[...] perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do

acrécimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; [...]. (BRASIL, 1992).

O inciso II, por sua vez, dispõe sobre as sanções cabíveis quando o ato praticado inserir-se no artigo 10 (atos que causam dano ao erário):

[...] ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; [...]. (BRASIL, 1992).

Finalmente, no inciso III, temos as sanções direcionadas àqueles atos que atentam contra os princípios da Administração (art. 11):

[...] ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até em vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (BRASIL, 1992).

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente objetiva devolver ao acervo patrimonial tudo o que lhe foi retirado (BARBOSA, 1999). Tal sanção, não prevista no texto constitucional, não constitui de maneira alguma uma inconstitucionalidade por não se tratar propriamente de uma punição e sim de um restabelecimento do *status quo ante*.

Prado (2001) esclarece que não é essencial a comprovação do prejuízo para que se aplique a sanção em comento.

A Constituição prevê apenas a indisponibilidade dos bens do agente, uma medida cautelar claramente instituída para impedir que sejam dissipados os valores extirpados do erário público (FAZZIO JÚNIOR *apud* BARBOSA, 1999).

O *ressarcimento integral do valor do dano* se refere a qualquer tipo de dano causado ao patrimônio público, diferenciando-se da perda dos valores acrescidos do artigo 9º porque independe de enriquecimento ilícito pelo agente, tendo como requisito apenas a ocorrência do dano (BARBOSA, 1999).

A *multa civil* imposta traduz claramente a natureza civil da sanção por ato de improbidade administrativa. Ela será exigida em “qualquer ato de improbidade cometido pelo agente, independentemente de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário” (BARBOSA, 1999).

A *perda da função pública* é aplicável em todos os níveis de atos de improbidade administrativa previstos na lei. Sua aplicação sofre restrições constitucionais por razões de segurança nacional, sendo indicados textualmente a forma e os limites desta penalidade, como veremos oportunamente (BARBOSA, 1999).

O princípio da presunção de inocência fundamenta a regra de que a perda da função pública não será aplicada enquanto pendente qualquer recurso, ainda que se valha de efeito meramente devolutivo (PRADO, 2001).

Por sua vez, a *proibição de contratar com a Administração Pública ou receber os benefícios fiscais ou creditícios* se estende à pessoa jurídica da qual o agente da improbidade seja sócio majoritário, bem como à pessoa do cônjuge, nos casos de casamento com comunhão de bens, haja vista a comunicabilidade dos aquestos dele decorrente (OSÓRIO *apud* BARBOSA, 1999).

Já a *suspensão dos direitos políticos* é uma sanção retirada da própria Constituição sendo aplicada gradualmente, a critério do juiz, de acordo com a gravidade do ato ímprobo (artigo 37, § 4º, CRFB/1988; artigo 12, parágrafo único, Lei nº 8.429/92). Ela consiste na privação temporária ao exercício da cidadania, com o que a pessoa se vê impedida da prática de quaisquer atos para os quais se exija o pleno gozo desses direitos, como é o caso da capacidade eleitoral ativa e passiva (direito de votar e ser votado). No entanto, ressalte-se, tal privação não gera perda do cargo que já esteja sendo exercido, nem tampouco a perda da nacionalidade (PRADO, 2001).

Imperioso ressaltar que o juiz, na fixação de todas as penas aludidas, deve atentar à extensão do dano causado, e ao proveito patrimonial obtido pelo agente (artigo 12, parágrafo único, Lei nº 8.429/92) (BRASIL, 1992).

Pela análise do artigo 21 podemos inferir, ainda, que a aplicação das sanções previstas na lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Isso quer dizer que não é requisito indispensável para a configuração da improbidade administrativa o prejuízo causado ao erário público (BRASIL, 1992).

Figueiredo *apud* Di Pietro (2004) entende que, com essa disposição, a lei tentou demonstrar que não se presta a punir apenas danos materiais causados à Administração, mas também violações ao princípio da moralidade administrativa, ou seja, danos morais causados a ela, mesmo que isso não resulte em prejuízo de ordem econômica.

Ressalte-se que o dano ao patrimônio público referido no inciso I do artigo em questão deve ser interpretado restritamente, significando dano ao patrimônio de valor econômico somente (e não aos bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, como define a Lei de Ação Popular) (DI PIETRO, 2004).

Por fim, pode-se destacar um detalhe importante: o mesmo ato pode configurar qualquer das hipóteses de atos de improbidade e, até mesmo, todos eles, sendo que todas as sanções descritas podem ser aplicadas independentemente das sanções administrativas, civis e penais cabíveis.

Da análise dos aspectos da Lei 8.429/92 sobressaem duas questões alimentam certa polêmica no campo jurídico: a Modalidade Culposa do ato de Improbidade e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos, o que veremos a seguir.

4.5 O elemento subjetivo do dolo e da culpa para a configuração dos atos de improbidade

A questão do elemento subjetivo do ato de improbidade, não prescinde de uma análise da **responsabilidade subjetiva dos agentes públicos**.

Consolidando-se o exposto até aqui, tem-se que os atos de improbidade são atos ilegais, que correspondem a uma imoralidade qualificada pela desonestidade do agente público. Nesse sentido é sempre oportuno transcrever as lições de Cammarosano (2006, 109) acerca do tema:

“... também entendemos, como Marcelo Figueiredo e José Afonso da Silva, que a improbidade é imoralidade especialmente qualificada, que a relação é entre conteúdo e continente, de sorte que toda improbidade constitui ofensa a esta para que *isso facto* se tenha também como caracterizada aquela”.

Em segundo lugar, os atos de improbidade podem revestir-se das modalidades previstas na Lei 8429/92, ou seja, importar em enriquecimento ilícito (art. 9º), lesão ao erário (art. 10) ou atentar contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Com relação à responsabilização dos agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa, a doutrina, maciçamente posiciona-se no sentido de que ela deve ser apurada subjetivamente, sendo imperiosa a análise da conduta do agente sob a ótica dos elementos do dolo e da culpa.

É que o art. 37, § 6º da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva do Estado, preservando a responsabilidade subjetiva do agente público, cuja conduta ocasionou o dano:

Art. 37 (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa (Brasil, 1988)

Nas palavras de Di Pietro (2003, 524):

“... a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Isso significa que, assim como os demais sujeitos de direito, o Poder Público, caso venha a causar prejuízo a alguém, fica obrigado a recompor o dano advindo da conduta comissiva ou omissiva responsável pela lesão.

Os particulares que eventualmente sofram lesão aos seus direitos, liberdades e garantias, seja por ações, seja por omissões de agentes do Estado, incluindo-se a administração direta e indireta, praticados no exercício da função pública, podem demandar a responsabilidade estatal, pleiteando a reparação dos danos advindo de tais atos.

Não se trata daqueles casos específicos em que o próprio direito, em nome da realização do interesse público, autoriza o Estado a praticar determinados atos que implicam em sacrifícios de certos interesses privados, surgindo o dever de indenizar o titular do direito sacrificado em nome do interesse maior, como ocorre nos casos de desapropriação, por exemplo. O que se trata

aqui, é da responsabilização do Estado com o conseqüente dever de indenizar, em razão da ação ou omissão, lícita ou não que implique lesão na esfera juridicamente protegida de alguém.

A noção de responsabilidade pública em virtude de comportamentos danosos a terceiros é um dos pilares mais importantes do Estado de Direito.

Segundo Mello (2000, 954), três tipos de situações ensejam a responsabilização do Estado:

“... casos em que a própria ação (e não omissão) estatal gera o dano; casos em que uma omissão do Estado produz um dano que o próprio Poder Público estava obrigado a evitar (falta do serviço) e casos em que, por força de uma atuação estatal se cria a situação propiciadora do dano”.

Nas primeira e última hipóteses, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva, que é aquela que impõe ao Estado a obrigação de indenizar em razão da conduta lícita ou ilícita, causadora de uma lesão a um direito de outrem; bantando, para configurá-la, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

No segundo grupo de situações, contudo, em que o dano foi possível em função de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou ou funcionou tardia ou ineficazmente - a falta do serviço ou a falha do serviço) aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, nas modalidades de culpa e dolo.

A Constituição Federal ao tratar do direito de regresso do Estado em face de seus agentes públicos, prevê a responsabilização destes, de cunho meramente reparatório, somente por dolo ou culpa.

Com isso, o dispositivo está a enunciar que quem responde perante o prejudicado é a pessoa causadora do dano. Esta, por seu turno, tem direito de regresso em face de seu agente, desde que tal agente tenha atuado de maneira dolosa ou culposa.

No que tange a Lei de Improbidade, o tema adquire especial relevância, haja vista que o legislador objetivou primordialmente assegurar a probidade, a moralidade e a honestidade dentro da Administração Pública e a análise do elemento subjetivo do agente é necessária para a

configuração do ato de improbidade, com a consequente aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, previstas na referida lei.

A regra no direito público brasileiro, com relação à responsabilidade dos agentes públicos é a de que ela deve ser apurada subjetivamente, impondo-se a análise do comportamento do agente responsável. O objetivo da Lei de Improbidade é a responsabilização do agente público e a violação do ordenamento que a Lei de Improbidade visa a reprimir, deve ser apurada de forma subjetiva.

Nesse sentido o posicionamento de Pereira Neto e Porto Filho:

“... a Constituição Federal (bem como a legislação infraconstitucional) exige como elemento do tipo improbidade administrativa, a intenção de praticar a ilegalidade. Elemento subjetivo é, portanto, requisito inafastável para a tipificação da conduta punível na forma da Lei 8419/92”. (2001)

Da mesma forma já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. (...) após divergências, também firmou a corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo (...) (STJ, REsp 621.451/MG rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, 16.2.2006)

No exercício de competência discricionária, ou seja, naqueles atos em que a lei deixa ao administrador certa margem subjetiva quanto à melhor maneira de proceder para alcançar a sua finalidade, é relevante o adequado exame da intenção do agente responsável pela prática do ato, i.é. o móvel. É a vontade inerente ao ato, relevante em se tratando de atos discricionários, que configura o móvel do agente, i.é. a situação concreta, objetiva, que conduziu a prática do ato, fundamentou o comportamento administrativo. (...) “é a representação subjetiva psicológica, interna do agente e corresponde àquilo que suscita a vontade do agente (intenção)”

(BANDEIRA DE MELLO, 2000, 371). É nisso que reside o *elemento subjetivo*, que abarca dolo e culpa e que caracteriza o ato de improbidade administrativa e que será visto na sequência.

4.6 O elemento subjetivo no conceito de improbidade

Somente o art. 10 da Lei de Improbidade alude ao chamado elemento subjetivo, prescrevendo que as condutas nele descritas, que configuram atos de improbidade administrativa, podem ser praticadas com dolo ou culpa, ao passo que os arts. 9º e 11 são omissos.

Dolo e culpa são expressões distintas, consoante poderá Bandeira de Mello (1969, 475):

“... não se confundam a culpa e o dolo. Este se verifica quando o agente intencionalmente pratica a ação ou omissão ilícita, ou assumido o risco de produzi-la. Aquela ocorre quando o ilícito deflui de ação ou omissão do agente em virtude de imprudência, imperícia ou imprevidência”.

Tais conceitos podem ser importados do Direito Penal, ressalvadas as devidas distinções.

Nessa seara, o dolo representa a “vontade de concretizar as características objetivas do tipo”, tendo como elementos: “a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado; c) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado” (Jesus, 1995, 245).

“... é necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado, que dá ligação de causa e

efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de concretizar o comportamento e causar o resultado...”

“...A culpa, por seu turno, consiste na inobservância do dever de diligência, do cuidado necessário, que se manifesta por meio da imprudência, negligência e imperícia...”

“... a imprudência se caracteriza pela conduta do agente que pratica um fato perigoso, age sem o cuidado necessário; negligência é a falta de atenção ou indiferença em relação ao ato praticado e imperícia a inaptidão técnica, a falta de habilidade pra o exercício profissional” (idem, 247-257)

A questão do dolo como elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade, não traz maiores controvérsias no cenário jurídico.

No dizer de Fazzio Júnior (2012), o dolo como elemento subjetivo da conduta não se confunde resume à antevisão do resultado; envolve o elemento intencional de causação do resultado. Segundo Nucci (2006), são suas características, a abrangência (deve envolver todos os elementos do tipo); a atualidade (deve estar presente no momento da ação, não existindo dolo subsequente nem dolo antecedente) e a possibilidade de influenciar no resultado: é indispensável que a vontade do agente seja capaz de produzir o evento típico.

Herança da Lei Bilac Pinto, o dolo aparece no contexto da improbidade administrativa, não apenas como artifício indutor de engano que beneficia o agente, mas como consciência da ilicitude do ato que pratica e assunção de seus resultados. O componente má-fé é expressivo nas condutas inscritas na Lei 8.429/92.

Aliás, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, caminham no sentido de que a responsabilização por ato de improbidade administrativa carece de demonstração de má-fé do agente público, já que ilegalidade e improbidade nem sempre são sinônimos.

A propósito, Reale (2003) traça paralelo entre o dolo exigido para a configuração do improbo e o dolo (má-fé), que vicia o negócio jurídico, tornando-o anulável.

No **Direito Civil**, dolo é uma espécie de vício de consentimento, caracterizada na intenção de prejudicar ou fraudar um outro. É o **erro** induzido, ou proposital, daí surgindo a ideia da má-fé. Note-se que o exame a respeito da má-fé estará presente, na relação jurídica, quando ausente a boa-fé (conceito negativo).

Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.

Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta: a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigente, *v.g.*, em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma **exigência de lealdade**, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’.

Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como **normativa de comportamento leal**. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’.

A polêmica mesmo, gira em torno da modalidade culposa do ato de improbidade, como se verá a seguir.

4.7 A modalidade culposa do Ato de Improbidade

A Lei de Improbidade Administrativa, 8.429/92, estabelece, em seus artigos 9º, 10º e 11, as hipóteses de improbidade administrativa, qualificando-as por meio dos bens jurídicos violados (enriquecimento ilícito, lesão ao erário e aos princípios constitucionais).

Os atos que causam lesão ao erário serão punidos, de acordo com a lei, em quaisquer ações dolosas e/ou culposas, conforme previsão expressa do artigo 10. Nos outros dois dispositivos, artigos 9º e 11, não se faz qualquer menção ao elemento subjetivo.

Há entendimentos doutrinários e pretorianos em todos os sentidos, recrudescendo, ainda mais, a insegurança jurídica que permeia a dogmática administrativista especializada no tema.

Por um lado, tem-se forte corrente doutrinária, capitaneada por Nobre Júnior (2004) e Alvarenga (2003), entendendo que a improbidade administrativa pressupõe vontade livre e consciente do sujeito ativo no sentido de violar o sistema jurídico, sendo, deste modo, incompatível com a modalidade culposa¹¹.

Em sentido diametralmente oposto, encontram-se Nicolao Dino Costa Neto, George Sarmiento e José Jairo Gomes¹², que concebem, sem qualquer restrição, a possibilidade do legislador elevar condutas meramente culposas ao status de improbidade, cabendo ao magistrado, no momento de fixação das sanções, levar em conta o grau de reprovabilidade do elemento subjetivo presente no comportamento ilícito do agente.

Em uma posição intermediária, localizam-se os pensamentos de Juarez Freitas¹³, Fábio Medina Osório¹⁴, Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald¹⁵, segundo os quais, a improbidade pode ser punida a título de dolo ou de culpa grave, restando impossível apenas a configuração dessa infração ético-funcional nas condutas pautadas por culpa leve ou levíssima.

Segundo Osório (2007, p. 291):

A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigível o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isso se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva.

Parte-se da premissa que a responsabilidade civil, relacionada aos atos de improbidade administrativa, é de caráter subjetivo, exigindo-se o dolo ou a culpa, esta última somente nos casos de lesão ao erário.

¹¹De acordo com Edilson Pereira Nobre Júnior, também defendem esse entendimento: Benedicto Pereira Porto Neto, Pedro Paulo Rezende Porto Filho e Pedro Silva Dinamarco. (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 61) Acrescenta-se, ainda, que Mauro Roberto Gomes de Mattos também concorda integralmente com esse raciocínio. (*op. cit.*, p. 142-143).

¹²*op. cit.*, p. 268-269.

¹³*op. cit.*, p. 5078.

¹⁴*op. cit.*, p. 256-257.

¹⁵*op. cit.*, p. 268.

Freitas (2005, p. 48), por sua vez, ao defender a posição intermediária (improbidade administrativa caracterizada por dolo ou culpa grave), acaba por cair em insanável contradição, visto que ele expressamente arrola a “inequívoca intenção desonesta” como sendo o precípua requisito à configuração da improbidade. Ora, é cediço que o dolo é composto por representação e vontade (ou intenção), de modo que, sendo a grave intenção desonesta um requisito inarredável da improbidade, deve-se afastar, pelos fundamentos expostos pelo próprio doutrinador, a possibilidade de improbidade na modalidade culposa. Onde se verifica “inequívoca intenção desonesta”, há nitidamente dolo, e não simples culpa na conduta funcional. Semelhante incoerência também é encontrada nas lições de Wald & Mendes (2011), haja vista que os autores afirmam, em uma mesma página, de um lado, que é possível a improbidade culposa e, de outro, colocam a comprovação da má-fé e da desonestidade do agente como requisitos essenciais à improbidade. No entanto, não se coaduna com a lógica do razoável a existência de desonestidades ou más-fés meramente culposas.

Nobre Júnior (2004) e Alvarenga (2003), de acordo com os quais, a presença de dolo é um dos principais elementos configuradores do ato *improbis*. Além disso, o próprio conceito doutrinário de improbidade está tal como demonstrado supra, inexoravelmente atrelado à ideia de imoralidade administrativa qualificada, que pressupõe a presença do ânimo de desonestidade.

No Direito Administrativo Sancionador, a punição a título de culpa é dotada de excepcionalidade, em virtude da aplicação analógica do art. 18, § único, do Código Penal, segundo o qual, salvo disposição expressa em sentido contrário, nenhum cidadão será punido pela prática de fato previsto como crime, senão quando atuar dolosamente. Ora, *ubi eadem ratio*, idem jus, devendo a aludida regra ser aplicada aos dois ramos do Direito Punitivo (Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador). Na omissão legislativa, há presunção *iuris et de iure* da tipificação apenas da conduta dolosa. Trata-se, pois, de um “silêncio eloquente restritivo”.

Fazendo expressa referência ao silêncio eloquente de cunho restritivo, tem-se o EREsp n. 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, v.u., j. 25/08/2010, DJe 27/09/2010, em que restou consignado, no voto do Relator, que “o silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previsto nos art. 9º e 11”. Nesse sentido, ainda: REsp n. 604.151/RS, relatoria para o acórdão do Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 25/04/2006, dois votos vencidos, DJU 08/06/2006.

Em sentido contrário, Osório (2007, p. 264-265), relativizando a posição que anteriormente sustentava, defende que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, existe um verdadeiro silêncio eloquente em prol do alargamento do espectro punitivo estatal.

Apesar do entendimento esposado por Osório sobre uma eventual possibilidade de imputação de improbidade administrativa por comportamentos culposos com fulcro no art. 9º, é imperioso que se afirme que essa tese não encontra ressonância significativa na doutrina e muito menos nos Tribunais pátrios, afigura-se amplamente majoritário o entendimento de que é inconcebível a hipótese de um agente público que venha a enriquecer-se ilicitamente em razão de eventuais condutas que tenha praticado de forma negligente, imprudente ou imperita. Por todos, cite-se a doutrina de Theotonio Negrão que, ao versar o art. 9º, afirma que “a configuração *dafattispecie* descrita neste artigo depende da comprovação do dolo, mas independe da existência de dano ao erário” (Op. cit., p. 1645). Nos Tribunais, por todos: REsp n. 604.151/RS, relatoria para o acórdão do Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 25/04/2006, DJU 08/06/2006.

É importante analisar, neste momento, o entendimento jurisprudencial acerca do elemento subjetivo que deve pautar a conduta do agente público, para que lhe sejam aplicadas as sanções atreladas ao ilícito de improbidade por violação aos princípios informativos da Administração (art. 11 da Lei n. 8.429/92).

Na 2ª Turma do STJ, era sedimentado o entendimento de que seria dispensável, para fins de configurar a modalidade de improbidade prevista no art. 11, qualquer análise sobre o elemento subjetivo da conduta funcional. Em outros termos, a mera violação aos princípios regentes da Administração, por si só, já caracterizava a prática de ato ímprobo, existindo, assim, uma verdadeira responsabilidade funcional objetiva¹⁶.

Em suma: esta grave infração ético-institucional poderia ser imputada ao agente público, ainda que restasse comprovado que ele não agiu com dolo nem com culpa.

Diametralmente oposto era o entendimento sufragado pela 1ª Turma do STJ, haja vista que esta sempre considerou indispensável à demonstração do dolo do agente, para que se lhe imputasse a prática da modalidade de improbidade administrativa disciplinada no art. 11¹⁷.

¹⁶Dispensando a existência de dolo ou culpa para a configuração das infrações descritas no art. 11, cite-se: “Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade” (REsp n. 631.252/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 19/08/2008, DJU 11/09/2008). Ainda nesse sentido: REsp n. 737.279/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 21/05/2008; REsp n. 915.322/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 23/09/2008, DJe 27/11/2008.

¹⁷Nesse exato sentido: REsp n. 511.095/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 04/11/2008, DJe 27/11/2008; REsp n. 734.984/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 18/12/2007, DJe 16/06/2008; REsp n. 939.142/RJ, Rel. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 21/08/2007, DJe 10/04/2008; REsp n. 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 16/03/2004, DJ 24/05/2004.

Colocando um fim à insegurança jurídica que plasmava o tema, a 2ª Turma, no REsp n. 765.212/AC, relatado pelo Min. Herman Benjamin, julgado em 02/03/2010, publicado no DJe de 23/06/2010, alterou o seu entendimento, aderindo expressamente à posição que já era adotada pela 1ª Turma. Reconheceu-se, pois, a incompatibilidade entre a imputação de responsabilidade objetiva e o regime garantista que deve permear o Direito Punitivo, na esteira do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal que expressamente exige a presença de culpa ou dolo por parte do servidor público para que seja possível o manejo de ação regressiva pelo ente estatal. Assim sendo, uma vez consagrada a responsabilidade funcional subjetiva para a hipótese de simples ressarcimento ao erário, que não se confunde com a imposição de punição, “maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado” (OSÓRIO, 2005).

Com supedâneo nesses argumentos, desde então, a 1ª Seção do STJ (composta pela 1ª e 2ª Turmas) passou a firmar, o entendimento de que a existência da improbidade prevista no art. 11 exige a presença de “dolo genérico”¹⁸, seja na espécie “dolo direto” (representação e vontade de produção do resultado querido), seja na espécie “dolo eventual” (aceitação do risco de produção do resultado). Desta forma, por meio do “dolo genérico”, dispensou-se a comprovação da intenção específica do agente de violar princípios administrativos, bastando a constatação de que ele haja consentido em atuar em determinado sentido.

Portanto, é fundamental frisar que, hodiernamente, no que tange especificamente ao art. 11 da Lei n. 8.429/92, encontram-se completamente superadas tanto a tese da responsabilidade objetiva quanto aquela que pregava a possibilidade de configuração de improbidade administrativa culposa. Ora, isto se deve, por um lado, à exigência de desonestidade como elemento constitutivo da improbidade e, por outro, à necessidade de aproximação entre os dois braços do Direito Punitivo, aplicando-se ao Direito Administrativo Sancionador os princípios informativos do Direito Penal, sobretudo o princípio da responsabilidade exclusivamente subjetiva e o princípio da legalidade estrita. Ademais, aplicam-se ao art. 11, *in totum*, as considerações tecidas acerca da existência de um verdadeiro “silêncio eloquente restritivo” no art. 9º, *caput*. Nesse sentido, cita-se fragmento do voto da Min. Denise Arruda, no REsp n. 875.163/RS, de sua relatoria, 1ª Turma, j. 19/05/2009, DJe 01/07/2009: “na ausência de menção expressa ao elemento subjetivo ‘culpa’, os arts. 9º e 11º só incidirão na presença de dolo”.

¹⁸Nesse sentido: EREsp n. 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. 25/08/2010, DJe 27/09/2010; EREsp n. 654.721/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, j. 25.8.2010, DJe 01/09/2010; REsp n. 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 06/06/2010, DJe 04/05/2011.

Se, por um lado, a fixação do entendimento no sentido da necessidade da presença do dolo como elemento subjetivo caracterizador da improbidade nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92; por outro a tese vitoriosa no *leader case* (REsp n. 765.212), trouxe o risco de esvaziamento do avanço trilhado, ao consagrar o *dolo genérico* como satisfatório para identificar a presença do elemento volitivo caracterizador do ato improprio.

No aludido aresto, ministro Herman Benjamin, relator, reformulou sua posição, aderindo ao entendimento de que apenas o dolo poderia levar à configuração do ato de improbidade. Segundo o magistrado, embora “[...] continue acreditando ser tecnicamente válida e mais correta” a tese de que “[...] os atos de improbidades coibidos pelo art. 11 da Lei 8.429/92 podem se configurar por dolo ou culpa na realização da conduta”, “[...] no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa”.

Assim, o ministro concluiu pela ocorrência de ato de improbidade, pois o dolo (“vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”) estaria presente na conduta do gestor que realiza promoção pessoal, “[...] desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade”.

Embora a fundamentação do voto tenha acolhido a tese da indispensabilidade do dolo na configuração do ato de improbidade, não houve exame do contexto que revelaria a vontade do agente em alcançar o resultado proibido, concluindo-se pela improbidade por não ser “tolerável olvidar um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, §1º, da Constituição da República”. E esse entendimento reformou o acórdão do Tribunal de Justiça que havia entendido pela ausência da comprovação do dolo do agente político.

O mesmo raciocínio, segundo o ministro relator, seria aplicável em relação à contratação de servidor sem concurso público, uma vez que o dolo decorreria da “inequívoca obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República). É dolo *in re ipsa*.”

A adoção do entendimento esposado no julgado, no entanto não serenou parte da doutrina, haja vista a consequência óbvia de esvaziamento do dolo como elemento subjetivo e o ressurgimento, na prática da responsabilidade objetiva.

Nesse sentido Cammarosano e Pereira:

O “dolo genérico”, ao menos como aplicado no precedente em análise, blindaria o julgador do dever de motivar sua decisão a partir do contexto fático. Isto é, “no terreno pragmático”, significaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a

improbidade. Em outras palavras, a mera violação a norma, em relação a qual não se pode alegar desconhecimento, atestaria a conduta ímproba. Percebe-se o perigo de o aplicador da norma ignorar o dever de motivação da decisão, o qual, no juízo de aplicação normativa, está adstrito às peculiaridades fáticas do caso, sem o que não se realiza o direito, ao menos na perspectiva do Estado Democrático de Direito. (CAMMAROSANO e PEREIRA 2014).

A conclusão, contudo, não se mostra adequada e não se sustenta à luz de uma análise mais atenta da prova do dolo.

Como já visto anteriormente, o “dolo genérico” contém tanto o “dolo direto” – representação e vontade de produção do resultado; quanto o “dolo eventual” – aceitação do risco de produção do resultado. Seja em um ou em outro, o intérprete não está dispensado de demonstrar\comprovar a existência fática, concreta do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

“A utilização da responsabilidade civil como meio de reparação ou de ressarcimento de danos em cada caso concreto depende da presença de diversos elementos, sem os quais o agente não pode ser obrigado a responder pelos prejuízos sofridos pelo lesado. Não há discordância quanto ao fato de que quem pratica um ato – ou deixa de fazê-lo, quando tinha o dever de praticá-lo – do qual resulta dano a outrem deve repará-lo. Em outras palavras, há, de certo modo, consenso quanto à obrigatória presença dos elementos fato, dano e nexos de causalidade como pressupostos inafastáveis da responsabilidade civil. Resta, ainda, a culpa, elemento cujo estudo é indispensável à compreensão do instituto. Esse elemento é relativo à ligação do agente com a situação fática que dá origem à obrigação de indenizar.”(SAMPAIO, 1998).

Pereira (1990) assevera que “Em dois sentidos deve entender-se o conceito de culpa: em um, mais amplo, abrange tanto o dolo quanto a culpa propriamente dita; e, no outro, contém somente esta última”.

Garcia e Alves discorrem:

No direito moderno, assume ares de dogma a concepção de que não é admissível a *imputatio juris* de um resultado sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente. Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar ‘o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a

censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)?.
(GARCIA E ALVES 2008)

Exige-se, portanto, a presença do elemento subjetivo na ação, sem o qual não se admite a responsabilização do agente, o que é preciso ser ressaltado é a demonstração da existência concreta de um ou outro.

A *prova do elemento psicológico*, a prova da intenção do agente, da “*vontade do agente*” (já que impossível adentrar na *psiquè* de quem pratica o ato, para identificar sua real intenção), deve ser analisado por meio do exame objetivo do fato.

Dolo é a vontade livre e consciente de agir no sentido da prática do tipo (da norma tipificada), ou de assumir o risco da produção do resultado do fato tipificado. Na culpa, embora o resultado não seja querido, desejado, **age de forma que ele possa ocorrer**. Se a norma diz que “**constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade [...]**” o ato, a ação do agente público no sentido de violar, esses deveres evidencia o elemento subjetivo de sua conduta; e a demonstração da existência concreta desse elemento, se faz através necessária a prova do fato e suas circunstâncias. Ao fazer-se a prova do fato em toda a sua extensão, estar-se-á demonstrando/provando, indiretamente a ação (conduta) do agente. Provando-se o fato, é possível demonstrar-se como o autor agiu, como praticou o ato, é possível verificar-se que o tenha, ou não, agido por vontade própria, de forma livre e consciente, a fim de atingir determinado resultado, ou assumido o risco que ele ocorra, ou ainda, mesmo não o querendo, tenha agido de modo a que ele pudesse acontecer.

O que sustentamos é que o acolhimento do dolo genérico implicaria o esvaziamento do dolo, por que dispensaria o intérprete de seu exame, é falsa, pois o intérprete estaria de qualquer modo, necessariamente obrigado a fazer a prova do fato, com o que, indiretamente estará fazendo a prova do elemento subjetivo da ação.

Até agora ninguém ousou sustentar a dispensabilidade da prova do fato, pois bem, o que estamos a dizer é que a prova do fato e suas circunstâncias vai acarretar, indiretamente, a prova da ação ou omissão do agente e por conseguinte o elemento subjetivo de sua ação.

É possível constatar-se a intenção do agente, através da exteriorização de sua conduta, o que se faz pelo do exame da prova do fato, através de múltiplas variáveis (ex. **consciência do ilícito** - no caso das bibliotecárias de Ibirubá (Ap.Civ 70057008088, 3ª CCiv, TJRS, que será analisada mais adiante) não havia a consciência da ilicitude, logo não havia dolo e, por

consequente, não havia o fato típico; ou **coação**, funcionário que cumpre ordem expressa de seu superior hierárquico, **erro**, etc.). Como o dolo e culpa situam-se na ação do agente, ou seja, no fato, não havendo dolo ou culpa, não haverá (fato) tipo, mas o inverso nem sempre é verdadeiro, eis que pode haver o elemento subjetivo e o fato não ser típico, face às múltiplas variáveis (encontradas na jurisprudência como causas de absolvição: ausência de prejuízo, irrelevância do fato etc.) que também intervêm nesse estágio de exame do fato concreto.

Assim, admitindo-se hipoteticamente que o agente público (de pequeno município do interior) frustrou a licitude de concurso público, ou deixou de prestar contas quando deveria fazê-lo, a prova relativa ao elemento subjetivo de sua ação **não** se limitará à simples demonstração de agiu e que sua ação resultou na frustração do certame (ou violação da norma garantidora de sua licitude), ou na não prestação das contas. Como dito supra, a prova objetivará o exame da exteriorização da conduta do agente, o que se faz pela análise minuciosa da prova do fato, através de múltiplas variáveis (ex. **consciência do ilícito**; isto é, sabia, ou não, se tinha, ou não prévio conhecimento de que seu ato implicaria na quebra da licitude do certame, ou se tinha, ou não ciência da obrigação – de prestar as contas; **coação**, se o agente público, funcionário cumpria, ou não, ordem expressa de seu superior hierárquico; se agiu, ou não por força de **erro**, ou **simulação**, etc.).

Reforçando, como o elemento subjetivo está na ação do agente, a prova desta confunde-se com a prova do fato que, por óbvio, deve ser em toda a sua extensão. Dizendo de outro modo, há que se provar o fato e todas as suas circunstâncias.

Com isso também se afasta o argumento da Responsabilidade Objetiva. Por ela, classicamente, a questão probatória não é plena, no sentido de que não se perquire eventuais causas justificadoras da ação, bastando a constatação do nexos de causalidade entre o dano e a ação. Mesmo assim não há a dispensa da prova do fato e sendo esta necessária, voltamos ao que sustentamos acima, ou seja ao fazer-se a prova do fato em toda a sua extensão, estar-se-á demonstrando/provando, indiretamente a ação (conduta) do agente e como o elemento subjetivo do agente situa-se na ação, provando-se o fato, é possível demonstrar-se como o autor agiu, como praticou o ato, sendo, portanto, possível verificar-se tenha, ou não, agido por vontade própria, de forma livre e consciente, a fim de atingir determinado resultado, ou assumido o risco que ele ocorra, ou ainda, mesmo não o querendo, tenha agido de modo a que ele pudesse acontecer, enfim, o elemento subjetivo de sua conduta; situação que, obviamente, não se confunde com a chamada Responsabilidade Objetiva.

Outra questão que teve tratamento não menos polêmico, é a que se refere à incidência da Lei de Improbidade às condutas ímprobadas dos agentes políticos

4.8 Da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos

A improbidade administrativa é fenômeno que acompanha o homem em sua trajetória no tempo. O intuito do legislador, ao criar a Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, foi combater os atos praticados por agentes públicos que lesionavam, de alguma forma, o bom funcionamento da Administração Pública.

Em seu artigo 1º, a Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992) esclarece quais os indivíduos que estariam sujeitos à sua esfera de responsabilidade, utilizando-se de expressão abrangente – agente público – para alcançar as inúmeras pessoas que, de qualquer forma, exercem um *mínus* público, como se verifica no dispositivo a seguir:

Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio;

E no art. 2º define o que vem a ser de agente público:

[...] Reputa-se agente público para efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função das entidades mencionadas no artigo anterior.

Di Pietro (2004, p. 431) entende ser agente público “[...] toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Pública”.

Consoante os ensinamentos de Mello (2006, p. 226), entende-se por agentes públicos todos os “[...] sujeitos que servem o Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasionalmente”.

Em suma, agentes públicos configuram o gênero do qual são espécies os agentes políticos (como Deputados, Prefeitos e o Presidente da República), os servidores estatais (sejam titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e fundações de Direito Público, no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Poder Legislativo, sejam servidores empregados das pessoas jurídicas supra-referidas e também das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas instituídas pelo Poder Público) e, finalmente, os particulares em colaboração com o Poder Público, isto é, aqueles que não perdem sua qualidade de particulares, mas exercem função pública, ainda que episodicamente (como membros da Mesa receptora ou apuradora de votos nos períodos eleitorais) (MELLO, 2006).

De forma mais precisa, o professor Mello, define o agente político como sendo “[...] os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado, e, portanto, o esquema fundamental do Poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado” (MELLO, 2006, p. 229).

Para Meirelles (2004, p. 76), “Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Sua classificação inclui tanto os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e “[...] demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”. (*op cit.*, p. 76).

Maria Sylvia Zanella di Pietro, compartilhando da posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que são agentes políticos no direito brasileiro, por exercerem atividades típicas de governo e mandato, para o qual são eleitos (DI PIETRO, 2004).

Embora, conforme já dito, o intuito do legislador, ao criar a Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, foi combater os atos praticados por agentes públicos que lesionavam, de alguma forma, o bom funcionamento da Administração Pública, forçoso

reconhecer que a aplicação Lei de Improbidade Administrativa sofreu grave mitigação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 2138, cuja decisão a tornou inaplicável aos agentes políticos submetidos à responsabilização especial direcionada aos chamados Crimes de Responsabilidade.

A Reclamação 2138 decorre de uma Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público contra Ronaldo Mota Sardemberg, então Ministro de Estado de Ciência e Tecnologia, por ter utilizado indevidamente aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB) e pela fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica. O juízo federal acolheu a denúncia condenando-o a ressarcir o erário público e à perda dos direitos políticos por oito anos, decisão ratificada em segunda instância (BRASIL, 2007).

A parte reclamante argüiu que, apesar de não haver qualquer previsão legal expressa concedendo à Suprema Corte a competência para julgar Ministro de Estado por ato de improbidade administrativa, deveria ser, por analogia, confrontando-se a Lei 8.429/92 com a Constituição Federal, atribuída a competência para julgamento de tais atos ao Supremo Tribunal Federal ainda porque os delitos contidos na Lei 8.429/92 configurariam crimes de responsabilidade.

A Reclamação pedia a declaração da incompetência do Juiz de Primeiro Grau e do Relator para julgarem e processarem a demanda com base no artigo 102, I, “c”, da Constituição e a conseqüente anulação dos atos decisórios com fulcro no artigo 113, § 2º do Código de Processo Civil, uma vez inafastáveis as prerrogativas de foro concedidas a determinadas autoridades públicas em função do cargo exercido.

O voto do Ministro Relator Nelson Jobim, que compôs o entendimento majoritário dos membros do Supremo, baseou-se eminentemente no parecer do então Vice-Procurador-Geral da República, Haroldo Ferraz da Nóbrega, que consignou que por estarem submetidos a regime especial de responsabilidade (Lei 1.079/50) os agentes políticos não seriam abrangidos pela lei de improbidade administrativa, sendo a competência para atos de improbidade atraída pela competência para infrações político-administrativas, por abrangência de tipificação.

Assim, afirmou que aqueles agentes contidos no artigo 102, I “c”, da Constituição Federal, quais sejam, “os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”, deveriam ser julgados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal quando cometessem atos de improbidade por se confundirem esses com os chamados “crimes de responsabilidade”, sendo então julgados com foro por prerrogativa de função (BRASIL, 2007).

A seu ver, a aplicação de ambos os dispositivos (Lei 8.429/92 e 1.079/50) caracterizaria *bis in idem*, isto é, se estaria punindo o agente, duas vezes pelo mesmo fato. A solução que reputou mais coerente para o problema seria aplicar a lei que em sua opinião seria mais específica, a lei de crimes de responsabilidade (Lei 1.079/50), uma vez que a lei de improbidade administrativa se dirige a todos os agentes públicos e a primeira se dirige apenas a alguns agentes políticos.

O Vice-Procurador-Geral da República alegou, ainda, não haver qualquer fundamento legal para a denúncia, contexto em que o Relator votou pelo arquivamento puro e simples da ação de improbidade proposta em primeira instância.

Em sua tese, o Vice-Procurador-Geral afirmou que:

[...] a lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos político-administrativos. Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre um mesmo agente. Não se pode desprezar o especial sistema de responsabilização do agente político previsto no ordenamento jurídico. (BRASIL, 2007).

O voto do Relator se pautou basicamente no texto de Arnaldo Wald e Gilmar Mendes:

[...] um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa “ação civil de improbidade” somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da “ação civil de improbidade”, o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, “teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns”. [...] Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, ‘crimes de responsabilidade’, então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra MINISTROS DE

ESTADO ou contra integrantes de tribunais superiores [...]. (WALD & MENDES *apud* BRASIL, 2007)

Assim, defendeu que pela gravidade das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, violaria preceitos constitucionais permitir sua apreciação por juízo monocrático, uma vez que o foro por prerrogativa é garantido inclusive para aplicação de sanções menos severas (como a multa) e que nem toda norma que atribui competência no Brasil deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido, cita entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro (BRASIL, 2000).

Salientou a questão do afastamento do cargo ou função, sanção trazida pela lei de Improbidade Administrativa, como já explicitado. Entende pelo absurdo de um juiz de primeiro grau afastar do cargo determinados agentes políticos, e acrescentando:

[...] Assim, a aplicação dessa Lei aos agentes políticos pode propiciar situações extremamente curiosas: (a) o afastamento cautelar do PRESIDENTE DA REPÚBLICA [...] mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b c/c art. 86, *caput*); [...] (c) o afastamento cautelar ou definitivo do PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau; [...]. (BRASIL, 2007).

Questionou, também, se há permissão constitucional para a coexistência de dois regimes de responsabilidade para os agentes políticos:

Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da L. 1.079, de 10.04.1950. Ela disciplina os crimes de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração – art. 9º). A pena

prevista também é severa (art. 2º: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos) (BRASIL, 2007).

Concluiu seu entendimento afirmando que a ampliação da competência para julgar atos de improbidade, se alcançar os agentes políticos submetidos a regime de responsabilidade especial levará a uma ab-rogação do disposto no artigo 102, I, “c”, da Constituição. Que se, ao contrário, entender-se pela aplicação tão-somente da lei 1.079/1950 a esses agentes, a competência seria exclusiva do Supremo Tribunal Federal para julgar tais causas, nas hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional. Que, se assim for, não se trata de atribuir imunidades aos agentes políticos em face aos atos ímprobos, pois o agente político responderá pelas infrações perante os órgãos competentes. E que se se entender de forma diversa, haveria o risco de mora pela inconsistência das ações julgadas por órgãos jurisdicionais incompetentes.

Ainda que se possa concordar com o argumento da tese vencedora no sentido de ser verdadeiro absurdo a possibilidade de afastamento cautelar do PRESIDENTE DA REPÚBLICA [...] mediante iniciativa de membro do Ministério Público e de decisão de juiz de primeiro grau, forçoso reconhecer que tal tese, com a devida vênia, é um ilogismo, ferindo o princípio da supremacia da Constituição, ao criar para o Supremo Tribunal Federal competência que não lhe foi destinada pelo taxativo rol do artigo 102, e da isonomia, uma vez que permite que determinados agentes políticos, agentes públicos dotados de maior responsabilidade social, se furtem de responder mediante sanções rigorosas e muito mais efetivas que as previstas para as infrações político-administrativas.

O ordenamento jurídico brasileiro não contemplou prerrogativa de foro aos agentes políticos pela prática de atos de improbidade administrativa. A Constituição, sempre que intentou assegurar qualquer prerrogativa o fez de forma expressa. Nesse contexto, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 2797/2006, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Lei 10.628/2002 que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal. O referido parágrafo segundo afirmava que a ação de improbidade seria proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o agente detentor de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, que prevaleceria (de acordo com o parágrafo primeiro) ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função (BRASIL, 2005).

O STF entendeu pela inconstitucionalidade formal da lei, vez que o novo parágrafo primeiro correspondia à evidente reação legislativa ao cancelamento do Enunciado de Súmula

394 que garantia justamente a manutenção da competência especial por prerrogativa de função, mesmo que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após cessação do exercício da função. Além disso, a decisão afirmou que não pode lei ordinária tentar impor interpretação à Constituição, caracterizando-se uma usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra em questão de interpretação constitucional.

No que tange ao mérito, a decisão salientou que só a própria Constituição pode excetuar-se, entendendo ser inaceitável “equiparar a ação de improbidade administrativa de natureza civil (CF, art. 37, § 4º) à ação penal contra os mais altos dignatários da República”. Uma vez que no bojo da Constituição nada consta estendendo a garantia às ações de improbidade administrativa, **não cabe foro por prerrogativa de função nessas ações** (BRASIL, 2005).

Ora, a tese vencedora na Reclamação 2138, ao firmar o entendimento de que a lei de improbidade administrativa não se aplica aos agentes políticos, os quais se submetem às regras dos “crimes de responsabilidade” e nessa condição responderão perante os tribunais a que se submetem quando da prática de crimes de responsabilidade, institui, indiretamente foro privilegiado para a prática de atos de improbidade administrativa. Dizendo de outro modo, aqui a ADI 2797 não alcança esses agentes políticos.

Vislumbra-se, também, equivocado o argumento do *bis in idem* em relação à Lei dos Crimes de Responsabilidade, seja, em razão de alegado caráter penal ou político-administrativo-civil de suas sanções.

Relembrando, a tese vencedora, fundamentou basicamente seu entendimento na doutrina de WALD & MENDES para quem uma “ação civil de improbidade somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de **forte conteúdo penal**. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da 'ação civil de improbidade', o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, “**teoricamente, seriam crimes de responsabilidade** e não crimes comuns”. [...] (WALD & MENDES *apud* BRASIL, RCl. 2138/DF. STF. Relator: Min. Nelson Jobim. Tribunal Pleno. 13/06/2007), ou seja, tal relaciona os atos de improbidade administrativa aos crimes de responsabilidade (e não aos crimes comuns), atribuindo conteúdo penal a tais atos, o que indica que para o entendimento dominante, a natureza dos crimes de responsabilidade não é político-administrativa como vem entendendo a doutrina majoritária, como por exemplo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 702), que rechaça a hipótese de confusão entre o ilícito penal e o ato de improbidade administrativa, baseando-se no texto constitucional, que, ao tratar da improbidade administrativa, após indicar as medidas sancionatórias cabíveis aos atos de improbidade, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e gradação “sem prejuízo da ação

penal cabível” (art. 37, §4º, CRFB/1988). Assim, entende que os ilícitos definidos em lei como atos de improbidade podem perfeitamente corresponder a um crime definido em lei penal, “sendo claramente possível a coexistência de uma ação criminal e uma ação de improbidade administrativa”.

Partilhando do mesmo entendimento, OSÓRIO (2007, p. 246) acrescenta que “[...] não se pode transformar em um ilícito penal o que se considera não-penal na Constituição”.

Um olhar atento aos preceitos contidos na *teoria geral do delito* pode apresentar argumentos ainda mais sólidos para a estruturação desse entendimento.

Toledo (2002, p. 80) considera que o crime é um comportamento humano (ação ou omissão) “que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos”. A seu ver, para que esse comportamento possa caracterizar verdadeiramente um crime “será necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: *tipicidade, ilicitude e culpabilidade*”.

Não se discute que o ato de improbidade constitui um ato ilícito e culpável, isto é, é um ato dotado de antijuridicidade e reprovabilidade. No entanto, falta-lhe a tipicidade inerente ao ente penal. A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre uma conduta da vida real e o tipo legal de crime inserido na lei penal:

[...] Ao estudar o conceito dogmático de crime, salientamos que a tipicidade é uma de suas notas essenciais. Para que uma conduta humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajuste a um tipo legal de crime (TOLEDO, 2002, p. 125).

O tipo pode servir tanto para identificar as condutas criminosas como para discriminar os fatos atípicos. No entanto, essa discriminação não exclui a possibilidade de ilicitude desses mesmos fatos, que podem vir a configurar um ilícito não-penal. O fato atípico pode, portanto, ser antijurídico, mas jamais poderá ser um injusto penal (TOLEDO, 2002).

Infere-se, assim, que não basta, para a configuração de um ato ilícito como crime, que suas sanções tenham conotação penal segundo entendem alguns doutrinadores. Um fato jamais poderá ser considerado crime a não ser que seja “*expressamente previsto em lei como tal*” (TOLEDO, 2002, p. 129).

Portanto, simplesmente por faltar ao ato de improbidade a tipicidade, este nunca será um ilícito penal, ou seja, nunca terá um conteúdo penal.

A majoritária compreensão doutrinária hoje, é no sentido de que os atos de improbidade administrativa, não se encaixam na esfera penal, nem tampouco na esfera das infrações político-administrativas, embora possam ter conseqüências em tais esferas, com a concomitante instauração de processo-crime ou de procedimento político (conforme o caso), mas constituem “[...] um ilícito de *natureza civil* e *política*, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário”. (DI PIETRO, 2004).

Nem Assim, seria sensato sustentar uma possível coincidência entre os referidos dispositivos da Lei de Improbidade e a lei 8.429/1992 (de natureza **político**-administrativa).

É que enquanto a finalidade da Lei 1.079/50 é a extirpação política daquele que lesionar o interesse público, a Lei 8.429/1992 se propõe, especificamente, a albergar o patrimônio público e cercar a Administração pública de lealdade e de ética com esse intuito primordial.

Igualmente, o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal de que há coincidência de tipificação entre as duas leis também não pode prosperar. O juízo estabelecido na Reclamação 2138 se baseia no artigo 9º da Lei 1.079/1950 que dispõe sobre os crimes de responsabilidade que atentam contra a probidade na Administração. Contudo, os sete incisos do referido artigo, considerados em sua vagueza, em nada coincidem com os tipos legais da Lei 8.429/1992, uma vez que esta prescreve os atos de forma muito mais específica do que o faz aquela e visa claramente a objetivos distintos. O que reforça o entendimento de que se trata de dois diplomas legais distintos, cujos escopos se fazem totalmente diversos.

No tocante aos agentes políticos [...] não se vê em que medida possam estar descartados do raio de incidência da [Lei 8.429/1992], conquanto o STF possa decidir em sentido contrário, acolhendo a tese de que tal diploma legal consagraria crimes de responsabilidade para determinados agentes políticos. [...] Deve se dizer, em realidade, que se trata de legislações distintas, a Lei de Crimes de Responsabilidade e a [Lei de Improbidade Administrativa], com objetivos diversos [...]. (OSÓRIO, 2007, p. 208-209).

Conforme já aludido, o julgamento consolidado na Reclamação 2138 é um contra-sendo que fere o princípio da supremacia da Constituição, ao criar para o Supremo Tribunal Federal competência que não lhe foi destinada pelo taxativo rol do artigo 102, e da isonomia, uma vez que permite que determinados agentes políticos, agentes públicos dotados de maior

responsabilidade social, se furtem de responder mediante sanções rigorosas e muito mais efetivas que as previstas para as infrações político-administrativas.

Muito embora o entendimento do relator tenha sido acompanhado por seis dos onze ministros da Corte Suprema, é imperioso ressaltar que quatro ministros de sua composição de então (Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia) deixaram de proferir votos por terem substituído ministros aposentados que já haviam votado, sendo que hoje, os dois primeiros já não mais estão no tribunal, por força da aposentadoria. Além disso, o julgamento da aludida Reclamação, tem efeito *inter partes* isto é, se aplica apenas às partes daquela ação de forma específica. Assim, outros agentes políticos que queiram livrar-se das ações de improbidade administrativa já intentadas contra eles, terão que passar novamente pelo crivo da Suprema Corte, que desta vez, conta com nova composição, podendo vir a modificar o entendimento até então assentado.

É o que afinal se espera.

5 CAPÍTULO IV: CORRUPÇÃO COMO ESPÉCIE DE IMORALIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU TRATAMENTO JURISDICIONAL – ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUNS CASOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

5.1. Quando Corrupção, Imoralidade e Improbidade se confundem

A corrupção acompanha a história do homem e das sociedades. O direito sempre procurou combatê-la através de normas jurídicas repressivas. A punição e o combate à corrupção sempre existiram, mas também nunca deixaram de eliminá-la. Entretanto, as sociedades desenvolveram instrumentos para combatê-la e controlá-la, a fim de mantê-la em níveis toleráveis.

Como dissemos anteriormente, o fenômeno da corrupção é complexo e pode ser examinado à luz da filosofia, da sociologia, da economia e outras disciplinas, sendo necessário reconhecer a necessidade de auxílio e da investigação desses campos para uma compreensão e efetivo combate a esse complexo fenômeno que acompanha a humanidade.

A corrupção é a ação pela qual uma coisa *apodrece* ou se estraga. Assim, os desvios da conduta humana, a raiz do problema confunde-se com os próprios *costumes*, com aquele que se deixa corromper, estragar, apodrecer.

É, sem dúvida, um fenômeno cultural, tem explicações e revelações na análise dos povos, na análise da forma de sua organização e formação. Tudo influencia no fenômeno. A cultura, a religião, a história, a organização jurídica do Estado dão respostas parciais para entendê-la.

Assim, por exemplo, na América Latina, a corrupção sempre foi endêmica. O abuso e a concentração de poder que marcam a história de quase todos os países de origem hispânica, têm contribuído para esse mal.

O exercício desvirtuoso do poder, portanto, sempre traz consigo a marca da corrupção que se revela por diversas formas, uma delas é a *Improbidade Administrativa*,

capítulo do direito público que se preocupa, fundamentalmente, em reprimir e punir desvios de conduto do administrador público e do particular que com aquele pratica atos de improbidade.

Importa assinalar que, tendo sempre existido, a corrupção, como essência, continua a mesma; já os meios de exercê-la sofisticaram-se com a tecnologia, com o desenvolvimento das comunicações, embrenhando-se nas grandes corporações e no poder econômico empresarial, amoldando-se, portanto, aos tempos atuais e às suas circunstâncias.

Como fenômeno complexo, a corrupção depende de várias causas e deve ser atacada em várias frentes. Não há um único meio ou modelo ideal que possa compreendê-la e combatê-la eficazmente. A conjugação de esforços sociais, o encurtamento das distâncias entre o Estado e a sociedade, com a participação política *ativa* desta última, é o melhor remédio para enfrentar o problema.

No ponto relativo à corrupção como improbidade, importa breves considerações sobre o direito público e o regime de responsabilidade.

O direito nasce, ou deveria nascer, da coisa pública. Desde Roma, sempre que houvesse interesse público ameaçado de lesão, a defesa se valia de *actiones populares*. Bielsa (1964, 622) relata que mediante ações populares, os cidadãos romanos exerciam uma espécie de poder de polícia em forma jurisdicional, i.é. não como uma expressão de autoridade, senão punham em movimento a justiça para indagar, processar e condenar os transgressores do direito objetivo que interessa aos cidadãos no que se referisse à segurança pública, à moralidade administrativa, ao patrimônio do Estado.

A Administração Pública brasileira sempre esteve em crise, do Império à República, por conta da inexistência de uma Administração responsável e independente do Poder Executivo (FRANCO SOBRINHO, 1971, 272).

É preciso reconhecer que o exercício do poder, da autoridade, tende ao abuso, o que pode levar, não só à ilegalidade como também à improbidade administrativa. O fenômeno é mundial, como já dito, e presente em todas as sociedades organizadas, o que pode variar, de Estado para Estado, é exatamente a vontade de punir esses atos e de que modo a sociedade e o Estado mobilizam-se para tal.

As constituições brasileiras, ao longo da história, pouco se preocuparam com o tema. A ação popular, por exemplo, importante instrumento de controle da corrupção administrativa,

para usarmos uma linguagem popular, somente aparece em 1934. A Constituição de 1937 é omissa a respeito. De 1946 em diante, a ação popular repete-se nas Constituições até 1988.

A Constituição de 1988 procurou modificar as relações de poder, incentivando as pessoas à associação, à defesa coletiva de seus direitos, conferindo mais poderes ao Ministério Público, aos Tribunais de Contas, enfim, procurando dinamizar e apoiar a cidadania. De outro lado, aperfeiçoa e contempla princípios constitucionais explícitos que devem nortear a conduta da Administração Pública, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Naturalmente, nesse cenário mais democrático, de imprensa livre, os escândalos e os abusos da Administração Pública e de seus administradores, bem como empresários envolvidos em atos de corrupção ou improbidade, têm possibilidades de serem revelados e conhecidos da sociedade e, assim combatidos.

Também a comunidade internacional vem se mobilizando em campanhas que recuperem a ética no serviço público e nas relações comerciais o que se vê pela criação e proliferação de inúmeras organizações governamentais e não governamentais com essa preocupação.

No campo do direito reflete-se tendência e exigência de governos comprometidos com a transparência no trato da coisa pública, caminho possível para afastar os autoritarismos e abusos.

No direito administrativo, a discricionariedade administrativa é cada vez mais contida e mais controlada pelo Poder Judiciário; a motivação torna-se princípio constitucional dirigido a todos os agentes do Estado, inclusive, especialmente os administradores (CF, art. 93, IX e X), a indicar (e sugerir) um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, o que, sem dúvida, contribui para o enfrentamento da corrupção.

Cumprido aludir que o princípio da Moralidade Administrativa aparece na Constituição de 1988, de forma explícita.

Quando o texto jurídico funde pretensões jurídicas e morais, faz com que a validade de um direito dependa não somente de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais.

A partir desses elementos é possível vislumbrar que a relação entre moral, direito e Estado é estreita, constituindo estas esferas de organização social instâncias

retroalimentadoras do modelo de Democracia que se pretende viver, ao mesmo tempo que condiciona as ações e políticas públicas da Administração.

A partir da ideia de moralidade administrativa a satisfação dos requisitos legais do ato não é suficiente, impondo-se ir adiante à análise da ação administrativa, no intento de investigar se, realmente, há interesse público nela, ou outro tipo de interesse desse divorciado. Em outras palavras, é indispensável à caracterização da moralidade de um ato administrativo a análise do motivo e do objeto de tal ato, o que possibilita afirmar se houve ou não a efetivação do dever de boa administração inerente ao Administrador/Interesse Público.

De se ver que o âmbito de subjetividade que a moral contém implica não se tratar apenas de saber se é ou não legal determinado ato de gestão pública, mas se ele está ou não em consonância com os objetivos, finalidades e princípios, constitucionais e infraconstitucionais, que informam a Administração. A finalidade do controle da moralidade, assim, é fundamentalmente assegurar que esteja sempre de acordo com os vetores axiológicos e vinculantes que sempre impõem o interesse público.

O elemento moral, a partir da Constituição Brasileira de 1988, passa, desta forma, a integrar o ato administrativo por força de preceito da mais alta categoria. A consequência gerada é de relevância, porque a moralidade passou a ser um requisito constitucional de sua validade e legitimidade, evidenciando-se como um dos elementos integrantes da sua formação.

Pode-se dizer, inclusive, que há certa autonomia jurídica à moralidade administrativa, enquanto princípio constitucional que é, sem depender sua efetividade de outros a ela referentes – como a lealdade, boa-fé, veracidade e honestidade, e mais, com tais feições, dá legitimidade ativa amplíssima a quem quer que seja para os fins de denunciar e reivindicar investigação sobre potenciais violações aos princípios axiológicos que informam e vinculam o gestor público.

Há certa relação, assim, entre a moralidade que se discute e a probidade administrativa, quiçá sendo esta espécie do gênero daquela, nos termos do art. 37, caput, e seu § 4º, da Constituição Federal de 1988, eis que o núcleo da probidade estaria associado ao princípio da moralidade administrativa.

A discussão sobre a moralidade e probidade administrativa de forma mais pontual e, inclusive, no que diz com as suas particularidades operacionais no que toca à corrupção e condutas criminosas tem ocupado nações ao redor do mundo como se viu infra (cap. II).

A deformação da probidade administrativa encontra identidade na chamada Improbidade Administrativa. Dizendo de outro modo, em síntese apertada, a violação à Probidade Administrativa que abrange os princípios da Administração Pública, como a Moralidade Administrativa e os deveres éticos de probidade, como a boa-fé, a lealdade, entre outros, caracteriza a Improbidade Administrativa, também chamada Corrupção Administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pelo enriquecimento sem causa, o dano ao erário e a violação aos princípios da administração pública, como moralidade, impessoalidade e eficiência.

Em outras palavras, improbidade administrativa corresponde à má gestão pública, ao desvio da função pública, tanto pela ineficiência quanto pela inidoneidade do administrador, contrariando os imperativos éticos da Administração, afetando sobremaneira a persecução do bem-estar social.

Nesse cenário surge a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429 de 02/6/1992), com objetivo de combate à imoralidade administrativa no Brasil.

As características principais da Lei não estão somente nas duras sanções que prevê, o que, se supõe, deva atemorizar o administrador desonesto, restando-lhe os ímpetos atentatórios à moralidade administrativa, mas também radica, por exemplo, na aplicação de sanções independente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, a possibilidade de

afastamento do agente público investigado, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

O ciclo completa-se com a possibilidade de medidas cautelares como a decretação de sequestro de bens do agente ou terceiro que tenha se enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

O tema da moralidade administrativa trouxe, ainda, como um conceito aberto e um desafio à jurisprudência, a possibilidade de fazer o papel de *válvula jurídica* para calibrar comportamento que sem ela talvez ficassem à margem de sanções administrativas.

É nesse contexto que a Lei da Improbidade aparece como uma alternativa jurídica importante para enfrentar o grave problema da corrupção administrativa.

Importa a seguir analisar o reflexo disso na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

5.2. Exame de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Observo que para tanto foram pesquisados e analisados setenta e um (71) julgados no período de 01/01/2013 a 31/12/2014, utilizando-se como filtros de pesquisas as palavras e/ou expressões: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ELEMENTO SUBJETIVO – ART. 11 – LEI n. 8.429/92.

Constatou-se em todos os casos pesquisados um fiel alinhamento à orientação hegemônica, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, referente ao tema, através de reprodução incansável de expressões consagradas: “*Não se pode confundir **improbidade** com simples ilegalidade. A **improbidade** é ilegalidade tipificada e qualificada pelo **elemento subjetivo** da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de **improbidade**, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10”.*

Dos setenta e um (71) julgados pesquisados, quatro (4) foram trazidos à colação, em razão de suas adequações e pertinências ao objeto da presente tese.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O Ministério Público ingressou com a presente ação, imputando aos réus a prática de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10, caput, e artigo 11, caput, todos da Lei nº 8.429/92. Alega o autor que as rés Regina Arlete Trein e Ambrozina Portella Ponsoin separaram livros, revistas e dicionários que entendiam dever ser inutilizados, totalizando vinte caixas de material. Destaca que, no mesmo contexto fático, as corrés Lia Mara e Cledeci compareceram na Biblioteca Municipal e autorizaram o descarte e a venda dos livros para a empresa de reciclagem Comércio de Sucatas Geller, com lesão ao erário apurada em R\$ 252,00. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO ART. 10, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/92. A configuração do tipo do art. 10 da LIA é a ofensa lesiva ao patrimônio público financeiro, e sua configuração depende da presença dos seguintes requisitos: ação ou omissão ilegal do agente público no exercício de função pública, derivada de má-fé, desonestidade (dolosa ou culposa) e causadora de lesão efetiva ao Erário. Em que pese a inobservância pelas rés do art. 17, II, da Lei nº 8.666/93, que dispõe obrigatoriedade de avaliação prévia e licitação para a alienação de bens públicos móveis, e a presença de dano ao erário apurada em R\$ 252,00, não se verifica a intolerável incompetência administrativa ou desonestidade no agir das rés, isto é, não estão presentes o dolo ou culpa grave que compõem o elemento subjetivo do art. 10 da Lei nº 8.429/92. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO ART. 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/92. O art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa tem aplicação residual (cláusula de reserva), isto é, incide somente quando não configurados os tipos legais dos artigos 9º e 10 do mesmo diploma legal. Deve-se ter presente, todavia, que nem toda violação do Princípio da Legalidade implica a incidência do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Conforme adverte Pazzaglini Filho, se tal premissa fosse verdadeira, qualquer ação ou omissão do agente público contrária à lei seria alçada à categoria de improbidade administrativa, independentemente de sua natureza, gravidade ou disposição de espírito que levou o agente público a praticá-la. Consoante orientação do Eg. Superior Tribunal de Justiça: "Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas

descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10". No caso dos autos não há dolo eventual ou genérico de atentar contra os princípios da Administração Pública. Tal circunstância é constatável das conclusões da Comissão aludidas, que, dentre outras considerações, entendeu pela necessidade imediata de uma Comissão de Descarte - a qual se presume que até então não existia - e depósito da arrecadação da venda do material de descarte junto à Tesouraria do Município, do que não se afasta substancialmente o proceder das rés. Pode-se concluir, portanto, que houve meras irregularidades funcionais no agir das rés, contudo, não se configurou desvirtuação da finalidade pública do agir das servidoras, afastando a incidência do art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa. APELOS PROVIDOS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (Apelação Cível Nº 70057008088, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 04/12/2014)

Na cidade de Ibirubá-RS, o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública por Atos de Improbidade Administrativa” contra **quatro servidoras do Município**, para apurar a prática de atos de improbidade administrativa, traduzidos no descarte e alienação indevidos de grande quantidade de material escolar, a maior parte intacto e sem uso, da Biblioteca Municipal de Ibirubá durante o mês de junho de 2009. A acusação era de lesão ao patrimônio público municipal (R\$ 250,00), bem como atentado contra o Princípio da Legalidade ao descartarem indevidamente, ou seja, sem respaldo legal, livros, revistas e dicionários do acervo da Biblioteca Municipal.

A defesa das rés objetivou em resumo: 1) Os livros descartados eram inservíveis e não eram considerados material permanente, de acordo com a Lei nº 4.320/64 c/c o art. 18 da Lei Federal nº 10.753/03, que instituiu a Política Nacional do Livro, sendo possível o seu descarte; 2) Ausência de prejuízo ao erário, uma vez que os alfarrábios descartados foram vendidos por R\$ 252,00 para o reciclador, tendo sido adquiridos livros novos no valor de R\$ 140,00. Assim, na hipótese de manutenção da sentença condenatória, deveria ser valor de R\$ 112,00, que é a respectiva diferença; 3) Não tinham intenção de auferir lucro de forma que o ato não compromete a moralidade nem atinge o erário, saindo do raio de abrangência da Lei nº 8.429/92; 4) Ressalvam que a violação de princípios a que se refere o art. 11 da Lei de Improbidade não pode ser atribuída a quem não tinha consciência destes nem intenção de fraudá-los.

A ação em 1º grau foi julgada procedente, condenando as rés pela prática dos atos de improbidade dos arts. 10, “caput” e 11 “caput” da Lei 8429/92, ao ressarcimento do dano

causado mais multa fixada. Não se tem os argumentos da sentença que foi reformada pelo acórdão em estudo.

O que se extrai do aresto, para além das teses já consagradas em nível de doutrina e jurisprudência, ou seja, de que "Não se pode confundir **improbidade** com simples ilegalidade. A **improbidade** é ilegalidade tipificada e qualificada pelo **elemento subjetivo** da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de **improbidade**, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" etc, foi o fato de o julgador reconhecer, ainda que *a latere* a possibilidade de dolo genérico para a configuração da improbidade tipificada no art. 11 "caput" da LIA; bem como o fato de realizar, tal como proposto no presente trabalho, acurado e percuciente exame probatório do elemento psicológico, que, como já visto está no tipo e prova-se através da exteriorização da conduta do agente no sentido da prática do fato típico, ou seja se prova através das circunstâncias do fato e que no caso foram bem analisadas no voto do relator, que concluiu pela ausência do elemento volitivo na conduta das réus, que não tiveram a intenção de violar nenhum princípio ou norma da administração, porque não tinham a consciência da ilicitude, nem a intenção de obter lucro em detrimento da Administração, ou seja, não tinham má-fé.

Ementa: AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO GARIBALDI. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI Nº. 8.429/92. AGIR ÍMPROBO DOS RÉUS. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não há cerceamento de defesa quando o juiz indefere pedido que se mostra desnecessário ao deslinde da controvérsia. No caso dos autos, a reprodução de DVD em audiência não era mesmo necessária. Agravo retido desprovido. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES DE CARÁTER REPRESSIVO DA LIA. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO AGENTE QUE NÃO SE ADMITE. A improbidade administrativa não se confunde com mera ilegalidade, mormente ante o caráter repressivo das sanções aplicadas pela Lei nº 8.429/92. A configuração do ato ímprobo depende da prova do elemento subjetivo da conduta do agente público, não se admitindo a sua responsabilização objetiva. Não comprovado que os apelados praticaram a conduta prevista no artigo 11, I, da LIA, tampouco o dolo genérico de violar os princípios

que regem a Administração Pública, o juízo de improcedência da demanda se impunha, devendo ser mantido. AGRAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70060429636, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 30/10/2014).

Trata-se de ação civil pública fundada na prática de ato de improbidade administrativa movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra o Vice-Prefeito de Garibaldi e também contra dois advogados da cidade, em virtude de ter o primeiro, valendo-se da autoridade do cargo de Prefeito em exercício, patrocinado direta e indiretamente os interesses de determinada família no que se refere à aprovação de projeto de obra de construção civil em prédio antigo do Município de Garibaldi. Os demais réus teriam pactuado ou aquiescido com as condutas ímprobadas imputadas ao, dando “o suporte necessário para que não transparecesse a vinculação entre eles mantida, litigando em juízo em pólos distintos” (fl. 02 v).

A ação foi julgada improcedente tanto em 1º quanto em 2º grau, porque não comprovado o dolo. No que interessa ao estudo, muito embora o acórdão tenha repisado as teses consagradas relativamente a esse tipo de improbidade (impossibilidade de responsabilidade objetiva, mera ilegalidade não a caracteriza, necessidade de prova do elemento volitivo), afirmou, *a latere*, a possibilidade de dolo genérico para a configuração da improbidade na espécie. De outro lado, em consonância com o proposto neste trabalho, constatou-se o acurado e percuciente exame probatório do elemento psicológico.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/92. MONITORA DE ABRIGO. UTILIZAÇÃO DE VIOLÊNCIA FÍSICA E VERBAL, COMO TÉCNICA DE DISCIPLINA, CONTRA MENORES INTERNOS. NÃO-COMPROVAÇÃO. Para configuração do agir ímprobo perpetrado com base no art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, exige-se o elemento subjetivo, o dolo, ou seja, a vontade livre, consciente e deliberada em agir de forma atentatória aos princípios da Administração, incorrendo em ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Condutas bastante graves imputadas à servidora estadual que não restaram suficientemente comprovadas, inexistindo a prova do dolo em utilizar de violência e agressividade

contra os adolescentes internos de instituição assistencial, sendo impositivo o desprovemento das apelações. POR MAIORIA, APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70043071000, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 08/08/2013).

Na cidade de Uruguaiana, o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra servidora estadual, narrando, em síntese, que a demandada de forma reiterada utilizou de violência e agressividade contra crianças e adolescentes abrigados nos estabelecimentos de proteção nos quais exerceu o ofício de monitora, objetivando a condenação da demandada por prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, aplicando-lhe as sanções previstas no artigo 12, inciso III, do mesmo diploma legal (**perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil**). A ação foi julgada improcedente em 1º grau e em 2º a relatoria originária estava reformando a sentença para condenar a ré por improbidade administrativa nos termos da inicial, contudo prevaleceu o voto divergente do revisor e relator para o acórdão que apontando falhas, irregularidades e contradições na prova, manteve o juízo de improcedência do 1º grau. O julgado não apresentou divergência do entendimento dominante na espécie em relação ao elemento subjetivo, no entanto evidenciou o trabalho esmerado e efetivo do revisor/relator no exame preciso da prova, no sentido do que foi destacado no presente trabalho.

Ementa: ADMINISTRATIVO. ATOS DE IMPROBIDADE. ARTIGO 11, CAPUT, LEI Nº 8.429/92. ATO DE IMPROBIDADE E DOLO OU CULPA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO VOLITIVO. As infrações à probidade administrativa, capituladas no artigo 11, caput, Lei nº 8.429/92, reclamam dolo, componente anímico este afastado da conduta do embargado, afastado das funções de Prefeito Municipal quando das irregularidades envolvendo procedimento licitatório, somente vindo a praticar, posteriormente, atos praticamente de formalização ou execução do que já se apresentava irreversível. Não criou a Lei de Improbidade sistema punitivo tendo por base responsabilidade objetiva, descabendo ver-se ação ímproba quanto a fatos verificados durante o afastamento do Prefeito Municipal, que somente veio a praticar atos de formalização. (Embargos

Infringentes Nº 70059819128, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 27/06/2014).

Trata-se de Embargos Infringentes visando à manutenção do voto divergente que na câmara condenou Prefeito Municipal por improbidade administrativa, juntamente com outros, por terem participado de simulação fraudulenta de licitação. Em suma, o Ministério Público ajuizou ação de improbidade sustentando ser a licitação tipo convite nº 010/2006, do Município de Ametista do Sul, jogo de cartas marcadas em prol da demandada Pedreira M. J. O. Ltda., evidenciado isso em já ter a prestação de serviços de 2.000 metros lineares de perfuração e detonação na Rua Pedro de Castro e Getúlio Vargas visando à realização da “Expopedras” antes, até, de iniciado o processo licitatório. Na Câmara, o Prefeito restou absolvido, porque não provado o dolo, mas condenados os demais que participaram do simulacro. O voto divergente manteve a condenação dos demais envolvidos e acrescentou a do Prefeito. No julgamento a Câmara entendeu que o Prefeito não foi responsável pelo início da licitação, embora tenha assinado o termo de homologação e adjudicação:

“... o Prefeito Municipal homologou a licitação e assinou o contrato, sem que tivesse conhecimento sobre irregularidades e questões técnicas, ausente demonstração de que o mesmo tenha participado, de alguma forma com a simulação promovida, não tendo o autor feito a devida comprovação neste sentido, não observando o ônus probatório que lhe é imposto, à luz do que dispõe o artigo 333, I, do CPC”.

Já o voto dissidente sustentou não se poder afastar a participação de Paulo Mezzaroba, Prefeito Municipal, por incogitável estivesse este alheio à irregular contratação de obra de exponencial relevo para a comunidade de Ametista, sendo dele, ainda, a subscrição do termo de homologação e do próprio contrato administrativo. Destaca-se do voto divergente:

“...Ocorre que o demandado, a despeito de não ter iniciado o processo administrativo licitatório, firmou o termo de homologação e adjudicação em 08/03/2006 (fl. 73), autorizou a emissão do empenho parcial do valor à empresa vencedora do certame também em 08/03/2006 (fl. 74), e também assinou o contrato administrativo sobre o qual se trata nos autos na mesma data (fls. 75-77). Ainda, constou como responsável na súmula do contrato publicado no periódico de circulação no Município (fl. 79). Neste ponto, vale repisar a evidente impossibilidade de que a obra iniciada em 08/03/06 tenha sido concluída em 16/03/2006, mormente considerando o prazo de realização acordado de 30 dias. A ilação é confortada pela prova testemunhal.

Por outro lado, não se pode ignorar que as obras contratadas se destinavam ao mais importante evento promovido pela cidade – ‘Expopedras’ –, de evidente interesse da comunidade, e principalmente do Poder Executivo Municipal.

Aliás, conforme consta no site do Município, *‘A principal atividade econômica do município com aproximadamente 75% do movimento é o Setor Mineral com a extração de pedras preciosas e semi-preciosas, como a Ametista, Topázio, Água e outras’*.

Com efeito, não vejo como afastar o conhecimento do Prefeito Paulo Mezzaroba sobre as circunstâncias envolvidas na contratação que firmou, também pelo pequeno porte do município, com população de 8.440 habitantes (informação também disponibilizada no site).

Em outras palavras, não me parece crível que num pequeno Município, e às vésperas do mais importante evento municipal de ocorrência bienal, o Prefeito não tenha qualquer conhecimento da simulação praticada na contratação de obras destinadas ao próprio evento.

Reunidas e bem ponderadas tais circunstâncias, não vejo como afastar a responsabilidade do Prefeito Paulo Mezzaroba, mas condenar apenas os demais réus. Os elementos de convicção obrigam solução inversa, pois são suficientes a evidenciar a atuação dolosa também do Prefeito, que detinha pleno domínio das circunstâncias tanto na ocasião em que homologou e adjudicou a licitação, como na que assinou a contratação e autorizou a emissão de empenho parcial”.

Não obstante, mantida a divergência, a maioria votou com o relator, que manteve a absolvição do Prefeito, entendendo não ser possível reconhecida participação dolosa no simulacro, por, ao retornar, ter assinado atos que nada mais representavam formalização de realidade a que não dera causa, sendo excessivo exigir-lhe a revogação do procedimento licitatório ou deixasse de pagar serviços já realizados. Ressaltou, ainda, a exigência legal de comprovação do elemento subjetivo, no caso o dolo (art. 11) para a configuração da improbidade.

Ainda que se possa questionar a tese vencedora, nos termos precisos do voto divergente (não ser crível que num pequeno Município, e às vésperas do mais importante evento municipal de ocorrência bienal, o Prefeito não tenha qualquer conhecimento da simulação praticada na contratação de obras destinadas ao próprio evento), as possibilidades conclusivas do caso concreto, numa perspectiva extensiva do elemento subjetivo do caso, certamente a conclusão seria outra, eis que a hipótese se ajusta à caracterização da modalidade culposa.

Forçoso, pois indagar se, a partir extensão de significados que a LIA dá em termos de alcance e aplicação – associado ao conceito amplo de servidor que descreve, é possível ou razoável aceitar-se a tese de obrigatoriedade somente do dolo como elemento subjetivo preponderante na conduta do agente político que viola princípios da administração pública para fins de caracterizar, ou não, ato de improbidade? A resposta a tal questão pretendo dar no tópico a seguir.

5.3. A concepção extensiva culpa como elemento subjetivo na configuração da Improbidade do art. 11, a partir de uma adequada compreensão dos bens jurídicos tutelados na LIA

Como se viu, os julgados do TJRS acerca do elemento subjetivo da Improbidade Administrativa, indicam a necessidade de sua constatação para a configuração do improbo, sem, no entanto, fazer as devidas delimitações conceituais que adequado enfrentamento do tema exige.

Por outro lado, os arestos não avançam na direção oposta ao entendimento consagrado no STJ e dominante tanto na jurisprudência quanto na doutrina no sentido de somente admitir a modalidade culposa para as hipóteses do art. 10 da LIA.

Especificando, na doutrina brasileira quatro são as posições acerca da modalidade culposa como ato de improbidade administrativa: (i) constitucionalidade; (ii) constitucionalidade com ressalvas; (iii) inconstitucionalidade; e (iv) imprecisão legislativa da modalidade culposa do ato de improbidade.

A **primeira corrente** defende a **constitucionalidade da modalidade culposa** do ato de improbidade do art. 10, da Lei nº 8.429/1992. Entende que o dolo não foi exigido expressamente pelo artigo 37, § 4º, CF/1998, não sendo essencial para todo e qualquer espécie de improbidade. Dessa forma, estaria dentro do âmbito de conformação do legislador ordinário estabelecer a modalidade culposa e foi o que fez para as hipóteses do art. 10º, da Lei nº 8.429/1992.

O elemento subjetivo dolo é pressuposto indispensável para a improbidade estabelecido para os casos de enriquecimento ilícito (art. 9º) e como violação aos princípios da Administração Pública (art. 11), enquanto pode ser o dolo ou culpa em relação à improbidade

que causa dano ao erário (art. 10).^{63, 64} O elemento subjetivo integra a tipicidade, dos atos de improbidade administrativa, sendo que a culpa só se aplica aos do art. 10.

Nesse sentido, Filho (2009) argumenta que o elemento subjetivo dolo é pressuposto indispensável para a improbidade como enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429 de 1992) e como violação aos princípios da administração pública (art. 11), enquanto o elemento subjetivo poderia ser com dolo ou culpa em relação à improbidade como danos ao erário (art. 10).

Veja-se:

O elemento subjetivo é o dolo ou culpa, como consta do caput do dispositivo. Neste ponto o legislador adotou critério diverso em relação ao enriquecimento ilícito. É verdade que há autores que excluem a culpa, chegando mesmo a considerar inconstitucional tal referência no mandamento legal. Não lhes assiste razão, entretanto. O legislador teve realmente o desiderato de punir condutas culposas de agentes, que causem danos ao erário. Aliás, para não deixar dúvida, referiu-se ao dolo e à culpa também no art. 5º, que, da mesma forma, dispõe sobre prejuízos ao erário. Em nosso entender, não colhe o argumento de que a conduta culposa não tem gravidade suficiente para propiciar a aplicação de penalidade. Com toda a certeza, há comportamentos culposos que, pela repercussão que acarretam, têm maior densidade que algumas condutas dolosas. Além disso, o princípio da proporcionalidade permite a perfeita adequação da sanção à maior ou menor gravidade do ato de improbidade. O que se exige, isto sim, é que haja comprovada demonstração do elemento subjetivo e também do dano causado ao erário. Tanto quanto na improbidade que importa em enriquecimento ilícito, não há ensejo para a tentativa (IDEM, 2009).

No mesmo sentido, Decomain afirma que:

[...] a culpa, em sentido estrito (negligência, imperícia ou imprudência), pode ser tipificada como um ato de improbidade que causa prejuízo ao erário (art. 10). Assim, mesmo que o dano ao Erário não seja impingido propositalmente, a situação poderá caracterizar-se como improbidade.(DECOMAIN, 2007).

A **segunda corrente** também admite a modalidade culposa de improbidade prevista no art. 10. No entanto, acrescenta um requisito: **a gravidade da culpa**. Não é qualquer culpa que

torna apto o reconhecimento da improbidade. Apenas quando o agente público falta com dever de “cuidado objetivo” ou comete ato eivado de “culpa grave” é que se poderia reconhecer a improbidade administrativa. Luiz Alberto Ferracini, ao comentar o mencionado art. 10, explica que a improbidade relaciona-se à má-fé para prejudicar o Poder Público. Segundo o autor:

culpa seria a falta pelo agente público, de “cuidado objetivo”. “Em face disto, a observância do dever de diligência necessária e a imprevisibilidade objetiva excluem a tipicidade do fato. A imprevisibilidade pessoal exclui a culpabilidade”. Assim sendo, incidindo ao agente público a imprevisibilidade dos elementos acima, o fato ser atípico (MARTINS JÚNIOR, 2009)

Osório (2007), por sua vez, mudando de posicionamento, também passou a admitir a modalidade culposa de improbidade no art. 10, sob dois fundamentos, quais sejam, (i) a inexistência de uma regra geral que vede a improbidade a título de culpa e (ii) a liberdade de que dispõe o legislador, democraticamente legitimado, para proceder a tal regulamentação. Ainda assim, o jurista aborda o problema em termos mais estreitos.

Inicialmente, explica que não é qualquer lesão ao erário, mas sim uma “lesão grave” que acarreta a improbidade, mesmo se desprovida de dolo. A gravidade é esmiuçada, em seu texto, por uma série de conceitos como “a eficiência funcional mínima”, “desvalor da conduta”, “desvalor do resultado”, “violação grosseira ao dever de cuidado objetivo”, “lesão ao bem jurídico tutelado” e “agressão grave à cultura político-administrativa vigente”. Em seguida, continua a explicação, afirmando que a improbidade não é o erro profissional dentro de uma margem razoável, porque a Lei de improbidade procura punir agentes públicos inábeis, mas sim os desonestos. Justamente por isso, o reconhecimento da improbidade culposa, segundo o autor, demanda um juízo valorativo por meio de uma apreciação racional, razoável, proporcional e justa do fato ilícito.

Em relação à corrente que admite a constitucionalidade da medida com ressalva, devemos destacar a doutrina de Rothenburg (2002).

O autor traz uma variação da segunda corrente ao estender a aplicação da modalidade de culpa grave para as demais hipóteses de improbidade previstas nos artigos 9º e 11, tendo em vista a redação do art. 5º, que se caracteriza como “norma geral do microssistema (*sic*) normativo estabelecido pela lei 8.429/92”. O autor exemplifica esta proposição com a redação art. 11, VII, que comportaria perfeitamente a culpa do agente – “revelar ou permitir que chegue

ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço da mercadoria, bem ou serviço”.

A extensão da aplicação da modalidade culposa também é defendida por Dal Bosco (2004), com a exceção de sua aplicação ao art. 9º, pois os atos que importam enriquecimento ilícito, por sua natureza, não suportariam a culpa. A autora segue a posição de Marino Pazzaglini Filho ao escrever sobre a redação do art. 9º, dizendo que esta não comporta atos de negligência, imprudência ou imperícia, conforme se destaca no trecho:

Todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido,”além do que, e impossível supor que o “agente desconhece a proibição de se enriquecer às despesas do exercício de atividade pública, ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há pois enriquecimento ilícito imprudente ou negligente.” (DAL BOSCO, 2004).

Apesar de negar a culpa para os casos do art. 9º, Dal Bosco afirma que a aplicação é perfeita ao art. 11. Em suas palavras:

[...] o art. 11 da Lei nº 8.429/92 é dirigido aos agentes públicos, assim entendidos os especificados no art. 2º da Lei. Veja-se, ainda, que a lei aqui considera tanto as ações, como as omissões do agente, que importem em atos de improbidade atentatórios aos princípios constitucionais e violação de deveres que menciona. Assim, da mesma forma que o art. 10, o 11 abrangem, também, a conduta culposa, o que não ocorre no art. 9º (IDEM).

Em crítica a esse entendimento, Fazzio Júnior observa incoerência da corrente da culpa grave. Não teria sido a intenção do legislador punir apenas nos casos de “culpa grave” as condutas do art. 10 e, sobretudo, haveria impropriedade no uso desse termo. Interpretar como “culpa grave” a modalidade culposa prevista no *caput* do art. 10 seria um equívoco, porque esta se iguala ao dolo. A equiparação do dolo à culpa grave é feita por outros autores, igualmente (citado por GONÇALVES, 2010). A conduta culposa do *caput* deve ser entendida como a falta de atenção evitável ao homem médio.

A **terceira corrente** defende a **inconstitucionalidade da modalidade culposa** de improbidade administrativa e sugere uma interpretação do art. 10, conforme o artigo 37, § 4º, CF/1988. De início, argumenta-se que o conceito de Improbidade Administrativa está delineado implicitamente no referido artigo da Constituição. A improbidade não seria a simples violação à ordem jurídica ou a legalidade. Para ser considerado ímprobo, faz-se necessária uma ofensa à moralidade administrativa, que resulte em enriquecimento ilícito, obtenção de vantagem para si ou outrem ou que cause dano ao erário. Do contrário, não se justificariam as pesadas sanções definidas na própria Constituição e delimitadas pela Lei nº 8.429/92.

Os autores, que endossam a terceira corrente, admitem apenas a conduta dolosa, ou seja, a vontade deliberada do agente público, como tipificadora do ato de improbidade. Do contrário, teríamos um ato culposo violador da moralidade e, mesmo, da legalidade, mas que não é qualificado como ímprobo (MATTOS, 2004). Nesse Sentido, Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (2003)

Outro argumento utilizado para restringir a improbidade à modalidade culposa é a figura da boa-fé. Se o agente atuou com boa-fé, sem a intenção de lesar o erário, não pode sofrer as mesmas pesadas sanções aplicáveis ao agente desonesto e ímprobo.

No mesmo sentido, escreve Marcelo de Figueiredo ao afirmar que faltou ao legislador inconstitucional a devida consideração ao princípio da razoabilidade quando considerou qualquer ação culposa, que importe em lesão ao erário, como um ato de improbidade administrativa. O autor supõe o exemplo do agente que causa uma pequena lesão ao erário involuntariamente, por meio de uma omissão culposa, as sanções aplicáveis seriam desproporcionais. Maria Goretti Dal Bosco também segue o ensinamento do autor: “Se não for inconstitucional, [...], pelo menos aquele dispositivo deveria ser interpretado conforme a Constituição.” (DAL BOSCO, 2004).

O tratamento sancionatório dispensado aos agentes de boa-fé e má-fé, previsto no art. 12 da Lei nº 8.429/92, não deve ser o mesmo, pois a igualdade e a razoabilidade/proporcionalidade restariam desatendidas.

As sanções aplicáveis, como a perda do cargo, suspensão dos direitos políticos por oito anos, proibição de contratar com o Poder Público, dentre outras previstas no art. 12, II, são amplamente desproporcionais quando recaem sobre o agente que pensa agir de acordo com a lei e com o interesse público, lastreado na boa-fé, mas que, por inabilidade ou falta de diligência, na verdade, fere a probidade administrativa.

Isso não significa que o autor da conduta não será punido, por exemplo, em processo administrativo que possa, até mesmo, resultar a sua demissão. Mas nele não recaíram as pesadas sanções da improbidade.

A quarta corrente, por fim, chega a conclusões semelhantes por caminhos diversos, defendendo a imprecisão legislativa da modalidade culposa do ato de improbidade. Interpreta-se a referência à culpa no art. 10 da Lei de Improbidade, como uma imprecisão do legislador, razão pela qual não deveria ser levada em consideração.⁸⁶ Essa corrente é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A autora enxerga uma relação necessária entre a conduta do agente com a má-fé para que haja improbidade. Apenas um comportamento desonesto merece ser punido como improbidade. De acordo com suas palavras:

A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. [...] Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.(DI PIETRO, 2005)

Em que pese os argumentos da primeira corrente, relativa a opção do legislador pela culpa no art. 10, a adoção da modalidade culposa de improbidade pura e simples parece violar o princípio da proibição do excesso admitir que há uma modalidade culposa sem quaisquer parâmetros confiáveis (primeira corrente). No entanto, assumir a culpa como inconstitucional pura e simplesmente não é uma interpretação conforme que pode ser extraída dos limites semânticos do enunciado normativo do art. 37,4º, CF/1998 (terceira corrente). Não há qualquer vedação a regulamentação da modalidade culposa pelo legislador. Tampouco há elementos confiáveis para considerar uma omissão do legislador (quarta corrente). Rejeitadas a primeira, terceira e quarta corrente, resta a segunda que reconhece a modalidade culposa de improbidade, se houver culpa grave e boa-fé para todos os casos de ato de improbidade (art. 9º, 10 e 11).

No campo da jurisprudência, conforme explicitado anteriormente, a controvérsia reside no caput do art. 10, da Lei nº. 8.429/92 que expressamente prevê a conduta dolosa ou culposa como ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário.

O Superior Tribunal de Justiça exige a comprovação do elemento subjetivo, sendo que a culpa só cabe nos casos previstos no art. 10, da LIA.

Nesse sentido, embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.

As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.

Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10¹⁹.

Depreende da leitura dos arestos que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou a tese de que é indispensável a existência de dolo nas condutas descritas nos artigos 9º e 11, da Lei nº. 8.429/92 e, ao menos culpa nas hipóteses do artigo 10 do mesmo diploma legal, sendo imprescindível a comprovação de dano ao erário.

De acordo com o Ministro Castro Meira, a conduta culposa ocorre quando o agente não pretende atingir o resultado danoso, mas atua com negligência, imprudência ou imperícia.

Portanto, a jurisprudência, de forma cautelosa, tem aceitado condenações por improbidade administrativa na forma culposa.

Os entendimentos predominantes, tanto a nível de doutrina, quanto de jurisprudência admitem a modalidade culposa como caracterizadora do ato de improbidade, somente na hipótese típica do art. 10, não permitindo sua extensão para as hipóteses dos arts. 9 e 11.

Penso, contudo que tais entendimentos estão a merecer uma revisão à luz do que se entende por bens juridicamente tutelados na Lei de Improbidade.

¹⁹STJ, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJE 28/09/11.

Os atos que atentam contra os princípios da administração pública, insertos no art.11, fazendo referência explícita às ações ou omissões que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e, de forma indireta, a todos os demais princípios (constitucionais e infraconstitucionais) impostos à Administração, a meu sentir são os mais fragilizados em termos de proteção, não só porque se apresentam de forma mais aberta em termos de atribuição de sentido²⁰, mas fundamentalmente porque os Tribunais têm dificultado a sua punição quando, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça reclama a presença do elemento subjetivo à caracterização da improbidade administrativa, tendo em vista que ela se resume em uma imoralidade qualificada. Sendo assim, a má-fé deve ser identificada, pois do contrário haverá atipicidade de conduta, tendo em vista que a boa fé é a antítese do ato imoral e devasso²¹; ademais, na percepção deste Tribunal, o objetivo da LIA é punir o administrador público desonesto e não o inábil ou incompetente:

Recurso Especial. Administrativo. Ação de Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Ausência de dolo. Improbidade da ação. 1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa. 2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade. 3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. ps. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611)."De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006) 4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público

²⁰Como bem alerta GARCIA Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 210, além da tipologia eminentemente aberta constante do caput do art. 11, idêntica técnica legislativa foi adotada na confecção dos incisos do referido dispositivo, alcançando um vasto espectro de atos ilícitos praticados pelos agentes públicos.

²¹Ver a decisão STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 1023904/RJ, 1ª T., DJ de 03/08/2010.

(art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 5. Recurso especial provido.²²

Com tal decisão o Poder Judiciário resolveu que o ato administrativo ilegal somente adquire status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica viola um dos tipos descritos na lei de regência por *inconfundível má fé do agente público*, sendo que, *nos casos do enriquecimento ilícito e também na violação de princípios constitucionais da boa administração pública*, **o elemento subjetivo do tipo é o dolo**, isto porque não houve referência normativa explícita à culpa, como seria necessário, não se enquadrando como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, imperícia ou negligência. Poderá constituir infração funcional e gerar a aplicação de penalidade, conforme a lei de incidência, mas não se amoldará à improbidade administrativa.

Creio não ser esse o melhor entendimento pois parece esquecer o que dispõe os arts.3º e 4º, da norma, quando asseveram de forma clara que as suas disposições são aplicáveis àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta; e, ademais, que os agentes públicos, de qualquer nível ou hierarquia, são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. Se a norma tem tal abrangência em termos de sujeitos passivos, como sustentar a justificativa de exculpar atos culposos nesta seara, aceitando implicitamente a hipótese de que o desconhecimento da Lei afasta a responsabilidade do agente?

É possível, a partir desta vasta extensão de significado que a norma dá em termos de alcance e aplicação – associado ao conceito amplíssimo de servidor ora utilizado, descrito no art. 2º -, aceitar a tese da exclusividade do dolo como elemento subjetivo preponderante na conduta do agente político que viola princípios da administração pública para fins de caracterizar, ou não, ato de improbidade?

O Supremo Tribunal Federal, analisando instituto normativo distinto envolvendo os crimes praticados por Prefeitos e Vereadores, teve oportunidade de dizer que:

EMENTA Ação penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Tipo previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67. Denúncia. Tipificação inadequada. Emendatio libelli. Possibilidade. Ausência dos elementos objetivos do

²²STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n.º 734984/SP, 1ª T., DJ de 16/06/2008.

tipo. Mera ordenação de despesas não autorizadas por lei. Tipificação de crime diverso (art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67), a ensejar definição jurídica distinta daquela constante da queixa ou da denúncia (CPP, art. 383). Possibilidade. Prescrição em perspectiva. Inadmissibilidade. Dolo configurado. Infração reconhecida. Continuidade delitiva. Não ocorrência. Pena restritiva de direitos. Aplicação. Prescrição intercorrente consumada. Extinção da punibilidade decretada.

1. A peça acusatória, deixa claro que o primeiro denunciado, quando prefeito de Marília/SP, teria ordenado irregularmente a realização de despesas não autorizadas por lei.
2. Possível, no caso presente, aplicar a norma do art. 383 do Código de Processo Penal, que cuida da emendatio libelli, afastando, assim, a norma do inciso II do art. 1º do DL 201/67, indicada na denúncia, a qual define crime equiparado ao peculato de uso. Pode-se enquadrar, assim, o crime praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo no tipo penal previsto na norma do inciso V do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC nº 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19/5/95; HC nº 71.991-1/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 3/3/95; RHC nº 73.210-1/PA, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1º/12/95).
3. Descabida a análise antecipada sobre a ocorrência de prescrição sob a perspectiva de aplicação aos réus de pena inferior a dois anos pelas infrações que lhes são imputadas. Precedentes.
4. A incidência da norma que se extrai do inciso V do art. 1º do DL 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de ordenar ou executar despesa não autorizada por lei. Garante-se, assim, a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar a vontade livre e consciente dos agentes em realizar a conduta típica.
5. O crime em tela consumou-se de forma instantânea, mediante subscrição do contrato de locação e a conseqüente autorização para a realização das despesas não autorizadas por lei, conduta única, ainda que a situação antijurídica dela decorrente tenha se prolongado no tempo.
6. A perda de cargo ou a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação "não é automático, nem depende tão-só desses elementos objetivos; ao motivar a imposição da perda de cargo, função ou mandato, o juiz deve levar em consideração o alcance do dano causado, a natureza do fato, as condições pessoais do agente, o grau de sua culpa, etc., para concluir sobre a necessidade da medida no caso concreto". Doutrina.
7. Prescrição da pretensão punitiva intercorrente a ensejar a declaração da extinção da punibilidade dos agentes pela pena concretamente

estabelecida (CP, art. 107, IV c/c os arts. 109, VI, e 110, §§, com a redação anterior à Lei nº 12.234, de 2010).²³

Mas afinal, que bem jurídico é este o da moralidade que a LIA quer tutelar?

No caso particular da Administração Pública, em que as relações jurídicas não se encontram todas necessariamente tipificadas em normas escritas e fechadas em códigos, os princípios descritos, por exemplo, no art.37, caput, do texto constitucional, têm uma função importantíssima no sentido de viabilizar a interpretação e aplicação das regras existentes em face da dinâmica e das competências que lhe são próprias.

É neste sentido que Vigo²⁴ sustenta cumprirem os princípios jurídicos diversas funções distintas no sistema normativo, desde o aspecto de elucidação do sentido de uma norma ou conjunto delas, até a instituição de novas formulações jurídicas sobre a matéria que tratam.

A doutrina espanhola sobre o tema, por exemplo, sugere que: (a) as indeterminações das normas que surjam na base das diferentes possibilidades que se colocam à aplicação normativa, devem ser resolvidas da maneira que mais se aproxime ao que estabelecem os princípios; (b) devem ser rechaçadas todas as interpretações que conduzam a uma consequência que contradiga direta ou indiretamente o princípio.²⁵

De forma mais particular, Parejo Alfonso esclarece que os princípios são fórmulas condensatórias *de los valores y de los bienes básicos, del ordenamiento en su conjunto, justamente los que, por ello, lo organizan, lo articulan animando y dando vida a las instituciones y confiriendo así a aquél sentido de totalidad y de sistema coherente y cerrado (carente de lagunas)*.²⁶

Isto dá uma idéia bastante clara sobre a importância dos princípios que alimentam a Administração Pública, enquanto elementos inexoráveis no processo de constituição e interpretação de normas e ações individuais e coletivas, privadas e públicas, ocorrentes no

²³AP 441/ SP. AÇÃO PENAL. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Revisor(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 08/03/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-111. DIVULG 06-06-2012 PUBLIC 08-06-2012.

²⁴VIGO, Rodolfo. **Los principios generales del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p.36. No mesmo sentido ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol.I. Madrid: Técno, 1990, p.67, sustenta que *estos principios generales del derecho constituyen – en sentido ontológico – la causa y la base del ordenamiento porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido*.

²⁵Estou falando, por exemplo, de autores como: ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Técno, 1981, p.104; DE LA TORRE, Sanches. *Los principios clásicos del derecho*. Madrid: Paidós, 1981, p.122; PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1986, p.44.

²⁶ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho Administrativo**. Madrid: Ariel, 2003, pg.352. Insiste o autor que estes princípios são efetivamente de direito, *porque no están fuera (no son derecho natural y, menos aún, moral o ética), sino dentro de éste, son reglas estrictamente jurídicas*. Tratei destes temas também em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

cotidiano do mundo da vida. Significa dizer que esses princípios, de um lado, servem de muro de contenção às investidas de ações públicas e privadas dos atores sociais, devendo todos respeitar tais garantias e não violá-las, seja a que título for; de outro lado, também se apresentam como objetivos a serem perseguidos pelas autoridades a quem são atribuídas tais responsabilidades, notadamente estatais, pois não podem ficar na dependência da sensibilidade do mercado das relações de produção e da exploração virtual e especulativa.

Não é nesse sentido, todavia, a orientação do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que:

Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos a título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que **apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa**. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.

Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.²⁷

Na verdade, em tempos mais remotos, a mesma Corte já sustentava o argumento de que *não são ímprobos meras irregularidades* na gestão da coisa pública quando suscetíveis de correção administrativa!²⁸

²⁷STJ, Segunda Turma, REsp 842428 / ES, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 24.04.2007, DJ 21.05.2007. Grifo meu. Ver também as decisões: STJ, Primeira Turma, REsp 751634 / MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 26.06.2007, DJ 02.08.2007; STJ, Segunda Turma, REsp 842.428-ES, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 24.4.2007. Informativo nº 318 Período: 23 a 27 de abril de 2007; STJ, Primeira Turma, REsp 751634 / MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 26.06.2007, DJ 02.08.2007. Mais recentemente, ver os julgados: (a) REsp 1.192.056-DF, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para o acórdão Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17/4/2012; (b) REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12. Grifos meus.

²⁸ AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. 1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito(art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à

Mas o que são meras irregularidades suscetíveis de correção administrativa? Por acaso a violação dos princípios informativos de exercício do poder público podem ser tolerados dependendo da condição subjetiva do agente que o faz (culposa ou dolosamente)?

Ou ainda poder-se-ia pensar na hipótese de aplicar a estas irregularidades o raciocínio da bagatela, criando uma métrica de dano à moralidade e instituições públicas? É curioso que, sobre isto, o STJ já tenha se pronunciado:

PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. PREFEITO. O tribunal a quo condenou o paciente à pena de reclusão de cinco anos, em regime semiaberto, pela prática da conduta prevista no art. 1º, I, do DL n. 201/1967, porque, no exercício do cargo de prefeito, concordou com a emissão de documento fiscal apto a justificar despesa que, atualmente, seria cerca de R\$ 600, referente a uma festa oferecida a convidados especiais. **A Turma, entre outras questões, entendeu ser inaplicável o princípio da insignificância aos crimes praticados por prefeito, em razão de sua responsabilidade na condução dos interesses da coletividade.** A conduta esperada de um chefe da Administração municipal é a obediência aos mandamentos legais, com a obrigatoriedade de agir sempre pautado em valores éticos e morais, respeitando os compromissos funcionais firmados quando da aceitação do cargo. Quanto à questão da dosimetria da pena, a Turma verificou que o decreto condenatório carece de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado e, tendo sido reconhecida a inexistência de qualquer característica judicial desfavorável, reformou a sanção-base aplicando o mínimo legal, qual seja, dois anos de reclusão. Não havendo circunstâncias atenuante e agravante ou causas de diminuição e aumento de pena, fixou a pena definitiva naquele patamar. O teor do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP fixou o regime aberto para início do cumprimento da sanção reclusiva. Contudo, concedeu habeas corpus de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, nos termos dos arts. 107, IV, e 109, V, do CP.²⁹

Em âmbito local, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem repetido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, conforme se viu anteriormente.

moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. **No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa,** posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa. STJ - RESP nº 480387 – São Paulo. Rel. Min. Luiz Fux – DJ 24.05.2004. Grifos meus.

²⁹ HC nº 145.114-GO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma do STJ, julgado em 17/8/2010.

Como, pois, a partir das referências acima, pensar na possibilidade de não sancionar como ímprobos comportamentos imprudentes, negligentes e imperitos violadores de princípios da Administração Pública? Afinal, quais as diferenças que o Superior Tribunal de Justiça estabelece entre meras irregularidades e simples ilegalidades neste particular? Diante da sua natureza vinculante e fundacional não estariam tais princípios a obrigar o respeito incondicionado por todos – em especial pelos servidores públicos? Aliás, não é sem propósito que o art. 4º, da LIA, dispõe que *os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos*.

De que vale o Decreto nº 1.171, de 22/06/1994 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal), estabelecer, no Capítulo I, Seção I, de seu Anexo, que: a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos (I); o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal (II)?

Por mais que se defenda a aplicação do dolo eventual à caracterização da improbidade administrativa nos casos do art.11, nas circunstâncias em que o agente público sabe que o resultado lesivo pode ocorrer e mesmo assim ele age, aceitando-o; assume o risco de produzi-lo, já que, mesmo visualizando a possibilidade da ocorrência do ato ilícito, não interrompe a sua ação, admitindo, anuindo, aceitando, concordando com o resultado, isto ainda não é suficiente para dar conta do universo complexo de ações corruptivas que hoje se evidencia contra os interesses públicos, muitas delas ancoradas exatamente na exculpante da culpa ingênua e amadora de gestores não preparados tecnicamente para o exercício da função.

Claro que é possível haver situações em que o agente público que comete violação a princípio da Administração Pública não tenha desde o início de sua ação a vontade dirigida à obtenção do resultado violador e ilícito; o que ele quer é algo diverso, mas prevendo que o evento possa ocorrer, inexoravelmente assume assim mesmo o risco de causá-lo, restando aí

configurado o comportamento ímprobo³⁰, mas insisto, o objeto de proteção da LIA é mais amplo, dizendo com patrimônio moral e institucional que não pode ser depredado por condutas negligentes, imperitas ou imprudentes, não se podendo aplicar à espécie a mesma lógica restritiva do dolo penal à configuração da improbidade.

E isto porque todos os servidores têm a obrigação de conhecer os limites de suas ações sob o manto da legalidade, honestidade, transparência e responsabilidade, não podendo escusar-se de tal sob o argumento de desconhecimento da lei, o seu cumprimento parcial, como que podendo haver tolerância a atos de menor potencial lesivo à moralidade pública e aos seus princípios normativos vinculantes.

A definição hodierna do ato de improbidade administrativa traz consigo a conduta culposa do agente público ou terceiro, e enseja consequências práticas e duras ao agente.

Para tanto, tendo em mente que a corrupção é um fenômeno multifacetário e complexo e que seu enfrentamento deve levar em conta tal circunstância; considerando também que o objeto de proteção da LIA é mais amplo, dizendo com patrimônio moral e institucional que não pode ser depredado por condutas negligentes, imperitas ou imprudentes, não se podendo aplicar à espécie a mesma lógica restritiva do dolo penal à configuração da improbidade, é que, a partir de uma vasta extensão de significados que a norma dá em termos de alcance e aplicação, associado ao conceito amplíssimo de servidor descrito no art. 2º e dos bens jurídicos tutelados na LIA, se sustenta a necessidade de uma revisão daqueles entendimentos consagrados que vedam a possibilidade da culpa como elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade previsto no art. 11.

Nesse sentido, cada caso deve ser sopesado com cautela, incumbindo ao aplicador do direito realizar a subsunção do fato a norma, com a devida fundamentação e em obediência aos postulados da regra da proporcionalidade, resguardando os direitos fundamentais do agente público e concretizando essa importante ferramenta de combate à corrupção.

³⁰Ver os textos de: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 187; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito Penal*. Parte Geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 205 (alerta este autor para o fato de que o fundamental é que o dolo eventual apresente estes dois componentes: representação da possibilidade do resultado e anuência à sua ocorrência; assumindo o risco de produzi-lo.); REALE Jr., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 219 e seguintes.

6 CONCLUSÃO

Como não poderia deixar de ser, as conclusões que agora serão apresentadas são fruto da constatação que foi alcançada a partir da imersão na doutrina e na reflexão acerca do problema apresentado e da hipótese que, provisoriamente, formulou-se. Tais conclusões, porém, não podem ser tidas como definitivas, tampouco significa encerrar o debate acerca do problema apresentado. Pelo contrário, quanto mais se imerge no oceano, maior ele parece ser, da mesma forma, quanto mais se busca aprofundar-se no tema proposto, mais complexo ele apresenta-se e, por conseguinte, mais difícil de apreendê-lo e compreendê-lo. Por isso, as conclusões são parciais e, porque não, provisórias, haja vista que elementos não apresentados aqui (por razões de limites inerentes a qualquer trabalho acadêmico) podem levar a outros caminhos.

A complexidade que se desvela e reduz-se a partir da análise, traz consigo a incrementação da complexidade. Isso não é um problema, é apenas uma constatação que não pode ser desprezada, e sua vantagem para as ciências sociais resume-se no fato de obrigar o cientista a sempre buscar novas respostas para novos problemas, e melhores respostas para velhos problemas, tendo em vista que nem os problemas nem as respostas permanecem os mesmos.

Dito isso, quer-se destacar a importância da continuidade da reflexão acerca do tema e da busca contínua de novas respostas para o mesmo problema: como enfrentar e controlar a corrupção?

Para tal indagação, a hipótese era a de identificar a Ética Pública e sua densificação como instrumento de enfrentamento da corrupção. Com base nisso, partiu-se para o entendimento do fenômeno, constatando-se a sua complexidade.

A corrupção não pode ser atribuída a um momento histórico ou a um sistema econômico ou político. Em qualquer época e em qualquer situação ela pode se manifestar e invariavelmente o faz com sérias consequências para a sociedade em geral e também para o indivíduo em particular.

No Brasil, os casos de corrupção remontam ao período colonial e vão se apagando da memória ao longo do tempo. Os mais recentes tomam o lugar dos mais antigos, numa sucessão que parece interminável.

Casos como o da *Capemi*, escândalo de corrupção de 1983, no qual a Capemi, seguradora de vida e previdência decidiu se aventurar na Amazônia e desmatar área que seria inundada para a construção da usina Tucuruí no Pará;

Do *Banestado* envolvendo a soma aproximada de R\$ 150 bilhões e tendo como um dos envolvidos o então presidente do Banco Central, Gustavo Franco. O Caso teve origem a partir de uma portaria de Franco, permitindo que cinco agências bancárias em Foz do Iguaçu no Paraná, recebessem depósitos sem identificação do depositante, o que permitia a estrangeiros e residentes fora do país, transformar real em dólar. As agências eram dos bancos Real, Banestado, Bemge e Banco do Brasil. Agricultores e outras pessoas da região foram usadas como laranjas, recebendo dinheiro de doleiros para abrir contas e assinar talões de cheque. De Foz do Iguaçu o dinheiro seguia para a agência do Banestado de Nova York e para outros bancos dos Estados Unidos como o MTB Bank. Interessante é que esse caso de Foz do Iguaçu, ao que se depreende de uma leitura mais atenta da mídia, parece ser o embrião do emblemático caso de corrupção que envolve a estatal Petrobrás e que vem ocupando diuturnamente o espaço midiático no país. O caso do Mensalão e recentemente o próprio escândalo envolvendo a Petrobrás são exemplos que comprovam aquela assertiva.

No entanto, deve-se ter presente que este fenômeno não é exclusivo brasileiro. A corrupção ocorre com maior ou menor frequência ou reconhecimento na grande maioria dos países.

O sistema financeiro mundial só sobrevive com suas características atuais de setor hegemônico do capitalismo mundial, por causa da maciça lavagem de dinheiro oriundo do crime organizado, do tráfico de drogas e de seres humanos para a prostituição. Na culta Itália, com toda a sua experiência milenar, o notório Silvio Berlusconi é sabidamente tão ou mais corrupto que as nossas maiores expressões nessa área. No Japão pululam os políticos corruptos bilionários e um ou outro só sente vergonha disso quando tudo vem a público, o que o leva a suicidar-se. Na Holanda a própria família real, a Casa Orange, esteve envolvida em negociatas com a Boeing, só para citar alguns.

Os atos de corrupção são partes constitutivas do desrespeito generalizado que há na sociedade com o bem público, que perpassam os agentes privados e públicos e vão desde pequenos atos de desobediência, até desvios de vultosas somas de recursos públicos.

É, sem dúvida, um fenômeno generalizado e também multifacetário. É possível falar-se em **uma** corrupção? Existe um conceito, uma idéia que expresse um sentido único de corrupção? O desafio que a resposta a essa indagação projeta, é inversamente proporcional à resposta em si. A resposta à provocação é simples, mas complexo é o desafio que a ela se segue.

A resposta simples é não; não existe um conceito, uma expressão, um sentido único capaz de definir a corrupção. Ela é um fenômeno complexo, que não comporta um sentido único, nem que diga respeito a um único determinado caso. Quando se fala, se pensa em corrupção não há como restringi-la a um fenômeno circunstancial, ligado a uma determinada situação ou a esse ou aquele país ou Estado. A corrupção tem se mostrado, ao longo do tempo, em múltiplas faces e em múltiplos lugares. Certamente a face mais visível, ou mais conhecida, é aquela que concentra o debate nos seus aspectos econômicos, tendo ainda maior interesse a midiático, quando a esses aspectos se conecta a corrupção ligada ao Estado

Poder-se-ia falar em corrupção fora do Estado, numa relação eminentemente privada, comercial entre, por exemplo, fornecedor e consumidor, quando aquele, por força de contrato, obriga este a “comprar” produto que não é objeto do contrato, como ocorre nas chamadas “*vendas casadas*” de seguro, por exemplo?

E quando em outras situações quando não se está diante do aspecto econômico, como no casos: a) da situação de médicos que cerram fileiras em não denunciar ou sequer testemunharem contra colegas seus que foram negligentes no tratamento da vida humana; b) quando a polícia fabrica provas para serem usadas em processo; c) quando determinados patrocinadores de atletas em competições importantes os estimulam e mesmo obrigam a consumir produtos fármacos proibidos para obterem melhores resultados na competição; d) o próprio tema do nepotismo, que não precisa ter contraprestação econômica - suborno - pra se caracterizar (LEAL, 2013).

Evidentemente que há inúmeras outras situações corruptivas que não se amoldam perfeitamente, às dimensões monetárias e normativas de suas existências.

Há (ou deveria haver) uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe de seus efeitos práticos e quantitativos-financeiros, ou mesmo que dizem com sua consumação de benefícios ou não – modalidade da tentativa – pois estão em jogo as bases normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança das instituições representativas – públicas e privadas (LEAL, 2013).

O que acima foi mostrado, demonstra, de forma inequívoca, que a corrupção é um fenômeno global, complexo e de difícil enfrentamento.

Nesse contexto, o problema que se colocou é o que como enfrentar esse fenômeno complexo e multifacetário?

Creio que o enfrentamento da corrupção precisa levar em conta a sua natureza fenomênica sob pena da inefetividade dos seus mecanismos de controle, o que se pode evidenciar, exemplificativamente, no âmbito da improbidade administrativa e sua

problematização doutrinária e jurisprudencial, topicamente abordada em decisões da casuística de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por isso, cabe advertir que não se chega ao final de uma longa viagem, sem antes percorrer um longo percurso, de forma que a chegada traz consigo o próprio caminho percorrido. Necessário revolver os capítulos construídos, como se fossem trajetos percorridos, e apresentar para cada um deles conclusões que serão levadas em conta na construção da resposta final.

A proposta inicial foi realizar uma análise de cunho teórico-filosófico para melhor compreender o impacto da corrupção na democracia, e como esta envolve a sociedade civil e o Estado, importante verificar como a corrupção atua sobre aquela, e quais efeitos têm sobre as instituições estatais que a representam. Assim, para o pensamento grego, uma noção muito importante é a noção de ordem e essa noção de ordem aparece muito fortemente no direito, no ordenamento jurídico, na noção de ordem jurídica. Como apreciavam a ordem, não gostavam da desordem, a qual identificavam pela palavra *Khaos*. Para ordem usavam a palavra *Khosmos*. Esse *khosmos* tinha dois atributos: era *belo* e *ordenado*. Os gregos trabalhavam muito fortemente essa noção de ordem existindo um elemento ordenador desse *khosmos*, um elemento racional, que vem a ser a razão, o *logos*.

Segundo Aristóteles, o ser humano, ou o homem, é um ser político e é um ser racional. Mas é também um ser lingüístico, ou seja, portador de fala, que pode se expressar conceitualmente. Linguagem e racionalidade são traços fundamentais do homem em Aristóteles, mas também o é a politicidade. O homem grego é incompreensível sem uma referência à *Polis*, sem a referência a politicidade, sem referência à convivência, à cidade. No pensamento grego, o ser humano é um ser lingüístico, racional e político; vive na referência à polis.

Aristóteles vai acrescentar que esse ser humano lingüístico, racional e político, que fala conceitualmente, que age racionalmente e que não consegue viver senão em sociedade, é também um homem que deseja ser feliz. Essa característica aparece constantemente em Aristóteles, a noção do “eu”, da *eudaimonia*. Essa é a visão de Aristóteles de ser humano, um ser que vive num todo ordenado, por um elemento de razão, que tem um fim, que é a felicidade, que não está no prazer, mas sim através de uma vida virtuosa, na polis, numa convivência harmoniosa, portanto não isoladamente.

Quando os homens sobrepõem suas vantagens privadas ao bem comum, ou às vantagens da coletividade, desvirtuam o *khosmos* e a corrupção surge quando os homens elevam suas vantagens privadas ao bem comum, fazendo surgir a imagem da ganância e das paixões.

A teoria política de Maquiavel surge no momento (na renascença) em que ocorre a ampliação do papel do Estado, resultando na degeneração do período medieval. O autor de *O Príncipe* trabalha a política de um ângulo em que ela é uma função do homem sujeito da história, do homem livre do idealismo e que constrói sua realidade através de seus atos e desejos. Esta concepção parte da idéia de homens de *virtú*, que sabem como dominar a *fortuna* e lidar com as contingências da política cotidiana.

Para Maquiavel, o centro da política é o conflito ou uma esfera pública em que os desejos são, por princípio, incompatíveis. O conflito, segundo o autor, é desejável e é fonte do vigor dos homens em relação à república, porque assegura a ação política por meio da participação cívica dos cidadãos na condução dos negócios públicos. Homens apáticos, que não lutam por seus desejos, de acordo com o pensador florentino, não seduzem a Fortuna, logo, não são capazes de lidar com as contingências e são presas fáceis dos dominadores. Para uma república ser próspera e seus cidadãos buscarem o bem comum, é necessário que este conflito seja institucionalizado na forma de leis que eles compartilhem a partir de uma crença comum acerca de sua efetividade. A aposta republicana, nesse sentido, será a institucionalização do conflito mediante leis que garantam a liberdade e a participação (*virtú*) num contexto histórico/político marcado por contingências.

As leis e instituições resultantes desse enfrentamento terão assim de cumprir uma dupla tarefa: por um lado limitar os desejos dos grandes e ordená-lo de modo a ser produtivo para a República; por outro, conferir ao povo um meio de desafogar seu humor e assegurar que sua *virtú* não se arrefeça (ADVERSE, 2012).

Se a grandeza de uma república se dá pela institucionalização do conflito e pela sua fundação, ela se corrompe quando esta institucionalização se torna ineficiente e quando o povo perde de vista os valores de sua fundação. Em uma república corrompida, como aponta o florentino, não há mais a concórdia entre os homens. De um lado, os governantes passam a legislar em causa própria, sobrepondo suas vantagens privadas ao bem público. De outro lado, os cidadãos não mais buscam o bem comum, na medida em que perdem a *virtú* necessária para seduzir a Fortuna, passando a viver de acordo com as contingências, tendo em vista apenas seus interesses imediatos.

Mas, quando os cidadãos se corromperam, a instituição ficou sujeita a numerosos inconvenientes: só os homens poderosos passaram a propor leis, não no interesse da liberdade, mas no do seu próprio poder; e ninguém ousava falar contra esses projetos, devido ao temor que seus proponentes inspiravam. De modo que o povo, enganado ou constrangido, se via obrigado a decretar a própria ruína.

Maquiavel parece adotar para a corrupção uma acepção tradicional, isto é, entendendo-o como a escolha do bem privado em detrimento do bem comum. Mais frequentemente, porém, a corrupção é o desrespeito às leis e o desprezo pelas instituições cujo efeito é nefasto para qualquer Estado. Faz sentido, na medida em que o arranjo institucional do Estado e a consecução de boas leis são fundamentais para resguardar a república da corrupção. Maquiavel está preocupado em criar instituições que assegurem a grandeza de uma república, já que o homem é facilmente corrompido, porque as paixões são os móveis da ação humana. Dada a fragilidade humana, o florentino opta por mostrar a forma como as instituições políticas exercem esse papel de domesticação das paixões, estabelecendo sanções que assegurem a responsabilização onde a irresponsabilidade é que impera. Mostrou-se a corrupção a degradação da liberdade política e a destruição de seus efeitos positivos no interior das cidades. De forma resumida podemos dizer que o pensador florentino fez da corrupção, ou dos regimes corrompidos, o oposto simétrico das repúblicas.

A corrupção, portanto, de acordo com Maquiavel, é o fenômeno segundo o qual os homens são incapazes de canalizar suas energias na construção do bem, colocando suas exclusivas vantagens privadas acima do bem comum da comunidade.

A solução possível para a matéria corrompida é a *virtú* de um grande homem, alguém capaz de servir-se de meios extraordinários para reintroduzir boas ordens e fazer com que o povo as obedeça, ou seja, capaz de refundar o Estado; mas sabedor da dificuldade de encontrar, numa república corrompida, alguém com tal pendor, Maquiavel aponta o caminho definitivo: a solução para o problema se encontra nas próprias leis e ordenações. São elas que devem evitar a corrupção da matéria, dizendo de outro modo, alternativa para debelar-se a corrupção estaria no rigoroso cumprimento da(s) lei(s) e o enfrentamento dessa situação se dará através de um Estado positivo e forte. Só ele teria condições de frear as paixões que, entregues a si, levariam a comunidade o colapso.

Nessa linha é o pensamento de Hobbes. Se a discórdia universal é resultado de uma natureza violenta dos homens, dela decorre uma lei de natureza, que não pode ser confundida com o direito de natureza.

Para que o direito se torne justo, necessita de uma lei de natureza que assegure um padrão moral mínimo, circunscrito no estado de natureza. Se a natureza do homem é sinônimo de discórdia, deve-se estabelecer uma lei que “proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la”.

Se a regra é que todos os homens têm o direito a todas as coisas, incluindo a vida dos outros e excluindo as suas, a lei de natureza, que busca preservar a vida, leva, inevitavelmente, a um preceito geral da razão, que obriga os homens a buscarem incessantemente a paz. É este preceito lógico que leva Hobbes a conceber a solução do fim do conflito geral entre os homens como um fato inerente à sua própria natureza.

Esta situação, portanto, implica a busca racional do Estado como o teorema lógico fundamental de constituição da sociedade política.

A solução *hobbesiana* para o problema da origem e da necessidade da ordem política decorre desta concepção lógica da lei de natureza, que busca a preservação da vida em relação ao conflito generalizado entre os homens. Para se alcançar a paz e, por redundância, o fim do conflito, os homens, segundo Hobbes, devem renunciar a seu direito de natureza para que possa fazer uso de sua liberdade em relação a seu semelhante. Esta renúncia recíproca ao direito de natureza dá origem a um contrato acima dos homens, para o qual cada um contribui igualmente, fazendo emergir deste estado de natureza um Estado soberano, responsável por transpor ao direito de natureza um direito positivo, que assegure o monopólio legítimo do uso da força a um soberano, responsável por dar termo a todo tipo de conflito ou litígio entre os homens.

Se o Estado civil soberano, dotado do monopólio da força, implica na forma possível de fim da beligerância entre os homens, sua corrupção não se dá pelo uso abusivo desta força, mas porque alguém abriu mão do contrato em nome de seu direito de natureza. A corrupção da ordem política, de acordo com Hobbes, não se dá quando o Estado soberano comete iniquidade ou injustiça, mas quando alguém abre mão do bem comum possível, a segurança, a favor de seu exclusivo interesse privado. A corrupção em Hobbes ocorre quando os valores comuns partilhados pelos indivíduos de determinada sociedade política, através do contrato, dão lugar às vantagens privadas decorrentes da usurpação pelo direito de natureza, por meio do qual cada um pode fazer aquilo que tiver vontade e se apossar indevidamente daquilo que não lhe pertence. Dizendo de outro modo, a corrupção ocorre quando se quebra desse pacto instituído. Ou mais objetivamente, quando se dá a quebra da legalidade.

Dois pensadores foram essenciais para a recepção e transformação da questão da corrupção e o tratamento dado a ela pela tradição republicana. Rousseau e Montesquieu.

Rousseau foi o responsável pelo desenvolvimento de uma teoria republicana da corrupção. Quanto mais se afasta dos desígnios da vontade geral, mais o corpo político se corrompe. O importante aqui é a conclusão que a corrupção é destruição da vontade soberana expressa no contrato social. Na linguagem atual, a corrupção, na visão *rousseauiana*, seria o processo de degradação do sentido das leis fundamentais expresso nas constituições.

Montesquieu deu uma grande contribuição para o desenvolvimento de uma teoria moderna sobre o problema. Há um diferencial institucional apresentado por Montesquieu que trata da limitação dos poderes, não apenas por leis, mas por outros poderes. Essa regulação, onde os poderes se fiscalizam entre si é um grande diferencial no combate à corrupção, pelo menos em sua construção teórica.

É nesse sentido que Montesquieu abordará a política a partir de dois fundamentos ontológicos da ordem: a conjunção da natureza e dos princípios que organizam os diferentes tipos de governo. No caso da República, o princípio que a sustenta é a virtude, o que quer dizer um espírito cívico por parte dos cidadãos que nela habitam. Essa virtude cívica é a consciência da maior importância dos interesses públicos sobre os privados e a participação ativa na esfera pública. A república democrática é corrompida quando as virtudes cívicas dão lugar aos interesses privados, em que cada cidadão não mais quer obedecer à autoridade legítima do Estado, mas às suas próprias convicções, resultando na desordem total. O efeito da corrupção da democracia é sua condução ao despotismo de um só. O não devotamento à coletividade conduz à licenciosidade e à libertinagem, redundando na supremacia dos interesses privados sobre os interesses públicos.

Por sua vez, Tocqueville apresenta uma preocupação diferente daquela apresentada por todos os outros filósofos até o momento. Isso porque Tocqueville faz em *A Democracia na América* uma análise da recém-formada democracia norte-americana. A maior preocupação do autor é com uma pergunta que lhe perturba: seria possível conciliar liberdade e igualdade? *A priori*, a resposta é não, mas ao analisar o engendramento institucional dos Estados Unidos, Tocqueville percebe certos mecanismos que limitam as tensões entre ambos os princípios. Para este autor, a corrupção é uma patologia institucional que ocorre quando o corpo político morre em função do individualismo exacerbado e da incapacidade dos homens de cooperar uns com os outros na busca pelo bem comum.

Interessante observar que apesar do imenso espaço de tempo que separa os teóricos e pensadores estudados nesse trabalho, permanece predominante em todos eles, a idéia de que *a corrupção é a sobreposição das vantagens privadas sobre o bem comum*.

Para além dos múltiplos fundamentos e nexos causas que delineiam o fenômeno da corrupção, certo é que sua prática impacta de forma letal não só os compromissos institucionais da República brasileira, (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

idade e quaisquer outras formas de discriminação), como também os Direitos Humanos e Fundamentais consagrados na Carta Política, haja vista que quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, eis que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

A simples diminuição da corrupção permitiria a solução de graves problemas das massas populares, haja vista as quantias vultosas de dinheiro público é drenado para o ralo da corrupção.

Dado o seu caráter multifacetário e complexo, o enfrentamento da corrupção não tarefa simples, mas passa, por uma volta a padrões éticos a serem adotados no âmbito da Administração Pública. Como a corrupção, genericamente considerada, atinge, ainda que indiretamente, as próprias bases do Estado, a Ética Pública é especialmente relevante no seu enfrentamento eis que tem uma função essencialmente estruturante do espaço público, preservando a confiança interpessoal e o empenho no bem público como valor a perseguir, justamente aquilo que a corrupção degrada. A Ética Pública é, do ponto de vista dos efeitos que produz, o oposto da corrupção, constituindo-se no instrumento por excelência para enfrentar esse fenômeno. A Ética é um elemento importante para fazer contrapeso, não só à corrupção, mas também às distintas atitudes antiéticas, ao injetar um conjunto de valores e princípios e assim revitalizar por um lado as instituições públicas e por outro os servidores públicos. O fomento da ética junto aos servidores públicos, é um elemento que auxilia para lograr conscientizar em sólidos princípios de conduta ética e gerar uma maior excelência na qualidade e gestão dos interesses coletivos.

Portanto, essa é uma ferramenta poderosa de que se vale todo o Estado preocupado em bem guiar seus governantes. Ela demonstra que todo indivíduo possui a capacidade para atuar de maneira certa ou errada. Tanto a virtude quanto o vício estão conosco. O atuar de maneira

certa ou errada pressupõe escolha, que, por sua vez pressupõe habilidade de reflexão, análise e deliberação.

Para esse contexto, contribui as noções de ética pública, que não deve ser entendida em contraste com uma ética privada. Quando se fala em ética pública, não se está a falar de uma ética especial, mas se está a referir a ética aplicada e posta em prática no âmbito do público. A ética aplicada à função pública. Essa ética implica uma troca essencial nas atitudes de cada indivíduo e que se traduz em atos concretos orientados para o interesse público.

Ética pública estuda o comportamento dos funcionários em relação à finalidade do serviço público que lhes é inerente, é a ciência que trata da moralidade dos atos humanos praticados por funcionários públicos. Portanto, a moralidade da atuação do funcionário, deve ser avaliada, julgada em relação à finalidade do serviço público que justifica a existência da própria Administração. A ideia de serviço à coletividade, à sociedade, em definitivo aos demais, é o eixo central da ética pública.

A ética pública assinala princípios e normas para serem aplicados na conduta do homem que desempenha uma função pública. Para além do conhecimento profissional que possam ter quem trabalha na função pública, é importante que sejam indivíduos comprometidos com a moral pública. Todo aquele que ingressa no âmbito público deve passar por um filtro de ética a fim de ser tocado pelos valores e virtudes públicas.

A ética aplicada aos servidores públicos implica uma mudança essencial nas atitudes de cada indivíduo que se traduz em atos concretos orientados para o interesse público.

Obviamente que a ética pública não só se refere exclusivamente a conduta dos funcionários e empregados públicos, se não que vai mais além, compreende também os mesmos governantes, isto é, os políticos.

Os governos e administrações públicas contemporâneas enfrentam uma crise de valores em seus governantes, funcionários e pessoal. Ante a este rebaixamento, é importante recuperar um conjunto de princípios éticos, pelo que é importante projetar e estabelecer estratégias para fomentar esses princípios no imaginário dos servidores públicos a fim de que suas ações sejam regidas pela retidão.

A ética aplicada à função pública é de vital importância porque tem como eixo central a ideia de serviço. As tarefas e atividades que realizam os governantes e funcionários públicos estão orientadas à satisfação da pluralidade de interesses. A ética pública é a ciência

do bom comportamento a serviço da cidadania. Além de ser importante mecanismo de controle da arbitrariedade no uso do poder público, um fator vital para a criação e manutenção da confiança na administração e suas instituições.

A ausência de princípios éticos na vida pública tem propiciado que aquele que exerce função pública desvie os recursos públicos de seus fins originais, praticando atos de corrupção. A situação exige uma pronta correção de conduta e comportamento que, na ausência de princípios éticos, precisará contar com mecanismos eficazes para aquele realinhamento, daí a importância de marcos normativos de proteção da ética e de combate à corrupção.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em 1997, tratou destes temas a partir da perspectiva da Ética Pública, sustentando que as *possibilidades de efetividade da ética pública* demandam condições materiais adequadas, dentre as quais: (a) apoio e compromisso políticos dos agentes públicos; (b) marcos normativos adequados; (c) mecanismos de formação e de socialização dos servidores públicos; (d) códigos de conduta específicos aos agentes públicos; (e) mecanismos de imputação e responsabilidade efetivos; (f) condições de trabalho para os agentes públicos; (g) existência de uma sociedade civil ativa e participante; e (g) sistemas de controle interno e externo da gestão pública coordenados e eficientes³¹.

Veja-se que, antes disto, já em 1994, o informe NOLAN, elaborado pelo Presidente da Comissão do Parlamento britânico, a pedido do então Primeiro Ministro deste país, esboçou *sete princípios de condutas à vida pública*, a saber: (a) os que ocupam cargos públicos deveriam tomar decisões somente com fundamento e foco no interesse público; (b) estes agentes públicos não deveriam ter nenhuma relação financeira ou de outra ordem de privilégios com terceiros ou organizações que possam influir no desempenho de suas responsabilidades oficiais; (c) na gestão dos assuntos públicos incluindo aí as nomeações para cargos públicos, a contratação de indivíduos deveria se dar por critérios meritocráticos e legais; (d) os que ocupam cargos públicos são responsáveis por suas decisões e ações em face da Sociedade, e devem se submeter ao controle apropriado aos seus cargos; (e) os que ocupam cargos públicos deveriam trabalhar da forma mais aberta possível em todas as decisões que tomam e em todas as ações

³¹Ver o texto da OCDE. **La Ética en el servicio público – Cuestiones y prácticas actuales**. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública - INAP. Disponível: <<http://www.inap.org.mx/portal/images/RAP/la%20etica%20en%20el%20servicio%20publico.pdf>>, Acesso em: 16 jan 2013, p. 29. Diz o informe ainda que: *Durante la década de los noventa se realizaron de manera bianual diferentes Conferencias Internacionales Sobre Ética en el Gobierno. En 1997 se realizó en Lima (Perú) la Octava Conferencia Internacional de Ética en el Gobierno; en 1999 se celebró en Durbán (Sudáfrica) la novena conferencia; en 2001, se realizó la décima en Praga (República Checa) mientras que en el 2003 fue Seúl (Corea del Sur) la sede de la undécima..*

que realizam, justificando-as de forma clara e fundamentada; (f) os que ocupam cargos públicos têm a obrigação de declarar todos os interesses privados relacionados com suas responsabilidades, bem como tomar medidas para solucionar qualquer conflito que surja, protegendo sempre o interesse público; (g) os que ocupam cargos públicos deveriam fomentar e apoiar estes princípios com liderança e exemplo³².

O Comitê PUMA da OCDE³³, em maio de 1998, se ocupou de demarcar recomendações à ética no serviço público, dentre os quais: que deveriam ser muito claras e fundadas no ordenamento jurídico, devendo existir compromisso e liderança política que reforce e apoie a conduta ética dos servidores públicos; que o processo de tomada de decisões seja transparente a ponto de permitir a informação suficiente à Sociedade, bem como eventual investigação sobre eles; da mesma forma as linhas mestras da relação entre setor público e privado devem ser claras e precisas; que as políticas de gestão, os procedimentos e as práticas administrativas devem seguir e incentivar condutas éticas; é preciso contar com mecanismos adequados de responsabilidade para o serviço público, fixando-se procedimentos e sanções disciplinares adequadas às condutas irregulares.

Nesta mesma década começam a surgir diversas manifestações de governos com o fim de instrumentalizar a ética pública em suas respectivas administrações. Em 1991, os Estados Unidos da América criou o Conselho Presidencial para a integração e eficiência; em 1992, o Ministério da Justiça e Administração Governamental da Noruega designou um grupo operativo para a investigação dos níveis de corrupção e à restauração da ética no serviço público; no mesmo ano o Ministério do Interior da Holanda estabeleceu como meta central de atuação o fortalecimento da integridade na administração pública; em 1996 foi a vez da Austrália criar um guia de elementos-chaves sobre responsabilidade ministerial, que serviu de referência para os princípios, convenções e regras de conduta das pessoas situadas em postos ministeriais³⁴.

Nesta década de 1990 vai se assistir movimentos consistentes no Ocidente no âmbito da formatação de marcos regulatórios da ética/moralidade pública, como, exemplificativamente, a Finlândia, que cria sua Lei de Funcionários do Estado; a Austrália, editando a Lei do Serviço Público; a Noruega, com a Lei da Função Pública; a Dinamarca, com a Lei de Pessoal da Administração Central e Local; a Holanda, com a Lei da Função Pública; a Nova Zelândia e Portugal (1990), com seus Códigos de Condutas dos Serviços Públicos; os Estados Unidos da América (1992), com as Normas de Conduta dos Funcionários do Poder Executivo; o Reino

³²Ver o texto de CORTINA, Adela. **Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad**. Madrid: Taurus, 1998..

³³Disponível em: <<http://www.oecd.org/redirect/puma/gvrnance/surveys/>>; Acesso em 17/01/2013.

³⁴ESPINOSA, Roberto Moreno. **La ética en la gobernabilidad democrática**. México: UNAM, 2004, p. 39..

Unido (1995), publicando as Normas de Conduta da Vida Pública e o Código da Função Pública; e mesmo o Japão, editando sua Lei sobre Ética dos Serviços Públicos³⁵.

Veja-se que no Brasil, em termos históricos, o Decreto-lei nº 3.240, de 08 de maio de 1941, autorizava o seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultassem prejuízo para a Fazenda Pública, podendo este atingir inclusive bens em poder de terceiros, desde que estes os tivessem adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso do prejuízo não ser coberto por essa forma, deveria ainda ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, recaindo sobre tantos bens quantos bastassem para ressarcir os prejuízos levados a efeito.

Foi a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que definiu de forma mais expressa os chamados *crimes de responsabilidade*, regulando o respectivo processo e julgamento, e alcançando o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados, cuja sanção em caso de condenados era a perda do cargo ou função, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos casos do artigo 52, da Constituição Federal, e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do artigo 102, I, “c”, do mesmo Estatuto, sendo que os atos nela caracterizados não constituem crimes e sim infrações político-administrativas.

Afigura-se importante tal referência porque há o debate ainda inacabado em termos doutrinários sobre se tais infrações se confundem com os atos de improbidade administrativa como entendeu a maioria dos membros da Suprema Corte no julgamento da razoavelmente recente Reclamação nº2138, contrariando entendimento de parcela significativa da doutrina e da própria composição do referido Tribunal³⁶.

No âmbito da Constituição de 1946, foi editada a Lei nº3.164 de 1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha), determinando igualmente o seqüestro dos bens de servidores públicos, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal cabível³⁷.

³⁵Idem, p.42.

³⁶Nesta Reclamação, a Corte afastou a aplicação da lei de improbidade administrativa a certo ministro de Estado, abrindo precedente nessa questão, no sentido de que nenhum outro juízo, senão ela própria, teria competência para aplicar sanção política a determinados agentes políticos. No julgamento – que não se ateve apenas à questão processual da competência, mas imiscuiu-se no mérito –, levantaram-se argumentos para afastar a aplicabilidade da Lei 8.429/1992 a alguns agentes políticos, sob o argumento de que configuraria *bis in idem* que confere caráter político e penal ao ato de improbidade administrativa, confundindo-o com os chamados crimes de responsabilidade previstos na Lei 1.079/1950.

³⁷O art. 146, §31, *in fine*, da CF de 1946, estatua o seguinte: *a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.*

Na esteira desta normativa, já no ano de 1958, veio a lume a chamada Lei Bilac Pinto, nº 3.502, de 21 de janeiro de 1958, não revogando a anterior, para os fins específicos de normatizar o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função, de servidores que cometessem os ilícitos tipificados para tanto.

Veja-se que na Constituição de 1967, alterada pelas Emendas 1/69 e 11/78, o art. 153, §11, previa em sua parte final que *a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública*.

Com relação aos Prefeitos Municipais e Vereadores, as infrações político-administrativas foram disciplinadas pelo Decreto-lei nº 201/1967, fazendo distinção entre os crimes de responsabilidade (artigo 1º), a serem julgados pelo Poder Judiciário, cabendo inclusive pena de detenção e reclusão, e as infrações político-administrativas, a serem julgadas pela Câmara dos Vereadores, cabendo sanções puramente políticas, à semelhança dos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/1950.

Não se pode deixar de fazer menção ainda em termos de normas reguladoras da matéria, ao Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal³⁸, e o Código de Conduta da Alta Administração Federal³⁹ – apenas para ficar com parâmetros mais gerais⁴⁰.

É de se ver que os principais pontos de regulação destas normas são: (a) uso indevido do cargo público; (b) enriquecimento ilícito no exercício da função; patrocínio de interesse privado perante a administração pública (tráfico de influência); (c) violação de sigilo; (d) uso de informação privilegiada; (e) prestação de assessoria a entidade privada; (f) atividade profissional paralela à função pública; (g) hipóteses de conflito de interesse; (h) limitações para atividade profissionais posteriores ao exercício do cargo (quarentena); (i) recebimento de

³⁸Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Nele estão estabelecidos princípios e valores que visam a estimular um comportamento ético na Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 13 fev 2013.

³⁹Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 13 fev 2013. É interessante referir que as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF) são: ministros e secretários de Estado, titulares de cargos de natureza especial, secretários executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) nível seis - presidentes e diretores de agências nacionais, de autarquias, inclusive especiais, de fundações mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de economia mista. Todos esses agentes públicos, além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei n. 8.730/93, devem encaminhar à Comissão de Ética Pública as informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo (art. 4º do CCAAF).

⁴⁰Há outras normas de igual importância que formatam um sistema normativo de ética pública hoje vigente, dentre as quais posso citar a Lei 8.112/90, que estabeleceu o regime jurídico único do servidor; a Lei 9.784/99, regulando o processo administrativo.

presentes; (j) uso de recursos públicos e servidores em atividades particulares; (l) apropriação de fundos ou de bem móvel públicos, dentre outros.

Em termos de importância destacada na matéria, foi promulgada, também na década de 1990 (02/06/1992), a lei regulamentadora do §4º, do artigo 37, da Constituição de 1988, a saber, a Lei Federal nº8.429 (Lei da Improbidade Administrativa – LIA), dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, revogando expressamente (art.25) as citadas Leis nº 3.164/1957 e 3.502/1958.

Nos termos da Lei referida, ao menos em linhas gerais, há três tipos de atos administrativos de improbidade: a) atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito; b) atos de improbidade que causem prejuízo ao erário; c) atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública.

A reflexão sobre ética pública e seus marcos protetivos, projeta inarredável paralelo entre a Moralidade e a Lei da Improbidade.

A Constituição brasileira, de modo incontroverso, consagrou o princípio jurídico autônomo da moralidade administrativa, com importantes consequências nos campos exegéticos e eficaciais. A elevação da moralidade administrativa no nível de princípio constitucional assenta a vinculação entre a moral e o direito, sem, porém, cair no equívoco da identidade plena. O princípio da moralidade tornou-se pedra-de-toque do edifício jurídico e não apenas no âmbito das relações publicistas, haja vista que o ainda chamado novo Código Civil consagrou a probidade como um princípio a ser observado no campo das relações privadas. Do princípio da moralidade descende o também expressamente agasalhado princípio da probidade administrativa.

Em razão da Moralidade Administrativa, o administrador, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Ao ter de decidir entre o honesto e o desonesto, por considerações de direito e moral, está cingido a uma escolha que seja a mais eficiente no mais largo espectro para a Administração e o ato administrativo produzido não poderá se contentar com a mera obediência à lei. Dizendo de outro modo o administrador pode estar agindo estritamente dentro da legalidade, obedecendo à forma do ato, à competência para agir e, mesmo assim, atuar imoralmente, caracterizando, desta forma, o chamado *desvio de poder*⁴¹,

⁴¹Como lembra Maria Sylvia, [...] *Existe desvio de poder quando uma autoridade administrativa usa de seus poderes para atingir fim diverso daquele para o qual eles foram conferido. [...] o ato apresenta-se sob a forma legal, a autoridade é a competente, os motivos são verdadeiros, o objeto é lícito, mas a intenção do agente se desvia dos fins que justificariam a outorga de competência. Enquanto nos demais elementos- competência, forma, motivo e objeto – os dados são objetivamente apurados, na finalidade aparece o elemento subjetivo, a pesquisa*

razão pela qual o controle dos atos administrativos precisou evoluir, descobrindo meios mais efetivos de garantir o cumprimento das finalidades públicas, dos valores de determinada sociedade demonstrados através de seu ordenamento jurídico.

A moralidade administrativa constitui-se, modernamente, num pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, é um atributo indispensável, *conditio sine qua non* do ato administrativo. Tem por finalidade limitar a atividade da Administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atendam a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo no alcance do bem comum.

Ressalte-se que a moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, definindo-as pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.

A Constituição brasileira, não traz, de forma expressa, referência à Boa Administração. Apesar disso, se atentarmos para os princípios constitucionais relativos à Administração Pública encontraremos as características essenciais dessa noção. Quando o artigo 37 da Carta Política dispõe que “[...] *administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”, está estabelecendo regras de Boa Administração. A densificação mais objetiva e precisa destes indicadores pode ser encontrada ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão jungidos a estes indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

A moralidade administrativa não se resume a uma premissa ideológica, subjetiva, mas trata-se de conceito jurídico objetivo por estar inserido na ordem legal, prendendo-se à estrutura funcional do Estado e à legitimidade da própria função administrativa.

Este conceito jurídico objetivo fornece ao sistema normativo verdadeiros *standards* de Boa Administração passíveis de densificação material a aplicação prática nos casos concretos

da intenção do sujeito que praticou o ato ou se omitiu. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p.109.

dos atos administrativos, o que potencializa os controles da Administração Pública em muito, isto é, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude, que a sujeita a conduta viciada à invalidação porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.

O vínculo forte que esta moralidade administrativa mantém com a idéia de Boa Administração diz com o fato de criar à Sociedade verdadeiro direito subjetivo de ter uma gestão pública compromissada com aqueles vetores comportamentais, bem como contar com mecanismos eficientes de participação e controle das ações públicas.

Nesse contexto se insere a Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, um Código Geral de Conduta, com normativa jurídica, força coercitiva cogente, alcance nacional e balizador de todo o setor público, em suas vertentes fundamentais.

Em face desta amplitude do conceito de moralidade administrativa é que a Lei nº 8.429/92, trata das sanções a servidores públicos em face de enriquecimento ilícito no exercício de seus cargos, caracterizando o cometimento de tais atos como de natureza administrativa, criminal e político-civil. Isto é tão certo que a Lei 8.429/92 apresenta, linhas gerais, três modalidades de atos de improbidade administrativa, quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito, os que causam dano ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública, o que, em face da abrangência destas possibilidades, configuram hipóteses delitivas abertas a múltiplas concreções, notadamente diante da demarcação do conceito de dano ao erário e violação de princípio da Administração.

Os atos que importam enriquecimento ilícito, descritos no art.9º, não deixam dúvidas quanto ao núcleo de suas condutas tipificadoras serem a obtenção de vantagem econômica. Os atos que implicam dano ao erário, dispostos no art.10, remetem à indagação sobre o conceito de Erário Público. Os atos que atentam contra os princípios da administração pública, inseridos no art.11, fazendo referência explícita às ações ou omissões que violarem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e, de forma indireta, a todos os demais princípios (constitucionais e infraconstitucionais) impostos à Administração.

Não obstante, o tratamento que a doutrina (maciçamente) e a jurisprudência (reticente) dispensam à Lei 8429/92, notadamente à questão da modalidade culposa em relação aos atos de improbidade previstos no art. 11, não tem contribuído para uma efetividade plena desse importante marco regulatório.

Fixado o entendimento que reclama a presença do elemento subjetivo à caracterização da improbidade administrativa e como somente o art. 10 da Lei de Improbidade

Administrativa trata expressamente do elemento subjetivo (dolo e culpa), a doutrina, de forma majoritária entende que a modalidade culposa só existiria para as hipóteses previstas nesse artigo, conseqüentemente excluindo-a da incidência dos artigos 9º e 11. Para a doutrina, na omissão legislativa há presunção *iuris et de iure* da tipificação apenas da conduta dolosa. Trata-se, pois, de um “silêncio eloquente restritivo”. Fazendo expressa referência ao silêncio eloquente de cunho restritivo, tem-se o EREsp n. 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, v.u., j. 25/08/2010, DJe 27/09/2010, em que restou consignado, no voto do Relator, que “o silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previsto nos art. 9º e 11”. Nesse sentido, ainda: REsp n. 604.151/RS, relatoria para o acórdão do Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 25/04/2006, dois votos vencidos, DJU 08/06/2006.

A questão, porém, motivou intenso debate no STJ. Existia profunda divergência entre a Primeira e a Segunda Turma. A Primeira fixou entendimento de que era imprescindível comprovar o elemento subjetivo (dolo ou culpa), pena de aplicar-se a tese da responsabilidade objetiva. Na Segunda era sedimentado o entendimento de que seria dispensável qualquer análise sobre o elemento subjetivo da conduta para configurar a modalidade de improbidade prevista no art. 11 (consagrando a tese da responsabilidade objetiva).

Colocando um fim à insegurança jurídica que plasmava o tema, a 2ª Turma, no REsp n. 765.212/AC, relatado pelo Min. Herman Benjamin, julgado em 02/03/2010, publicado no DJe de 23/06/2010, alterou o seu entendimento, aderindo expressamente à posição que já era adotada pela 1ª Turma.

Desde então, a 1ª Seção do STJ (composta pela 1ª e 2ª Turmas) passou a firmar, o entendimento de que a existência da improbidade prevista no art. 11 exige a presença de “dolo genérico”, seja na espécie “dolo direto” (representação e vontade de produção do resultado querido), seja na espécie “dolo eventual” (aceitação do risco de produção do resultado). Desta forma, por meio do “dolo genérico”, dispensou-se a comprovação da intenção específica do agente de violar princípios administrativos, bastando a constatação de que ele haja consentido em atuar em determinado sentido. Embora a fundamentação do voto tenha acolhido a tese da indispensabilidade do dolo na configuração do ato de improbidade, não houve exame do contexto que revelaria a vontade do agente em alcançar o resultado proibido, concluindo-se pela improbidade por não ser “tolerável olvidar um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, §1º, da Constituição da República”. E esse entendimento reformou o acórdão do Tribunal de Justiça que havia entendido pela ausência da

comprovação do dolo do agente político. É a adoção do *dolo genérico* como suficiente para caracterizar o ato improbo (art. 11).

Isso, no entanto não serenou parte da doutrina, haja vista, segundo ela, a consequência óbvia de esvaziamento do dolo como elemento subjetivo e o ressurgimento, na prática da responsabilidade objetiva, conclusão que não concordamos à de de uma análise mais atenta da prova do fato.

O “dolo genérico” contém tanto o “dolo direto” – representação e vontade de produção do resultado; quanto o “dolo eventual” – aceitação do risco de produção do resultado. Seja em um ou em outro, o intérprete não está dispensado de demonstrar\comprovar a existência do fato em si e essa demonstração do fato, implica, indiretamente, a prova da ação do agente e como o elemento subjetivo do agente radica na ação, provando-se esta, prova-se aquele. Dizendo de outro modo, a demonstração da existência concreta desse elemento, se faz através necessária a prova do fato e suas circunstâncias. Ao fazer-se a prova do fato em toda a sua extensão, estar-se-á demonstrando/provando, indiretamente a ação (conduta) do agente e como o elemento subjetivo do agente situa-se na ação, provando-se o fato, é possível demonstrar-se como o autor agiu, como praticou o ato, sendo, portanto, possível verificar-se tenha, ou não, agido por vontade própria, de forma livre e consciente, a fim de atingir determinado resultado, ou assumido o risco que ele ocorra, ou ainda, mesmo não o querendo, tenha agido de modo a que ele pudesse acontecer, enfim, o elemento subjetivo de sua conduta.

O que sustentamos é que o acolhimento do dolo genérico implicaria o esvaziamento do dolo, por que dispensaria o intérprete de seu exame, é falsa, pois o intérprete estaria de qualquer modo, necessariamente obrigado a fazer a prova do fato, com o que, indiretamente estará fazendo a prova do elemento subjetivo da ação. Como até agora ninguém ousou sustentar a dispensabilidade da prova do fato, o que estamos a dizer é que a prova do fato e suas circunstâncias vai acarretar, indiretamente, a prova da ação ou omissão do agente e, por conseguinte o elemento subjetivo de sua ação.

Com isso também se afasta aquele outro argumento de que a adoção do dolo genérico faz ressurgir a Responsabilidade Objetiva. Por ela, classicamente, a questão probatória não é plena, no sentido de que não se perquire eventuais causas justificadoras da ação, bastando a constatação do nexo de causalidade entre o dano e a ação. Mesmo assim não há a dispensa da prova do fato e sendo esta necessária, voltamos ao que sustentamos acima, ou seja, ao fazer-se a prova do fato em toda a sua extensão, estar-se-á demonstrando/provando, indiretamente a ação (conduta) do agente e seu elemento subjetivo, situação que, obviamente, não se confunde com a chamada responsabilidade objetiva.

A despeito de todas estas demarcações, ainda há na jurisprudência brasileira resistência a uma exegese mais ampliativa da Lei de Improbidade Administrativa, especificamente à posição de que a lesão a princípios administrativos contida no art. 11, da Lei nº 8.429/92, não exige somente o elemento subjetivo dolo para sua configuração, mas também pode configurar-se mediante culpa. Lamentavelmente tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria, ainda estão presas ao argumento de que a LIA não se destina à punição do administrador inábil ou de quaisquer ilegalidades verificadas no decorrer do dia a dia da Administração, as quais devem ser tratadas em diplomas menos rigorosos, com a aplicação de advertência e suspensão, por exemplo, previstas na Lei nº 8.112/90, reservando-se esta norma para os casos em que a conduta do agente é manifestamente desonesta.

Para, além disso, diante do entendimento dominante da doutrina e jurisprudência acerca da impossibilidade de reconhecimento da culpa como elemento subjetivo da improbidade na hipótese do artigo, a tutela desse bem vê-se fragilizada. É preciso ir além do limite que consagra a exclusividade do dolo como elemento subjetivo para caracterização do ato improbo do artigo 11.

Impõe-se uma necessária compreensão ampliativa da incidência da culpa como elemento subjetivo, tendo em mente que a corrupção é um fenômeno multifacetário e complexo e que seu enfrentamento deve levar em conta tal circunstância; considerando também os bens tutelados na Lei de Improbidade, de objeto amplo, dizendo com patrimônio moral e institucional que não pode ser depredado por condutas negligentes, imperitas ou imprudentes, não se podendo aplicar à espécie a mesma lógica restritiva do dolo penal à configuração da improbidade. Por isso que, a partir de uma vasta extensão de significados que a norma dá em termos de alcance e aplicação, associado ao conceito amplíssimo de servidor descrito no art. 2º e dos bens jurídicos tutelados na LIA, se sustenta a necessidade de uma revisão daqueles entendimentos consagrados que vedam a possibilidade da culpa como elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade previsto no art. 11,

7 REFERÊNCIAS

- ADVERSE, Helton. Maquiavel. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre improbidade no direito brasileiro**. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AMARRIBO BRASIL. Barômetro da corrupção 2013. Amarribo BRASIL, publicação 18, 2013. Disponível em: <http://www.amarribo.org.br/pt_BR/midia/ver_publicacao/18>. Acesso: 20 set 2013.
- ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: Editora da UnB, 1985.
- _____. **Poética**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986.
- _____. **Ética a Nicômano**. São Paulo: Martins Claret, 2000.
- _____. **Metafísica**. São Paulo: Loyola, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio, Forense, 1969 v. 1 e 2
- BARBOSA, João Batista Machado. **Os Agentes Políticos e as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa**. 1999. Disponível em: <<http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina.xhtml>>. Acesso em: 30 nov 2014.
- BARROS FILHO, Clóvis de e PRAÇA, Sérgio. **Corrupção – Parceria Degenerativa**. Papirus 7 Mares editora, Campinas, SP, 2014
- BIELSA, Rafael. **Ação Popular**, RDA, 38/47; *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Deplama, vol. 1, 1964
- BIGNOTTO, Newton. **Republicanismo**. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- _____. **Maquiavel republicano**. São Paulo: Editora Loyola, 2005.
- _____. Corrupção e opinião pública. In AVRITZER, Leonardo e FIGUEIRAS, Fernando (organizadores). **Corrupção e Sistema Político no Brasil**. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2011

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade Administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 25/454. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1951.

BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 28 nov 2014.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e define o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 28 nov 2014.

_____. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0201.htm>>. Acesso em: 28 nov 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 nov 2014.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 28 nov 2014.

_____. Código Civil (2002). Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 22 nov 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação – Rcl. 2138/DF**. Acórdão. Reclamante: União. Reclamados: Juiz singular substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC 1999.34.00.016.727-9 do Tribunal Regional da 1ª Região. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 13 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2797/DF**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação – Rcl-AgR 5126/RO**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 22 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI 2212/CE**. Requerente: Governador do Estado do Ceará. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 2 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte, Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/improbidade-e-esvaziamento-do-dolo>>. Acesso em: 21 mar 2015.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CORTINA, Adela. **Hasta un pueblo de demonios: Ética pública y sociedad**. Madrid: Editorial Taurus, 1998.

_____. **Ética y política: moral cívica para una ciudadanía cosmopolita**. In Endoxa: Series Filosóficas. Madrid: UNED, 2000.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. Atlas, São Paulo, 2012.

_____. **Atos de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Improbidade Administrativa – Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DE SÃO PAULO (FIESP). In: Caros Amigos, n. 62, 2013. Disponível em: <www.carosamigos.com.br>.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo, Malheiros Editores, 1999

_____. **Probidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 2000

FILGUEIRAS, Fernando. **A teoria política da corrupção**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/TPC.pdf>>.

- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao direito processual administrativo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971
- _____. **O Controle da Moralidade Administrativa**. São Paulo, Saraiva, 1974
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUTIÉRREZ-RODRÍGUEZ (Org.). **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- HABIB, Sérgio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 1995
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. Tradução por Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, João José. **Direito Penal geral**. São Paulo: Atlas, 2008.
- LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- _____. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração e sociedade: causas, consequências e tratamento**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LLANO, Cristina Hermida del. La Configuración del Derecho a una Buena Administración como Nuevo Derecho Frente al Poder, 2012. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2858>>. Acesso em: 02 mar 2015.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Porto Alegre: L&PM Editora, 2013.
- MARINA, José Antonio. **Ética para náufragos**. Barcelona: Editorial Anagrama, 1995.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Moralidade Administrativa. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Org.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa – O direito dos administrados dentro da Lei 8.429/1992**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

MONTORO FILHO, André Franco. **Corrupção, Ética e Economia**. Elsevier Editora, São Paulo, 2012

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA Júnior, José Alcebíades de. **Aspectos Socioculturais e Político-Jurídicos da Corrupção no Brasil**. In LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Patologias Corruptivas: as múltiplas faces da hydra**. Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2015

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE). **Confianza en el gobierno: medidas para fortalecer el marco ético en los países de la OCDE**. Madrid: OCDE Publication, Paris, 2002.

_____. **Las reglas del juego cambiaron, la lucha contra el soborno y la corrupción**. Paris: OCDE Publications, 2000.

_____. **La Ética en el servicio público**. Madrid: OCDE Publications, 1997. Disponível em: <<http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/LA%20ETICA%20EN%20EL%20SERVICIO%20PUBLICO.pdf>>. Acesso em: 10 fev 2014.

- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2005.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR, Waldo. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- PEREIRA NETO, Benedicto; REZENDE FILHO, Pedro Paulo de. **Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa**. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Org.). **Improbidade Administrativa – Questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PLATÃO. **Leis**. Coleção Diálogos. Traduzido por: Carlos Alberto Nunes, Paraná: Editora UFP, 1975.
- _____. **A República**. São Paulo: Martins Claret, 2006.
- PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- REALE, Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: RT, 2003.
- RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime Muñoz. **Principios de ética pública**. Madrid: Montecorvo, 1993.
- _____. **El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo**. In: ÁVILA-RODRÍGUEZ; GUTIÉRREZ-RODRÍGUEZ (Org.). **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.
- ROJO, Margarita Beladiez. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROSE-ACKERMAAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma**. Madrid: Siglo XXI, 2001.
- ROTHERBURG, Walter Claudius. Ação de improbidade administrativa: aspectos de relevo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite *et al.* (Org.). **Improbidade Administrativa: Comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RUÍZ-RICO, Gerardo José. El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria. In: ÁVILA-RODRÍGUEZ; GUTIÉRREZ-RODRÍGUEZ (Org.). **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.

SAMPAIO, Francisco José M. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. São Paulo: Lúmen Júris.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 21^a ed. Malheiros, São Paulo, 2001

SOUZA, Draiton. **Ética e Justiça**. Porto Alegre: TJRS e Escola Superior da Magistratura do RS, 2012. Disponível em: <www.escoladaajuris.org.br/esm/index.php?id=13&id_sub=332#.U0vrHv2PLIV>. Acesso: 09 fev 2014.

SOLÉ, Juli Ponce. In: Revista da Procuradora-Geral do Município de Juiz de Fora, n. 2, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**, Rio, Forense, 2003

TORRES, Alcídio e SILVA, Lucília Lopes da. **O combate à corrupção: pela promoção da ética pública no Brasil e em Portugal**. Bookness Editora, Florianópolis, 2013

WEBER, Max. **A Política como vocação**. In: Três tipos de poder e outros escritos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Tribuna da História, 2005.