



# **PATOLOGIAS CORRUPTIVAS: AS MULTIPLAS FACES DA HIDRA**

**ORGANIZADOR:**

ROGÉRIO GESTA LEAL

**PATOLOGIAS CORRUPATIVAS:  
AS MÚLTIPLAS FACES DA HIDRA**



Reitora  
***Carmen Lúcia de Lima Helfer***  
Vice-Reitor  
***Eltor Breunig***  
Pró-Reitor de Graduação  
***Elenor José Schneider***  
Pró-Reitora de Pesquisa  
e Pós-Graduação  
***Andréia Rosane de Moura Valim***  
Pró-Reitor de Administração  
***Jaime Laufer***  
Pró-Reitor de Planejamento  
e Desenvolvimento Institucional  
***Marcelino Hoppe***  
Pró-Reitor de Extensão  
e Relações Comunitárias  
***Angelo Hoff***

**EDITORA DA UNISC**

Editora  
***Helga Haas***

**COMISSÃO EDITORIAL**

***Helga Haas - Presidente***  
***Andréia Rosane de Moura Valim***  
***Angela Cristina Trevisan Felippi***  
***Felipe Gustsack***  
***Leandro T. Burgos***  
***Olgário Paulo Vogt***  
***Vanderlei Becker Ribeiro***  
***Wolmar Alípio Severo Filho***



Avenida Independência, 2293  
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-1855  
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS  
E-mail: [editora@unisc.br](mailto:editora@unisc.br) - [www.unisc.br/edunisc](http://www.unisc.br/edunisc)

ROGÉRIO GESTA LEAL

Organizador

**PATOLOGIAS CORRUPTIVAS:  
AS MÚLTIPLAS FACES DA HIDRA**

Santa Cruz do Sul

EDUNISC

2015

© Copyright: dos autores  
1ª edição 2015

Direitos reservados desta edição:  
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: Denis Ricardo Puhl (Assessoria de Comunicação e Marketing)  
Editoração: Clarice Agnes, Caroline Fagundes Pieczarka

P312 Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra [recurso eletrônico] /  
organizador, Rogério Gesta Leal. – Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2015.

Dados eletrônicos

Texto eletrônico

Modo de acesso: World Wide Web: <[www.unisc.br/edunisc](http://www.unisc.br/edunisc)>

ISBN: 978-85-7578-408-2

1. Corrupção. 2. Crimes contra a administração pública. I. Leal, Rogério  
Gesta.

CDD 364.1323

Bibliotecária : Edi Focking - CRB 10/1197

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	7
<b>PREFÁCIO</b> .....	9
<b>O IMPEACHMENT DE PREFEITO MUNICIPAL NO BRASIL: POSSIBILIDADES MATERIAIS E PROCESSUAIS</b> Rogério Gesta Leal, Jonathan Augustus Kellermann Kaercher .....	19
<b>A CONSTRUÇÃO DE CATEGORIAS DE OBSERVAÇÃO DO CONTRATO PÚBLICO E SUAS RELAÇÕES COM A CORRUPÇÃO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA PROCESSUALISTA</b> Caroline Müller Bittencourt, Janriê Rodrigues Reck .....	35
<b>CONTROLE SOCIAL ENQUANTO ESTRATÉGIA DE COMBATE ÀS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS: UMA INTERCONEXÃO ENTRE A SUBSIDIARIEDADE HORIZONTAL E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS ELETRÔNICAS</b> Ricardo Hermany, Diogo Frantz .....	54
<b>A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SEUS EFEITOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO</b> Denise Bittencourt Friedrich, Cynthia Gruending Juruena .....	67
<b>ASPECTOS SOCIOCULTURAIS E POLÍTICO-JURÍDICOS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL</b> José Alcebíades de Oliveira Jr .....	80
<b>CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA</b> Rogério Gesta Leal .....	86
<b>OS CRIMES NA LEI DE LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS</b> Caroline Fockink Ritt, Bruna Henrique Hubner .....	102
<b>A CORRUPÇÃO E SUAS FACES NO LIBERALISMO E NO COMUNITARISMO</b> Janriê Rodrigues Reck, Fúlvio Machado Piovesan .....	116



<b>A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA BUROCRACIA NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO ENQUANTO FACILITADORA DO AGIR CORRUPATIVO</b> Ramônia Schmidt, Juliana Machado Fraga .....	127
<b>A PARTICIPAÇÃO NO ORÇAMENTO MUNICIPAL COMO FORMA DE CONTROLAR A CORRUPÇÃO: ANÁLISE DO CASO DE SANTA CRUZ DO SUL</b> Denise Bittencourt Friedrich, Giulianna de Miranda Brandalise .....	139
<b>A AÇÃO CIVIL PÚBLICA A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DOS ATOS CORRUPATIVOS: UM ENFOQUE ACERCA DA ATUAÇÃO DOS SEUS LEGITIMADOS ATRAVÉS DAS DECISÕES DO TJ/RS</b> Caroline Müller Bitencourt, Eduarda Simonetti Pase .....	151
<b>DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL: ANÁLISE DOS ESTATUTOS E DOS CÓDIGOS DE CONDUTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS E ESTADUAIS</b> Luiz Egon Richter, Rafael Santin Brandini .....	164
<b>A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA ESFERA LOCAL A PARTIR DE JULGADOS DO TJ/RS</b> Ricardo Hermany, Karine Silva dos Santos .....	178



## APRESENTAÇÃO



A corrupção enquanto fenômeno é tal qual a Hidra, animal da mitologia grega com várias cabeças de [serpente](#), sendo uma delas imortal, e corpo de dragão. Foi criada por Juno e era um dos doze trabalhos de Hércules. Era conhecida como “Hidra de Lerna”. O seu sangue, assim como o seu hálito, era venenoso. Se suas cabeças fossem cortadas, elas voltavam a nascer.

A Hidra simboliza o nosso interior ruim, nossas paixões e defeitos, ambições e vícios, o que existe de ruim dentro do nosso mundo interior. Enquanto a Hidra, que representa esse monstro interior, não for dominada, enquanto nossas vaidades, futilidades e ostentações não forem dominadas, as cabeças continuam crescendo cada vez mais, e assim é a corrupção, fenômeno que envolve múltiplas causas e consequências, mas todas vinculadas a vícios e venenos que contaminam os valores e a ética – pública e privada – de nosso tempo.

O Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, dentre outros temas, vem se ocupando do projeto de pesquisa sobre Patologias Corruptivas: causas, consequências e tratamentos, cuja coordenação geral é desenvolvida por mim e conta com vários pesquisadores do nosso Programa e de outros países (Argentina, Uruguai, Espanha, Portugal, México, Itália, Chile), bem como com alunos de graduação e pós-graduação em Direito do Brasil e exterior.

Este projeto de pesquisa já rendeu vários encontros nacionais e internacionais, artigos e livros, no Brasil e exterior, assim como missões nacionais e internacionais de colaboração acadêmica (maiores informações podem ser acessadas em [http://www.unisc.br/portal/pt/cursos/\\_mestrado/mestrado-e-doutorado-em-direito/cieppp/news/dir/87.html](http://www.unisc.br/portal/pt/cursos/_mestrado/mestrado-e-doutorado-em-direito/cieppp/news/dir/87.html) ).



Esta obra coletiva é mais uma produção do CIEPPP, que pretende ao longo de 2015 realizar várias outras atividades e publicações.

Uma boa leitura a todos.

Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal  
Coordenador Executivo do CIEPPP  
(Organizador)



## PREFÁCIO<sup>1</sup>

La corrupción, mal que nos pese, es una realidad. Una amarga y lamentable realidad que ha caracterizado, en determinados momentos con más intensidad que en otros, la vida del hombre desde su aparición en el planeta. Tanto en la esfera personal como en el ámbito colectivo, la corrupción se puede decir que es connatural a la condición humana tal y como manifiesta la misma historia de la humanidad. Siendo inherente a las personas no es menos cierto que también es posible, y deseable, que sean precisamente la transparencia y la integridad las cualidades que distingan las actuaciones de las personas físicas y de las personas jurídicas.

La investigación coordinada por el colega y eminente jurista Rogerio Gesta Leal sobre “Patologías corruptivas: as múltiples faces da Hydra”, representa uno de los estudios colectivos más completos y actuales acerca de esta tremenda lacra social analizada desde un enfoque plural y multidisciplinar. Se trata de un acercamiento a la cuestión pertinente porque la corrupción es un problema social que admite varias aproximaciones, todas ellas en este gran empeño colectivo. La sociología, la antropología, el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho penal, la economía en sus más variadas acepciones, hacen acto de presencia en esta obra colectiva, diseñada y pensada para que el lector disponga de una visión abierta y plural de la cuestión.

Por ejemplo, me parece muy pertinente el análisis de la corrupción desde la sociología y la cultura pues es, lamentablemente, un fenómeno presente en todas las épocas y culturas, en diversos escenarios políticos e ideológicos. En especial, la relevancia de la participación y del temple cívico del pueblo es básica para luchar claramente contra esta lacra social. Por supuesto, el análisis efectuado desde la perspectiva de los derechos humanos, desde el derecho fundamental de la persona a la buena administración pública, permite alcanzar relevantes conclusiones, así como el estudio de las diferentes técnicas de control y los diferentes mecanismos preventivos establecidos en el Ordenamiento jurídico.

El libro que el lector tiene en sus manos es el resultado de una investigación colectiva que dirige el profesor Rogerio Gesta Leal sobre un tema de palpitante y rabiosa actualidad como es de la corrupción. Además del profesor Rogerio, participan en el trabajo que ahora ve la luz destacados profesores e investigadores como Jonathan Augustus Kellermann, Carloline Müller, Janrie Rodrigues, Ricardo Hermany, Diogo Frantz, Denise Friedrich, Cynthia Gruending, Jose Alcebiades de Oliveira Jr, Caroline Focking, Bruna Henrique Hubner, Janrie Heck, Fúlvio Machado, Juliana Machado, Ramonia Schmidt, Giulianna de Miranda, Eduarda Simonetti, Luiz Egon Richter, Rafael Santin y Karine Silva.

La figura de la Hydra de Lerna es un buen símbolo de la potencia e intensidad

---

<sup>1</sup> Trabajo elaborado para el libro colectivo sobre Buen Gobierno, Transparencia e Integridad institucional en el Gobierno local, editado por la Diputación Provincial de Barcelona.



de la corrupción. Como sabemos por la mitología griega, Hércules, encargado de terminar con el terrible animal, tuvo muchas dificultades a causa de sus múltiples cabezas y del veneno que supuraba cada vez que se aniquilaba una de ellas. Cada vez que Hércules cortaba una de dichas cabezas, surgían dos nuevas por lo que tuvo que pensar en algún sistema diferente a los empleados hasta el momento. Así, con el concurso de su sobrino, cada vez que cortaba una de las cabezas de la Hydra utilizaba trapos ardientes para quemar los cuellos decapitados. Hércules, como cuenta Apodoloro, cortaba las cabezas y su sobrino quemaba los cuellos degollados y sangrantes. Finalmente, Hércules acabó con la última cabeza del animal aplastándola debajo de una gran roca. Acto seguido, Hércules bañó su espada en la sangre derramada y después quemó las cabezas cortadas para que jamás volvieran a crecer. En fin, un método nada convencional pero efectivo que conjugó la potencia de Hércules con la inteligencia de su sobrino. Probablemente, la combinación de armas que se precisan para acabar con esta terrible lacra social: contundencia e inteligencia.

La corrupción, según el G-20, consume nada menos que el 5% del PIB mundial. Es decir, es la tercera “industria” más lucrativa de todas cuantas existen en este mundo. Es una lacra, señala el informe del G-20, que se ceba con las economías desarrolladas y con las subdesarrolladas. En estos momentos, la corrupción es el enemigo número 1 del comercio exterior. Por sorprendente que parezca, el G-20 alerta acerca del número de normas que regulan los mercados. Tal profusión de normas en buena medida constituye el caldo de cultivo en el que nace y se desarrolla esta terrible enfermedad que aqueja a todas las economías del mundo sin excepción. La sobrerregulación o la re-regulación son, efecto, aliadas de la corrupción, así como el excesivo número de normas diseñadas para establecer el régimen del comercio interior y exterior. Se trata, pues, de elaborar las normas que sean necesarias, ni más ni menos, normas claras, previsibles y ciertas. No regulaciones confusas, continuas y que tantas veces atentan contra la misma seguridad jurídica al variar unilateralmente las reglas en función del capricho de quien gobierne en cada momento.

El informe del G-20 dado a conocer estos días advierte sobre la necesidad de que las empresas se preocupen efectivamente del entrenamiento ético de sus empleados. Es decir, deben poner en marcha planes y programas exigentes de ética que vayan más allá de un simple barniz o de un uso políticamente correcto de la responsabilidad social corporativa. En efecto, no pocas veces, la RSC no es más que una forma de edulcorar la conciencia de ciertos dirigentes que pretenden, con algunas donaciones a determinadas ONGs, lavar algunas prácticas contrarias a los más elementales postulados de la ética y la moral.

En el campo de la empresa el gran desafío es sustituir el dogma de maximizar el beneficio en el más breve plazo de tiempo posible por consideraciones más abiertas como puede ser la compatibilidad entre la obtención de razonables beneficios obtención de beneficios y una creciente humanización de la empresa y de las condiciones laborales de los empleados.



El G-20 recomienda en su informe armonizar las regulaciones. Es decir, que el paisaje normativo sea compatible entre sí. También se anima a incentivar los negocios responsables, aquellos en los que se contribuya a mejorar la solidaridad social, una realidad que no debe ser opuesta a la obtención de beneficios sino complementaria. También se aboga por no sobrecargar de normas el sistema para evitar la inseguridad jurídica.

Finalmente, el G-20 solicita la creación y fortalecimiento de un sólido tejido ético desde el que se promueva una tolerancia cero con las prácticas corruptas, sean de poca o mucha intensidad. Cuándo se desprecian las pequeñas corruptelas es muy fácil, ahí está la realidad para comprobarla, iniciar el camino hacia la corrupción con mayúsculas.

La lucha contra la corrupción no es sólo cuestión de elaborar y aprobar normas y más normas. En muchas ocasiones incluso la proliferación de leyes y reglamentos lo que hace es facilitar la corrupción. La clave está en disponer de las normas que sean necesarias, claras y concretas y, sobre todo, de un compromiso ético real, constante y creciente.

En la actualidad, en un mundo en profunda crisis y en acelerada transformación, constatamos como esta lacra golpea con fuerza la credibilidad de las instituciones y la confianza de la ciudadanía en la misma actividad pública, también en la privada por supuesto. Es verdad, en estos dramáticos momentos de la historia, la corrupción sigue omnipresente sin que aparentemente seamos capaces de expulsarla de las prácticas políticas y administrativas. Se promulgan leyes y leyes, se aprueban códigos y códigos, pero ahí está, desafiante y altiva, uno de los principales flagelos que impide el primado de los derechos fundamentales de la persona y, por ende, la supremacía del interés general sobre el interés particular. Ante nosotros, con nuevos bríos y nuevas manifestaciones, de nuevo la corrupción, amparada, es una pena, por una legión de políticos y administradores que han hecho del enriquecimiento económico y la impunidad un *modus vivendi* prácticamente inexpugnable.

La lucha contra la corrupción o, si se quiere, la promoción de los valores de la ética pública desde un punto de vista positivo, concitan el estudio y la investigación de numerosos analistas y profesores que proponen aproximaciones, reflexiones, consideraciones, también medidas concretas, que puedan detener el paso a este gigante que no cesa en su empeño de teñir de suciedad y oscuridad el mundo político, administrativo y empresarial.

La corrupción, bien lo sabemos, supone un atentado grave a la misma esencia del servicio público en la medida que supone que el funcionario o el político deliberadamente traicionan el sentido de la gestión objetiva de los intereses. En estos casos se produce, por tanto, una conversión del interés general en interés personal. Esa es su malicia y su peligro en un mundo en el que una de las máximas es que las empresas deben ganar cuanto más dinero mejor en el más breve plazo de tiempo posible y, en el ámbito político, los partidos deben conseguir el mayor número de votos por el procedimiento que sea. En ambos casos, el fin justifica los medios y,



entonces, todo, absolutamente todo, vale.

Si admitimos la existencia de un derecho fundamental de la persona, un derecho humano a una buena Administración pública, caracterizada por la justicia, la equidad, la imparcialidad y la racionalidad, entonces la perspectiva de análisis de la corrupción va a depender del grado de percepción social de este fenómeno y de las posibilidades reales de reacción general de la ciudadanía ante los ilícitos penales y administrativos que se perpetren, por acción u omisión, en la actuación de los funcionarios públicos y autoridades políticas. Este es, me parece, la dimensión fundamental del problema. Si el pueblo no tolera la corrupción, la batalla estará ganada, tarde o temprano. Pero si la corrupción no es más que el reflejo de una sociedad enferma, entonces la medicina no es sencilla y es menester que crezca el temple y cultura cívica de la ciudadanía, al final la destinataria de las políticas públicas.

La corrupción también ha sido el resultado, comprobado a lo largo de la historia, de anteponer la fuerza al Derecho. La idea de que el poder debe estar al servicio de los derechos de los ciudadanos y de que el poder tiene límites es presupuesto necesario del Estado de Derecho, modelo político y cultural en el que la fuerza y el poder siempre están sometidos al Derecho, al principio de juridicidad, nunca por encima de él.

La corrupción ha aumentado en los últimos tiempos a causa de los problemas de financiación de los partidos políticos y debido al aumento de la discrecionalidad administrativa, especialmente en materia de contratación administrativa. Tras comentar la célebre distinción de Heidenheimer sobre los colores de la corrupción, el profesor Meny alerta contra el peligro de la instauración de una cultura de la corrupción que parte de tolerar la llamada “corrupción blanca”, para fines personales, y la “gris”, para el partido o el grupo al que se pertenece. Además, la fragilidad de las leyes de incompatibilidades, la proliferación de normas y normas, la falta de compromiso personal de los dirigentes, y la prevalencia de la eficacia en la Administración pública sobre el servicio, son factores que facilitan esta temible cultura de la corrupción. Los ámbitos más propicios para la corrupción, como sabemos, son aquellos en los que prima la discrecionalidad: planeamiento urbanístico, concesiones de servicios públicos y contratación administrativa en general.

Cuando se trata de controles, hay que ser conscientes que también puede haber, como ha estudiado el profesor Outrive, controles generadores de corrupción<sup>2</sup>. En concreto, este académico se refiere, sobre todo, al famoso informe Dankert relativo al fraude existente en la Unión Europea de hace ya algunos años, todavía lamentablemente de actualidad, que, en buena parte, se produce porque, entre otras razones, quienes conceden las subvenciones y quienes las controlan proceden en algunos casos de los mismos ambientes o círculos que los propios beneficiarios de esas ayudas<sup>3</sup>.

2 L. OUTRIVE, La Administración como amplificadora de la corrupción, V Conferencia Internacional Anticorrupción, Amsterdam, 1992.

3 Vid. M. GONZÁLEZ DE ASÍS, La corrupción internacional. Un examen empírico de sus causas, GAPP, nº 10, 1997, pp. 3 y ss.



Otra de las causas que más se han tratado como causas de la corrupción es el crecimiento de la discrecionalidad administrativa. Efectivamente, como han señalado Fisher y Zinke, en el sistema burocrático se han identificado una serie de barreras que dificultan el cumplimiento ético en las organizaciones públicas. Es decir, es muy difícil definir una zona de la actividad en la que haya suficiente discrecionalidad para las decisiones éticas<sup>4</sup>. La discrecionalidad de los altos funcionarios ha sido siempre, nos recuerda Dobbel, un tema de especial interés en las sociedades democráticas ya que su uso puede aparecer tendencialmente, según las épocas, desnaturalizado en forma de abuso. La cuestión está en saber cómo utilizar estos poderes al servicio objetivo del interés general en un contexto de la preeminencia del interés general<sup>5</sup>. Y, con independencia de las técnicas jurídicas, bien conocidas, de control de la discrecionalidad, lo que aquí interesa destacar es que, como dice Dobbel, la principal arma contra el ejercicio abusivo de la discrecionalidad es la integridad personal<sup>6</sup>. Es más, como ha estudiado Charles Fox desde un punto de vista fenomenológico, existe un “espacio ético” en el que los funcionarios deben operar las potestades discrecionales<sup>7</sup> buscando la solución justa en cada caso.

Las leyes, la legislación, también tienen mucho que ver con la corrupción. Porque vivimos en un mundo en que hay demasiadas normas, en el que la maraña jurídica es tan densa que es muy difícil su cumplimiento, cuando no su conocimiento. Pero, en todo caso, es lógico pensar que la legislación deba ser un remedio contra lo injusto en la medida que la ley, dice el profesor de Lovaina Outrive, debe ser una estructura que controle los intereses privados en nombre del interés general<sup>8</sup>. Sin embargo, cuando la legislación se contempla desde la perspectiva de las relaciones de poder, nos encontramos con la existencia de grupos de presión que tratan a toda costa de condicionar el procedimiento legislativo para imponer sus puntos de vista. Evidentemente, así considerada la ley, no es nada raro que pueda llegar a convertirse en un factor de corrupción como manifestación o expresión de relaciones de poder desiguales<sup>9</sup>.

El reciente informe de la Comisión Europea sobre la corrupción, de principios de 2014, a pesar de no haber sorprendido a nadie, pone de relieve que los ciudadanos tienen una idea muy clara de cómo se manejan los asuntos públicos en el viejo continente en este tiempo. De entrada, tres de cuatro ciudadanos, según encuestas y análisis propios de la Unión Europea, estiman que viven, que vivimos, en un ambiente de corrupción generalizada. O lo que es lo mismo, que el poder público se administra al servicio, no del interés general, sino de intereses parciales, particulares. Llama

4 F. FISHER-R.ZINKE, *Public Administration...* loc. cit., pp. 841-854.

5 P. DOBEL, *Integrity...* loc. cit., pp. 354-366.

6 *Ibidem*.

7 C. FOX, *Free to choose, free to win, free to lose: the phenomenology of ethical space*, *International Journal of Public Administration*, 1989, pp. 913-930.

8 L. OUTRIVE, loc. cit. Además, vid. N. PASSAS-D. NELKEL, *The fight against fraud in the European Community: cacophony rather than harmony, corruption and Reform*, cit., pp. 237 y ss.

9 L. OUTRIVE, *Loc. cit.*



la atención, sin embargo, que siendo tan elevada la sensación de que estamos instalados en un clima de corrupción general, la reacción ciudadana es la que es.

En España, según el estudio de la Unión Europea a que me refiero, el 95% piensa que, en efecto, la corrupción es general. En Italia, el 97% y en Grecia, el 99%. Incluso en países que tienen una imagen de seriedad como Alemania, hasta el 59% de la población estima que viven en un ambiente generalizado de corrupción.

Así las cosas, tampoco sorprende que la comisaria encargada de presentar el informe, la sueca Cecilia Malmstrom, apele a la necesidad de que los gobernantes se impliquen en la resolución de este grave problema y recuerde que la corrupción mina la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y en el Estado de Derecho.

120.000 millones de euros es el montante de lo que se calcula que se cobra la corrupción. 40.000 millones, según un estudio de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, en España. Son cifras ciertamente escandalosas que explican, especialmente en un momento de aguda y grave crisis económica, la magnitud de la opinión ciudadana sobre esta lacra social tan grave que azota a la tan civilizada Europa.

Alemania, por lo pronto, acaba de anunciar un nuevo código ético parlamentario para desterrar ciertas prácticas que se habían instalado entre sus señorías. En otros países, a pesar de que crece el descontento y de que se multiplican los casos de corrupción, es tal la potencia de los que están al interior de las instituciones más corruptas, que apenas se toman medidas no vaya a ser que el gallinero se alborote y se termine la placidez en la que viven no pocos dirigentes.

Es verdad, quien podrá negarlo, que la percepción de generalidad de la corrupción es el efecto de la transparencia, de que los medios de comunicación tienen acceso a estas prácticas, todos los días objeto de las portadas de los periódicos, de la televisión o de la red. Tales informaciones generan, es lógico, tolerancia cero por parte de los ciudadanos y la sensación de hartazgo aumenta.

Sean exageradas o no las cifras que ofrece la Unión Europea, lo cierto y verdad es que la corrupción es un problema ante el que poco o nada hace quien podría. En España el 77% de la población estima que en los últimos tres años estas prácticas de corrupción han empeorado aunque, esto es lo llamativo, solo el 8% admite haber tenido experiencia del fenómeno y apenas el 12 % denunció estos comportamientos. Es decir, aunque existe una tendencia a la exageración, por lo demás constatable en este tipo de situaciones, el problema es real y requiere una cura de urgencia.

Los datos dados a conocer manifiestan algo que es obvio a poca información y experiencia que se tenga en el trato con el mundo político o empresarial. La corrupción es siempre cosa de dos, y a veces la corrupción es solicitada desde el sector privado y en otras ocasiones desde el sector público. En realidad, cuándo la población expresa un sentimiento tan generalizado, es porque además de la corrupción evidente percibe otro ambiente de corrupción si se quiere más grave y pernicioso. La



corrupción blanca o gris, aquella que no es siempre es formalmente ilegal o que no siempre se puede probar en un proceso judicial. Son los casos de acosos sutiles en el trabajo, las formas de esclavitud laborales producidas por salarios inhumanos, la compraventa de favores a determinados niveles, o, entre otras prácticas, el uso del poder para amedrentar y laminar.

Transparencia Internacional (TI) acaba de publicar un informe sobre la corrupción en la instituciones comunitarias. Un informe que analiza diez instituciones y que vio la luz en abril de 2014. Según esta ONG, las instituciones de la Unión Europea son vulnerables a la corrupción debido a las lagunas normativas existentes y a la mala aplicación de las normas en materia de ética, transparencia y control financiero. El problema no es de orden cuantitativo en lo que se refiere a la producción normativa. Existen demasiadas normas y la maraña y confusión es tal que la complejidad de las regulaciones está socavando fuertemente nada menos que los fundamentos del edificio europeo. En este sentido, la complejidad de las reglas, la complacencia en su poder taumatúrgico y, sobre todo, la falta de seguimiento, están en la base de los resultados obtenidos en la lucha anticorrupción en Europa. Según el informe de Transparencia Internacional el 70% cree que la corrupción está presente en la Unión Europea.

Es verdad que en el seno de la Unión Europea existen normas y prácticas que garantizan estándares elevados de servicio y de rendición de cuentas que pueden ser utilizados por los ciudadanos. Por ejemplo, como señala el informe de Transparencia Internacional, están a disposición de los ciudadanos mecanismos para solicitar la investigación de sospechas de fraudes, para acceder a la documentación de las instituciones de la Unión Europea o para solicitar la revisión judicial de las decisiones que les afecten. El problema está en que prácticamente tales canales se usan poco o muy poco porque la ciudadanía piensa, no sin razón, que no sirven para mucho. Las principales deficiencias, según el informe de Transparencia Internacional, se encuentran en materia de lobbies y en los hábitos de negociación que imperan en la Unión Europea. En efecto, no existen reglas jurídicamente vinculantes en materia de lobbies porque son dueños y señores del mundo comunitario. Por otra parte, la tendencia a la negociación a puerta cerrada que caracteriza las formas y métodos comunitarios atentan contra las más elementales exigencias de la transparencia. Por si fuera poco, la ausencia de un supervisor independiente que controle que los ex altos cargos y ex altos funcionarios cumplan las reglas ex post a su trabajo en la Unión Europea para el acceso a la empresa privada, provoca muchas situaciones de obvios conflictos de interés.

Transparencia Internacional llama la atención de que solo una institución de la Unión Europea dispone de mecanismos realmente eficaces para proteger a delatores internos que denuncien prácticas de corrupción. Tampoco se comprueban las declaraciones de bienes de eurodiputados y comisarios. La contratación pública, una de las principales causas de la corrupción, sigue instalada, cada vez más, en sistemas que priman la negociación en lugar de la publicidad y competencia. Solo en 2013 fueron excluidas por corrupción en la contratación siete empresas privadas.



Transparencia Internacional elaboró el año pasado, 2013, el informe “Dinero, política y poder” en Europa” que contiene unas conclusiones no difíciles de intuir. Efectivamente, en el origen y etiología de la aguda y dolorosa crisis que estamos sufriendo, especialmente en el viejo continente, está esa oscuridad que reina en el proceloso mundo de las íntimas relaciones que existen entre poder político y poder financiero. En este contexto, se debe regular con transparencia la acción de los lobbies así como un sistema operativo, eficaz y real, de control de la financiación de los partidos políticos.

En concreto, la ONG especializada en la lucha anticorrupción recomienda a nuestro país más transparencia, un programa anticorrupción, una norma de responsabilidad judicial y un código ético para los parlamentarios. Esperemos que la recientemente aprobada ley de transparencia introduzca más luz y taquígrafos en la acción de los poderes del Estado y disponga de un sistema de control en manos de autoridades independientes. El plan anticorrupción debería confeccionarse sobre la base de una nueva norma de financiación de los partidos políticos y de un régimen jurídico que garantice, hasta dónde sea posible, el principio democrático en la vida interna de estas formaciones. La responsabilidad jurídica de los gestores públicos ya tiene rango legal desde hace escasas fechas mientras que la responsabilidad jurídica de los jueces y magistrados es un tema que se debería acometer en breve, sobre todo tras lo que está aconteciendo en el seno del consejo general del poder judicial, la institución de gobierno de los jueces, que en España lleva en entredicho demasiado tiempo.

Este informe es el resultado de la primera evaluación global de la capacidad real anticorrupción de más de 300 instituciones nacionales de los 25 Estados miembros de la Unión Europea. Como cabría esperar, las instituciones peor valoradas por los ciudadanos son, por este orden, partidos políticos, empresas y administraciones públicas. Las mejores en este terreno fueron los auditores del Estado, los defensores del pueblo y los organismos públicos encargados de la administración electoral.

El informe refleja que todavía hay muchos gobiernos que no rinden eficazmente cuentas del gasto público y que, esto sí que es muy grave, solo dos países protegen adecuadamente a los denunciantes de las represalias producidas por su acción. Dinamarca, Noruega y Suecia son los Estados mejor protegidos contra la corrupción, pues disponen de sólidos organismos de control, auditores independientes y sistemas de justicia y de policías confiables y no dependientes de los poderes políticos.

Otros puntos débiles que destaca el informe se refieren a que 12 países no establecen límite alguno a las donaciones a partidos por parte de personas físicas o jurídicas, 17 Estados miembros no disponen de códigos de conducta para los parlamentarios y 11 integrantes de la UE tienen un régimen de divulgación pública de los bienes y actividades de los representantes de la soberanía popular.

En este contexto, como es lógico, la corrupción ha florecido y se ha desarrollado con una gran intensidad. Una corrupción que está en la base de la crisis económica y financiera y que se debe extirpar si es que queremos de verdad que las cosas



cambien sustancialmente. Para ello, los dirigentes de los partidos deberían empezar a sentar acuerdos que impidan el control de determinadas instituciones, que fomenten la democracia interna, que reduzcan notablemente el número de asesores y personal de confianza y, sobre todo, que, de una vez se conviertan en representantes de los electores, no del jefe de filas.

El reciente informe sobre la corrupción en Europa, al que me refería anteriormente, elaborado por la Comisión de la Unión Europea, refleja que en España, como era de esperar, la corrupción se fragua en el proceloso mundo de la licitación pública, de la financiación de los partidos políticos y, sobre todo, en la gestión local y regional de la corrupción. No hay más que hacer un rápido estudio acerca del objeto de la multitud de procesos penales y administrativos que sufren tantos y tantos cargos públicos para alcanzar esta evidente conclusión.

En este sentido, el informe de la Unión Europea llama la atención sobre los 1.754 procesos judiciales relacionados con actos judiciales relacionados con actos ilegales realizados en materia de urbanismo. Una materia en la que la arbitrariedad ha irrumpido con especial virulencia a la busca y captura de toda suerte de recalificaciones, alteraciones o modificación de planes urbanísticos ayudada por un tráfico de información privilegiada que trae consigo pingües beneficios en tiempo record.

Otro informe de Transparencia Internacional sobre corrupción, de 2007, ya alertaba sobre los problemas de una deficiente e impune gestión del urbanismo en la que se han visto envueltos, en determinados lugares del territorio nacional, alcaldes, concejales, constructores y promotores fundamentalmente. El crecimiento de la percepción de la corrupción suele ir acompañado también del aumento de la desconfianza de la población ante la actividad política y sus principales agentes: los políticos. Así lo demuestra, por ejemplo, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas en su serie histórica, ahora en máximos.

Una de las razones por las que la corrupción urbanística se ha instalado entre nosotros se debe a la deficiente regulación existente en materia de financiación de partidos políticos. Otra, quizás las más frecuente y directamente relacionada con la financiación de las formaciones partidarias, reside en la facilidad con la que se es posible modificar planes urbanísticos, recalificar terrenos o modificar la calificación del uso del suelo. En estos casos, se debería limitar extraordinariamente tal posibilidad para evitar que se generen expectativas desproporcionadas en relación con el valor de los terrenos.

La crisis financiera en la que estamos sumidos ha puesto en entredicho la cultura del pelotazo y la circulación de vanguardistas productos financieros tóxicos y de alto riesgo. Los impresionantes beneficios que ha generado la especulación urbanística como consecuencia de la información privilegiada es probable que descendan notablemente. Es probable que el mercado del suelo ya no sea uno de los más pujantes. Aun en estas circunstancias, la tentación de hacer dinero en el sector del suelo seguirá presente y los controles y las limitaciones al ejercicio de las potestades



discrecionales seguirán estando de actualidad.

En fin, como dice el refrán: no hay mal que por bien no venga. Si la crisis económica actual mejora el ingenio para saber gastar mejor y para hacer más y mejor con menos, habremos dado un paso adelante fundamental. Un paso que debe ir acompañado de la implementación de sistemas de control que controlen. Por ahora tenemos muchos, demasiados procedimientos de control: parlamentarios, judiciales, administrativos. Pero en términos generales no sirven por la sencilla razón de que todos, casi todos, son diseñados desde el poder político.

El libro que el lector tiene en sus manos es una brillante y sugerente investigación acerca de las patologías corruptivas en un mundo en cambio y permanente transformación. Además, y esto es lo relevante, se plantean algunas medidas para combatir esta lacra desde las ciencias sociales. La corrupción es un fenómeno social que requiere ser analizado desde el conjunto de las ciencias sociales para proponer medicinas efectivas que terminen por eliminarla de la faz de la tierra. La política, la sociología, la educación cívica, el derecho, la filosofía, nos ayudan a pensar en que, como a la Hydra de Lerna, a la corrupción hay que atacarla desde un firme e inquebrantable compromiso cívico y democrático y, por supuesto, desde la inteligencia, la prudencia y la constancia.

A Coruña, 30 de noviembre de 2014.

Jaime Rodríguez-Arana  
Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo  
Catedrático-Director del Grupo de Investigación en Derecho  
Público Global de la Universidad de la Coruña



# O *IMPEACHMENT* DE PREFEITO MUNICIPAL NO BRASIL: POSSIBILIDADES MATERIAIS E PROCESSUAIS

Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal<sup>1</sup>  
Jonathan Augustus Kellermann Kaercher<sup>2</sup>

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendemos neste pequeno ensaio tratar do polêmico tema do *Impeachment* de Prefeito Municipal no Brasil sob as perspectivas políticas e jurídicas que o constituem, e o faremos cotejando as contribuições que a doutrina e a jurisprudência têm dada à matéria.

## 2 A NATUREZA POLÍTICA E JURÍDICA DO *IMPEACHMENT* NO BRASIL

O instituto do *Impeachment* já é conhecido da história do Brasil desde a Monarquia, através da Lei n. 15, de 1827, que dispunha sobre a responsabilidade dos ministros, secretários e conselheiros de Estado, sendo que, por razões óbvias, o Imperador não era alcançado pelo instituto, fundado na premissa igualmente histórica do Reino Unido de que o Rei não erra (*the king can do not wrong*).

Vários conselheiros e ministros do Imperador sofreram tentativas de *impeachment*, embora contra apenas um deles tenha sido formalizada acusação, José Clemente Pereira, absolvido pelo Senado em sessão datada de 09 de junho de 1832 (PINTO, 1992).

É preciso lembrar que a primeira Constituição Republicana de 1891 tomou como referência o sistema norte-americano, pelo qual o *impeachment* não tem caráter criminal, tendo sido mantida a mesma lógica na atual Constituição, firmando-se sua natureza de processo apenas político, não criminal.

Por outro lado, é preciso ter em conta que o Município no Brasil não possui competência constitucional para definir os tipos político-administrativos de infrações

1 Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Corunã – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. E-mail: gestaleal@gmail.com.

2 Jonathan Augustus Kellermann Kaercher, Graduando do Curso de Direito da UNISC. Bolsista de Iniciação Científica da UNISC. E-mail: jonathanaugustus@hotmail.com.



passíveis de serem apuradas pelo devido processo legal do *Impeachment*, assim como para dispor sobre as regras do processo e do julgamento de Prefeito, isto porque é a União (art. 22, inciso I, da CR) que detém a competência para legislar sobre crimes de responsabilidade (que são infrações político-administrativas, não penais), e sobre o direito processual.

Assim é que surge o Decreto-Lei (Federal) nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, recepcionado pela Constituição de 1988 tanto no que diz com os artigos 1º, 2º e 3º, que definem as infrações penais comuns e dispõem sobre outras ordenações jurídicas, como o art. 4º, que define as infrações político-administrativas - que são crimes de responsabilidade -, e art. 5º, que dispõe sobre o processo de cassação de mandato de Prefeito.

Incompreensível seria, em razão do prestigiado princípio da simetria com o centro, se tivessem os Municípios poderes para definir as infrações político-administrativas dos Prefeitos e para regular o processo de cassação de seu mandato, enquanto os Estados-Membros não detêm similar poder, quanto aos processos contra o Governador, não por infrações penais, mas por infrações político-administrativas, que, na tradição de nosso direito, são denominadas crimes de responsabilidade. Ademais, negou-se ao Município competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da CR).

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal excluiu da esfera material de reserva à competência regimental das Casas Legislativas a criação de obrigações ou restrições de direitos que alcancem os cidadãos estranhos aos corpos legislativos<sup>3</sup>. Da mesma forma, não há que se admitir a possibilidade de as Câmaras Municipais imponem restrições e mesmo prescrições e regras para tal, nos seus regimentos internos, quanto ao Prefeito.

### 3 CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DO *IMPEACHMENT* NO BRASIL

Pelos termos do que vem disposto no art. 1º, caput, do Decreto Lei 201/67, quando assevera que a apuração pelo Poder Judiciário desta matéria não se confunde com o controle político interno ou externo do Executivo, resta claro que tal ocorrerá independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores, tanto que o diz textualmente também na dicção do art. 4º, no sentido de ali prever as infrações político-administrativas que sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato. Não poderia ser diferente, até pelo fato de constituir tais condutas delitos de ordem pública incondicionada.

Em face disto é que a jurisprudência nacional evolui seu conceito restrito de configuração típica destes comportamentos à compreensão de que se afiguram

<sup>3</sup> RDA 197/211, HC nº 71.261.



compatíveis com aqueles previstos pela Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), e isto porque, enquanto que o Decreto-Lei nº 201/67, trata sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º), e por infrações político-administrativas (art. 4º), a Lei nº 8.429/92 prevê sanções civis e políticas para os atos ímprobos. “Sucedem que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso.”<sup>4</sup>

Já se tentou sustentar que pelo fato da Lei nº 8.492/92, em seu art. 12, estabelecer que:

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário.

Isto estaria caracterizando *bis in idem* em face do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67. Salvo melhor juízo, a sanção criminal subjacente ao art. 1º, do diploma sob comento, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular)<sup>5</sup>.

Aliás, só para lembrar, a doutrina desde há muito já diferenciou estas situações que dizem com as relações que se estabelecem nos juízos administrativos, cíveis e criminais à apuração dos ilícitos praticados por estes agentes, sustentando Di Pietro (2010, p. 500) a necessidade de se observar, no tratamento do ponto, o que está contido no artigo 1.525, do Código Civil, em cujos termos não se poderão questionar mais sobre a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime. A mesma norma se repete no artigo 935, do novo Código Civil<sup>6</sup>. Entretanto:

Quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o artigo 925 do Código Civil de 2002.

4 REsp 1066772/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009. Mesmo o Supremo Tribunal Federal já vinha há mais tempo desenvolvendo este raciocínio, basta ver-se os HC 69.850/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994 e HC 70.671/PI, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19 de maio de 1995.

5 REsp 1066772/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009. Mesmo o Supremo Tribunal Federal já vinha há mais tempo desenvolvendo este raciocínio, basta ver-se os HC 69.850/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994 e HC 70.671/PI, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19 de maio de 1995.

6 Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.



Quando a sentença for pela absolvição, há que se distinguir os seus vários fundamentos, indicados no art. 386 do Código de Processo Penal. [...]

Repercutem na esfera administrativa apenas as decisões absolutórias baseadas nos incisos I e V; no primeiro caso, com base no art. 1.525 do Código Civil (art. 935 do novo Código) e, no segundo, com esteio no artigo 65 do Código de Processo Penal.

Não repercutem na esfera administrativa:

1. a hipótese do inciso III, porque o mesmo fato que não constitui crime poderá corresponder a uma infração disciplinar; [...]

2. as hipóteses dos incisos II, IV e VI, em que a absolvição se dá por falta de provas; a razão é semelhante à anterior: as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo.

É que se tentou arguir que o Supremo Tribunal Federal – STF sustentara que:

Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição<sup>7</sup>.

Com base neste argumento pretendia-se alçar ao alcance da norma os Prefeitos e Vereadores.

Ocorre que tal dicção se deu em outro contexto, a saber, no âmbito da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei nº 1.079/50<sup>8</sup>, que faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e a competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade, todavia, Prefeitos e Vereadores<sup>9</sup> não se enquadram e não são alcançados pelo rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos<sup>10</sup>.

7 Conforme Reclamação nº 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJ de 18 de abril de 2008.

8 A Lei em si abrange os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República.

9 Veja-se que o STJ tem reiterado esta posição: Os vereadores não se enquadram dentre as autoridades submetidas à Lei nº 1.070/50, que trata dos crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. O precedente do STF invocado pelos recorrentes – Rcl 2.138/RJ – em apoio à tese sobre o descabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera dos Poderes da União, Estados e Municípios, não se presta, porque cuida de caso específico de Ministros de Estado. REsp 1135767 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 25/05/2010, publicado no DJe 09/06/2010.

10 Neste sentido os inúmeros precedentes jurisprudenciais: EDcl nos EDcl no REsp 884.083/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ de 26 de março de 2009; REsp 1.103.011/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 20 de maio de 2009; REsp 895.530/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 04 de fevereiro de 2009; e REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, relator para acórdão ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008. Deste último acórdão se extrai a afirmação contundente de que ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão



Na Reclamação junto ao STF nº 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes, a Corte deixou registrado que: *A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)*, deliberando que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/50, não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos os diplomas preveem sanções de ordem política, como se infere do art. 2º, da Lei nº 1.079/50, e do art. 12, da Lei nº 8.429/92. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de *bis in idem*, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco<sup>11</sup>.

Ou seja, tanto o art.1º, da Lei n.º 1.079/50, sobre o qual teria se assentado a decisão do STF na reclamação referida para afastar a aplicabilidade da Lei n.º 8.429/92, como o art. 1.º, do Decreto-Lei n.º 201/67, equivalem-se quanto aos seus regimes de tratamento e, ainda, que tanto este último como a lei de improbidade guardam completa identidade no tocante aos aspectos da punibilidade dos crimes de responsabilidade praticados pelos prefeitos, sustentando à impossibilidade de se aplicar dois regimes de responsabilização aos agentes políticos, pois o sistema constitucional brasileiro rechaça o *bis in idem*.

Entrementes, não obstante referida Reclamação 2.138-DF tenha causado fortes controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência, acerca da “aplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos”, para alguns Tribunais de Justiça no país seu conteúdo está despojado de eficácia vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, ou seja, seu pronunciamento vale apenas às partes envolvidas naquele caso concreto, além da constatação de que o entendimento ali consubstanciado não reflete orientação jurisprudencial pacificada do Supremo, porquanto tal julgamento, ocorrido em 13 de junho de 2007, decorreu de uma apertada maioria entre os membros que então compunham a Corte Suprema, hodiernamente com composição bastante alterada.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.  
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.  
ATO DE PREFEITO MUNICIPAL. LEI N. 8.429/1992. CRIME DE  
RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI N. 201/1967. DUPLO  
REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.  
RECLAMAÇÃO 2.138/DF. EFEITOS INTER PARTES. NÃO APLICAÇÃO  
A TODOS OS AGENTES POLÍTICOS POR AUSÊNCIA DE IDENTIDADE

---

submetidas à Lei nº 1.079/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos na via da ação civil pública de improbidade administrativa, lembrando ainda que o STF, ao julgar a ADIN 2797, declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do CPP, acrescidos por força da Lei nº 10.628/02, remanescendo patente a inexistência de foro privilegiado na hipótese.

11 Ver os trabalhos de SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 2003 e QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. O Controle Judicial de Atos do Poder Legislativo. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.



MATERIAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REFORMA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.

2. Recurso conhecido e provido<sup>12</sup>.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. APLICABILIDADE. É Certo que o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 2.138, definiu que agentes políticos sujeitos a processo de *impeachment* (crimes de responsabilidade) não podem ser processados por prática de atos de improbidade administrativa. Embora esse posicionamento seja prejudicial aos valores republicanos e aos princípios da Administração Pública, não se deve tomá-lo como uma posição consolidada do STF, a ponto de influenciar o julgamento dos demais órgãos do Poder Judiciário. A uma, porque alguns dos votos, que compuseram o acórdão, foram dados à época do julgamento por Ministros, que, hoje, não mais compõem o Supremo Tribunal Federal. A duas, porque, com a atual composição, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a petição 3.923/SP, em que o requerente, condenado por prática de improbidade administrativa, postulava que o processo fosse encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, visto ter sido eleito Deputado Federal, indeferiu, de forma unânime, o pedido e assumiu posição contrária à firmada na reclamação nº 2.138, ao decidir que não há prerrogativa de foro para ação de improbidade. Ressalte-se que os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, relator, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e Carmem Lúcia Antunes Rocha, adotaram o entendimento de que os agentes políticos estão sujeitos ao processo por ato de improbidade administrativa e sem o direito a foro especial<sup>13</sup>.

Outro aspecto importante e mais geral sobre esta norma está relacionado ao fato de que o STJ tem ratificado os termos da sua Súmula nº 164, no sentido de que: O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por *crime* previsto no art. 1º, do Decreto-Lei nº 201, de 27.2.67, o que tem ampliado significativamente os níveis de responsabilização destes delitos, com implicações gravosas aos direitos civis e políticos dos condenados – em especial no plano

12 TJRN, Apelação Cível nº080034567, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. AMAURY MOURA SOBRINHO, Dje 05/11/2009, citando o REsp 1100913/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009.

13 Acórdão nº 1.0105.06.178257-6/001(1) de TJMG. Relatora Des. Maria Elza, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, julgado em 15 de Abril de 2010.



eleitoral<sup>14</sup>.

Os ensinamentos de Stoco (2008, p. 2.781), no particular são muito profícuos:

Em resumo, se no exercício do cargo e em razão dele o prefeito pratica fato que se subsume a uma das figuras típicas previstas no DL 201/67 e se a lei vigente no momento do crime é a aplicável, mostra-se desimportante a circunstância de o agente ter deixado o cargo. Qual a diferença entre essa hipótese e aquela em que após denunciado, o prefeito deixa o cargo? O procedimento a ser seguido e a imposição de pena não será a mesma? [...]

Por fim cabe obtemperar que, segundo o princípio estabelecido em nosso ordenamento jurídico e, ainda, por força do princípio da anterioridade alçado à condição de garantia constitucional, incide a lei e o preceito vigentes no momento da prática delituosa. Ora, como a Súm. 394 foi aprovada muito antes do advento da Carta Magna de 1988, parece evidente que seu cancelamento não pode interferir nem sobrepor-se a uma regra editada posteriormente. [...]

Mas o cancelamento dessa regra orientadora não afeta o entendimento atrás exposto, cabendo reiterar que, se no exercício do cargo e em razão dele o prefeito praticou fato que se subsume a uma das figuras típicas previstas no Dec.-lei 201/67, e se a lei vigente no momento do crime é a aplicável, mostra-se desimportante a circunstância de esse agente ter deixado o cargo. Responderá pelo crime de responsabilidade, embora, segundo entendimento de alguns, possa vir a ser processado e julgado no foro comum.

Agora, quanto aos aspectos processuais, é preciso ter presente a conjugação do rito estabelecido no art. 5º, do Decreto sob comento e as garantias constitucionais infraconstitucionais processuais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório<sup>15</sup>.

E neste sentido, no Mandado de Segurança nº 21689/DF, o STF decidiu, por maioria de votos, que pode haver controle judicial do *impeachment*, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito, nos termos do art. 5, XX, da CF, e que a renúncia ao cargo, já iniciada a sessão de julgamento, não teria poder de paralisar o julgamento. Já no Agravo Regimental do Habeas Corpus nº 70055/DF, sufragou o entendimento de que o Habeas Corpus não era meio idôneo para defesa contra processo de *impeachment*, que configura sanção de índole político-administrativa, não pondo em risco a liberdade<sup>16</sup>.

14 Neste sentido ver as decisões: STJ, Quinta Turma, RHC 12535/SP, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 04/11/2003, DJ de 01.12.2003, p. 367; STJ, Quinta Turma, REsp 328670/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 07/05/2002, DJ de 10.06.2002, p. 245; STJ, Sexta Turma, HC 8838/PE, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 18/04/2000, DJ de 11.09.2000, p.289; Habeas Corpus nº 88588 / PE, Julgado pela Sexta Turma, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 24/06/2008, publicado no DJe 04/08/2008.

15 Agravo de Instrumento nº 599411378, da Primeira Câmara de Férias Cível, TJ/RS, Relator Des. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13 Setembro de 1999.

16 No mesmo sentido, no STF, o MS n. 21.564-DF e MS n. 21.623-DF.



No Mandado de Segurança 20.941-1/DF (*impeachment* do Presidente José Sarney), o Supremo Tribunal Federal rejeitou a preliminar de falta de jurisdição do Poder Judiciário, afirmando que, embora a autorização prévia para a instauração e a decisão final de processo de *impeachment* sejam medidas de natureza predominantemente política – cujo mérito é insuscetível de controle judicial – a esse cabe submeter à regularidade do processo, sempre que, no desenvolvimento dele, se alegue violação ou ameaça ao direito das partes<sup>17</sup>.

Veja-se que há divergência ainda no cenário nacional sobre a matéria, sustentando alguns que: (a) não é possível o controle jurisdicional, por se tratar de questão política ou matéria *interna corporis*, sobre a qual não foi discriminada a competência, quer da Justiça Comum, quer da Justiça Eleitoral<sup>18</sup>; (b) o controle jurisdicional limita-se a verificar a existência de vício formal, como a observância do quórum exigido para a decretação da perda do mandato ou se a votação foi sigilosa, configurando este o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, com exceção dos aspectos formais, as demais questões de fato e de direito não podem ser examinadas pelo órgão jurisdicional para o fim de julgar o mérito da causa (i.e., se houve ou não ameaça ou lesão a direito), resultando na extinção do processo por impossibilidade jurídica da demanda<sup>19</sup>; (c) o controle jurisdicional abrange, além do aspecto formal, o aspecto material, se houver evidente abuso ou desvio de poder – entenda-se ausência de motivo. Tal entendimento é encontrado em alguns acórdãos mais antigos do STF e também recentes, mais doutrina especializada<sup>20</sup>; (d) o controle jurisdicional é amplo, permitindo o exame de todos os aspectos do processo de cassação, desde que se alegue a existência de ameaça ou lesão a direito subjetivo<sup>21</sup>.

Não desconheço a posição de uma parte da jurisprudência e doutrina sobre o fato de que não se poderia invocar o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, para sustentar eventual possibilidade de controle jurisdicional do Impeachment, eis que sua inafastabilidade se constitui como “garantia contra a função legiferante do Estado, agindo assim no exercício da função legislativa usual como da função reformadora” (BRITO, 2003, p.

17 STF, Plenário, MS 20.941-1/DF, Min. Sepúlveda Pertence, relator, julgado em 9.2.1990.

18 Conforme antiga posição do STF: *Perda de mandato eletivo. Questão reservada a competência interna dos corpos legislativos da União, dos Estados e dos Municípios, sobre a qual não foi discriminada a competência quer da justiça comum, quer da justiça eleitoral.* - STF – 2ª Turma – Recurso Extraordinário nº 32.756-BA – Rel. Min. Ribeiro da Costa – j. 18.12.56 – m.v. – RTJ 3/74.

19 Cf. STF – Tribunal Pleno – Recurso em Mandado de Segurança nº 2.343-GO – Rel. Min. Abner de Vasconcelos – j. 09.08.54 – Unânime; STF – Tribunal Pleno – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.141-CE – Rel. Min. Ribeiro da Costa – j. 06.05.64 – Unânime; STF – Tribunal Pleno – Mandado de Segurança nº 21.861-DF – Rel. Min. Néri da Silveira – j. 29.09.94 – por maioria de votos; STF – Tribunal Pleno – Mandado de Segurança nº 23.388-DF – Rel. Min. Néri da Silveira – j. 25.11.99 – Unânime; STF – Tribunal Pleno – Mandado de Segurança nº 23.529-DF – Rel. Min. Octavio Galotti – j. 27.09.00 – maioria de votos. Neste sentido o trabalho de BROSSARD, Paulo. *O Impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 181.

20 STF – Tribunal Pleno – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2.319-SP – Rel. Min. Nelson Hungria, julgado em 04.01.54, Unânime; STF – Tribunal Pleno – Mandado de Segurança nº 8.893-SC – Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado em 09.08.61, Unânime; Voto vencido do Ministro Marco Aurélio no MS nº 23.529-DF. Na doutrina, ver o texto de MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 639, assim como o trabalho de REALE Jr., Miguel. *Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo*. In *Revista de Direito Público*, n. 10, out./dez., 1969. p. 92.

21 STF – Mandado de Segurança nº 24.458-DF – Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18.02.03. Na doutrina ver o trabalho de FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 193.



112). Ou seja, estaria tal proibição valendo para a lei, já que é esta que não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas nunca à própria Constituição Federal. Assim, se a Constituição atribui o julgamento de determinada matéria ao Legislativo, e não ao Poder Judiciário, não é o art. 5º, inciso XXV, que poderá autorizar a quebra desta norma instituída pelo Poder Constituinte.

O STF já decidiu desta forma, por maioria de votos, fazendo referência inclusive ao trabalho de Paulo Brossard sobre a matéria, em especial no seu voto no Mandado de Segurança nº 20.941/DF:

Dir-se-á que esse entendimento conflita com o princípio segundo o qual nenhuma lesão de direito pode ser excluída de apreciação judicial. Esse conflito, porém, não ocorre no caso concreto, pois, a mesma Constituição que enuncia essa regra de ouro, reserva privativamente a uma e outra Casa do Congresso o conhecimento de determinados assuntos, excluindo-os da competência de qualquer outra autoridade. Assim, no que tange ao processo de responsabilidade do primeiro ao último ato, ele se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo, Câmara e Senado, e em nenhum momento percorre as instâncias judiciárias. Como foi acentuado, é uma exceção, mas exceção constitucionalmente aberta, ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. A lei não poderia dispor assim. A Constituição poderia. Foi o que fez<sup>22</sup>.

Uma falha comum nos processos de cassação de prefeitos e vereadores diz respeito ao quórum para o recebimento da denúncia pela Câmara de Vereadores, isto porque hoje é necessária a aprovação por dois terços dos membros da Câmara, não “voto da maioria dos presentes” como consta do art. 5º, II, do Decreto-lei nº 201/67. Trata-se de aplicação do art. 52, parágrafo único, e art. 86, ambos da Constituição Federal, e que alteraram, nesse aspecto, a menção do antigo texto<sup>23</sup>. Esta tem sido a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITO. CASSAÇÃO. A ADMISSÃO, PELA CÂMARA DE VEREADORES, DE DENÚNCIA FORMULADA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL, DESTINADA A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE CASSAÇÃO DO ALCAIDE, EXIGE QUORUM QUALIFICADO, O MESMO PREVISTO PARA A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DE IMPEACHMENTE DO GOVERNADOR DO ESTADO (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART-84) E DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART-86, CAPUT). NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA, A DETERMINAR A NÃO RECEPÇÃO, PELA CARTA DE 1988, NO

22 STF – Tribunal Pleno – MS nº 20.941-DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 09.02.90, por maioria de votos.

23 A CF/88, no parágrafo único do art. 52, refere-se à perda do cargo de Presidente da República dizendo que a condenação “somente será proferida por 2/3 dos votos do Senado Federal”, e no art. 86, que a acusação somente será admitida “por 2/3 da Câmara dos Deputados”.



PARTICULAR, DO REGRAMENTO CONTIDO NO DECRETO-LEI 2001/67. SENTENÇA CONFIRMADA<sup>24</sup>.

PROCESSO DE IMPEDIMENTO. PREFEITO MUNICIPAL. SE O REGIMENTO INTERNO DA CAMARA DE VEREADORES REMETE-SE A CONSTITUICAO ESTADUAL E ESTA RECLAMA QUORUM DE 2/3 DOS PARLAMENTARES PARA O RECEBIMENTO DA DENUNCIA, E ESTE O REGRAMENTO QUE DEVE SER OBSERVADO. NAO APENAS PELO PRINCIPIO DA SIMETRIA, MAS PELA ADOÇÃO LEGISLATIVA DO TRATAMENTO PREVISTO NA CARTA ESTADUAL<sup>25</sup>.

E mais, não se pode admitir o cômputo de voto de parlamentar diretamente interessado no afastamento do Prefeito para fins de obtenção do quórum de 2/3 (dois terços) exigido em lei, conforme reiterada jurisprudência do STJ:

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. RECONSIDERAÇÃO. PREFEITO MUNICIPAL. CASSAÇÃO. INFRAÇÃO POLITICO-ADMINISTRATIVA. LIMINAR DEFERIDA.

1. No âmbito do STJ é excepcional a admissão de medida cautelar intentada na esfera de sua competência recursal.
2. Caracterizada a plausibilidade do direito vindicado nos autos, traduzida na quase palpável irregularidade perpetrada pela Câmara Municipal ao permitir que na votação final do impeachment fosse computado voto de parlamentar diretamente interessado no afastamento do prefeito, para fins de obtenção do quórum de 2/3 (dois terços) exigido em lei, há de ser deferida a medida liminar para suspender a deliberação da Casa Legislativa até o derradeiro julgamento do recurso ordinário.
3. Agravo regimento a que se dá provimento<sup>26</sup>.

Em verdade, o modelo federal impõe aos demais níveis dos poderes estaduais e municipais o paralelismo das formas, em decorrência da necessidade de rigoroso cumprimento das regras constitucionais.

Vai nesta direção José Nilo de Castos ao sustentar que para validamente ser instaurado processo político-administrativo contra o Prefeito, impõe-se a deliberação de dois terços dos vereadores à Câmara Municipal, de vez que, no particular, a maioria simples prevista no art. 5º, II, do Decreto-lei nº 201/67, não se compadece do texto constitucional federal (art. 86, par. ún.) (CASTRO, 1995, p. 105-6).

24 Apelação e Reexame Necessário Nº 70001226166, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 21/12/2000.

25 Agravo de Instrumento Nº 599020633, Primeira Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 16/03/1999.

26 Agravo Regimental em Medida Cautelar nº8571/AM, Relator Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma do STJ, julgado em 10/08/2004, publicado no DJe de 29/11/2004.



No aspecto punitivo, tem-se feito confusão entre crimes de responsabilidade e infrações político-administrativas. É que, conforme doutrina e jurisprudência do STF, os denominados crimes de responsabilidade do Prefeito, tipificados no art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67, e julgados pelo Poder Judiciário, são crimes comuns. As infrações político-administrativas, tipificadas no art. 4º do mesmo Decreto-Lei é que, na tradição de nosso direito, são crimes de responsabilidade, e enquanto tais são previstos em lei especial federal, quer na referência da Constituição Federal (art. 85, parágrafo único), quer na referência da Constituição Estadual gaúcha, em seu art. 83. Como infrações não penais que são em face da natureza jurídica destes ilícitos político-administrativos, é o Legislativo que os julga e seus efeitos são os mesmos, isto é, a cassação do mandato eletivo e a inelegibilidade do cassado.

A infração político-administrativa consiste na conduta que se amolda a uma figura descrita, definida e plasmada como tal em lei especial. E lei municipal não é hábil para definir condutas típicas punitivas a agentes políticos municipais. Esta tem sido inclusive a posição do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITO MUNICIPAL. CASSAÇÃO DE MANDATO. INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI Nº 201/67. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SUSPEIÇÃO DO VEREADOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PROCESSANTE. INEXISTÊNCIA.

1. A teor da Súmula 722 do STF “são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento”.
2. De acordo com o rito previsto no art. 5º do Decreto-Lei 201/67 (que prevalece sobre eventual disposição normativa local em outro sentido), na sessão de julgamento da infração político-administrativa pela Casa Legislativa a votação deve ser nominal.
3. Recurso ordinário a que se nega provimento<sup>27</sup>.

É julgamento político, mas punitivo, a cassação de mandatos pelo Legislativo Municipal. Vê-se que, nos planos estadual e federal, os chamados crimes de responsabilidade são julgados pelo Legislativo, segundo regras estabelecidas em lei federal especial. A cassação de mandato, punição autônoma e definitiva, tem tipificação legal, o que não lhe retira o caráter de medida punitiva estritamente política. Mesmo política, como punição, sua definição escapa à competência municipal.

27 RMS nº 25406/MG, Relator Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma do STJ, julgado em 06/05/2008, publicado no DJe de 15/05/2008.



#### 4 DA CASSAÇÃO DE MANDATOS E A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

Tem se tornado comum, em processos de cassação de mandatos eletivos municipais, o desajuste das decisões cassatórias em relação aos motivos ora alegados pelos demandantes. Logo, transformando-se a Câmara Municipal em órgão julgador, será improvável afastar-se esta por seus participantes, da desincumbência que significaria uma decisão perfeitamente adequada aos fatos ensejadores do processo de cassação. Desse modo, se vale dizer que a Câmara, constituída por mandatários políticos, muitas vezes toma decisões com influência completamente política, as quais são insuscetíveis de recurso.

É muitas vezes por este motivo, que alguns operadores jurídicos se valem da não apreciação dos motivos da decisão cassatória, sob o pretexto de que não poderão apreciar fatos ou provas, o que não condiz com o estrito cumprimento do dever legal, pois a análise de provas e fatos tem relação com a legalidade do ato praticado pela decisão camarista.

Nesse sentido, não se tem dúvida que a Câmara Municipal é reconhecida como Poder Legislativo Municipal - Constituição Federal, art. 31 (BRASIL, 2013, p. 36-7).

Em sendo assim, insurge à possibilidade do reexame de provas, ou seja, dos motivos de cassação pelo Poder Judiciário, com a falsa alegação de que este ato significaria certa excursão de um poder na esfera de competência de outro. Nada mais errôneo ao exame necessário, pelo judiciário, dos motivos da cassação de mandatos, o qual não poderá de nenhuma forma furtar-se à análise, sob pena de se relacionar com uma ilegalidade proposital de uma vereança preocupada somente com soluções meramente políticas da questão submetida. Segundo Costa (2014, <<http://www.amdjus.com.br?doutrina?eleitoral/3.htm>>).

A observação do Min. Víctor Nunes Leal, nesse sentido, merece atenção:

“Não há, em nosso sistema constitucional, adaptado do norte-americano, uma rígida divisão de poderes, no sentido de que cada um deles forme um compartimento estanque. Se assim fosse, os negócios públicos não poderiam caminhar, porque os atritos inevitáveis não encontrariam solução adequada, por falta do órgão (ou poder) que, harmonizando os dissidentes, os fizesse palmilhar a mesma estrada”.

Nosso regime republicano, acentua ainda Nunes Leal, atribui ao Judiciário verdadeira supremacia sobre os outros poderes do Estado. Essa superioridade resulta da índole de nosso regime e se manifesta sempre que esse poder tenha de interpretar e aplicar um texto de lei ou um princípio constitucional. Depois acrescenta o saudoso integrante do STF:

“Não é, pois, de estranhar que o Judiciário, ao reexaminar as provas em que se funda a demissão de funcionário estável, esteja policiando



a ação do Executivo, colocado este em posição de inferioridade. Não há intromissão do Judiciário na esfera de ação do Executivo. O que há é o controle da ação do executivo. E o exercício desse controle cabe legitimamente na órbita do Judiciário, porque nenhum ato executivo, que não seja discricionário, pode considerar-se da esfera exclusiva da administração.”

Nessa senda, em termos administrativos, a Câmara Municipal também é considerada poder local, diferindo-se consubstancialmente do judiciário, o qual não poderá intervir em ato político-administrativo, mesmo que tenha o compromisso de reexaminar decisão sobre cassação de mandatos eletivos municipais. No tocante ao adequado exame de provas que disponham a decidir ato final de decisão ou extinção e à semelhança entre o inquérito administrativo no qual acabe por resultar demissão de servidor público estável, o processo de cassação de mandato de Prefeito ou Vereador, ou até mesmo de sua extinção, há de se realizar de modo rigoroso, em conformidade com a lei. Caso não ocorra desta forma, deve o judiciário adentrar com a finalidade de corrigir eventual omissão de edilidade, sob pena de ficar apenas com função subalterna de homologação de decisões político-administrativas.

Diga-se de passagem, que no âmbito municipal se deve também pautar pelos termos “legalidade” e “merecimento”, em se tratando de atos de cassação resultantes de decisões meramente políticas das edilidades, pois estas, quando reúnem a maioria de votos de dois terços de seus integrantes, podem proferir o entendimento que melhor convenha a eventuais interesses e desprezando pressupostos indispensáveis à validade de seus atos, os quais podem ser definidos como: a) obediência aos aspectos formais do processo; b) enquadramento das acusações em conformidade com a lei, os quais têm a ver exclusivamente com os aspectos legais do ato em exame.

No entanto, ocorre que por legalidade do ato administrativo, a cassação pela parte da Câmara de Vereadores é um ato político-administrativo, se subentendendo que não somente a competência para a prática do ato e suas determinações legais, mas também os seus requisitos substanciais, bem como seus motivos e os pressupostos de direito e de fato, pois é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente ou que não o faça em conformidade com a lei ou até mesmo por se basear em certo fato, o qual daria lugar a um ato diverso do qual foi praticado.

Em se tratando de aspecto punitivo, se tem feito muitas vezes equívoco com relação aos crimes de responsabilidade e infrações político-administrativas, eis que conforme a doutrina e jurisprudência do STF, os crimes de responsabilidade de prefeito, devidamente tipificados no art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67 são crimes comuns. Já as infrações político-administrativas, devidamente tipificadas no art. 4º do Decreto-Lei nº 201/67, são ao ver do direito brasileiro crimes de responsabilidade, previstos em lei especial federal. Conforme já tratado anteriormente, com relação às infrações não penais, as quais são de natureza jurídica decorrentes de ilícitos político-administrativos, caberá ao Legislativo julgar e por ventura seus efeitos serão



os mesmos, ou seja, a cassação de mandato eletivo e inelegibilidade do cassado. Nesse sentido, cumpre destacar as lúcidas ponderações de Castro (2013), o qual entende caber à União a competência para legislar crimes de responsabilidade:

Destaco, de imediato, que a responsabilização político-administrativa do Prefeito é da competência da Câmara Municipal. Isto é, a Câmara aqui se investe no poder excepcional de julgar, consoante tradição de nosso constitucionalismo.

Todavia, destacável, de plano também, é que o prefeito tem o direito de ser processado e de ser julgado segundo normas válidas.

E não são válidas para julgar Prefeito as normas de Lei Orgânica e de Regimento Interno da Câmara, normas estas editadas pelo próprio Município, através do poder de auto-organização. O Município não possui competência constitucional, a uma, para definir os tipos político-administrativos de infrações e, a duas, para dispor sobre as regras do processo e do julgamento de Prefeito.

É a União (art. 22, inciso I, da CR) que detém a competência para legislar sobre crimes de responsabilidade (que são infrações político-administrativas, não penais) e sobre o direito processual. Não os Estados, e tampouco os Municípios (art. 24, inciso XI, da CR) (BRASIL, 2013, p. 33-4).

Nessa senda, o Decreto-Lei nº 201/67 foi recebido pela Constituição Federal, não somente pela definição de infrações penais comuns e demais ordenações jurídicas, mas também por tratar as infrações político-administrativas, as quais são crimes de responsabilidade e, por dispor sobre o processo de cassação de mandato de prefeito. Entende Costa (1998) que as infrações político-administrativas são aquelas:

as que resultam de procedimento contrário à lei, praticados por agente público, ou quem lhe faça legitimamente as vezes, e relativas a específicos assuntos da administração. O Prefeito, tanto quanto o Governador ou o Presidente da República, é um agente político; desempenha um múnus público, sem qualquer ligação profissional ou de emprego em relação ao município. (COSTA, 1998, p. 150-151).

Entende-se, assim, que as infrações político-administrativas mantêm relação com a eficiência do gestor público, haja vista que caso se torne ineficiente em seu múnus, pode o Poder Legislativo retirar o mandato por meio de regras dispostas em lei. Logo, a eficiência é uma obrigação de todos os administradores em face de disposição constitucional (art. 37, caput) (BRASIL, 2013, p. 37). A violação desse princípio pode acarretar a cassação de mandato de prefeito, a qual possui natureza de ato administrativo vinculado, discricionário e de interesse interno da edilidade.

Nessa esteira, quanto aos efeitos jurídicos da caracterização das infrações político-administrativas, a cassação do mandato de prefeito ostenta dois efeitos



jurídicos: a interrupção do mandato em exercício e a inelegibilidade por período de oito anos. Logo, a cassação do mandato de prefeito retira o direito político de exercício de mandato pelo qual foi eleito e limita através da inelegibilidade, o pleno gozo dos direitos políticos passivos, qual seja a inelegibilidade futura. Segundo Ribeiro (1996):

No *impeachment* é basicamente política a natureza da sanção principal, ao impor a perda do mandato eletivo, como também acontece com a medida acessória da inabilitação até oito anos. Os efeitos das duas cominações são essencialmente políticos. A primeira, caracterizada pela supressão de um mandato político, por seu nefasto desempenho, e a outra por expungir do status político do cidadão a dimensão passiva de acesso a cargos políticos, eletivos ou não, pelo prazo nunca inferior a oito anos. Vai esta última, além da inelegibilidade – privação do direito de concorrer a postos eletivos –, distender-se ao exercício de qualquer atividade pública, enquanto perdurarem os efeitos da inabilitação política. Atingindo está o direito público de sufrágio, permitindo que possa votar, e impedido que possa ser votado. É uma decapitação pela metade do direito imanente à cidadania. (RIBEIRO, 1996, p. 623).

Em sendo assim, o *impeachment* vem com a finalidade de impor a cassação de mandato eletivo e a inabilitação por até oito anos, de forma que se puna o agente político por seus atos e o impeça de voltar a praticar ilicitudes no âmbito da administração pública, a qual necessita de operadores dispostos a desempenhar um papel fadado de eficiência e comprometimento com a gestão pública, pois a melhor forma de se concretizar a ética pública é atribuindo responsabilidade política aos malfeitores.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição federal*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 18. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CASTRO, José Nilo de. *A defesa dos Prefeitos e Vereadores*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- CASTRO, José Nilo de. *Impeachment de Prefeito*: Norma de Regência. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/conteudo-revista/?conteudo=51628>>. Acesso em: 02 jul. 2014.
- COSTA, Tito. *Cassação de mandatos eletivos municipais*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/eleitoral/3.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2014.
- COSTA, Tito. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*. São Paulo: RT, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S/A, 2010.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*. Bauru: EDIPRO, 1994.



LIMAFILHO, Altamiro de Araújo. *Prefeitos e Vereadores: crimes e infrações de responsabilidade*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1993.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Saraiva, 1992.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE Jr., Miguel. Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo. In: *Revista de Direito Público*, n. 10, out./dez., 1969.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 623.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

STOCO, Rui. Prefeitos e Vereadores. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 2.



# A CONSTRUÇÃO DE CATEGORIAS DE OBSERVAÇÃO DO CONTRATO PÚBLICO E SUAS RELAÇÕES COM A CORRUPÇÃO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA PROCESSUALISTA<sup>1</sup>

*Caroline Müller Bittencourt<sup>2</sup>  
Janriê Rodrigues Reck<sup>3</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre a construção de procedimentos de reflexão teórica (re) construir uma teoria geral da contratação pública e estabelecer as relações com o fenômeno da corrupção. A corrupção, bem como a contratação pública, vão ser entendidas em termos de Teoria Geral do Direito, o que significa a pretensão de estabelecimento de categorias jurídicas universais.

O problema que vai mover o trabalho é, precisamente, a pergunta de como é possível reconstruir categorias de observação dos contratos públicos a partir de uma perspectiva processualista para a identificação das patologias corruptivas? A hipótese é a de que, a partir de conceitos tais como diferenciação entre fases da contratação e processos de contratação, unidades processuais, decisões e argumentos vai ser possível uma nova visão sistêmica e processualista do contrato público. Esta nova visão é a base para um pacto semântico onde se estabeleçam as oportunidades possíveis de ocorrerem patologias corruptivas, bem como para o estabelecimento das oportunidades curativas destas patologias.

Assim, o objetivo deste trabalho é eminentemente metodológico, isto é, de fundamentação de processos epistemológicos que serão difundidos na comunidade preocupada com o fenômeno.

O caminho consiste em, um primeiro momento, na reconstrução dos conceitos de contratação pública e de corrupção. A primeira vai ser entendida como uma unidade de processos, e não mais como um ato em específico tomado isoladamente dentro do agir da Administração Pública. Entende-se unidade de processos como a contratação que envolve diversos processos, de diversas ordens, os quais coexistem simultaneamente, e que envolvem diversas decisões regidas por regimes jurídicos diferenciados mas vinculados com o tema central da geração de direitos e obrigações para o poder público. Já a corrupção vai ser entendida em seu sentido mais amplo possível, enquanto gênero, de modo a transcender as figuras típicas do Direito Penal

- 
- 1 Este artigo é fruto das pesquisas do projeto de Rede Interinstitucional de Patologias Corruptivas na Contratação Pública, nos eixos temáticos dos autores, projeto desenvolvido no Centro de Pesquisa de Políticas Públicas na Universidade de Santa Cruz do Sul.
  - 2 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.
  - 3 Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor da Graduação e Pós-graduação da Universidade Federal de Pelotas.



para abranger conceitos do Direito Financeiro, Civil e Administrativo, tais como a improbidade administrativa.

Em um segundo momento, será necessário assentar de maneira mais especificada o que se entende por contratação enquanto unidade processual, bem como descrever os processos que compõem o todo maior da contratação pública. Isto vai implicar uma postura interdisciplinar e transversal, superando as divisões comuns entre o Direito Financeiro e o Administrativo, por exemplo, e compreendendo que vai ser necessário superar a noção de fases – entendida como decisões em sucessão – a partir da noção de processos, o que inclui decisões agrupadas sob uma certa unidade funcional.

## 2 RECONSTRUÇÃO DOS CONCEITOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA E DE CORRUPÇÃO

Delimitar o tratamento conceitual da corrupção é fundamental para fins desse estudo, uma vez que a hipótese principal segue no sentido de que a corrupção deve ser observada de modo muito mais amplo da forma como é concebida pela legislação e doutrina pátria. Se o seu conceito é ampliado, conseqüentemente as hipóteses e remédios jurídicos ao seu tratamento, acabam igualmente estendidas. Esse é o intuito desse breve tópico: estabelecer os contornos das regras que podem reger um conceito de corrupção otimizado, complexo e ampliado, com o intuito de tal pacto semântico guiar as análises no momento da realização do estudo de caso acerca da prática de atos corruptivos na contratação pública. Dito isso, duas conceituações são fundamentais: a de corrupção e a de contratação pública.

Inicia-se tal discussão com a relação que pode ser traçada entre a corrupção em contraposição ao dever de ética pública. Ocorre que, para muitos autores, a ética pública resulta em um dever de probidade. Um ponto ainda preliminar ao tema compreende a polêmica distinção que a doutrina faz entre ética pública e ética privada.

A ética aplicada à função pública tem em seu cerne a ideia de uma busca pelo bem comum e de pessoas voltadas a atuação de serviços de interesses gerais; contudo, tal definição é igualmente “problemática” dada a amplitude dos conceitos que a definem, como interesse geral e bem comum. Muito embora não seja pacífica na doutrina a distinção entre ética pública e ética privada, no sentido que a última estaria voltada para a moral crítica com sanções exclusivamente internas e autônomas, e a primeira teria seu campo mais específico, peculiar, em que os deveres públicos seriam distintos dos privados e com maior tratamento normativo também. Isso, pois, seria da natureza da função pública um conjunto de problemas éticos diferentes, demandando uma disciplina específica. A exemplo, da oposição da ética pública a tendência em determinados nichos de negar as responsabilidades às pessoas atribuindo a coletividades de diferentes índoles (OSÓRIO, 2010).



O objetivo da ética pública seria a preservação dos elementos essenciais da responsabilidade pessoal contra pressões da vida institucional, que poderiam inclusive ser diluídas num plano coletivo. A ética pública implica e exige responsabilidades diferenciadas dos seus agentes, bem como uma forma de interpretar e aplicar os princípios que deveriam guiar suas condutas. Não deveria então um agente ser julgado apenas pela sinceridade de seus motivos ou mesmo pelo seu caráter, mas sim em decorrência de suas decisões políticas e administrativas que direta ou indiretamente afetam seus administrados. A ética pública tem por objetivo proporcionar um vínculo entre as ações dos indivíduos e as estruturas das organizações (OSÓRIO, 2010).

A ética pública pode ser observada na perspectiva da ética política, que supõe decisões e responsabilidades no campo da política, contudo, quando se observa a ética pública das responsabilidades enquanto responsabilidade jurídica faz-se necessário um discurso ético-normativo, que perpassa o direito constitucional, administrativo, direito punitivo. Conforme Osório (2010, p. 36):

De fato, alguns sistemas, como o brasileiro, estão cada vez mais centrados na ética da improbidade, expressão mais ampla, constituindo a corrupção uma das facetas mais preocupantes do problema, mas não sua totalidade. Na linguagem cotidiana, a improbidade substitui a corrupção, abarcou ou absorveu as modalidades de enriquecimento ilícito, porque esta é a linguagem dos meios forenses que se transplanta ao meio jornalístico. Há toda uma tendência de alargamento dos tentáculos estatais em busca de repressão de múltiplas modalidades de atos ilícitos, seja na forma de desonestidades, seja na forma de ineficiências intoleráveis.

O autor busca situar a improbidade administrativa em um marco ético institucional, como uma espécie de má gestão pública, mas observa como dificuldade o fato de situar corretamente a improbidade no campo axiológico da má gestão pública, ou seja, como uma categoria ético-normativa apta a designar fenômenos situáveis no âmbito da má gestão pública. Logo, trata-se de conceitos próximos, mas ao mesmo tempo distintos, pois nem toda má gestão pública será improbidade, muito embora o inverso seja verdadeiro. Separar essas categorias analíticas integradoras da gestão pública permite proporcionar densidade normativa ao princípio da proporcionalidade, permitindo tanto uma maior eficiência do direito punitivo, bem como uma maior consistência dos direitos fundamentais envolvidos nesse contexto (OSÓRIO, 2010).

Note-se que para o referido autor, “nem toda má gestão é improbidade”, mas toda “improbidade é uma má gestão”. Visto por este aspecto, pode-se questionar aonde a corrupção enquanto fenômeno se insere nessa questão? Logo, seria a corrupção um gênero e a improbidade uma espécie? E a questão da má gestão se configurar improbidade pode ser observada a partir de que perspectiva? Não teria também o gestor público um dever de eficiência, economicidade e uma vinculação ao interesse público? Atos de má gestão não veriam a ferir tais preceitos constitucionais? Teria contornos seguros a distinção entre improbidade, má gestão e corrupção? Ainda,



indaga-se acerca da possibilidade de olhar o dever de lidar com o interesse público sob uma dimensão objetiva, significando dizer que ao aceitar tal responsabilidade, tal gestor não teria deveres de conduto aos quais recebe uma imputação em caso de não cumprimento? Importaria aqui saber os motivos que o levaram a se afastar do interesse público (se foi ele simplesmente um “mau” gestor ou alguém que se beneficiou de situações ilícitas?).

Todas estas reflexões inserem-se em um contexto de pluralidade semântica e de contínuo abandono do espaço público em favor do privado, ou ainda, em observações mais radicais, porém altamente coerentes, sobre o progressivo declínio da noção de público em favor de um privado (enquanto sentimento, enquanto família e propriedade, etc.) que se expande e invade as considerações públicas (SENNETT, 2011).

Tal debate, guarda, por sua vez, com o que vem se evidenciando em relação à autonomia jurídica da moralidade administrativa enquanto princípio constitucional, sem depender para sua efetividade de outros princípios que a ela se referem, como legalidade, finalidade, economicidade, boa-fé. Essa associação reflete-se na associação da moralidade com a probidade, dizendo-se a probidade como espécie do gênero moralidade (LEAL, 2014), o que é de fundamental importância, haja vista que a Constituição é parâmetro para interpretação das demais normas do ordenamento, não se podendo fazer uma inversão, utilizando-se uma lei (Lei da Improbidade Administrativa) para interpretar um princípio constitucional. O que se deve ter em mente é que o princípio da moralidade Constitucional é que é a baliza para interpretação da improbidade, enquanto relação proposta entre gênero e espécie. Nesse sentido é que se segue à conclusão de Leal (2014, p. 105):

Por todas essas razões não há como aceitar a orientação normativa e jurisprudencial de que má gestão pública provocada por despreparo dos agentes públicos, mesmo que transgressora dos princípios da Administração, para fins de Lei de Improbidade Administrativa.

Pensando-se nessas indagações, impossível não se questionar, indiferente da intenção da conduta do agente público, que seja por improbidade ou má gestão, por exemplo, pode-se dizer que o prejuízo ao interesse e ao bem público é o resultado de qualquer uma das referidas ações. Logo, se observado pelo fim e não pelo meio, a conduta independente da espécie produz um mesmo resultado. Sob este aspecto, defender a corrupção como um fenômeno multifacetado que amplia as possibilidades punitivas àquele que não só age de forma ímproba, como contra aquele que comete prejuízo ao interesse público, seja por falta de gestão, seja por falta de eficiência, entre outros. E daí, vê-se que a resposta a estes problemas não pode ser operacionalizada de forma tão estanque, como para o direito penal, ou para o direito administrativo ou para o direito civil, como se fossem nichos nos quais o direito não se comunicaria. Logo, para problemas complexos, deve-se produzir respostas tão complexas quanto para seu enfrentamento. Olhar a corrupção como um fenômeno multifacetado faz



com que o direito precisa dar respostas múltiplas e comunicadas entre si.

É de competência do poderes estatais instituídos, ainda que não somente deles, buscar constantemente através de padrões éticos e institucionais a realização dos fundamentos da República Federativa, tais como cidadania, justiça social, dignidade humana, pluralismo político a fim de concretizar os objetivos expostos no preâmbulo da Carta Constitucional. Motivo pelo qual os atos administrativos (enquanto gênero) devem estar em sintonia com tais princípios, pois são eles condições e possibilidades à existência e legitimidade dos próprios atos, afigurando-se como causa e fonte do sistema jurídico e Estatal. A rigor, eventual violação do conteúdo de tais princípios “torna ilícitos e ilegítimos aqueles atos, matéria que pode ser aferida ou sindicada, tanto pela via administrativa como pela jurisdicional (LEAL, 2013).

Ressalta Leal, que o fenômeno corruptivo não se restringe à esfera institucionalizada, nem mesmo pode ser reduzido à estrita concepção jurídica do fenômeno, mesmo porque, segundo Leal (2013, p. 18):

Há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe dos seus efeitos práticos e quantitativo-financeiros, ou mesmo os que dizem com sua consumação de benefício ou não – modalidade da tentativa –, pois estão em jogo as bases normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições representativas – públicas e privadas.

Contudo, ante o fato de tal trabalho buscar discutir as patologias corruptivas na contratação pública, o conceito aqui de corrupção será observado no âmbito dos atos emanados dos agentes públicos, dado que sua vinculação não é apenas moral ou ética em relação ao interesse público, mas sim legal sob o olhar da ética pública e da moralidade administrativa, constituindo-se a causa de legitimidade do gestor, bem como o fim de todas suas ações.

Dito isso, ao buscar analisar na jurisprudência brasileira os atos corruptivos mais praticados na contratação pública, com o intuito de se observar em quais momentos do processo de contratação pública mostram-se mais vulneráveis a tais atos, a corrupção aqui será tratada como *todo ato praticado pela administração pública direta ou indireta, que de forma intencional ou não, cause prejuízo ao interesse público, independente de benefício próprio ou alheio do agente praticante*. Sendo assim, o critério determinante é a lesão a interesse público, independente do enquadramento jurídico da conduta do agente. Nesse sentido os atos corruptivos na contratação pública merecem ser observados no seu aspecto administrativista (como por exemplo atos ímprobos), no aspecto civilista (no tocante à responsabilidade civil), bem como no aspecto penalista (em todas as possibilidades de enquadramento como crime de sua conduta), de forma que a resposta produzida tenha sido fruto de uma comunicação em todas a suas variantes punitivas.

Superada a questão do tratamento conceitual de corrupção nesse estudo,



passa-se a fazer o mesmo esforço para definir conceitualmente o que se entende por contratação pública, o que também é imprescindível para a coleta das jurisprudências para o estudo de caso.

A doutrina costuma dividir as manifestações da Administração Pública em atos e contratos. As noções de ato e contrato jurídicos advêm de uma recepção das diferenciações adotadas pelo normativismo civilista que surge com a reconstrução do Direito Romano no período pós-renascimento.

Os atos seriam aquelas manifestações livres da vontade, os quais, quando sofrem a incidência do Direito, tornam-se jurídicos. Há diversos tipos de atos jurídicos, sendo que alguns expressam uma certa liberdade na negociação dos termos, e, outros, onde a configuração jurídica é mais simplificada pela lei, onde de uma manifestação de vontade decorreria uma consequência previamente posta (DI PIETRO, 2013).

Os atos e contratos seriam a forma pela qual seriam exercidas diversas atividades com perfis diferenciados pela Administração Pública ou alguém por ela, tais como a autorização para o uso de um bem público, a aplicação de uma sanção de poder de polícia, uma orientação de trânsito, um ato material de tapar um buraco na rua, a publicação de um edital e a formalização de obrigações. Tais atividades são agregadas na doutrina sob a égide de grandes temas, como o Poder de Polícia, os Serviços Públicos e os Bens Públicos.

Assim, enquanto o ato administrativo seria uma manifestação jurídica unilateral de vontade da Administração Pública, o contrato administrativo seria aquela manifestação de vontade bilateral entre a Administração Pública e um particular, com vontades divergentes (FURTADO, 2010).

Existem, ainda, institutos não categorizados nos atos e contratos administrativos, tais como os convênios administrativos, os contratos de gestão e os termos de parceria.

Foram importadas as noções de existência e validade do Direito Civil. Assim, a depender da doutrina utilizada, a emissão ou a publicação do ato ou contrato administrativo faz ele existir, já a validade é expressada a partir de diferentes dimensões, tais como competência, forma e finalidade.

Para identificar quando se está frente a um ato ou contrato administrativo existiram diversos critérios, os quais se confundem com a própria busca do objeto do Direito Administrativo. Existiram os critérios: a) subjetivo (o ato administrativo seria aquilo que advém da administração pública; entretanto, tal concepção pressupõe que se saiba antes o que é administração pública); b) objetivo (a Administração Pública realizaria uma certa atividade, aprioristicamente determinada); c) do regime jurídico (a Administração Pública seria regida por um regime jurídico peculiar, precisamente o Direito Administrativo, porém, para se saber qual o regime jurídico aplicável seria necessário antes saber a quem incide o referido Direito) e, finalmente, d) da função pública, ou seja, atos e contratos administrativos seriam praticados por entes no exercício de uma função pública.



Pensar na contratação pública como um processo é agregar complexidade na medida em que o estabelecimento das obrigações e seu adimplemento passam a ser vistos como um processo (sobre processos ver LUHMANN, 1996). Assim, conforme o desenvolvimento da doutrina civilista, à pactuação do contrato antecedem atos e obrigações, e o mesmo valendo para a fase posterior ao final do contrato. Em verdade, a grande contribuição, aqui, foi pensar que a obrigação não se resume ao adimplemento primário da obrigação, mas sim considerá-lo no seu todo, em relação aos elementos que a constituem (COUTO E SILVA, 2007).

Nesse sentido, não seria errôneo dizer que a finalidade da contratação pública é obviamente a satisfação do interesse público. Contudo, visto a contratação pública como um processo, importa dizer que essa satisfação do “credor” (administrado) se dará em todos os momentos desse contrato. Atualmente, não seria nem mesmo possível dizer que a perfeito cumprimento do contrato se exaure no adimplemento da obrigação principal, haja vista a necessidade de se observar tal princípio da primazia do interesse público antes, durante e depois da realização contratual. E daí, uma série de conceitos interessaram à administração pública na observância de suas obrigações, tais como, a eficiência, a moralidade, os direitos fundamentais, a democracia deliberativa, entre outros.

Importa a lição de Couto e Silva (2007, p. 222) para demonstrar a importância desse diálogo de fontes:

A obrigação, vista como processo, compõem-se em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação. Os atos praticados pelo devedor, bem como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados numa ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. **Esses atos evidentemente tendem a um fim. É precisamente a finalidade que determina a obrigação como processo. (Grifos nosso).**

Ocorre que tanto as categorias de ato administrativo quanto as de contrato administrativo são observadas a partir de uma perspectiva metafísica e estática, sem a necessária inserção dentro dos processos de ação administrativa. O foco é no ato administrativo tomado isoladamente, quando em realidade a esmagadora maioria dos atos da Administração acontecem em processos com diversos atos sucessivos. Por exemplo, a multa de trânsito abrange a escolha do servidor de ficar esperando em um determinado local, a observação do servidor da conduta do motorista em contraste com a rodovia e com as normas de trânsito, a lavratura do auto de infração, o envio e oportunidade para defesa, etc.

Uma observação complexa da contratação pública vai ser definida como aquela ação administrativa onde o patrimônio público (não só dominical, mas também ético e comunitário) vai estar envolvido com uma ideia de bom governo.



A ação administrativa sempre é processual. Licenças-interesse, multas de trânsito e aquisição de bens sempre são processos que compreendem diversos atos e fases. É importante dizer, contudo, que como qualquer outro significado do mundo, quando se fala em contratação pública se fala em um sentido formado por um regime jurídico que conectam decisões. Este regime jurídico é uma unidade formada por uma pluralidade. Esta pluralidade não é uma pluralidade linear, mas sim uma pluralidade de fontes, em princípio, desorganizadas, mas que formam um sentido próprio quando reunidas em rede.

Assim, a contratação pública é uma sucessão de decisões, decisões estas que formam unidades processuais, e estas unidades processuais formam um processo maior. Cada uma destas decisões são decisões “possíveis”, isto é, em potência, não necessariamente ocorrendo, mas inseridas nos jogos de linguagem da lei. As decisões relacionam-se umas com as outras, formando novamente unidades. É importante dizer que, tanto estas decisões quanto as unidades formadas pelos conjuntos de decisões, são decisões regradas pelo ordenamento jurídico. Desse modo, tem-se como contratação pública esta sucessão de decisões jurídicas que são regradas pelo ordenamento. Como são diferentes decisões, têm-se diversas regras diferentes. Novamente o conceito de rede é importante, uma vez que cada decisão, cada unidade processual e o processo todo de contratação pública estarão regidas por diferentes normas, e submetendo-se a diferentes processos de controle.

### **3 AMPLIAÇÃO DAS CATEGORIAS DE OBSERVAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA PROCESSUAL**

A reconstrução do Direito Administrativo em direção a uma perspectiva mais complexa, operativa e conforme aos Direitos Fundamentais vai implicar a necessidade de novas teorizações sobre a teoria da contratação pública. Como foi visto acima, a contratação pública será observada não como um único ato ou um processo simples, mas sim como uma unidade de diversos processos (CLAM, 2006). São diversos processos por que são complexos de atos com funções e regimes jurídicos diferentes. Por exemplo, há um processo de gestão financeira, que corre em paralelo com um processo de acompanhamento do cumprimento das obrigações do contratado, dentre outros.

A diferenciação entre processos de contratação pública e fases da contratação vai se tornar necessária à medida que se dá conta da simultaneidade dos processos de contratação pública. A gestão financeira está o tempo todo ocorrendo à proporção que também se dá o processo de publicização. Desse modo, surge a necessidade de se complexificar a observação da contratação pública.

Uma construção de base importante é a relacionada com as fases da contratação pública. Por fases entenda-se a sucessão, no tempo, de decisões conectadas entre si e fechadas à fase seguinte. Tal tipo de entendimento vai ser necessário para se ter



uma noção do que é o início, o meio e o fim da contratação pública.

A primeira fase vai ser a **fase do planejamento orçamentário**. A fase do planejamento orçamentário, em sede de contratação pública, vai implicar na observação acerca das decisões relacionadas com a previsão de receitas e autorizações de despesas. Compreende a elaboração das peças orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) e seu regime jurídico (notadamente, além da Constituição Federal, as Leis 4320 e Lei Complementar 101). O ramo do Direito que rege esta fase é um ramo que nasceu do Direito Administrativo, o Direito Financeiro, e se rege por princípios tais como o do planejamento e da não vinculação de receitas. Além de reger propriamente o processo de elaboração das leis orçamentárias, bem como o seu conteúdo, o Direito Financeiro é um direito que prevê meios de controle e participação nestes processos, além de disciplinar regras acerca da necessidade da efetiva arrecadação dos tributos, limites de endividamento e equilíbrio entre receitas e despesas. Precisamente nesta fase é que se inicia o processo de contratação pública. Ocorre que, diante do quadro normativo brasileiro, as obras de relevo deverão constar nas leis orçamentárias; o mesmo valendo para compras e também para a contratação de serviços e servidores. Assim, é correta a afirmativa que a contratação pública começa já no planejamento orçamentário.

A segunda fase vai ser a **fase de planejamento administrativo**. É uma fase regida simultaneamente pelo Direito Administrativo e pelo Direito Financeiro. Uma vez estabelecida a autorização de despesa, resta ao Administrador esperar a dotação orçamentária para pôr em prática as políticas públicas. Neste meio tempo, vai ser necessário estabelecer o cronograma de desembolso financeiro, bem como, finalmente, estabelecer que tipo de obra, serviço ou compra a Administração pretende adquirir, diante dos autorizativos orçamentários.

Estabelecido o planejamento administrativo, a fase seguinte vai ser a de formação do contrato público. Na fase de **formação do contrato**, regida pelo Direito Administrativo, ter-se-á o comprometimento do patrimônio público, mas também a aquisição de direitos por parte da Administração Pública. No mais das vezes, o estabelecimento das obrigações e dos direitos será iniciado a partir de um edital de licitação – procedimento Administrativo para seleção de contratantes cabível nas hipótese de compra de bens, contratação de serviços para a Administração ou para terceiros, construção de obras públicas, bem como para concessões e permissões. Ocorre que em determinadas situações, a Administração Pública comprometerá o seu patrimônio administrativo ou material mesmo sem a necessidade de licitação ou contrato no sentido estrito do termo, de modo que uma nova visão sobre a contratação pública implicará na superação da noção de contratação enquanto processo que envolve manifestações de vontade bilaterais. De fato, no caso das autorizações de uso de bem público, a noção clássica do Direito Administrativo é a de ato unilateral precário. De todo modo, mesmo aqui há comprometimento do patrimônio da Administração Pública e o surgimento de obrigações a ambos os lados, ainda que sem a existência de um contrato em seu sentido tradicional.



A fase de **execução contratual** envolve a realização das obrigações da Administração Pública e as do contratado. Necessário dizer que, diante das novas construções do Direito Civil, vai ser necessário perceber o contrato administrativo também como regido por uma ideia de boa-fé (e seus consectários, como os deveres anexos), o qual vai se somar com a tradicional noção de interesse público e tipicidade dos contratos administrativos. A Administração deve pagar pela prestação recebida nos termos contratuais e legais, e o mesmo deve se passar com o parceiro privado. Ato contínuo, a execução do contrato será confirmada e homologada pela autoridade administrativa, para então passar pelos processos de fiscalização.

Se a descrição das fases ajuda na análise das diferentes eclusas que existem em termos de contratação, facilitando a construção de uma noção de tempo para a contratação, com início, meio e fim, a ideia de contrato enquanto processo ajuda, por outro lado, a identificar as diferentes unidades funcionais que existem dentro da contratação pública. De fato, se todo o contrato público tem por função o atingimento de algum benefício público a partir da assunção de direitos e obrigações recíprocas, é também correto dizer que, dentro deste grande processo, encontram-se diferentes processos regidos por funções diferentes. Estas funções diferenciadas vão conectar decisões, e, com isto, dar-lhes unidade. As decisões são unidades formadas pela eleição de alternativas, a alternativa escolhida e a justificação de sua eleição no tempo (LUHMANN, 1997). Assim, tem-se a decisão administrativa/política como o menor elemento de análise da contratação pública, seguido por um processo que terá uma função específica dentro do todo maior da contratação pública, e, finalmente, o processo de contratação pública, o qual unifica, sob uma unidade apenas, todas as demais funções, sendo esta unidade a de gerar direitos e obrigações relacionados com a satisfação do interesse público.

Os processos de contratação estão descritos na forma mais genérica possível, mas de modo a evitar também a vagueza excessiva. Com muita abertura linguística, os processos poderiam se conectar a qualquer outra comunicação do ordenamento. A ideia aqui é manter um nível de generalidade suficiente para abarcar as diferentes formas que a Administração Pública utiliza para gerar direitos e obrigações ante os parceiros privados.

Pode-se elencar, a título de hipótese, os seguintes processos funcionais:

**1. Processos de participação:** conjunto de decisões conectadas com a adequada abertura à participação popular, a qual, conforme se pode notar, deve estar presente desde a fase de planejamento orçamentário até a fase de execução contratual.

**2. Processos de publicização:** decisões relativas à ampla divulgação de todos os procedimentos de contratação pública, nas mais diversas fases, inclusive o gasto em tempo real.

**3. Processos de formalização:** decisões cuja função é dar a forma legal que é exigida para as diferentes decisões dentro do processo de contratação.



**4. Processos de fundamentação:** decisões relacionadas à explicitação das razões dos atos, certamente voltados ao interesse público.

**5. Processos de seleção de contratantes:** são as decisões relacionadas às diferentes formas pelas quais se escolhe o parceiro. Note-se que, no campo contratual público, a Administração Pública pode contratar com entidades da própria Administração, bem como com parceiros privados pessoas jurídicas e físicas. Os processos de seleção, como dito, usualmente envolvem decisões dentro de um procedimento de licitação. Entretanto, dentro do conceito expandido de contratação pública, prefere-se falar justamente em processos de seleção ao invés de licitação, uma vez que a Administração Pública brasileira também se obriga mediante convênios, termos de parceria, processos de seleção simplificada e atos discricionários, dentre outros.

**6. Processos de controle fiscal:** decisões relacionadas com o controle da execução orçamentária, do equilíbrio fiscal (limitação de empenho, limites de gasto com pessoal, etc.) e outras matérias relacionadas a orçamentos públicos. É importante ressaltar que as questões orçamentárias, no Brasil, não se restringem apenas à construção do orçamento: faz parte do orçamento também o acompanhamento da realização da receita e das despesas, o que implica a comparação, a todo instante, do orçamento em lei com o orçamento em execução.

**7. Processos de seleção de direitos e obrigações contratuais públicas:** são decisões cuja função é a formação das obrigações contratuais, como o edital, o contrato, os aditivos e as autorizações. Não se fala aqui simplesmente em formação do contrato por que o contrato público é um processo dinâmico, onde as obrigações vão surgindo e sendo modificadas, dado o princípio da mutabilidade contratual administrativa.

**8. Processos de formação do orçamento:** não há identificação aqui com a fase de planejamento orçamentário. É evidente que a fase de planejamento orçamentário compreende a elaboração do orçamento. Ocorre que a formação do orçamento continua mesmo depois de promulgados o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes e Bases e a Lei Orçamentária Anual, via a constante adaptação à realidade das necessidades públicas através da abertura de créditos adicionais.

**9. Processos de planejamento:** as diversas decisões unificadas e relacionadas com a construção do planejamento administrativo, como o planejamentos dos serviços públicos (ex.: linhas de ônibus) e obras públicas.

**10. Processos de satisfação das contrapartidas públicas e privadas:** decisões relacionadas com o pagamento tanto por parte do poder público (pagamentos simples, subsídios) como por parte do privado (outorga).

**11. Processos de execução e acompanhamento da contratação pública:** durante todo o processo de contratação, a Administração Pública observa seus próprios atos, avaliando, homologando e certificando a tomada de decisões por parte de outros órgãos da própria Administração Pública, o que inclui, por exemplo,



a verificação de se as obras foram realizadas e os pagamentos feitos.

**12. Processos de controle administrativo:** os processos serão a todo momento (isto é, previamente, concomitantemente e posteriormente) objeto de observação de outras estruturas administrativas, diferenciadas das que tomaram a decisão originária, configurando o que comumente se chama de controle externo. Eventualmente, as decisões serão substituídas por outras decisões, ou simplesmente extintas, como no caso das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas.

Estes processos adquirem densidade a partir de diferentes enlaces. Isto quer dizer que as decisões de cada unidade processual estão conectadas com outras decisões fundamentais do sistema jurídico, de modo que as decisões, as unidades e todo o processo de contratação pública só irão adquirir juridicidade plena a partir da satisfação argumentativa destas conexões.

A depender do regime jurídico, o não preenchimento de alguma de estas conexões pode levar à nulidade da decisão (ou seja, uma decisão que ordena que outra decisão seja desconsiderada), do processo inteiro ou da contratação pública.

Estas conexões configuram-se em argumentos para a verificação da própria idoneidade da contratação. Assim, os conceitos apresentados abaixo apresentam dupla face: são conexões necessárias para a validade dos processos de contratação pública; como são assim considerados, são também elementos de argumentação para a verificação da própria idoneidade da contratação pública.

**O argumento do bom governo (ou boa administração)**<sup>4</sup>, antes de propriamente referir o porquê seria uma argumento fundamental a ser utilizado para o controle dos atos corruptivos, para GIL (2013) existiria uma distinção sobre direito ao bom governo e à boa administração pública, em que basicamente trata o bom governo como as aspirações da sociedade, enquanto o direito à boa administração pública, de certa forma, está delimitado pelo dever de realização das políticas públicas e guarda submissão ao direito, às determinações legais ao qual está vinculado. Contudo, para fins desse estudo, utilizar-se-á a denominação de bom governo, por considerá-la ainda mais ampla para se tratar de controle de corrupção.

Pode-se dizer ser relativamente novo, na seara doutrinária do direito administrativo, o direito ao bom governo, muito embora uma investigação mais profunda mostrará que suas origens estão na ideia de bem comum e viver bem, por exemplo, podendo remontar a pensadores como Aristóteles e Thomás de Aquino. Na verdade, dos gregos ao Estado Contemporâneo, da sua maneira (ou seja, em consonância com sua realidade histórica) o fim que justifica a existência de uma organização política em sociedade é o chamado bem comum (GIL, 2011).

Ocorre que, conforme nos ensina Arana Muñoz (2006), o direito ao bom governo assume novos e importantes contornos com sua configuração jurídica no art. 41 da

4 Vale ler a distinção sobre direito ao bom governo e à boa administração pública, em que basicamente trata o bom governo como as aspirações da sociedade, enquanto o direito à boa administração pública está, de certa forma, está delimitado pelo dever de realização das políticas públicas e guarda submissão ao direito, às determinações legais no qual está vinculado.



Carta de direitos fundamentais da União Europeia, porque passa de uma aspiração meramente programática para converter-se em um direito fundamental. Identifica, ainda, o autor uma série de princípios e posições jurídicas-subjetivas dedutíveis do direito fundamental à boa administração pública, bem como a vinculação estatal a uma ordem objetiva de valores, implicando uma teoria de deveres estatais à realização da boa administração, podendo ser plenamente invocáveis pelos cidadãos frente à administração e mesmo à jurisdição.

Araña (2006) entende que governo e administração pública não podem reduzir-se a meras articulações de procedimentos, devem em seu agir priorizar a preeminência da pessoa humana e de seus direitos, para as quais os poderes públicos devem subordinar-se desprovidos de qualquer despotismo ou autoritarismo. Nesse sentido, para o autor, governo e administração pública são acima de tudo finalidades éticas, o que acaba impondo uma série de deveres objetivos a ser observados pelo homem público. Para Araña (2006, p. 59): *“En ningún sitio es más cierto que en la política que el hombre es la medida de todas las cosas, en tanto en cuanto las acciones políticas tienen valor en la medida que valen para el desarrollo humano.”*

Por tais motivos, não restam dúvidas que o direito ao bom governo é um argumento destinado ao controle dos atos corruptivos porque está conectado ao direito fundamental de um cidadão em obter a realização do interesse público, e todo ato corruptivo, é contrário ao que se espera de uma administração voltada ao interesse público

Outro argumento é o **argumento dos direitos fundamentais**, haja vista que pela teoria dos direitos fundamentais largamente difundida e contemplada nas Constituições ocidentais, os poderes estatais encontram-se vinculados à sua realização. Logo, tratar da realização de direitos fundamentais é concretizar a democracia, pois não se concebe hoje forma Estatal que não seja destinada a plena realização desses direitos. Logo, caso o processo de contratação pública, ainda que agindo em conformidade com a legalidade formal, estiver desrespeitando ou não atuado no sentido de máxima efetivação dos direitos fundamentais, pode-se estar diante de uma causa passível de anulação ou de controle do ato administrativo.

O **argumento da economicidade** encontra respaldo tanto na Constituição quanto nas normas infraconstitucionais, a exemplo da Lei nº 8.666, e dele se extrai o dever da administração pública de contratar com a oferta do menor preço, viabilizando, assim, a economia financeira para a realização de outras demandas destinadas à realização do interesse público.

Contudo, o argumento da economicidade não pode estar desconexo do **argumento do custo benefício**, pois na realização do interesse público não apenas a oferta do menor preço, que pode ser a mais vantajosa, ao olhar, deve ser considerado diante de outras perspectivas. Por exemplo, a administração pública realiza a compra de equipamentos com o critério do menor preço, contudo, tais equipamentos podem ser mais custosos na questão da poluição ambiental, ou no uso de energias, etc; vê-se que em tal no caso em tela, a administração também



guarda dever de preservação do meio ambiente, sendo que, nesse caso, o melhor preço deverá também ser observado numa realização de custo benefício sob a ótica de outros direitos envolvidos.

**O argumento da eficiência** que aparece numa série de dispositivos infraconstitucionais e também como princípio constitucional da administração pública, guarda relação com o dever de otimização dos serviços, numa relação de quantidade/qualidade dessa prestação, a fim de obter melhores resultados com menores esforços. Contudo, em se tratando de eficiência, seu conteúdo não é menos polêmico, conforme Bitencourt (2013, p. 323-324):

Sobre eficiência, o método que gera o melhor resultado é considerado o mais eficiente, mas não é uma tese suficiente, pois alguns elementos podem ser parâmetros de avaliação, mesmo que os objetivos iguais sejam atingidos. A execução de um empreendimento para usar a mão de obra desocupada pode ter maior eficiência que outra, .se, por exemplo, não for poluente.; porém, os dois métodos podem gerar o pleno emprego. Então, a avaliação de eficiência vai depender, em algumas situações, dos recursos que não estejam retamente ligados às expectativas sobre os meios de realização de determinado dado e, sim, das questões que eventualmente nem foram analisadas ou mesmo apenas marginais. Por fim, o que dificulta o conceito de eficiência é a definição da relação baseada em termos econômicos entre investimentos e resultados. Boa parte da doutrina trata da relação da eficiência sob o aspecto da economicidade; o problema é que os conceitos de custo não podem ser tomados em sentido absoluto, pois não se trata só de verificar a proporcionalidade de determinada política em termos de custo\benefício, mas, sim de estabelecer parâmetros comparativos entre diferentes medidas, todas proporcionais mais ou menos uma avaliação do velho “o barato que sai caro”.

Certo é que, por mais complexo que tal conceito possa se mostrar, também ele se mostra apto para ser utilizado no controle dos atos corruptivos na contratação pública.

**O argumento do interesse público** é um argumento debatido à exaustão no campo do Direito Administrativo. Se é bem verdade que a contratação pública deve estar vinculadas às decisões legislativas e administrativas, sendo estas, em um primeiro momento, a representação do interesse público, nem sempre isto vai ser verdade, posto que é necessário estabelecer um parâmetro de crítica destas mesmas decisões. Assim, mesmo diante da vagueza dos termos interesse público, é evidente que este vai estar oposto à utilidade individual. A contratação não pode servir a benefícios individuais, a não ser que estes benefícios individuais sejam simétricos e regidos por uma ideia de igualdade.

Embora não se tem aqui a pretensão de trazer todo o debate acalorado dos



administrativistas acerca da conceituação de interesse público, cumpre apenas uma referência no tocante à abordagem do tema, através de Hachem (2011), ao trazer uma categorização, em face das diferentes formas que o termo é utilizado de acordo com duas noções de Direito Administrativo. A primeira se refere a um *interesse público em sentido amplo*, considerado como o interesse protegido em sentido genérico e por todo ordenamento jurídico, logo, contrariando a norma definida pelo sistema jurídico, ter-se-ia uma violação do interesse público em sentido amplo. Já o tratamento do interesse público *em sentido estrito*, relaciona-se a situações que estando presentes autorizam a administração pública a agir, mas para revestir-se de validade o ato administrativo (ação da administração pública) praticado necessita a existência desse interesse público qualificado. Podendo ser assim explicado, Hachem (2011, p. 377-378):

- (a) Diz respeito ao interesse da coletividade em si considerada (interesse geral), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre interesses específicos (individuais e coletivos), igualmente protegidos pelo ordenamento e definidos em termos de ordenamento positivo;
- (b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, através das seguintes formas:
  - (i) explicitamente, quando se tratar de interesse público como conceito legal;
  - (ii) implicitamente, mediante a atribuição de uma competência discricionária;
- (c) quando utilizado para embasar juridicamente a ação administrativa, impõe motivação expressa do ato administrativo, com exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejam sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público;
- (d) funciona como condição positiva da validade de atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a administração pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida.

Nesse sentido, parece que a exposição através da divisão entre interesse público *em sentido lato e em sentido estrito*, torna mais clara a forma de vinculação e os deveres do gestor no tocante à necessidade de observar o interesse público e torna ainda mais amplo o controle da administração pública através do argumento do interesse público.

Um outro argumento é o relacionado com **a legitimidade da contratação pública**. Conforme explicitado no art. 71 da Constituição Federal, é permitido aos órgãos de controle da própria Administração Pública, notadamente os Tribunais de Contas, julgar a contratação pública a partir de um critério de legitimidade. Evidentemente, o conceito não pode ser assimilado ao conceito de interesse público, devendo possuir um conteúdo próprio. Este conteúdo, ao que parece, está conectado à justiça da contratação. Assim, somente contratações que privilegiem a liberdade e a igualdade entre as pessoas serão contratações permitidas.



Toda decisão terá de ser tomada pelo agente e pelo **órgão competente**. O ordenamento jurídico, para fins de ao mesmo tempo fomentar que decisões sejam tomadas, mas que elas estejam sob um certo nível de previsibilidade para a formação de expectativas normativas, traz determinados programas normativos com um perfil curioso. Tratam-se das normas de competência. As normas de competência são decisões sobre decisões, isto é, decisões que indicam tanto a forma pela qual uma decisão será tomada como também o conteúdo temático e mínimo da decisão. Com isto, além da geração de expectativas, diminui-se a possibilidade de superinformação, ou seja, a ideia de que um determinado órgão teria de decidir sobre tudo, o que seria paralisante. Nesse sentido, Reck (2011, p. 70-71) esclarece:

A competência é uma espécie de comunicação que tem por função estreitar o campo de decisões possíveis de determinados órgãos. A noção de competência leva a uma comunicação cujo enlace é, precisamente, evitar que um determinado órgão tenha de decidir tudo. A competência permite a especialização dos órgãos e, com isso, diminui a hiperinformação. Por outro lado, a competência não elimina os excedentes de informação das justificativas para o exercício da competência: qualquer razão pode ser mobilizada e deve ser objeto de exame. De outra banda, a competência tem uma função de ligação: a comunicação competência opera para formar a ligação entre a decisão tomada e a especialização do órgão. Assim, é um elemento de justificação. Ao se questionar por que determinada decisão foi tomada, a competência vai servir como uma razão, posto que seria uma função daquele órgão em específico. A competência é, ela mesma, uma comunicação do tipo jurídico e é produzida pelo próprio Direito. Neste sentido, trata-se de uma prestação do sistema jurídico ao sistema da organização: empresta-lhe o sentido de condicionantes para a ação. A competência não só seleciona as possibilidades de decisões, mas também o tipo de decisões, isto é, delimita se a competência será exercida por política pública, por serviço público, e assim por diante. Do mesmo modo, a competência serve de legitimação para o tipo de decisão produzida pelo órgão. Se a comunicação/decisão produzida pelo órgão.

Se, como dito acima, a competência não só seleciona possibilidades de decisões, mas também acaba definindo o tipo de decisão, a identificação dos órgãos competentes é imprescindível para o tipo de decisão que se espera do órgão, bem como o tipo de decisão que em função de sua competência estará o órgão legitimado a tomar. Motivo pelo qual, o argumento da competência deve estar conectado às possibilidades de controle acerca dos atos corruptivos.

**A legalidade**, como traduz-se em uma das conquistas civilizatórias das mais importantes, representa a ideia de uma comunidade que atua sobre ela mesma de forma igualitária, uma vez que se obedece à vontade da lei – criada mediante a atuação de representantes e, portanto, sendo fruto da autonomia – e não à vontade impessoal de um agente administrativo. A legalidade é observada modernamente



como sendo uma rede de diversos programas normativos, os quais incluem tanto os princípios como as regras. Não se trata mais apenas de obedecer a lei de regência de um determinado instituto de Direito Administrativo (por exemplo, a Lei de Concessões e Permissões), mas sim de verificar o sentido formado pela reunião em rede das diversas referências legais.

A **finalidade** também é um conceito-chave na tradição do Direito Administrativo. Muito embora seja de difícil identificação em situações concretas, o conceito pelo menos é simples: para cada espécie de contratação pública há uma finalidade. O desvio da finalidade compromete a contratação. Evidentemente que, diante dos fenômenos comunicativos emergentes, a finalidade vai ter de ser construída argumentativamente caso a caso e a partir do cotejo entre as diversas referências do ordenamento.

Conceito parente e assemelhando a finalidade é o **de causa**. Trata-se de um conceito do Direito Civil. Reside no campo da teoria dos contratos e foi recentemente incorporada ao ordenamento nacional pelo Código Civil de 2002. Por causa entenda-se os motivos determinantes da contratação. O que deu início ao processo. Uma vez verificado que a causa do contrato é uma patologia corruptiva, abrem-se as portas para a nulificação do ato e, conseqüentemente, responsabilização administrativa e jurisdicional.

Tais argumentos serão evidenciados individualmente e coletivamente na exposição de um estudo de caso, haja vista que são os casos concretos que darão os subsídios para observar quais as fases em que ocorreram a prática de atos corruptivos, bem como quais os argumentos que foram ou poderiam ter sido utilizados para exercer o controle de ato. Sendo assim, o estudo do caso é que se mostrará adequado para o enfrentamento do problema a partir das categorias ora apresentadas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este é um artigo científico que não pretende obter conclusões, mas sim delinear premissas para compreender a contratação pública como um processo, estabelecendo pacto semântico sobre o conceito de corrupção que serve a este estudo, bem como justificar o porquê da metodologia de estudo de caso eleita para identificar os momentos da contratação pública que se encontram mais expostos às patologias corruptivas, para, a partir da identificação dos argumentos destinados ao controle, possibilitar uma maior amplitude no controle jurídico e social.

As categorias estabelecidas como a distinção entre fases, processos e argumentos, ainda que provisórias, servem para agregar complexidade à observação do processo de contratação pública, possibilitando com isso uma maior exposição dos momentos passíveis de controle dos atos corruptivos.



No que toca às patologias corruptivas, este esquema de observação é de utilidade evidente. A diferenciação em processos permite maior complexidade de observação acerca de quais decisões podem ser susceptíveis de corrupção, permitindo que se construa um regime jurídico onde, a depender da gravidade do ato corruptivo, ou a decisão tomada isoladamente é nulificada, ou o processo tomado isoladamente ou inclusive o todo da contratação pública. Ao mesmo tempo, a pluralidade de argumentos aumenta também a capacidade analítica de observação, e, com isto, também aumentam as possibilidades de detecção e controle da corrupção. Para tanto, o estudo de caso mostra-se o mais adequado para aplicação das categorias descritas – haja vista que é no caso concreto que poderão ser evidenciadas as fases em que ocorreram as práticas de atos corruptivos, bem como, quais os argumentos que foram ou poderiam ter sido utilizados para exercer o controle de ato.

## REFERÊNCIAS

ARAÑA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. *Direito fundamental à boa administração pública* – Coleção Europalatinoamericana de direito público. São Paulo: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só –efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Fórum, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIL, José Luis Meilán. Una construcción jurídica de la buena administración *in Revista de Direito Administrativo e Constitucional - ano 13, n. 54*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa *in Revista de Direito Administrativo e Constitucional - ano 14, n. 55*. Belo Horizonte: fórum, 2014. p. 87-108.

\_\_\_\_\_. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Anthropos: México, 1996.

\_\_\_\_\_. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Anthropos: México, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa. Má gestão – corrupção e ética pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas. Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001. p. 60-84.

SENNET, Richard. *El declive del hombre público*. Barcelona: Anagrama, 2011.



# CONTROLE SOCIAL ENQUANTO ESTRATÉGIA DE COMBATE ÀS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS: UMA INTERCONEXÃO ENTRE A SUBSIDIARIEDADE HORIZONTAL E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS ELETRÔNICAS

*Ricardo Hermany<sup>1</sup>*

*Diogo Frantz<sup>2</sup>*

## 1 PREMISSAS INTRODUTÓRIAS

O estudo ora proposto tem como elemento central o controle social enquanto estratégia de combate às patologias corruptivas, especialmente no tocante ao espaço local. Esta abordagem se justifica uma vez que o Brasil adota em sua Carta Constitucional a descentralização como elemento essencial da organização político-administrativa.

Nesse contexto aparece um evidente paradoxo: na medida em que o Municipalismo e a descentralização atuam como corolário da subsidiariedade, a existência de autonomias locais com possibilidade de gestão do próprio orçamento pode facilitar a existência de focos de patologias corruptivas. Isso porque os instrumentos de controle da Administração Pública podem não se mostrar eficientes para acompanhar a execução orçamentária de todas as unidades federativas, especialmente nos pequenos Municípios brasileiros, que ultrapassam 3.000, em cujos locais não se encontra sedes do Ministério Público ou mesmo escritórios de controladorias do Estado ou da União nem mesmo do Tribunal de Contas.

Diante desse contexto, estrutura-se o presente artigo em três abordagens essenciais. Num primeiro momento, a análise versará sobre o princípio da subsidiariedade, em sua dupla dimensão, seja vertical, no que tange à descentralização do processo de construção e acompanhamento das políticas públicas, seja horizontal, que implica maior incentivo à participação da cidadania.

Num segundo aspecto, o foco central passa a ser a estrutura federativa brasileira, com o primado do fortalecimento do espaço local e da existência de competências para a espera mais próxima do cidadão. Nesse aspecto, ênfase para a inevitável dicotomia ou paradoxo, haja vista que ao mesmo tempo em que se incentiva o fortalecimento do poder local, este pode ser, se ineficazes os mecanismos de controle social, espaço fértil para a existência de patologias corruptivas.

Em vista disso, numa terceira parte do ensaio, com base na ideia de subsidiariedade horizontal enquanto estratégia de qualificação da decisão pública

1 Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), – hermany@unisc.br.

2 Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Professor na Universidade de Santa Cruz do Sul – RS. E-mail: diogofrantz@unisc.br.



a partir da legitimação da sociedade, será abordada a audiência pública como instrumento para a efetivação do controle social. Nesse particular, assume destaque a proposta de audiência no formato eletrônico, haja vista a possibilidade de um controle permanente e que oportunize uma constante retro-legitimação do processo de formulação das políticas públicas.

## 2 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E SUA DUPLA DIMENSÃO: DA DESCENTRALIZAÇÃO AO CONTROLE SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O princípio da subsidiariedade assume também, no contexto brasileiro, princípio norteador, sendo na óptica do presente estudo, numa perspectiva de ampliação dos espaços de controle social na administração pública, com ênfase nos Municípios, visando uma gestão amparada numa lógica de ampliação do espaço local, destacando-se ao final, em uma nova e qualificada relação entre Estado e sociedade, em suas diversas esferas, objetivando estabelecer uma dialética diferenciada, através de novos canais de controle social<sup>3</sup> frente à corrupção. Trata-se, então, da noção de subsidiariedade (BARACHO, 1996, p. 92), a qual contribui para a efetiva ampliação dos espaços de articulação da sociedade na esfera local, e, por conseguinte, amplia as possibilidades de controle social.

Nessa perspectiva, a subsidiariedade tem a possibilidade de atribuir centralidade ao cidadão, de forma que este supere a posição de mero cliente do Estado, assim passando, primeiramente, a contribuir na formulação de suas políticas e posteriormente exercer o controle social.

Dessa feita, inicialmente, precisamos elucidar algumas funções deste princípio, onde assume uma função de limitação da atuação do poder estatal frente ao indivíduo, mas, ao mesmo tempo, possui uma dimensão positiva. Esta se verifica na medida em que se vincula o Estado a um compromisso social, traduzido na exigência de atuação de suas instituições sempre que as necessidades do corpo social ou a dimensão da função a ser alcançada torne insuficiente a ação individual dos atores da sociedade (DUARTE, 2000, p. 109). Portanto, nessa perspectiva, significa afirmar que o Estado somente deverá agir e interferir quando o corpo social não der conta de solucionar as demandas.

Diante disso, a abertura do espaço público estatal, permitindo a ampliação da articulação dos atores sociais, a partir de uma ótica subsidiária, não traz como consequência a superação das instituições, mas, sim, a conciliação destas com o controle social. Nesse sentido, o destaque para a atividade interpretativa da sociedade em relação aos princípios constitucionais se mostra novamente adequada, a partir do conceito de controle difuso das normas constitucionais, que não se restringe ao

3 A expressão controle social, é compreendida como a participação do cidadão na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle das ações da Administração Pública. Trata-se de importante mecanismo de prevenção da corrupção e de fortalecimento da cidadania.



Poder Judiciário, mas, por outro lado, não significa a superação dos paradigmas estatais.

De outra forma, a ideia de subsidiariedade (BARACHO, 1996, p. 49)<sup>4</sup>, além de servir como critério definidor das competências no interior do próprio Estado, contribui para a modificação de suas relações com a sociedade (MARTINS, 2001). Com isso, ampliam-se as perspectivas do princípio da subsidiariedade (MUÑOZ, 1996) para além do incremento de competências das esferas locais, determinando-se, também, uma nova lógica relacional no próprio espaço local, a partir da inserção dos atores sociais enquanto autores do processo de construção das decisões públicas<sup>5</sup>.

Portanto, o princípio da subsidiariedade deve ser inserido sob o contexto de compatibilização e cooperação entre Estado e sociedade, superando, conforme Baracho, o entendimento de que os objetivos do Estado e da sociedade sejam conflitantes. Pelo contrário, a ideia consagrada pelo princípio da subsidiariedade demonstra a intrínseca relação entre estes interesses, o que permite a vinculação entre a proposta defendida de maior controle social (BARACHO, 1996, p. 95).

Destaca-se que nesta relação entre Estado e sociedade, numa visão amparada no princípio da subsidiariedade, manifestam-se mais claramente as vantagens desta interação, a partir da esfera municipal, a qual permite uma visão crítica e construtiva dos problemas a serem enfrentados conjuntamente pela sociedade e pelo poder público, aquela assumindo uma posição de sujeito ativo no processo de controle e regulação da gestão pública local<sup>6</sup>.

Diante disso, é imprescindível que haja uma redefinição de competências, a partir da ideia de subsidiariedade, onde esteja intimamente relacionada com uma nova correlação de tensões entre sociedade e Estado, tendo em vista que a simples autonomização da esfera local, com a mera ampliação de atribuições, não significa por si só a concretização de uma nova correlação entre sociedade e Estado.

Nessa nova perspectiva, de concretização do princípio, devemos coadunar

4 "A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples função de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável" p. 48. O princípio de subsidiariedade visa mediante a ação do Estado, suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, propiciando à sociedade resultados benéficos. "Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social". (BARACHO. 1996. p.49).

5 Podem ser encontrados, por uma leitura da Constituição Federal, comandos expressivos que consagram modalidades variadas de participação popular. Confirmam-se, a propósito, os arts. 14; 29, XII, XIII; 187, caput; 194, VII; 198, III; 204, II; 206, VI; 216, §1º, entre outros. Assim, a sociedade também tem o papel importante de cobrar para que sejam garantidos os mecanismos de controle social previstos em lei, bem como o acesso às informações necessárias para efetivar o controle. Deve pressionar para que se criem novos mecanismos, para que se amplie o alcance do controle social e a democratização do estado, tanto nas políticas em que já existem mecanismos de controle social como em outras áreas onde estes mecanismos não avançaram ainda.

6 "O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade". (BARACHO, 1996, p. 19). Prosseguindo, afirma Baracho: "As políticas públicas, através da estrutura e de operações do governo local, tomam nova conscientização, com referências ao conceito político do federalismo. Muitas das discussões são colocadas em termos de estrutura e princípios legais" (1996, p. 20).



a sua dupla dimensão, sendo: em relação à ampliação de suas competências entre as esferas federativas, sob a perspectiva vertical; ou, ainda, num enfoque de ampliação das potencialidades de participação da cidadania no âmbito da própria estrutura institucional, ou seja, na sua dimensão horizontal. Entretanto, em ambos os casos, é preciso observar e respeitar os limites constitucionais. Assim, é na possibilidade de controle da constitucionalidade das decisões públicas que se viabiliza a compatibilização entre aplicação da subsidiariedade e a manutenção dos espaços próprios do Estado Nacional, com destaque para o conjunto de garantias constitucionais já consagrados.

Assim, a inserção da participação popular no processo de formação e acompanhamento das decisões públicas pode servir como elemento fundamental de diminuição dos efeitos da crise estatal, notadamente no que tange à corrupção que assola as instituições públicas em todos os níveis nesse país.

Dessa análise, constata-se nova inteligência do princípio da subsidiariedade, operando, assim, enquanto critério de redistribuição e redefinição de competências entre os diferentes níveis, possibilitando à sociedade e, mais especificamente, ao cidadão exercer o controle social (DELORS, 2000, p. 40-47).

Contudo, se de um lado conferimos maior número de atribuições às esferas locais – municípios -, de outro lado, é fundamental se ter presente a necessidade de haver mecanismos e instrumentos legais que permitam garantir o controle contra eventuais oligarquias localizadas em pequenos municípios.

Com efeito, é somente a partir da descentralização que pode ser consolidado o princípio da subsidiariedade, o qual se vincula à existência de um conjunto de esferas autônomas de poder, de abrangência local, bem como mais atuação da sociedade no processo de participação e controle. Trata-se de uma proposta estratégica de integração e apropriação do espaço público estatal pela sociedade, invertendo-se a lógica tradicional de dominação e aplicação coercitiva nas decisões institucionais, como dos mecanismos tradicionais de controle e fiscalização da administração pública (BARACHO, 1997, p. 118).

Ressalte-se que a noção proposta de subsidiariedade neste trabalho, não propõe a substituição ou eliminação dos mecanismos atuais de controle e fiscalização já exercidos e realizados, mas sim, caracteriza-se por uma lógica de integração de novos canais e mecanismos de controle, que será apresentada na sequência.

Com essas considerações, assume uma dimensão bem definida a ideia de que não basta a simples definição de competências locais, sendo imprescindível a modificação das relações no interior desta esfera de poder. Diante disso, o poder local não deve ser compreendido como solução em si mesmo, desvinculado de um amplo processo de reformulação das estruturas de poder, com a efetiva ampliação dos espaços de articulação dos atores sociais. Dessa forma, a nova base decisória deve abranger também os novos direitos (DOWBOR, 1994).

Neste aspecto, é novamente esclarecedor Baracho, quando destaca a



importância desse princípio para a consolidação de um pluralismo social, ou seja, uma sociedade que compatibilize a relação entre Estado e sociedade, sem prejuízo de uma unicidade organizacional (DOWBOR, 1996).

Portanto, é a democracia que irá favorecer o desenvolvimento dessa cultura participativa, constituindo-se num novo espaço político de compatibilização entre os interesses, por ventura opostos, que se faz imperativo o exercício do controle social na administração pública pela sociedade (BORJA, Jordi; CASTELLS, 2000).

Assim, o controle social se produz com a participação do cidadão na gestão pública, especialmente enquanto objetivo final deste trabalho, na fiscalização, no monitoramento, no controle das ações da administração pública e no acompanhamento das políticas, sendo um importante mecanismo de fortalecimento da cidadania.

Controle social é uma forma de compartilhamento de poder de decisão entre Estado e sociedade sobre as políticas, um instrumento e uma expressão da democracia e da cidadania. Trata-se da capacidade que a sociedade tem de intervir nas políticas públicas. Esta intervenção ocorre quando a sociedade interage com o Estado na definição de prioridades e na elaboração dos planos de ação do município, do estado ou do governo federal. O controle social pode ser realizado tanto no momento da definição das políticas a serem implementadas, quanto no momento da fiscalização, do acompanhamento e da avaliação das condições de gestão, execução das ações e aplicação dos recursos financeiros destinados à implementação de uma política pública (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, 2014).

Portanto, através do controle social, relaciona-se uma dupla dimensão: por meio da participação na gestão pública, os cidadãos podem intervir na tomada da decisão administrativa, orientando a Administração para que adote medidas que realmente atendam os interesses públicos e, ao mesmo tempo, possam exercer o controle sobre as ações do Estado, exigindo que o gestor público preste contas de sua atuação (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, 2014).

Logo, há de ressaltar que a participação permanente da sociedade na gestão pública é um direito assegurado pela Constituição Federal, “permitindo que os cidadãos não só participem da formulação das políticas públicas, mas, também, fiscalizem de forma permanente a aplicação dos recursos públicos” (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, 2014).

O Ministério do Desenvolvimento no Brasil ressalta:

É de fundamental importância que cada cidadão assuma essa tarefa de participar de gestão pública e de exercer o controle social do gasto do dinheiro público. A Controladoria-Geral da União (CGU) é um dos órgãos de controle da correta aplicação dos recursos federais repassados a estados, municípios e Distrito Federal. No entanto, devido às dimensões do Estado Brasileiro e do número muito grande de municípios que possui (5.560), a CGU conta com participação dos cidadãos para que o controle dos recursos seja feito de maneira ainda mais eficaz (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, 2014).



Isso significa que, com a participação de cada ator social, se torna mais simplificado e eficaz o controle dos recursos da administração pública local. Assim, o Estado deve buscar permanentes mecanismos de aperfeiçoamento e fortalecimento, de forma continuada, na prevenção e combate à corrupção, através dos novos mecanismos de acompanhamento e canais de transparência. Nessa esteira, a “promoção da transparência pública é um importante passo em direção a esse fim”, tendo em vista que também se constitui em um importante mecanismo de controle social (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA – CGU, 2014).

Contribuindo para esse aperfeiçoamento, a Lei Complementar nº 131 (BRASIL – PLANALTO, 2014), alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal no que se refere à transparência pública, especialmente determinando a disponibilização de informações sobre a execução orçamentária e financeira da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa Lei estabelece que todos os gastos e receitas públicos devam ser divulgados em meios eletrônicos.

Ressalta-se, que no Brasil, devido às suas dimensões e à alta complexidade político-social dos mais de cinco mil municípios existentes, “é indispensável o fomento permanente à participação social, a fim de que os cidadãos possam tomar parte no controle dos gastos públicos e colaborar, assim, com a gestão pública” (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA – CGU, 2014). Nesse sentido, objetiva-se integrar a sociedade com a administração pública, objetivando solucionar os problemas, bem como as deficiências sociais, com maior eficiência.

São justamente estes os pressupostos apresentados, fundamentais para a consolidação de uma nova razão, razão pela qual a proposta de um novo federalismo, amparado numa composição municipalista, agregue o viés participativo, que é indispensável para a atuação comunicativa dos atores sociais. Diante disso o Município, no federalismo brasileiro, deve ter o seu espectro expandido para além de um simples estudo de mera enumeração de competências constitucionais, passando para uma investigação de novos instrumentos e estruturas capazes de permitir a atuação da sociedade civil como sujeito ativo no processo de controle social.

### **3 O FEDERALISMO BRASILEIRO E A CONCRETIZAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE ADMINISTRATIVA INTERNA**

O federalismo é uma forma de governo baseada, em certo modo, enquanto forma de distribuir e exercer o poder político numa sociedade, sobre um determinado território, que resulta da necessidade de preservar a diversidade de culturas ou da constatação das origens diferenciadas da história e das tradições políticas dos Estados-Membros, necessitando, portanto, de um estatuto que garanta a autonomia local (CROISAT, 1995), bem como, uma dinâmica forma de cooperação política para divisão de poder e responsabilidade entre União, Estados e Municípios. Cada uma das esferas de governo possui os seus próprios órgãos governamentais.



O princípio federativo pode existir sem a estrutura federal e vice-versa. Destarte, pode-se citar Estados que não adotam a estrutura federal, como a Espanha e a Itália, por exemplo, mas que possuem extremadas práticas federativas.

A partir de brevemente diferenciarmos e conceituarmos o que é federalismo passamos a verificar que município brasileiro ganhou maior importância após o período militar, com o advento da Constituição Federal de 1988, pois só então se começou a pensar em uma nova forma de governabilidade, e se estabeleceu novas competências a este ente. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 expressa que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, e que as autoridades políticas de cada nível de governo tornam-se soberanas e independentes das demais. Portanto, esse é o marco em que os municípios tornaram-se entes federativos autônomos.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 podemos afirmar que a democratização foi implantada com a finalidade de garantir novas condições políticas, sociais e econômicas. Silva, a respeito do federalismo, entende que, por ser uma forma de Estado denominado Estado Federal ou federação, se caracteriza em uma união de coletividades públicas dotadas de autonomia político constitucional. Assim o Estado Federal é tido como a união dos entes federados que formará um todo - União, Estados, Distrito Federal e Municípios – os quais formam a República Federativa do Brasil (SILVA, 1993).

A partir de então, os municípios brasileiros tornam-se entes federados e dotados de autonomia, os quais passam a elaborar suas próprias Leis Orgânicas - sem interferência dos Estados ou União - elaboradas pelo Executivo ou Legislativo.

A Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos as competências de cada ente federado, da seguinte forma: no seu artigo 30 a competência é privativa de interesse local; no artigo 23 a competência é comum de todos os entes federados; e no artigo 24 a competência concorrente.

Quanto às atribuições concedidas ao município, Meireles citado por Magalhães (2000, p. 42), afirma:

De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (art. 1º a 18), [...], por não se justificar a sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira.

A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal, no triplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29 a 31, 156 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar a sua lei orgânica (Carta Própria), [...].

Dessa forma, a Constituição concedeu ao município o lugar de maior destaque em relação ao desenvolvimento urbano. Com a promulgação das Leis Orgânicas e de



alguns mecanismos institucionais, de caráter permanente ou eventual, que contribuem para a democratização da gestão nas esferas locais como alterando, portanto, o perfil federalista brasileiro, como, por exemplo, descentralizando os recursos e encargos da União para os Estados e Municípios. A partir disso, a esfera municipal ampliou significativamente suas competências, aumentando assim a participação dos governos locais na repartição dos recursos fiscais. E assim, por conseguinte, aumentando a responsabilidade de fiscalização e idealização de políticas públicas (MANTOVANELI JUNIOR, 2006; FARAH, 2006).

De tal modo, para que o Município engrene de forma eficaz e rápida, é indispensável a atuação eficaz e compromissada por parte do Legislativo Municipal, pois seus representantes devem fiscalizar de forma diligente o Executivo, bem como buscar a consolidação dos direitos de cidadania, buscando mais efetividade e transparência na gestão pública.

No entanto, é fundamental se demarcar novos espaços de comunicação política, bem como novos instrumentos de participação – atores políticos e sociais -, pois assim, se alcançará uma melhor eficácia quanto ao exercício de gestão dos interesses da coletividade, expandindo-se a democracia, de forma que a construção social alcance a cidadania contemporânea, que passa a ser representada por novos sujeitos, muito mais conscientes do papel a ser desempenhado (LEAL, 2006).

Dessa forma, a concretização da subsidiariedade administrativa interna assume uma dimensão prática pois concede novo sentido à cidadania, além de atribuir maior relevância para as estruturas institucionais mais próximas da sociedade, o cidadão e seu potencial criativo assumem papel de destaque. Isso porque, a partir da noção de subsidiariedade, não apenas as estruturas institucionais locais são valorizadas, mas também a articulação dos atores sociais tanto nos espaços institucionais quanto na sua relação cotidiana.

Portanto, além de atribuir, no plano administrativo interno, ênfase ao espaço local, constata-se uma mudança no papel da cidadania, haja vista que a ótica subsidiária significa somente remeter o foco às políticas públicas estatais quando a sociedade, por si só, não for capaz da autorregulação, evidentemente condicionada à eficiência e ao respeito aos princípios democráticos e da igualdade.

Dessa forma, o controle Interno surge como a finalidade de que possa haver responsabilidade pública, com o objetivo de inibir e precaver ações ilícitas ou que possam ir contra os princípios da Constituição Federal, tanto que este tem amparo no artigo 74 da Constituição Federal, servindo de auxiliar no controle externo. Em face disso, podemos afirmar que é o controle interno que articula entre as ações administrativas e a análise de legalidade. Logo, esse controle possibilita ao cidadão que acompanhe com transparência a gestão pública.



#### 4 CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS ELETRÔNICAS

A discussão acerca do tema do controle social, hoje, é pauta das grandes discussões referente à forma de controle da sociedade para com a administração pública. Entretanto, discutem-se formas de concretização para o exercício do controle social, bem como, pouco se analisa e se debate alternativas de empoderamento do cidadão para o exercício do controle social.

Contudo, a resposta para tais questionamentos remonta a discussões pontuais, como exemplo, a problemática da falta de participação, a falta de engajamento político, o descaso e desprezo do cidadão frente às questões públicas e diversos outros motivos que acabam por enfraquecer o interesse do sujeito em participar da vida pública. Ademais, deixa-se de lado, muitas vezes, a discussão acerca da efetiva proposição de novas alternativas para buscar o cidadão que está “excluído” ou esquecido pelos agentes sociais e políticos de “frequentar” os seus direitos de cidadania, e, por conseguinte, o controle social na esfera pública.

Desse modo, temos ainda, hoje, mecanismos não explorados no campo das novas possibilidades de exercício da participação, como exemplo, a utilização das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e o uso do Governo Eletrônico<sup>7</sup>.

Tais mecanismos não se constituem, hoje, mais novidades, são programas já criados e desenvolvidos pelo Governo Federal, que entretanto, necessitam, ainda, ser (re)elaborados e rediscutidos frente às necessidades atuais da e-participação. A e-participação se constitui em uma ferramenta de participação direta do cidadão frente a exemplo da administração pública, em que utiliza a rede de computadores – internet – enquanto ferramenta de abertura de novos canais democráticos, seja de proposições, acompanhamento, transparência e fiscalização.

Portanto, é urgente e necessária a inovação de instrumentos de gestão e controle da administração pública, com a utilização das novas tecnologias (HOESCHL, 2003), pois esta virtualização do ambiente governamental, e sua consequente apropriação do espaço cibernético, possibilita que os diversos atores envolvidos, especialmente cidadãos, aperfeiçoem suas interações com o estado, passando a ampliar o espectro de nós que formam a rede de governança eletrônica.

7 O conceito de governo eletrônico não se restringe apenas à incorporação de novas tecnologias para ampliar a capacidade de conexão entre governo e cidadão. As relações dentro do próprio governo também se reinventam. O governo, nas suas mais diferentes instâncias, passa a atuar em rede. Cada Poder, cada esfera, e seus respectivos desdobramentos, trabalha como extensão, atuando como nós desta rede de governo. O advento do governo eletrônico é resultado da aproximação dos nós entre todos os atores: governo eletrônico, cidadãos, empresas, terceiro setor. Este conceito pode ser mais bem visualizado a partir do estabelecimento dos objetivos do governo eletrônico: implementação de infra-estrutura de comunicação de dados, integrando as redes de todos os envolvidos no processo; a modernização da gestão administrativa e dos sistemas de informação; a prestação on-line ao cidadão de todos os serviços públicos; a adoção de transparência nas ações governamentais que não exijam sigilo; racionalização dos gastos públicos; e a disponibilização de computadores em locais específicos que permitam que o cidadão acesse os serviços do governo através da internet. Objetivos que pressupõem que o governo eletrônico precisa funcionar em rede (POMAR; HOESCHL; GARCIA; COELHO, 2003).



As tecnologias de informação e de comunicação, de fato, abriram oportunidades para transformar o relacionamento entre governo, cidadãos, sociedade civil organizada e empresas, contribuindo para alcançar a boa governança, especialmente na dimensão transparência. A tecnologia da informação auxilia a implementação das políticas públicas e também favorece o monitoramento da implementação, o controle da política e a avaliação dos resultados, em termos da aplicação dos recursos, mas, principalmente, na efetividade das políticas implementadas. Também, o uso da tecnologia pode fazer o trabalho de suporte de comunicação, de *workgroup*, e viabilizar a eficiência interna de processos - como processos de compra, viagens de servidores, recursos humanos, controle de receitas e despesas, acompanhamento do planejamento governamental, e outros. Ainda, em e-administração, se pode incluir a integração de políticas públicas entre as várias esferas de governo.

Dessa forma, este artigo tem por objetivo explorar o tema a respeito da tecnologia e do governo eletrônico sob a visão do direito. Nesse sentido, reconhecendo as novas potencialidades relacionadas à ampliação dos atores sociais envolvidos na gestão pública, a literatura vem crescentemente enfatizando o tema da “governança”, salientando novas tendências de administração pública e de gestão de políticas públicas, particularmente a necessidade de mobilizar todo conhecimento disponível na sociedade em benefício da melhoria da “performance” administrativa e da democratização dos processos decisórios locais. De acordo com a concepção de governança urbana, a melhoria da qualidade de vida nas cidades não é negócio exclusivo de governo, mas sim tarefa e responsabilidade compartilhada entre todas as organizações e os cidadãos que constituem o tecido institucional e social da cidade (PUTNAM, 1999).

Assim, a proposta defendida enquanto instrumento de controle social dos cidadãos frente à administração pública, é a proposta da utilização de audiências públicas<sup>8</sup> eletrônicas, pois esta pode se tornar uma ferramenta de mobilização da opinião pública, capaz de inovar o campo das audiências públicas, sendo uma forma de qualificar esse instrumento de participação hoje esvaziado.

Para tanto, essa proposta seria a realização de audiências públicas eletrônicas, em que estas se iniciariam em hora e lugar definidos anteriormente, e após permanecessem abertas *on-line* em sites do Poder Executivo ou Legislativo, e, em locais de fácil acesso, onde após algum período determinado de tempo fossem encerradas novamente no local de abertura. Certamente, isso oportunizaria maior participação e eficiência nas audiências públicas. Certamente, assim seria possível o exercício de poder pelo povo junto à Administração Pública, pois através desse mecanismo o cidadão não mais é visto como mero administrado, mas como um “parceiro do administrador público” (SOARES, 1997).

Entende-se, assim, como essencial novos canais de aberturas e estratégias de

8 Audiências públicas são canais de participação administrativa aberta aos indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, com a finalidade de expressar as preferências e tendências dos segmentos, e que seja capaz de conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual para a sociedade.



participação, tema este que liga a necessidade de estabelecer uma reordenação de competência administrativa interna sob a ótica do princípio da subsidiariedade na sua perspectiva horizontal, pois hoje, no contexto brasileiro, os municípios necessitam de modelos inovadores de controle da gestão, para que os gestores tratem das mudanças que a sociedade exige. Dessa forma, a informação se torna um recurso estratégico cada vez mais importante para a gestão participativa, podendo, assim, se constituir em um importante instrumento no combate às patologias corruptivas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado, sustentamos a valorização de um poder local relacional, que conjugue a subsidiariedade vertical, traduzida na ampliação das competências do poder local, com a perspectiva horizontal, caracterizada por uma nova e qualificada relação entre sociedade e poder público municipal. Por conseguinte, a valorização dessa esfera de poder como *locus* próximo do cidadão possibilita, em uma perspectiva subsidiária interna, o exercício do controle social.

Dessa forma, propomos no decorrer deste trabalho a utilização de novos mecanismos e instrumentos para o exercício do controle social, a partir da utilização das audiências públicas eletrônicas. Elemento esse que possibilita ao cidadão propor, acompanhar, fiscalizar e avaliar as políticas públicas combatendo, assim, a corrupção em todos os níveis.

Portanto, a utilização de novos mecanismos com a utilização das novas tecnologias da informação e da comunicação e do governo eletrônico, se torna um novo instrumento de participação e de inclusão social, especialmente para a realização das audiências públicas, enquanto instrumento ao combate das patologias corruptivas.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de. A Federação e a Revisão Constitucional. As novas técnicas de equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista Scientialvridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. Tomo XLIV, n. 253/255, Braga: Universidade do Minho, p. 79-94, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 38, n. 1., p. 29-78, 1997.

BORJA, Jordi; CASTELLS. Manuel. *Local y global: La gestión de las ciudades en la era de la información*. 5. ed. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones, 2000. p.300.



- BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar 131. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp131.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm)>. Acesso em 23 de set. 2014.
- CROISAT, Maurice. *El federalismo em las democracias comtemporáneas*. Barcelona: Hacer, 1995.
- DELORS, Jacques. O Princípio da subsidiariedade. *Revista Nova Cidadania*. Cascais: Princípiã, Ano 2, nº 5, p. 40-47, 2000.
- DOWBOR, Ladislau. *Governabilidade e descentralização*. São Paulo, ago. 1994. Disponível em: <<http://www.ppbr.com/ld>>.
- DÓRIA, Og. *Município: poder local*. São Paulo: Editora Página Aberta, 1992.
- DUARTE, Maria Luisa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias*. Coimbra Editora, 2000, p. 109.
- FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. In: JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. *Inovação no campo da gestão pública local*. Novos desafios, novos patamares. (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- HERMANY, Ricardo. *Município na Constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.
- HOESCHL, H.C. Cenário evolutivo: o futuro do governo eletrônico. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out. 2002. Instituto Polis. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/1058/1058.pdf>>. Acesso em: 14 de set. 2014.
- JOIA, L.A. *O que é governo eletrônico*. Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2002. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/publicacoes/artigos>>. Acesso em: 19 set. 2014.
- KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LYRA, Rubens Pinto. Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília DF: Senado Federal, a. 35, nº 140, p. 11-16, out./dez. 1998.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. *Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre)*. Blumenau: Edifurb, 2006.
- MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.
- MINISTÉRIO do Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/controlesocial>>. Acesso em: 22 de set. 2014.
- MUÑOZ, Jaime Rodrigues-Arana. Administración Única y Pacto Local. *Revista de Estudios de la Administración Local Y Autónoma*, Madrid, n. 271-272, p. 567-580, jul./dec. 1996.
- PORTAL da Transparência – Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/controleSocial/>>. Acesso em: 20 de set. 2014.
- POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C. R. O governo eletrônico respondendo às propensões da presença da administração pública no ciberespaço. In:



*II CIBERÉTICA, Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética; VIII ENIDJ, Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica, Florianópolis, 2003.*

SÁNCHEZ, José García. *El municipio: sus relaciones com laFederación*. México: Editorial Porrúa, S.A, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 91-92.



# A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SEUS EFEITOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

*Denise Bittencourt Friedrich<sup>1</sup>  
Cynthia Gruending Juruena<sup>2</sup>*

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendemos neste ensaio apresentar como a doutrina brasileira tem tratado o tema sobre o papel dos Tribunais de Contas no controle da corrupção para, após, analisar a jurisprudência dessa Corte do Estado do Rio Grande do Sul no que tange à improbidade administrativa.

## 2 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Antes de entrarmos no papel dos Tribunais de Contas no controle e combate à corrupção, cabe apresentar como a doutrina brasileira tem tratado o tema do controle.

A dogmática tradicional normalmente concentra-se na análise sob os aspectos dos poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário -, ou seja, a teoria da separação dos poderes como forma de controlar e limitar o exercício do poder. São revelados aqui questões de grandes e insuperáveis discussões quanto à intervenção de um poder no outro, que, nos dias atuais, traduzem-se na denominada “judicialização da política” ou “ativismo judicial”<sup>3</sup>.

Numa outra perspectiva, é comum a análise recair sobre o controle referente a cada poder, do que decorre o controle interno e o controle externo que cada um deles está obrigado a instituir e se submeter. Além disto, no exercício de funções

1 Professora de direito Administrativo da Universidade de Santa Cruz do Sul, Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul; integrante do Projeto de Pesquisa Internacional sobre Patologias Corruptivas. E-mail: d-friedrich@hotmail.com.

2 Cynthia Gruending Juruena é graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Foi bolsista PROBAAE sob orientação do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e é membro do Grupo de Pesquisa “Patologias Corruptivas”, coordenado pelo mesmo. Também participa do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, sob coordenação da Professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: [cynthia\\_newage@hotmail.com](mailto:cynthia_newage@hotmail.com).

3 Esclarecedor é artigo de Barroso (2009) sobre a temática. Ao fazer a diferenciação entre ativismo e judicialização o autor afirma que “são primos”. A judicialização é um fato que decorre do nosso modelo constitucional, e não foi gerado por uma vontade política. Ou seja, em todos os casos que o judiciário decide não o faz usurpando poder, mas no estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais. O ativismo é uma escolha, uma vontade em interpretar a constituição de modo proativo, a ideia do ativismo está associada a uma participação mais intensa e ampla em concretizar valores constitucionais pelos outros poderes. São fatos que demonstram o ativismo: i) aplicação direta de CF sem expressa determinação constitucional, e na falta de lei infraconstitucional; ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislativo sem que fique clara a inconstitucionalidade; iii) a imposição de condutas ou abstenções especialmente em Políticas Públicas.



administrativas, típicas do Poder Executivo e atípicas aos outros dois poderes, pode-se controlar o ato administrativo chamado de vinculado e as discussões que pairam sobre o ato administrativo discricionário. Outro enfoque é controle popular, tanto pelo voto, como por outros meios de participação direta e indireta<sup>4</sup>. Passamos, a partir de agora, a fazer uma breve apresentação de cada um destes enfoques.

Em primeiro lugar, cabe destacar que o modelo atual de tripartição do poder em poderes com competências específicas, é uma forma de controle recíproco. Ou ainda, com uma nomenclatura mais adequada, a divisão das funções do Estado atribuída a órgãos distintos tem na sua origem a necessidade de limitar o exercício do poder, por meio de arranjos institucionais, nos quais o poder limita o próprio poder, de forma a evitar a concentração nas mãos de uma única pessoa ou órgão<sup>5</sup>.

Foi com este intento que Montesquieu (1996) imaginou o Estado Moderno, livre da sombra de governos absolutistas, cujo poder exerciam sem respeito às liberdades individuais. Claro que o filósofo não pensou a separação dos poderes como forma de concretizar o conteúdo material da constituição. Mas deu importante passo na temática do controle, uma vez que previu não a separação e independência absoluta entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, mas sim um sistema de freios e contrapesos, com vista a permitir a atuação harmônica do modelo tripartite desenhado por ele e até os dias de hoje adotados em grande parte pelos Estados Soberanos.

Seguindo a linha do controle pela separação dos poderes, outra forma de classificação leva em conta a *natureza dos atos que visa atacar*. Neste sentido tem-se o *controle político e controle administrativo*. O primeiro tem o intuito de manter o equilíbrio necessário entre os poderes estruturais da República (Legislativo, Executivo e Judiciário). São exemplos de controle político a possibilidade de o Presidente da República vetar leis de iniciativa do Congresso Nacional; a nomeação feita pelo Presidente da República dos Ministros da Corte Constitucional e a chancela pelo Senado dos nomes indicados para tal cargo; a possibilidade de o Legislativo rejeitar o veto do Presidente da República; o Judiciário controla os demais poderes fazendo o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos provenientes de suas atribuições (CARVALHO FILHO, 2012).

Assim, a Constituição Federal traça as atribuições dos poderes do Estado,

4 A Constituição Federal no artigo elege alguns formas diretas: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.”

Alguns exemplos de exercício indireto da soberania previsto na Constituição Federal:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

III - participação da comunidade.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

5 Neste sentido preceitua o artigo 2º da Constituição Federal brasileira: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.



prevendo a autonomia e independência deles, porém estas garantias não são absolutas. Por isso o texto constitucional admite formas de gerência de um poder sobre o outro, e nisto repousa o sistema de *Check and Balance* desenhado por Montesquieu (1996). Em tais casos, está-se diante do *controle político*.

Por sua vez, o *controle administrativo* dirige-se aos órgãos, desprovidos de vontade política, ou seja, refere-se àqueles órgãos incumbidos de exercer a função administrativa. É exemplo de controle administrativo o que decorre do poder hierárquico, que aplica sanção administrativa a servidores regidos pela Lei 8112/90, o órgão superior que fiscaliza o inferior, como, por exemplo, o Conselho Nacional da Magistratura que fiscaliza a atuação do judiciário, as corregedorias, etc. Referente à atividade administrativa, a Constituição Federal no artigo 37, *caput* disciplina a atividade administrativa que deverá nortear-se pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, eficiência e impessoalidade. Estes princípios aplicam-se a todos os poderes no exercício de suas funções administrativas, que no âmbito do Legislativo e Judiciário, são funções atípicas.

O *controle democrático*, com vistas a garantir o conteúdo axiológico da Constituição Federal, aplica-se tanto quando ele se dirige aos Poderes do Estado, como quando se dirige à função administrativa, ou seja, pretende-se tratar o controle político e administrativo tanto na dimensão fundante, como na dimensão garantia, oferecendo mecanismos aos cidadãos para que busquem a concretização dos direitos e valores consagrados no texto constitucional.

A classificação apresentada por Carvalho Filho (2012) leva em conta a *natureza* do Controlador, aqui o *controle pode ser legislativo, executivo e judiciário*. O primeiro refere-se à competência do legislativo de aprovar o estado de sítio e de defesa; fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, conforme disciplina, por exemplo, o artigo 49 da Constituição Federal. O segundo, também denominado controle administrativo, é aquele exercido pela própria administração pública, especialmente decorrente da súmula do STF 473 que lhe atribui esta prerrogativa. O terceiro refere-se à possibilidade que o Judiciário tem de apreciar os atos dos demais poderes segundo a legalidade e a constitucionalidade deles.

O controle também pode ser analisado quanto à *extensão do controle*. Sob este aspecto pode ser interno ou externo. O primeiro é o exercício por órgão vinculado ao próprio poder, para fazer, por exemplo, o seu controle financeiro. O externo, por seu turno, diz respeito a órgãos ou poderes não vinculados ao controlador. Exemplo deste é o que o Tribunal de Contas, órgão do Poder Legislativo, exerce sobre os demais poderes. Este será objeto central do presente trabalho. Quanto à extensão, Dal Pozzo (2010) acrescenta o controle social, pois leva em conta a pertinência do órgão controlador.

Quanto ao *âmbito da administração*, o controle pode ser *por subordinação*, que deriva do poder hierárquico e é tipicamente uma forma de controle interno. Outra forma deste controle ocorre *por vinculação*, que é o poder de revisão e fiscalização,



tipicamente de caráter externo, entre pessoas distintas, como, por exemplo, o controle exercido sobre as pessoas da administração indireta, feito pela administração pública direta a qual se vincula (CARVALHO, 2012).

Quanto à *oportunidade* o controle pode ser *prévio*, de natureza preventiva, que se detém no momento anterior à realização do ato. Adiante se pretende demonstrar a importância deste controle no sentido de evitar a quebra da confiança dos cidadãos com as instituições democráticas. Além deste, situa-se nesta classificação o *controle concomitante*, que ocorre posteriormente à realização do ato, porém antes de exaurir-se, ou seja, durante a sua realização. O *controle posterior* é destinado a revisar os atos após seu exaurimento, depois que já produziu os efeitos almejados. Os Tribunais de Contas atuam em maior medida desta forma (CARVALHO, 2012).

Por último, o autor supracitado analisa o controle quanto à *iniciativa*. Sob esta perspectiva, pode ser de *ofício* e será o controle realizado pelo próprio órgão ou poder, ou seja, é interno, sem nenhuma provocação de terceiro estranho; a Súmula do STF 473 acima referida é exemplo deste controle. O *controle provocado* é desencadeado por denúncia ou queixa deflagrada por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, estranha ao órgão ou poder que sofre a ação controladora.

Botelho (2010, p. 143) define o controle da atividade administrativa como “uma atividade exercida com o propósito de certificar-se de que algo se cumpra de acordo com o que foi planejado”, e limita o controle da administração pública ao controle interno e externo; controle social; controle parlamentar e jurisdicional; controle administrativo e político. Nota-se que a percepção da autora é do controle como limite ao exercício do poder, no sentido de que a norma planeja a forma de atuação, e o controle visa assegurar que sejam cumpridos os passos definidos.

Cabe advertir que o controle não pode ser apenas quanto à legalidade, haja vista que o simples fato de obedecer à lei para atribuir correção ao ato administrativo é insuficiente. Para corrigir os limites desta posição, Freitas (2013) propõe um controle sistemático que estrutura-se sobre quatro instrumentos concretos que são: o controle interno, controle externo, o social e o jurisdicional. Todos os quatro devem ser pensados de forma integradora e uns complementam os outros, e com o objetivo primordial de dar concretude aos princípios constitucionais, especialmente o direito fundamental não explícito à boa administração.

Sob esta ótica, propõe Freitas (2013) que o princípio da legalidade seja atenuado, pois tendo em vista haver atividades administrativas não previstas em lei. Neste aspecto cabe destacar que uma nova leitura do princípio da legalidade administrativa deve ser repensada, tendo em vista a complexidade que a função administrativa assumiu nos últimos tempos, especialmente com a Constituição de 1988 ao possuir forte cunho axiológico a serem concretizados por meio de políticas públicas, as quais se realizam, dentre outras coisas, por um emaranhado de atos administrativos passíveis de serem controlados. Diante dessa realidade, é improvável, para não dizer impossível, que a lei consiga prever todas as ações a serem desenvolvidas pela Administração Pública. Assim, a ideia de classificar a atividade administrativa em discricionária ou vinculada,



não pode mais ser a única forma de avaliar a ação administrativa. Esta simplicidade conceitual parece mais um recurso retórico simplificador da complexidade de tal atividade.

Partindo, assim, para uma mudança de paradigma que leva a conversão do princípio da legalidade administrativa para o princípio da constitucionalidade que “representa o coroamento do processo evolutivo da legalidade, fazendo com que o controle sistemático acolha o imperativo de evoluir da legalidade para a constitucionalidade, num processo circular [...]” (FREITAS, 2013, p. 63). Por isso, pode-se afirmar que o princípio de maior incidência sobre o direito administrativo é o da constitucionalidade, e sobre a observância deste princípio recaem as possibilidades de controle das decisões administrativas.

Sob este critério, ainda que a ação do Estado esteja em conformidade com a lei (Legalidade), e seja eficiente pois alcançou bons resultados com os meios escolhidos, se os motivos que levaram à atuação foram imorais, esta decisão não se legitima e por isso é passível de ser ajustada.

O paradigma tradicional vê o controle apenas sob o aspecto de limite ao exercício do poder. Esta visão acaba restringindo as potencialidades que derivam da atividade de controle, dentre as quais, destaca-se o sentido de estabilizar a expectativa apontada pela ISSAI 100 (p. 4) na medida em que:

La auditoría del sector público ayuda a crear las condiciones adecuadas y a fortalecer la expectativa de que las entidades del sector público y los servidores públicos desempeñarán sus funciones de manera eficaz, eficiente y ética, y de acuerdo con las leyes y reglamentos aplicables.

Em outra página (ISSAI 100, p. 6) retoma esta ideia ao prescrever que:

auditoría del sector público es indispensable para la administración pública, ya que la gestión de recursos públicos es un asunto de confianza. La responsabilidad resultante de la administración de los recursos públicos de conformidad con los propósitos previstos, se confía a una entidad o persona que actúa en representación del público. La auditoría del sector público aumenta la confianza de los usuarios previstos, ya que proporciona información y evaluaciones independientes y objetivas concernientes a las desviaciones de las normas aceptadas o de los principios de buena gobernanza.

Observados esses padrões, as atividades de controle estarão mais propensas a fomentar a confiança nas instituições públicas e, por isso, não será aqui esgotado. Apenas cabe demonstrar como o tema pode, e deve, ser tratado sobre outros enfoques que atribuam a tal atividade uma visão que vai além da função limitadora, para com isso alcançar-se um modelo que melhor atenda às exigências do Estado



Democrático de Direito erigido a partir de valores fundamentais, prescritos ou que decorrem da Constituição Federal.

No âmbito federal, a administração pública brasileira prevê no Decreto-lei 200/67 o controle como um princípio fundante da administração pública, ao lado do planejamento, coordenação, descentralização e delegação de competência. Especificamente quanto ao controle, dispõe que deverá se fazer presente em todos os níveis e órgãos da Administração Pública, tanto na forma de controle financeiro quanto na forma de controlar a observação pelos órgãos inferiores das determinações de órgãos superiores, no cumprimento ao poder hierárquico. Neste último aspecto, mais uma vez percebe-se a incidência da racionalidade burocrática.

Organismos internacionais que trabalham com a temática, como ocorre com a *International Organisation of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI), que em 2004 revisou o guia de controle interno (*Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector*) aponta novas diretrizes, conforme segue:

Internal control is an integral process that is effected by an entity's management and personnel and is designed to address risks and to provide reasonable assurance that in pursuit of the entity's mission, the following general objectives are being achieved:

- executing orderly, ethical, economical, efficient and effective operations;
- fulfilling accountability obligations;
- complying with applicable laws and regulations;
- safeguarding resources against loss, misuse and damage.

Avança a definição ao inserir ideias como *processo*, e ao adotar como objetivo geral a execução ordenada e ética das funções públicas. Também avança esta organização não governamental, em outro documento, a ISSAI 100, ao vincular o controle do setor público à ideia de bom governo, valor tão nobre e inclusive reconhecido como direito fundamental em documentos da EU. Corroborando este direito fundamental como um valor a ser perseguido pela atividade de controle, a ISSAI 100 preceitua que:

Sin embargo, todas las auditorías del sector público contribuyen a la buena gobernanza ya que:

- proporcionan a los usuarios previstos información independiente, objetiva y confiable, así como conclusiones u opiniones basadas en evidencia suficiente y apropiada relativa a las entidades públicas;
- mejoran la rendición de cuentas y la transparencia, promoviendo la mejora continua y la confianza sostenida en el uso apropiado de los fondos y bienes públicos, y en el desempeño de la administración pública;



- fortalecen la eficacia tanto de aquellos organismos que, dentro del marco constitucional, ejercen labores de supervisión general y funciones correctivas sobre el gobierno, como de los responsables de la administración de actividades financiadas con fondos públicos;
- crean incentivos para el cambio, proporcionando conocimiento, análisis completos y recomendaciones de mejora bien fundamentadas.

Diante desta posição, a seguir cabe descrever as funções dos tribunais de contas no Brasil. O modelo brasileiro é peculiar na medida em que pese

[...] o modelo de Tribunal de Contas no País é único no mundo. Não corresponde ao modelo tradicional de Tribunal de Contas, uma vez que assume funções fiscalizadoras que seriam típicas de controladoria, bem como procura assumir o papel de ouvidoria e órgão consultivo. As suas estruturas organizacionais e seus processos decisórios são um misto dos processos e formas de decidir do Legislativo e do Judiciário. Esse hibrismo e adaptabilidade são características bem típicas do Brasil e das instituições brasileiras, e o que pode torná-las maduras e perenes. (RIBEIRO, 2002, p. 91).

Cabe, porém, avaliar se todo este ineditismo pela combinação de vários modelos será melhor do que os modelos homogêneos.

Os Tribunais de Contas são órgãos<sup>6</sup> a quem cabe prioritariamente auxiliar o Legislativo no controle externo que realiza perante os outros dois poderes e atua no controle interno do próprio Poder Legislativo. Além disso, é um órgão autônomo e colegiado, de natureza técnica e não jurídica. Julgam contas e a legalidade de atos para registro, a partir de inspeções e auditorias de natureza contábil e financeira.

No âmbito federal, a autonomia deste órgão fica por conta de sua composição funcional, na medida em que possui quadro de servidores próprios, conselheiros<sup>7</sup> ou ministros que são as autoridades máximas com todos as garantias e prerrogativas dos ministros do Superior Tribuna Federal. A investidura como ministro se dá da seguinte forma: dos nove ministros, seis são indicados pelo Congresso Nacional; 1 (um) pelo Presidente da República e dois são escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público que funciona junto ao TCU.

No âmbito estadual, mais especificamente no Rio Grande do Sul, os conselheiros do TCE/RS terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado (órgão colegiado

6 Apenas com a Constituição Federal de 1889 foi elevado à categoria de órgão constitucional (DALL POZZO, 2010).

7 Os Tribunais de Contas dos estados são compostos por sete conselheiros e terão sua disposição estabelecida pelas respectivas Constituições estaduais, porém, sempre que as constituições estaduais forem regular este órgão dentro de sua competência, em observância ao princípio da simetria, não poderão afastar-se do do modelo desenhado na Constituição Federal para o tribunal de contas da união. Ver decisão Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.190-1/2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582656> >. Acessado em: 09 jun. 2014.



do Poder Judiciário Estadual); e são em número de sete, todos nomeados pelo Governador do Estado.

Critica-se este sistema de nomeação dos conselheiros por entender que compromete a neutralidade e a independência do órgão, objeto de preocupação inclusive de organizações internacionais que lidam com a temática, como se pode perceber no texto abaixo:

La independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores está inseparablemente unida a la independencia de sus miembros. Por miembros hay que entender aquellas personas a quienes corresponde tomar las decisiones propias de las Entidades Fiscalizadoras Superiores y representarlas, bajo su responsabilidad, en el exterior, es decir, los miembros de un colegio facultado para tomar decisiones o el Director de una Entidad Fiscalizadora Superior organizada monocráticamente. (ISSAI, 2014, p. 7).

Percebe-se da citação supra, que para garantir a independência dos órgãos de controle, as autoridades controladoras não deveriam ter nenhuma espécie de vínculo com os controlados. Contudo, com o modelo de nomeação e indicação pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a independência e autonomia das decisões, e, por conseguinte, do próprio órgão de controle, fica comprometida.

No dizer de Dall Pozzo (2010, p. 96), as competências do Tribunal de Contas da União são oito: “fiscalizadora, judicante, sancionadora consultiva, informativa, coercitiva normativa e de ouvidoria”. Fiscaliza por meio de auditorias a legalidade de alguns atos administrativos; a aplicação da transferência voluntária de verbas federais para os estados e município; e o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Pela função judicante, o TCU julga as contas dos administrativos e outros responsáveis por valores públicos. A função sancionadora permite que o Tribunal de Contas aplique as sanções permitidas em lei. Já a função consultiva autoriza o TCU a emitir pareceres prévios das contas do Presidente da República, e demais chefes dos Poderes Legislativos, Judiciário e Ministério Público que servirão de base informativa para o Congresso Nacional julgar as contas dos referido órgãos. Pela função informativa o TCU deve prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional. Referente à função corretiva, a corte de contas impõe medidas a atos que julgar irregulares, visando evitar a sua sustação. Por outro lado, a função normativa reflete a autonomia de elaborar seu próprio regimento e expedir atos normativos como instruções. Finalmente, pela função de ouvidoria o TCU recebe denúncias que servem de base para possíveis investigações.

Também se critica o fato de os Tribunais de Contas, federal e estaduais, estarem vinculados a um dos poderes do Estado, o Poder Legislativo, que é um poder político. Melhor seria que fosse um órgão desvinculado do Legislativo, cuja indicação dos ministros não passasse pela apreciação de Presidente da República e do Congresso Nacional, pois se acredita que isso compromete a legitimidade e a independência



da corte de contas. Mesmo que seja um órgão que não se subordina ao Poder Legislativo, como destaca Dal Pozzo (2010)<sup>8</sup>, assim como o Ministério Público, são órgãos do Poder Executivo, ambos com autonomia. Então o que diferenciaria o fato de o Tribunal de Contas pertencer ao Legislativo? Isso não comprometeria sua autonomia assim como não comprometeria a do Ministério Público, por exemplo, em relação ao Executivo?

Em comparação com o Ministério Público e outros órgãos do Poder Executivo, cabe destacar que na descrição constitucional destes o constituinte expressamente diz serem órgãos autônomos e independentes<sup>9</sup> assim como atribui independência financeira<sup>10</sup>. O mesmo não ocorre quanto aos Tribunais de Contas, pois a redação do texto constitucional deixa clara a vinculação das cortes de contas ao Poder Legislativo, inclusive quando diz que a *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta* é tarefa do Congresso Nacional, o qual contará com o *auxílio* Tribunal de Contas da União. Percebe-se disso, que sequer este órgão possui uma função própria, cabendo a ele *auxiliar* apenas. Além disso, em nenhum momento o texto constitucional fala em independência ou autonomia dos Tribunais de Conta, o que deixa evidente que, de fato, não goza de autonomia como parte da doutrina entende. Sob esta perspectiva Speck (2008, p. 552) afirma que “os TCs são instituições semiautônomas”.

A independência dos órgãos de controle também é tema da ISSAI 1. Segundo este documento, o sistema de controle interno não otimiza esforços, na medida em que, quem julga não é o mesmo que aprecia. Além disso, um órgão técnico analisa se há irregularidades contábeis ou financeiras, e encaminha para um órgão que não tem domínio destes conhecimentos, mas mesmo assim, não fica vinculado à decisão técnica de quem entende. Este sistema pode gerar a seguinte situação: contas apontadas como irregulares sob o aspecto técnico podem ser aprovados pelo Congresso Nacional. Não há dúvidas que é um sistema no qual os interesses e acordos políticos com viés fraudulento se disseminam com muita facilidade.

Agora cabe investigar acerca da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas. Primeiramente deve-se sempre ter presente o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXV segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, segundo o qual nem mesmo o legislador pode limitar o livre acesso ao judiciário. Além disso, também importa lembrar que no Brasil o contencioso administrativo foi abolido, o que reforça a ideia de inafastabilidade

8 “Entende-se juntamente com Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar, Helly Lopes Meirelles, Ricardo Lobo Torres e Borges de Carvalho que o Tribunal de Contas é órgão autônomo de matriz constitucional e que não se vincula a nenhum dos poderes instituídos, muito embora tenha função auxiliar do Poder Legislativo em sua tarefa constitucional.” (POZZO, 2010, p. 106).

9 O artigo 127, § 2º da Constituição Federal traz este princípio “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”.

10 Artigo 127 da Constituição Federal § 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.



do Poder Judiciário. Tudo isso, autoriza a afirmar que as decisões administrativas podem ser revistas pelo Judiciário. Não seria diferente com as decisões dos Tribunais de Contas.

Mas ainda que possam ser apreciadas pelo Poder Judiciário, raras são as possibilidades deste órgão realmente *decidir*, na medida em que apenas no inciso II do artigo 74 da Constituição Federal<sup>11</sup> o verbo *julgar* foi utilizado. Nos demais casos os verbos são realizar, inspecionar, fiscalizar, prestar informações, sustar, representar perante o Poder competente. Para reforçar os limites e as reais possibilidades de julgar, o Regimento Interno do TCU<sup>12</sup> refere-se a auditar, acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União, efetuar cálculos; processar e julgar as infrações administrativas contra as finanças públicas e a responsabilidade fiscal tipificadas na legislação vigente, com vistas à aplicação de penalidades; decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão; etc.

Desta descrição cabem duas advertências: primeiro, há pouco campo de julgamento<sup>13</sup>, ou seja, pouca margem para decidir tecnicamente sobre a regularidade das contas dos agentes públicos, restringindo esta atividade apenas quando se tratar de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas que de alguma forma movimente ou tenha acesso a recursos públicos federais. Segundo, ainda que não julgue, mas apenas decida<sup>14</sup>, não será uma decisão administrativa gravada com certa definitividade, pois ao emitir seu parecer (decisão que aponta irregularidades ou não, por exemplo) o Congresso Nacional terá o poder de julgar se aprova ou não. Desta forma, a grande maioria das decisões do Tribunal de Contas está sujeita à revisão pelo Congresso Nacional, que mesmo diante de um parecer que indique irregularidades, poderá (inclusive por questões políticas) julgar as contas regulares. Isso retoma a discussão acerca da neutralidade do controle externo, pois, ao fim e ao cabo, será sempre uma avaliação política.

Os fatos aqui apontados colocam a questão de se pensar formas de garantir uma autonomia real para, a partir dela, desempenhar suas atribuições constitucionais de forma neutra e imparcial, por isso, não podemos ser ingênuos de imaginar que os

11 "II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;"

12 Artigo 1º "Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992".

13 Lei Federal 8.443/92 "Art. 15. Ao julgar as contas, o Tribunal decidirá se estas são regulares, regulares com ressalva, ou irregulares."

14 Neste sentido o artigo 10 da Lei Federal 8.443/92 fala em decisões "Art. 10. A decisão em processo de tomada ou prestação de contas pode ser preliminar, definitiva ou terminativa".

§ 1º Preliminar é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo.

§ 2º Definitiva é a decisão pela qual o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

§ 3º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, nos termos dos arts. 20 e 21 desta Lei.



Tribunais de Contas sozinhos podem fazer o árduo trabalho de combater e controlar a corrupção. Como foi visto, a neutralidade de suas decisões está ameaçada devido à formatação que este órgão assumiu.

A seguir apresentaremos alguns julgados da corte de Contas do Estado do Rio Grande do Sul que versam sobre o tema da corrupção, especialmente no que diz respeito à improbidade administrativa.

### **3 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO SUL NO COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Neste artigo foi desenvolvida uma pesquisa acerca de julgados do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul que envolvam improbidade administrativa. Em um primeiro momento foi feita uma pesquisa utilizando a expressão “improbidade administrativa” (com aspas), fazendo uma análise parcial das decisões que continham esse termo em sua ementa. Para essa busca foram obtidos apenas 13 resultados, sendo eles:

- I – 3 ações de prestação de contas;
- II – 1 inspeção especial;
- III – 1 tomada de contas;
- IV – 2 recursos de reconsideração;
- V – o restante, (6) recursos de embargos.

Pode-se analisar que nessa pesquisa jurisprudencial ocorreu 2 (duas) vezes de reverterem o parecer desfavorável para favorável, após apreciação do recurso. Ainda, 3 (três) vezes ocorreu a descaracterização de improbidade administrativa, por não enquadramento na LIA.

Em 1 (um) recurso de embargos e 1 (um) recurso de reconsideração ocorreu de o agente infrator ter sido condenado concomitantemente pelos dispositivos 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Para haver enquadramento no dispositivo 9 da legislação, é necessário que o agente tenha tido enriquecimento ilícito com o ato de improbidade administrativa. Já o artigo 10 da lei abrange os atos que causem prejuízo ao Erário.

Conforme Pazzaglini Filho, as duas modalidades se assemelham, possuindo algumas diferenças:

Em geral, as condutas ímprobadas narradas nos incisos do art. 10 da LIA são semelhantes às do art. 9º do mesmo diploma legal, distinguindo-



se no tocante ao beneficiário da improbidade administrativa, que, nesta modalidade, é terceiro, enquanto na anterior é o próprio agente público. (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 75).

E, por fim, o artigo 11 da referida lei trata dos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública. Importante ressaltar que somente o dispositivo 10 permite a forma dolosa e culposa do crime, outra diferença que possui com relação aos outros.

Da pesquisa realizada no TCE, foram enquadrados no dispositivo 9 somente 2 (dois) dos resultados, sendo aqueles que foram enquadrados em todos os dispositivos. Já no dispositivo 10, além desses 2 (dois), houve mais 3 (três) enquadramentos. E, por fim, no dispositivo 11 houve 2 (dois) casos em que o agente foi enquadrado somente neste crime.

Logo, dos 13 resultados obtidos, somente 8 (oito) foram condenados no dispositivo 9, 10 ou 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Esses dados mostram que o número de casos onde ocorre enquadramento nas sanções previstas pela LIA é, ainda, bastante irrisório.

#### 4 CONCLUSÃO

De acordo com os construtos teóricos referenciados no artigo sobre o papel dos Tribunais de Contas no combate à corrupção e a pesquisa jurisprudencial realizada nas mesmas Cortes, aduz-se que os resultados trazidos para o controle de atos ímprobos ainda é singelo.

Em muitos casos ocorre a violação de preceitos fundamentais da Administração Pública, entretanto, não há enquadramento nas sanções previstas da Lei de Improbidade Administrativa. Isso em decorrência de somente o artigo 10 prever a forma culposa do delito, o que dificulta a aplicação de sanções.

Com isso, conclui-se que esses aspectos da LIA devem ser revistos, a fim de ser efetivada a função dos três Poderes no controle de atos corruptivos.

#### REFERÊNCIAS

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DAL POZZO, Gabriela T. B. P. *As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

INTOSAI. Desenvolvido pela International Organisation of Supreme Audit Institutions. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em: <<http://www.intosai.org/>>. Acessado em: 15 mai. 2014.

ISSAI 100. Disponível em: <[http://www.issai.org/media/12943/issai\\_100\\_e.pdf](http://www.issai.org/media/12943/issai_100_e.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2014.

PAZZAGLINI FILHO, M. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Direito Constitucional democrático: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SPECK, Bruno. Tribunais de Contas. In: AVRITZER, L. et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: EDITORA UFMG, 2008.



# ASPECTOS SOCIOCULTURAIS E POLÍTICO - JURÍDICOS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

*José Alcebiádes de Oliveira Jr.<sup>1</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

Prezados amigos e pesquisadores presentes. Pretendo falar nesse “II Seminário Internacional sobre Ética Pública y Corrupción”, cujo Painel trata o problema do “Control y transparência”, de algumas impressões positivas e de algumas sensações não muito otimistas a respeito do combate da corrupção no Brasil.

Antes de qualquer coisa, gostaria de expressar meus agradecimentos aos ilustres professores coordenadores deste evento, na pessoa dos professores Carlos E. Delpiazco e Rogério Gesta Leal, respectivamente das Universidades de Montevideu e da UNISC, RS, e que nos recebem com muita amizade.

Pois bem. No Brasil, possuímos uma longa história de lutas pela construção de um país livre e democrático. Porém, no que respeita às relações da sociedade civil com os poderes públicos, originalmente elas se caracterizaram por certa subalternidade. 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, como salientou Sergio Buarque de Holanda (1995). Uma excessiva “cordialidade” transformada em submissão aos poderes públicos, dando margem a um clientelismo que pouco a pouco foi se afirmando de maneira danosa no âmbito dessas relações, nas quais “o seu doutor” era sempre visto com muito respeito e veneração.

Passados os anos e várias situações políticas próprias a Estados de exceção, hoje respiramos ares democráticos. Amadurecemos a duras penas sobre a importância de um sentido republicano para a atuação das instituições. E continuamos lutando bastante por democracia e transparência do poder, e é disso que pretendemos falar um pouco nesta noite a todos os presentes. O Brasil sempre foi chamado de país do futuro, devido a sua juventude; mas hoje, a sociedade não pretende mais esperar, e através de movimentos sociais fortes têm mostrado que deseja respostas imediatas para o aqui e agora dos seus problemas, dentre os quais a corrupção dos poderes públicos.

Diante dessas considerações, iniciamos por um breve relato feito por nós em outros momentos sobre os movimentos sociais de 2013 no Brasil, para logo após falarmos de Ética, corrupção e Direitos Humanos propriamente ditos. A seguir, teceremos alguns comentários sobre conquistas e problemas pela transparência no

---

<sup>1</sup> José Alcebiádes de Oliveira Junior. Professor Titular e atual Coordenador do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado em Direito da UFRGS. Pesquisador 1D do CNPq.



Brasil, com foco em leis tais como a da Ficha Limpa e a de Acesso à Informação. Finalizaremos com algumas sugestões para a correção de rumos em direção ao bom governo.

## 2 O FAROL VERMELHO ACESO COM A ECLOSÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL

Um sinal vermelho foi aceso no Brasil em junho de 2013. Como dissemos em capítulo do livro “Justicia y Medio Ambiente”, editado pelo prof. Alvaro Sanchez Bravo (2013), com a publicação da obra “Cidades Rebeldes – passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil”<sup>2</sup>, de vários autores e coordenado por Ermínia Maricato e outros, um quadro bastante vasto foi montado para se entender o que está acontecendo hoje no Brasil e o que esses movimentos almejam, senão vejamos:

- “Para uns, a razão poderia ser encontrada na questão da busca pela efetivação e ampliação dos Direitos Sociais, e diríamos nós que somente aqui muita água poderia rolar por debaixo dessa ponte. Uma pergunta imediata, seria quanto às políticas públicas e sociais, como andam, pois além da falta, muitas delas se encontram situadas na periferia dos problemas sociais”;

- “Para outros, as razões poderiam ser localizadas no direito à circulação, ao transporte público e coletivo de qualidade, seus custos econômicos, etc. Tal como se pode deduzir do texto, os ônibus, como “funcionam” hoje nas cidades, são mais empecilhos para o direito de liberdade e movimento do que propriamente solução. Possuem catracas que mais bloqueiam do que concedem liberdade nas cidades”.

- “Decorre, pois, a questão da mobilidade e que necessita de obras viárias específicas, mas que lamentavelmente em tempos de Copa do Mundo de Futebol foram substituídas por grandes estádios. Uma questão seria: como levar um filho doente ao hospital se ele está longe e os investimentos nessa área foram substituídos pelos estádios? Como disse uma mãe, vamos levar nossos filhos doentes aos estádios...”

- “E temos ainda a chamada agenda da “crise da representação”, que por si só exigiria artigo inteiro, mas que pela sua importância trataremos pelo menos em alguns dos seus aspectos ao final deste texto” (BRAVO; OLIVEIRA JUNIOR, 2013, p. 409-410).

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, e dentre os quais ultimamente tem se sobressaído o popularmente conhecido como “mensalão”, que tecnicamente

2 “Cidades Rebeldes – Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil”. Ermínia Maricato et al. SP: Boi Tempo: Carta Maior, 2013.



se refere à Ação Penal 470 do STF. Diante desses fatos, vejamos um pouco mais sobre alguns pontos que talvez estejam na base dos anseios reclamados pela sociedade.

### 3 ÉTICA, CORRUPÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Não se pretende adentrar por searas exclusivamente acadêmicas para falar do tema da corrupção. Mas, talvez, seja importante lembrar que, desde Max Weber, quando falamos em “ética pública”, estamos frente a questões relacionadas sobre respeito aos princípios morais, que, porém, não devem fechar os olhos para os resultados práticos. O ponto nevrálgico é: qual o meio termo entre o radicalismo preceituado pelo cumprimento do dever segundo princípios, que se exige dos políticos e das autoridades, sem que se perca de vista os resultados práticos que a sociedade espera das autoridades constituídas?

Certamente, essa é uma problemática gigantesca. Contudo, um balizamento possível e que gostaríamos de expressar desde já, diz com o seguinte: *as ações do Estado através dos seus políticos não podem privilegiar os interesses privados em detrimento dos interesses públicos, A isso se dá o nome de corrupção!*

No entanto, há quem diga que 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. Lamentavelmente, não é isso que se observa. O que no Brasil denominamos popularmente de “Lei de Gerson”, que quer dizer levar vantagem em tudo, parece ainda dominar o cenário, e de aí estarmos a um passo (que já foi dado) para que essas nefastas “leis” se instalem nos governos.

Pois bem, tendo em conta os escritos de uma importante pesquisadora sobre o assunto publicado no livro “A banalidade da corrupção” (2011), Céli Regina Jardim Pinto, podemos chegar a alguns pontos de vista sobre a origem dos problemas:

a corrupção não pode ser atribuída a um tempo histórico, a um sistema econômico ou mesmo a um regime político. Em qualquer época, em qualquer situação, ela pode se manifestar, e a história é pródiga em exemplos. Mas há países em que a corrupção inexistente; e mesmo naqueles em que ela ocorre vastamente nas instituições e em parcela de sua população, a maioria dos cidadãos e cidadãs não é corrupta. Portanto, devemos ter presente que a corrupção é um fenômeno complexo e, para entendê-lo, temos de considerar um conjunto variado de fatores: poder político e econômico concentrados; profundas desigualdades sociais; pouca ou nenhuma noção de interesse público; o não reconhecimento do direito a ter direitos; noção de direitos desiguais introjetada na cultura; elites distanciadas do restante da população; falta de controle social, entre outros. (PINTO, 2011, p. 07-15).



Como a autora escreve o livro tendo em conta o Brasil, é possível concluir que todos esses elementos estão presentes na realidade brasileira, e que talvez o combate à corrupção não seja, como muito bem já disse o professor Rogério Leal, um problema unicamente de conduta imoral e, portanto tratável apenas pelo direito penal. É também e antes de tudo, um problema sociocultural e político-jurídico.

A nosso juízo, o combate à corrupção passa amplamente por uma implementação dos Direitos Humanos, sobretudo os sociais e multiculturais. Paradoxalmente, porém, é a própria corrupção que acarreta um enorme prejuízo à implementação dos Direitos Humanos, de vez que a sua efetivação necessita não de um enfraquecimento, mas de uma expansão do Estado social.

#### **4 CONQUISTAS E PERCALÇOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO – AS LEIS DE FICHA LIMPA E DE ACESSO À INFORMAÇÃO**

A denominada lei da Ficha Limpa, tecnicamente Lei complementar nº 135 de 2010 trata-se de uma das maiores vitórias da sociedade brasileira em busca da transparência do poder e de combate à corrupção eleitoral. Não obstante, muito se discutiu sobre a sua constitucionalidade, uma vez que entrou em vigor alcançando fatos pretéritos, mais propriamente condenações colegiadas passadas de candidatos, uma vez que é sobre esse ponto que se fundamentam as cassações e as inelegibilidades por ela previstas.

Em nossas pesquisas na UFRGS sobre corrupção, temos contado com a colaboração de Rafael Morgental Soares que nos alertou para a variedade de formas de corrupção eleitoral, dentre as quais a compra direta de votos com dinheiro, compra indireta de votos através de vantagens como consultas médicas, por exemplo, dificultando o conhecimento por parte das autoridades.

Contudo, entre os principais percalços ocasionados pela denominada ficha limpa, estão a insegurança jurídica em face da celeridade dos julgamentos e punições, que se dão sem o trânsito julgado. Isso tem levado ocupantes de cargos eletivos a deixarem os seus cargos por receberem condenações colegiadas, os suplentes assumirem e, posteriormente, em grau de recurso retornaram aos cargos que ocupavam, causando de forma suplementar prejuízos às administrações municipais e custos a toda a sociedade.

Enfim, saúdam-se as muitas cassações de “fichas sujas” que se tornaram possíveis com essa lei.

A respeito da Lei de Acesso à informação, que tecnicamente, trata-se da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, cabe dizer de sua importância e do fato de que ela está cumprindo um excelente papel no que se refere à transparência pública. Apenas para ilustrar sua relação com os Direitos Fundamentais, transcrevemos um dos seus artigos:



Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Para se ter uma ideia da importância da presente lei, os financiamentos de campanha eleitoral que outrora eram completamente desconhecidos do grande público, hoje obrigatoriamente são tornados públicos, o que permite à sociedade civil saber bem a origem do financiamento dessas campanhas, e assim tomar consciência do que alguns autores estão chamando de mercantilização da política que em nada constrói, muito antes pelo contrário. Mas esse é apenas um dos aspectos que gostaríamos de saudar sobre essa lei, que espera-se tenha vida longa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerramos nossas breves colocações, lembrando um pensador alemão, Axel Honneth (2003), para quem as razões dos muitos desajustes sociais resultam do fato de que os processos de construção das identidades nas atuais sociedades estão atravessados por conflitos. Isto é, para se ter a plena construção das identidades, necessário se faz a experiência do amor para que se desenvolva a autoconfiança; a experiência do Direito, para que se desenvolva o autorrespeito; e, por fim, a experiência da solidariedade, para que desenvolvamos a autoestima. Pois bem, entendemos que todos esses momentos se encontram atravessados por dificuldades, quer por razões familiares, econômicas ou egoísticas. Poderíamos dar exemplos a respeito de cada um desses momentos e problemas, mas optamos por deixar, neste final, um espaço para a reflexão. O mundo continuará o mesmo se não repensarmos urgentemente as nossas práticas.

Como palavras finais, recorremos ao Prof. Jaime Rodrigues-Araña Muñoz em sua obra “El Buen Gobierno y La Buena Administración de Instituciones Públicas” (2006) que nos diz algo para ser adequadamente refletido:

La importancia de La Ética en relacion con la muy noble actividad política continúa siendo em el presente uno de los aspectos más complejos de afrontar probablemente porque todavía el poder, el



dinero y la fama son três grandes ídolos a los que se adora com intensa devoción. En efecto, La relación entre Ética y Política es un problema intelectual de primer orden, de gran calado. (2006, p. 51).

## REFERÊNCIAS

BRAVO, Alvaro Sanchez (Ed.). *Justicia y Medio Ambiente*. Espanha: Punto Rojo, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. 296 p.

LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Inaiê Simonelli (Org.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes*. São Paulo: Boi Tempo, Carta Maior, 2013.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Os movimentos sociais e justiça ambiental nas cidades. In BRAVO, Alvaro Sanchez (Ed.). *Justicia y Medio Ambiente*. Espanha: Punto Rojo, 2013, p. 407-424.

PINTO, Celi Regina Jardim. *A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2011.



# CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA<sup>1</sup>

Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

As presentes reflexões pretendem tão somente investigar quais as possibilidades de controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil hoje, notadamente a partir do plexo de direitos e deveres estabelecidos ao Estado e à Sociedade Civil pela Carta Política de 1988. Para tanto, vamos considerar a estrutura institucional de competências federativas que estão postas no sistema jurídico brasileiro e as formas de suas veiculações, mais especialmente no âmbito do seu controle externo.

## 2 PERSPECTIVAS DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Temos referido já há bastante tempo que, para a efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito no país, torna-se cada vez mais central o tema dos limites e das omissões do controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública<sup>3</sup>. Tal controle, todavia, nunca significou (ou não deveria significar) o abandono ou renúncia de competências institucionais próprias ou específicas dos entes federados, mas, pelo contrário, o resguardo de suas autonomias e independências político-administrativas, ratificando o postulado fundacional que anima a idéia de República, a saber, a garantia de se criar um mecanismo de *chek and balance* entre os Poderes Estatais<sup>4</sup>.

Dentre os mais diversos tipos de controles tradicionais que identificam a República brasileira, o mais destacado, por certo, é o desempenhado pelo Poder Judiciário, o qual, na dicção de Sérgio Ferreira:

1 Trabalho apresentado no Seminário II SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE ETICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN, ocorrido na Universidade Católica de Montevideo, Uruguai, nos dias 07 e 08 de agosto de 2014.

2 Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires.

3 Ver nosso artigo LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 959.

4 Neste sentido ver o excelente trabalho de SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999, p. 39 e ss.



Quando se trata de jurisdição em face da Administração, mesmo com a presença, em polo da relação processual, das pessoas jurídicas públicas, político-federativas, ou autárquicas ou paradministrativas de direito privado, e de colaboradores da Administração Pública, mesmo quando isso ocorre, na verdade estamos diante desse tipo de função muito específica, que é a função de controle: sem que se desnature a jurisdição como tal, assume ela fim e sentido específicos<sup>5</sup>.

Entretanto, há outras formas de controle da Administração Pública que foram se desenvolvendo ao longo do tempo, muito mais na esfera federal e estadual do que na municipal<sup>6</sup>. Estamos falando aqui do controle interno, por exemplo.

O controle administrativo interno realiza-se ora pela aplicação do princípio da hierarquia, ora pela atuação de órgãos especializados.

Pelo princípio da hierarquia, pode o órgão superior da Administração em relação aos que lhes são subordinados: rever os atos, delegar e avocar atribuições e aplicar as penas disciplinares previstas em lei. O controle hierárquico pode ser prévio, concomitante ou posterior; faz-se *ex officio* ou mediante provocação<sup>7</sup>.

A crescente complexidade do aparelho estatal, a maior complexidade técnica das questões que tocam à Administração, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, o que motivou a criação de órgãos e departamentos para auxiliar o controle interno das Administrações Públicas.

Veja-se que a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais no que tange a este controle, assim é que continua ele, em linhas gerais, a traduzir-se na prática de **atos de invalidação, revogação, aprovação e homologação** dos fatos, atos e negócios jurídicos praticados pela Administração Pública. Provavelmente, a única inovação aqui, defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada num *enriquecimento conteudístico*, de *qualidade*, do autocontrole, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa, não só os elencados pelo art. 37, seus parágrafos e incisos, mas pelo sistema constitucional e infra-constitucional como um todo – notadamente os princípios constitucionais, tudo vinculado à persecução da boa-fé e da confiança (*Vertrauensschutz*), que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico<sup>8</sup>.

A maior experiência em nível de controles do Poder Público, contudo, é no

5 FERREIRA, Sérgio D'Andrea. A identidade da função de controle da Administração Pública. In: *Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Carmen Lucia Antunes Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 39.

6 Neste sentido ver o trabalho de MACEDO, Heitor. *O Controle da Administração Pública Brasileira: uma retrospectiva histórica e política*. Rio de Janeiro: Globo, 1966, p. 28/69.

7 Conforme MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991, p. 49.

8 Ver o trabalho de COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84: 46-63, p. 46.



âmbito externo, tema que vamos abordar a partir de um breve evolver histórico e institucional, este potencializado em suas possibilidades operacionais vinculadas à cidadania e ao próprio Estado<sup>9</sup>.

### 3 O CONTROLE JURISDICIONAL DA CIDADANIA E DO ESTADO LEGISLADOR

Como decorrência de todos os vetores acima enunciados, de muito se ampliaram as atuações de controle do Judiciário, bem como as pertinentes vias de acesso. Assim, e com simples exemplos: (a) O Judiciário aprecia não mais apenas a lesão, mas também, **qualquer ameaça a direito** (com o que se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) – CF, art. 5º, XXXV; (b) As entidades associativas podem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) – CF, art. 5º, XXI; (c) Sem prejuízo da letra “b”, supra, a ela aditando o reforço, têm-se o fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art. 8º, III); (d) O vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, teve o controle de sua observância depositado nas mãos do cidadão, que conta, para tanto, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo constitucional (CF, art. 5º, LXXIII).

Coexistindo com todas essas conquistas, permanecem íntegros, como meios de controle, o *habeas corpus* e o *mandado de segurança*.

A par da intermediação do Judiciário, tem o cidadão outros meios de controle da Lei Maior, no particular intensamente aprofundado e ampliado, a começar pela disposição genérica do inciso XXXIII do art. 5º, da Carta Política, afirmando que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Por força deste comando constitucional, o controle externo da administração pública desborda os limites institucionalmente demarcados, incorporando o povo no processo fiscalizatório e fazendo da participação popular um instrumento político hábil à abertura das inúmeras “caixas pretas” em que, não raro, se constituem os negócios públicos em nosso país, cuja marca de tradição patrimonialista – arquétipo de relações políticas, econômicas e sociais que predispões

9 Não vamos tratar aqui do Controle Externo Parlamentar, eis que não é o objeto do debate central, a despeito de sua configuração constitucional indiscutível, nos termos do art.49, V, da Lei Maior, quando assevera que é competência do Congresso Nacional *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*. Deixando-se de lado o sabor parlamentarista de tal competência, a verdade é que está posta em texto constitucional, sendo, pois, só por isso, dotada de indiscutível validade. Além disso, é preciso proclamar que o constituinte, aqui, “disse menos que queria”, ou do que devia. Sendo o preceptivo indiscutivelmente um meio de resguardo do princípio da separação de Poderes, tem-se, por consequência, que, além dos atos normativos do Executivo, também os atos administrativos se submetem à regra da sustação, do art.49, V. Estamos, pois, em face de fortíssimo procedimento de controle administrativo, que pode ser utilizando, mas, geralmente, não o é tanto.



à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção- herdada da colonização portuguesa, permanece, baldados os inegáveis esforços do legislador em espancá-la com normas plasmadas em nosso Direito positivo<sup>10</sup>.

Em primeiro lugar, assinale-se que, conquanto a Constituição assegure o direito de privacidade (art. 5º, particularmente nos incs. X, XI e XII), garante em contrapartida, um *direito à informação* (art. 5º, XIV), tutelado, inclusive, por remédio processual constitucional específico – o *habeas data* (art. 5º, LXXII). Aliás, no que particularmente diz respeito ao *habeas data*, ressalte-se que, na forma da consagração constitucional, serve ele não só para realizar concretamente o direito à informação, senão também para compelir a Administração à retificação de dados equívocos ou adulterados, guardados em seus registros.

Em segundo lugar, merece referência a circunstância de ter sido o clássico direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), valioso meio de contraste da atuação administrativa, adequadamente regulado e aparelhado. Isto porque, exercitando-se ele por meio de um processo administrativo, irá diretamente beneficiar-se da extensão, a este conferida, das clássicas e fundamentais garantias do processo judicial: publicidade, contraditório, ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

Ademais de tudo até aqui enunciado, goza também o cidadão, na nova ordem constitucional, de valiosos meios de ação política para o controle da atividade administrativa, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular (provisão genérica no art. 14). Mas, para além dessas conquistas, importa destacar duas inovações controladoras: a) o direito do contribuinte de questionar a legitimidade das contas municipais (CF, art. 31, § 3º); b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as Cortes das Contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 74, § 2º).

Ao lado destes controles da cidadania, temos ainda os controles que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública direta e indireta, nas diversas esferas de poder (Federal, Estadual, Distrital e Municipal), com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Veja-se que o exercício desta função fiscalizadora, em auxílio ao Poder politicamente responsável pela fiscalização, entretanto, não faz do Tribunal de Contas um órgão subordinado ao Poder que auxilia. Ao contrário, sua ação, bem ainda sua estrutura, independem de quaisquer Poderes do Estado<sup>11</sup>.

Destarte, ainda que caracterizado pela “independência institucional” e “pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo”, o Tribunal de Contas exerce o controle externo da Administração Pública – auxiliando o Parlamento – agindo de ofício, de modo autônomo, ou com ações especiais realizadas por solicitação

10 Conforme tão bem nos lembra FAORO, Rayumndo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1989, p. 28 e ss.

11 Ver neste sentido o trabalho de BOLZAN, Romildo; MILESKI, Hélio Saul. Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas. In *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: TCE/RS, vol. 6, n. 9, 1988.



deste, sempre que houver entendimento, por parte das casas parlamentares, da necessidade desta atuação. A matéria, de resto, está contemplada exclusivamente nas Constituições Federal e Estadual, tendo esta última, no Rio Grande do Sul, remetido seu disciplinamento ao texto constitucional federal, ao estabelecer, em seu art. 70, que:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas e mantidas pelo Estado, quanto à legitimidade, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal.

Já o inciso IV, do art. 71, do texto Constitucional Federal, comete ao Tribunal de Contas a competência para realizar, inclusive por iniciativa do Poder Legislativo, inspeções e auditores de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes, inclusive nas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Para evitar o equivocado entendimento de que o Vereador, o deputado Estadual, o Deputado Federal e o Senador são titulares da prerrogativa individual de instar o corpo técnico do Tribunal de Contas a realizar determinada ação fiscalizadora alheia às suas rotinas operacionais, mister é que fique esclarecido que é o Poder Legislativo, como instituição, o titular da prerrogativa de solicitar ao Tribunal de Contas o auxílio especial, e não o membro do Poder individualmente. Este, frise-se, deve submeter eventual solicitação ao Plenário, à Mesa, às Comissões Permanentes, Temporárias, Especiais ou de Inquérito. A avaliação em cada caso, da necessidade institucional de acesso aos procedimentos privilegiados e especiais do Tribunal de Contas do Estado, cabe apenas a tais colegiados, como representação do Poder Legislativo<sup>12</sup>.

De acordo com a dicção do art. 31, caput, e seu § 1º, da Constituição Federal, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, ou ainda dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Pela dicção do art. 71, da Constituição Federal, ao Poder controlado cabe adotar as providências determinadas pelo Tribunal de Contas, podendo, se delas discordar, recorrer ao controle jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário. Tal procedimento, entretanto, não exime a autoridade controlada do cumprimento das determinações oriundas da ação desta Corte, enquanto não houver decisão do Poder Judiciário, prestador de jurisdição sobre o caso.

<sup>12</sup> Ver aqui o texto de RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.



Assim é que, como regra geral, no direito brasileiro são sujeitos ativos da invalidação o Poder Judiciário e a Administração Pública. O Poder Judiciário poderá invalidar os atos administrativos no curso de uma lide, quando provocado para tanto, dependendo da reação do ordenamento jurídico com relação aos atos viciados. A Administração Pública, por sua vez, é sempre parte interessada na lisura de seus atos e poderá invalidá-los, *sponte própria*, ou quando convocada a fazê-lo, inclusive em face da ordem constitucional, pelo Tribunal de Contas.

De outra banda cumpre mencionar que, pelo fato da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, por força da Emenda Constitucional nº 7, de 28 de junho de 1995, ter incorporado expressamente o princípio da motivação como um dos princípios informadores da Administração Pública, isto tem oportunizado ao Tribunal de Contas, através de manifestações de seu corpo funcional, sustentar que solicitações de ação especial que lhe chegam, oriundas de casas parlamentares, devem ser acompanhadas da devida motivação.

Com efeito, não raro encontramos situações em que falta competência institucional à reivindicação à atuação do Tribunal de Contas, por parte do Poder ao qual está afeto o controle externo, oportunidade em que a instituição postulante exorbita de sua prerrogativa; contudo, isto se dá apenas quanto à carência de competência constitucional e não quanto à inexistência de motivação para a solicitação de atuação especial da Corte, isto porque esta é intrínseca à lógica jurídica ensejadora da decisão de pedir auxílio técnico especial nestas circunstâncias<sup>13</sup>.

Dessa sorte, entende-se que as inspeções rotineiras do Tribunal de Contas, nas administrações públicas, para os fins do inciso III, do art. 71, da Constituição Federal, devem apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para o cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do aro concessório (grifei); a compatibilidade dos mesmos com o disposto no art. 37, e seus incisos, do mesmo diploma legal, inclusive no que respeita às disposições relativas ao estabelecimento de um teto remuneratório para os servidores públicos, e no que concerne com a cláusula contida art. 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No exercício desta competência, deve o Tribunal de Contas, como prevê inc. IX, do art. 71, da Constituição Federal: [...] IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; [...] (grifei). Deve, ainda, o Tribunal de Contas, - de acordo com o disposto nos incisos seguintes, de números X e XI, *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado [...], e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.*

13 Neste sentido, ver o trabalho de SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.



Este controle culmina, por parte do Tribunal de Contas, com a emissão de um parecer prévio anual sobre as contas apresentadas pelos governantes, encaminhando à casa legislativa respectiva (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital e Câmaras de Vereadores), que fará julgamento de caráter político, podendo acatar ou rejeitar o parecer do Tribunal de Contas. Quanto às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas e instituídas pelo Poder Público, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, III, CF), o julgamento é exclusivamente técnico, esgotando-se em termos administrativos na alçada do Tribunal de Contas.

Aliás, a própria Constituição do Rio Grande do Sul estabelece (art. 15, caput) o princípio da não intervenção do Estado nos Municípios, ressalvando as hipóteses elencadas nos incisos e parágrafos desta cláusula constitucional, de tal modo que a interferência do Estado (por seus três poderes, cabendo ao Poder Legislativo Estadual apenas apreciar o decreto de intervenção (cuja competência exclusiva à sua expedição é do Governador), ocorre excepcionalmente e tão somente quando: (a) deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; (b) não forem prestadas contas na forma da lei; (c) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; (d) o Tribunal de Justiça der provimento à representação para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial, e para assegurar a observância dos seguintes princípios: a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a probidade administrativa.

O Governador poderá, ainda, decretar a intervenção no Município, de ofício, ou mediante representação de dois terços da Câmara Municipal, ou do Tribunal de Contas, nos casos das alíneas **a**, **b** e **c**, ou mediante requisição do Tribunal de Justiça, no caso do inciso IV, todos do referido art.15, da Constituição Estadual.

Por suposto, resta evidente de todas as opiniões expostas até aqui, que o Senador da República, o Deputado Federal, o Deputado Estadual e o Vereador – como cidadãos e independentemente de deterem ou não a representação eletiva popular desta ou daquela unidade da Federação – podem requerer informações e representar junto aos Tribunais de Contas de todo o Brasil, sejam municipais, estaduais ou federal, em ação decorrente da cidadania militante, arrimados no inciso XXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, alhures transcrito, ou ainda com amparo no § 2º, do art. 74, do mesmo Texto Político, o qual dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas [...]; e, no caso do Rio Grande do Sul, fundados no art. 5º, da Lei estadual n. 10.547/95, batizada como Lei da Economicidade, o qual dispõe que *o serviço de ouvidoria pública, previsto pelo art. 74, § 2º, da Constituição Federal, que funciona junto ao Tribunal de Contas do Estado, será amplamente divulgado e acolherá denúncias fundamentadas de irregularidades.*



Cumpra agora verificar, na perspectiva do controle jurisdicional da Administração Pública, como ela se estrutura no país, o que vamos fazer dando destaque ao tema da discricionariedade administrativa enquanto questão de difícil apreensão e operacionalidade conjuntural.

#### 4 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE

A gênese da discricionariedade administrativa remonta aos umbrais da Idade Moderna e do Estado Liberal, quando havia identidade absoluta entre Direito e lei, à época do triunfo e do apogeu do princípio da legalidade. Deste período em diante, as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, reagindo contra os abusos deste último, começaram a contar com uma certa tensionalidade especial, notadamente para frear os impulsos arrecadatários e intervencionistas que marcaram a fase anterior<sup>14</sup>, situação que foi facilitada com os limites normativos impostos às ações estatais, reduzindo em muito o seu âmbito subjetivo.

Estes marcos normativos, não obstante seu papel fundamental de contentor do absolutismo monárquico, não se mostraram por si só suficientes para deter ou prevenir os abusos da Administração em seu evoluir, nem se revelaram aptos, como de fato não o poderiam ter sido, concebidos que foram com o fim de fortificar os Parlamentos, para conter os excessos dos legisladores<sup>15</sup>.

De qualquer sorte, a partir da Idade Moderna sabemos que falar em Administração Pública significa atrelar a ela a noção de juridicidade que, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os comandos gerais (principiológicos) previstos explícita ou implicitamente no sistema jurídico como um todo.

Esta moderna compreensão filosófica da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente, com o conseqüente adensamento ao princípio da legalidade pelo da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública<sup>16</sup>.

Neste diapasão, entendendo-se por atividade administrativa discricionária aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade de decisão, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados constantes naquelas normas, mediante um juízo

14 RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981, p. 34 e ss.

15 Como muito bem demonstra MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*. V.I. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 29 e ss.

16 Ver sobre este debate o trabalho de MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 98.



de prognose axiológica; seja para agir mediante a ponderação comparativa crítico-social de interesses envolvidos na objetificação da ação pública; seja quando se procede à valoração e aditamento dos pressupostos de fato necessários à efetivação do comportamento estatal; seja quando se decide quando se vai editá-lo; seja quando se escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, a verdade é que, em todas estas situações, estamos diante, sempre, de possibilidades plurissignificativas de delimitação da fluidez de conceitos e categorias que forjam os próprios termos da lei<sup>17</sup>.

A despeito desta natureza reflexiva da norma e do próprio sistema jurídico, é a construção jurisprudencial e doutrinária desde o Direito Liberal mais clássico, bem como a consequente positivação de princípios jurídicos (gerais de direito e de direito<sup>18</sup>), que suscitaram a eclosão de diversas abordagens da discricionariedade administrativa, tendentes ora a alargar os aspectos normativos vinculados dos atos administrativos – ainda que de forma totalitária<sup>19</sup> –, ora a subtrair do âmago da discricionariedade situações tradicionalmente nela inseridas, como, por exemplo, a formulação teórica dos conceitos jurídicos indeterminados, para finalmente desembocar nas teorias referentes à redução da discricionariedade a zero<sup>20</sup>.

Passo posterior a este em termos de modelos ocidentais (que nos interessam aqui) é o que viabiliza a possibilidade de um controle jurisdicional nos redutos indevassáveis e intocáveis da Administração Pública, antes intangíveis, da discricionariedade administrativa, para além dos limites da legalidade estrita, com a adoção de outros critérios, como, por exemplo, os da proporcionalidade e da razoabilidade, atingindo efetivamente os casos especiais e concretos de comportamentos estatais, e dando a eles tratamento individualizado (ainda que não ponderando questões mais axiológicas e deontológicas assaz presentes a partir do século XX – ao menos de forma mais explícita – na formatação dos sistemas jurídicos ocidentais e nas suas interpretações/aplicações)<sup>21</sup>.

João Caupers<sup>22</sup> ressalva que a persistência da ideia da possibilidade da escolha, como nota caracterizadora da discricionariedade, longe de eliminar a noção de parametricidade, a ela conduz. A parametricidade desta escolha subentende uma concepção positiva da discricionariedade, cuja essência, segundo o critério material,

17 Ver o trabalho de LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p.118 e ss.

18 Como muito bem diferencia GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

19 Haja vista a experiência dos países da antiga União Soviética, viabilizando ao Estado uma liberdade de ação demasiadamente autoritária, em nome de um interesse público previamente definido. Ver o texto de BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2001.

20 Prioridade de um modelo de sociedade e mercado que se pretendem livres da coerção interventiva do Estado, consoante explanação de FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 51 e ss.

21 Ver CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Ver também o trabalho de BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

22 CAUPERS, João. Considerações críticas à noção administrativa de discricionariedade gerencial. In *Revista de Direito Público*, vol.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 49/72.



radica na *ponderação valorativa do interesse público*, este já delimitado pelo próprio sistema jurídico como um todo (constitucional e infraconstitucional). É preciso fazer uma opção que promova a consecução do interesse público contemplado no sistema, em razão do qual se confere a discricionariedade.

Já na perspectiva de Carabba, vê-se um critério material em função da liberdade de apreciar o interesse público no caso concreto, adotado para definir a discricionariedade como a liberdade de valoração ou apreciação pela Administração do interesse público no caso concreto<sup>23</sup>.

Na dicção de Gianinni<sup>24</sup>, por sua vez, com uma perspectiva mais restritiva, a discricionariedade administrativa não pode perder de vista a consecução do interesse público primário – ou interesse público geral, definido na ordem jurídica. No entanto, durante sua atuação, deverá sopesar os interesses secundários – públicos e privados que merecem ser levados em conta ou merecem ser sacrificados para a satisfação do interesse público primário. Denomina de primário, o interesse público que uma autoridade tem no seu rol de atribuições ou de competências, e secundários, para aquela autoridade, os demais interesses que se encontram no tecido social, sem se preocupar muito com os aspectos políticos e valorativos que estão presentes aqui.

Segundo Marzuoli<sup>25</sup>, o fenômeno discricionário se especifica e consiste na determinação daquela decisão que, em uma dada situação, corresponde à consecução do interesse público, mediante uma comparação e atribuição de valor aos distintos interesses, ponderando, pois, sobre as bases axiológicas que estão presentes sempre na ação estatal, explícita ou implicitamente.

Em face de tais considerações, temos que a discricionariedade não pode mais ser compreendida como âmbito neutral sob o prisma da política e do político, mas, pelo contrário, encontra-se imersa neles, eis que se pauta pela eleição temporal, espacial e substantiva da ação estatal, através dos governantes – enquanto agentes políticos concretizadores dos interesses públicos. Por tal perfil, a discricionariedade administrativa se evidencia como a exteriorização cotidiana (e não excepcional) dos atos de governo, fundados ou não em prévios dispositivos normativos autoritativos destes comportamentos, matéria que não pode ficar imune à sindicabilidade e controles dos Poderes Estatais.

A concepção de discricionariedade traduzível na impossibilidade de controle institucional e social, concebida à época em que o Direito se identificava com uma legalidade restritiva e gramatical, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea de Estado Gestor vinculado a um sistema jurídico como plexo de valores em potencial estado de concretização.

23 CARABBA, Manin. La valutazione e il controllo strategico. In *Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 45/62.

24 GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Terza edizione, Giuffrè, 1988, p. 39.

25 MARZUOLI, Ricardo. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 164.



Ademais, o núcleo central da discricionariedade, para nós, não se esgota no aspecto político do ato administrativo imune à revisão institucional ou social, perfazendo-se com a conjugação daqueles três elementos já referidos: *o complemento da previsão aberta da norma, a margem da livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes, balizada pela ordem normativo-axiológica vigente.*

Mais especialmente no que tange ao controle jurisdicional, podemos afirmar que, se há no novel sistema jurídico brasileiro um cenário mais ampliado de direitos e garantias, públicos e privados, cuja responsabilidade à efetivação e controle é compartilhado subjetiva e materialmente por todos os atores sociais envolvidos, o Estado Juiz pode e deve (como qualquer outro Poder de Estado) fazer operar o que podemos nominar de *controle de jurisdição* da Administração Pública, entendido aqui como aquele que abrange o exame da conformidade dos elementos vinculados da ação estatal com a lei (controle da jurisdição *latu sensu*), no sentido mais amplo do seu termo, aqui envolvendo toda o plexo axiológico que a compreende (notadamente o constitucional), e o da compatibilidade dos elementos discricionários pertinentes a todas as ações estatais (umas de forma mais intensa, outras de forma menos intensa) com este plexo valorativo (controle da jurisdição *stricto sensu*).

Assim, estamos dizendo que há no país hoje a possibilidade de exercitar o Poder Judiciário um controle jurisdicional de jurisdição *latu e stricto sensu* sobre a Administração Pública, alcançando inclusive os elementos constitutivos desta ação (ato) administrativa, vale dizer, sobre a valoração administrativa que envolve os juízos de motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Enquanto o controle de legalidade *latu sensu* compreende a verificação da correspondência entre os elementos da competência e forma do ato administrativo com a moldura previamente fixada na norma, e nos atos predominantemente vinculados, também dos motivos e objetos do ato<sup>26</sup>, o controle de jurisdição em estrito senso, consiste no exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo, predominantemente discricionário em face do plexo axiológico a que está jungido<sup>27</sup>.

Estes temas não têm sido debatidos com a devida seriedade hoje, eis que a doutrina jus-administrativista brasileira hegemônica tem resistido aos vários tipos de controles que referimos anteriormente, notadamente o judicial. Para autores como Germana de Oliveira Moraes, esta é também uma questão cultural, eis que desde o Império o tema da Administração Pública sempre esteve restrito aos corredores palacianos e distante do controle político e jurídico vigentes<sup>28</sup>.

26 Tal estrutura de compreensão da legalidade do ato e suas possibilidades de aferição pode ser apreendida do texto de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

27 Tal perspectiva já é antiga em termos de doutrina na cultura jurídica Ocidental, haja vista a posição de QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1052, p. 21.

28 Ver o excelente trabalho de MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.



Robert Alexy<sup>29</sup> afirma que o caráter do princípio da discricionariedade implica a máxima da proporcionalidade, e esclarece que este princípio, com suas três máximas parciais de adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno), e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito), infere-se logicamente de sua natureza política e jurídica, a saber, desta se deduz.

Veja-se que este princípio da proporcionalidade surge bem cedo na jurisprudência da Corte Administrativa Suprema da Prússia (1892), que verificava, consoante registra Michel Fromont, se as decisões de polícia eram necessárias. Assinala ainda esse autor que na doutrina alemã, Otto Mayer, Walter Jellineck e Fritz Fleiner, cuidaram dos limites do exercício do poder de polícia, a partir de formulação de critérios correspondentes a dimensões da proporcionalidade: excesso de poder, inaptidão, insuficiência, nocividade e necessidade, às quais se acresceram, a partir da Lei Fundamental de 1949, de uma nova, a saber, se a medida tomada era proporcional ao fim perseguido<sup>30</sup>.

Consoante registro de Forsthoff<sup>31</sup>, era fácil generalizar esta regra, pois, mesmo quando não se queria impedir o Estado de realizar seus fins, a Constituição protegia com tanta insistência a livre expressão da pessoa, que não se admitia ao legislador ou à Administração impor à liberdade restrições que excedessem ao que fosse necessário para se atingir o fim justificadamente público perseguido.

Hartmut Maurer<sup>32</sup> informa que, atualmente, na jurisprudência administrativa tedesca, o princípio da proporcionalidade aplica-se antes de tudo aos atos administrativos que impõem uma obrigação ou uma sujeição aos interesses privados, cuidando para que a relação entre os fins e os meios utilizados para tanto guardem um equilíbrio o menos oneroso àqueles.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>33</sup>, em época já remota, nada justifica, no Estado de Direito, a figura dos atos políticos em oposição aos atos administrativos. Confira-se:

Se dizem respeito à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumpre estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.

29 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 118.

30 FROMONT, Michel. *L'Etat moderne et l'administration*. Paris: LGDJ, 1997, p. 92.

31 FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Druma, 1994.

32 MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

33 MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 82.



Sustenta, todavia, parte da doutrina tradicional<sup>34</sup> especializada, serem os atos políticos insuscetíveis de controle jurisdicional, exatamente por envolverem matéria política, mérito político. Sua apreciação judicial é admitida tão somente quando arguidos de lesivos a direito individual.

Esse entendimento, com a máxima vênia, contraria frontalmente o sistema jurídico como um todo, notadamente a Constituição que, em nenhuma parte enuncia a vedação entrevista. Muito pelo contrário, consagra no art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, e nos arts. 102, I, a; II, a e b; III, a, b e c; e 103, § 2º, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais, ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da supremacia constitucional (pela ordem, a ação direta de inconstitucionalidade, o recurso ordinário, o recurso extraordinário, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aliando-se aqui o novel instituto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/99, diploma regulador do art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, transcorridos já mais de 11 anos de sua entrada em vigor<sup>35</sup>).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim e ao cabo, a título de conclusões preliminares sobre esta matéria tão candente, temos que todo e qualquer ato praticado pelo governo – seja político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em consequência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão atinente à consecução dos direitos e garantias da sociedade brasileira, conectada aos seus poderes/deveres institucionais, pode ser subtraída de sua apreciação<sup>36</sup>.

Estamos sustentando que, no Estado Democrático de Direito previsto para o país, torna-se-ia inadmissível atividade isenta de controle jurisdicional, não só quando viola direitos, mas também – ante a garantia da constitucionalidade – quando contraria princípios fundamentais e preceitos constitucionais. Portanto, impõem-se afirmar que não há ato estatal insindicável pelo Poder Judiciário ou pelas formas institucionais de controle existentes, desde que viole direitos ou represente potencial risco às garantias asseguradas pelo sistema jurídico pátrio – através de suas regras e princípios fundacionais<sup>37</sup>.

34 Miguel Seabra Fagundes, em sua obra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. José Cretella Júnior, no texto *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

35 Ver o artigo de SARLET, Ingo. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Alguns aspectos controversos*. In Revista AJURIS, vol. 84. Porto Alegre: RTJRS,

36 Já trabalhei este tema no livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

37 Neste passo, ver o trabalho de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



Não estamos, com isto, defendendo teses de ativismo judicial ou devassa do princípio igualmente constitucional da independência dos Poderes do Estado, mas lhe dando conformação constitucional consentânea aos valores, finalidades e objetivos previstos pela própria Carta Política, garantindo, em sede de controle (*check and balance*) todo o necessário procedimento de participação dos sujeitos envolvidos, bem como a interlocução ínsita ao devido processo e a ampla defesa, sob pena de esvaziarmos a eficácia social das conquistas democráticas alcançadas pela via da ordem institucional e representativa hodierna, como aliás, desafortunadamente, tem-se comportado boa parte da jurisprudência pátria<sup>38</sup>.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BOLZAN, Romildo; MILESKI, Hélio Saul. Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas. In *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: TCE/RS, v. 6, n. 9, 1988.
- BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2001.
- CARABBA, Manin. La valutazione e il controllo strategico. In *Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CAUPERS, João. Considerações críticas à noção administrativa de discricionariedade gerencial. In *Revista de Direito Público*, v. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 49/72.
- COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 46-63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CRETELLA JR., José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. The Judge's new role: should personal conviction count?. In *Journal of International Criminal Justice*. v. 37. England: Oxford Press University, 2003, p. 19/37.

<sup>38</sup> Pelo que podemos ver nos termos do Acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Rel. Min. Adhemar Maciel, no Rec. Especial nº 63.128-9, oriundo de uma ação civil pública promovida com o fito de obrigar o Governo Goiano a construir um centro de recuperação e triagem para adolescentes infratores, onde encontramos afirmações como as que seguem: *A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são dirigentes e programáticas. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos) e para o Judiciário (atualização constitucional). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.*



- ENGISCH, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2000.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FAORO, Rayumndo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1989.
- FERREIRA, Sérgio D'Andrea. A identidade da função de controle da Administração Pública. In: *Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Carmen Lucia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Druma, 1994.
- FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- FROMONT, Michel. *L'Etat moderne et l'administration*. Paris: LGDJ, 1997.
- GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Terza edizione, Giuffrè, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- MACEDO, Heitor. *O Controle da Administração Pública Brasileira: uma retrospectiva histórica e política*. Rio de Janeiro: Globo, 1966.
- MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MARZUOLI, Ricardo. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*. Milano: Giuffrè, 1985.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952.
- RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.



RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981.

SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999.

SARLET, Ingo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Alguns aspectos controversos. In *Revista AJURIS*, v.84. Porto Alegre: RTJRS, 1998.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.



# OS CRIMES NA LEI DE LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

*Caroline Fockink Ritt<sup>1</sup>*  
*Bruna Henrique Hubner<sup>2</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende, sem a intenção de esgotar o assunto, demonstrar quais são os principais crimes cometidos, dentre os previstos na Lei de Licitações, do Rio Grande do Sul. Para tanto, num primeiro momento, far-se-á uma breve análise da Lei de Licitações, principalmente com relação aos princípios constitucionais que a regem. Da mesma forma, uma abordagem no Direito Comparado, como é tratado, juridicamente, em outros países, o instituto das licitações. Demonstra-se que o uso desviante e fraudulento nos procedimentos de licitações criam a possibilidade de inúmeros comportamentos corruptivos. A partir disso, far-se-á a análise jurisprudencial dos crimes previstos na Lei de Licitações, trazendo a sua descrição geral, especificamente dos crimes dos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações, para, finalmente, concluindo e comprovando, através da pesquisa, ilustrando didaticamente, através de um gráfico, quais são os crimes que mais ocorrem no Rio Grande do Sul.

## 2 LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS COM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Lei de Licitações veio regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição de 1988 (CF/88), o qual determina que, ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.

Os princípios da licitação estão previstos no art. 3º, caput, da Lei Federal

<sup>1</sup> Caroline Fockink Ritt é Mestre em Direito e Professora da UNISC, membro do Grupo de Pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como pesquisadora do projeto de pesquisa intitulado PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos. Autora de vários artigos em revistas jurídicas especializadas e coautora do livro o Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais, em coautoria com Eduardo Ritt, pela Editora Livraria do Advogado, em 2008. Organizadora do livro eletrônico: Temas atuais no direito penal e processual penal; juntamente com os colegas Eduardo Ritt e Edison Botelho, pela EDUNISC. Coordena o projeto de extensão - Direitos da Mulher Agredida - desenvolvido junto à Delegacia de Polícia de Santa Cruz do Sul/RS, na sua segunda edição (2014). E-mail: rittcaroline@unisc.br.

<sup>2</sup> Bruna Henrique Hubner é graduanda em Direito da UNISC, bolsista de iniciação científica do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e membro do projeto de pesquisas intitulado PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos. E-mail: bruna.hubner@outlook.com.



nº 8.666/93<sup>3</sup>, evidenciando, pois, preocupação específica á regularidade dos procedimentos de contratação pública no país. Como observa Hely Lopes Meirelles (2010), o referido artigo dá destaque aos princípios mais específicos da licitação, podendo ser os demais princípios constitucionais aplicados ao instituto. Seus princípios podem ser resumidos pelos seguintes preceitos: (a) procedimento formal<sup>4</sup>: que é a vinculação da licitação ás prescrições legais que regem todos os seus atos ou fases, não decorrendo só da lei, mas do próprio regulamento, do caderno de obrigações, do edital ou convite; (b) publicidade de seus atos: abrangendo todos os atos do processo licitatório, em decorrência deste princípio que é imposto a abertura dos envelopes da documentação e propostas em público<sup>5</sup>; (c) igualdade entre os licitantes: não pode haver discriminação entre os participantes, seja através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento a outros ou mediante julgamento parcial, porém o estabelecimento de requisitos mínimos de participação não atenta contra este princípio; (d): sigilo na apresentação das propostas; tal princípio é consequência do princípio da igualdade, pois estaria em vantagem o licitante que tem o conhecimento da proposta do outro licitante antes da apresentação da sua; (e) vinculação ao edital: é princípio básico de toda a licitação, sendo o edital a lei interna da licitação, vinculando tanto a administração como os licitantes; (f) julgamento objetivo: obriga os julgadores aterem-se em critérios prefixados pela Administração, reduzindo e delimitando a margem de valoração subjetiva; (g) probidade administrativa: é dever de todo administrador público, possuindo previsão constitucional no art. 37, § 4º; (h) adjudicação compulsória ao vencedor: não pode a Administração, depois de concluído o processo licitatório, atribuir seu objeto a outrem que não seja o legítimo vencedor do certame.

Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), caso não haja a observância aos ditames desses preceitos relevantes, a validade do processo de licitação fica comprometida, tornando-o vulnerável à sua desconstituição por razões de juridicidade pela autoridade administrativa ou judicial competente.

## 2.1 Direito comparado

Para Hely Lopes Meirelles (2010) os sistemas licitatórios que mais se assemelham ao brasileiro são os de Portugal, Espanha, Argentina e Uruguai, porém

3 Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 282. Procedimento formal não se confunde com formalismo, este é caracterizado por exigências inúteis ou desnecessárias. Omissões ou irregularidades irrelevantes, desde que não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes, não pode ser motivo de nulidade.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 283. Não confundir a abertura da documentação e das propostas (sempre ato público) com seu julgamento, o qual poderá ser realizado em recinto fechado e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham mais tranquilidade na apreciação e para que haja livre discussão acerca das questões.



com sensíveis diferenças no sistema. Deve-se ter o cuidado de notar que o sistema de licitação no Brasil não corresponde a de outro país, pois, existe uma variedade terminológica, conceitual e de modalidades de licitação entre os países. Quando se tratar de contratos administrativos, a doutrina já é mais assemelhada e uniforme. Hely traz a França como exemplo da diferença entre os sistemas, onde, “[...] licitação é *adjudication*, adjudicação é *attribution* e *concurrência* não é a nossa concorrência, mas, sim a participação em qualquer licitação” (MEIRELLES, 2010, p. 279).

Pode-se fazer o seguinte paralelo a partir da obra de Meirelles (2010): (a) Direito Francês: *adjudication publique ouverte*, corresponde a nossa concorrência, e *adjudication restreinte*, sendo que possui duas modalidades: *réglementation des conditions d'admission*, assemelhada a nossa tomada de preço, e *procédure des admissions individuelles*, que equivale ao convite. Nossa adjudicação é *attribution*; homologação é a *approbation* e concorrência é *concurrência*, mas com o significado de participação em qualquer modalidade de licitação (*adjudication*). (b) Direito Alemão: a licitação (*Ausschreibung*) possui três modalidades, a saber: concorrência pública (*öffentliches Ausschreibungsverfahren*), concorrência restrita (*beschränktes Ausschreibungsverfahren*) e convite (*Ausschreibung*). (c) Direito Italiano: *asta pubblica*, equivalente à nossa concorrência; *licitazione privata*, equivalente à nossa tomada de preços; *trattativa privata*, que é escolha direta do contratante; e *oappalto concorso*, assemelhado ao nosso concurso de projetos. (d) Direito Espanhol: a licitação (*licitación*) compreende o concurso subasta, o concurso e a subasta (assemelhada à nossa concorrência). (e) Direito Argentino: a *subasta*, a *licitación pública*, a *licitación privada*, o *concurso público*, o *concurso público-subasta*, o *concurso de precios* e a *cotización de precios*. (f) Direito Uruguaio: a *licitación pública*, equivalente a nossa concorrência, e a *licitación restringida*, assemelhada à tomada de preços, havendo, ainda, a *licitación de precios*, a *licitación sobre muestras* e a *licitación –concurso*, sem símile no nosso Direito. (g) Direito Português: *ajuste direto* e *concurso* ( pode ser público ou limitado, o primeiro equivalendo à concorrência e o segundo assemelhado à tomada de preço). Há a *licitação sobre amostras*, na qual os licitantes devem apresentar as amostras e as propostas; escolhida a amostra, sobre ela os ofertantes disputam o preço.

### 3 LICITAÇÕES E GARGALOS CORRUPATIVOS

A corrupção tem sido um dos temas centrais no processo comunicativo de globalização, unindo esforços e energias internacionais, tanto para seu combate quanto para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos (OSÓRIO, 2013).

De um lado, tal realidade desafia novas e criativas políticas públicas, porque se percebem a magnitude e a veloz expansão de atores e



processos corruptos e corruptores, de modo multifacetário. De outro, a mesma realidade, no evidenciar uma concentração de esforços em torno a uma patologia específica, indica a indevida limitação do olhar sobre uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certamente não se encaixa numa terminologia unitária e ideológica, cultural e normativa. (OSÓRIO, 2013, p. 28).

Observa Delmanto(2014)que passados mais de 200 anos desde a vinda da família real portuguesa, a história da transformação da colônia no enorme País que temos hoje, superadas duas ditaduras (a de Getúlio Vargas e Militar) e tornando-se o Brasil a 6ª economia do mundo, com cerca de 200 milhões de habitantes, é manchada pela *corrupção desenfreada*, que sempre acompanhou a história do Brasil, mas que nunca esteve tão presente. Sendo as licitações públicas um grande palco para a corrupção no Brasil, com origens históricas que mostram sua instalação aqui antes mesmo de o Brasil se tornar independente de Portugal, sendo um verdadeiro *câncer nacional*<sup>6</sup>.

Neste sentido, também observa Fábio Medina Osório:

Lamentavelmente, os processos licitatórios têm se prestado ao perverso papel de veículos de corrupção e de fraudes no setor público, na medida em que as informações privilegiadas parecem constituir o principal instrumento de trabalho de empresas especializadas em assessorar terceiros que competem em certames licitatórios. Estes, por sua vez, passam a cumprir tarefas de blindagem formal de responsabilidades. Não precisamos lembrar as dívidas de campanha ou das alianças eleitorais na base de licitações fraudulentas, formalmente corretas substancialmente viciadas por favorecimentos indevidos. Nem seria necessário recordar dos editais que direcionam vantagens e fecham o certame a determinados atores. (OSÓRIO, 2013, p. 288).

Da mesma forma que está enraizada na cultura brasileira, em parcela da sociedade que defende “o se dar bem” à custa do dinheiro do contribuinte, até mesmo personalidades públicas que são comprovadamente corruptas continuam a circular pelos Governos, e o que é pior, encontram apoio na sociedade, que repete o famigerado jargão: “ele rouba, mas faz!” (DELMANTO, 2014).

Garcia traz a debilidade do Estado Democrático frente ao grandioso problema da corrupção:

6 DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais es. ed. Atual*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 291. A promiscuidade entre o público e o privado remonta a vinda de D. João VI, fugindo das tropas de Napoleão Bonaparte, em 1808. A cidade do Rio de Janeiro que então se tornou, por breve período, a capital do Império, assistiu a Coroa, endividada, literalmente “vender” títulos de nobreza como de barão, visconde e conde, com as benesses que garantiam aos seus titulares nas relações com o Poder Público. Eram, por vezes, proprietários de terras, comerciantes e, inclusive, traficantes de escravos, sendo o Brasil (já depois da Independência), e para a vergonha mundial, o último país a proibir a escravidão e o tráfico de negros em 1888.



A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da consequente supremacia do interesse dos detentores da potestas publica face ao anseio coletivo. Esse estado de coisas, longe de se diluir com a ulterior transição para um regime democrático, deixa sementes indesejadas no sistema, comprometendo os alicerces estruturais da administração pública por longos períodos. Ainda que novos sejam os mecanismos e as práticas corruptas, os desvios comportamentais de hoje em muito refletem situações passadas, das quais constituem mera continuação. (GARCIA, 2013, p. 50).

Mas, observa Emerson Garcia (2013) que é possível afirmar, com certa “tristeza” que a ordem natural das coisas indica que temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate á corrupção não há de ser fruto de mera produção normativa, mas sim, de um resultado da aquisição da consciência democrática, como também de uma lenta e paulatina participação popular. Isso permitirá a contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Observa que com isso a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada ela nunca será.

Não parece ser necessário muito esforço teórico para demonstrar a realidade da má gestão pública no Brasil, é verdade. Não estamos bem situados nos índices de Transparência Internacional, tampouco nos noticiários nacionais e internacionais, menos ainda na percepção geral da cidadania brasileira e, sobretudo, em face dos resultados que os mais variados Governos têm alcançado em suas gestões, cujas falhas, lacunas, vícios e problemas saltam aos olhos da população, que sofre na “carne” e no “espírito” todos os seus possíveis desdobramentos. (OSÓRIO, 2013, p. 30).

Delmanto (2014) com relação, especificamente, à Lei de Licitações, quando aborda as práticas corruptas, observa que mesmo com os esforços do legislador, a Lei de Licitações não alcança com eficácia a criminalidade. Os escândalos corruptivos se tornaram públicos, graças à imprensa e aos novos meios de prova, com destaque à interceptação telefônica. Voltando-se assim os olhos ao nosso Judiciário, que em razão da alta demanda e de sua falta de estrutura diante do vultoso número de processos, além de falhas humanas não consegue prestar jurisdição satisfatória, sendo a impunidade, infelizmente, predominante. Esse quadro de impunidade tem ocorrido também pelos abusos praticados por parte da Polícia e do Ministério Público. Como efeito, tem sido corriqueiro a anulação de processos que envolvem esses escândalos pelas instancias superiores, em função do desrespeito à Constituição nessas investigações.



Por fim, deve-se ter em mente que a corrupção é um fenômeno multifacetário e de difícil combate:

A luta contra a corrupção é complicada por inúmeros fatores; porém, a dificuldade básica é definir o que seja a corrupção, independentemente de sua definição legal, que varia enormemente de uma sociedade para a outra. O termo tem sido empregado para se referir a um amplo espectro de ações. Pode ser usado para designar ações ilegais ou antiéticas perpetradas por pessoas em posição de autoridade ou de confiança no serviço público, ou por cidadãos e empresas em sua relação com os agentes públicos. Consequentemente, parece claro que a luta contra esse mal não pode ser confinada ao setor público e restringir-se a medidas punitivas, penais e administrativas, dirigidas a agentes individuais, pois não há dúvida de que a corrupção interna quase sempre depende da relação entre os agentes públicos e os cidadãos. (DA SILVA, 2008, p. 575).

#### 4 CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES – DESCRIÇÃO GERAL E PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Especificamente no campo da contratação pública há gargalos corruptivos muito intensos, destacando-se neste particular os chamados crimes da licitação e dos contratos públicos, conforme os arts. 89 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos (nº8. 666/93)<sup>7</sup>, o que se pretende aprofundar na presente pesquisa são os dois tipos penais de maior ocorrência, segundo pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No procedimento licitatório, várias são as ilegalidades passíveis de ser cometidos.

<sup>7</sup> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.



Algumas delas espelham infrações administrativas, indicando a violação de normas internas da Administração, ao passo que outras, de maior gravidade, configuram-se como crimes, sujeitos às normas do Direito Penal. Nesse aspecto, nunca é demais sublinhar que a aplicação de uma não afasta a outra, ou seja, pode o infrator ser punido com ambas as sanções cumulativamente (CARVALHO FILHO, 2014).

Conforme a melhor doutrina, abordar a licitação é estudar um instituto de direito público que está na convivência da sociedade brasileira há mais de cento e trinta anos. Observa-se que ela teve a sua introdução em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1962. Após outras codificações, referente a este ponto, chega-se, finalmente à lei 8.666/93. Esta lei disciplina a matéria licitatória em cento e vinte e seis artigos, seguindo os moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 37<sup>8</sup> (FREITAS, 2010).

A referida lei torna a licitação obrigatória no âmbito da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (FREITAS, 2010).

Antes da edição da Lei 8.666/93, qualquer conduta que fosse praticada em detrimento do erário público e da moralidade administrativa, com relação à contratação da Administração Pública, deveria encontrar tipicidade no Código Penal, onde, na maioria das vezes, as disposições eram esparsas, resumidas basicamente em três tipos penais e não davam uma resposta penal mais severa, adequada à conduta dos ofensores (FREITAS, 2010).

Veio a Lei de Licitações como resposta à necessidade de tratamento específico das licitações e contratos pactuados pelo poder público, não só em matéria penal, e sim de forma mais abrangente possível, versando, pois, sobre vários ramos do direito, podendo-se dizer, por consequência, que se trata de lei multidisciplinar (FREITAS, 2010).

A lei 8.666/93 trouxe, então, a tutela penal específica, prevendo condutas típicas específicas, para aqueles que ofenderem a moralidade administrativa e outros bens jurídicos ligados diretamente com a matéria licitatória<sup>9</sup>. Condutas típicas possíveis de

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

8 FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de licitações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-4 : Ressalta-se no presente que a disciplina licitatória chegou ao ápice com a Constituição Federal de 1988, pois nela estão três importantes referências diretas a este tema: art. 22, XXVII, art. 37, XXI e art. 175, como também uma referência indireta: art. 195, § 3º, que estão vigentes atualmente.

9 In <http://noticias.r7.com/brasil/policia-federal-investiga-contratos-publicos-que-somam-r-156-bi-27012014>, acesso em 17/02/2014. A PF Polícia Federal (PF) investiga contratos da administração pública que somam R\$



serem aplicadas desde o início da licitação até a sua finalização, o que representou uma grande inovação e avanço na disciplina penal das contratações da Administração Pública (FREITAS, 2010).

Convém, todavia, fazer rápidas observações sobre os crimes previstos no Estatuto. Em primeiro lugar, verifica-se que são severas as sanções penais no caso do cometimento dos delitos, bem mais severas, aliás, do que as previstas em tipos idênticos de leis penais anteriores. Outro aspecto a ser considerado consiste na aplicação do direito intertemporal. De fato, alguns dos tipos penais previstos no Estatuto constavam do Código Penal e de leis extravagantes. Estes tipos foram revogados pela nova lei. Mas o Estatuto caracteriza-se como lei especial, de modo que continuam vigentes as normas penais de caráter geral, não absorvidas nos tipos relacionados naquele diploma (CARVALHO FILHO, 2014).

Observa-se que a contratação pública, quando desrespeita o que está estabelecido na Lei de Licitações, é facilitadora para que ocorram comportamentos corruptivos.

O termo corrupção, desse modo, passou a significar o ato de desvirtuamento ou de degradação de uma regra socialmente ativa. Ou seja, o conceito de corrupção só existe por que existe um conceito antônimo. Eis a situação de fato que representa o termo honestidade. Um ser honesto é um ser decente, que age ou se omite conforme a regra geral ensina (SIMÃO NETO, 2014).

E esta “chaga”, a da corrupção, está muito presente em nossa realidade social.

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 os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida por que 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

---

15,6 bilhões em investimentos do Tesouro por suspeita de fraudes e corrupção. O acervo de negócios sob investigação com dinheiro da União atingiu marco histórico no desempenho da corporação em 2013. É a primeira vez que a PF divulga o mapeamento das investigações de crimes contra os cofres públicos. Há 12.870 inquéritos em curso em todo o País que apuram delitos dessa natureza — peculato, desvios, violação à Lei de Licitações por cartéis e outros atos lesivos ao patrimônio público. Esse número representa quase 12% de todas as investigações da PF, que totalizam 108.822 inquéritos. A Região Nordeste é a mais afetada pela ação do crime organizado. Ela concentra 5.371 inquéritos, 41,7% dos procedimentos. A PF atribui essa demanda ao fato de a União destinar mais constantemente um maior volume de verbas para cidades e Estados sob a tutela da carência e da exclusão. “É uma questão de proporcionalidade”, afirma a corporação. O Distrito Federal é onde a PF mantém sob suspeita contratos que manejam o maior volume de recursos: R\$ 5,85 bilhões. O argumento é que Brasília aloja a rede de ministérios e autarquias federais, fontes de dinheiro para projetos e programas de toda sorte e natureza que atendem a emendas parlamentares e pleitos de gestores estaduais e municipais.



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).

Daí a importância da pesquisa e estudo da Lei de Licitações, em seu aspecto criminal, especificamente no que diz respeito aos contratos públicos, seus reflexos, com relação às patologias corruptivas.

Os anseios sociais são a moralidade pública, como também a aplicação dos demais princípios da Lei de Licitações, com objetivo de preservação do erário público. E, havendo desvios deste tipo de finalidade, como consequência, a tipificação criminal de algumas condutas, da punição dos responsáveis, tem como objetivo afastar os danos que estes comportamentos, muitas vezes de índole corruptiva, causam à administração pública como um todo.

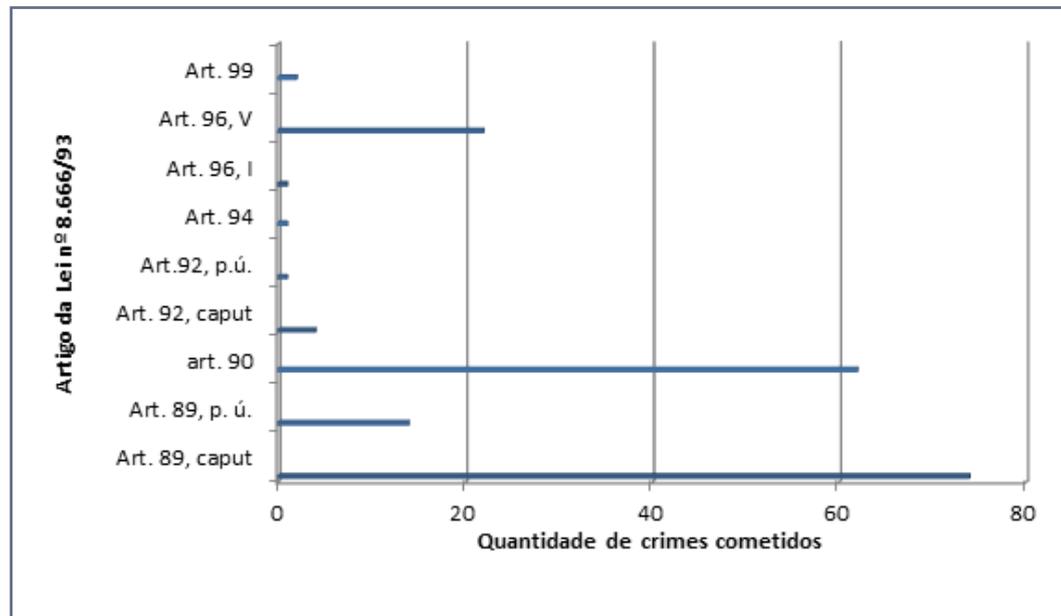
Pode-se questionar a natureza das penas adotadas na nova legislação. Existiria um descompasso entre o espírito da nova legislação e os princípios para os quais se volta o Direito Penal. Tratando-se da chamada “criminalidade econômica”, a Lei poderia ter utilizado mais amplamente sanções de cunho pecuniário ou restritivas de direito e deixar em segundo plano as penas privativas de liberdade. Deve-se considerar que as condutas reprimidas apresentam uma danosidade e um grau de reprovabilidade valorados como de extrema gravidade. A opção legislativa retratou uma vocação da sociedade. Afinal, em épocas como a presente, seria o supremo escárnio que o criminoso pudesse livrar-se da cadeia através do pagamento de importâncias em dinheiro. A Lei determinou, como regra, a incidência da multa, mas cumulada com pena privativa de liberdade. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1031).

#### 4.1 Pesquisa jurisprudencial: conclusões

A pesquisa inicial, foi realizada em 19.8.2014, no site oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ([www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)), na sessão “Pesquisa de Jurisprudência”, ferramenta “Busca Unificada” e selecionada a “Seção crime”. Na caixa de texto foram introduzidas as expressões: “lei nº 8.666/93” (com aspas), que obteve 77 resultados, destes 39 resultados no período de 2010 a 2014 (período de tempo que estipulamos para a análise); e “lei de licitações” (com aspas), que obteve 43 resultados, destes 28 resultados no período de 2010 a 2014 ( analisamos 67 acórdãos, destes 12 eram concomitantes , já que a pesquisa foi feita com duas expressões que remetem à mesma lei, o que poderia levar ao mesmo acórdão.). Buscamos diagnosticar quais os tipos da Lei de licitações que possuem maior incidência no Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul.



**Gráfico 1 – Os crimes da Lei de Licitação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul desde de 2010**



Fonte: gráfico elaborado pelas autoras a partir de informações recolhidas após pesquisa jurisprudencial realizada no TJRS.

## 5 CRIMES ESPECÍFICOS: ANÁLISE DOS ARTIGOS 89 E 90 DA LEI DE LICITAÇÕES

Com relação à objetividade jurídica do art. 89: o tipo penal busca, especialmente, garantir que a inexigibilidade ou a dispensa de licitação ocorra em situações excepcionais. Objetivando preservar a moralidade administrativa que ficará lesada com a prática das condutas que estão descritas neste tipo penal incriminador.

Bem jurídico ofendido nesse crime (art. 89) relaciona-se somente com as pessoas listadas no art. 85 da lei. Não se visualiza nesta norma penal ofensa a bem jurídico que pertence a particular ou outra pessoa além das listadas no art. 85 da Lei nº 8.666/93<sup>10</sup>.

Observa-se que o crime, quando praticado, poderá não gerar nenhuma consequência prejudicial ao patrimônio do ente contratante, pois o contratado pode ter oferecido preços de mercado ao serviço ou produto fornecido. Ocorre que, em algumas vezes, não raras vezes, a contratação direta indevida pode vir acompanhada de um superfaturamento de preços, de desvios de verba pública, de crimes de corrupção, dentre outros correlatos. Casos em que, além da sanção civil estabelecida no art. 25, § 2º<sup>11</sup>, da Lei 8.666/93, poderá ocorrer concurso de crimes do art. 89 da Lei

<sup>10</sup> Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

<sup>11</sup> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de



de Licitações com outras infrações penais que tenham ocorrido.

Geralmente, quando ocorre concurso de crimes poderá ser com o crime de peculato (312 CP), formação de quadrilha ou bando (288 do CP), ou com alguma modalidade de delito prevista no Decreto-lei nº 201/67, que é o dec. Lei que estabelece os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores.

Porém, máxime na situação de superfaturamento de preços, jamais poderá ser com o art. 96 da lei 8.666/93, pois neste temos como elementar do tipo a expressão “licitação instaurada”, o que evidentemente, não se observa no art. 89 da lei, em que não houve licitação.

As referidas condutas exigem uma qualidade especial de o sujeito ativo: ser servidor público – art. 83 da Lei (crimes próprios). Nos crimes de mão própria (modalidade de crimes próprios) há uma exigência no tipo penal de que a conduta nele disposta seja executada diretamente pelo sujeito que reúne as qualidades dispostas na norma, razão pela qual também são chamados de crimes de atuação pessoal<sup>12</sup>.

Fato de determinada condutas ser tida como crime próprio não afasta a possibilidade de também ser praticada por aqueles que não detêm a qualidade exigida no tipo penal, para o sujeito ativo – desde que estejam em concurso de pessoas – coautoria e participação, - com aquele que possui esta qualidade<sup>13</sup>.

Nos crimes de mão própria há uma exigência no tipo penal de que a conduta nele disposta seja executada diretamente pelo sujeito que reúne as qualidades dispostas na norma, razão pela qual também são chamados de crimes de atuação pessoal<sup>14</sup>.

A realização concreta deste crime somente poderá ser por meio daquele servidor público que é o emissor da decisão final de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou

---

materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

- 12 Essa exigência de realização pessoal em tais crimes faz com que o terceiro só possa concorrer para tal prática na qualidade de partícipe – participação necessária. Crimes de mão própria também não admitem autoria mediata e nem coautoria, pois o conteúdo do injusto está especificamente na realização da atividade proibida, que é pessoal e indeclinável.
- 13 Observa-se que nos crimes próprios o autor direto ou executor (o que executa diretamente o verbo do tipo penal) do crime não necessita ser aquele que reúne as qualidades exigidas no tipo penal (funcionário público). Podendo ser terceiro concorrente (partícipe). Basta que para a prática de um crime próprio que o executor, de alguma forma concorra para o crime, situação em que o terceiro concorrente venha com este último praticar o crime próprio, também será punido por tal prática. Comunicação de elementares e circunstâncias – art. 30 do CP.
- 14 Essa exigência de realização pessoal em tais crimes faz com que o terceiro só possa concorrer para tal prática na qualidade de partícipe – participação necessária. Crimes de mão própria também não admitem autoria mediata e nem coautoria, pois o conteúdo do injusto está especificamente na realização da atividade proibida, que é pessoal e indeclinável.



daquele servidor a quem diretamente se atribuir a omissão da formalidade relacionada à dispensa ou inexigibilidade. Outros servidores públicos poderão concorrer para tais condutas, mas apenas na qualidade de partícipes. Ex: aquele servidor que ratifica o ato de dispensa ou inexigibilidade<sup>15</sup>.

O sujeito passivo no sentido abrangente é o Estado. Especificamente é a pessoa jurídica na qual se observou a dispensa ou inexigibilidade indevida, ou a omissão das formalidades que são pertinentes. Podendo ser qualquer um dos entes do art. 85 da Lei<sup>16</sup>.

O parágrafo único do art. 89 exige, além da prova da coautoria ou participação, seja ainda demonstrado que o concorrente auferiu vantagem, benefício, consistentes em celebrar o contrato com o Poder Público (FREITAS, 2010).

O sujeito ativo é toda e qualquer pessoa física que tenha concorrido para a consumação direta indevida ou daí tenha extraído algum benefício. Desde que não seja o titular da competência para deliberar sobre a não adoção da licitação numa hipótese em que esta era necessária.

Observa-se que existe uma relação de dependência entre a consumação do crime do parágrafo único e do caput do art. 89. Somente pode haver a tipificação da conduta do particular contratado sem licitação (art. 89, parágrafo único) se for reconhecido que um agente estatal cometeu o crime de dispensar ou inexigir indevidamente a licitação (art. 89, caput)<sup>17</sup>.

O art. 90 poderá ter como sujeito ativo tanto o particular que participa da licitação quanto o servidor público que intervir na fase interna ou externa da licitação. O tipo penal do art. 90 envolve concurso de agentes.

Não é necessário que ocorra a efetiva frustração ou fraude que comprometa a eficácia total da licitação. Sendo suficiente que alguns aspectos do certame sejam atingidos.

O crime aperfeiçoa-se, inclusive, quando o acordo destina-se a excluir da disputa participantes em potencial e inexistir uma definição prévia sobre qual dos

15 Quando observa-se que o executor direto deste crime deve ser um servidor público, não estamos informando que esse servidor deve ser o que tenha, dentro da estrutura administrativa, a atribuição ou “competência” para contratar diretamente com dispensa ou inexigibilidade de licitação. É possível, também, a autoria por servidor que não detenha a atribuição para ordenar a dispensa ou inexigibilidade de concurso e, mesmo assim, o faz. FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55, 56.

16 Doutrina analisa e menciona que o particular que se viu impossibilitado de participar da licitação e, de futura contratação, em razão da indevida dispensa ou inexigibilidade levada a efeito, também seria sujeito passivo deste crime. Doutrinador Freitas não concorda, pois o âmago do mesmo é a proteção da moralidade administrativa. Bem jurídico que tem como titular a pessoa jurídica no bojo da qual se observou a ilegalidade. Não o particular externo à estrutura administrativa. Poderá ser visto como lesado somente através de conjecturas e presunções, e não com a análise objetiva do fato delituoso. FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1040. O reconhecimento da não configuração do crime tipificado no caput do art. 89 conduz à automática atipicidade de qualquer conduta praticada pelo sujeito contratado diretamente pela Administração Pública. No entanto: a configuração do crime do caput do art. 89 não implica a automática existência do crime do parágrafo único. Os tipos penais são diversos e é possível que exista apenas o crime do caput e não estejam presentes os elementos previstos no parágrafo único.



concertantes será o vencedor<sup>18</sup>. A invalidação do certame não exclui a configuração de crime<sup>19</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo, no primeiro momento, fez uma breve análise da Lei de Licitações, principalmente com relação aos princípios constitucionais que a regem. Da mesma forma, uma abordagem no Direito Comparado, como é tratado, juridicamente, em outros países, o instituto das licitações.

Demonstrou-se que o uso desviante e fraudulento nos procedimentos de licitações, criam a possibilidade de inúmeros comportamentos corruptivos.

Através de uma pesquisa jurisprudencial realizada no site oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, explicitada em gráficos, verificou-se quais os principais crimes cometidos dentre os previstos na Lei de Licitações do Rio Grande do Sul, no período temporal de 2010 a agosto de 2014. Trazendo, antes disso, a sua descrição geral, especificamente dos crimes dos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações.

Finalmente, concluindo e comprovando, através da pesquisa, e ilustrando didaticamente, através de um gráfico, que os crimes que mais ocorreram no Rio Grande do Sul no período de 2010 até agosto de 2014 foram os crimes dos artigos 89 e 90.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.
- DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais es. ed. Atual*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DA SILVA, Jorge. *Criminologia Crítica – Segurança Pública e Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed.

<sup>18</sup> O tipo penal do art. 90 não se confunde com o crime previsto no art. 95, que atinge o comportamento praticado diretamente perante o terceiro, que é o potencial competidor. No art. 90 o ajuste é ignorado pelo terceiro, cuja exclusão tem-se como objetivo se obter mediante ajuste, combinação ou outro expediente. No art. 95, o terceiro é afastado através de fraude praticada relativamente a ele. Art. 95. *Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.*

<sup>19</sup> RHC nº 18.598/RS, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz., j. em 06.11.2007, DJ de 10.12.2007: *A anulação do certame licitatório, em razão do evidente ajuste prévio entre os licitantes, não afasta a tipicidade da conduta prevista no art. 90 da Lei nº 8.666/93.*



São Paulo: Dialética, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa*. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.



# A CORRUPÇÃO E SUAS FACES NO LIBERALISMO E NO COMUNITARISMO

*Janriê Rodrigues Reck<sup>1</sup>*  
*Fúlvio Machado Piovesan<sup>2</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

A corrupção tem assombrado a sociedade desde tempos remotos de sua existência, ficando mais evidente o fenômeno pela veiculação nos meios de comunicação. Aqui se objetiva entender a corrupção e esclarecer suas feições frente ao Liberalismo e ao Comunitarismo.

O Liberalismo começa a se desenhar a partir da Revolução Francesa, em 1789, onde inicia o modelo de Estado Moderno que conhecemos, com as ideias de Montesquieu, em sua Teoria da Divisão dos Poderes - lastreada na tese de John Locke, lançada cerca de cem anos antes - inspiraram a Teoria de Governo que busca distribuir a autoridade, a bem de evitar arbítrio e violência, se tornando um dos pilares da Democracia.

A par disso, o Liberalismo se torna decisivo na construção de uma nova realidade Estatal, em vista de sua base teórica ter se orientado nas ações individuais para se atingir objetivos econômicos.

O modelo econômico se aperfeiçoa e na década de 1970, o economista Milton Friedman propõe o neoliberalismo, como solução à crise mundial do petróleo, aplicando os ideais liberais de uma forma mais refinada, isto é, aproveitando o individualismo dentro de uma economia global, com o desafio dos novos paradigmas propostos pelo capitalismo, consolidando a ideia de um Estado mínimo e a economia regulada pelo Mercado.

A liberdade de comércio ou livre mercado trouxe crescimento aos países que o adotaram, pois significou a abertura dos mercados ao capital estrangeiro representado pelas empresas multinacionais, desburocratização de alguns setores públicos, privatização e conseqüente aumento da produção, visando atingir o desenvolvimento econômico.

O neoliberalismo então é adotado no Brasil somente em 1990, no governo do presidente Fernando Collor de Melo, com a abertura de nosso mercado para as importações, a desoneração de impostos entre outras ações, tendo seu ápice em 1995, no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, quando ocorreram as privatizações de empresas públicas, caracterizando o Estado Mínimo.

1 Doutor em Direito. Professor do Doutorado e Mestrado em Direito da UNISC.

2 Mestrando em Direito pelo PPGD – UNISC – Conceito Capes 5 na linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, membro do grupo de estudos de observação pragmático-sistêmica do serviço público, coordenado pelo Professor Dr. Janriê Rodrigues Reck.



Esse modelo econômico se consolidou no Brasil e no mundo, trazendo consigo desemprego, baixos salários, aumento das diferenças sociais e dependência do capital estrangeiro.

Também fomentou o crescimento de uma sociedade consumista e individualista, ávida por lucro. Não que a individualidade e o desejo de lucro não fizesse parte da gênese do Ser Humano, mas se acentuou diante de uma nova realidade econômica, que necessitava do consumo para se retroalimentar.

A conjunção desses elementos além de trazer as crises financeiras mundiais que de tempos em tempos assolam a economia global, reforçou uma das faces mais sombrias do indivíduo: a tendência à corrupção.

Nosso objetivo então é investigar até que ponto o liberalismo e o comunitarismo são atingidos pela corrupção e quais mecanismos essas teorias políticas possuem para combater esse vício social, propiciando assim uma reflexão científica sobre a temática.

## 2 CONCEITO E ABRANGÊNCIA DO LIBERALISMO

O Liberalismo se define como um conjunto de princípios e teorias políticas que tem por base a defesa da liberdade econômica, do Estado mínimo e do Estado de Direito.

A economia se move pelo interesse pessoal e o destino do homem se rege pelas ações livres de individualidade como um meio de se conseguir o progresso da sociedade.

A racionalidade e a liberdade são elementos essenciais para esse modelo econômico, visto que o indivíduo racional tem liberdade de pensamento, locomoção, educação, culto e de escolher seus governantes.

Ao Estado cabe a tarefa de garantir a Lei, a segurança e a propriedade, além de proteger a saúde e incentivar a educação, não devendo interferir nas relações econômicas.

### 2.1 A inter-relação entre liberalismo e democracia

Apesar de conflitarem em alguns aspectos, liberalismo e democracia têm pontos em comum, pois identificam como tema central de suas ideias a soberania popular e o indivíduo.

Como vemos da análise das teorias em questão, mesmo tendo suas raízes em diferentes momentos da história da humanidade, a contemporaneidade tratou de ajustar suas vertentes e formou um Estado Democrático Liberal que tem sido a fórmula



encontrada por economistas e teóricos de política social para justificar o modelo de governo que atenda as necessidades sociais, com o devido controle popular.

A democracia prevê a participação dos cidadãos na formação das leis, visando coibir o abuso de poder dos governantes e proteção dos direitos fundamentais. Para o liberalismo, o comprometimento com os direitos está acima de tudo, com ênfase à proteção do direito à vida, liberdade religiosa, dignidade humana e de liberdade de expressão.

A igualdade e a liberdade – elementos essenciais do liberalismo – são requisitos para que num sistema democrático não haja discriminação, levando a um contexto social onde todos tenham as mesmas oportunidades. É uma das diretrizes do liberalismo a melhoria da educação.

Na construção política da sociedade, necessária a concepção de uma soberania popular, que se manifesta no sufrágio universal. Havendo cidadãos aptos a exercerem o voto temos o exercício de cidadania e liberdade, elementos essenciais da própria democracia.

O Estado de Direito, como um conjunto de normas visando proteger o cidadão do próprio Estado, com raízes profundas no Constitucionalismo, tem sido um dos maiores marcos teóricos na consolidação do liberalismo enquanto teoria política a auxiliar a consolidação da democracia.

A ideia de livre iniciativa advém do conceito liberal de liberdade individual, onde o indivíduo possui seus direitos e as responsabilidades decorrentes do exercício daqueles. Esse conceito se estende e produz efeitos na economia, pois o bem estar social se atinge com liberdade de escolha e um sistema econômico livre da coerção estatal.

Temos então o Estado Liberal, onde os conceitos se fundem e tanto a democracia quanto o liberalismo necessitam um do outro para sobreviverem.

Apesar de ver antagonismo entre esses conceitos, Bobbio (1986, p. 20) a certa altura de sua obra “Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco”, faz um paralelo entre Estado liberal e Estado democrático, concluindo que:

Disto segue que o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos.



Da análise desses pontos de contato entre liberalismo e democracia, é fato que temos a união do liberalismo com a democracia, fazendo surgir outro fenômeno social, que é a democracia liberal, se consolidando como modelo de governo constitucional e importante instrumento no combate ao abuso de poder e da corrupção que o acompanha.

### 2.1.2 Estado social ou liberal?

Tem sido objeto de discussão se a função do Estado deve ser focada na resolução de problemas sociais, com ênfase a políticas sociais de inclusão ou se para alcançar a igualdade social deve se preocupar com os efeitos que as relações econômicas produzem na sociedade.

A questão que se coloca é controvertida, pois se o Estado se dedicar tão somente a implementar políticas públicas e deixar o Mercado se autorregular, estaremos ignorando os efeitos nefastos de um Estado essencialmente liberal por omissão. Inegável o fato que o Estado contemporâneo está cada vez mais submisso aos mecanismos financeiros, sendo subtraído parte de suas funções sociais, num processo de indecisão entre seguir uma matriz social ou liberal.

A tendência do Estado liberal é clara, mas somente poderá promover o crescimento econômico se combater as falhas de mercado.

Por outro viés, o Estado social só poderá contribuir para uma diminuição das desigualdades sociais e econômicas se reduzirem as falhas de mercado na redistribuição da riqueza criada.

O problema é sempre o mesmo: um enorme peso de fuga de impostos, corrupção e economia paralela. Fora os idealismos, erradicar totalmente estas falhas de mercado é um erro, mas minimizar seus efeitos certamente ajudará a melhorar a economia.

Nesse contexto, o desafio dos Estados Liberais é continuarem a trabalhar políticas públicas, visando cumprir sua finalidade de propiciar o bem-estar social.

Porém, sua atuação deve estar atenta à Economia, que deve ser pauta constante em órgãos estatais especializados como o Banco Central, que deve fiscalizar e controlar as práticas financeiras, a fim de conter abusos econômicos a serem realizados por grupos econômicos caracterizados pela desmedida do lucro em detrimento da economia popular.

## 3 O COMUNITARISMO VISTO COMO UMA TEORIA POLÍTICA

O Comunitarismo surge na década de 1970 do século passado, nos Estados Unidos, em reação ao projeto de renovação de liberalismo de Rawls. É um conceito



teorizado especialmente por Charles Taylor, Michael Walzer e Alasdair, como uma teoria que centra seus interesses na comunidade e na sociedade, ao contrário do Liberalismo que considera o indivíduo o centro de sua atividade.

A visão dos Comunitaristas enfatiza a cultura e o grupo social que conferem identidade aos indivíduos, valorizando a comunidade como um bem em si, assim como a igualdade e a liberdade, sendo o espaço no qual os indivíduos possam se exprimir e partilhar valores. Nessa teoria, os valores da solidariedade, da reciprocidade e os laços comunitários irão prevalecer, naturalmente, sobre as leis do mercado e a lógica da política.

Nesse sentido, acrescentam que as virtudes da responsabilidade da colaboração e do altruísmo poderão constituir uma comunidade cívica nos termos de Putnam (2002).

O objetivo do comunitarismo é restaurar a capacidade dos grupos em julgar a sua situação ante a concepção liberal, preocupada em defender o acesso de todos a todas as funções sociais, abstraindo-se o contexto de justiça ou de injustiça contingente no qual eles nascem e vivem. Essa concepção produz efeitos no exercício da cidadania, tornando o cidadão mais ativo e questionador.

O foco é bem mais claro que o Liberalismo, onde se considera que uma sociedade é justa com base em modelo abstrato de direitos universais, sendo o Comunitarismo voltado ao conteúdo desses direitos, visando o bem comum.

No tocante às concepções e significados da noção de comunidade no contexto brasileiro, estas se vinculam às ressignificações do conceito de sociedade civil ao longo das lutas sociais e políticas no país.

Por certo, levamos em conta a análise de Gohn (2002), que define a sociedade civil brasileira como

uma ideia força na construção de alternativas democráticas durante o regime militar e que depois se transforma no espaço privilegiado de ações políticas mobilizatórias, voltadas para atuar em parceria com diferentes atores sociopolíticos, em políticas sociais oficiais na esfera pública.

Esta visão privilegia as iniciativas inovadoras expressas nas mais diversas formas de cooperativas e ações solidárias e ainda as várias possibilidades de participação institucionalizada de cidadãos em fóruns e conselhos gestores de políticas públicas. Assim, no contexto da reforma do Estado a sociedade civil é articulada em torno de organizações filantrópicas e comunitárias.

Na fase desenvolvimentista, os conceitos de comunidade e de desenvolvimento de comunidade marcaram sua história no que se relaciona à atuação dos profissionais de Serviço Social no sentido da mobilização e organização dos setores populares.



### 3.1 O Comunitarismo no Brasil e sua atuação nos movimentos sociais

A realidade atual do Comunitarismo no Brasil, segundo Rudá Ricci (2010), se encontra estacionada no saudosismo dos movimentos sociais deflagrados nos anos 1980, não conseguindo se firmar como uma teoria divulgada e conhecida tanto na doutrina como no mundo acadêmico.

Como bem observa Ricci (2010) em artigo intitulado “Comunitarismo e Democracia no Brasil”, publicado em 20/03/2010 no site do Instituto Humanitas, da UNISINOS, “o comunitarismo não deitou raízes no imaginário social ou mesmo nos elementos constitutivos da representação social dos brasileiros. Nem mesmo dos brasileiros mais pobres.”

De qualquer forma, essa teoria inspirou vários movimentos sociais de importância em nosso País, especialmente com o auxílio de setores ligados à Igreja Católica, tais como: o Movimento dos Trabalhadores rurais sem Terra, o Movimento dos Catadores de Materiais Recicláveis e diversas Organizações Não Governamentais ligadas ao terceiro setor.

Não se pode ignorar, porém, que esses Movimentos Sociais dirigem suas atuações em diversos setores da sociedade, não dando ao Comunitarismo a visibilidade talvez necessária para se firmar enquanto teoria, mas atuante enquanto elemento ideológico presente nesses Movimentos Sociais que inspira.

Em recente ação do Movimento dos Trabalhadores rurais sem Terra, se identificou clara intenção de politizar o ato e demonstrar que a área invadida pertencia a um político desonesto. Isso denota um viés crítico e atuante na denúncia sobre aquisição de propriedades com dinheiro vindo da corrupção. Essa atuação define claro alinhamento entre a causa objeto da luta social e a conveniência de ter esse objeto origem de recursos na corrupção.

Essas ações nos revelam que a semente lançada pelo Comunitarismo, enquanto teoria política no Brasil na década de 1980, primeiramente frutificando nas Pastorais da Igreja Católica, se espalhando para o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra e outros, ainda está atuando e tem papel claro como fenômeno social que inibe a prática corruptiva pelos entes políticos, especialmente.

### 3.2 A percepção da corrupção pela sociedade civil como fenômeno social

A corrupção tem se tornado uma temática em vários setores da sociedade, onde cada vez mais os espaços públicos, sejam reais ou virtuais, estão servindo de instrumento de comunicação.

Essa concepção de comunicação social, motivada por algo que vem sendo percebido como nocivo a todos, tem demonstrado uma capacidade de reação a um Ser inanimado e que se pensava inerte a denúncias diárias de escândalos envolvendo políticos e servidores públicos de várias esferas estatais.



A articulação da sociedade, que nasce e se manifesta pela comunicação, motivada pela mídia, lembra o agir comunicativo e estratégico analisado por Habermas (2001, p. 504), que considera essas ações sociais como uma perspectiva dos participantes da interação.

É a reprodução material e simbólica do mundo da vida propagada por Habermas, onde a sociedade caminha para sua liberdade de ação através de um processo cooperativo de aprendizagem mútua, propiciando uma emancipação enquanto grupo social crítico e ciente de suas mazelas.

Esse movimento que se inicia desde a família, passa pela associação de bairro e chega ao ambiente virtual da internet é algo real, necessitando de um projeto educativo orientado pelo entendimento de que é necessário criar, no indivíduo, o agir comunicativo ancorado nas estruturas simbólicas do mundo da vida.

O tema é amplo, e vários setores da sociedade têm se manifestado, e vários intelectuais e escritores se esforçam para captar o momento social em que vivemos. Essas manifestações demonstram que o Estado Liberal, apesar de bem articulado e até fomentando ideais democráticos, tem seu lado negativo, enfatizado no desenvolvimento econômico calcado no consumismo exacerbado; onde o indivíduo é induzido a consumir. Esse desejo de consumir cria necessidades que até então não existiam ou não prescindiam de atenção. A partir disso, se verifica que a renda do indivíduo fica restrita e a prática corruptiva se faz presente como um “extra” em sua remuneração.

Amparada pela sensação de impunidade, aparece a prática corruptiva em nosso seio social como algo permitido e até aceito socialmente, chegando ao cúmulo de excluir do convívio social aquele que nega se corromper.

Outra face da corrupção se dá no sistema político brasileiro, que em razão do grande número de partidos e das diversas possibilidades de configuração, torna-se caro eleger um deputado federal, por exemplo.

Há casos em que depois da posse do cargo público, especialmente no Poder Executivo, os doadores batem à porta de seu patrocinado a cobrar pelos favores prestados e de imediato querem se ressarcir do investimento, sendo o Erário Público e não o político favorecido a pagar a conta.

Também a imprensa especializada destina tempo e espaço em meios de comunicação para debater o assunto, caso do jornalista Francisco Fonseca (2014), do jornal *Le monde Diplomatique Brasil*, que publicou recente artigo denominado *A corrupção como fenômeno político*, dizendo a certa altura sobre o sistema partidário e eleitoral brasileiro:

A lógica do sistema político brasileiro é marcada pela privatização da vida pública, não em termos moralistas aludidos, e sim quanto às estruturas que o sustentam. Vejamos: o financiamento das campanhas políticas é essencialmente privado, embora haja também uma pequena parcela de financiamento público via fundo partidário,



o que abre espaço à disseminada prática do caixa dois, com todas as suas variações; o sistema partidário é fluido e altamente flexível, o que é uma realidade desde a redemocratização, constituindo a vida partidária, para grande parte dos atuais 28 partidos existentes atualmente, num grande balcão de negócios. Expressões do jargão político brasileiro, como “partido de aluguel”, “venda do tempo na TV e no rádio” com vistas às campanhas eleitorais, e alianças partidárias que objetivam a distribuição de nacos do Estado, têm por trás uma cadeia de interesses privados empresariais, de tamanhos e graus diversos, o que tende a fazer dos partidos representantes de interesses privados setoriais.”

O próprio imperativo de governar por meio de amplas coalizões, em razão da fragmentação dos sistemas partidário e eleitoral, tem como resultado tanto a construção de alianças sem qualquer confluência programática, como a necessidade de o Estado, nos três níveis da federação, alocar tais grupos.

O tema - corrupção – tem sua importância reconhecida no âmbito acadêmico, tendo inclusive bibliografia publicada a respeito, como bem se observa de trecho do livro *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*, da lavra do Professor Dr. Rogério Gesta Leal (2013, p. 23), que se manifesta a certa altura sobre a corrupção:

Ora, mas de que danos se fala e com base em que princípios e valores violados? Está se tratando tão somente de danos individuais e materiais (de propriedade, liberdade, etc.)? Provavelmente sim! Isto porque o conceito de Direitos Fundamentais Sociais aqui não é objeto de preocupação distinguida, faltando à tradição liberal – ao menos em sede de fundamentos clássicos – a noção de interesse público, difuso e coletivos, necessários à discussão do tema da corrupção. Aliás, as teses que ancoram a explicação das bases constitutivas da corrupção na degradação das virtudes individuais e nas práticas vilipendiadoras do interesse público (que importância alguma tem nestes cenários), de igual sorte sobrecarregam a responsabilidade deste complexo fenômeno nas ações comportamentais de pessoas, pouco valorando a contribuição dada pela inércia e cumplicidade das instituições democráticas e da própria Sociedade Civil como sujeito histórico.

Tais impressões vividas no meio acadêmico traduzem o engajamento de seus protagonistas a esse tema tão importante de discussão social, qualificando o debate sob o prisma filosófico e dimensionando os desdobramentos morais dessas práticas corruptivas.



### 3.3 O combate à corrupção pelos movimentos sociais e sua relação com o comunitarismo

A sociedade civil como Ser Social coletivo percebe a corrupção como uma chaga social e se organiza em pequenos grupos que se materializam em movimentos com propostas claras e solidificadas no debate de seus reais objetivos, gerando uma crescente busca pela informação. O tema avança com o auxílio da mídia e das redes sociais, onde cidadãos comuns passam a organizar passeatas, escrever manifestos e artigos na imprensa, no fito claro de criar uma nova mentalidade de exercício de cidadania. Ademais, o exercício da democracia exige que a sociedade tenha a sua parcela de responsabilidade em relação às atividades do Estado, passando de mero espectador a protagonista nesse contexto.

Mesmo ciente do problema das minorias “inatas” citadas por Habermas (2002), especialmente sob o ponto de vista do comunitarismo, o papel da sociedade tem sido de inclusão e recepção de demandas na agenda social.

O individuo então sai de sua condição abstrata e ocupa seu lugar na cena social, independente de sua origem, assumindo sua condição de cidadão. A esse ponto Habermas salienta:

Uma nação de cidadãos é composta de pessoas que, devido a seus processos sociais, encarnam simultaneamente as formas de vida dentro das quais se desenvolveu sua identidade – e isso ocorre mesmo quando, como adultos, eles se libertaram das tradições da sua origem (2002, p. 170 e 171).

Esse processo de inclusão se desenvolve lentamente no Brasil, onde as pessoas estão se dando conta da necessidade de reunirem-se e discutirem problemas comuns, quebrando paradigmas de convivência social especialmente no campo étnico e religioso. A esse turno, Habermas (2002) discorre sobre esse doloroso processo de “desacoplamento” dos diversos grupos sociais de suas origens em prol de uma ideia comum maior e mais abrangente:

A coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade. O processo doloroso do desacoplamento não deve dilacerar a sociedade numa miríade de subculturas que se enclausuram mutuamente. (HABERMAS, 2002, p. 172).

Desse movimento praticado pelos diversos grupos sociais – entre eles os de minoria - se observa uma postura clara de combate à corrupção.

O protagonismo das ações tem sido feitas por grupos específicos como o Movimento de Combate à Corrupção e algumas ONGs, especialmente de incentivo à transparência no trato do Orçamento Público.



Outros movimentos sociais seguem atuando em suas plataformas de lutas, seja de classe ou mesmo de temas mais difusos como a questão ambiental, por exemplo.

Porém se observa que mesmo envolvidos em suas reivindicações particulares e específicas, todos os movimentos sociais de alguma forma estão encontrando espaço para identificar e protestar contra abuso de gastos públicos ou mesmo práticas corruptivas, inclusive direcionando para a imprensa denúncias dessas práticas, como forma de protesto.

A sociedade civil brasileira como um todo, tem demonstrado maturação social e se deu conta que o dinheiro que é disperso na corrupção, serviria para abarcar políticas públicas de inclusão social, sem contar o fato de que pela prática da corrupção se perdem oportunidades de aproveitar determinadas verbas públicas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Liberalismo e Comunitarismo, mesmo divergentes em suas vertentes, têm demonstrado maturidade na convivência que travam no ideário da sociedade.

Os grupos adeptos dessa ou daquela teoria política têm se apercebido de que não há regime de governo ou mesmo teoria que abarque todas as soluções para uma Nação em determinado tempo. As relações sociais são evidentemente dinâmicas e não há mais como delimitar marcos divisores de onde começa uma ideologia ou quando termina um sistema de governo.

Em verdade, sistemas híbridos de gestão têm sido adotados como solução para embates ideológicos e até por conveniência política.

O que chama atenção do Observador é a evolução das formas de interação que a sociedade civil está encontrando para se comunicar e para propagar a necessidade de combater práticas lesivas ao erário público.

Inegável que a corrupção é vista em enfoques diversos tanto para o liberalista quanto para o comunitarista: onde aquele vê os efeitos da corrupção como desperdício de dinheiro público; esse vê a perda direta de conquistas sociais.

Mas o que realmente importa é que ambos concordam em haver necessidade urgente de se combater esse vício social e, nesse ponto, a sociedade, como um todo, ganha espaço e voz para se manifestar e ser ouvida no Parlamento e cada vez mais criminalizar práticas corruptivas, gerando consequências como, por exemplo, o bloqueio de bens e a devolução de dinheiro aos cofres públicos. A democracia tem papel importante nesse movimento, pois a liberalização econômica, as reformas democráticas e a crescente integração global conjugam-se no sentido de desmascarar a corrupção e de aumentar a consciência em relação aos custos que ela implica.

Essa consciência dos efeitos gerados pela corrupção se percebem claramente nas expressões utilizadas pelos movimentos sociais organizados e sua noção é notabilizada por diversos autores que preocupados com a própria legitimidade



política, que sofre efeitos da prática corruptiva, como explicita Elliot (2002, p. 17 e 18):

“[...] A corrupção pode minar a legitimidade política de democracias industrializadas e em desenvolvimento quando aliena os cidadãos de sua liderança política, e quando dificulta a eficiência do governo.”

O liberalismo, é verdade, deixou um legado controverso de seu apogeu vivido nos anos 1990, por conta de fatores econômicos como crises, consumismo exacerbado e incentivo do crescimento da própria corrupção na máquina pública; mas propiciou o crescimento da democracia, especialmente no Ocidente, expondo as chagas sociais pela liberdade de imprensa.

O comunitarismo, apesar de tímido, se consolida enquanto teoria política, com adeptos ainda descobrindo sua verdadeira face, mas agindo com eficácia no sentido de esclarecer a população sobre seus direitos e propagando a necessidade crescente de produzirmos cada vez mais conhecimento e educação, que trará uma geração mais consciente e ciente de suas obrigações no contexto social.

As influências exercidas por essas duas teorias políticas certamente farão frente às práticas corruptivas que, porém, jamais irão desaparecer de nosso convívio, mas serão frontalmente combatidas e reprovadas enquanto prática social.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1986.

ELLIOT, Kimberly Ann (org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora UnB, 2002. p. 17-18.

GOHN, M. G. Políticas públicas e sociedade civil no Brasil nas últimas décadas. In: CARVALHO, D. B. B. *Novos Paradigmas da Política Social*. Brasília: UNB. Departamento de Serviço Social, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do Outro*. Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber. São Paulo, Edições Loyola. 2002. p. 170.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MOTTA, Fernando C. Prestes; ALCADIPANI, Rafael. Jeitinho brasileiro, controle social e competição. São Paulo: *Revista de Administração de Empresas*, v. 39, n. 1, 1999.

PUTNAM, R. D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002. p. 102.

RICCI, Rudá. *Comunitarismo e democracia no Brasil*. Artigo publicado em 20/03/2010 no site do Instituto Humanitas, da UNISINOS. Disponível em: <[www.ihu.unisinos.br/.../30814-comunitarismo-e-democracia-no-brasil](http://www.ihu.unisinos.br/.../30814-comunitarismo-e-democracia-no-brasil)>, Acesso em: 29 jun. 2014.



# A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA BUROCRACIA NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO ENQUANTO FACILITADORA DO AGIR CORRUPATIVO

*Ramônia Schmidt<sup>1</sup>*  
*Juliana Machado Fraga<sup>2</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

As notícias que os meios de comunicação trazem todos os dias dão conta da realidade brasileira, cuja administração pública brasileira se encontra tomada pela corrupção, e cujo resultado prático pode ser observado no caos que reina nos sistemas de educação e saúde públicos.

São notícias de superfaturamento de obras, cobrança de propina, recebimento de favores, licitações dirigidas, remessa de dinheiro público para paraísos fiscais e comercialização de sentenças, que acabam por reduzir a capacidade de promoção de políticas públicas pelo Estado e interferem na prestação de serviços públicos de qualidade.

Logo, é imperioso que a corrupção se torne objeto de estudo, a fim de que se possa identificar quais elementos presentes na administração pública e na sociedade que viabilizam essas práticas corruptivas.

A pretensão de tratar de um tema como a corrupção certamente abre um extenso leque de possíveis abordagens do tema, em especial para aquele que pretenda incluir em suas análises os casos concretos.

Em que pese esse elevado número de enfoques em tese disponíveis para a pesquisa, em se observando as análises procedidas pela doutrina brasileira, observa-se que esta dedica especial atenção ao ato corrupto concreto.

Analisa-se os fatos reais, a implicação legal e impacto econômico da ação, e até mesmo se propõem reformas no sistema jurídico vigente, a fim de penalizar aquele que pratica o ato corrupto de forma mais eficaz e possivelmente dissuadir novas práticas corruptivas.

Não obstante a discussão acerca da penalização dos agentes da corrupção seja importantíssima, não é ela capaz de atingir a origem desse fenômeno corruptivo que assola o país.

Mais do que dissecar um ato já consumado e contabilizar perdas, cabe à doutrina neste momento dedicar parte de sua atenção em buscar identificar quais fatores permitem a prática dos atos corruptos.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela mesma Universidade. Mestranda em Direito. Advogada.

2 Mestranda do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogada. E-mail: juliana\_m\_fraga@hotmail.com.



Apesar de se tratar de uma prática comum às esferas pública e privada, a corrupção encontrou na administração pública o ambiente propício para a sua propagação, dando causa a prejuízos milionários ao erário público.

Assim, o presente trabalho tem a pretensão de, através de uma rápida análise da formação do Brasil – enquanto Estado e também enquanto colônia portuguesa – e da evolução histórica da burocracia na administração pública brasileira, demonstrar a atuação da burocracia como facilitadora do agir corruptivo, a fim de, possivelmente, colaborar na identificação de novos métodos de combate à corrupção.

## 2 INTERLIGAÇÕES ENTRE CORRUPÇÃO E BUROCRACIA: A UTILIZAÇÃO DO MODELO BUROCRÁTICO COMO MEIO DE INSTIGAÇÃO À CORRUPÇÃO

A pretensão de tratar do tema “corrupção”, em um primeiro momento, certamente implica em rememorar no autor do texto e do leitor os casos clássicos ou recentes de escândalos envolvendo as diversas esferas estatais e escalões governamentais, independentemente da nação a ser analisada.

Em se tratando de Brasil, o tema tem atraído a cada dia os holofotes midiáticos, na medida em que a cada novo dia a sociedade se depara com mais escândalos envolvendo práticas danosas ao erário público.

O assunto é grave e vasto ao ponto de se encontrar na literatura, desde a década de 1980, obras dedicadas à análise de casos específicos, no quais foi possível a identificação dos atores corruptos e os danos suportados<sup>3</sup>.

Tais notícias e obras constituem relatos do uso e gozo indiscriminado da coisa pública como se privada fosse, utilizando-se, para tanto, dos poderes e facilidades advindos da ocupação de algum cargo ou função pública.

A administração pública brasileira se caracteriza, assim, pelo patrimonialismo e burocracia – os quais, por sua vez, incentivam a prática corruptiva. De forma rápida e sintética, pode-se dizer que por patrimonialismo se compreende a confusão entre público e privado<sup>4</sup>, por burocracia a divisão estrita e restritiva de responsabilidades, e por pessoalidade.

3 A título exemplificativo, trazem-se as obras de Francisco Oliveira: *O presente trabalho é um relato sobre os desdobramentos do Escândalo do BNCC e da Centralsul, o maior estouro da história econômica do país e um intrincado labirinto de episódios de corrupção. Seu resultado final foi a apropriação indébita e o desvio de quase Cr\$ 4 trilhões e 300 bilhões de cruzeiros – mais de US\$ 1 bilhão e 420 milhões – o que, a valores de meados de dezembro de 1984, correspondia a cerca de mil quatrocentos e oitenta prêmios integrais da Loteria Esportiva. Ou a quase 116 toneladas de ouro puro.* (OLIVEIRA, 1985, 3. ed., p. 06).

*O segundo capítulo deu o título a este livro. Na exportação, com todos os negócios escusos possíveis, salvo honrosas exceções, o roubo é livre. [...] Tais negociatas passam, necessariamente, por Grand Cayman, paraíso dos paraísos fiscais, refúgio de sonegadores de todo mundo. Instalaram-se nessa ilha do Caribe milhares de empresas frias cuja única referência é uma caixa postal, utilizada para cobertura de subfaturamento e de todas as fraudes destinadas ao desvio de divisas. Para ali se dirigiram muitas empresas brasileiras: Cotriexport e Cocap, das cooperativas do Rio Grande do Sul e Paraná; Interbrás, da Petrobrás, entre tantas outras ligadas a bancos e grupos privados.* (OLIVEIRA, 1985, p. 12-13).

4 Neste sentido, a recepção conceitual do “patrimonialismo brasileiro”, enquanto uma prática social que não efetua a fundamental diferença entre a esfera pública e a privada na vida política, adquiriu em nosso contexto



Essa concepção ampla de corrupção – em especial a partir da matriz sociológica, exige muito mais do que uma análise de um caso concreto, a fim de identificar naquela situação específica o agir corruptivo e possivelmente penalizar aquele que o praticou.

Faz-se necessário ultrapassar os limites impostos pelas normas compostas por um verbo nuclear de ação - cuja finalidade é de penalizar o ato, e analisar os demais elementos sociais que permitem, admitem e convivem com o agir corruptivo e a sua propagação<sup>5</sup>.

É hora de se analisar a corrupção como um fenômeno complexo e multifacetário, em que não apenas a conduta corrupta importa como objeto de investigação, mas sim tudo aquilo que incentiva e possibilita tal ação.

Como já acima mencionado, em se tratando de Brasil, a corrupção administrativa estatal se encontra intimamente ligada à organização burocrática que domina o Estado brasileiro, servindo como um meio facilitador do agir.

Assim, importa apresentar uma breve análise daquilo que se concebe por burocracia e de que forma ela afeta a sociedade brasileira, bem como a sua ligação com a corrupção.

A tentativa de conceituação sempre é falha, pois invariavelmente acaba por deixar à margem algum aspecto do seu objeto, tornando-se, portanto, incompleta. No presente trabalho, a proposta não é de conceituar, mas sim de estabelecer algumas ideias centrais norteadoras da pesquisa e para facilitar a compreensão pelo leitor.

Compreende-se por burocracia a organização administrativa baseada em um sistema hierárquico com estritas divisões de responsabilidades e utilização de procedimentos padrão<sup>6</sup>.

Conforme leciona Rogério G. Leal (2013, p. 173), “[...] enquanto tipo ideal e antes

---

*diversas interpretações. Como representações mais originais nesta seara destacamos aqui os trabalhos de Sergio Buarque de Holanda, de Raymundo Faoro e de Oliveira Vianna, cujos esquemas explicativos merecem uma atual releitura, posto que representam a consolidação de marcos referenciais clássicos aos quais podemos nos debruçar no lídimo intuito de entendermos a realidade que nos forma e nos cinge. [...] Na teoria política do autor turingiano Max Weber, o “patrimonialismo” enquanto doutrina é uma sorte de exercício legítimo de poder político, cujo referencial teórico está ancorado, em seu esquema conceitual, no tipo de “dominação tradicional”. A partir da análise do fundamento da legitimidade das ordens emanadas pela autoridade e sua respectiva obediência por parte dos súditos, Weber intenta descobrir como se procede o fenômeno da dominação no seio das relações sociais, perquirindo como essas formas de exercício de poder perduram socialmente. (SILVEIRA, p. 01-02).*

5 Nas palavras de José M. de Carvalho (2012, p. 200-202): *Mudou o sentido de corrupção. As acusações de corrupção dirigidas ao Império e à Primeira República não se referiam a pessoas, mas principalmente ao sistema. [...] A partir de 1945, no entanto, houve alteração semântica no conceito. A oposição a Vargas, comandada pelos políticos da UDN, voltou suas baterias contra a corrupção individual, contra a falta de moralidade das pessoas. Corruptos eram os indivíduos, os políticos getulistas, o próprio Vargas. [...] Mas, no debate atual sobre corrupção, está também presente um ingrediente sistêmico de caráter ideológico, análogo ao do Império e da Primeira República. A reação mais lúcida à corrupção envolve, sim, o comportamento individual, mas o enquadra em perspectiva política e sistêmica, não moralista. Para essa posição, a corrupção seria inaceitável por minar a própria essência do sistema democrático-representativo.*

6 *Um dos elementos essenciais na constituição do Estado Moderno e Contemporâneo, na perspectiva weberiana, é a formação de uma administração burocrática em moldes racionais. Tal processo veio a termo apenas no Ocidente e pautou-se pela substituição paulatina de um funcionalismo não especializado e regido por orientações mais ou menos discricionárias, por um funcionalismo especificamente treinado e politicamente orientado com base em regulamentos (normas) racionais. (LEAL, 2013, p. 48).*



de tudo, a burocracia é uma forma de organização humana baseada na racionalidade de correspondência entre os meios e os fins que se quer alcançar”, tudo no intuito de garantir a eficiência do serviço prestado.

Logo, a burocracia está presente em todos os aspectos da vida moderna<sup>7</sup>, de modo que não há que se falar em isolamento deste modelo apenas na administração pública – embora seja este o enfoque mais usual do tema.

Ampliando o campo de observação da burocracia, Fernando C. Prestes Motta (1981, p. 17) apresenta um cenário de dominação desta na vida social, causando o engessamento de sistemas públicos ou privados com normas racionais, cuja pretensão é a racionalização e repressão de condutas, reduzindo a complexidade dos atos e os tornando desvinculados entre si:

Assim, a dominação burocrática, associada ao capitalismo, realiza-se através de normas jurídicas racionais, impessoais, produzidas pelo sistema universitário e reproduzidas pelos juristas. [...] A burocracia está onipresente sobrepondo-se à coletividade da qual se apartou e a que pretensamente serve. Nos regimes onde a autonomia relativa dessa burocracia é maior, a coletividade dos dominados não merece nem mesmo explicações a respeito do que se faz com os fundos que lhe foram retirados [...] com o poder de que foi despossuída; com as ideias que legitimaram a ascensão burocrática, ou de segmentos dessa burocracia. (MOTTA, 1981, p. 17).

É na administração pública, no entanto, que a burocracia encontra as condições mais favoráveis de aplicação e manutenção.

Conforme alerta Bergue (2011, p. 114-115), baseando-se na obra de Weber, a burocracia acaba por criar um ambiente propício à dominação do tipo racional-legal, em que atua como mecanismo de legitimação dos poderes entre os servidores públicos, personificado sob forma de “*quadro administrativo*”.

Neste sentido, João Bosco Lodi (1976, p. 01-06), em notas introdutórias de seu livro, alerta que a burocracia acaba por gerar um sistema de blindagem ao administrador, tornando-o praticamente inacessível e inatingível às críticas de seus desmandos:

Os mecanismos burocráticos cresceram, passando a representar uma ameaça à eficácia das organizações. As técnicas administrativas

7 Neste sentido, leciona Rogério G. Leal (2013, p. 16-17) que a corrupção, além de não se restringir à esfera pública estatal, também não necessita estar vinculada a algum tipo de vantagem econômica. Situações comuns que revelam a obtenção de alguma espécie de vantagem já caracterizam a corrupção: [...] *pode-se defender a tese de que a corrupção não pode ser restringida a ilicitudes ou a problemas meramente jurídicos porque na iniciativa privada das relações de produção de bens e serviços tem se criado formas não oficiais de premiação ou bonificação de comportamentos e condutas profissionais, basta já ver a institucionalizada gorjeta para garçons em bares e restaurantes [...]. A outros exemplos no campo da não restrição motivacional-econômica de atos corruptivos – ao menos não diretamente -, tais como situações de plágio acadêmico, no qual o plagiador não precisa estar motivado necessariamente por um ganho de ordem econômica, mas a um benefício de desempenho curricular ou formativo.*



transformaram-se num fim em si mesmas. Os administradores construíram em torno de si um complexo sistema de estruturas rígidas que os defende e os engaiola em detrimento do “princípio da realidade”. A ordem burocrática está interferindo entre os produtos e serviços da organização e os clientes, que são a sua própria razão de ser. (LODI, 1976, p. 01).

Assim, percebe-se que muito mais do que engessar a administração pública e dar causa ao atraso de tudo aquilo que necessita da autorização estatal, a burocracia também se destaca como terreno fértil para a corrupção.

Ora, nada mais útil aos corruptores do que a blindagem fornecida por inúmeros regramentos e métodos impostos na administração pública, cujo conhecimento é inacessível ao cidadão comum.

Trata-se, pois, de uma blindagem que atua eficazmente de duas formas: primeiro, através da imposição de regras que discorrem sobre conteúdos específicos que não são repassadas aos cidadãos e cujo entendimento em razão da especificidade se torna difícil pela população em geral, mas cuja obediência é obrigatória, sob pena de não obtenção do serviço postulado; segundo, pela separação criteriosa e intransponível de funções ou cargos administrativos (e de conteúdos e matérias dentro de uma mesma função), impedindo o controle e monitoramento de atos entre colegas.

Partindo-se de uma concepção utilitarista e racional, conforme ressalta Fernando Filgueiras (2012, p. 300-306), a corrupção, em especial a partir da década de 1990 passa a ser considerada a partir da perspectiva dos agentes corruptivos e da capacidade deles em atribuir finalidade aos seus atos:

[...] segundo Rose-Ackerman, a corrupção ocorre na interface dos setores público e privado, de acordo com sistemas de incentivo que permitem aos agentes políticos maximizarem utilidade mediante suborno e propina. A corrupção está correlacionada ao comportamento *rent-seeking*, mediante o qual os agentes políticos tendem a maximizar sua renda privada. Essa maximização de bem-estar está inserida dentro de um contexto de regras determinadas e de uma renda fixada de acordo com as preferências individuais. (FILGUEIRAS, 2012, p. 303).

Continua o autor, indicando que tais práticas corruptivas na administração pública acabam por gerar verdadeiro mercado político:

Os agentes buscarão a maior renda possível, dentro ou fora das regras de conduta. O resultado é a transferência de renda dentro da sociedade através da existência de monopólios e de privilégios. A existência de monopólios e privilégios no setor público constitui um mercado político competitivo, no qual os agentes lutam pela renda obtida, transferindo-a de grupos sociais para si. (FILGUEIRAS, 2012, p. 303).



Esta ligação entre burocracia e corrupção no Brasil, no entanto, não consiste em um fenômeno moderno – ainda que as formas de aplicação e atuação tenham evoluído. Trata-se, em verdade, de uma interligação de fatores que remonta ao descobrimento do Brasil e à colonização portuguesa.

Assim, para uma melhor compreensão do fenômeno da corrupção e da burocracia, bem como da importante ligação entre elas, cabe traçar um rápido apanhado histórico acerca da evolução da administração e funções públicas na história brasileira.

### 3 ORIGENS COLONIAIS: A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA BUROCRACIA NA EVOLUÇÃO DO BRASIL

No Brasil, a cultura e sistema jurídicos estão diretamente ligados à colonização portuguesa. Através dela, assumiu-se, ou melhor, impôs-se um sistema de normas baseado no Direito Romano.

Ao contrário do que ocorreu com os demais países e nações, no caso brasileiro não há que se falar em evolução de regras morais e éticas para a criação de um Direito pátrio, mas sim da imposição de um sistema pré-existente e oriundo de uma sociedade totalmente estranha à nossa.

Foram excluídas as regras de organização e ética comunitária presentes na cultura indígena. Da mesma forma, não foram consideradas as influências africanas, decorrentes de todo o período de escravidão.

Assim, através da implantação de um modelo agrário e da concentração do poder de latifundiários, assumiu o Brasil, em seu período colonial, o mesmo modelo jurídico adotado por Portugal - e que até a data de hoje persiste, em que pese as evoluções já sofridas.

Conforme ressalta Antonio Carlos Wolkmer (2003, p. 43-58), com a imposição de regras jurídicas e de um sistema judiciário, a intenção da Coroa portuguesa não era de garantir quaisquer direitos aos habitantes da colônia. Tratava-se de um sistema jurídico voltado apenas a garantir os interesses econômicos de Portugal:

Numa administração de cunho neofeudal e patrimonialista, o Direito da elite agrária não era o Direito da maior parte da população, porém existia para proteger os interesses do governo real e manter o poder dos fazendeiros proprietários de terras. O modelo jurídico hegemônico durante os primeiros dois séculos de colonização foi por consequência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito alienígena - segregador e discricionário com relação à própria população nativa -, revelando, mais do que nunca, as intenções e o comprometimento da estrutura elitista do poder. (WOLKMER, 2003, p. 49).



Continua o autor, lecionando que, da mesma forma, a administração da justiça – aqui compreendida no sentido que, modernamente entende-se por judiciário, – se encontrava concentrada nas mãos da elite fundiária.

Exerciam os donatários, assim, concomitante, as funções de administradores das terras, chefes militares e juízes<sup>8</sup>.

Logo, pode-se observar a personificação de todos os poderes de mando em uma única pessoa, de modo que a personalidade desde então se encontra ligada ao que se pode denominar “funções de Estado”<sup>9</sup>:

[...] resultavam da estrutura local de governança, marcada pelo poderio patrimonialista presente tanto nas câmaras municipais como nas capitânias hereditárias. Ademais, como o Estado português não alcançava a maior parte do território brasileiro, prevalecia então o que Sergio Buarque (1997) chamava de personalismo, entendido como privatização do espaço público. (ABRUCIO, 2010, p. 29).

Somente com a criação dos Tribunais da Relação e a sua expansão em território brasileiro que se inaugurou uma administração judiciária burocratizada, composta por servidores especializados.

No entanto, esta profissionalização e especialização levada ao sistema jurídico brasileiro, de modo algum pode ser compreendido como a democratização de acesso aos seus cargos ou de preservação do bem-estar comum dos habitantes da colônia.

Como ainda ressalta Wolkmer (2003, p. 62-63), os magistrados, uma vez que concebidos e integrantes da Coroa portuguesa, tratavam apenas de atuar em conformidade com os interesses desta.

Da mesma forma, dada a importância atribuída ao cargo de magistrado, impunha a realeza portuguesa uma série de critérios para a condução a tal cargo:

[...] Ainda que o apadrinhamento e a venda clandestina não fossem descartados, impunha-se um processo de recrutamento

8 Conforme pontua Luciano Raposo Figueiredo, esta inexistência de regramentos específicos de divisões de tarefas e cumulação de funções decorrem da característica de centralização do Estado moderno: *A confusão de leis, a morosidade e os caprichos da máquina legal, a justaposição de funções administrativas, suas remunerações desniveladas, a acumulação de cargos pelos mesmos oficiais e as recorrentes contradições no teor dos códigos legais aparentam desordem, mas são flagrantes das condições de organizações típicas do Estado moderno em fase de centralização. Inexistia então um sistema jurídico ordenado e organogramas que obedecessem à distribuição racional de funções, méritos, divisão calculada de tarefas e carreiras pontuadas pelo mérito. Tampouco se firmara, ao tempo da colonização do Brasil, a dicotomia entre público e privado.* (FIGUEIREDO, 2012, p. 175).

9 *A legislação portuguesa, no período colonial do Brasil, conforme já foi acentuado, demarcava imperfeitamente as atribuições dos diversos funcionários sem preocupação – desusada na época – de separar as funções por sua natureza. Daí a acumulação de poderes administrativos, judiciais e de polícia nas mãos das mesmas autoridades, dispostas em ordem hierárquica, nem sempre rigorosa. A confusão entre funções judiciárias e policiais perdurará ainda por muito tempo. [...] Não é difícil imaginar-se, dentro do quadro descrito, como as atribuições judiciárias e policiais das autoridades da Colônia, completadas por um sistema processual iníquo, ajudaram a construir a prepotência do senhorio rural e, mais tarde, principalmente pela mão dos ouvidores e juízes de fora, favoreceram a submissão daqueles rebeldes colonos ao poder da Coroa.* (LEAL, 1975, p. 181-188).



que assegurasse padrão mínimo de eficiência, organização e profissionalismo. [...] Naturalmente que, de todas as camadas sociais, a pequena nobreza (filhos de fidalgos) e o funcionalismo (filhos de fiscais, inspetores e tabeliães) foram os que mais contribuíram, além de filhos e netos de letrados, para a composição de cargos profissionais na Justiça. Havia restrições aos descendentes de comerciantes ou negociantes, bem como aos cristãos novos e aos “impuros de sangue”, como mestiços, mulatos, judeus, e outros. (WOLKMER, 2003, p. 64-65).

Ou seja, ocorreu um entrelaçamento entre a burocracia – com suas finalidades racionais – e as relações de pessoalidade no serviço judiciário, o que Wolkmer (2003, p. 65-68) denomina de “*abrasileiramento dos burocratas*”:

O entrelaçamento desses dois sistemas de organização – burocracia e relações pessoais – projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional. Essa particularidade reconhecida na sociedade colonial veio a ser o fenômeno que Stuart B. Schwartz identifica como o “*abrasileiramento*” dos burocratas, ou seja, a inserção numa estrutura de padrões rigidamente formais de práticas firmadas em laços de parentesco, dinheiro e poder. (WOLKMER, 2003, p. 66).

Ainda neste sentido, Luciano R. Figueiredo (2012) exemplifica:

Magistrados, capitães, governadores, vice-reis, meirinhos, contratadores, eclesiásticos não desperdiçavam chances de cultivar ganhos paralelos. Em troca deles guardas facilitavam a soltura dos condenados, juízes calibravam o rigor das sentenças, fiscais unham parte das mercadorias que deveriam tributar. A participação em atividades de contrabando revelava-se também tolerada. Afinal era recomendável, ao menos tacitamente, participar das oportunidades da economia colonial amealhando ganhos para o patrimônio familiar. (FIGUEIREDO, 2012, p. 177).

Utilizando-se da história do Estado do Pernambuco, Evaldo C. de Mello (2012) descreve com exatidão a corrupção praticada, atingindo o então secretário de governo:

Antônio Barbosa de Lima, que entre o fim do século 17 e o começo do século 18 ocupou a secretaria do governo de Pernambuco, aconselhava a um dos governadores que regateasse as mercês, vendendo-as mui caras e, se puder, com um só favor, obrigar a muitos interesseiros, pois era esta a política de que usaram alguns governadores destes. Recomendava, porém, que ele preservasse as aparências, não aceitando presente algum de quem quer que fossem



exceto bagatelas de amigos, de maneira a fazer o seu negócio com segredo e com cautela, porque isto alimpa e aquilo mancha. (MELLO, 2012, p. 189).

Misturavam-se, assim, administração do Estado (neste caso, Coroa portuguesa) com administração da via judiciária em uma única pessoa ou algumas famílias, cujos entrelaçamentos advindos dos laços de sangue e casamentos deram forma a uma elite oligárquica<sup>10</sup>.

Conforme ressalta Silveira (SILVEIRA, <<http://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>), a forma de colonização suportada fez com que fosse difícil ao servidor público ser capaz de distinguir a esfera pública e privada, incapacitando-o da mesma forma com relação ao tratamento formal e impessoal a ser dispensado em sua comunidade.

Tratava-se de uma compreensão muito reduzida daquilo que se compreende por administração pública, limitada ao espaço em que o servidor vivia e realizava suas atividades, em ambiente quase familiar<sup>11</sup>.

A primeira incursão mais notória nesta seara é atribuída, conforme salienta Vamireh Chacon, a Sergio Buarque de Holanda, que já em 1936 denotava em seu livro mais bem difundido, *Raízes do Brasil*, a característica fundamental do “homem cordial” brasileiro que, em sua débil vida pública, era tenazmente propenso a não considerar a fundamental diferença entre seu interesse privado e a dimensão da esfera coletiva que o cingia. Este autor paulistano demonstra em sua obra, mediante o uso de um método intimamente voltado à psicologia e à história social, de que maneira as características por nós herdadas durante o processo colonizador se plasmaram em nossa cultura, desenvolvendo em solo nacional atavismos e arquétipos institucionais tipicamente patriarcais, de uma prática de subordinação à autoridade e de manifesto descaso com os assuntos relativos à esfera pública (SILVEIRA, <<http://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>), p. 08).

10 Aqui, rapidamente, cumpre observar que tais desdobramentos de poder somente foram possíveis em razão da anuência de Portugal, que garantia sua representação e seus interesses através dos atos de tais funcionários. Conforme leciona Wolkmer, *É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia, a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária e imperiosa identificação entre aparato governamental e o poder judicial. Friza-se, deste modo, que a organização judicial estava diretamente vinculada aos níveis mais elevados da administração real, de tal forma que se tornava difícil distinguir, em certos lugares da colônia, a representação de poder das instituições de poder das instituições uma da outra, pois ambas se confundiam* (WOLKMER, 2003, p. 68).

11 *Esse movimento social de passagem da predominância de uma esfera eminentemente privatizada, particularista, familiar, para a formação do Estado foi um processo pelo qual a maioria dos países desenvolvidos modernos vivenciou, inclusive características que revelaram a transição de uma ordem feudal para uma ordem capitalista na Europa. Entretanto, esse mecanismo de construção de um espaço público autônomo, em contrapartida, não foi vivenciado pelo povo brasileiro em sua plenitude, o qual ficou ainda intimamente ligado aos laços tradicionais, de predominância das relações familiares, transpondo estes valores inadvertidamente para a esfera pública. O ponto crucial ao qual Buarque de Holanda enfatizava era essa peculiaridade deste perfil de homem público nacional que, nascido e criado sob um invólucro cultural marcado pela forte presença dos valores de um núcleo familiar de caráter patriarcal, trazia para suas atividades na seara pública características próprias do meio em que se fez indivíduo. Deste modo, este sódito homem carregava para o mister público os mesmos traços paternalistas delimitadores de sua visão de mundo, de modo conducente a confundir na prática aqueles assuntos aptos ao âmbito pessoal das atividades inerentes à res pública* (SILVEIRA, <<http://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>, p. 08).



org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf.>, p. 07).

Já no fim do período colonial e início do Império, as reformas introduzidas pelo Marquês de Pombal institucionalizaram a burocracia no Brasil, ao buscar estabelecer critérios de uniformização de atividades entre os agentes do Estado como meio de solidificação do poder da Coroa portuguesa<sup>12</sup>.

Com a declaração de independência do Brasil e a formação do Império, permaneceram os burocratas no centro do poder administrativo, intimamente ligados à política estabelecida pelo Imperador.

Aqui, ressaltam Abrucio, Pedroti e Pó (2010, p. 31) que, além das atividades atinentes à administração estatal propriamente dita, a elite burocrata passou a ser vital para a política na captação de votos:

Só que a burocracia também tinha outro papel. Ela servia para a distribuição de empregos públicos para garantir apoio político e social. Trata-se do fenômeno da patronagem [...]. Os beneficiários desse modelo eram cabos eleitorais eficazes na conquista do voto do interior – inclusive familiares da elite agrária decadente que não conseguiam melhores postos, parcelas pobres não escravizadas e até minorias urbanas educadas que não obtinham acesso a cargos burocráticos mais nobres [...]. (ABRUCIO, 2010, p. 31).

Ou seja, ainda que ultrapassado o modelo inicial de governo que permitiu e incentivou a adoção da burocracia, esta permaneceu profundamente arraigada na cultura da administração pública, ajustando-se aos novos tempos.

Saem de cena o período colonial, a necessidade de ocupação territorial e domínio da Coroa Portuguesa, mas permanecem os burocratas de outrora no centro do poder, agora investidos em cargos públicos do Estado brasileiro, com grande influência política e potencial de captação de votos.

Assim, é possível perceber que a ascensão do modelo burocrático decorreu, de início, da necessidade de manutenção de poder sobre o território brasileiro: primeiramente no sentido de ocupação territorial e demonstração fática de poder, no período colonial, e, após, utilizando-se desta elite burocrática criada ainda no período colonial, em alianças políticas e votos.

Da mesma forma, é possível perceber que desde as primeiras tentativas de adoção de um modelo burocrático no Brasil, este modelo possibilitou o surgimento de novos grupos e práticas corruptivas.

12 Conforme relata Ronaldo L. Pedrosa, tratando das Ordenações Filipinas instituídas por Filipe II, “No referido Livro III, Título 64, D. FILIPE colocava o costume com as mesmas características do Direito Romano, até que foi promulgada, em 18.8.1769, a Lei da Boa Razão. [...] o Marquês de POMBAL, nesse diploma legal, teria determinado que o direito português não fosse aplicado conforme as normas do direito canônico, além de ampliar o acesso a cargos públicos a todos os que preenchessem os critérios de domínio técnico, e não apenas aos descendentes ou pertencentes à nobreza (PEDROZA, 2010, p. 319).



Fica evidente, pois, a importância que a burocracia assume no cenário da corrupção brasileira, e a necessidade da identificação dos elementos históricos que incentivaram ou ao menos permitiram a instalação e utilização do modelo burocrático como facilitador do agir corruptivo.

Note-se que, ao institucionalizar a burocracia – e, constituindo esta um dos meios mais utilizados para o agir corruptivo, acaba o Estado por se ajustar ao fenômeno da corrupção, eis que o agente público de dentro da própria formação estatal acessa e se reveste do poder necessário para a prática corruptiva.

Assim, após a identificação da burocracia como um dos principais fatores facilitadores do agir corruptivo ao longo dos tempos, possivelmente o próximo passo a ser dado diz respeito a uma reformulação no modelo gerencial do Estado brasileiro, a fim de efetivamente aproximar a sua atuação às finalidades sociais.

#### 4 CONCLUSÃO

A breve análise dos elementos acima demonstra que, dadas as proporções que a corrupção vem assumindo no país, mais do que buscar identificar as práticas corruptivas isoladamente e a penalização destes atos individualmente, é de grande importância que se faça uma investigação acerca das causas que contribuem e facilitam o agir corruptivo.

Ora, em se tratando de um fenômeno que permeia todas as esferas do Estado e governo brasileiro, como anteriormente já dito, não bastam ações individuais para resolução de um problema que acaba por atingir toda a população.

É preciso que se tornem objeto de pesquisa todas as facetas que envolvem a corrupção, o que redundará na análise tanto da conduta, como das engrenagens da administração pública que possibilitam a sua prática, muitas das vezes até mesmo impunemente.

No presente trabalho foi possível observar que tal fenômeno tem suas raízes ainda no período colonial, em que tanto a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, quanto a posterior tentativa de burocratização do serviço público, acabaram por pessoalizar a administração pública, favorecendo a prática dos atos corruptivos.

Uma vez identificado que a burocracia e a pessoalidade adotadas pelo serviço público brasileiro atuaram como elementos facilitadores da propagação da corrupção no âmbito público, é possível que se encontrem e teorizem novas ideias que solucionem ou ao menos enfraqueçam esta interferência burocrática.

Ou seja, considerando-se que a corrupção deve ser analisado como um fenômeno e não como ato isolado de práticas corruptivas, já não mais é suficiente buscar soluções de aplicação tópica e penalização por atos já praticados.



Importa, agora, estudar e detectar todos os elementos que compõem este fenômeno da corrupção, a fim de que, uma vez compreendidos, empreenda-se na busca de meios de combate à prática corruptiva de larga aplicabilidade e, possivelmente, até mesmo preventivos ao ato.

Assim, assume papel relevante no cenário jurídico a identificação da ligação entre a burocracia institucionalizada na administração pública brasileira e a corrupção, a fim de que sejam teorizados possíveis novos métodos de combate à corrupção.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, L.; PEDROTI, P.; PÓ, M. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO, Maria R. et al. (Org). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 27-71.

BERGUE, Sandro T. *Modelos de gestão em organizações públicas: teorias e tecnologias gerenciais para a análise e transformação organizacional*. Caxias do Sul: Educus, 2011.

CARVALHO, José M. de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, Leonardo. et al. (Org). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 200-205.

FIGUEIREDO, Luciano R. Corrupção no Brasil colônia. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 175-182.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 300-306.

LEAL, Rogério G. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LEAL, Vítor N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LODI, João Bosco. *Anti-administração*. São Paulo: Pioneira, 1976.

MELLO, Evaldo C. de. Pernambuco no período colonial. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 183-190.

MOTTA, Fernando C. P. *Burocracia e autogestão. A proposta de Proudhon*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

OLIVEIRA, Francisco. *Viva a corrupção: o escândalo BNCC/Centralsul*. 3. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1985.

\_\_\_\_\_. *O roubo é livre*. Porto Alegre: Tchê!, 1985.

PEDROZA, Ronaldo L. *Direito em história*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA, Daniel B. da. *Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna*. Disponível em: <<http://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



# A PARTICIPAÇÃO NO ORÇAMENTO MUNICIPAL COMO FORMA DE CONTROLAR A CORRUPÇÃO: ANÁLISE DO CASO DE SANTA CRUZ DO SUL

*Denise Bittencourt Friedrich<sup>1</sup>  
Giuliana de Miranda Brandalise<sup>2</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca investigar de que forma se dá a inserção coletiva na esfera do planejamento orçamental dentro do âmbito das cidades no Brasil, e de que forma existe sua exigibilidade. Justifica-se a matéria, pois no cenário atual brasileiro, como intento do sistema democrático-participativo adotado no país pela Constituição Federal de 1988, surgiu uma ferramenta pública gestacional no contexto orçamentário chamada Orçamento Participativo, que, como será apresentado ao longo do trabalho, objetiva diminuir a abrangência do movimento corruptivo no país através de um maior controle social sobre os projetos municipais que despendam de grandes investimentos.

A partir do enfoque jurídico, opta-se, inicialmente, no primeiro tópico delinear o perfil democrático que melhor atenderia às necessidades do Estado brasileiro, e sob, esse prisma, discorrer de que forma a Democracia Deliberativa tem o significado real de uma possibilidade de intervenção direta dos cidadãos nos procedimentos de tomada de decisão e de controle do exercício do Poder, permitindo-lhes terem acesso aos seus representantes em efetivo e não apenas periodicamente nas eleições. Desta maneira, poderão ser ouvidos em suas opiniões e anseios de forma institucionalizada, prévia à tomada de decisões, e deliberar sobre elas.

Posto que o mecanismo do Orçamento Participativo é reflexo literal da democracia deliberativa, após assentadas as considerações teóricas preliminares, passar-se-á, no segundo tópico, a uma análise sobre como deixar o controle da corrupção exclusivamente à máquina burocrática e que não tem se mostrado eficaz. Por isso, pensar formas de participação dos cidadãos nas quais seja possível contribuir para diminuir a corrupção e controlá-la é fato indiscutivelmente urgente. E no terceiro e último tópico, procura-se aproximar a pesquisa ao âmbito municipal e discorrer de que forma se dá a obrigatoriedade deste sistema democrático no município de Santa Cruz do Sul.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2002); Especialista em Direito Constitucional - ênfase em Direito Municipal pela Universidade Luterana do Brasil (2005)<sup>1</sup>; e Mestre em Direito - Políticas Públicas de Inclusão Social - pela Universidade de Santa Cruz do Sul. (2007). Ministra disciplina na área de Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Municipal. Docente destas disciplinas e do Programa de Pós-graduação lato sensu da UNISC. Doutoranda do PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: d-friedrich@hotmail.com

2 Graduada do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: giulianabrandalise@hotmail.com



## 2 FUNDAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DELIBERATIVA

A democracia moderna passou por profundas modificações estruturais e fundacionais que vão desde a discussão da necessidade de um regime democrático até a discussão sobre o modelo democrático mais adequado. No presente trabalho não há espaços para discutir tal debate, tendo em vista o limite deste artigo, por isso, cabe apenas destacar que se acredita na necessidade de um modelo democrático amplo, o qual permita que o maior número possível de pessoas atuem efetivamente. Porém, o objeto desta análise é de que forma se dá a participação da sociedade contemporânea no atual paradigma.

Os modelos de democracia surgem de uma discussão filosófica que procura criar formas adequadas de participação social, com o intuito de justificar a tomada de decisão política e a submissão de uma coletividade a tais decisões. No modelo liberal os cidadãos gozam da mais ampla liberdade, por isso as formas de participação não podem adentrar nesta esfera de livre arbítrio. O direito tem a finalidade de conciliar o exercício das liberdades e por outro lado, no modelo republicano as decisões coletivas se justificam se os participantes estiverem, desde o início do debate, cientes de que vivem em comunidade e de que as decisões destinam-se a atender um bem comum.

Por muito tempo se acreditou que a vontade da maioria era o suficiente para garantir a legitimidade das decisões e justificar a imposição das leis. Diante das falhas deste sistema, muitas críticas ainda são feitas à democracia da maioria, como a conhecida frase “tirania da maioria”, de autoria de Tocqueville (2005), cunhada quando o então juiz francês foi aos Estados Unidos da América estudar o sistema penitenciário e acabou dedicando-se ao estudo do modelo democrático americano, num território que jamais viveu períodos de exceção democrática. O autor observou uma série de falhas que deram margem para um governo demagogo, de pessoas desqualificadas e manipuladoras que convenciam deliberadamente as multidões sem que estas se dessem conta.

Também criticou o modelo democrático americano por dar margem a governos desqualificados e pouco preparados, sem a exigência de nenhuma aptidão dos sujeitos que se candidatavam a cargos políticos. Não se pode esquecer que Tocqueville foi um aristocrata, de formação distinta para o seu tempo, razão pela qual se espantou com a democracia norte-americana que não priorizava questões como nascimento e formação como requisitos de elegibilidade.

Modernamente esta crítica ainda é sustentada por John Dewey (apud JACK KNIGHT, 2007), ao observar que, por si mesma, a regra da maioria é apta para fundamentar decisões políticas absurdas. Segundo ele, o remédio não é simplesmente expandir, ou mesmo refinar a democracia agregativa, mas, ao contrário, recorrer a uma deliberação democrática maior e melhor, por meio do aperfeiçoamento das condições de debate, discussão e persuasão.

Habermas (2007) apresenta limites dos modelos liberais e republicano, e adere o



filósofo alemão a uma terceira via que chama de democracia deliberativa procedimental. Na democracia liberal, o indivíduo aparece como centro de preocupação, e o que leva as pessoas a participarem (direta ou indiretamente) é a necessidade em fazer o Estado respeitar este âmbito de autonomia individual e assegurar que o exercício da liberdade particular não interfira na liberdade alheia. Com isso, a democracia liberal vê na autonomia individual um valor supremo, por isso a regra de ouro é a não interferência do Estado no âmbito de sua autodeterminação. A dificuldade deste ideal é que nas sociedades contemporâneas as relações intersubjetivas estão muito intensificadas, ficando difícil traçar a linha divisória dos assuntos e interesses exclusivamente individuais.

Para Habermas (2007, p. 270) o processo democrático

cumprir a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade, imagina-se o Estado como aparato da administração pública e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social destas pessoas estruturadas segundo leis de mercado. (HABERMAS, 2007, p. 270).

Em outra obra destaca que “na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses” (2011, v. 2, p. 19) cujas regras da formação do compromisso fundamentam-se nos direitos fundamentais liberais, como, por exemplo, a liberdade e a igualdade. Na visão liberal, a sociedade e o Estado encontram-se distanciados, cabendo a este a compreensão da política, e para evitar que abuse de seu poder governamental existem medidas normativas que disciplinam o uso do poder. Neste contexto, o Estado ocupa a posição de um mero mediador das relações individuais com o mercado. O filósofo também aponta a visão que a democracia liberal tem do cidadão: são portadores de direitos subjetivos que os protegem tanto do Estado como dos demais indivíduos, ou seja, estão protegidos de coações externas.

O modelo republicano, por sua vez, assume uma visão não agregativa da política (como faz o modelo liberal). Os cidadãos percebem-se como integrantes de uma comunidade política, comprometidos com uma vontade popular comum. O processo de decisão democrática assume o papel de um método dialógico, onde buscam o consenso sobre valores históricos e culturais da comunidade as quais pertencem, ou seja, o propósito democrático é identificar a vontade geral. Conforme salienta Lafont (2007, p. 128) o problema deste modelo é que “en condiciones de pluralismo las sociedades democráticas parecen condenadas a sufrir un déficit de justicia crónico”. Ao contrário do modelo liberal, o republicano clássico desconsidera o pluralismo e a diversidade cultural, em nome da vontade geral.

Além disso, para os republicanos a política é concebida como uma forma de concepção sobre um contexto de vida ético, segundo o qual as pessoas nascem em uma comunidade comum e reconhecem a interdependência mútua. Com isso, ao contrário da concepção liberal, a solidariedade surge como uma “terceira fonte



de integração social” (HABERMAS, 2007, p. 270). Neste modelo democrático, o cidadão tem a seu favor uma gama de direitos positivos (não negativos como quer a concepção liberal) de participação e de comunicação política. É pelo exercício de tais direitos que o cidadão se torna responsável perante a comunidade em que está inserido. O problema apontado por Habermas (2007) é que o processo político é um simples instrumento de controlar a ação estatal, e como adiante se verá, o que o filósofo almeja é uma emancipação por meio da ação comunicativa gerada pela participação política.

Na perspectiva republicana, a formação democrática de vontade se dá

na forma de um autoentendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; [...]

Na visão republicana, a formação política da opinião e da vontade das pessoas privadas constitui o *medium*, através do qual a sociedade se constitui como um todo estruturado politicamente. (HABERMAS, 2007, p. 279).

A validade das leis, para os republicanos, depende apenas de terem sido feitas por quem foi democraticamente eleito e que tenha seguido todos os trâmites de um processo legislativo constitucionalmente previsto, ou seja, se quem elaborou as leis foi democraticamente eleito e se o texto legal que prevê o processo legislativo também foi criado por quem foi eleito para tanto (poder constituinte originário). Obedecidas estas máximas, as leis são válidas e democráticas e, por isso, são obrigatórias.

Habermas (2007) critica o modelo republicano de maneira mais branda. Inclusive percebe algumas vantagens nele, tais como o fato de ver no processo democrático o reconhecimento de uma auto-organização da sociedade pela via comunicativa e não apenas uma negociação entre interesses particulares opostos. Porém, a desvantagem repousa no fato de o sucesso do processo democrático depender da preconcepção dos cidadãos de almejam o bem comum, desconsiderando que o cidadão pode participar com o intuito de promover egoisticamente apenas o bem individual. Os republicanos acreditam que os indivíduos que participam do processo democrático desejam alcançar decisões que atendam ao bem comum, ao contrário dos liberais que, como Mill (1986), são na maioria utilitaristas, ou seja, acreditam que o que leva as pessoas a participarem é a tutela dos próprios interesses. Logo, a democracia republicana depende de uma comunidade ética, ou seja, depende de qualidades preexistentes dos sujeitos que participam do debate, e caso não se verifiquem tais qualidades, o processo democrático estará fadado ao insucesso.

A partir das insuficiências do modelo liberal e republicano de democracia, Habermas desenhou um modelo procedimental que adiante será exposto, mas antes disto devem ser apresentados os postulados da teoria habermasiana justificadoras do modelo democrático por ele desenvolvido. Passa-se a seguir à análise de um



terceiro modelo, o deliberativo.

As razões para defenderem-se os postulados da democracia procedimental repousam, entre outros argumentos, no fato de ser o modelo que melhor recepcionou a virada linguística ocorrida na filosofia, trazendo para as decisões políticas (sejam na forma de leis, ou na forma de ações concretas, ou decisões jurídicas) a utilização de procedimentos ideias hipoteticamente assecuratórios da igualdade entre todos os interessados. Assim, o referido modelo dá conta da necessidade de trabalhar com a tensão entre validade e facticidade, que constrói respostas intersubjetivamente compartilhadas, a partir do debate público, descentralizadora do ego dos participantes, que, discursivamente, testam suas pretensões de validade. Além disso, atribui-se à democracia um sentido em si mesma por gerar uma emancipação do indivíduo que participa da deliberação pública, que o coloca na posição de senhor de seu destino refutando qualquer forma de fatalismo. O caráter emancipador coloca os cidadãos no controle das decisões políticas e assim assegura uma autonomia pública compatível com a autonomia privada, na medida em que as decisões democraticamente eleitas a que se sujeitam serão fruto do debate público, com igualdade de oportunidade de todos que queiram participar da deliberação.

Em sede de corrupção, constantemente as decisões podem ser legais, na medida em que observaram os dispositivos da lei. Porém, a legitimidade pode não ser assegurada pelo simples respeito à lei, haja vista terem se afastado de valores morais ou éticos eleitos pela sociedade. A democracia procedimental ajusta-se à constante necessidade de justificação ética e moral das decisões políticas, da mesma forma que, ao afastarem-se de tais ideais, perseguindo, por exemplo, interesses de grupos hegemônicos, estas decisões não passarão pelo filtro de justificação que a deliberação ocasiona.

No modelo proposto por Habermas (2007, p. 277) a justiça e honestidades dos acordos firmados numa democracia “se medem pelos pressupostos e procedimentos que precisam, eles mesmos, de uma justificação racional e até mesmo normativa sob o ponto de vista da justiça”. Quanto à democracia deliberativa proposta por ele:

O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um *autoentendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de equilíbrio entre interesse divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica de uma escolha de instrumentos racionais e de vontade a um fim específico, e por meio, enfim, de uma fundamentação moral.[...] Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimentos que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. (HABERMAS, 2007, p. 277).

Para Martí (2006) a vantagem mais significativa do modelo deliberativo é que



leva em conta todos os interesses legítimos envolvidos e, por isso, permite que haja a representação de todos eles, levando-os em conta na construção das decisões políticas, o que assume um caráter relevante na medida em que tais decisões tornam-se obrigatórias para todos. Nada mais apropriado que todos que a ela se sujeitam tenham contribuído e vejam-se representados no resultado final do debate público. Com isso, percebe-se que a deliberação não visa alcançar o acordo ou consenso, ela permite que os sujeitos no exercício de sua autonomia e autogoverno tomem decisões.

Porém, não é qualquer procedimento que legitima as decisões políticas. Para receber o rótulo da legitimidade o método deve ser flexível, tanto na sua forma como no conteúdo das decisões adotadas. Por isso, dá-se o nome de princípio do procedimento aberto. Destaca-se a importância não apenas para revisar e construir decisões contedísticas, mais que isso, “el procedimiento sirve también para reflexionar sobre la adecuación y los límites Del próprio proceso, para cuestionar la legitimidad que pretende, para impugnar alguno de los principios estructurales, etc.” (MARTÍ, 2006, p. 94).

Além da abertura procedimental, o sistema precisa ser contínuo, no sentido de que jamais se chegará a um resultado o qual não precisará ser revisado. A democracia deliberativa não trabalha com a lógica de verdades e respostas absolutas e, por isso, imutável. Pelo contrário, aceita e aprecia a necessidade de constantes deliberações sobre decisões anteriormente tomadas, tendo em vista mudanças no mundo da vida. Por isso, Martí (2006, p. 94) adverte que “el proceso nunca se detiene [...] nunca se cierra la puerta a esa posibilidad.”

Neste procedimento deliberativo o Estado atua como facilitador da realização da deliberação. Para alcançar um diálogo ideal, as instituições democráticas têm que organizar um processo discursivo, escolher um tema, recrutar os participantes, fornecer facilitadores, e levantar os fundos que são necessários. Na prática, um pequeno grupo de líderes autosseleccionado deve organizar o processo e fazer escolhas sobre métodos e agendas (LEVINE; FUNG; GASTIL, 2005). Por isso, cabe ao Estado garantir que o debate público seja adequado e o Orçamento Participativo implementado pelas cidades brasileiras. Porém, para que os benefícios da deliberação sejam alcançados o Estado tem que estar comprometido com este ideal.

### **3 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: UMA FERRAMENTA DEMOCRÁTICA NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Criado sobre a égide de um momento histórico pós-ditatorial e motivado pela pressão social, surge o orçamento participativo no Brasil. Olívio Dutra, em 1989, durante sua gestão em Porto Alegre, dá o nome de orçamento participativo (OP) à ferramenta de inserção popular na votação de prioridades para os investimentos públicos. A inovação sobreveio como uma forma de controle orçamentário de fácil



acesso à população.

Para Patrus Ananias (2005, p. 33):

[...] o Orçamento participativo se constitui em um antídoto contra a corrupção e o desperdício do dinheiro público. Com sua implantação as obras faraônicas, inacabadas para atender a interesses partidários, clientelísticos, mesquinhos, obras para pagar dívidas de campanha tendem ao desaparecimento. São realizadas as obras necessárias que melhor atendem aos interesses da coletividade. O orçamento participativo pode ser considerado também um antídoto contra a burocracia no sentido pejorativo da palavra. Significa, portanto, a criação e ampliação dos espaços democráticos, do controle social sobre o Estado.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, legitimou movimentos históricos que objetivaram a conquista de direitos fundamentais, visando primordialmente um maior exercício da cidadania. Em seu parágrafo único, do artigo 1º, dita: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]” deixando claro que a atual Constituição, considerada um rompimento com o cenário político brasileiro vivido durante a ditadura, incorporou o direito ao exercício da cidadania como um de seus principais fundamentos.

Quanto à regulamentação orçamentária, cabe destacar que a Constituição de 1988 instituiu três formas de elaborar o plano orçamentário: por meio do Plano Plurianual (PPA) que se refere às despesas, obras e serviços que pretendem durar mais de um ano; através da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), através da qual se delimitam as metas e prioridades para o período posterior à elaboração do PPA; e, por último, pela Lei Orçamentária Anual (LOA), a qual prevê o orçamento que será executado em determinado ano. Apesar de dispor sobre estes mecanismos, a Constituição Federal garantiu maior abertura aos municípios quanto à maneira que estes procedimentos orçamentários deveriam ser desempenhados, o que tornou possível a elaboração do modelo participativo. Além disso, em 2001, com o advento do Estatuto da Cidade promulgado pela Lei 10.257, possibilitou-se, ainda, uma maior inserção aos cidadãos na elaboração, concretização e acompanhamento de planos, projetos e programas de desenvolvimento urbano.

Com o instituto do orçamento participativo, a população passa a ser ouvida em seus anseios, de forma que o governo passa a legitimar-se através da credibilidade da gestão e da confiabilidade mandatorial que provoca nos cidadãos uma maior sensação de cidadania e democracia. Friedrich Muller, no decorrer de seu livro “Quem é o povo?” conceitua a população sob dois ângulos: um, o povo destinatário das prestações civilizatórias do Estado e dois, o povo participante, ou seja, o povo ativo que faz a diferença, que exerce o seu papel de cidadão e se engaja politicamente de forma consciente e ativa.

A democracia se torna agente ativo no processo de reconhecimento do governo,



especialmente no que diz respeito à distinção entre o que é interesse da Administração Pública do que é interesse social. A demanda do povo refletida pelo orçamento participativo deve ser debatida em reuniões e assembleias, para que correspondam às reais necessidades da população. Obedecendo ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, a participação na escolha de investimentos pela sociedade, deve ser fruto da necessidade de qualificar as políticas sociais, dando-lhes maior eficiência, de maneira a alcançar efetivamente a democracia, a participação do cidadão no poder e configuração da efetiva atuação em movimentos sociais nas comunidades. Rompe-se, assim, com a ideia tradicional da política, em que o cidadão dá por encerrada sua integração no ato de votar.

Segundo José Luiz Quadros de Magalhães (2006, p. 40):

[...] o orçamento participativo é um importante mecanismo de democracia participativa que permite a integração do cidadão e de grupos de cidadãos na construção da democracia local do Brasil.

Pois além de permitir uma melhora na organização dos orçamentos de acordo com os critérios e prioridades definidos pela população há a verificação da probidade administrativa no que tange à utilização e destinação dos recursos públicos, colocando o cidadão em uma situação de corresponsabilidade relativa aos eventuais êxitos e fracassos da gestão pública.

Quanto ao tocante à exigibilidade dessa ferramenta, mesmo que inicialmente instituída de modo voluntário, o Orçamento Participativo teve um baixo índice de aceitação no conjunto dos municípios brasileiros, e se legitimou pelas experiências exitosas em grande parte das cidades em que foi utilizado. E dessa maneira, houve a necessidade da regulamentação dos arts. 182 e 183, por meio do Estatuto da Cidade, para que nele constasse um capítulo (o 4º) sobre a gestão democrática da cidade. Nada obstante, apesar da imposição legal do Orçamento Participativo em termos municipais, ela permanece descumprida, por vários motivos. Um deles é a resistência da maioria dos Chefes de Executivo Municipais a essa exigência, postura que aparece como resquício de uma visão ultrapassada de gestão local, em que o titular se considera dono da Prefeitura, abstraindo, por isso mesmo, qualquer forma de participação popular.

#### **4 POSSIBILIDADES E A EFETIVIDADE DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO EM SANTA CRUZ DO SUL E REGIÃO**

Em 1991, o Estado do Rio Grande do Sul, visando atender às demandas do orçamento participativo, cria o Conselho Regional de Desenvolvimento. Fruto de iniciativa política, o estado fica dividido em 28 COREDES (Conselhos Regionais de Desenvolvimento), que são: Alto da Serra do Botucarái, Alto Jacuí, Campanha,



Campos de Cima da Serra, Celeiro, Central, Centro-Sul, Fronteira Noroeste, Fronteira Oeste, Hortênsias, Jacuí-Centro, Litoral, Médio Alto Uruguai, Metropolitano, Delta do Jacuí, Missões, Nordeste, Noroeste Colonial, Norte, Paranhana-Encosta da Serra, Produção, Rio da Várzea, Serra, Sul, Vale do Caí, Vale do Jaguari, Vale do Rio dos Sinos, Vale do Rio Pardo, Vale do Taquari.

Tendo como princípio básico a articulação do desenvolvimento de suas regiões, o orçamento participativo, que ocorre em Santa Cruz do Sul, se reporta a este ente, visto que estes Conselhos foram criados como uma forma de solucionar a necessidade de cada COREDE em elaborar o seu plano estratégico de desenvolvimento para orientar as discussões orçamentárias. Assim, se estabelecia a evolução do Orçamento Participativo criado em 1989.

Durante a passagem dos Governadores de Estado Germano Rigotto e Yeda Crusius o Orçamento Participativo, na região de Santa Cruz do Sul, passou a ser chamada de Consulta Popular, e, sob coordenação conjunta com os COREDES, pretendia legitimar ainda mais a discussão em torno das decisões pautadas, pois o fato de o Governo possibilitar a cada região a oportunidade de decidir suas prioridades tornou-se primordial que estas fossem efetivamente reconhecidas.

Com a posse de Tarso Genro, a região contou com a modernização do processo da Consulta Popular, e passou esta forma de orçamento participativo passou a ser conhecida como Votação de Prioridades com a possibilidade de votação por intermédio da plataforma on-line. Não perdendo a identidade e o objetivo que o orçamento participativo visava estabelecer, no presente artigo, apesar das evoluções de nomenclaturas, continuaremos a chamar esse procedimento metodológico de orçamento participativo.

Na atual situação, o Estado conta com 28 Planos Estratégicos de Desenvolvimento Regional, que, em tese, deveriam ser os norteadores dos debates sobre o desenvolvimento de cada região. Entretanto, a existência de tais planos ainda deixa uma brecha quanto à falta de estrutura dos COREDES para coordenarem seus planos de forma adequada. Visto que a votação de prioridades, por intermédio da participação orçamentária, seja um dos principais meios de angariar custas de financiamento do plano, ainda existem dúvidas em relação à eficiência que este método de aplicação realmente tem na prática.

Acessando o site <[http://www.portaldaparticipacao.rs.gov.br/consulta-de-demandas/?nro\\_ano\\_exe=0&nro\\_cod\\_fun=0&nro\\_cod\\_dem\\_cat=1&nro\\_cod\\_reg=0&nro\\_cod\\_mun=108&button=Consultar&envio=1](http://www.portaldaparticipacao.rs.gov.br/consulta-de-demandas/?nro_ano_exe=0&nro_cod_fun=0&nro_cod_dem_cat=1&nro_cod_reg=0&nro_cod_mun=108&button=Consultar&envio=1)> é possível ter conhecimento de quais foram as demandas votadas na cidade de Santa Cruz do Sul e o montante de verba pública destinada a cada área de atuação votada, demonstrando como a ferramenta on-line de livre acesso à população, publicita ainda mais os atos governamentais.

Mesmo que os COREDES se constituam como um elo intermediário entre o Município/Povo e o Estado/Ente Administrativo para o planejamento do desenvolvimento regional, é perceptível que a efetivação do processo de consulta à população, acerca



de suas prioridades, é subordinada aos efeitos colaterais das políticas setoriais e macroeconômicas, visto que apenas 0,5% do orçamento governamental se destina à esta forma de política pública. Além do que, é possível verificar algumas fragilidades nesse processo, no tocante às contradições existentes nos meios de interação entre o planejado e o disponibilizado à população no momento da votação de prioridades.

Percebe-se que o orçamento participativo em Santa Cruz do Sul encontra-se em fase de permanente desenvolvimento, pois a efetividade das políticas públicas que vêm sendo realizadas na região, ainda encontra algumas barreiras advindas principalmente da falta de interesse da população, onde a cultura do conformismo social e do imediatismo está alicerçada no pensamento de interesse comum. Com os dados obtidos no COREDE da cidade, e pela análise dos gráficos da demanda orçamentária em relação ao que foi votado, é possível perceber que os gestores da administração pública ainda não assumem como preferência o Orçamento Participativo, nem como ferramenta de planejamento das ações, o que propicia, cada vez mais, uma falta de credibilidade do processo por parte da população.

A falta de interesse, conjugada com a má divulgação do projeto, acaba por reprimir o processo de democratização, suscitando acomodação e submissão da população aos membros do poder executivo e legislativo. Conclui-se que é clara a necessidade de promover no meio social, mesmo com as inúmeras modificações que o procedimento do orçamento participativo trouxe, e da facilidade que o processo on-line propiciou à população. Ainda existe uma divergência quanto às obrigações da sociedade como agente ativo dotado de poder de decisão e a percepção dos representantes do poder legislativo como interlocutores das demandas públicas.

## 5 CONCLUSÃO

A pesquisa nos leva a crer que a efetiva utilização de tais mecanismos, dispostos ao longo do artigo, engrandeceria, sem dúvida, a nossa sociedade, visto que para nos tornarmos um verdadeiro Estado Democrático de Direito é fundamental um regime democrático que estimule a contínua participação popular na realização das atividades estatais. O orçamento participativo, idealizado no respaldo do modelo deliberativo procedimental, incorpora a participação da sociedade civil na regulamentação da vida coletiva e é extremamente eficaz no tocante ao combate à corrupção.

Apesar do tempo decorrido, o Orçamento Participativo no Brasil ainda é pouco (e muito mal) utilizado, mesmo nos municípios nos quais é legalmente obrigatório. A problemática desta questão é, então, o porquê do não atendimento a essa exigência legal que não está sendo cumprida.

O presente artigo, nos leva a concluir que, *independentemente* de caprichos pessoais dos governantes, é dever constitucional do administrador dar eficácia ao exercício das garantias sociais e da participação do cidadão na vida administrativa. Não se trata de uma opção, mas sim de uma obrigação constitucional.



## REFERÊNCIAS

- ANANIAS, P. Orçamento Participativo – Por que o implantamos em Belo Horizonte? In: FERNANDES, R.; AZEVEDO, S. (Org.). *Orçamento Participativo - Construindo a Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.
- AVRITZER, L.; NAVARRO, Z. (Org.). *A inovação democrática no Brasil: o Orçamento Participativo*. São Paulo: Editora Cortez, 2003.
- BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília: Senado, 1988.
- CALIFE, Flavio Estévez. A teoria política do orçamento participativo. Congresso Latino-Americano de Escolas de Administração – XXXVII Cladea, 2002, RS.
- CARVALHO, Edivan Batista. *A participação popular na aplicação de recursos públicos e no combate à corrupção* – Cartilha do Cidadão. Ceará: Gráfica Messejana, 2005.
- COSTA, Dartagnan Limberger. *O Emponderamento Social Local Mediante a Efetivação da Participação Popular através do Orçamento Participativo e da Governança Solidária Local: Uma Análise Teórica da Possibilidade de Concreção de um Direito Social Condensado*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2009.
- GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo: a experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. 3. ed. trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo : Loyola, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 2.
- KNIGHT, Jack. Agregação e deliberação: sobre a possibilidade da legitimidade democrática. In: WERLE, Denilson Luis. MELO, Rúrion Soares. *A democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.
- LEVINE, Peter; FUNG, Archon; GASTIL, John. Future Directions for Public Deliberation. In: *Journal of Public Deliberation*. 2005. V.1. Disponível em: < <http://services.bepress.com/jpd/vol1/iss1/art3>>. Acesso em: 11 mai. 2014.
- LÜCHMANN, L. H. H.; BORBA, J. *O orçamento participativo como modelo alternativo de gestão pública: uma análise das experiências brasileiras*. Florianópolis: Mimeo, 2010.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- \_\_\_\_\_. Republicanismo y democracia: principios básicos de una república deliberativa. In: ARANGO, Rodolfo. *Filosofía de la democracia: fundamentos conceptuales*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2007. p. 147 -166.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Tradução de N. R. Salmenes. Madrid: Alianza, 1986.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: RT, 2008.
- NEVES, Angela Vieira. *Cultura Política e Democracia Participativa: um estudo sobre o orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2008.



ORSI, Fábio Chagas. *Orçamento Participativo: Uma Metodologia em Ascensão*. Disponível em: <<http://www.economiabr.net/colunas/orsi/orcamentopart.html>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

PIRES, Valdemir. *Orçamento Participativo: O que é, para que serve, como se faz*. Tamboré: Editora Manole Ltda., 2001.

SCHIMIDT, Davi Luiz. *A “Desidiozação” da Cidadania: a Formação do Cidadão para a Coisa Pública, através de sua Participação no Processo do Orçamento Participativo de Porto Alegre, entre 1989 e 1992*. Porto Alegre: UFRGS, 1994.

SINTOMER, Yves; HERZBERG, Carsten; ALLEGRETTI, Giovanni. *Aprendendo com o Sul: O Orçamento Participativo no Mundo: um convite à cooperação global*. Tradução: Alberto Melo. Bona: Engagement Global, 2012. Disponível em: <[http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097\\_DialogoGlobal\\_25pt.pdf](http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_DialogoGlobal_25pt.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: lei e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALADARES, M. O Orçamento Participativo. In: FERNANDES, R.; AZEVEDO, S. (Org.). *Orçamento Participativo - Construindo a democracia*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.



# A AÇÃO CIVIL PÚBLICA A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DOS ATOS CORRUPATIVOS: UM ENFOQUE ACERCA DA ATUAÇÃO DOS SEUS LEGITIMADOS ATRAVÉS DAS DECISÕES DO TJ/RS<sup>1</sup>

*Eduarda Simonetti Pase<sup>2</sup>  
Caroline Müller Bitencourt<sup>3</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

A efetividade da prestação jurisdicional por meio da tutela coletiva, desde a criação da Lei nº 7.347/85, quando foi então possibilitada no Ordenamento Jurídico do Brasil a oportunidade do ajuizamento da ação civil pública para proteção de certos interesses difusos e direitos coletivos, passando pela sua constitucionalização, com a expressa previsão da utilização desse instrumento processual pelo Ministério Público (CF/88, art. 129, III), tem alcançado gradativa e constante importância e amplitude.

Não obstante, em uma sociedade moderna e cada vez mais complexa, com um intrincado desenvolvimento das relações econômicas e sociais, aparecem situações nas quais determinadas atividades podem causar prejuízos ou lesões aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo irromper-se, portanto, adversidades desconhecidas às lides individuais. Daí decorre a necessidade do aperfeiçoamento dos institutos legais para tutelarem também as situações até então desconhecidas e não reguladas.

Assim, a certeza da essencialidade desse tipo de ação não se dá apenas pelo objeto da tutela coletiva. De fato, este objeto é mais amplo, pois passa por interesses difusos, direitos coletivos, individuais homogêneos e não obstante, por patrimônio público, o que indica a importante função conferida a essa espécie de tutela na prestação jurisdicional que se obtém através desse meio.

Esse destaque é resultado, outrossim, da ampla previsão de legitimados ativos

- <sup>1</sup> Este artigo é fruto dos debates “Projeto Interinstitucional de redes de grupos de pesquisa sobre o tema Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: Causas, Consequências e Tratamentos”, coordenado pelo Professor Doutor Rogério Gesta Leal, como trabalho referente à bolsa de iniciação científica do CNPq, sob a orientação da Professora Dra. Caroline Müller Bitencourt.
- <sup>2</sup> Graduanda do Curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq “A decisão jurídica a partir do normativismo e suas interlocuções críticas”, coordenado pela Professora Doutora Caroline Müller Bitencourt e do Projeto Interinstitucional de redes de grupos de pesquisa sobre o tema Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: Causas, Consequências e Tratamentos, coordenado pelo Professor Doutor Rogério Gesta Leal. E-mail: eduarda.pase@gmail.com.
- <sup>3</sup> Doutora em Direito. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, da disciplina Teoria do Direito. Professora da graduação pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul. Subcoordenadora do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - Campus Sobradinho. Coordenadora do grupo de pesquisa, “A decisão jurídica a partir do normativismo e suas interlocuções críticas”, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: caroline.mb@terra.com.br.



para o manejo das ações de caráter coletivo, conforme se depreende do expresso no artigo 5º da Lei nº 7.347/85. Neste sentido, a viabilidade da utilização pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelos entes federativos e associativos já indica, por si só, o alcance dos efeitos ali conferidos pelo Poder Judiciário.

Assim, o presente estudo visa demonstrar o manejo da Ação Civil Pública como instrumento (in) hábil utilizado, sobretudo, pelo Ministério Público para o enfrentamento de condutas corruptas que venham a ferir o patrimônio público. Num primeiro momento procura-se evidenciar questões atinentes a Lei propriamente dita, fazendo-se uma leitura do seu objeto juntamente com a especificação do mesmo e a sua extensão dada pelos agentes propositores de Ações Cíveis Públicas para ato de corrupção. Outrossim, indica-se desde já a defesa, sobretudo, da jurisprudência do seu cabimento para demandas não apenas condenatórias, mas também demandas com pedidos constitutivos ou desconstitutivos de atos ou direitos.

Num segundo ponto, partindo-se das posições jurisprudenciais procura-se demonstrar a equiparação do instituto da Ação Civil Pública para com a Ação Civil prevista na lei nº 8.429/92 pela jurisprudência. Mesmo que ambos os institutos guardem importantes distinções.

Por fim, faz-se uma análise metodológica das decisões em Ações Cíveis Públicas, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com o desígnio de investigar a incidência de Ações Cíveis Públicas que tenham por objeto alguma ação ensejadora de ato de corrupção, bem como, demonstrar a disparidade de ações promovidas pelo Ministério Público e pelos demais legitimados no que tange a este objeto.

O estudo não possui a pretensão de esgotar o tema, mas apenas acrescentar considerações e dúvidas que merecem ser abordadas e discutidas, frente à existência de consideráveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que ainda o cercam, de modo a aprimorar a utilização das ações coletivas, em especial a Ação Civil Pública no que se refere à limitação de manejo do seu próprio objeto.

## 2 O INSTITUTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO BRASIL: NOÇÕES PRELIMINARES

O direito de acesso à justiça é a possibilidade do indivíduo ter a admissão a um processo efetivo com os meios e recursos a ele inerentes de modo a obter um justo provimento jurisdicional.

No que se refere à expressão “acesso à justiça”<sup>4</sup>, importa destacar que há duas formas de interpretação para fins de se alcançar uma definição conceitual, quais sejam, a definição material e a definição formal.

4 O fundamento constitucional para o princípio do acesso à justiça pode ser sentido no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.



Neste sentido, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>5</sup> (2002, p. 8), conforme se retira do estudo das ondas renovatórias do acesso à justiça, a expressão ora em foco serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico [...]. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Nesta percepção, Nadja Azevedo Silva ensina que:

As transformações sociais, a evolução da sociedade, bem como a globalização são fatores importantes que contribuem para o estudo jurídico de forma a tê-la sempre atualizada. Assim, diante da necessidade da coletividade em ter seus direitos resguardados fez surgir no ordenamento jurídico diversas leis facilitando o acesso à justiça e obtenção da tutela jurisdicional, principalmente quanto aos direitos de terceira geração. (SILVA, 2012, p. 4).

Não obstante, com a compreensão da necessidade de se garantir tutela às crescentes demandas coletivas fez surgir no ordenamento jurídico pátrio, variados instrumentos tendentes a tutelar os direitos difusos e coletivos, dentre eles a Ação Popular, o Mandado de Segurança coletivo e a Ação Civil Pública.

Neste linear, a Ação Civil Pública tem sua previsibilidade constitucional, sob o fundamento de que todos têm acesso à justiça para a proteção de direitos subjetivos ou da comunidade, em que se tem como escopo a atuação da função jurisdicional do Estado. Tanto é que a norma constitucional tem por objetivo tutelar interesses essenciais da comunidade, pois, em razão da inércia do Poder Judiciário, indispensável à sua atuação imparcial, importante é saber quem está legitimado a defender tais interesses, os quais não podem subordinar-se à livre disposição de seus titulares.

Prevista, portanto, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, III, a Ação Civil Pública é regulada pela Lei nº 7.347/85 e também tratada em demais dispositivos legais esparsos, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup>. Antes da promulgação da Constituição de 1988, não se utilizava o instituto da Ação Civil Pública para defender interesses diversos dos que expressamente estavam previstos na Lei que a disciplina. Entrementes, com a chegada da Constituição de 1988, outros direitos coletivos e difusos puderam ser tutelados por este instituto.

Antes da vigente Constituição, não se cogitou, com profundidade, do emprego da ação civil pública para defesa de **outros direitos coletivos** senão aqueles que a lei enunciava: meio ambiente, consumidor e patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a extensão do instrumento para **outros** direitos coletivos e difusos,

5 CAPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 8.

6 Lei nº 8.078/90, art. 81.



passou o legislador, sem perda de tempo, a proteger interesses diversos daqueles que a Lei nº 7.347/85 mencionava. (CARVALHO FILHO, 2004, p. 10). (Grifos no original).

O objeto geral da Ação Civil Pública é, portanto, a tutela aos interesses difusos ou coletivos – proveito jurídico que o autor vai lograr no caso de acolhimento da sua demanda. Destaca ainda o citado autor que,

[...]. No que tange à ação civil pública, vimos que a providência alvitrada pelo autor é de conteúdo **condenatório**, seja para condenar o réu a pagamento em dinheiro, seja para obriga-lo ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. (CARVALHO FILHO, 2004, p. 88-89). (Grifos no original).

A ação civil é a que tem por objeto um litígio civil. É ação não penal. Pública por seu conteúdo, porque objetiva tutelar interesses difusos ou coletivos. Se toda a ação civil, mediatamente, busca a consecução do interesse público, no âmbito processual civil, seu objetivo imediato é, em geral, a inferência de uma pretensão menor, isto é, particular/individual. Quando, entretantes, a própria pretensão originadora da lide advém de interesses difusos ou coletivos, está-se diante da Ação Civil Pública.

Neste sentido, adverte Carlos Santos que:

[...] Ação Civil Pública, no caso da improbidade administrativa, é a ação civil de interesse público imediato, ou seja, a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa à toda coletividade. (SANTOS, 2014).

Na mesma linha se expressa Carvalho Filho ao referir que:

Na expressão **ação civil pública** não se identifica a pretensão que lhe constitui o objeto. O adjetivo **civil** indica meramente que ação tem natureza não-penal, não se voltando, portanto, a pedidos condenatórios decorrentes da prática de ilícitos penais. Já o adjetivo **pública** deve ser visto como antagônico à **ação privada**, de como a indicar que a ação pode ser deflagrada por órgão do próprio Estado, como é o caso especial do Ministério Público, na defesa de interesses de natureza coletiva e com vistas ao bem-estar da comunidade, ao contrário da ação, de sentido clássico, só permitida, em regra, ao indivíduo que fosse realmente o titular do direito a ser tutelado. Poder-se-á, pois, afirmar que se trata de ação pública porque não se cinge à esfera dos interesses singulares, consagrada pela doutrina individualista das ações, mas, ao contrário, visa a alcançar interesses grupais da sociedade [...]. (CARVALHO FILHO, 2004, p. 2-3). (Grifos no original).



O desenvolvimento jurídico-formal de instrumento desse tipo especial de ação pode, contudo, proporcionar o alargamento desse objeto imediato em ordem a alcançar outra modalidade, muito embora tendo como propósito sempre os interesses difusos e coletivos a serem tutelados no processo.

A exemplo da ampliação do objeto pode-se citar a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa que no dizer do autor acima referido esclarece<sup>7</sup>:

[...] outra ampliação do objeto ocorreu com a Lei nº 8.625, de 12/2/1993 – a Lei Orgânica do Ministério Público. Com efeito, ao dispor sobre as funções gerais do Ministério Público, além das demais constantes nas Constituições e nas leis, estabeleceu o estatuto no art. 25, IV, caber ao órgão o ajuizamento de ação civil pública: **a) Para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) Para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.** (CARVALHO FILHO, 2004, p. 92). (Grifos no original).

É neste terreno que o presente trabalho se debruça, isto é, busca-se apresentar o alargamento do objeto da Ação Civil Pública, sobretudo, pelo Ministério Público, maneando-a como meio (in) hábil a ser utilizado no tratamento de atos corruptivos, no que tange à improbidade administrativa (dado que estes afetam o patrimônio público), sob o argumento de que a probidade administrativa é consectária da moralidade administrativa, que por sua vez é anseio popular e, portanto, interesse difuso.

Entretanto, entende-se que a Ação Civil Pública não é de toda sorte o instrumento adequado para a repressão dos atos de improbidade administrativa que venham a configurar condutas corruptivas, como se observará no resultado da pesquisa jurisprudencial. Ademais, é bem verdade que o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa traz o órgão do Ministério Público como o titular da ação por ato de improbidade administrativa<sup>8</sup>. Isto, pois, a Ação Civil Pública guarda discrepante relação para com a Ação Civil prevista na Lei nº 8.429/92, embora no final, atinjam-se resultados semelhantes, reservados as peculiaridades de cada procedimento.

7 No dia 25/06/2014 foi publicada a Lei nº 13.004/2014 que inclui expressamente como objeto a ser tutelado pela via da Ação Civil Pública o *patrimônio público e social*, já previsto na Constituição Federal. Esta lei alterou os artigos 1º, 4º e 5º da Lei nº 7.347/85. Ela teve um período de *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias contados da sua publicação oficial.

8 É necessário que se explique o motivo pelo qual se usa a expressão “improbidade administrativa” para se referir à corrupção. A jurisprudência trata como “corrupção”, os crimes de corrupção ativa e passiva, condutas descritas nos artigos 333 e 317, respectivamente do Código Penal. Por “improbidade administrativa” a jurisprudência remete às condutas descritas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.429/92, que são as condutas objeto de discussão do estudo.



### 3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DOS ATOS CORRUPATIVOS

A lei nº 7.347/85 prevê em seu artigo 5º os legitimados para proporem a Ação Civil Pública. Dentre eles, destacam-se o Ministério Público, a Defensoria Pública<sup>9</sup>, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e as Associações que estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Diante da classificação de que as leis são materiais ou formais, é possível afirmar que a Lei nº 7.347/85 é de natureza eminentemente **formal**, vez que se destina a regular a ação protetiva dos vários direitos subjetivos e deveres jurídicos atinentes ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses coletivos e difusos. Em verdade, só eventualmente a lei exhibe normas de direito material (CARVALHO FILHO, 2004, p. 2)<sup>10</sup>.

Alerta o referido autor que:

A pretensão na ação civil pública não tem, assim, relação direta com sua terminologia e consiste na tutela de direitos coletivos e difusos, como consta em seu art. 1º[...]. Aliás, a desconexão entre a terminologia e o objeto da ação se mostra mais nítida nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal, que comete ao Ministério Público a função de **promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos**. (CARVALHO FILHO, 2004, p. 3). (Grifos no original).

Tanto é assim, que a qualificação da ação civil pública, como é possível observar, mantém relação com outros elementos, e não apenas com o pedido postulado por aqueles que são legitimados à sua propositura.

Assim sendo, tem sido prática recorrente nos tribunais do país o entendimento de que a Ação Civil Pública é também instrumento processual adequado conferido não apenas ao Ministério Público, mas também aos demais colegitimados para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato corruptivo, quanto a aplicação das sanções previstas no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, estipuladas ao agente público, em decorrência de sua irregular conduta<sup>11</sup>.

9 A legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública, foi concedida pela lei nº. 11.448/2007 que alterou a redação do art. 5º, inciso II da Lei nº. 7.347/85, inserindo a Defensoria no rol de legitimados.

10 É o caso, v.g., do art. 6º, que assegura a qualquer pessoa o direito de provocar a iniciativa do Ministério Público, com informações sobre a violação dos interesses tutelados; ou do art. 10, que prevê tipo penal.

11 Tanto é assim que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça aduz no seguinte sentido, como se depreende



Costa aduz que segundo posição doutrinária e jurisprudencial, a Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público não deve ser utilizada tão somente para o ressarcimento de danos ao erário, uma vez que isso não se amolda suficientemente às suas finalidades sociais (COSTA, 2011).

Não obstante, o autor refere ainda que a alternatividade que o dispositivo enseja não impede a cumulação, numa mesma ação, dos pedidos de prestar ou não algum fato e de indenizar em certa quantia de dinheiro.

Corroborando este pensar, Vigliar entende que:

Defender o patrimônio público é defender a um só tempo: interesse social (catalogado indubitavelmente na categoria de interesses difusos, abraçados pela nova ordem constitucional) e a própria ordem jurídica, já que está prevista a possibilidade de defesa do patrimônio público não só pelo Ministério Público, na defesa dos interesses transindividuais, como também para o próprio cidadão, mediante ação popular. (VIGLIAR, 1999. p.154).

Nessa esteira, o artigo 3º da Lei nº 7.347/85 preconiza que o objeto da ação em tela é a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, estando subentendidos seus reais objetivos que são os de prevenção, reparação e ressarcimento dos danos causados aos interesses transindividuais.

Dessa forma, verifica-se que o viés preventivo possui uma inegável dimensão social mais significativa, sendo os demais, meramente subsidiários, considerando-se que a reparação do dano apenas aparecerá como objetivo da lei quando o aparato preventivo se mostrar suficiente. O aspecto ressarcitório, por sua vez, na visão de Soares, “apresenta-se como o último objetivo da lei em destaque, só cabendo falar em indenização quando a função preventiva tenha sido ineficaz e o dano, a lesão venha a ser considerado irreparável”. (SOARES, 2012).

Assim também se depreende das lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, quando afirmam que:

---

do seguinte julgado: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOB A IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.429/92 SÃO APLICÁVEIS AO PARTICULAR QUE, EM TESE, INDUZA OU CONCORRA PARA APRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE OU DELE SE BENEFICIE SOB QUALQUER FORMA DIRETA OU INDIRETA. O MINISTÉRIO PÚBLICO POSSUI LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) 2. O Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade (AgRg no AREsp.76.985/MS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 18.5.2012). 3. As ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a petição inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, § 6º. da Lei 8.429/92), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, § 8º da Lei 8.429/92). (...). (STJ - REsp: 952351 RJ 2007/0113128-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 04/10/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2012).

A ação civil pública visa a apurar responsabilidade por danos morais ou patrimoniais causados aos bens jurídicos por ela tutelados. Mais precisamente, a ação pode ter finalidade preventiva ou repressiva, isto é, pode ter por escopo evitar uma lesão, ou, se já ocorrida, repará-la (se possível) e responsabilizar os que a ocasionaram, por ação ou omissão. (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 912).

É importante ressaltar que a hierarquia que existe entre os objetivos acima citados não impossibilita que coexistam em certa situação concreta. A exemplo disso, na esfera cível, o Ministério Público poderá operar a Ação Civil Pública para diversas finalidades sem, contudo, confrontar ou ferir os seus objetivos e princípios. Isto é, pode o Ministério Público, por exemplo, promover na mesma ação civil pública, pedidos com finalidades diversas, isto é, condenatórios e constitutivos ou desconstitutivos, sempre que estiver em discussão o interesse público e social, de acordo com o objeto de competência da Ação Civil Pública<sup>12</sup>.

Corroborando este entendimento, Carvalho Filho ilustra, dizendo que:

Exemplo interessante [...] deu-se no Estado do Rio de Janeiro em outubro de 1994. Tendo o Governador do Estado produzido ato de nomeação de certo Deputado para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, embora não preenchesse o nomeado o requisito da moralidade administrativa necessário para ocupá-lo, por força de diversos fatos a ele imputados e que estavam sendo apreciados em outras ações, o Ministério Público, através de seu Procurador-Geral de Justiça, ajuizou ação civil pública não somente para obter providência judicial visando a impedir a posse do nomeado (*pedido de conteúdo condenatório*), como também para anular o ato de nomeação por vício em seu motivo (*pedido de conteúdo constitutivo*). O pedido só foi juridicamente possível pelo fato de ser a moralidade administrativa o interesse difuso a ser protegido. (CARVALHO FILHO, 2004. p. 92). (Grifos no original).

Prepondera, ainda, o Ministro Luiz Fux, em passagem da ementa no REsp nº 510.150/MA, que:

[...] Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública,

12 Nesse sentido também, passagem da ementa do RESP nº. 749988/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no D.J em 08/08/2006: "PROCESSUAL CIVL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDAE. CAPCIDAE POSTULATÓRIA. ARTIGO 25, IV, "B", DA LEI 8.625/93. *LEGITMATIO AD CAUSAM DO PARQUET*. ARTS. 127 E129 DA CF/8. PATRIMÔNIO PÚBLICO. DEVR DE PROTEÇÃO. (...) *omissis*. 9. Outrossim, impõe-se, ressaltar que o artigo 25, IV, "b, da Lei 8.625/93 permite ao Ministério Público ingressar em juízo, por meio da propositura da ação civil pública para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem. 10. Deveras, o Ministério Público, ao propor ação civil pública por ato de improbidade, visa a realização do interesse público primário, protegendo o patrimônio público, com a cobrança do devido ressarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal, o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária". (RESP nº. 749988/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no D.J em 08/08/2006).



que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. (FUX, 2004, D.J. 29/03/2004, p. 173)<sup>13</sup>.

Portanto, esse entendimento explica os resultados obtidos e demonstrados a seguir. Não se pode contrariar que o manejo da Ação Civil Pública vai além da simples proteção dos bens descritos no arcabouço do artigo 1º da Lei nº 7.347/85. Ela tem sido uma das vias processuais utilizadas para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a coibição de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme prevê o texto do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85).

#### **4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SUA INCIDÊNCIA EM CAUSAS REFERENTES À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS: UMA ABORDAGEM QUANTITATIVA**

Como já referido anteriormente, o presente artigo partiu da problemática acerca da utilização da Ação Civil Pública como instrumento processual (in) hábil manejado no enfrentamento de atos corruptivos. Demonstrou-se que os Tribunais Superiores têm admitido o seu uso para o enfrentamento de questões atinentes à improbidade administrativa, equiparando a ação civil pública para com o procedimento previsto na lei nº 8.429/92.

Partindo-se deste pressuposto, tratou-se de investigar na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul qual a incidência de ações civis públicas com tal objeto. Elegeu-se este Tribunal como fonte de pesquisa, por ser o de maior proximidade e, sobretudo, pelo relevante trabalho que historicamente tem feito através de sua reconhecida atuação a nível regional e nacional em questões deste viés.

Para a análise de seus julgados, algumas raias utilizadas necessitam ser mencionadas e explicadas a fim de indicar e clarear a metodologia de pesquisa e análise, isto é, demonstrar o padrão de busca que resultou nos documentos que serão citados e analisados numericamente. Há ainda que se salientar a existência de limites de investigação de um estudo empírico, sobretudo, perante a impossibilidade de exaurimento dos julgados.

Neste contexto, a pesquisa realizada adotou como lapso temporal padrão o período de 04 de agosto de 2013 até 04 de agosto de 2014, considerando-se a data de publicação no *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, valendo-se dos recursos de pesquisa de jurisprudência e busca avançada.

<sup>13</sup> REsp 510.150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004 p. 173



Assim, ilustradamente, o preenchimento dos campos para a pesquisa quantitativa da área de busca avançada se deu da seguinte forma: **Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS; **Órgão Julgador:** Todos; **Relator:** Todos; **Ementa**<sup>14</sup>; **Seção:** Cível<sup>15</sup>; **Tipo de processo:** Todos<sup>16</sup>; **Número:** Nenhum; **Comarca de origem:** Nenhuma; **Tipo de decisão:** Acórdão; **Data de julgamento:** Nenhuma; **Data de publicação:** 04/08/2013 até 04/08/2014; **Procurar resultados:** com **todas** as palavras: improbidade administrativa; com a **expressão:** ação civil pública; com **qualquer uma** das palavras: nada; **sem** as palavras: nada; **Classificar:** por data decrescente.

O filtro encontrou 233 acórdãos, isto é, quantitativamente a pesquisa encontrou 233 acórdãos. Necessária se fez a leitura de cada julgado, uma vez que pode ocorrer a repetição de uma ementa e a desconsideração de todo o documento. Destes 233 documentos, foram analisados 100, visando estabelecer parâmetros de maior controle sobre os números e dados trazidos pela busca. Os resultados obtidos foram: 90 acórdãos eram de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público. Três acórdãos eram de ações civis públicas intentas pelo Estado do Rio Grande do Sul, sendo que em uma delas o autor foi o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do RS – DAER/RS. Três ações se repetiam. E 4 documentos tinham por objeto condutas corruptivas, mas não eram ações civis públicas.

Há que se esclarecer que a pesquisa não entrou no mérito dos acórdãos. Ou seja, dentre essas ações não foram analisadas em quais delas houve a condenação e confirmação da existência da conduta corruptiva, o que significa dizer que mesmo tratando de atos ímprobos, podem não ter configurado, os mesmos, pela absolvição.

Como já relatado anteriormente, não resta dúvida de que a Lei nº 8.429/92 contemplou ação própria para enfrentar a improbidade administrativa perpetuada por enriquecimento ilícito à custa da Administração, ou por condutas causadoras de danos ao erário, ou, ainda, por violação a princípios administrativos (arts. 9º ao 11).

No seu texto, não se encontra qualquer referência à Ação Civil Pública. A lei de improbidade limita-se a aludir a duas ações: a primeira é a ação de sequestro(art. 16) – processo de natureza cautelar – e a segunda não recebeu *nomen juris* específico, já que foi feita referência apenas à “*ação principal*” (art. 17). Adiante a lei faz menção à “*sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano*” (art. 18). Não é difícil verificar que a impropriedade técnica com que a lei indicou a via judicial idônea às tutelas nela previstas haveria mesmo de provocar hesitações em sua interpretação.

Nesta feita, analisando-se o quadro normativo procedimental relativo à Ação Civil

14 Porque ao selecionar também, inteiro teor, o filtro buscaria todos os documentos em que houvesse as palavras e expressões utilizadas de forma esparsa.

15 Porque o filtro do TJ/RS, ao selecionar também a seção crime, reporta para os crimes de corrupção ativa e passiva, os quais não são objeto do presente estudo. Por isso da utilização da expressão improbidade administrativa como sinônimo de corrupção. De outra forma, para analisar a incidência de ações civis públicas na corrupção, o filtro do TJ/RS precisa ser direcionado para as palavras improbidade administrativa, sob pena de haver direcionamento para os crimes de corrupção ativa e passiva.

16 Porque ao selecionar um tipo de processo específico, o filtro não corresponde com o número real de ações, muitas vezes zerando a busca.



Pública regulada na Lei nº 7.347/85 e à ação prevista na Lei nº 8.429, encontra-se, ao menos, um ponto comum: para ambas é o Ministério Público um dos legitimados à sua propositura. E esse talvez seja um fato do qual podem realmente emanar discrepâncias quanto à identificação das ações.

Mesmo com as diferenças visíveis, o fato é que como demonstram os números anteriormente descritos, a jurisprudência tem aceitado o manejo da Ação Civil Pública para o enfrentamento de atos corruptivos, igualando ambas as ações. Se tal fato é prejudicial aos objetivos dos institutos, é difícil precisar. Ocorre que o enfrentamento tem surtido efeito, mesmo que com um instituto processual não totalmente hábil.

## 5 CONCLUSÃO

Ainda em tempo, é necessário mais uma vez que se reforce que o objetivo do estudo foi analisar a incidência da Ação Civil Pública em casos que tivessem por tema condutas corruptas. Neste trabalho, muitas vezes utilizou-se a expressão “improbidade administrativa” para se referir ao assunto. No ponto, é preciso esclarecer que tal expressão foi utilizada devido ao fato de que o banco de dados, em que se realizou a pesquisa cerne do estudo, qual seja, *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim entende como corrupção, para diferenciar dos crimes de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal.

Feito esse importante esclarecimento, como já demonstrado, os institutos processuais aqui analisados guardam importantes distinções. O devido manejo do instituto da Ação Civil Pública na busca pela tutela coletiva dos interesses difusos, direitos coletivos e, sobretudo, do patrimônio público é essencial para que se alcancem devidamente os objetivos de tal via, através de uma efetiva prestação jurisdicional.

Desta forma, ter o domínio acerca dos legitimados ativos e suas nuances para o exercício da tutela coletiva para fins de compreender quais interesses estão sendo colocados diante do Poder Judiciário, bem como o domínio sobre os conceitos e matérias que podem ser tuteladas pela via coletiva é de suma importância.

É neste momento que tem-se firmado entendimento, na jurisprudência, de que exigências formais para o exercício da defesa coletiva devem ser afastadas, para não limitar a legitimação ativa de forma imprópria a ponto de atentar ao Estado Democrático de Direito.

O que se busca tentar demonstrar é que, embora existam as diferenças já elucidadas entre os dois institutos processuais, no que tange à corrupção, tem-se admitido a concomitância de Ações Cíveis Públicas por ato de improbidade administrativa e Ações Cíveis de Improbidade Administrativa e os resultados do levantamento jurisprudências vão ao encontro deste fato.

Nesse sentido, a idoneidade da ação civil pública, como instrumento de defesa e proteção ao patrimônio público, com manejo assegurado pelo art. 129, III, da CF,



adquiriu amplitude maior do que aquela prevista na Lei nº 7.347/85, motivo por que a sua propositura e a legitimidade de seus patrocinadores só devem encontrar obstáculo nos casos de evidente contrariedade ao ordenamento jurídico. Assim, admitindo-se valer de pedidos não apenas condenatórios, mas também constitutivos ou desconstitutivos de atos lesivos ao patrimônio público.

Importante ainda mencionar que através do controle judicial, duas espécies surgem e se integram no corpo da legalidade definidas pelo Estado. O controle da corrupção é exercido pelo Judiciário na esfera cível (quando se fala em improbidade administrativa), de acordo com o direito administrativo, e na esfera criminal, de acordo com o direito penal. Na esfera cível, a corrupção é tratada como problema administrativo do Estado, tendo em vista o problema da discricionariedade dos agentes públicos. Nessa modalidade, o Judiciário impõe à Administração Pública o ajustamento de condutas dos agentes públicos, algumas penalidades e a correção formal da finalidade administrativa.

As disputas, na dimensão do controle judicial sobre a corrupção, ocorrem pela melhor interpretação do direito e dos instrumentos formais do direito processual, de acordo com as regras de conduta do campo jurídico. A lógica da supervisão jurídica retira da política a capacidade de controle sobre as próprias delinquências, passando ao Judiciário o encargo de controlar a ação dos agentes públicos. O controle judicial da corrupção, dessa forma, pressupõe uma legalidade que indique o que é e o que não é corrupção, através de um processo conduzido na dimensão dos tribunais. E é aqui que, sobretudo, o Ministério Público tem se valido da Ação Civil Pública para buscar esse controle. O enfrentamento tem surtido efeito, mesmo que com um instituto processual não totalmente hábil.

## REFERÊNCIAS

- CAPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 8.
- COSTA, Kalleo Castilho. Ação Popular e Ação Civil Pública. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul, 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9888&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9888&revista_caderno=9)>. Acesso em: jul 2014.
- FILHO, J. S. Carvalho. *Ação civil pública*. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004. p. 204.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo descomplicado*. 20. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 908-717.
- SANTOS, Carlos Frederico dos. A Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. In: *Temas Jurídicos*, Rio de Janeiro, Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=41>>. Acesso em: 27 jul. 2014.



SOARES, Tainy de Araújo. A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público X O desenvolvimento urbano da cidade do Recife. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3270, 14 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22005>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública: Lei n. 7.347 / 85 e Legislação Posterior, Ação Civil Pública para Defesa: Meio Ambiente, da Pessoa Portadora de Deficiência, da Criança e do Adolescente, do Consumidor, do Patrimônio Público e Combate a Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 154.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. Legitimidade ativa e passiva em matéria de Ação Civil Pública e Ações Coletivas. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, 01 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/1210-legitimidade-ativa-e-passiva-em-materia-de-acao-civil-publica-e-acoes-coletivas>>. Acesso em: 23 jul. 2014.



# DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL: ANÁLISE DOS ESTATUTOS E DOS CÓDIGOS DE CONDUTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS E ESTADUAIS

Luiz Egon Richter<sup>1</sup>  
Rafael Santin Brandini<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade administrativa do servidor público é um tema que perpassa o exercício da função pública, porque se exige dele – servidor – conduta em sintonia com as regras, os princípios e os valores do ordenamento jurídico. A inobservância do Direito<sup>3</sup> pode acarretar, dentre outras, a responsabilidade administrativa.

Pretende-se, ainda que breve, fazer uma análise descritiva e prospectiva acerca do tema responsabilidade administrativa, com base na Constituição Federal, estatutos dos servidores públicos, códigos de condutas e doutrina brasileira.

O texto terá como ponto de partida considerações acerca da teoria da responsabilidade administrativa do servidor público, a definição legal e a conceituação do servidor público no Brasil, o fundamento constitucional da responsabilidade administrativa do servidor público, da noção de responsabilidade civil, passando pelos estatutos dos servidores públicos da União e dos Estados da Federação, dos códigos de condutas e, por fim, a função do regime disciplinar do servidor público numa perspectiva do Estado Democrático Brasileiro.

## 2 DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO SERVIDOR PÚBLICO

A responsabilidade administrativa<sup>4</sup> tem que ser compreendida em bases teóricas que lhe deem suporte e a distinguem das outras responsabilidades que o servidor público está sujeito, como a penal e a civil. Em sentido bastante amplo, responde administrativamente o servidor público que infringir normas administrativas no exercício da função pública<sup>5</sup>.

1 Professor de Direito Administrativo da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC.

2 Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Advogado.

3 Direito como um conjunto de regras, princípios e valores.

4 “Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 564.

5 ARAÚJO, Edmir Neto de. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 910.



Por outro lado, em sentido estrito a responsabilidade administrativa “significa a obrigação de responder perante a Administração pela prática de ilícito administrativo na infração de regras de conduta relacionadas à função pública, desdobrando-se em ilícito disciplinar e funcional”<sup>6</sup>.

De acordo com Araújo, a responsabilidade administrativa tratada de forma genérica pela doutrina, pode decorrer da não observância das regras que regem a relação hierárquica entre subordinante e subordinado, da qual o exemplo mais frisante é sua ocorrência por desobediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico e da inobservância de regras que regem a conduta funcional<sup>7</sup>. Na primeira hipótese estar-se-ia diante de uma responsabilidade disciplinar, porque o servidor não observou as regras disciplinares da esfera hierárquica. Na segunda hipótese, estar-se-ia diante de uma responsabilidade funcional, porque o servidor não observou as regras que regem a conduta funcional, notadamente as que dizem respeito à sua função ou atribuições<sup>8</sup>.

O Estado Democrático de Direito tem como objetivo, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, para tanto, as leis devem ser feitas, aplicadas e executadas em consonância com os valores, princípios e as adequações sociais. Nesse sentido, o servidor público tem que atuar em conformidade com a finalidade do Estado e responde se isso não ocorrer.

E na busca por essa atuação comprometida com as finalidades do Estado, uma das consequências é a responsabilização administrativa do servidor público, que tem seu fundamento no poder disciplinar do Estado<sup>9</sup> e decorre da sujeição do servidor público a um regime jurídico especial que estabelece, entre outros, deveres e proibições, ou seja, obrigações de fazer e de não fazer, com a finalidade de prevenir e corrigir o exercício da função pública<sup>10</sup>.

O poder disciplinar, que não se confunde com o poder punitivo do Estado, tem, por um lado, a finalidade de proteger a boa gestão do interesse público tanto interna quanto externamente; e, de outro, proteger os direitos do servidor público, de sorte que a ação punitiva não se transforme em arbitrária.

Todo o instrumental que a Administração Pública pode utilizar para o exercício

6 Idem, p. 910.

7 Idem, p. 911.

8 Idem, p. 911.

9 “Para tanto, as normas jurídicas determinam a responsabilidade dos agentes políticos, delimitam a parcela de poder que cada agente detém e a forma que irá exercê-la. A fim de tornar o sistema político legítimo perante as sociedades atuais, o direito também passou a prever mecanismos de punição para os agentes públicos que se desviam da função pública e exercem o poder com fins outros que não o interesse geral. Um sistema democrático deve prever, ademais, mecanismos para que o povo, legítimo titular do poder político, possa exercer o controle sobre seus mandatários”. ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 44/45.

10 “Assim, embora o Estado não tenha qualquer noção de moralidade, nem de religião, nem mesmo de direito, cabe ao homem responsável pela emissão da vontade imputável ao Estado pautar o exercício de suas funções segundo os fins que a sociedade espera do Estado. No contexto brasileiro, isso quer dizer *uma atuação conforme a moralidade e o direito*.” Idem, p. 44.



da função disciplinar está amparado numa base teórica que, em linhas gerais, é orientada por um conjunto de princípios que orientam o Poder Legislativo no momento da feitura da lei, o Poder Executivo no momento da execução da função disciplinar e, também, o Poder Judiciário no momento de aplicar a lei e o Direito, se demandado.

De acordo com Osório<sup>11</sup>, o servidor público somente pode ser responsabilizado administrativamente se o sujeito for ativo legalmente apto a cometer o ilícito administrativo, segundo o princípio da capacidade infratora. Também não pode ser responsabilizado o servidor objetivamente, ou seja, a culpabilidade é verdadeiro pressuposto de responsabilização das pessoas físicas, em sintonia com o princípio da culpabilidade, fundado nas garantias individuais contra o arbítrio, que são o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação da sanção que deve ser pessoal e individualizada.

Ainda de acordo com o mesmo autor, outro princípio é o da pessoalidade da sanção, por ser um desdobramento do princípio da culpabilidade, rejeita a responsabilidade objetiva e repele a responsabilidade solidária porque a infração é praticada por pessoa física e a que praticou é que deve sofrer as consequências da responsabilização. Nessa linha aparece, também, o princípio da individualização da sanção que se baseia na assertiva de que “cada infrator deve receber um tratamento individualizado, particular, com a possibilidade de reconhecer as concretas e específicas razões do ato sancionador, podendo impugná-lo ou aceita-lo”<sup>12</sup>.

O que se percebe é que a teoria da responsabilidade administrativa do servidor público foi construída no sentido de prevenir e corrigir as infrações decorrentes da relação de hierarquia interna e as infrações funcionais, ou seja, as regras de conduta funcional. Contudo, começa a apresentar uma tendência no sentido de ultrapassar os estritos limites internos da relação hierárquica e funcional para responsabilização do servidor público quando este não atender aos fins cometidos à Administração Pública.

### 3 DA DEFINIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL

A busca pela definição de servidor público foi feita nos estatutos dos servidores públicos da União e dos Estados da Federação<sup>13</sup> e constatou-se o seguinte: primeiro, existem estatutos anteriores à Constituição Federal de 1988; segundo, não existe uniformidade de tratamento na designação do servidor público: nos estatutos anteriores à Constituição Federal de 1988, em número de dez, a designação é “funcionário Público ou funcionário público civil” e nos estatutos instituídos após 1988, em número de dezessete, a designação é “servidor, servidor público ou servidor

11 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 311.

12 Idem, p. 342.

13 Fez-se uma busca nos sites oficiais da União e dos Estados da Federação de onde foram extraídos os Estatutos para efeitos da pesquisa.



público civil” e, por fim, a maior parte dos estatutos relaciona o funcionário ou servidor público, como a pessoa legalmente investida em cargo público.

Diferentemente o Estatuto dos servidores públicos do Mato Grosso do Sul, em seu artigo 3º define o servidor ou funcionário como a pessoa legalmente investida em cargo público ou emprego público da administração direta, ou de autarquia ou fundação pública. Essa definição foi introduzida pela Lei estadual de n.º 2.157, de 26/10/00, portanto já na vigência da Constituição Federal de 1988. Portanto, o estatuto do Mato Grosso do Sul define o servidor ou funcionário como a pessoa legalmente investida em cargo ou emprego público.

A Constituição Federal prevê no artigo 37, II que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

E o artigo 39 da Constituição apresentava a seguinte redação: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.” Essa redação levou ao entendimento de que o regime jurídico único era o estatutário, afastando a possibilidade de contratação de empregados públicos na Administração Direita e autárquica.

Posteriormente, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, a redação foi alterada, passando a ser: “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.” Mas a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2135-4 fez retroagir à redação originária até o julgamento de mérito<sup>14</sup>.

O regime jurídico dos servidores públicos, titulares de cargos públicos, não se confunde com o regime jurídico dos empregados públicos, que ocupam empregos públicos no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública indireta, salvo aquelas que foram contratadas à época em que vigia a redação do

14 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2135-4 – Fragmento da ementa - Após o voto do Senhor Ministro Néri da Silveira, Relator, deferindo a medida acauteladora para suspender a eficácia do artigo 039, cabeça, da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, em razão do que continuará em vigor a redação original da Constituição, pediu vista, relativamente a esse artigo, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Em sequência, o Tribunal, por unanimidade, declarou o prejuízo da ação direta quanto ao ataque ao artigo 026 da Emenda Constitucional nº 019/98. O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a medida cautelar de suspensão dos incisos 00X e XIII do artigo 037, e cabeça do mesmo artigo; do § 001º e incisos do artigo 039; do artigo 135; do § 007º do artigo 169; e do inciso 00V do artigo 206, todos da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 019/98. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Relativamente a estes artigos, a Senhora Ministra Ellen Gracie, esteve ausente, justificadamente, não participando da votação. Após o voto do Relator, indeferindo a medida cautelar quanto ao § 002º do artigo 041 da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019/98, foi suspensa a apreciação. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. - Plenário, 08.11.2001. Após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie e do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhando o voto do Relator, deferindo a liminar para suspender a eficácia do artigo 039, cabeça, da Constituição nº 019, de 04 de junho de 1998, pediu vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Não votou o Senhor Ministro Gilmar Mendes por suceder ao Senhor Ministro Néri da Silveira, que já proferira voto. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. - Plenário, 27.06.2002.

artigo 39 dada pela EC 19/98. São, portanto, duas categorias de agentes públicos, com regimes jurídicos distintos.

Além dos empregados públicos, existem outras categorias de agentes públicos que não se sujeitam ao regime jurídico estatutário dos servidores públicos, tais como os agentes políticos, honoríficos, delegados, entre outros.

Portanto, define-se servidor pública toda a pessoa legalmente investida em cargo público, por força de concurso público de provas ou de provas e títulos e mantém com o Estado um vínculo jurídico estatutário que dispõe, entre outros, o regime jurídico disciplinar.

No plano doutrinário encontram-se conceitos amplos e conceitos restritos de servidor público. De acordo com Mello<sup>15</sup>, “servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades governamentais, *integrados em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público”

Uma definição mais restrita é esposada por Justen Filho<sup>16</sup>, ao definir o servidor público como, “uma pessoa física que atua como órgão de uma pessoa jurídica de direito público, mediante vínculo jurídico de direito público, caracterizado pela investidura em posição jurídica criada por lei, pela ausência de função pública, pela ausência de integração em corporações militares e pela remuneração proveniente dos cofres públicos.”

Feitas estas considerações acerca da definição e conceituação do servidor público, passar-se-á para a abordagem sobre o fundamento constitucional da responsabilidade do servidor público, notadamente aquela decorrente da prática de atos ilícitos.

#### 4 DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO POR ATOS ILÍCITOS

A ordem jurídica impõe ao servidor público, tanto no exercício da função pública, como na vida privada, conduta sintonizada com os valores morais que alicerçam a sociedade. Mas é no exercício da função pública que se exige uma conduta republicana, em sintonia com as regras, princípios e valores da organização política e jurídica consagrados na Constituição Federal.

O princípio republicano, “é, na verdade, um comando objetivo aplicável e exigível a toda a aplicação do sistema normativo brasileiro, constitucional e infraconstitucional. O princípio republicano, aliado à condição de Estado Democrático de Direito, é, pois,

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 253.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 846.



impositivo a todas as relações entre o Estado e seu povo, e, ainda, no interior de ambos”<sup>17</sup>.

Por isto é que, na hipótese de o servidor agir em desconformidade com a legalidade, estará sujeito à responsabilidade administrativa. A responsabilidade administrativa se relaciona com a função disciplinar que tem como objetivo preservar a boa administração pública e a proteção da ordem administrativa interna, fundada na culpabilidade do servidor público.

Esta função apresenta, em linhas gerais, três elementos que são: a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Só é possível responsabilizar alguém se for possível imputar a ela conduta de ilicitude; além da imputabilidade é necessário que a pessoa tenha consciência da ilicitude, ou seja, tem noção de que a conduta dela afronta a legalidade<sup>18</sup>; e, também, a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, a pessoa tinha a liberdade de agir em conformidade com a legalidade, mas optou por agir em desconformidade com ela.

O ilícito administrativo decorre de condutas comissivas ou omissivas do servidor público em face da legalidade no exercício da função pública. A transgressão à ordem jurídica positivada, seja por ação, seja por omissão, pode acarretar a responsabilidade administrativa, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal.

Assim, é possível afirmar que a responsabilidade administrativa do servidor público tem como fundamento originário o princípio republicano e os princípios fundamentais referidos expressamente no artigo 1º da Constituição Federal, nos objetivos fundamentais descritos no artigo 3º e, também, nos princípios derivados que informam a Administração Pública, notadamente os preconizados no artigo 37 da Constituição Federal, sem afastar do direito público subjetivo à boa administração pública<sup>19</sup> que, embora não expresso, é possível extrair do conjunto de princípios e diretrizes que regem a Administração Pública no Brasil.

Porque se por um lado o cidadão tem o direito público subjetivo à boa administração pública; por outro, o servidor público tem a obrigação de agir em conformidade com o Direito porque este compreende a legalidade, os princípios e os valores instrumentais e finalísticos que regem a função pública. A ilicitude fere o princípio da dignidade da pessoa humana que, em última análise, é o princípio em torno do qual giram os direitos fundamentais e, esses, por sua vez se apresentam como o principal norte teleológico da função pública<sup>20</sup>.

17 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Dos princípios fundamentais*. In: Comentários à Constituição do Brasil, J.J. Gomes Canotilho [et al], São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

18 Legalidade como conjunto de regras, princípios e valores.

19 “trata-se do direito fundamental à 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. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

20 “El centro de la acción pública, repito, es la persona, la gente. La persona, el individuo humano, no puede ser entendida como um sujeto passivo, inerte, puro receptor, destinatário inerte de las decisiones políticas. Definir



Destaca-se, também, que o princípio da moralidade pública informa e impõe um padrão ético para o exercício da função pública. O servidor público não pode, no desempenho de sua função, desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, em sua atuação, não pode decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

A título exemplificativo, o inciso IX do art. 116 da Lei n. 8.112/90 – estatuto do servidor público federal – estabelece como um dos deveres do servidor o de “*manter conduta compatível com a moralidade administrativa*”. A moralidade da Administração Pública, portanto, não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do agir do servidor público.

Neste contexto, a Administração Pública não pode se afastar das diretrizes axiológicas demarcadas pela Constituição e legislação ordinária, pois estaria assim agindo usurpando Poder que não possui, podendo até configurar ilícitos administrativos, cíveis e penais<sup>21</sup>.

## 5 DOS ESTATUTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A vinda da Família Real para o Brasil deu início às atividades administrativas e por consequência a contratação de pessoas para atuar no âmbito do Estado, executando atividades estatais. Porém, o marco impulsivo à instrumentalização normativa do Estatuto dos Servidores Públicos no Brasil deu-se através do art. 170<sup>22</sup>, da Constituição de 1934, e foi na vigência da Carta de 1937, por vias ditatoriais, que se chegou à criação e vigência do *Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União* - Decreto-lei 1.713, de 28.10.1939. Neste sentido, em 20.02.1941, o Governo de Getúlio Vargas, expediu o Decreto-Lei 3.070, compelindo os Estados brasileiros, no mesmo ano, a elaborarem os respectivos projetos estatutários do funcionalismo público, em condições uniformes ao Estatuto da União<sup>23</sup>.

Um dos objetos dos estatutos dos servidores públicos sempre foi o regime disciplinar, com a finalidade de manter a ordem interna dos serviços públicos.

---

a la persona como centro de la acción pública significa no solo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida política. Aquí se encuentra una de las expresiones más acabadas de lo que entiendo por buen gobierno, por buena administración em el marco democrático.” RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El buen gobierno y la buena Administración de las Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 52.

21 LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. Texto inédito, 20 páginas.

22 Art 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: [...].

23 OURO PRETO, Luiz Vicente B. de. Evolução do Regime Legal dos Funcionários Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 338, jan. 1945.



E nesse sentido, a responsabilidade administrativa tem por finalidade preservar a boa administração pública, a proteção da ordem administrativa interna, fundada na culpabilidade do servidor público.

Para tanto, os estatutos ordinariamente estabelecem um conjunto de deveres e proibições que orientam a atuação funcional, em sentido amplo, do servidor público. Os deveres e as obrigações impostas ao servidor impõem regras disciplinares de natureza hierárquica e, também, regras que dizem respeito à sua função ou atribuições.

Num breve levantamento feito nos estatutos dos servidores públicos da União e dos Estados da Federação, verifica-se que a maioria dos Estatutos apresentam a seguinte estrutura: deveres, proibições, responsabilidades e penalidades. O Estatuto dos Servidores do Estado da Goiás substitui o subtítulo “das proibições” por “das transgressões funcionais”. Também o Estatuto dos Servidores Públicos de Santa Catarina inova um pouco ao estruturar o capítulo do regime disciplinar da seguinte forma: das responsabilidades, das infrações disciplinares e das penas, fugindo um pouco do usual. E por fim, o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Tocantins inova ao acrescentar, no capítulo disciplinar, um rol de princípios e, além disso, a inserção do ajustamento de conduta com o servidor que é um termo de compromisso de ajuste de conduta quando a infração administrativa disciplinar, no seu conjunto, apontar ausência de efetiva lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública.

Os deveres impõem aos servidores públicos obrigações de fazer, que em linhas gerais e com poucas variações, são as seguintes: exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; ser leal às instituições a que servir; observar as normas legais e regulamentares; cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; atender com presteza: ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo, à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal e às requisições para a defesa da Fazenda Pública; zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; guardar sigilo sobre assunto da repartição; manter conduta compatível com a moralidade administrativa; ser assíduo e pontual ao serviço; tratar com urbanidade as pessoas e representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Além das obrigações de fazer acima arroladas, alguns estatutos impõem aos servidores públicos a obrigação de levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração.

Como já foi referido, paralelamente às obrigações de fazer, os Estatutos dos servidores públicos da União e dos Estados da Federação apresentam um rol de proibições, ou seja, obrigações de não fazer que, em linhas gerais e com algumas variações, são as seguintes: ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; retirar, sem prévia anuência da autoridade



competente, qualquer documento ou objeto da repartição; recusar fé a documentos públicos; opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; cometer à pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se à associação profissional ou sindical, ou a partido político; manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário<sup>24</sup>; atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; praticar usura sob qualquer de suas formas; proceder de forma desidiosa; utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias; exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

Para efeitos de impor o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, os estatutos preveem que os servidores públicos estão sujeitos a responder administrativamente, cuja responsabilidade é apurada internamente, por meio de processo administrativo disciplinar, cujo rito processual é estabelecido por cada estatuto.

E em caso de descumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer, observado o devido processo legal, assim como o contraditório e a ampla defesa, em considerado culpado o servidor público este poderá ser sancionado administrativamente. Os estatutos preveem as respectivas sanções, que não se confundem com as penas impostas por comportamentos tipificados como crime. Em linhas gerais as sanções são: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

De acordo com o Estatuto do Servidor Público federal, “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais e o ato de imposição da penalidade

<sup>24</sup> Ordinariamente a vedação de participar de gerência ou administração de sociedade privada não se aplica quando a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e quando gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.



mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.”<sup>25</sup>.

O que se percebe é que a concepção dos estatutos dos servidores públicos, tem no regime disciplinar, o ponto forte no regramento disciplinar de natureza hierárquica e, também, sobre a função ou atribuição do servidor. As disposições que compõem o conjunto de obrigações de fazer e de não fazer sinalizam com a preocupação disciplinar hierárquica e funcional, mas não sinalizam de forma contundente a necessária vinculação do exercício da função pública com os valores e finalidades cometidas ao Estado.

Esta concepção clássica precisa ser superada para entrar em sintonia com a Constituição Federal, notadamente com os princípios e os objetivos fundamentais. É sabido que o Estado atua por meio de seus órgãos e de seus agentes, por isso, se a Constituição comete ao Estado finalidades públicas, essas somente serão materializadas pela atuação dos agentes públicos. O servidor público, espécie de agente público, tem como dever agir em consonância com as finalidades atribuídas ao Estado, sob pena de responsabilidade.

Superada esta concepção disciplinar em sentido estrito, na qual o regime jurídico disciplinar cuida somente de aspectos disciplinares de natureza hierárquica e funcional – atuação em conformidade com o regramento em sentido formal –, o servidor estará sujeito à responsabilização, também, quando ele não atuar em conformidade com os princípios fundamentais e todos os demais que orientam o exercício da função pública, assim como os valores e objetivos fundamentais.

Destaca-se que entre os princípios que regem a função pública está o da moralidade pública, que exige não apenas uma conduta ética de meios, mas também uma ética finalística, ou seja, não basta o exercício moralmente aceito, mas é necessário que o servidor alcance um resultado moralmente esperado. Por isso, os estatutos dos servidores públicos da União e dos Estados da federação classificam a corrupção como de elevado potencial ofensivo à Administração e aos seus fins e, por isso, preveem a sanção administrativa de demissão do servidor público.

Ainda com a finalidade de concretizar a moralidade pública, a União e alguns Estados da Federação adotaram códigos de conduta, com a finalidade de instrumentalizar eficazmente a ordenação comportamental dos servidores públicos, segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, com a finalidade de dignificar a vida humana.

## 6 DOS CÓDIGOS DE CONDOTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

As crises institucionais da década de 1990, conciliadas ao movimento social e político que conduziu ao impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, acirrou na opinião pública a cobrança por mecanismos de controle mais

<sup>25</sup> Artigo 128 e parágrafo único.



eficientes no combate à corrupção. Assim, em dezembro de 1993, o governo federal, na busca de dar respostas, formou uma comissão especial presidida pelo jurista Modesto Carvalhosa, que elaborou o Projeto do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, que veio a ser aprovado por meio do Decreto nº 1.171, em 22 de junho de 1994<sup>26</sup>.

O referido Código de Ética foi complementado através da criação da Comissão de Ética Pública (Decreto de 26 de maio de 1999) e pelo Código de Conduta da Alta Administração, no ano de 2000. Neste sentido, alguns Estados da federação passaram a editar seus Códigos ou Normas de Condutas, a exemplo, os seguintes Estados: Mato Grosso (2002); Minas Gerais (2004); Rio Grande do Sul (2008); Rio de Janeiro (2011).

De toda forma, apesar dos Códigos de Condutas dos Servidores estaduais e federais vigentes não conterem uma sistematização uniformizada, a finalidade dos mesmos converge no mesmo sentido, ou seja, tratam-se de documentos normativos que apresentam, de forma clara e objetiva, regras de comportamento que se espera do servidor público, bem como as condutas que não são permitidas. Tutelam valores norteados ao correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas, os quais deverão promover a integridade, a honestidade e a responsabilidade dos funcionários públicos, além de estabelecer medidas disciplinares contra aqueles que transgredirem as normas. Logo, estabelecem os padrões de comportamento e complementam as leis, já que regulam condutas nem sempre abrangidas pela legislação.

Entre as regras de comportamento funcionais que os Códigos de Condutas em vigor no Brasil vedam, de forma compatível, ou seja, obrigações de não fazer, em linhas gerais e com algumas variações, são as seguintes: utilizar-se de cargo, emprego ou função, de facilidades, amizades, tempo, posição e influências, para obter qualquer favorecimento, para si ou para outrem; prejudicar deliberadamente a reputação de outros servidores, de superiores hierárquicos ou de cidadãos que deles dependam; usar de artifícios para procrastinar ou dificultar o exercício regular de direito por qualquer pessoa; deixar de utilizar os avanços técnicos e científicos ao seu alcance ou do seu conhecimento para atendimento do seu mister; permitir que perseguições, simpatias, antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal interfiram no trato com o público ou com colegas hierarquicamente superiores ou inferiores; pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim; aceitar presentes, benefícios ou vantagens de terceiros, salvo brindes que não tenham valor comercial ou que, sendo distribuídos a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de um salário mínimo; alterar ou deturpar o teor de documentos que deva

26 MENDES, Annita Valéria Calmon. Ética na administração pública federal: a implementação de Comissões de Ética setoriais - entre o desafio e a oportunidade de mudar o modelo de gestão. Brasília: FUNAG, 2010. p. 37-38.



encaminhar para providências; iludir ou tentar iludir qualquer pessoa que necessite do atendimento em serviços públicos; desviar servidor público para atendimento a interesse particular; retirar da repartição pública, sem estar legalmente autorizado, qualquer documento, livro ou bem pertencente ao patrimônio público; fazer uso de informações privilegiadas obtidas no âmbito interno de seu serviço, em benefício próprio, de parentes, de amigos ou de terceiros; apresentar-se embriagado no serviço ou, habitualmente, fora dele; dar o seu concurso a qualquer instituição que atente contra a moral, a honestidade ou a dignidade da pessoa humana; exercer atividade profissional antiética ou ligar o seu nome a empreendimentos que atentem contra a moral pública; e permitir ou concorrer para que interesses particulares prevaleçam sobre o interesse público.

Os estatutos de condutas abordados preveem sanções que não se confundem com as penas impostas por comportamentos tipificados como crime. E de forma similar legislam as seguintes sanções: advertência, aplicável às autoridades no exercício do cargo e censura ética, aplicável às autoridades que já tiverem deixado o cargo.

Em estudo acerca da evolução dos Códigos de Condutas e de Ética brasileiros, Dias e Reis<sup>27</sup> realizaram análises sobre os referidos institutos em vigência e diagnosticaram a vinculação de conteúdo destes em face do princípio da moralidade administrativa e com o teor do artigo 37, da CF.

Neste mesmo sentido, oportuno o teor da exposição de motivos do Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), que esclarece no sentido de que as normas de natureza comportamentais ora divulgadas ou reeditadas inspiraram-se na disposição constante do artigo 37 da Constituição Federativa do Brasil, cujos princípios norteiam a atividade da Administração Pública. E que embora o CCAAF se aplique às altas autoridades da Administração Pública Federal, como expresso no seu artigo 2º, trata-se de diploma com reflexos verticalizados, atingindo todo o corpo de agentes públicos do Executivo Federal, na forma do que dispõe.

Assim, a normatização de regras e padrões de conduta do agente público traduz o propósito de retomada de valores e princípios que as inspiram e proporciona o balizamento das ações das autoridades. Acarretando um evidente estímulo ao respeito do público em geral, afastando dúvidas sobre a retidão ética do comportamento administrativo.

Porém, a partir da instituição das regras sobre a conduta e a ética integral por parte do funcionalismo público derivam o compromisso e o esforço estatal em desenvolver uma estrutura composta por órgãos incumbidos de zelar por sua consecução. Este papel primordial dos componentes do Sistema de Gestão da Ética vem, atualmente, sendo o principal desafio para tornar os Códigos efetivos, por razões como aponta Frey<sup>28</sup>, em que o processo de colocar em prática as Comissões de Ética Setoriais é tão

27 DIAS, Maria Clara; GOMES, Nelson Gonçalves; REIS, Claudio Araujo. Ética no Serviço Público. ENAP - Escola Nacional de Administração Pública. p. 78.

28 FREY, K. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática de análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e políticas Públicas, v. 21, jun. 2000.



complexo quantos valores e condutas que tenta instituir porque envolve atores com interesses individuais e coletivos: a administração pública, os servidores públicos e a sociedade civil, os quais agem segundo os interesses pessoais e as identidades sociais.

## **7 QUAL É A FUNÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DO SERVIDOR PÚBLICO NUMA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO?**

O Estado Democrático de Direito é o meio de realização das demandas sociais e o servidor público é o elemento ativo para a materialização das demandas. Por isso, o servidor público está sujeito a um regime jurídico diferente daquele que rege as relações entre os particulares. O Estado e, por consequência, o servidor público, têm objetivos, finalidades a ser alcançados.

A função do regime disciplinar do servidor público, numa perspectiva de Estado Democrático de Direito, é a de induzir comportamentos compatíveis com a disciplina interna da Administração Pública, mas também com os objetivos fundamentais do Estado e os princípios que orientam a boa administração pública, de sorte que se exige do servidor público conduta de servidor – aquele que serve ao público.

Portanto, o regime disciplinar do servidor público precisa ter mecanismos de indução para o bom, eficaz e eficiente exercício da função pública, e, também, tem que ter instrumentos sancionatórios, que tem por finalidade punir as infrações e, assim, proteger o bem jurídico maior que é o interesse público.

## **8 CONCLUSÃO**

A teoria estatutária da função pública, determinada de forma unilateral, geral e impessoal em sintonia com a concepção burocrática de Estado, não atende mais às demandas relacionadas com o atual quadro relacional entre Estado Democrático de Direito e servidor público. Entende-se por servidor público, a espécie de agentes públicos que titulariza cargos públicos em regime jurídico especial, estatutário.

Exige-se do servidor público uma conduta republicana, em sintonia com as regras, princípios e valores da organização política e jurídica consagrados na Constituição Federal e, para tanto, os estatutos dos servidores públicos têm capítulos que dispõem sobre o regime disciplinar. Contudo, as disposições que compõem o conjunto de obrigações de fazer e de não fazer sinalizam com a preocupação disciplinar hierárquica e funcional, mas não sinalizam de forma contundente à necessária vinculação do exercício da função pública com os valores e finalidades cometidas ao Estado.

Portanto, para fazer frente às patologias corruptivas e outras ilicitudes funcionais



que assolam as administrações públicas, talvez se faça necessária uma nova teoria estatutária da função pública, notadamente da ilicitude funcional, fundada nos princípios instrumentais e teleológicos que informam o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Neto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. 2014.
- DIAS, M.; GOMES, N.; REIS, C. *Ética no Serviço Público*. Disponível em: <[http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fetica\\_serv\\_public.pdf](http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fetica_serv_public.pdf)>. Acesso em: 06 set. 2014.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática de análise de políticas pública no Brasil. *Planejamento e políticas Públicas*, v. 21, jun. 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* - ano 14, n. 55. Belo Horizonte: fórum, 2014. p. 87-108.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Dos princípios fundamentais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MENDES, Annita Valéria Calmon. *Ética na administração pública federal: a implementação de Comissões de Ética setoriais - entre o desafio e a oportunidade de mudar o modelo de gestão*. Brasília: FUNAG, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OURO PRETO, Luiz Vicente B. de. Evolução do Regime Legal dos Funcionários Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, jan. 1945.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El buen gobierno y la buena Administración delas Instituciones Públicas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.



# A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA ESFERA LOCAL A PARTIR DE JULGADOS DO TJ/RS

*Ricardo Hermany<sup>1</sup>*  
*Karine Silva dos Santos<sup>2</sup>*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LEI Nº 8429/92

A Lei nº 8429 de 2 de junho de 1992 conceitua, de forma ampliada, os atos de improbidade administrativa, correspondendo a um reclame contra a corrupção, a ineficiência, a desonestidade, o desrespeito à coisa pública e a má-fé, que tiram a credibilidade das instituições governamentais (BULOS, 2012, p. 1025).

A legislação infraconstitucional brasileira conta com mecanismos para confrontar a corrupção diretamente e com instrumentos para viabilizar seu enfrentamento, a saber: (1) a Lei nº 1.079/1950, quando traz a definição e regula o processo de julgamento dos crimes de responsabilidade; (2) a Lei nº 4.717/1965, que trouxe a regulamentação da Ação Popular; (3) o Decreto-Lei nº 201/1967, que trata da responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores; (4) a Lei nº 7.347/1985, que versa sobre a Ação Civil Pública; (5) a Lei nº 7.492/1986, que compreende os crimes contra o sistema financeiro nacional; (6) A Lei nº 8.429/1992, sobre improbidade administrativa; (7) a Lei nº 8.730/1993, que estabeleceu a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções em qualquer um dos três poderes; (8) a Lei Complementar nº 101/2000, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal; (9) a Lei nº 9.613/98, que tratou dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei e criou o COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, bem como Lei nº 12.683, que a altera para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro; (10) a Lei nº 10.028/2000, que trouxe alterações para o Código Penal para nele estabelecer os crimes contra as finanças públicas de forma mais específica; (11) a Lei nº 11.111/2005, sobre acesso às informações públicas por parte da sociedade civil e sua substituta, a Lei nº 12.527/2011, e seu Decreto regulamentador nº 7.724/2012 (LEAL, 2013. p. 215).

Recepcionadas em 1988, continuaram em vigor até a promulgação da Lei de

1 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) com Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (2011). Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito-Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul — UNISC. Chefe do Departamento de Direito da UNISC e Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas — UNISC. E-mail: hermany@unisc.br.

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de IC na modalidade PROBIC/FAPERGS. Integrante dos Grupos de Pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade - Gestão Local e Políticas Públicas e Patologias Corruptivas e Políticas Públicas de Inclusão Social - Direito, Cidadania e Políticas Públicas. E-mail: karinesantos\_karine@hotmail.com.



Improbidade Administrativa, a Lei nº 3164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha), que dispôs sobre o sequestro e perdimento de bens, sem prejuízo da responsabilidade criminal, de servidor público que, por abuso ou influência de cargo, função pública ou emprego em entidade autárquica, tenha enriquecido ilicitamente e a Lei nº 3502/58 (Lei Bilac Pinto), que, para complementar aquela, regrou o sequestro e o perdimento de bens no caso mencionado. Percebe-se que as duas normas em comento tratavam apenas do caso de enriquecimento ilícito, enquanto a LIA, além de trazer a definição dessa modalidade, considera ainda os casos de lesão ao Erário e os atentatórios aos princípios da Administração Pública.

A LIA inovou ainda ao equiparar ao dirigente ou empregado de autarquia, o dirigente ou empregado “de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais” (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 5).

São sujeitos ativos, para efeito da Lei de Improbidade Administrativa, as pessoas físicas que exerçam função pública ou que corresponda ao interesse público, de forma remunerada ou não, em situação definitiva ou transitória e, ainda que sem vínculo empregatício, nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse público. Sendo assim são considerados agentes públicos os agentes políticos e os autônomos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Poder Público (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 9).

Enquadra-se também no sujeito ativo do ato de improbidade o terceiro, particular ou agente público estranho às funções públicas do agente público que dispõe dos meios e condições para a realização das condutas materiais e que, como coautor ou participante, induz ao ato ou concorre na prática do mesmo ou ainda auferir benefício com a conduta. Portanto, o terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, seja a verdadeiro ‘gerente’ dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: ‘induzir’ ou ‘concorrer’ (FIGUEIREDO, 2004, p. 53).

Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, dispostos no art. 1º da LIA, são os órgãos ou entidades que possuem atribuições de gestão de verbas públicas e exercem atividades públicas ou privadas que possuam interesse público.

Destaca-se que são autônomas as instâncias civil e penal, conforme pode ser observado na Apelação Cível Nº 70049353881



APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE BOM PROGRESSO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO (CPC, ART. 267, VI). INSUBSISTÊNCIA. EXAME DO MÉRITO (CPC, ART. 515, § 3º). 1. Sentença sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI). 1.1 - Independência dos sancionamentos civis e criminais. Os sancionamentos decorrentes dos atos de improbidade administrativa independem dos criminais (CF, art. 37, § 4º; Lei 8.429/92). Não há falar em bis in idem. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2013a).

Ainda, assim existe a possibilidade de simultânea tramitação, em função de não existir litispendência ou prejudicialidade entre elas, quando a conduta configurar improbidade e crime. Assim afirma o TJ/RS no Agravo de Instrumento Nº 70004669644

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. SANEAMENTO DO PROCESSO. 1. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM QUE A TRANSACÇÃO É LEGALMENTE VEDADA (ART. 17, § 1º, LEI 8.429/92); 2. INEXISTENTE LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE E AÇÃO PENAL POR CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2002).

A exceção da independência ocorre quando, no campo penal, há o reconhecimento da inexistência de materialidade ou ainda a negação de autoria. Para os atos de improbidade administrativa, as penas fundamentais por infração à lei estão dispostas no §4º do artigo 37 da Constituição Federal. Não sendo as únicas aplicáveis, foram regulamentadas pelo artigo 12 da LIA, que não traz sanções de natureza jurídica criminal, mas, segundo Pazzaglini Filho (2011, p. 140), política (suspensão de direitos políticos), político-administrativa (perda de função pública), administrativa (proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) e civil (multa civil, ressarcimento integral do dano e perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio).

As modalidades de improbidade administrativa têm, para que sejam configuradas, o traço comum da presença da desonestidade, de má-fé no trato da coisa pública. Conforme Prado (2001, p. 37):

Probidade significa honradez, honestidade. “Improbidade” é desonestidade, ausência de honradez. O termo de que a Constituinte se serviu para designar a categoria de ilícitos e quis instituir tem carga significativa acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexu subjetivo que une a agente ao resultado. A improbidade pressupõe sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um



preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico - este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados.

Assim, os atos que constituem simples irregularidades nulas ou anuláveis, despreparo escusável ou inabilitação do agente público, afastando a responsabilidade objetiva, não configuram improbidade administrativa pela falta de elemento subjetivo essencial.

## 2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITOS E REQUISITOS

### 2.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

Dispõe o artigo 9º da LIA 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 desta lei [...]. (BRASIL, 1992).

Para que sejam caracterizados atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito, é necessário que exista conexão entre o exercício funcional de agente público, que, em comportamento ilegal e em ciência da ilicitude da pretensão e da obtenção, e a percepção de vantagem patrimonial, economicamente apreciável.

Dessa ideia geral, desdobram-se entendimentos acerca desse proveito ilegal auferido, especialmente no que diz respeito ao prejuízo aos cofres públicos. Pode a conduta acarretar dano ao erário ou ao patrimônio de entidades públicas ou ainda entidades privadas de interesse público, mas nem sempre, apesar de sua configuração, haverá correlação ou correspondência da vantagem com o dano, tendo como exemplo o agente público que recebe, desonestamente, gratificação que não prejudica os cofres públicos.

Segundo Prado (2001, p. 72),

para a configuração do enriquecimento ilícito não é necessária a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na administração, e esse bem é agredido



sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial.

A consciência da antijuridicidade, da ilicitude da vantagem patrimonial auferida para si ou terceiro, trata da responsabilidade subjetiva do agente e, no entendimento de Pazzaglini et. al (1999, p. 63), nenhum agente desconhece a “proibição de se enriquecer as expensas 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.”

Para enquadrar o ato ilícito no artigo 9º da LIA, é indispensável a existência de relação causal entre a vantagem econômica ilícita percebida e o exercício funcional, que nesse caso se dá de forma abusiva e decorre de comportamento ilegal.

Assim, expresso conceito amplo em seu caput, o artigo, em seus incisos, arrola 12 espécies frequentes de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, as quais permitem não só verificação da responsabilidade civil, mas também a investigação da responsabilidade penal, já que, em regra, quem enriquece ilicitamente, comete crime contra a Administração Pública (cf. artigos 312, 316 e 317 do CP).

## 2.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário

Dispõe o artigo 10 da LIA que:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei [...]. (BRASIL, 1992).

Erário corresponde aos bens e direitos de valor econômico, compreendendo o conteúdo financeiro do patrimônio público. A configuração de ofensa lesiva ao patrimônio público financeiro depende da ocorrência de ação ou omissão ilegal, ou seja, considerada antijurídica, que viole o Direito por excesso de poder ou por desvio de finalidade, não podendo ser configurada improbidade quando o dano ao erário ocorra ainda que tenha o agente público agido segundo a lei. Essa ação ou omissão deve ser derivada da má-fé, desonestidade, ainda que culposa, já que admitida no artigo em exame.

Ademais, também restou consolidada a orientação de que somente a modalidade dolosa é comum a todos os tipos de improbidade administrativa, especificamente os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) e atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), e que



a modalidade culposa somente incide por ato que cause lesão ao erário (art. 10 da LIA). (BRASIL, 2010).

De acordo com Pazzaglini (2011. p. 64):

A improbidade lesiva ao patrimônio público financeiro culposa se dá quando o resultado danoso involuntário, porém previsível, é consequência de comportamento voluntário do agente público, denotativo de má-fé, pela deslealdade funcional, pelo desvio ético (falta de probidade). Assim, a culpa civil, no âmbito da improbidade administrativa, configura-se com a ação ou a omissão do agente público, resultante de descumprimento consciente de obrigação jurídica, por má-fé, causando involuntariamente resultado antijurídico que poderia ele ter evitado (lesão ao erário), caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício. A culpa, em síntese, fundamenta-se no descumprimento inescusável pelo agente público da *obligatio ad diligentiam*.

Ainda, é requisito indispensável a ocorrência de lesão efetiva, dano material aos cofres públicos, sendo necessária a prova dessa perda patrimonial, já que não cabe prejuízo presumido ou dano moral para a configuração de improbidade administrativa que prejudique os recursos financeiros do Estado. Conforme Dinamarco (2001, p. 291),

ato lesivo é todo aquele portador de dano efetivo e concreto ao patrimônio de alguém. É preciso examinar o ato tal como ocorrido, tratando em seguida de saber se dele decorreu dano. Para se ter um ato como lesivo, e portanto indenizável, é necessário que ele já tenha causado dano.

O caput do artigo traz a noção geral do dano ao erário e, na redação da norma, perda patrimonial corresponde ao decréscimo de bens e haveres públicos, desvio significa modificar o destino legal da coisa pública, apropriação significa apoderar-se da coisa pública, malbaratamento consiste na venda por preço irrisório e dilapidação é o desperdício dos recursos públicos. Os incisos elencam, em rol exemplificativo, 15 espécies frequentes dessa modalidade de improbidade administrativa.

### **2.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública**

Dispõe o artigo 11 da LIA, 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 [...]. (BRASIL, 1992)

O caput do artigo mencionado traz o conceito geral e seus incisos trazem, de forma exemplificativa, 7 categorias de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, que, na redação do artigo, não estão reiterando os elencados no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade), mas, nas palavras de Pazzaglini (2011, p. 100),

a circunstância de constar dele a expressão violação da legalidade elucidada, sem dúvidas, que o preceito compreende a transgressão dos demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam a atuação dos agentes públicos, posto que, [...] do exame dos princípios constitucionais da Administração Pública, estes servem para esclarecer e explicitar a conteúdo do princípio maior ou primária da legalidade. Ademais, a afronta ao dever de honestidade corresponde a violação do princípio da moralidade, e ao “dever de imparcialidade” a ofensa ao princípio da impessoalidade.

Importante observar que a transgressão a princípios da Administração Pública está contida nas normas principais, artigo 9º e artigo 10 da LIA, que em seu contexto já contam com a afronta ao princípio da legalidade, mas, para os casos de enriquecimento ilícito e dano ao erário, em virtude do princípio da subsidiariedade (*Lex primaria derogat legi subsidiariae*), há absorção da norma subsidiária pela principal. Conclui-se, portanto, ser a regra do artigo 11 residual e que sua imposição depende da não aplicação das categorias de improbidade previstas nos artigos 9º e 10 da LIA, constituindo soldado de reserva para o caso de a conduta não se enquadrar nas outras modalidades de improbidade.

Recapitulando, para que se reconheça ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública, é necessária conduta violadora de princípio constitucional regulador por meio de comportamento funcional ilícito que demonstre operar o agente público com má-fé, desonestidade ou falta de probidade em ação ou omissão dolosa que não configure enriquecimento ilícito ou lesão ao erário.

Sobre a exigência de dolo, a ementa da Apelação Cível Nº 70056636384 destaca que

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ DOS DENUNCIADOS. IMPROCEDÊNCIA. O art. 11 da Lei de Improbidade exige o dolo como elemento integrativo do tipo, não sendo punível, portanto, a título de culpa, de sorte que se o agir doloso por parte dos denunciados não se mostrar comprovado nos autos, o juízo será inevitavelmente de improcedência. Prova carreada aos autos que não leva à conclusão de que os réus tenham agido com dolo ou má-fé [...]. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).



### 3 APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS PREFEITOS: ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para verificar como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem julgado a questão, foi feita busca avançada no site do TJ/RS<sup>3</sup>, sem especificar Tribunal, Órgão Julgador, Relator, Tipo de processo ou Comarca de Origem, selecionando ementas de decisões monocráticas e acórdãos e sem selecionar seção; o campo “com todas as palavras” foi preenchido com “prefeito” e o campo “com a expressão” foi preenchido com “inaplicabilidade da lei 8.429/92 aos agentes políticos”; os demais ficaram em branco. Selecionado o período de 01/01/2013 até 31/12/2013 para data de julgamento e deixando em branco a data de publicação, obtivemos 4 resultados<sup>4</sup>, todos apelações cíveis, que demonstram a posição de aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Prefeitos Municipais<sup>5</sup>.

Os agentes políticos estão sob o respaldo da Lei nº 8.429/92, observando que essa traz como sujeito ativo dos atos de improbidade o mesmo agente público do qual se trata o §4º do artigo 37 da Constituição Federal, gênero ao qual pertence a espécie agente político e já faz o artigo 1º da LIA referência aos agentes públicos de qualquer um dos Poderes. O próprio texto da Lei, nos incisos do artigo 12, atinge a perda de função pública, não fazendo distinção e abrangendo o cargo eletivo, e a suspensão de direitos políticos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. VENDA AO MUNICÍPIO COM “NOTA CALÇADA” FAVORECENDO EMPRESADOPRÓPRIOPREFEITO. “VENDASPAPEL” FAVORECENDO EMPRESA EXITOSA EM LICITAÇÃO. SANCIONAMENTOS. 1. **PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. Os agentes políticos estão sob a égide da Lei 8.429/92. A expressão agente público, constante do art. 37, § 4º, da CF, é gênero do qual são espécie os agentes políticos. Ademais, o art. 1º da Lei 8.429/92 refere agente público de qualquer dos Poderes, isto é, abrange os próprios integrantes. A decisão do STF na Reclamação nº 2138-6 versou tão-só a respeito da competência para suspender direitos políticos de Ministro de Estado,**

3 <http://www1.tjrs.jus.br/site/>

4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Banca Unificada – resultado de pesquisa. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as\\_q=prefeito+inmeta%3ADataJulgamento%3Adaterange%3A2013-01-01..2013-12-31+inmeta%3ADataJulgamento%3Adaterange%3A2013-01-01..2013-12-31&as\\_epq=inaplicabilidade+da+lei+8.429%2F92+aos+agentes+pol%EDticos&as\\_oq=&as\\_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>](http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=prefeito+inmeta%3ADataJulgamento%3Adaterange%3A2013-01-01..2013-12-31+inmeta%3ADataJulgamento%3Adaterange%3A2013-01-01..2013-12-31&as_epq=inaplicabilidade+da+lei+8.429%2F92+aos+agentes+pol%EDticos&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>)>. Acessado em 17 de julho de 2014.

5 Procedimento semelhante foi utilizado, alterando o campo, na busca avançada, “todas as palavras” para “aplicabilidade da lei nº 8.429/92”, também selecionando ementas entre acórdãos e decisões monocráticas e mesmo período (ano de 2013), deixando os demais campos em branco, obtendo 32 resultados. Adotamos a pesquisa com 4 resultados, descrita no corpo do texto, por sua maior relação com a figura do Prefeito Municipal.



isso tendo em conta o disposto no art. 102, I, “c”, da CF. Não tem, pois, repercussão alguma que não relativamente a processos em que figurem Ministros de Estado e as demais pessoas enumeradas no dispositivo Constitucional. Resumindo: se, no âmbito das infrações penais e dos crimes de responsabilidade, a competência para tanto é privativa do STF, por lógica também o é à suspensão dos direitos políticos prevista na Lei Anti-Improbidade Administrativa. Por isso mesmo é dito que eles não se submetem ao modelo de competência da Lei 8.429/92.

2. VENDA AO MUNICÍPIO COM “NOTA CALÇADA” FAVORECENDO EMPRESA DO PRÓPRIO PREFEITO. “VENDAS PAPEL” FAVORECENDO EMPRESA EXITOSA EM LICITAÇÃO. 2.1 - Comete a improbidade do art. 10, caput, e XI, da Lei 8.429/92, o Prefeito Municipal que, mediante o artifício da “nota calçada” (1º via de interesse dos fraudadores, que é a “nota calçada”, em quantia superior às demais), impõe ao Município pagamento de material nove vezes superior ao devido, por sua vez destinado a empresa da qual é proprietário. Quem assim procede, age com dolo intenso. 2.2 - Comete a improbidade do art. 10, caput, e XII, da Lei 8.429/92, o Prefeito Municipal que, repetidamente, impõe ao Município pagamentos a empresa ganhadora de licitação, por vendas de materiais em elevadas quantidades, “vendas papel” tendo em conta inexistir material em estoque. Quem assim procede, age igualmente com dolo intenso, máxime tratando-se de Município de pequeno porte, onde o Prefeito pode, e deve, acompanhar a Administração no seu dia a dia, além de, no caso, ser empresário, portanto, pessoa experiente.

3. SANCIONAMENTOS. Pertinentes, necessários e adequados nas quantidades os sancionamentos impostos pela sentença (ressarcimento integral do dano, multa civil em igual valor do dano, suspensão dos direitos políticos pelo prazo mínimo previsto em lei e proibições legais). Especificamente quanto à suspensão dos direitos políticos, salienta-se a gravidade das transgressões cometidas no exercício de mandato popular, especialmente quando se aproveitou do cargo para favorecer empresa própria.

4. DISPOSITIVO. Apelação desprovida, com explicitações da sentença. (RIO GRANDE DO SUL, 2013B).

Inexiste incompatibilidade com o regime especial de responsabilidade política previsto nas normas do Decreto-Lei nº 201/67, ao qual se submetem os Prefeitos Municipais e é de competência do juiz singular processar e julgar as ações por ato de improbidade administrativa contra esses agentes, reconhecida pelo STF, na ADI 2797, a inconstitucionalidade do foro privilegiado. Conforme julgado do TJ/RS,

**APELAÇÃO CIVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. FATO SUFICIENTEMENTE PROVADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. É competente para o processamento e julgamento da ação civil pública por improbidade administrativa movida contra Prefeito Municipal o**



**juízo de 1º Grau, uma vez que a inconstitucionalidade do foro privilegiado instituído pelo § 2º do art. 84 do CPP, alterado pela Lei nº 10.628/02, reconhecida pelo STF na ADI 2797, afastou a competência originária do Tribunal de Justiça. [...]. (RIO GRANDE DO SUL, 2013C) (grifo nosso).**

A Reclamação Constitucional nº 2138, do STF, julgada procedente em junho de 2007, que decidiu pela inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos, não tem eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante, mas apenas *inter partes*. A referida Reclamação examinou o caso específico de Ministro de Estado e fez no sentido de ampliar a competência do STF, que, conforme o artigo 102, I, “c” da Constituição Federal, já era para os casos de infrações penais comuns e crimes de responsabilidade, também aos casos de improbidade administrativa. No quanto interessa, diz que

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. 1. (omissis). 2. (omissis).3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submete ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).4. (omissis).5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de oito anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, “c”, da Constituição. (BRASIL, 2008).

Com isso se conclui que esses agentes políticos se submetem à LIA, mas não ao seu regime de competência. Assim sendo, a decisão do STF, versando sobre a competência para suspensão de direitos políticos de Ministro de Estado, não tem repercussão em processos em que não figurem o citado agente político ou demais citados no dispositivo constitucional (art. 102, I, “c”).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE SÃO GABRIEL. PREFEITO MUNICIPAL. PAVIMENTAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS MEDIANTE FINANCIAMENTO FUNDO PIMES. SUPERFATURAMENTO. PRELIMINARES. 1. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. 1.1 - Inaplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos. Os agentes políticos estão sob a égide da Lei 8.429/92. A expressão agente público, constante do art. 37, § 4º, da CF, é gênero do qual são espécie os agentes políticos. Ademais, o art. 1º da Lei 8.429/92 refere agente público



de qualquer dos Poderes, isto é, abrange os próprios integrantes. **A decisão do STF na Reclamação nº 2138-6 versou tão-só a respeito da competência para suspender direitos políticos de Ministro de Estado, isso tendo em conta o disposto no art. 102, I, “c”, da CF. Não tem, pois, repercussão alguma que não relativamente a processos em que figurem Ministros de Estado e as demais pessoas enumeradas no dispositivo Constitucional. Resumindo: se, no âmbito das infrações penais e dos crimes de responsabilidade, a competência para tanto é privativa do STF, por lógica também o é à suspensão dos direitos políticos prevista na Lei Anti-Improbidade Administrativa. Por isso mesmo é dito que eles não se submetem ao modelo de competência da Lei 8.429/92.**

1.2 - Prescrição (mérito indireto). 1.2.1 - Se os contratos foram executados e feitos os pagamentos considerados excessivos durante o segundo mandato do Prefeito Municipal, é irrelevante, para fins de prescrição, o fato de as licitações e assinaturas terem ocorrido no primeiro. Exegese do art. 23, I, da Lei 8.429/92. 1.2.2 - Ademais, quanto ao ressarcimento, está consolidada a jurisprudência da imprescritibilidade (CF, art. 37, § 5º). 1.3 - Anulação do processo por cerceamento de defesa. Se não houve concessão de liminar, não ocorre cerceamento de defesa por falta de prévia oitiva do representante judicial do ente público (Lei 8.437/97, art. 2º), até porque, no caso, a medida seria emitida contra ente privado.

3. MÉRITO. PAVIMENTAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS MEDIANTE FINANCIAMENTO FUNDOPIMES. SUPERFATURAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA. 3.1 - Se a acusação é a de que houve superfaturamento em procedimento licitatório para pavimentar vias públicas, com financiamento junto ao Fundo de Investimentos do Programa Integrado de Melhoria Social - FUNDOPIMÊS, impõe-se prova, sob pena de o autor não se desencilhar do ônus (CPC, art. 333, I). 3.2 - Circunstâncias que informam valores díspares. Inexistência de prova técnica para o devido esclarecimento, inclusive quanto à alegação do Município no sentido de o custo local por metro quadrado ser superior à média no Estado, considerando a expressiva necessidade de movimentação de terra, decorrente da baixa capacidade de suporte do solo da região.

4. DISPOSITIVO. Preliminares rejeitadas, apelação provida no mérito e recurso adesivo prejudicado. (RIO GRANDE DO SUL, 2013D) (grifo nosso).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os mecanismos e instrumentos viabilizadores de enfrentamento ao fenômeno da corrupção existentes na legislação infraconstitucional brasileira, a Lei nº 8429/92 surge para ampliar o rol dos atos considerados ímprobos e para conceituar, de forma ampla, a improbidade administrativa em suas três atuais modalidades: (1) atos que importam enriquecimento ilícito, disposta no artigo 9º da LIA; (2) atos que causam prejuízo ao erário, disposta no artigo 10 da LIA e (3) atos que atentam contra



os princípios da Administração Pública, disposta no artigo 11 da LIA. Cada um desses artigos traz, em seu caput, a noção geral e exemplifica, em seus incisos, as condutas mais comuns que configuram o tipo de improbidade administrativa a qual se refere.

As inovações trazidas pela LIA, sua abrangência ao reputar como agente público todo aquele que exerce função pública ou que corresponda ao interesse público, de forma remunerada ou não, em situação definitiva ou transitória e, ainda que sem vínculo empregatício, nas entidades mencionadas em seu artigo 1º, enquadradas como sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, corresponde ao reclame contra a corrupção, a falta de honestidade, a ineficiência e o desrespeito com a coisa pública.

De extrema importância observar os requisitos pertinentes a cada modalidade para ser reconhecida a configuração de ato de improbidade administrativa, sendo o traço comum a elas a presença de desonestidade, de má-fé no trato da coisa pública, sendo necessário, para caracterizá-las, o elemento subjetivo essencial. Ressaltando, entre as três modalidades, para configurar o enriquecimento ilícito, a necessária conexão entre o exercício funcional de agente público e a percepção de vantagem patrimonial, economicamente apreciável; para a lesão ao erário, a indispensável ocorrência de lesão efetiva, traduzida pelo dano material aos cofres públicos e, para os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, a necessária conduta violadora de princípio constitucional regulador em ação ou omissão dolosa que não configure enriquecimento ilícito ou lesão ao erário.

Analisados, através de levantamento bibliográfico, conceitos e requisitos de cada uma das modalidades, chegamos, através da pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aos fundamentos utilizados pelo TJ/RS para aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, observado o disposto na Reclamação Constitucional nº 2138, do STF, e, especialmente no tocante ao espaço local, aos Prefeitos Municipais, que se condicionam à LIA, observada a inexistência de incompatibilidade com o regime especial de responsabilidade política previsto nas normas do Decreto-Lei nº 201/67, ao qual também se submetem.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. *Publicada no Diário Oficial Da União de 03 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp 875163/Rs, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 30-06-2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15359308/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-875163-rs-2009-0242997-0>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Rcl 2138 DF. Relator: Nelson Jobim. Disponível em:



<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 70/2012. Saraiva: São Paulo, 2012.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas* - 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, M.; ROSA, M.; FAZZIO JUNIOR, W. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70051585297, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 11/09/2013D. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario)>. Acesso em: 15 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70049353881, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 29/05/2013A. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70004669644, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 25/09/2002. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario)>. Acesso em: 15 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70056636384, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 11/06/2014. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario)>. Acesso em: 15 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70047077383, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 24/04/2013B. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario)>. Acesso em: 22 jul. 2014.



RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70046856621, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 14/11/2013C. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario)>. Acesso em: 22 jul. 2014.



