

**EMERSON GARCIA**

**Repressão à Corrupção no Brasil:  
entre realidade e utopia**

**Repression of Corruption in Brazil:  
between reality and utopia**



*Lumen & Juris | Editora*

**Repressão à Corrupção no Brasil:  
entre realidade e utopia**

**Repression of Corruption in Brazil:  
between reality and utopia**

# Lumen Juris | Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores  
João de Almeida  
João Luiz da Silva Almeida

## Conselho Editorial

Adriano Pilatti  
Alexandre Freitas Câmara  
Alexandre Morais da Rosa  
Augusto Mansur  
Aury Lopes Jr.  
Bernardo Gonçalves Fernandes  
Cezar Roberto Bitencourt  
Cristiano Chaves de Farias  
Carlos Eduardo Adriano Japiassú  
Cláudio Carneiro  
Cristiano Rodrigues  
Daniel Sarmento  
Diego Araujo Campos  
Emerson Garcia

Fauzi Hassan Choukr  
Felippe Borring Rocha  
Firly Nascimento Filho  
Frederico Price Grechi  
Geraldo L. M. Prado  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Helena Elias Pinto  
Jean Carlos Fernandes  
João Carlos Souto  
João Marcelo de Lima Assafim  
José dos Santos Carvalho Filho  
Lúcio Antônio Chamon Junior  
Luigi Bonizzato  
Luis Carlos Alcoforado

Manoel Messias Peixinho  
Marcellus Polastri Lima  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Marcos Chut  
Mônica Gusmão  
Nelson Rosenvald  
Nilo Batista  
Paulo de Bessa Antunes  
Paulo Rangel  
Ricardo Lodi Ribeiro  
Rodrigo Klippel  
Salo de Carvalho  
Sérgio André Rocha  
Sidney Guerra

**Conselheiro benemérito:** Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

## Conselho Consultivo

Álvaro Mayrink da Costa  
Amilton Bueno de Carvalho  
Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro  
Antonio Carlos Martins Soares  
Artur de Brito Gueiros Souza  
Caio de Oliveira Lima

Cesar Flores  
Firly Nascimento Filho  
Flávia Lages de Castro  
Francisco de Assis M. Tavares  
Gisele Cittadino  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho

João Theotônio Mendes de Almeida Jr.  
Ricardo Máximo Gomes Ferraz  
Sergio Demoro Hamilton  
Táris Nametala Sarlo Jorge  
Victor Gameiro Drummond

**Livraria Cultural da Guanabara Ltda - Centro**  
Rua da Assembléia, 10/20º andar/SL. 2022 - CEP:  
20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ  
Tel: (21) 3505-5888  
Fax: (21) 3505-5865 - Fax Loja: (21) 3505-5872

**Livraria Cultural da Guanabara Ltda - Centro**  
Rua da Assembléia, 10/Loja G/H  
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ  
Tel: (21) 3505-5888/5854/5855/5856

**Livraria e Editora Lumen Juris Ltda - RJ**  
Rua da Assembléia, 36/2º Andar/SL. 201 à 204 -  
Centro  
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ  
Tel: (21) 2508-6591/2509-5118  
Site: www.lumenjuris.com.br

**Depósito - Lumen Juris - RJ**  
Av. Londres. 491 - Bonsucesso  
CEP: 21041-030 - Rio de Janeiro RJ  
Tel: (21) 3216-5888 Fax: (21) 3216-5864  
São Cristóvão 2580-2907

**BSA Serviço de Divulgação Ltda.**  
Rua da Assembléia, nº 10/ Sala 2022 - Centro  
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ  
Tel: (21) 3505-5888

**Florianópolis - Lumen Juris - SC**  
Rua Santa Fé, nº 234 - Bairro: Ingleses  
Florianópolis - SC - CEP: 88.058-345  
Tel: (48) 3284-3114 (Fax) - (48) 3369-7624

**Brasília - Lumen Juris - DF**  
SCLS Quadra 402 Bloco D - Loja 9 - Asa Sul  
CEP: 70.235-540 - Brasília - DF  
Tel/Fax: (61) 3225-8569 (8836) / (61) 3221-9146

**Porto Alegre - Lumen Juris - RS**  
Rua Padre Chagas, 66 Loja 06  
Moinhos de Vento  
CEP: 90.570-080 - Porto Alegre - RS  
Tel/Fax: (51) 3211-0700/3228-2183

**São Paulo - Lumen Juris - SP**  
Rua Correa Vasques, nº48 - Vila Clementino  
CEP: 04.038-010 - São Paulo, SP  
Tel.: (11) 5908-0240 / (11) 5081-7772

**Belo Horizonte - Lumen Juris - MG**  
Rua Araguari, 359 Sala 53 - 2ª andar- Barro Preto  
CEP: 30.190-110 - Belo Horizonte - MG  
Tel: (31) 3292-6371

**Salvador - Lumen Juris - BA**  
Rua Dr. José Peroba nº 349 - Sala: 206  
Costa Azul CEP: 41.770-235 - Salvador - BA  
Tel: (71) 3341-3646/3012-6046

**Vitória - Lumen Juris - ES**  
Rua Cloves Machado, nº 176 - Loja 02  
Enseada do Suá  
CEP: 29.050-590 - Vitória - ES  
Tel: (27) 3345-8515/ Fax: (27) 3225-1659

**Curitiba - Lumen Juris - PR**  
Rua Treze de Maio, 506 Conj. 03  
São Francisco, CEP: 80510-030 - Curitiba - PR  
Tel: (41) 3598-9092

EMERSON GARCIA

**Repressão à Corrupção no Brasil:  
entre realidade e utopia**

**Repression of Corruption in Brazil:  
between reality and utopia**

EDITORA LUMEN JURIS  
Rio de Janeiro  
2011

Copyright © 2011 by Emerson Garcia

Produção Editorial  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pela originalidade desta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio  
ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime  
(Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 10.695, de 1º/07/2003),  
sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações  
diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

---

G198r

Garcia, Emerson

Repressão à corrupção no Brasil : entre realidade e utopia = Repression of Corruption  
in Brazil : between reality and utopia / Emerson Garcia. - Rio de Janeiro : Lumen Juris,  
2011.

90p. ; 23cm

Texto bilíngue, português e inglês

Comunicação apresentada no painel "Efetividade do controle e da repressão à cor-  
rupção através da jurisdição extrapenal" da IV Conferência Regional para a América  
Latina da International Association of Prosecutors, realizada em Fortaleza/CE, entre os  
dias 23 e 25 de março de 2011

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-375-0945-6

1. Corrupção - Brasil. 2. Improbabilidade administrativa - Legislação - Brasil. 3. Brasil.  
Ministério Público. I. Título. II. Título: Repression of corruption in Brazil : between  
reality and utopia.

11-1323.

10.03.11 14.03.11

CDU: 343.352(81)

025008

*Versão em português*

*Portuguese version*

**Repressão à Corrupção no Brasil:  
entre realidade e utopia**

EMERSON GARCIA



Agradeço aos organizadores da IV Conferência Regional para a América Latina da *International Association of Prosecutors*, realizada em Fortaleza/CE, entre os dias 23 e 25 de março de 2011, o convite para apresentar uma comunicação, objeto de desenvolvimento neste ensaio, no painel intitulado “Efetividade do controle e da repressão à corrupção através da jurisdição extrapenal”.



# Sumário

Nota Biográfica .....	xi
Explicação Preliminar.....	xv
1. A Corrupção na Realidade Brasileira .....	1
2. A Lei de Combate à Improbidade Administrativa .....	13
3. As Tentativas de Inviabilizar a Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.....	17
4. O Ministério Público Brasileiro: contornos essenciais e instrumentos de atuação.....	25
Considerações Finais .....	31



## Nota Biográfica

Emerson Garcia é Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, bem como Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.

Ingressou no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em maio de 1996. Além do exercício de suas funções regulares, integrou a Coordenadoria das Promotorias Eleitorais e várias Assessorias Jurídicas no âmbito da Instituição, tendo sido Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça de 2005 a 2009.

Participou de inúmeras comissões de estudos legislativos no âmbito da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, incluindo aquela que originou a atual Lei Orgânica da Instituição.

É Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) desde 2008.

Teve teses aprovadas em diversos Congressos Nacionais do Ministério Público.

É membro da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda).

Foi Presidente da Banca Examinadora de Direito Constitucional no Concurso para Procurador do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (2005/2006). No âmbito do Concurso para ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi Examinador titular de Direito Eleitoral (2005/2006) e de Direito Constitucional (2007 e 2008), bem como suplente desta última Banca Examinadora (2000/2001, 2001/2002 e 2002/2003) e Presidente das Bancas Examinadoras de Direito Empresarial, Direito Tributário e Direito Eleitoral (2005/2006) e das

Bancas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário e Princípios Institucionais do Ministério Público (2008).

É professor convidado de inúmeras instituições de ensino.

Ministrou cursos *in company* em diversas instituições públicas e privadas, como o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União e a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Participou, como palestrante, de dezenas de congressos e seminários jurídicos realizados no Distrito Federal e na maioria dos Estados da Federação.

Foi Consultor *ad hoc* da Revista CEJ, do Conselho da Justiça Federal. Integra o Conselho Editorial da Editora Lumen Júris, os Conselhos das Revistas De Jure e MPMG Jurídico, do Ministério Público de Minas Gerais, e o Conselho da Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso.

Tem pareceres e artigos jurídicos publicados em jornais e em dezenas de revistas especializadas, no Brasil e no exterior.

É autor das seguintes obras, todas publicadas pela Editora Lumen Juris:

- Abuso de Poder nas Eleições, 3<sup>a</sup> ed.;
- Código Eleitoral e Legislação Extravagante, 2<sup>a</sup> ed. (organizador);
- Conflito entre Normas Constitucionais;
- Constituição da República Federativa do Brasil (organizador);
- Improbidade Administrativa, 5<sup>a</sup> ed. (coautor);
- Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 3<sup>a</sup> ed.;
- Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional, 2<sup>a</sup> ed.

É tradutor de:

- Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão, do Abade Sieyès (Editora Lumen Juris);

É coordenador e colaborador em:

- A Efetividade dos Direitos Sociais (Editora Lumen Juris);
- Discricionariedade Administrativa (Editora Lumen Juris);

É colaborador em:

- A Constitucionalização do Direito, a Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica (Editora Lumen Juris);
- Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamílton (Editora Lumen Juris);
- Direito Notarial e Registral. Questões Polêmicas (BH Editora);
- Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos (Editora Lumen Juris);
- Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle, Coleção do Averso ao Direito (Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo);
- Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade (Edições Juspodivm);
- Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (Edições Juspodivm);
- Leituras Complementares de Constitucional: Teoria da Constituição (Edições Juspodivm);
- Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais (Editora Atlas);
- Os Desafios dos Direitos Sociais (Livraria do Advogado);
- Temas Atuais do Ministério Público (Editora Lumen Juris).



## Explicação Preliminar

O texto ora publicado foi concebido para subsidiar a comunicação realizada pelo autor na IV Conferência Regional para a América Latina da *International Association of Prosecutors*, realizada em Fortaleza/CE, entre os dias 23 e 25 de março de 2011. Em face dos objetivos da Conferência, essencialmente voltada à troca de experiências entre agentes vinculados a Instituições de contornos idênticos ou similares ao Ministério Público brasileiro, a principal preocupação foi a de delinear, de modo sintético, os aspectos básicos do combate à corrupção, em território brasileiro, no âmbito da jurisdição extrapenal.



# 1.

## A CORRUPÇÃO NA REALIDADE BRASILEIRA

A corrupção, em seus aspectos mais basilares, reflete a infração de um dever jurídico posicional e a correlata obtenção de uma vantagem indevida. Fala-se na infração de um dever jurídico posicional na medida em que o corrupto deve necessariamente exercer uma função, na esfera pública ou privada, que lhe imponha um dever e lhe outorgue os poderes necessários à realização de certo objetivo. A vantagem indevida, por sua vez, que é a própria *ratio essendi* da corrupção, é aquela não amparada pela ordem jurídica, aqui concebida em sentido lato, abrangendo tanto as normas impostas pelo Estado, como os contratos que regem as relações entre agentes privados.

Trata-se de fenômeno social tão antigo quanto o homem, que surge e se desenvolve em proporção semelhante ao aumento do meio circulante e à interpenetração de interesses entre os distintos atores sociais, podendo retrair-se ou expandir conforme a maior ou a menor rigidez dos padrões ético-morais prevalecentes em dada sociedade.

Ainda que cada ser humano possa, ao abrigo da razão, moldar a sua própria individualidade, é inegável que o ambiente em que vive e se desenvolve terá influência direta nesse processo. Um contexto social, em que a obtenção de vantagens indevidas seja vista como prática comum pelos indivíduos em geral, certamente fará que concepção semelhante seja prestigiada pelo agente nas relações jurídicas que venha a estabelecer. Daí concluir-se que um povo que preza a honestidade provavelmente terá governantes honestos, enquanto um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.

As causas conducentes ao surgimento de fraturas ético-morais em uma sociedade são bem diversificadas. Uma delas está certamente associada ao seu processo de surgimento e evolução, que pode sedimentar no imaginário popular um sentimento de desvalorização dos interesses públicos, que sempre “são submetidos às mudanças do tempo” (“*sind dem*

*Wandel der Zeit unterworfen*")<sup>1</sup> e de hipervalorização do interesse privado, que deve assumir uma posição de preeminência, custe o que custar. A realidade da República Federativa do Brasil é um interessante exemplo desse quadro, já que a corrupção tem suas raízes entranhadas no seu próprio processo de colonização, iniciado ainda no início do século XVI.

O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo que monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência. Além disso, tinham por objetivo comum o lucro desenfreado e, como única ação, o desfacelamento das riquezas da colônia a si subjugada, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a esta época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém e que sua única utilidade é satisfazer os interesses da classe que ascendeu ao poder.

No início do século XVIII, o contrabando de ouro, sempre acompanhado dos efeitos deletérios inerentes às práticas dessa natureza (*v.g.*, evasão tributária e corrupção), disseminou-se mesmo no meio religioso. Era prática comum, entre os denominados "frades renegados", o transporte de ouro em pó no interior das estátuas de madeira que portavam, daí a expressão "santinho do pau oco".<sup>2</sup>

Se a influência francesa nos sistemas de *civil law* é bem conhecida, já que decisiva para o delineamento dos alicerces estruturais das regras de direito privado e para a difusão das codificações, a formação do Estado brasileiro, se não é propriamente tributária de seus influxos dogmáticos, muito deve à política expansionista de Napoleão Bonaparte. Embora tenha sido elevado, em 1640, à categoria de Vice-Reino de Portugal, o Brasil nunca deixou de ser uma colônia, sem voz, sem direitos. Não dizia o que almejava, nada exigia, só recebia o que lhe fosse graciosamente dado. Napoleão, ao determinar a invasão do território português e precipitar a fuga da família real, em 1808, para o Brasil, contribuiu decisivamente para a mudança desse quadro. A feição da colônia começou a mudar no momento em que a família real desembarcou em solo brasileiro e aqui se instalou: os portos foram (formalmente) abertos às nações amigas, o que, na prática, significava apenas à Inglaterra; o sistema bancário foi estruturado, ainda que com o objetivo precípuo de angariar fundos para a

1 MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17<sup>a</sup> ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 5.

2 Cf. CAVALCANTI, Pedro. *A Corrupção no Brasil*. São Paulo: Editora Siciliano, 1991, p. 30.

Coroa, sendo logo levado à falência; a primeira universidade foi criada, isso em um território onde eram limitados os estabelecimentos de ensino e proibida a circulação de jornais (o primeiro jornal brasileiro, “O Correio Braziliense”, foi impresso em Londres, em 1808). Esse último aspecto evidenciou a preocupação com a educação, requisito imprescindível à evolução de qualquer povo.<sup>3</sup> À época, a maior parte da população era constituída de índios e escravos, ao que se soma a constatação de que parcela insignificante da minoria branca tinha algum tipo de instrução.

Não é demais lembrar que as Ordenações Filipinas, *corpus iuris* português que vigeu no Brasil até o início do século XIX, ao vedar o recebimento de vantagens por parte dos Oficiais da Justiça e da Fazenda, lhes cominavam as penas de perda do ofício e obrigação de pagar vinte vezes mais do que receberam, revertendo, desse total, uma metade para o acusador e a outra para a denominada Câmara do Conselho.<sup>4</sup> A depender do valor do suborno, era cominada outra pena de gravidade ímpar, o degredo para o Brasil!<sup>5</sup>

O processo de formação da população brasileira, marcado, principalmente, por uma educação deficitária, certamente contribuiu para inviabilizar o aflorar da moral crítica a que se referia Hart,<sup>6</sup> dificultando, ainda hoje, o desenvolvimento de uma democracia verdadeiramente participativa.

Com a presença da família real, logo o Brasil tornou-se o centro de comando das possessões portuguesas, mais especificamente daquelas que ainda não haviam sido tomadas por outras potências. Em 1815, foi elevado à categoria de Reino Unido de Portugal e Algarves. Melhorias à parte, a administração pública brasileira cultivou maus hábitos desde o nascedouro. Não devemos esquecer que a rainha, D. Maria I, era louca e o príncipe regente, D. João VI, não era propriamente um exemplo de estadista. A distribuição de honrarias e títulos de nobreza foi uma das formas encontradas por D. João VI para conquistar o apoio político e financeiro da elite local, variando a importância dos títulos conforme a intensidade do “apoio” declinado à Coroa. Em apenas oito anos, distribuiu mais títulos de nobreza que Portugal nos trezentos anos anteriores.<sup>7</sup> Essa elite, destituída

---

3 Cf. GARCIA, Emerson. *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness, in International Journal for Education Law and Policy*, vol. 5, Issue 1-2, p. 55 (55), 2009.

4 Livro V, Título LXXI.

5 Livro V, Título LXXI, § 1º.

6 *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 20.

7 Cf. GOMES, Laurentino. 1808 – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta, 2007, p. 196-197.

de valores éticos e movida pelo espírito de “troca” (“é dando que se recebe”), ascendeu ao poder e sedimentou um verdadeiro cancro na estrutura administrativa. O tesoureiro-mor de D. João VI, Bento Maria Targini, um dos marcos da época, foi nomeado barão e depois visconde, sendo imortalizado nessa célebre quadrinha: “*Quem furta pouco é ladrão/ Quem furta muito é barão/ Quem mais furta e esconde/ passa de barão a visconde*”.<sup>8</sup> Ao retornar a Portugal, em face do seu notório envolvimento com práticas corruptas, foi simplesmente proibido de desembarcar.

A proclamação da independência, em 1822, preservou o cenário, limitando-se a modificar os atores. Noventa por cento da população eram constituídas por analfabetos, sendo o processo de separação de Portugal conduzido por uma pequena elite, que direcionava a massa de iletrados. O tráfico negreiro, não obstante os múltiplos tratados e atos normativos firmados, por pressão inglesa, com o objetivo de proscrevê-lo, passou a dominar a rotina do jovem Império brasileiro. Eram medidas “para inglês ver”. O tráfico gerou uma economia paralela, à margem da lei, em que o suborno era instrumento usual para que as autoridades continuassem a compactuar com prática tão espúria. Somente em 1850, quando os ingleses literalmente invadiram os portos brasileiros em busca de navios negreiros e ameaçaram afundar as embarcações que aqui aportassem, é que o tráfico foi efetivamente abolido.

Proclamada a República em 1889, momento em que os títulos nobiliárquicos foram proscritos, mas os civis do gabinete presidencial graciosamente elevados à categoria de Generais de Brigada do Exército Nacional (Decreto de 25 de maio de 1890), o que já denotava a estruturação de um modelo de Estado em que “*todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros*”,<sup>9</sup> a paisagem passou a ser dominada pelas fraudes eleitorais. Nesse período, representatividade política e legitimidade democrática não andavam de braços dados, prática que somente um século depois, com a informatização das eleições, começou a ser contida.

A reiteração de práticas corruptas e a inevitável sedimentação da concepção de que, além de inevitáveis, são toleráveis, possibilita a “institucionalização da corrupção”, o que tende a atenuar a consciência coletiva e associar a corrupção às instituições, implementando uma simbiose que dificilmente será revertida. Em outras palavras, os altos escalões do poder passam a ser vistos com desconfiança pela população em geral, daí

8 Cf. CAVALCANTI. A Corrupção..., p. 46.

9 Cf. OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I. Coimbra, Edições Almedina, 2007, p. 255.

decorrendo a imagem de que o seu objetivo é sempre alcançar o benefício pessoal, jamais o coletivo. Como a corrupção “*ama as alturas*”,<sup>10</sup> não é incomum que os servidores mais modestos sofram uma influência daninha dos superiores hierárquicos, resultando na proliferação desse fenômeno degenerativo de cima para baixo.

Os diversos “golpes de Estado” realizados em solo brasileiro (*v.g.*, em 1930, com a deposição do Presidente Washington Luís; em 1937, com a outorga de uma nova Constituição pelo Presidente Getúlio Vargas; e, em 1964, com a deposição do Presidente João Goulart e o início de duas décadas de ditadura, atos espúrios conduzidos pelas forças armadas) sempre suscitaram a cansativa retórica de que o seu principal objetivo era reestruturar o Estado e conter o avanço da corrupção. Um exemplo caricato é o lendário Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, certamente o ato mais arbitrário da história político-constitucional brasileira, colocando o Congresso Nacional em recesso, ampliando ainda mais os poderes do Executivo, que passaria a governar, apenas, mediante decretos, e restringindo os direitos e garantias fundamentais, inclusive o uso do *habeas-corpus*.

A democracia, na medida em que enseja a ascensão do povo ao poder e a constante renovação dos dirigentes máximos de qualquer Estado de Direito, possibilita um contínuo debate a respeito do comportamento daqueles que exercem ou pretendem exercer a representatividade popular. A partir dessa singela constatação, é possível deduzir que os regimes ditatoriais e autocráticos, por serem idealizados e conduzidos com abstração de toda e qualquer participação popular, se mostram como o ambiente adequado à aparição de altos índices de corrupção.

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 conseqüente supremacia do interesse dos detentores do poder em face do anseio coletivo. Esse quadro, longe de se diluir com a ulterior transição para um regime democrático, deixa sementes indesejadas no sistema, comprometendo os alicerces estruturais do Estado por longos períodos. Ainda que novas sejam as práticas corruptas, os desvios comportamentais de hoje em muito refletem situações passadas, das quais constituem mera continuação. O sistema brasileiro, como não poderia deixar de ser, não foge à regra. Não obstante o visível

---

10 NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España Democrática*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 136.

aumento, qualitativo e quantitativo, das medidas de combate à corrupção, a sociedade brasileira ainda carece de uma assepsia mais profunda. Os atos de corrupção hoje noticiados são meros desdobramentos de práticas que remontam a séculos. A democracia, longe de ser delineada pela norma, é o reflexo de lenta evolução cultural, exigindo uma contínua maturação da consciência popular.<sup>11</sup> Não é por outra razão que a reconstrução democrática do país, levada a efeito pela Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, ainda é um processo inacabado.

De outra ótica, o próprio aprimoramento da democracia também pode estimular a prática de certos atos de corrupção. Ninguém ignora que o resultado de uma eleição não se encontra unicamente vinculado às características intrínsecas dos candidatos vitoriosos. O êxito, acima de tudo, é reflexo do poder econômico, permitindo o planejamento de uma estratégia adequada de campanha, com a probabilidade de que seja alcançada uma maior parcela do eleitorado. Essa receita, por sua vez, é originária de financiamentos, diretos ou indiretos, de natureza pública ou privada. O dinheiro público é injetado em atividades político-partidárias com a utilização dos expedientes de liberação de verbas orçamentárias, de celebração de convênios às vésperas do pleito etc., fazendo que o administrador favorecido afigure maior popularidade, que reverterá para si, caso seja candidato à reeleição, ou para a legenda partidária a que pertença, alcançando os candidatos por ela apoiados. Tratando-se de financiamento privado, a imoralidade assume perspectivas ainda maiores. Essas receitas, em regra de origem duvidosa, não costumam refletir um mero ato de benevolência ou um abnegado ato de exteriorização de consciência política. Pelo contrário, podem ser concebidas como a prestação devida por um dos sujeitos de uma relação contratual de natureza sinalagmática, cabendo ao outro, tão logo seja eleito, cumprir a sua parte na avença, que normalmente consistirá na contratação de pessoas indicadas pelos colaboradores para o preenchimento de cargos em comissão, na previsão de dotações orçamentárias ou na liberação de verbas destinadas a projetos de interesse dos financiadores, na contratação de obras e serviços, sem a realização de licitação ou, mesmo, com a sua realização em caráter meramente formal, com desfecho previamente conhecido etc.<sup>12</sup> É inevitável a constatação de

11 Cf. GARCIA, Emerson. Corrupção e Democracia: grandezas inversamente proporcionais, *in* Correio Brasiliense, Brasília, edição de 24/07/2004.

12 Esse fenômeno, evidentemente, não é setorial. Dworkin, ao discorrer sobre “*política americana e o século que termina*”, não hesitou em afirmar que “*nossos políticos são uma vergonha, e o dinheiro é a raiz do problema. Nossos políticos precisam, angariam*

que a imoralidade detectada no financiamento da campanha permite projetar, com reduzidas perspectivas de erro, o comportamento a ser adotado pelo futuro agente público.

A corrupção, por certo, não é invenção brasileira. Pode ser vista como efeito praticamente inevitável de uma organização estatal deficiente, qualquer que seja o país objeto de análise. É o que ocorre quando verificamos a presença de (a) falhas no recrutamento de pessoal, (b) excessiva liberdade valorativa outorgada a agentes públicos, limitando a possibilidade de controle de suas decisões, (c) carência de estrutura material e humana nos órgãos administrativos, tornando-os ineficientes, (d) nítida precariedade dos instrumentos de controle e (e) entraves processuais que dificultam a aplicação das sanções cominadas.

Contextualizando as características anteriormente referidas na realidade brasileira, observa-se, inicialmente, em todas as esferas de governo, um excessivo quantitativo de cargos administrativos providos sem a prévia aprovação em concurso público, fenômeno verificado a partir da década de sessenta do século passado, durante a ditadura militar. Esses cargos são rotineiramente utilizados para premiar apadrinhados políticos, nem sempre comprometidos com o evoluir do serviço público. O pior é que o servidor de carreira, não raras vezes, passa a ser comandado pelos ocupantes desses cargos, o que, não bastasse o mau exemplo, se erige como nítido desestímulo ao seu empenho.

A ideia de liberdade valorativa, apesar de inerente a qualquer regime democrático, é constantemente deturpada.

No âmbito da função executiva, não é incomum que certas decisões sejam tomadas à margem do interesse público, com o deliberado propósito de benefício pessoal, associado, ou não, à obtenção de vantagem indevida junto a terceiros (*v.g.*, com a definição do trajeto de uma rodovia, que pode valorizar ou desvalorizar as propriedades confrontantes; a

---

*e gastam mais e mais dinheiro em cada ciclo de eleições. O candidato que tenha ou angarie mais dinheiro, como as eleições do período de 1998 demonstraram mais uma vez, quase sempre vence. Funcionários começam a angariar dinheiro para a próxima eleição no dia seguinte à última, e frequentemente dispensam mais tempo e dedicação a essa tarefa que àquela para a qual foram eleitos. Além disso, eles gastam a maior parte do dinheiro que arrecadaram com publicidades na televisão, que são normalmente negativas e quase sempre inertes, substituindo slogans e canções como argumento. De mais dinheiro precisam os políticos para serem eleitos, e mais eles precisam de ricos contribuintes, e mais influência cada contribuinte terá sobre suas decisões políticas uma vez eleito” (Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality. 4ª tiragem. London: Harward University Press, 2002, p. 351).*

contratação direta, sem a prévia realização de licitação de empresas conluiadas com o administrador, a liberação de recursos públicos para instituições sem fins lucrativos, controladas por correligionários políticos etc.). Entre os demais servidores públicos, a corrupção tende a ser maior, ou menor, conforme a amplitude do seu poder de decisão. Escândalos de corrupção envolvendo policiais e fiscais de tributos, especialmente aqueles vinculados aos estados-membros, são frequentes, o que certamente decorre da baixa remuneração oferecida e do fato de estarem na linha de frente no combate à ilicitude, o que lhes oferece uma ampla possibilidade de se envolverem em práticas corruptas.

No âmbito da função legislativa, os escândalos mais comuns, quase anuais, são aqueles relacionados à elaboração das leis orçamentárias, em que os parlamentares negociam com o Executivo a inserção, no orçamento, de dotações direcionadas aos seus redutos eleitorais. Também não é incomum a aprovação de leis em benefício dos próprios parlamentares ou de interesses de grupos específicos, que financiam os parlamentares justamente com esse objetivo. Nesse particular, para citarmos apenas um exemplo, merece ser lembrado o caso do senador da República que, já na década de noventa do século passado, utilizou o serviço gráfico do Senado Federal para confeccionar calendários contendo a sua imagem, com ulterior envio aos cidadãos do estado em que possuía domicílio eleitoral, tudo em pleno ano eleitoral. Reconhecido o abuso de autoridade pelo Tribunal Superior Eleitoral<sup>13</sup> e mantida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>14</sup> o Legislativo pouco tardou em praticar um dos mais deploráveis atos surgidos sob a égide da Constituição de 1988. Trata-se da Lei nº 8.985, de 7 de fevereiro de 1995, que foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo o entendimento de que a concessão da anistia está sujeita aos critérios de conveniência e oportunidade do Legislativo.<sup>15</sup> Essa Lei, por bem representar a degradação moral da classe dominante à época, merece ser transcrita: “*Art. 1º É concedida anistia especial aos candidatos às eleições gerais de 1994, processados ou condenados ou com registro cassado e conseqüente declaração de inelegibilidade ou cassação do diploma, pela prática de ilícitos eleitorais previstos na legislação em vigor, que tenham*

13 *Caso Humberto Lucena*, RO nº 12.244, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13/09/1994, RJTSE vol. 7, nº 1, p. 251.

14 Pleno, RE nº 186.088/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 30/11/1994, DJ de 24/02/1995, p. 3.696.

15 Pleno, ADI nº 1.231/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 15/12/2005, DJ de 28/04/2006, p. 4.

*relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal, na conformidade de regulamentação interna, arquivando-se os respectivos processos e restabelecendo-se os direitos por eles alcançados. Parágrafo único. Nenhuma outra condenação pela Justiça Eleitoral ou quaisquer outros atos de candidatos considerados infratores da legislação em vigor serão abrangidos por esta lei. Art. 2º Somente poderão beneficiar-se do preceituado no caput do artigo precedente os membros do Congresso Nacional que efetuarem o ressarcimento dos serviços individualmente prestados, na conformidade de tabela de preços para reposição de custos aprovada pela Mesa do Senado Federal, excluídas quaisquer cotas de gratuidade ou descontos. Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se a quaisquer processos decorrentes dos fatos e hipóteses previstos no art. 1º desta lei. Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.”*

Situação igualmente lamentável reside, não na obtenção de vantagens indevidas a partir da produção normativa, mas no delinear as leis punitivas de modo a inviabilizar a apuração e a punição dos atos de corrupção anteriormente praticados. Tais iniciativas, normalmente encobertas com a retórica de que buscam aperfeiçoar a legislação de regência, bem demonstram os efeitos deletérios de um voto impensado, insensível ao passado do candidato e à sua degeneração moral.

Por fim, no âmbito da função jurisdicional, a independência funcional que a caracteriza tem sido levada a extremos, daí decorrendo uma espécie de blindagem para graves irregularidades. É o que ocorre com a prolação de decisões, normalmente em caráter monocrático, em que é autorizada a liberação de elevadas somas de dinheiro ou de mercadorias sem que haja tempo hábil para a sua reforma pelo colegiado ou, mesmo, por um tribunal superior.

Quanto à carência de estrutura material e humana nos órgãos administrativos, característica recorrente em países de modernidade tardia, além de nitidamente contraposto às exigências do princípio de eficiência, inerente a qualquer referencial de “boa administração”,<sup>16</sup> tem-se a constatação de que se trata de um inegável estímulo à corrupção. Explica-se: considerando que a ineficiência é a tônica, tem-se uma “dificuldade” a ser superada, daí resultando uma ampla margem de ação para o corrupto que deseja vender “facilidades”. Surge, com isso, uma equação quase infalível: “órgão ineficiente” + “relevância dos interesses envolvidos” = “corrupção”.

16 Cf. BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 68.

Embora a corrupção seja uma prática conhecida por todos, sua repressão, apesar de todos os esforços, também é comprometida pela precariedade dos instrumentos de controle. A começar pelos órgãos policiais, passando pelo Ministério Público, avançando pelos Tribunais de Contas e culminando com o Poder Judiciário, isso sem olvidar os mecanismos de controle interno afetos a cada estrutura de poder, todos apresentam deficiências orgânicas. Mesmo aquelas unidades que apresentam estrutura mais avançada no âmbito da Federação brasileira não se mostram aptas a superar o volume de casos a serem resolvidos, o que procrastina a sua resolução e, por vezes, os relega ao esquecimento. Não bastasse isso, os instrumentos de investigação, não obstante honrosas exceções, não têm acompanhado o aprimoramento das práticas ilícitas, a cada dia mais refinadas. Nem todos os órgãos dispõem de ferramentas e tecnologia adequadas ao seu objetivo. Um exemplo notável, a que já fizemos referência em incontáveis congressos destinados ao estudo da temática, é a inexistência de um serviço central de informação, que seria responsável pela confrontação de dados recebidos de todos os entes responsáveis pela gestão de informações que possam refletir a situação patrimonial de uma pessoa (*v.g.*, instituições bancárias, registros de imóveis, departamentos de trânsito, juntas comerciais, receita federal, previdência social etc.) e, uma vez verificada a existência de situações suspeitas (*v.g.*, um agente que declara ter renda de 10, mas ostenta patrimônio 1000 vezes maior), seriam provocados os órgãos de controle. Como a quase totalidade desses sistemas já está informatizada, não vemos a razão por que não se implementar um sistema como esse, nos moldes, aliás, do que foi feito na França com a edição da Lei nº 93-122, de 29 de janeiro de 1993 (JO de 30/01/1993, p. 1.588 e ss.).<sup>17</sup> No Brasil, somente dispomos do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que nada mais é que a *Financial Intelligence Unit* (FIU) inicialmente prevista na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, celebrada em Viena, em 20 de dezembro de 1988, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Esse órgão foi inicialmente concebido para o combate à lavagem de dinheiro e somente congrega informações de ordem financeira.

Por último, merece referência a prodigiosa lei processual brasileira, permitindo que um único processo passe por quatro instâncias diferentes, sendo disponibilizado um extenso leque de recursos a tantos quantos

---

17 Cf. GUETTIER, Christophe. *La Loi Anti-Corruption*. Paris: Éditions Dalloz, 1993, p. 43 e ss.

pretendam subtrair-se ao alcance da Justiça. Além disso, um elevado quantitativo de agentes públicos goza do denominado “foro por prerrogativa de função”. Enquanto o cidadão comum deve ser julgado por um juiz, eles são submetidos originariamente a um tribunal. Como os tribunais não dispõem de estrutura adequada para conduzir um processo dessa natureza paralelamente à sua competência recursal, é natural que a impunidade seja a tônica, máxime com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Considerando que as debilidades do sistema são mais bem exploradas pelos advogados mais talentosos, que normalmente só estão ao alcance das classes mais favorecidas, popularizou-se o adágio popular de que “rico não vai para a cadeia”.

A resultante dessa variada gama de aspectos negativos é um elevado custo social.<sup>18</sup> As políticas públicas são sensivelmente atingidas pela evasão fiscal, que consubstancia uma das facetas dos atos de corrupção. Com a diminuição da receita tributária, em especial daquela originária das classes mais abastadas da população, diminui a redistribuição de renda às classes menos favorecidas e aumenta a injustiça social. Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo.<sup>19</sup> Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais.<sup>20</sup> Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da “*reserva do possível*”, ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.<sup>21</sup>

18 Cf. GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma Visão Jurídico-Sociológica, in Revista dos Tribunais nº 820, 2002, p. 440 (452 e ss.).

19 Cf. PÉAN, Pierre. *L'Argent Noir. Corruption et sous-développement*. France: Fayard, 1988, p. 9 e ss.

20 Cf. GORDILLO, Agostin. “Un Corte Transversal al Derecho Administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción”, in LL 1997-E, p. 1.091.

21 Após afirmar que alguns Estados transitam de uma democracia para uma cleptocracia, Susan Rose-Ackerman,, distinguindo entre cleptocratas fracos e fortes, lembra a seguinte anedota, repetida em várias ocasiões nas comunidades em desenvolvimento: “[o] governante A exhibe a sua nova mansão ao governante B. Apontando para a nova auto-estrada, A explica a existência da sua nova casa dizendo: “30%”. Mais tarde, A visita B na sua nova e ainda mais rica mansão. À pergunta de como tinha sido financiada, B diz: “Vê aquela auto-estrada além?” A olha surpreso porque não vê nenhuma auto-estrada. “É aí que bate o ponto”, diz

Apesar da brevidade dessa exposição, já é possível traçar um breve esboço dos problemas enfrentados na realidade brasileira. Afinal, não se pode preparar um lenitivo à margem do mal que se busca combater. E, nesse particular, o Estado brasileiro, mais especificamente a partir de sua reconstrução democrática, tem apresentado sensíveis sinais de melhora. Isso se tornou perceptível ao vermos que (1) um Presidente da República, o Sr. Fernando Collor de Mello, foi cassado em um processo de *impeachment*; (2) diversos parlamentares foram cassados por quebra de decoro parlamentar, não raro acusados da prática de atos de corrupção; (3) quatro dezenas de pessoas, incluindo diversos parlamentares, todos vinculados ao Partido dos Trabalhadores, que se mantém no poder há quase uma década, respondem a processo criminal ("*Caso do Mensalão*"), acusados, dentre outros crimes, de atos de corrupção perante o Supremo Tribunal Federal; (4) o Governador do Distrito Federal, o Sr. José Arruda, que anos antes, como senador, reconheceu ter fraudado o painel de votação do Senado Federal, foi preso provisoriamente, acusado da prática de atos de corrupção; (5) um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o Sr. Paulo Medina, hoje aposentado, juntamente com outros juízes, foi afastado de suas funções e acusado de atos de corrupção perante o Supremo Tribunal Federal; (6) diversos políticos, incluindo prefeitos e governadores, perderam o mandato por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, em razão da prática de corrupção eleitoral; (7) o Conselho Nacional de Justiça aposentou compulsoriamente diversos magistrados acusados de corrupção; etc. A lista, enfim, é bem extensa.

De modo correlato aos ares democráticos que arejam o País desde 1988, ao que se soma a existência de uma imprensa que, apesar de, vez ou outra, passar por momentos de pressão, continua a ser livre, a atual Constituição, além das tradicionais esferas de responsabilização (criminal, política e administrativa), instituiu uma quarta via, que certamente tem oferecido relevante contribuição à repressão da corrupção em solo brasileiro. Trata-se do combate à improbidade administrativa, regulamentado pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que será objeto de análise no capítulo seguinte.

---

B, "100%" (*Corruption and Government*, New York: Cambridge University Press, 1999, p. 120).

## 2.

# A LEI DE COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Poucos anos após a reestruturação democrática do País, o legislador infraconstitucional, valendo-se da liberdade de conformação deixada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República, editou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. A denominada Lei de Improbidade Administrativa pode ser considerada um diploma de inegável singularidade em múltiplos aspectos.<sup>22</sup> Além de ter sido proposta e sancionada pelo então Presidente Fernando Collor de Mello, primeiro e único Chefe de Estado brasileiro a ser afastado do cargo em um processo de *impeachment*, inaugurou uma nova instância de responsabilização dos agentes públicos, distinta das tradicionais. Até então, um agente público que praticasse atos de corrupção, a depender de sua condição funcional, poderia responder a processos de natureza (1) administrativa no âmbito do órgão a que estivesse integrado, o que poderia redundar em sanções de igual natureza, incluindo a perda do cargo, (2) criminal, podendo ser condenado à pena de prisão, (3) política perante o Poder Legislativo, daí decorrendo a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de outra função pública durante certo lapso temporal, e (4) cível *lato sensu* com a correlata imposição da obrigação de reparar o dano causado ao patrimônio público ou de perda dos bens adquiridos ilicitamente, nesse último caso se preenchidos os requisitos específicos exigidos pela Lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), ora revogada.

De acordo com a Lei de Improbidade Administrativa, o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada tem legitimidade para ajuizar em face de agente público, perante um juiz com competência extrapenal,<sup>23</sup> a ação civil por ato de improbidade administrativa. Além das providências de ordem cautelar, como a decretação da indisponibilidade dos bens, evitando que o agente se desfaça dos bens adquiridos ilicitamente ou o pró-

---

22 Para maior desenvolvimento do tema, vide GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

23 É importante ressaltar que o Brasil adota um sistema de jurisdição única, distinguindo-se, desse modo, de diversos paradigmas europeus, que adotam a jurisdição dúplice.

prio afastamento da função, impedindo seja obstada a colheita de provas, uma vez condenado, poderá o agente sofrer, de modo cumulativo ou não, inúmeras sanções de indiscutível gravidade. São elas: (a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, quando for o caso, (b) ressarcimento integral do dano, quando houver, (c) perda da função pública, (d) suspensão dos direitos políticos por vários anos, (e) pagamento de multa civil e (f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Ainda é importante ressaltar que o conceito de improbidade administrativa não está sobreposto ao de corrupção, sendo muito mais amplo que ele, absorvendo-o. Improbidade administrativa, em seus contornos mais amplos, é a injuridicidade do agir do agente público, cuja natureza e intensidade lhe confirmam contornos juridicamente relevantes, e que pode limitar-se à violação das regras e princípios regentes da atividade estatal ou avançar, também acarretando um dano ao patrimônio público ou ensejando o enriquecimento ilícito do agente. A corrupção estará normalmente associada a essa última figura, não às demais. Com o objetivo de controlar a evolução patrimonial dos agentes públicos, a Lei nº 8429/1992, em seu art. 13, dispôs sobre o monitoramento de sua evolução patrimonial, condicionando a posse no cargo e o exercício da função pública à apresentação de declaração de bens e valores.<sup>24</sup> Aliás, um dos atos de improbidade que

---

24 Na Espanha, a Lei nº 12, de 11 de maio de 1995 (Lei de Incompatibilidades dos Membros do Governo da Nação e Altos Cargos) exigiu, nos três meses seguintes à posse, a apresentação de declaração das atividades exercidas (art. 5º) e de declaração de bens e direitos (art. 6º). A primeira declaração é encaminhada ao Registro de Atividades de Altos Cargos, tendo caráter público; a segunda é remetida ao Registro de Bens e Direitos, de caráter reservado e que só pode ser acessado na forma do art. 8º (*v.g.*: pelo Ministério Público, quando realize investigações no exercício de suas funções e o conhecimento desses dados seja necessário, e pelos órgãos jurisdicionais). Essa restrição à publicidade da declaração de bens é criticada por Jesús González Pérez (*La ética en la Administración pública*, p. 92-93), que sustenta a necessidade de serem prestigiados o interesse público presente no livre acesso a tais informações e a regra do art. 105 da Constituição espanhola, que garante o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos. Também a Lei nº 53, de 26 de dezembro de 1984 (Lei de Incompatibilidades do pessoal a serviço da Administração Pública) prevê exigências semelhantes. Em Portugal, a Lei nº 4, de 2 de abril de 1984 (Controle Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Políticos), dispôs que os ocupantes de cargos políticos, assim definidos em seu art. 4º, deveriam apresentar declaração de bens ao Tribunal Constitucional, até 60 dias após o início de exercício de suas funções, renovando-a anualmente, isso sob

apontam para o enriquecimento ilícito consiste justamente na aquisição, para si ou para outrem, de “bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente” (art. 9º, VII). Como se percebe, diversamente do que se verifica em outros estados contemporâneos, o legislador brasileiro não impôs a obrigação de entrega da “declaração de atividades”, providência salutar e que certamente ampliaria o controle realizado.

A tipologia dos atos de improbidade apresenta contornos mais amplos que aqueles prevalecentes na esfera penal, o que exige responsabilidade do intérprete para que excessos não sejam praticados. Além do elemento subjetivo do agente público, que, com exceção dos danos causados ao patrimônio público passíveis de serem causados culposamente, deve ser sempre o dolo, é necessário sejam verificadas as circunstâncias subjacentes ao ato, não bastando que a conduta seja formalmente enquadrada

---

pena de perda do mandato, demissão ou destituição judicial, penalidade esta não aplicável ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia da República e ao Primeiro Ministro (art. 3º). Acresça-se que qualquer cidadão pode consultar as declarações (art. 5º), sendo livre a sua divulgação, salvo motivo relevante devidamente constatado pelo Tribunal (art. 6º). O monitoramento da evolução patrimonial dos agentes públicos tem sido uma preocupação constante em diversos países da América Latina: a) na Argentina, a Lei nº 25.188, de 29 de setembro de 1999 (Lei Ética da Função Pública) – arts. 4º a 12; b) na Colômbia, a Lei nº 190, de 6 de junho de 1995 (normas tendentes a preservar a moralidade na Administração Pública) – arts. 13 a 16; c) na Costa Rica, a Lei nº 8.422, de 6 de abril de 2004 (Lei contra a corrupção e o enriquecimento ilícito dos funcionários públicos) – arts. 21 a 36; d) no México, a Lei Federal de Responsabilidades Administrativas dos Servidores Públicos, de 14 de março de 2002 – arts. 35 a 46; e) no Uruguai, a Lei nº 17.060, de 23 de dezembro de 1998 (Lei de Prevenção e Luta contra a Corrupção) – arts. 10 a 19; e f) na Venezuela, a Lei contra a Corrupção, publicada em 7 de abril de 2003 – arts. 23 a 32. A legislação turca, por sua vez, é especialmente severa. A Lei nº 3.628, em vigor desde 4 de maio de 1990, exige que a declaração de bens seja apresentada no ingresso e na saída do serviço público, bem como a cada ano que termine em 0 ou 5: a inobservância do prazo sujeita o agente à pena de prisão de até 3 (três) meses; a não apresentação à pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano; a apresentação de declaração incorreta à pena de 6 (seis) meses a 3 (três) anos. A falsidade ainda sujeitará o agente à proibição de exercer função pública pelo mesmo período da pena de prisão e, constatada a impossibilidade de comprovação da origem do bem, a proibição pode se tornar vitalícia. A pena de prisão, ademais, raramente pode ser convertida em penalidade pecuniária. O sistema foi aperfeiçoado pelas Leis nº 5.020, 12 de dezembro de 2003, e 5.176, de 25 de maio de 2004, que, dentre outras medidas, determinaram que as declarações de bens seriam fiscalizadas pelo Escritório de Ética no Serviço Público, que poderia, inclusive, ter acesso a informações consideradas sigilosas pela lei.

na Lei de Improbidade. Somente assim será possível observar um referencial de proporcionalidade na restrição da esfera jurídica alheia. Daí a necessidade de ser aferido se (a) o dano causado ou o benefício auferido pelo agente foi ínfimo (*v.g.*, destruição de uma folha de papel ou utilização de um grampo para fins privados), (b) o ato atingiu (quase) *in totum* os fins da norma, praticamente afastando a reprovabilidade da conduta, (c) no contexto em que foi praticado, o erro de direito era plenamente escusável e (d) o interesse público foi preservado e não foram lesados interesses de terceiros. A partir da análise desses fatores será plenamente possível que a incidência da Lei de Improbidade se mostre inadequada, devendo a reprimenda permanecer adstrita a uma instância mais branda (*v.g.*, a aplicação de sanções puramente administrativas).

A Lei de Improbidade Administrativa considerou agentes públicos aqueles que mantenham algum vínculo de ordem funcional com o Poder Público, qualquer que seja a sua natureza (contratual, eletiva, voluntária etc.), independentemente de remuneração, alcançando, inclusive, os particulares que recebam recursos públicos ou terceiros que induziram o agente à prática do ato ou com ele concorreram ou, mesmo, se beneficiaram, de modo direto ou indireto, do produto do ilícito. Todos eles serão responsabilizados.

Com exceção da obrigação de reparar o dano causado, que, a teor do art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, é imprescritível, as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 somente poderão ser aplicadas caso haja observância do prazo prescricional previsto em seu art. 23. Tratando-se de cargos de provimento temporário (*v.g.*, mandato eletivo e funções de confiança), a ação deve ser proposta nos cinco anos subsequentes ao término do mandato. No caso de cargos de provimento efetivo, o prazo será o mesmo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão.

### 3.

## AS TENTATIVAS DE INVIABILIZAR A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Às singularidades da Lei de Improbidade somou-se uma contundente atuação do Ministério Público brasileiro, instituição que assumiu um relevante papel no âmbito das estruturas estatais de poder. O resultado dessa simbiose é de todos conhecido: múltiplas ações foram ajuizadas contra agentes públicos que, até então, somente eram “alcançados” pela mítica figura da responsabilidade política, uma espécie de “sino sem badalo”, tamanha a raridade de sua aplicação.

Como desdobramento, também aqui se fez presente a velha máxima de Newton: “*para toda ação há uma reação...*”.

Além da retórica populista, sempre calcada na requeitada argumentação de que a atuação do Ministério Público é movida por “razões políticas” ou que seus membros só desejam “aparecer”, praticando excessos de toda ordem, pouco tardou até que as retaliações germinassem no plano legislativo. Essa tendência foi especialmente sentida com a edição da Medida Provisória nº 2.088/35, de 27 de dezembro de 2000, em que o Presidente da República, Sr. Fernando Henrique Cardoso, sob os auspícios da urgência e da necessidade, (1) instaurou uma fase prévia no rito processual, postergando ao máximo o próprio aperfeiçoamento da relação processual, (2) considerou ato de improbidade o ajuizamento da ação contra um réu “que se saiba inocente”, (3) permitiu que o réu, em reconvenção, pleiteasse a aplicação das sanções ao subscritor da ação (nota: a reconvenção era ajuizada contra quem não era parte no processo, pois o autor da ação era o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada) e, para fechar com chave de ouro, (4) quando a imputação fosse considerada “*manifestamente improcedente*”, o agente público seria condenado ao pagamento de uma multa não superior a R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), equivalente, à época, a US\$ 79.500,00 (setenta e nove mil e quinhentos dólares).

É fácil constatar que a generalidade da Medida Provisória não conseguiu encobrir o seu real destinatário: o Ministério Público. Para justificar o abuso na edição de medidas provisórias, o Sr. Presidente da República, em cadeia nacional de televisão, declarou que a Medida Provisória nº

2.088-35/2000 era necessária para conter os abusos de alguns membros do Ministério Público.

Com essa farisaica e extravagante explicação, o Chefe do Executivo Federal, que jurou defender a Constituição da República, tentou aniquilar o mais eficaz instrumento de combate à corrupção posto à disposição da sociedade brasileira, simplesmente para punir *alguns* abusos. Nas hipóteses de abuso - se é que algum existiu -, a lei é pródiga em punições, estando o autor sujeito a sanções de ordem civil, criminal e disciplinar. Assim, inexistia qualquer justificativa *idônea* para atingir uma instituição que tem a incumbência de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

Essa Medida Provisória, longe de representar uma mera opção política ou uma resposta necessária aos anseios da comunidade, seja, talvez, um dos mais graves atentados à incipiente democracia pátria. Ao invés de municiar aqueles que estão entrincheirados na luta contra a corrupção, o Executivo apontou-lhes pesada artilharia, isto é, em lugar de um escudo, pintou-lhes um alvo no peito. Esse fato, no entanto, não passou despercebido à opinião pública, o que levou o Sr. Presidente da República, ante a avalanche de críticas,<sup>25</sup> a introduzir modificações na reedição subsequente da Medida Provisória nº 2.088. Nesta reedição, no entanto, foi mantida a

---

25 “A medida provisória que estipula uma penalidade financeira contra os promotores, caso suas denúncias não sejam aceitas pelos pretórios, é, em si mesma, um golpe contra a Carta Magna (configurando um golpe de Estado)”... “Se o Ministério Público não investiga livremente os que devem guardar as riquezas nacionais, ele também nada pode fazer contra os que subtraem os bens privados. O governo não ponderou o risco: indo contra os promotores, ele subverte os ideais da vida civil. Santo Agostinho diz que o Estado sem valores não se diferencia das quadrilhas.” (Roberto Romano, professor de ética e de filosofia política na Unicamp, “Em Defesa do Ministério Público”, in *Folha de S.Paulo*, edição de 8/1/2001). “Nossa democracia já possui instrumentos para corrigir excessos e punir irresponsáveis sem uma medida que, para alguns, ficaria perfeita nos compêndios jurídicos do regime militar... fragilizar o acusador pode não ser o melhor caminho para evitar acusações injustas. Pode acabar soando mais ou menos como aquela história de tirar o sofá da sala para evitar o que todo mundo sabe o quê. Ou, como já diziam nossas avós quando éramos crianças e temíamos ser punidos por malfeitores alheios: quem não deve, não teme” (Helena Chagas, in “Na contramão”, *O Globo*, edição de 8/1/2001). “O Ministério Público está apenas fazendo seu trabalho. Está se excedendo? Promotores de Justiça com vontade de aparecer são a melhor novidade da República nestes últimos anos. Contrapartida direta da proliferação de corruptos e corruptores com vontade de não aparecer. Dizem que o Supremo derubará a medida provisória intimidadora, mas só o fato de ela ter sido bolada e editada mostra como vivemos em tempos assustadoramente interessantes” (Luís Fernando Veríssimo, mimeo).

fase prévia, o que, ainda hoje, consubstancia um percalço diuturnamente enfrentado para a concreção das sanções da Lei de Improbidade.

Esse lamentável episódio não deve ser esquecido. Pelo contrário, merece ser objeto de constante e contínua reflexão, sendo um marco significativo de duas vertentes opostas: a certeza de que os governantes não hesitarão em retaliar todos aqueles que *ousem* combater a corrupção e a importância da opinião pública, que não permaneceu silente ao constatar que estava na iminência de ver enfraquecido o maior algoz da corrupção no Brasil.

Outro exemplo é a persistência daqueles que lutam por estender às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função, previsto na esfera criminal. Acostumados com essa regra de exceção que, a nosso ver, sequer deveria existir em um país que se diz democrático, sonham em transferir à esfera cível a impunidade que assola a seara criminal. Não que a impunidade também não seja a regra em termos de combate à improbidade, mas, sim, porque os arautos da “tese da prerrogativa” há muito perceberam que são grandes as perspectivas de alteração desse quadro. Pergunta-se: quem deseja a manutenção do *status quo*, a população ou aqueles que se acostumaram e pensam em institucionalizar a confortável sensação de liberdade que a garantia da impunidade lhes causa? Alguém seria ingênuo o suficiente para não perceber as consequências que a pretendida alteração legislativa causaria no combate à improbidade? Basta afirmar que as investigações e a consequente propositura das ações deixariam de ser realizadas por milhares de Promotores de Justiça e Procuradores da República e passariam a ser concentradas nas mãos de alguns poucos chefes institucionais, diga-se de passagem, escolhidos pelo Chefe do Executivo, o que acrescenta um indesejável componente político à estrutura organizacional do Ministério Público - mau-vezo que os defensores da “tese da prerrogativa” teimam em não extirpar.

Resistências à parte, foi editada a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que conferiu nova redação ao § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal e estendeu às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função consagrado na esfera criminal. Por ser basilar que a legislação infraconstitucional somente pode elastecer a competência dos tribunais quando expressamente autorizada pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do preceito.<sup>26</sup> O “esforço”, no en-

26 ADI nº 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/09/2005. Na ocasião, com três votos vencidos (Gilmar Mendes, Eros Grau e Ellen Gracie, que defenderam a similitude entre ato de improbidade e crime de responsabilidade), o Tribunal

tanto, não foi em vão. Essa singela alteração legislativa paralisou a grande maioria das ações de improbidade que tramitavam em todo o país, contribuindo para o desvanecimento de provas e a dilapidação de patrimônios, isto para não falar na formação de códigos paralelos de conduta, pois a indefinição do juízo competente inviabilizava a adoção de medidas coercitivas sobre a esfera jurídica alheia, sedimentando uma confortável sensação de impunidade.

A tese, que continua a ser discutida no Congresso Nacional, desta feita no âmbito de uma reforma constitucional, perdeu muito do seu “brilho”. Explica-se: se em passado recente discutia-se o juízo competente para julgar os altos escalões do poder pela prática de atos de improbidade, hoje já se nega a própria possibilidade de virem a praticá-los. Essa interessante linha argumentativa foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº 2.138/2002, alegando-se: (1) o tribunal é competente para processar os ministros de estado por crime de responsabilidade, (2) qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, (3) o juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar ministro de estado que utilizara aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha (praxe administrativa, segundo o agente), usurpou a competência do tribunal. Os artífices dessa curiosa e criativa tese argumentam que boa parte dos atos de improbidade encontra correspondência na tipologia da Lei nº 1.079/1950,<sup>27</sup> que “define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento”, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade. Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 85, V, teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o

---

decidiu que: a ação de improbidade tem natureza cível, enquanto o foro por prerrogativa de função restringe-se à seara penal; ao equiparar a ação civil por ato de improbidade à ação penal, a lei contrariou o art. 37, § 4º, da Constituição; o foro por prerrogativa pressupõe a atualidade do exercício da função, isto sob pena de transmutar-se em privilégio, ferindo o princípio da isonomia; o Legislativo não poderia, por via infraconstitucional, desautorizar o cancelamento da Súmula nº 394; e a competência do Supremo Tribunal Federal foi exaustivamente prevista na Constituição, somente podendo ser ampliada por emenda ou, pelo próprio Tribunal, com o auxílio da teoria dos poderes implícitos.

27 Infrações semelhantes já eram coibidas (1) no Império, com a lei “sobre a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado, de 15/10/1827, que regulamentou o art. 47 da Constituição de 1824, e (2) no início da República, com os Decretos 27 e 30, de 07 e 08/01/1892, que tratavam dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, sendo estes os antecedentes da Lei nº 1.079, de 10/04/1950.

presidente da república praticaria crime de responsabilidade sempre que atentasse contra a probidade na administração, o que possibilitaria o seu *impeachment*.

Apesar de o resultado da reclamação já estar definido, o acolhimento da tese ainda permanece em aberto, já que o tribunal sofreu consideráveis alterações em sua composição. O teor dos debates ainda deixa dúvidas se o tribunal compactuará com a possibilidade de os altos escalões do poder responderem por atos de improbidade. Acresça-se ser igualmente factível que se estabeleça uma espécie de “apartheid jurídico”: os agentes políticos que, nos crimes de responsabilidade (infração político-jurídica), tenham o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição, não praticam atos de improbidade.

O primeiro complicador dessa tese é identificar o que se deve entender por crimes de responsabilidade, proposição que enseja não poucas dúvidas e perplexidades. Em relação ao presidente da república, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que enseja a realização de um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal<sup>28</sup>. Em relação ao ministro de estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que redundam em um julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup>. Em relação ao prefeito municipal, é um crime comum, que o expõe a uma pena de prisão.<sup>30</sup> E em relação

28 CR/1988, art. 52, I e parágrafo único.

29 CR/1988, art. 102, I, c.

30 Decreto-Lei nº 201/1967, art. 1º. O mesmo diploma normativo, em seu art. 4º, fala nas “*infrações-político-administrativas dos Prefeitos Municipais*”, o que se assemelharia aos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/1950. Nesse sentido: “Penal. Processual Penal. Prefeito: Crime de Responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1º: crimes comuns. I. – Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pelo Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas crimes de responsabilidade. II. – A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. – Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. – HC indeferido” (STF, Pleno, HC nº 60.671/PI, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/05/1995).

aos senadores, deputados e vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato.<sup>31</sup>

Ainda merece referência a circunstância de que alguns agentes mencionados na Constituição da República como autores em potencial dos crimes de responsabilidade (*v.g.*, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público – art. 52, II), sequer, são alcançados pela tipologia da Lei nº 1.079/1950,<sup>32</sup> o que simplesmente inviabiliza a sua punição.

A partir dessas constatações iniciais, já se pode afirmar que a “tese” prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 2.138/2002 não comporta uma resposta linear, pois, para alguns agentes, o crime de responsabilidade ensejará um julgamento jurídico e, para outros, um julgamento político, isso para não falarmos daqueles que sequer são alcançados pela tipologia legal.<sup>33</sup>

Avançando nos alicerces estruturais da curiosa e criativa “tese”, argumenta-se que boa parte dos atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/1992 encontra correspondência na tipologia da Lei nº 1.079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade. Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 85, V, teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o presidente da república praticaria crime de responsabilidade sempre que atentasse contra a probidade na administração, possibilitando o seu *impeachment*. Como o parágrafo único do último preceito dispõe que esse tipo de crime seria definido em “lei

31 Como única exceção, pode ser mencionado o crime de responsabilidade passível de ser praticado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores que gastar mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus Vereadores (CR/1988, art. 29-A, §§ 1º e 3º).

32 Os membros do Ministério Público são alcançados pela tipologia dos crimes de responsabilidade sempre que preencham os requisitos dos arts. 40 e 40-A da Lei nº 1.079/1950, com a redação dada pela Lei nº 10.028/2000.

33 Acresça-se a dificuldade em compreender o real fundamento do Enunciado nº 722 da Súmula do STF (“são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento”), pois, se os crimes de responsabilidade não são verdadeiros crimes (*v.g.*: não são considerados para fins de reincidência), mas infrações de raiz política e administrativa, como justificar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria? Incidiria na hipótese o disposto no art. 22, I, da Constituição da República?

*especial*”, nada mais “natural” que concluir que a Lei de Improbidade faz as vezes de tal lei. Afinal, se é crime de responsabilidade atentar contra a probidade, qualquer conduta que consubstancie improbidade administrativa será, em última *ratio*, crime de responsabilidade.

Com a devida vênia daqueles que encampam esse entendimento, não tem ele a mínima plausibilidade jurídica. Inicialmente, cumpre manifestar um certo alívio na constatação de que os crimes contra a administração pública tipificados em “leis especiais”, que consubstanciam evidentes manifestações de desprezo à probidade, não foram considerados crimes de responsabilidade!

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir consequências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o constituinte originário não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudo-intérprete impô-la? Não é demais lembrar que o próprio substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.446/1991, apresentado pelo Senado e que redundou na Lei nº 8.429/1992, era expresso ao reconhecer que os atos de improbidade (principal) também configuravam crimes de responsabilidade (secundário), sendo certo que “*a instauração de procedimento para apurar crime de responsabilidade não impede nem suspende o inquérito ou processo judicial referido nesta Lei*” (art. 11). Percebe-se, assim, a difusão do entendimento de que são figuras distintas, bem como que a interpenetração dos sistemas dependeria de previsão legal expressa.

E pior, é crível a tese de que a Lei nº 1.079/1950 é especial em relação à Lei nº 8.429/1992, culminando em absorver a última? Não pode o agente público responder por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.

Não se pode perder de vista que a própria Constituição faz referência, separadamente, a “*atos de improbidade*”<sup>34</sup> e a “*crimes de responsabilidade*”,<sup>35</sup> remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional.<sup>36</sup> Como se constata, as figuras coexistem por imperativo constitucional. Além disso, como ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*.

34 CR/1988, arts 15, V, e 37, § 4º.

35 CR/1988, arts. 29, §§ 2º e 3º; 50, *caput* e § 1º; 52, I; 85, *caput* e parágrafo único; 86, *caput* e § 1º, II; 96, III; 100, § 6º; 102, I, c; 105, I, a; 108, I, a; e 167, § 1º.

36 CR/1988, arts. 37, § 4º, e 85, parágrafo único.

Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8.429/1992 é a lei a que se refere o § 4º do art. 37. Os agentes políticos, em consequência, são sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade, conclusão, aliás, que encontra ressonância nos termos extremamente amplos do art. 2º da Lei de Improbidade: *“reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”*

O “entendimento” externado na Reclamação nº 2.138/2002, engendrado de tocaia para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pelo desmando e pela impunidade, é uma página negra na história da Suprema Corte brasileira.<sup>37</sup> Pelas manifestações já externadas pelos novos integrantes do tribunal, o natural é que ele seja revisto, mas o simples fato de ter sido arquitetado e posto em prática bem demonstra que não será fácil combater os ilícitos praticados pelos altos escalões do poder.

---

37 Cf. GARCIA, Emerson. O Combate à Corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação, *in* Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 10, julho/dezembro de 2007, p. 383 (383 e ss.).

## 4.

# O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: CONTORNOS ESSENCIAIS E INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO

Após a proclamação da República, o tratamento dispensado ao Ministério Público sofreu variações em muito semelhantes ao número de constituições promulgadas ou outorgadas em solo brasileiro.<sup>38</sup> A Constituição de 1934 inseriu o Ministério Público no capítulo intitulado “*Dos órgãos de Coordenação das Atividades Governamentais*”, coexistindo com o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos. A Constituição de 1937 não o contemplou, e a Carta de 1946 dispôs sobre a Instituição em título próprio, desvinculado dos três poderes. A Constituição de 1967 incluiu o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário, e a Carta de 1969 no capítulo do Poder Executivo.

A Constituição de 1988 inseriu o Ministério Público no Capítulo IV (“Das Funções Essenciais à Justiça”), o qual integra o Título IV (“Da Organização dos Poderes”). Com isso, os alicerces da Instituição, não obstante dispostos no mesmo título dos demais poderes, o foram em capítulo distinto, o que terminou por afastar a falsa concepção de que o Ministério Público integra o Poder no qual sua disciplina fora encartada. Foram igualmente dissolvidos os estreitos vínculos outrora existentes entre o Ministério Público e o Poder Executivo, sendo vedado o exercício de sua representatividade judicial e assegurada a autonomia administrativa e financeira da Instituição, garantindo a independência funcional de seus membros e conferindo-lhes garantias idênticas àquelas outorgadas aos magistrados, daí resultando a sua posição de órgão verdadeiramente independente. O Ministério Público brasileiro, diversamente do que se verifica em relação a diversos paradigmas europeus, não está sujeito, sequer, à observância das diretrizes estabelecidas pelo Ministro da Justiça.

A organização do Ministério Público acompanha a forma federativa de estado adotada pelo Brasil, daí decorrendo a existência do Ministério Público da União e dos congêneres estaduais, todos autônomos entre si.

---

38 Para maior desenvolvimento do tema, vide: GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

O primeiro ainda é subdividido em quatro ramos: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cada qual com atribuições específicas.

O Ministério Público dispõe de autonomia financeira, administrativa e funcional. Em outras palavras, compete à própria Instituição elaborar sua proposta orçamentária, que será submetida, pelo Poder Executivo, ao Poder Legislativo, juntamente com as propostas dos demais Poderes e Instituições autônomas; decidir sobre a aquisição de bens e serviços, bem como sobre a contratação do seu próprio pessoal, e atuar livremente, somente rendendo obediência à consciência de seus membros e aos ditames da lei. Nesse particular, é importante ressaltar que nem mesmo o Procurador-Geral, chefe da Instituição, pode determinar que os seus agentes, no exercício de sua atividade finalística, atuem dessa ou daquela maneira.

Por imposição constitucional, ao Ministério Público incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.<sup>39</sup>

O dever funcional de defender a ordem jurídica impõe a aferição de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, podendo ajuizar as medidas necessárias à coibição de abusos ou ilegalidades, sempre buscando mantê-los adstritos aos limites da Constituição e do Direito. Ordem jurídica não guarda similitude com a lei, mas, sim, com o Direito, sendo noção eminentemente mais ampla. Como variantes específicas desse dever, podem ser mencionadas a legitimidade para deflagrar o controle de constitucionalidade<sup>40</sup> e a função, prevista no art. 129, II, da Constituição, de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”. Por esse motivo, deve ser afastada qualquer interpretação que procure associar a atuação do Ministério Público à satisfação dos interesses dos órgãos estatais (interesse público secundário), não raras vezes dissonantes do interesse da coletividade (interesse público primário). Essa vertente, evidentemente, não esgota a noção de ordem jurídica. Qualquer que seja a ordem jurídica, abstraindo as zonas intermédias, podem ser divisadas claramente duas espécies de interesses a serem tutelados: aqueles que atingem diretamente o interesse individual, sendo destituídos de maior relevância para os interesses do grupamento, e o interesse social, divisado a partir de uma dimensão co-

39 CR/1988, art. 127, *caput*.

40 CR/1988, art. 103, I e § 4º.

letiva dos interesses envolvidos ou, mesmo, com a sua origem vinculada a um interesse aparentemente individual. Nesse último caso, a dimensão social do interesse será vista sempre que os valores que nela estejam ínsitos encontrem correlação com interesses maiores do grupamento, daí se falar em interesses tutelados por normas de ordem pública. Os interesses tutelados por normas dessa natureza costumam ser indisponíveis (de forma absoluta ou relativa), enquanto os interesses meramente individuais são marcados pelo traço da disponibilidade.

Realizando uma interpretação teleológico-sistemática do art. 127 da Constituição da República, é possível afirmar que a atribuição de “*defesa da ordem jurídica*” não legitima a conclusão de que o Ministério Público deve atuar em toda e qualquer causa que nela encontra seu fundamento de validade. Fosse assim, a enunciação de qualquer outra atribuição seria claramente redundante, pois o designativo *ordem jurídica* abarcaria a todas. Ante a natureza dos demais interesses tutelados pelas referidas normas (regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis) e tendo em vista a própria *ratio* da atividade finalística desenvolvida pelo Ministério Público (art. 129 da CR/1988), toda ela voltada à satisfação do interesse da sociedade, entendemos que à Instituição não cumpre a defesa, ampla e irrestrita, da ordem jurídica, mas, sim, da parcela que aglutine os interesses tutelados pelas denominadas normas de ordem pública, que abarcam, além dos interesses sociais, os individuais, ainda que disponíveis, que gerem reflexos relevantes e imediatos na própria coletividade.

A defesa do regime democrático busca assegurar a própria continuidade do estado brasileiro, delineada a partir da vontade popular e teleologicamente voltado à satisfação dos interesses da coletividade. A Instituição ainda deve zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis. Os interesses sociais transcendem a individualidade dos diversos interesses que neles podem estar ínsitos, sendo relevantes para a sociedade como um todo (*v.g.*, interesses difusos e coletivos). Nesse caso, a atuação do Ministério Público não pressupõe a indisponibilidade de cada uma das parcelas que o integram, o que torna legítima, *verbi gratia*, a defesa de interesses individuais homogêneos advindos de relação de consumo, ainda que as parcelas que o compõem tenham cunho estritamente patrimonial, disponível em regra geral. Por essa razão, será legítima a defesa de interesses individuais, ainda que não sejam indisponíveis, desde que seja divisado um interesse social em sua tutela.

No âmbito das funções específicas, a Instituição recebeu o *munus* de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”,<sup>41</sup> e “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”.<sup>42</sup> No exercício de suas funções, o Ministério Público pode valer-se de diversos instrumentos, como (a) expedir notificações para colher depoimentos e esclarecimentos, podendo determinar, inclusive, a condução coercitiva; (b) requisitar informações, exames periciais e documentos; (c) promover inspeções e diligências; (d) requisitar a instauração de investigação policial; e (e) expedir recomendações. Em outras palavras, detectada a prática de atos de corrupção, a Instituição deve instaurar o inquérito civil para apurar a prática da improbidade administrativa e, simultaneamente, o procedimento de investigação criminal para apurar a prática do crime de corrupção. Note-se que, apesar da resistência dos órgãos policiais, os tribunais superiores têm reconhecido a possibilidade de o Ministério Público realizar, diretamente, investigações de natureza criminal, prerrogativa que estaria implícita na sua legitimidade para o ajuizamento da ação penal.<sup>43</sup> Por

41 CR/1988, art. 129, I.

42 CR/1988, art. 129, III.

43 Supremo Tribunal Federal: 2ª T., RE nº 449.206/ED, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/10/2005, DJ de 25/11/2005; 2ª T., RE nº 468.523/SC, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 01/12/2009, DJ de 19/02/2010; 2ª T., HC nº 94.173/BA, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; 2ª T., HC nº 90.099/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 03/12/2009; e 2ª T., HC nº 89.837/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009. Superior Tribunal de Justiça: 6ª T., RHC nº 11.670/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 13/11/2001, DJU de 04/02/2002, p. 551; 5ª T., HC nº 33.462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 27/09/2005, DJU de 07/11/2005, p. 316; 5ª T., HC nº 41.875/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 06/09/2005, DJU de 03/10/2005, p. 296; 6ª T., REsp. nº 494.320/RJ, rel. p/ o acórdão Min. Nilson Naves, j. em 28/10/2004; 5ª T., HC nº 34.151/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 27/04/2004, DJU de 24/05/2002, p. 321; 5ª T., HC nº 25.238/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 02/03/2004, DJU de 24/05/2004, p. 298; 5ª T., HC nº 18.060/PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 07/02/2002, DJU de 26/08/2002, p. 271; 6ª T., RHC nº 11.637/SC, rel. Min. Vicente Leal, j. em 06/12/2001, DJU de 18/02/2002, p. 499; 6ª T., RHC nº 11.670/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 13/11/2001, DJU de 04/02/2002, p. 551; 5ª T., RHC nº 10.111/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 06/09/2001, DJU de 08/10/2001, p. 223; 5ª T., HC nº 12.685/MA, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 11/06/2001, p. 240; 5ª T., RHC nº 8.106/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/04/2001, DJU de 04/06/2001, p. 186, RT 793/538; 5ª T., HC nº 13.368/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/04/2001, DJU de 04/06/2001, p. 194; 5ª T., RHC nº 10.403/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 20/02/2001, DJU de 26/03/2001, p. 436; 5ª T., RHC nº 9.922/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 13/12/2000, DJU de 05/02/2001,

outro lado, entendendo que melhores frutos serão obtidos com a requisição de instauração de investigação pela polícia, poderá optar por essa via. Essa última opção, no entanto, nem sempre se mostra adequada quando os atos de corrupção são praticados pelos próprios policiais.

Os membros do Ministério Público possuem as garantias da (a) vitaliciedade, após dois anos de exercício da função, somente podendo perder o cargo por decisão judicial transitada em julgado; (b) inamovibilidade, não podendo ser removidos de seus órgãos salvo por motivo de interesse público, o que exige a instauração de processo em que lhes seja assegurada a ampla defesa; e (c) irredutibilidade dos subsídios que recebem. As garantias outorgadas à Instituição e aos seus membros certamente contribuem para se compreender a causa de ela ter assumido uma posição de destaque no combate à corrupção. Afinal, a possibilidade de retaliação, ao menos no plano jurídico-funcional, é sensivelmente reduzida.

---

p. 114; 5ª T., RHC nº 10.725/PB, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/02/2000, DJU de 08/03/2000, p. 137; 5ª T., HC nº 7.445/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 1º/12/1998, DJU de 1º/02/1999, p. 218, RT 764/507; e 6ª T., RHC nº 8.025/PR, rel. Min. Vicente Leal, j. em 1º/12/1998, DJU de 18/12/1998, p. 416.



## Considerações Finais

Percalços e resistências à parte, é visível que o Brasil tem mudado sua face nos quase vinte e cinco anos já transcorridos desde a sua reconstrução democrática. Se ilícitos ainda são praticados, gerando um justo sentimento de revolta nos diversos segmentos sociais, as normas de cunho repressivo há muito deixaram de ostentar contornos puramente semânticos. Sua efetividade a cada dia torna-se mais constante, alcançando, inclusive, os altos escalões do poder. Evolução à parte, o verdadeiro aperfeiçoamento do sistema somente será alcançado quando a população brasileira, em sua generalidade, alcançar níveis satisfatórios de instrução e capacidade crítica, colocando em prática, de fato, uma verdadeira democracia participativa.



*Versão em inglês*

*English version*

**Repression of Corruption in Brazil:  
between reality and utopia**

EMERSON GARCIA



I thank the organizers of the Fourth Regional Conference for Latin America of the International Association of Prosecutors, held in Fortaleza, between 23 and 25 March 2011, the invitation to present a communication, object of development in this brief essay in a panel titled “ Effective control and prevention of corruption through the non-criminal jurisdiction”.



# Contents

Biographical note .....	39
Preliminary Explanation .....	43
1. Corruption in the brazilian reality.....	45
2. Law against administrative misconduct.....	57
3. Attacks on effectiveness of the law against administrative misconduct .....	61
4. The Brazilian Public Ministry: essential features and instruments of action .....	69
Final Remarks .....	73



## Biographical note

Emerson Garcia is PhD student and Master in Law and Political Science by the University of Lisbon, as well as Specialist in Education Law and Policy by the European Association for Education Law and Policy (Antwerp - Belgium) and in Political Science and International Law by University of Lisbon.

He joined the Public Ministry of Rio de Janeiro in May 1996. In addition to the regular exercise of his duties, he joined the Coordination of Electoral Matters and worked in several departments of the Institution, having been Juridical Consultant of the Attorney General's Office of Rio de Janeiro from 2005 to 2009.

Participated in numerous committees of Legislative Studies under the National Association of Public Ministry (CONAMP) and the Attorney General's Office in Rio de Janeiro, including one that originated the current Organic Law of the institution.

Is juridical consultant of the National Association of Public Ministry (CONAMP) since 2008.

His thesis were approved in several national congresses of the Public Ministry.

Member of International Association of Prosecutors (The Hague - The Netherlands).

He was President of the Examining Committee of Constitutional Law at the competition for Attorney in the Court of Counts of the State of Rio de Janeiro (2005-2006). Under the Competition for admission to the Career of Public Ministry of the State of Rio de Janeiro, was Examiner of Election Law (2005/2006) and Constitutional Law (2007 and 2008) and alternate Examiner of this last discipline (2000/2001, 2001/2002 and 2002/2003). President of the examining boards of Business Law, Tax Law and Election Law (2005/2006) and President of the examining boards of Constitutional Law, Administrative

Law, Tax Law and Institutional Principles of Public Ministry (2008).  
Is visiting professor of many educational institutions.

Taught courses in company in various public and private institutions, like the Federal Supreme Court, the Federal Public Ministry, the General Advocacy of Union and the Foundation School of Public Ministry in the Federal District and Territories.

Participated as a speaker of dozens conferences and seminars on legal affairs in the Federal District and in most states. of Brazilian Federation.

He was ad hoc consultant of the Magazine CEJ, from the Federal Council of Justice. Integrates the Editorial Board of Editora Lumen Juris, the Boards of the Magazines De Jure and MPMG, from the Public Ministry of Minas Gerais, and the Board of the Juridical Magazine of Public Ministry of Mato Grosso.

Has published legal opinions and articles in newspapers and dozens of magazines in Brazil and abroad.

He is the author of the following works, all published by Editora Lumen Juris:

- Abuso de Poder nas Eleições, 3<sup>a</sup> ed.;
- Código Eleitoral e Legislação Extravagante, 2<sup>a</sup> ed. (organizer);
- Conflito entre Normas Constitucionais;
- Constituição da República Federativa do Brasil (organizer);
- Improbidade Administrativa, 5<sup>a</sup> ed. (author of the 1<sup>st</sup> part);
- Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 3<sup>a</sup> ed.;
- Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional, 2<sup>a</sup> ed.

He is the translator of:

- Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão, from the french Abbot Sieyès (Editora Lumen Juris);

He is the coordinator and collaborator in:

- A Efetividade dos Direitos Sociais (Editora Lumen Juris);
- Discricionariedade Administrativa (Editora Lumen Juris);

He collaborates on:

- A Constitucionalização do Direito, a Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica (Editora Lumen Juris);
- Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamílton (Editora Lumen Juris);
- Direito Notarial e Registral. Questões Polêmicas (BH Editora);
- Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos (Editora Lumen Juris);
- Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle, Coleção do Averso ao Direito (Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo);
- Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade (Edições Juspodivm);
- Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (Edições Juspodivm);
- Leituras Complementares de Constitucional: Teoria da Constituição (Edições Juspodivm);
- Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais (Editora Atlas);
- Os Desafios dos Direitos Sociais (Livraria do Advogado);
- Temas Atuais do Ministério Público (Editora Lumen Juris).



## Preliminary Explanation

The text now published is designed to support the communication made by the author at the Fourth Regional Conference for Latin America of the International Association of Prosecutors, held in Fortaleza, between 23 and 25 March 2011. Whereas the objectives of the conference mainly focused on exchange of experience between the agents of Institutions with identical or similar contours to the Brazilian Public Ministry (*rectius*: Prosecution Service), the main concern was to delineate in summary way, the basic aspects of combating corruption in Brazil within the non-criminal jurisdiction.



# 1.

## Corruption in the brazilian reality

Corruption, in its most basic sense, reflects the violation of a positional legal duty and the correlative obtaining of an undue benefit for himself or for another person. We talk in the violation of a positional legal duty in the sense that the corrupt must necessarily play a function in public or private sphere, which imposes a duty and granted the necessary powers to perform certain goal. The undue benefit, in turn, that is the proper *ratio essendi* of the corruption, is not supported by law, it is conceived in a broadest sense, covering both the standards imposed by the state and the contracts governing relations between private agents.

This is a social phenomenon as old as man, which emerges and develops in a similar proportion to the increase of circulating medium and the interpenetration of interests between different social actors, and it may contract or expand according to higher or lower stiffness of the ethical-moral patterns prevailing in a society.

Although every human being, under the shelter of reason is capable to shape his own individuality, it is undeniable that the place where we live and develop will have a direct influence in this process. A social context in which to obtain an undue advantage is seen as common practice by individuals in general, certainly make that similar conception will be present in the legal relations that several individuals may establish. So we have the conclusion that a nation where a value like honesty is preponderant, probably will have honest governments, as a people in their daily life, tolerate dishonesty and, not infrequently, praises it, surely will have rulers with similar thinking.

The causes leading to the emergence of ethical-moral fractures in society are well diversified. One is certainly related to its emergence and evolution process, which may sediment in the popular imagination a sense of devaluation of public interests, that always “*are subject to time changes*” (“*Wandel der Zeit sind dem unterworfen*”)<sup>1</sup> and overestimates the private interest, which must assume a position of prominence at all costs.

---

1 MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17<sup>a</sup> ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 5.

The reality of the Federative Republic of Brazil is an interesting example of this situation, since corruption has its roots entrenched in their own colonization process, initiated in the early sixteenth century.

The portuguese colonial system was erected on the pillars of an absolute monarchy, making Monarch and administrators remain united by personal and paternalistic links, which led to the seed of inefficiency. Furthermore, they had, as common goal, the unbridled profit, and, as single action, the withering away of the wealth of the colony, without any commitment to ethical ideals, functional duties or collective interests. Dates from this time the idea that public things are things of nobody, and that its only use is to satisfy the interests of the class that came to power.

In the early eighteenth century, smuggling of gold, always accompanied by the deleterious effects inherent in such practices (eg, tax evasion and corruption), has spread among religious. It was a common practice, among so-called "*renegade monks*," the transportation of gold dust inside the wooden statues wich they carried, hence the term "*saint of hollow wood*."<sup>2</sup>

If the French influence in the civil law systems is well known as crucial for the delineation of the structural underpinnings of the rules of private law and the dissemination of the civil codes, the formation of the Brazilian state, if it was not influenced by the dogmatic inflows, it owes much to the expansionist policy of Napoleon Bonaparte. Although has been raised in 1640 to the rank of Vice-Kingdom of Portugal, Brazil has never stopped being a colony, no voice, no rights. It didn't say what itself want, didn't demand nothing, received only what it was graciously given. Napoleon, in determining the invasion of the portuguese territory and precipitate the royal family fled in 1808 to Brazil, contributed decisively to change this picture. The feature of the colony began to change when the royal family landed on Brazilian soil and settled here: the ports have been (formally) open to friendly nations, which in practice meant only to England, the banking system was structured, albeit with the ultimate goal of raising funds for the Crown, being soon led into bankruptcy, the first university was established in a territory where it was limited to schools and prohibited the circulation of newspapers (the first Brazilian newspaper, "*Correio Brasiliense*", was printed in London in 1808). This last point highlighted the concern for education, prerequisite to the development of

---

2 CAVALCANTI, Pedro. *A Corrupção no Brasil*. São Paulo: Editora Siciliano, 1991, p. 30.

any people.<sup>3</sup> At the time, most of the population was composed of indians and slaves, which adds to the evidence that tiny portion of the white minority had some kind of instruction

It is interesting to remember that “*Ordenações Filipinas*”, portuguese corpus juris effective in Brazil until the early nineteenth century, that prohibits the receipt of benefits by the Officers of Justice and Finance, imposing on them the penalties of loss of office and duty to pay twenty times more than they received. In relation to that total, half would revert to the accuser and the other half to the Council Chamber.<sup>4</sup> Depending on the value of the bribe, it was applied another penalty extremely serious: the exile to Brazil!<sup>5</sup> The formation process of the Brazilian population, marked mainly by a deficient education, certainly contributed to undermine the flourishing of the moral criticism wich Hart<sup>6</sup> referred, making difficult, even today, the development of a truly participatory democracy.

With the presence of the royal family, Brazil became the command center of the portuguese possessions, specifically those that had not been taken by other Nations. In 1815, Brazil was elevated to the rank of United Kingdom of Portugal and Algarve. Improvements aside, the Brazilian government has cultivated bad habits from birth. We must not forget that the Queen, D. Mary I, was crazy, and the Prince Regent, D. John VI, was not exactly an example of a statesman. The distribution of honors and titles of nobility was one of the forms found by D. John VI to win political and financial support of the local elite, ranging the importance of the titles as the intensity of the declined “support” to the Crown. In just eight years, he provided more titles that Portugal over three hundred years earlier.<sup>7</sup> This elite, devoid of ethical values and moved by the spirit of “exchange” (“*it is in giving that we receive*”), came to power and cemented a real cancer in the administrative structure. The chief officer of D. John VI, Benedict Mary Targino, one of the landmarks of the time, was named Baron and Viscount and was immortalized in that famous rhyme: “*Who steals little thief is / Who steals a lot baron is / Who else steals and hides / pass from Baron to Viscount*”.<sup>8</sup>

---

3 GARCIA, Emerson. *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness, in International Journal for Education Law and Policy*, vol. 5, Issue 1-2, p. 55 (55), 2009.

4 Book V, Title LXXI.

5 Book V, Title LXXI, § 1º.

6 *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 20.

7 GOMES, Laurentino. 1808 – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta, 2007, p. 196-197.

8 CAVALCANTI. *A Corrupção...*, p. 46.

Returning to Portugal, because of their notorious involvement with corrupt practices, he was simply forbidden to disembark.

The proclamation of independence in 1822 preserved the scene, merely changing the actors. Ninety percent of the population consisted of illiterate, and the process of separation of Portugal led by a small elite, who directed the mass of illiterates. The slave trade, despite the many treaties and normative acts signed by British pressure in order to abolish it, has come to dominate the routine of the young Brazilian Empire. They were measures were "*window dressing*". The traffic spawned a parallel economy, outside the law, in which the bribe was usual instrument to make the authorities continue to condone such spurious practice. Only in 1850, when British literally invaded Brazilian ports in search of slave ships and threatened to sink the ships that arrived here, is that trafficking was effectively abolished.

Proclaimed the republic in 1889, when the nobility were outlawed, but the civilians of the presidential office gracefully elevated to the rank of Brigadier Generals of the National Army (Decree of May 25, 1890), which has meant the structuring of a state model in which "*all are equal but some are more equal than others*",<sup>9</sup> the landscape has been dominated by electoral fraud. During this period, political representation and democratic legitimacy didn't walk arm in arm, a practice that only a century later, with the computerization of elections, began to be contained.

The reiteration of corrupt practices and the inevitable spread of the view that, apart from inevitable, are tolerable, enables the "*institutionalization of corruption*," which tends to mitigate the collective consciousness and associate corruption to the institutions, implementing a symbiosis that is unlikely to be reversed. In other words, the higher echelons of power are seen with suspicion by the population, hence the image that his goal is always to achieve personal gain, never collective. As corruption "*loves the heights*"<sup>10</sup> is not uncommon that more modest servers suffer a more harmful influence of superiors, resulting in the proliferation of this degenerative phenomenon top to bottom.

The various "coups" conducted on Brazilian territory (eg: in 1930 with the overthrow of President Washington Luis, in 1937, with the imposition of a new constitution by President Getulio Vargas, and in 1964

9 OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, Edições Almedina, 2007, p. 255.

10 NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España Democrática*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 136.

with the overthrow of President Joao Goulart and the beginning of two decades of dictatorship, illegitimate acts conducted by the armed forces) has always raised the tiresome rhetoric that his main goal was to restructure the state and contain the spread of corruption. An grotesque example is the legendary Institutional Act nº 5 of December 13, 1968, certainly the most arbitrary act of the Brazilian political history, putting Congress in recess, further extending the powers of the Executive branch, which would govern only by decrees, and restricting the rights and safeguards, including the use of habeas corpus.

Democracy, whereas it brings the people to power and make the constant renewal from the rulers, it provides a continuing debate about the behavior of those engaged in or intending to pursue the popular representation. From this simple observation, it is possible to deduce that autocratic and dictatorial regimes, because they are conceived and conducted in abstraction from any popular participation, appear as the appropriate environment for the emergence of high levels of corruption.

The lack of democracy facilitates the spread of corruption to take advantage of the limitations of the instruments of control, lack of mechanisms that keep the government hosted by the legality and of the arbitrariness of power and consequent supremacy of the interests of those in power against the collective yearning. This picture, far from being diluted with subsequent transition to a democratic regime, leave unwanted seeds in the system, compromising the structural underpinnings of the state for long periods. Corrupt practices are commonly not new and today's defiances reflect past situations, which are mere continuation. The Brazilian system is not an exception. Despite the visible qualitative and quantitative increase of measures to combat corruption, Brazilian sociopolitical environment still needs a deeper asepsis. The acts of corruption reported today are mere consequences of practices that go back centuries. Democracy, far from being outlined by the law, is a reflection of a slow cultural evolution, requiring a continuing maturation of the popular consciousness.<sup>11</sup> There is no other reason that the democratic reconstruction of the country, carried out by the Constitution promulgated on October 5, 1988, is still an unfinished process.

From another perspective, the actual improvement of democracy could also encourage the practice of certain acts of corruption. Everyone knows that the outcome of an election is not solely linked to the intrinsic

---

11 GARCIA, Emerson. *Corrupção e Democracia: grandezas inversamente proporcionais*, in *Correio Brasiliense*, Brasília, edition of 07/24/2004.

characteristics of the winning candidates. The success, above all, is the reflection of the economic power, allowing the planning of an appropriate strategy for the campaign, with the probability to reach a larger share of the electorate. This money comes from financing, direct or indirect, either public or private. The public money is injected into political activities with (a) the release of budget funds, (b) the conclusion of agreements on the eve of elections, which make that the favored administrator has greater popularity, which reverts to himself, if candidate to reelection or for the party label to which he belongs, reaching the candidates supported by it, etc. In the case of private financing, immorality assumes greater prospects. This money, usually of dubious origin, tend to reflect not merely an act of benevolence or a selfless act of externalization of political consciousness. On the contrary, can be conceived as a benefit due to the subject of a contractual relationship, and the other, as soon as elected, must fulfill their part in the covenant, which usually consist of the hiring of persons nominated by the donors, in the anticipation of budget allocations or release of funds for projects that interest of the donors, in contracting works and services without making a bid, or even to its performance in a purely formal character, with the outcome in advance known etc.<sup>12</sup> It is inevitable the conclusion that immorality detected in campaign financing let us design, with little prospect of error, the behavior should be adopted by future public administrators.

Corruption, of course, is not a Brazilian invention. It can be seen as an almost inevitable effect of a weak state organization, whatever the country analyzed. This is what happens when we note the presence of (a) failures in staff recruitment, (b) excessive valuing freedom granted to public officials, limiting the possibility to control their decisions, (c) lack

---

12 This kind of thing is not purely local. Dworkin, righting about the *"american politics at century's end"*, did not hesitate to say that *"our politics are a disgrace, and money is the root of the problem. Our politicians need, raise, and spend more and more Money in each election cycle. The candidate Who has or raises the most Money, as the 1998 midterm elections demonstrated once again, almost always wins. Officials begin raising money for the next election the day after the last one, and often put more time and industry into that task than into those for which they were elected. They spend the bulk of the campaign money they raise, moreover, on television ads that are often negative and nearly always inane, substituting slogans and jingles for argument. The more money politicians need to be elected, the more they need rich contributors, and the more influence such contributors then have over their political decisions once elected"* (*Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. 4<sup>a</sup> tiragem. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 351).

of human and material structure in government, making it ineffective, (d) precarious control instruments, and (e) procedural barriers that hinder the implementation of penalties provided by law.

Contextualizing the characteristics mentioned above in the Brazilian reality, we observe, initially, in all spheres of government, an excessive quantity of administrative positions filled without the prior approval in a public examination, a phenomenon observed from the sixties of last century, during the military dictatorship. These offices are routinely used to reward political cronies, not always committed to the unfolding of the public service. The worst is that the server career, often, is now controlled by the occupants of these positions, which were bad examples and a clear disincentive to your efforts.

The idea of valuing freedom, despite inherent in any democratic system, is constantly misrepresented.

In the executive function is not uncommon that some decisions are taken outside the public interest, with the deliberate purpose of personal gain, associated or not to obtain undue advantage to a third party (eg: with the definition of a highway path, that can enhance or devalue the properties, direct hiring of the companies colluded with the administrator, the release of public funds to nonprofit institutions controlled by fellows etc.). Among other public officials, corruption tends to be higher or lower depending on the extent of their discretion. Corruption scandals involving police and officers that working with taxes, especially those tied to the Member States, are common, which certainly derives from the low wages offered and the fact they are in the frontline in the fight against illegality, which offers them a wide opportunity to engage in corrupt practices.

In the legislative function, the more common scandals, almost annual, are those related to the preparation of budget laws in parliament, wich parliamentarians negotiate with the executive branch the inclusion of funds directed to their electoral strongholds. It is not also uncommon to pass laws for the benefit of parliamentarians themselves or for the benefits of interests of specific groups that fund lawmakers with precisely that goal. In particular, to cite just one example, we can remember the case of the Senator who, already in the nineties of last century, used the service chart of the Senate for making calendars containing his image, with subsequent delivery to the citizens of the State in which he had voting place, all in the election year. Acknowledged the abuse of authority by

the Electoral Supreme Tribunal<sup>13</sup> and kept the decision by the Supreme Court,<sup>14</sup> the Legislature has committed one of the most deplorable acts that arose under the aegis of the 1988 Constitution. This is the Law 8985 of February 7, 1995, which was deemed constitutional by the Supreme Court, with the prevailing view that the granting of amnesty is subject to the criteria of convenience and opportunity of the Legislature.<sup>15</sup> This law, however, well represent the moral degradation of the ruling class at the time, deserves to be transcribed: “*Art 1. Shall be granted special amnesty to the candidates at general elections in 1994, prosecuted or convicted or with registration revoked and the consequent declaration of ineligibility or with revocation of the electoral mandate, on the grounds of the practice of electoral offenses under the laws in force that relate to the use of graphic services of the Senate, in accordance to domestic regulations, filing up their files and re-establishing the rights they have achieved. Paragraph. No further condemnation by the Electoral Court or any other acts of candidates deemed in violation of the laws in force shall be covered by this law. Article 2. Can only benefit from the precepts of the previous article members of Congress who make compensation for services provided individually, in accordance to the price list for replacement costs of the Bureau of the Senate, excluding any shares of free or discounted. Article 3. This law shall enter into force upon its publication, applying to any proceedings arising from the facts and assumptions provided for in art. 1 of this law. Article 4. Revokes the provisions to the contrary.*”

Other unfortunate situation lies not in obtaining undue advantages from the rules production, but in outline the punitive laws in order to avoid the investigation and punishment of acts of corruption. Such initiatives, often disguised with the rhetoric that seek to improve the current law, demonstrate the deleterious effect of a thoughtless vote, insensitive to the candidate’s past and its moral degeneration.

Finally, within the judicial function, functional independence that characterizes it has been taken to extremes, with the result of a kind of shield for serious irregularities. This is what happens with some decisions, usually given by only one judge, which authorize to release large sums of money or goods without giving time for their retirement by a higher court.

13 *Humberto Lucena Case*, RO 12.244, Min. Marco Aurélio, j. in 09/13/1994, RJTSE vol. 7, nº 1, p. 251.

14 RE 186.088/DF, Min. Néri da Silveira, j. in 11/30/1994, DJ 02/24/1995, p. 3.696.

15 ADI 1.231/DF, Min. Carlos Velloso, j. in 12/15/2005, DJ 04/28/2006, p. 4.

In relation of the lack of human and material structure in government, a recurrent feature in countries of late modernity, and sharply opposed to the requirements of the principle of efficiency, inherent in any reference to “good administration”,<sup>16</sup> we have an undeniable incentive to corruption. We explain: considering that the inefficiency is the tonic, there is a “difficulty” to be overcome, resulting in a wide margin of action for the corrupt who wants to sell “facilities”. Arises, therefore, an equation almost infallible “inefficient body” + “relevance of the interests involved” = “corruption”.

Although corruption is a practice known by all, their repression, despite every effort, is also compromised by the precariousness of the instruments of control. Starting by the police, through the Public Ministry, advancing the Courts of Accounts and culminating with the judiciary, not forgetting the internal control mechanisms affect to every structure of power, all show dysfunctions. Even those units with more advanced structure in the Brazilian Federation do not appear able to overcome the number of cases to be resolved. In consequence the resolution of problems is procrastinated and sometimes relegated to oblivion. The instruments of investigation, despite notable exceptions, have not matched the improvement of malpractice, which are increasingly refined. Not all organizations have the proper tools and technology to your goal. One notable example, that we’ve done in countless conferences for the study of this topic is the lack of a central information which would be responsible for the confrontation of data downloaded by all entities responsible for the management of information that might reflect the property of a person (eg: banks, traffic departments, boards of trade, federal income, social security etc.), and once found suspicious situations (eg, an agent who claims to have income of 10 but has a property 1000 times bigger), would result the start of a specific control. Whereas these systems are already computerized, we do not see why not to implement such a system, similar in fact to what was done in France with the enactment of Law 93-122 of 29 January 1993 (OJ of 30/01/1993, p. 1588 ff.).<sup>17</sup> In Brazil, is only available the Council for Financial Activities Control, which is nothing more than the Financial Intelligence Unit (FIU) originally provided in the Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, done at Vienna on 20 December 1988, ratified in Brazil by Decree 154 of June 26,

---

16 BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7<sup>a</sup> ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 68.

17 GUETTIER, Christophe. *La Loi Anti-Corruption*. Paris: Éditions Dalloz, 1993, p. 43 e ss.

1991. This organ was originally designed to combat money laundering, and only gathers information from a financial nature.

Finally, mention should be made to the prodigious Brazilian procedural law, allowing a single process run through four different instances, and provided an extensive range of appeals to avoid a final decision. In addition, a large quantity of public officials has the right to be tried by a court, not by a singular judge. Whereas the courts don't have an adequate infrastructure to conduct such a process parallel, it is natural that impunity is the tonic, particularly with the occurrence of the negative prescription of the punitive claim. Whereas the weaknesses of the system are best exploited by the most talented lawyers, who typically are only available for the more privileged classes, has been popularized the adage that "*rich is not going to jail.*"

The result of this wide range of negative aspects is a high social cost.<sup>18</sup> Public policies are significantly affected by tax evasion, which constitutes one facet of corruption. With decreased tax revenues, especially that originating from the upper classes of the population, reduces the redistribution of income to lower classes and increases social injustice. This cycle leads to the establishment of a symbiotic relationship between corruption and compromise of the fundamental rights of the individual.<sup>19</sup> The higher the levels of corruption, the lower the implementation of public policies on social rights.<sup>20</sup> If state resources are admittedly limited, which makes constant the invocation of "possible reserves" in trying to compel the government to achieve certain rights in the reality, this instability will increase the extent that those resources, besides limited, not going in public coffers or have been used for illicit purposes.<sup>21</sup>

Despite the brevity of this exposure, it is possible to trace a brief outline of the problems facing the Brazilian reality. After all, one can not prepare a salve on the sidelines of the evil that seeks to combat. And, in particular, the Brazilian state, more specifically from its democratic reconstruction, has shown signs of improvement. This became apparent when we see that (1) a President, Mr. Fernando Collor de Mello, was impeached, (2) several

18 GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma Visão Jurídico-Sociológica, in 820 Revista dos Tribunais 440 (452 e ss.), 2002.

19 PÉAN, Pierre. *L'Argent Noir. Corruption et sous-développement*. France: Fayard, 1988, p. 9.

20 GORDILLO, Agostin. "Un Corte Transversal al Derecho Administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción", in LL 1997-E, p. 1.091.

21 ROSE, ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government*, New York: Cambridge University Press, 1999, p. 120.

parliamentarians have been impeached on grounds of loss of decorum, often accused of acts of corruption, (3) forty people, including several parliamentarians, all linked to the Workers' Party, which has been in power for almost a decade, respond to criminal prosecution accused, among other crimes, of acts of corruption, before the Supreme Court ("Mensalão Case") (4) the Federal District Governor, Mr. Joseph Arruda, who years earlier as a Senator, has acknowledged having swindled the voting panel of the Senate, was arrested provisionally, charged from acts of corruption, (5) a Minister of the Superior Court of Justice, Mr Paul Medina, now retired, along with other judges, was dismissed from his duties and accused of corruption before the Supreme Court, ( 6) several politicians, including mayors and governors, have lost their mandate, as decided by the Electoral Supreme Court, because the practice of electoral corruption: (7) National Council of Justice compulsorily retired several judges accused of corruption, etc. . The list is quite extensive.

In order to correlate the democratic air airing the country since 1988, which adds to the existence of a press that is still free, the current Constitution, beyond the traditional spheres of responsibility (criminal, political and administrative) imposed a fourth track, which certainly has given outstanding contribution to the repression of corruption in Brazilian territory. This is the fight against administrative misconduct, regulated by Law 8429 of June 2, 1992, and that will be analyzed in the following chapter.



## 2.

### Law against administrative misconduct

A few years after the democratic restructuring of the country, the legislature, taking advantage of freedom of conformation allowed by art. 37, § 4, of the Constitution, has enacted the Law 8429 of June 2, 1992.<sup>22</sup> The Law of administrative misconduct can be considered a undeniable uniqueness statute in many respects. Besides having been proposed and sanctioned by the then President Fernando Collor de Mello, the first and only Brazilian Head of State to be removed from office in an impeachment process, opened a new instance of accountability of public officials, separate from traditional ones. Until then, a public official who practiced acts of corruption, depending on their functional condition, could respond to the processes of nature (1) administrative, within the administrative sphere itself, which could result in penalties of a similar nature, including loss of office, (2) criminal, and may be sentenced to imprisonment, (3) political, before the Legislature, hence the loss of office and disqualification to other public offices during a certain time, and (4) civil, with the imposition of a correlative obligation to repair the damage caused to public property or loss of assets illicitly acquired, if, in these case if met the specific requirements demanded by Law 3.502, from 1958 (Law Bilac Pinto).

According to the Administrative Law of Misconduct, the Public Ministry and the entity to which the public officer is linked have legal standing to prosecute, in the face of public official, before a court with non criminal jurisdiction,<sup>23</sup> the civil action for administrative misconduct. In addition to the provisions of simple protection, as the frozen of personal property, preventing the agent disposes of assets illicitly acquired, or even the removal of function, preventing compromised the collection of evidence, once convicted, the agent may suffer, as cumulative or not, penalties of indisputable seriousness. They are: (a) loss of goods or assets illicitly acquired, if applicable, (b) full compensation for damage, if any,

---

22 For more information, see GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

23 Brazil has adopted a system of single jurisdiction, distinguishing it from several European paradigms that adopt the dual jurisdiction.

(c) loss of public office, (d) suspension of political rights for several years (e) payment of civil fine, and (f) prohibition from contracting with the government or receive benefits or fiscal or credit incentives, directly or indirectly, even through legal entity in which he is majority shareholder.

It is still important to emphasize that the concept of administrative misconduct is not equal on corruption. Is much larger than it. Administrative misconduct in its broad outlines, is a non juridical act practice by a public officer, whose nature and intensity give relevance to it and can be limited to breaches of rules and administrative principles or also causing damage public property or providing for the illicit enrichment of the agent. Corruption is usually associated with the latter figure, not the other. Aiming to control the evolution of the patrimonial state officials, the Law 8429/1992, in his art. 13, arranged on tracking your progress, conditioning the exercise of public activities to the presentation of a statement of assets and values.<sup>24</sup> Indeed, one of the acts of misconduct that link to illicit enrichment consists precisely in the acquisition, for themselves or for others, of *“assets of any kind whose value is disproportionate to the evolution of property or income of the agent”* (art. 9, VII). As noted, unlike what happens in other modern states, the brazilian legislature has not imposed the obligation to surrender the *“statement of activities,”* wich certainly is a salutary measure would expand the control performed.

The typology of acts of misconduct presented broad outlines of those prevailing in a criminal sphere, which requires the interpreter’s responsibility to ensure that excesses are not committed. Besides the subjective element of the public officer who, except for damage caused to public property, which may be caused culpably, should always have the intent, it is necessary to be examined the circumstances underlying the act, not simply that the conduct is formally framed in law of misconduct. Only then we can see a reference to proportionality in restricting the legal rights of others. It must be checked if (a) the damage or benefit earned by the agent was relevant (eg: the destruction of a sheet of paper or use a clip for private purposes), (b) the act amounted almost *in totum* the purposes of the law, virtually ruling out the disapproved conduct, (c) the context in which it was committed, the error of law was fully excusable and (d) the public interest was preserved and were not injured third party interests.

---

24 In Spain, the Law 12, from May 11, 1995 (Act of Incompatibilities of Members of the Government of the Nation and High Positions) required within three months of admission, the submission of statement of activities carried out (art. 5) and declaration of assets and rights (art. 6).

From the analysis of these factors is entirely possible that the incidence of the law of misconduct show to be inadequate, and the reprimand remain bound by a lighter sphere (eg: a purely administrative sanction).

The administrative law of misconduct considered public officials who maintain some order of link with the government, whatever its nature (contractual, elective, voluntary etc.). And regardless of pay, reaching even individuals who receive public resources. Also the third who induced or contributed to the agent for such action, or even benefited of the illicit product, either directly or indirectly, will be held accountable.

Except for the obligation to repair the damage, that can be exigible in any time (art. 37, § 5, Constitution of 1988), the penalties may only be applied if there is compliance with the limitations provided for in art. 23. In the case of temporary positions (eg, elective office and positions of trust), the action shall be brought within five years after the end of the mandate. In case of effective positions, the period is the same as provided by law for specific disciplinary offenses punishable by dismissal.



### 3.

## Attacks on effectiveness of the law against administrative misconduct

Added to the singularities of the Law of misconduct we have a resounding performance of the Brazilian Public Ministry, who takes an relevant role within the state structures of power. The result of this symbiosis is known to all: multiple lawsuits were started against public officials who until then were only reached by the mythical figure of political responsibility, a sort of “bell without clapper,” such is the rarity of its application.

As an extension was also present here the old adage of Newton: “for every action there is a reaction ...”.

Beyond the populist rhetoric, always grounded in the argument that the actions of the Public Ministry are motivated by “political reasons” or that its members only want to “appear”, playing all sorts of excesses, we saw the retaliation germinating in the legislature. This trend was especially felt by the issue of Provisional Measure 2.088/35 of December, 27, 2000, in which the President, Mr. Fernando Henrique Cardoso, under the auspices of the urgency and necessity, (1) introduced a preliminary stage in the ritual procedure, postponing the formation of the procedural relationship, (2) considered an act of dishonesty to enforce the law of misconduct against a agent that author “knows innocent”, (3) allowed the defendant in a counterclaim, claiming the application of sanctions to the subscriber of the action (note: the counterclaim was filed against those who were not party to the proceedings because the plaintiff was the Public Ministry or the entity injured) and (4) when imputation was deemed “manifestly unfounded”, the public officer would be sentenced to pay a fine not exceeding R\$ 151,000.00 (one hundred fifty one thousand reais), equivalent at the time, US\$ 79,500.00 (seventy nine thousand five hundred dollars).

It is easy to see that the generality of the Provisional Measure (a sort of legal statute) could not conceal his real destination: the Public Ministry. To justify the abuse, Mr. President, on national television, said the Provisional Measure 2.088-35 was necessary to curb abuses by some members of the Public Ministry. With this extravagant explanation, the Chief of the Federal Executive branch, who swore to uphold the Constitution of the Republic,

attempted to annihilate the most effective tool to combat corruption at the disposal of Brazilian society, just to punish some abuses. In the cases of abuse – if it ever existed – the law is full of punishments and the author is subject to penalties of civil, criminal and disciplinary nature. There wasn't any excuse to attack a reputable Institution that is tasked to defend the legal order and the democratic system. This Provisional Measure, far from being a mere political choice or a necessary response to the wishes of the community, perhaps one of the most serious attacks on Brazilian democracy. Rather than equip those who are entrenched in the fight against corruption, the Executive pointed them heavy artillery, instead of a shield, painted them a target on his chest. This fact was noticed by public opinion, which led the President of the Republic, before the criticism,<sup>25</sup> to introduce modifications in subsequent republication of Provisional Measure 2088. In this reissue, however, was maintained the previous phase, which, even today, constitutes a setback for the application of penalties of the Law of misconduct.

This unfortunate episode should not be forgotten. On the contrary, should be the subject of constant and continual reflection, being a significant milestone of two opposing sides: the certainty that government will not hesitate to retaliate those who fight against corruption and the importance of the public opinion, which did not remain silent when noted that was about to see weakened the biggest enemy of corruption in Brazil.

---

25 *"The Provisional Measure that stipulates a financial penalty against prosecutors if their complaints are not accepted by the Praetorian is in itself a blow to Magna Charta (setting a coup )"... "If the Public Ministry does not investigate freely that they must keep the national wealth, it also can do nothing against those who subtract from private property. The government has not weighed the risk, going against the prosecutors, he subverts the ideals of civic life. St. Augustine says the state without values is no different from gangs" (Roberto Romano, Professor of ethics and political philosophy at Unicamp, in "Defense of Public Ministry", in Folha de S. Paulo, edition of 1/8/2001). "Our democracy already has tools to correct excesses and punish irresponsible without a measure which, for some, would be perfectly legal in the compendium of the military regime ... undermine the accuser may not be the best way to avoid unfair accusations. May sounding a bit like that story to remove living room couch to avoid what everyone else knows what. Or, as said our grandparents when we were kids and we were afraid of being punished by criminals, who should not, do not fear" (Helena Chagas, in "Against the way", O Globo, edition of 01/08/2001). "The Public Ministry is just doing his job. It is overdoing it? Prosecutors willing to show are the best news of the Republic in recent years. Direct counterpart of the proliferation of corrupt and corrupting desire not to appear. They say the Supreme overthrow the Provisory Measure intimidating, but just the fact it has been edited shows how frightfully interesting times we live in" (Luis Fernando Verissimo).*

Another example is the persistence of those who fight to extend to the actions of misconduct the prerogative, provided in the criminal sphere, to be tried by a Court, not by a judge. Accustomed to this rule of exception, that should not even exist in a country that calls itself democratic, those persons dream to transferring to the civil sphere the impunity that plagues the criminal realm. Not that impunity is not also the rule in terms of combating misconduct, but rather because the heralds of the “thesis of prerogative” have long realized that there are great prospects for change. The question is: who wants to maintain the status quo, the public or those who have become accustomed and feel comfortable with the freedom that the guarantee of impunity causes them? One would be naive enough to not realize the consequences that the intended legislative change would cause in the fight against dishonesty? Suffice it to say that the investigations and the consequent start of actions would no longer be conducted by thousands of Prosecutors and would be concentrated in the hands of a few institutional heads, say by the way, chosen by the Chief Executive, which adds an undesirable political component to the organizational structure of the Public Ministry – mistake that those who advocates the thesis of the prerogative insist on not correct.

Resistance aside, was enacted Law 10.628 of December 24, 2002, which provided new wording to paragraph 2 of art. 84 of the Code of Criminal Procedure and extended to the actions of misconduct the prerogative of certain agents only be tried by a Court. Because the statutes can only enlarging the jurisdiction of the courts when expressly authorized by the Constitution, the Supreme Court declared the unconstitutionality of the precept.<sup>26</sup> The “effort,” however, was not in vain. This simple legislative amendment paralyzed the vast majority of ctions of misconduct throughout the country, contributing to the fading of evi-

---

26 ADI 2.797/DF, Min Sepúlveda Pertence, j. on 15/09/2005. On occasion, with three dissenting opinions (Gilmar Mendes, Eros Grau and Ellen Gracie, who defended the similarity between the act of misconduct and the crime of responsibility), the Court held that: the act of misconduct has a civil nature, while the right to be tried by a Court is limited to criminal questions; when it equated the civil action by an act of misconduct to the prosecution of a crime, the law contradicted the art. 37, § 4 of the Constitution; the prerogative to be judge by a Court presupposes the actuality of the function, or it will be a privilege, infringing the principle of equality; the Legislature could not, by a statute, disallow the cancellation of Precedent 394; and the jurisdiction of the Supreme Court was fully provided for in the Constitution and may only be extended by amendment or by the Court itself, with the aid of the theory of implied powers.

dence and the squandering of assets, not to mention the formation of parallel codes of conduct, solidifying a comfortable sense of impunity.

The thesis, which continues to be debated in Congress, this time under a constitutional reform, has lost much of its glow. Explained: if in the recent past the discussion was about the competent court to try the higher echelons of power by the practice of acts of misconduct, today it is about the possibility of coming to practice these sorts of acts. This interesting line of argument was presented to the Supreme Court by the Complaint 2.138/2002, alleging that: (1) the Court has jurisdiction to prosecute Ministers of State by the so called crimes of responsibility, (2) any attack on the probity characterizes this sort of liability and, consequently, (3) the federal judge, acknowledging that he has jurisdiction to hear the Minister of State, who had used public planes to enjoy leisure time in Fernando de Noronha (administrative practices, according to agent) usurped the jurisdiction of the Court. The craftsmen of this curious and creative thesis argue that most of the acts of misconduct have correspondents in the typology of Law 1.079/1950,<sup>27</sup> which defines the crimes of responsibility and governing their proceedings and trial, which would be sufficient to demonstrate that the political infraction absorbs the act of misconduct. Moreover, the Constitution itself, in its art. 85, V, would have approved this agreement by providing that the President of the Republic would practice a crime of responsibility when undermined fairness in administration, what would let to his impeachment.

Although the outcome of the complaint is already definite, the host of the thesis still remains open, because the Court has undergone considerable changes in its composition. The proceedings still leaves doubts if the Court will decides that the higher echelons of power can answer for acts of misconduct. It is also feasible that be established a kind of "legal apartheid": the political actors who, in impeachable offenses, have the right to be judge by a Court provided in the Constitution, will not practice acts of misconduct.

The first complication of this thesis is to identify what means the expression "crimes of responsibility", a proposition which leads to some

---

27 Similar infractions were already penalized (1) in the Empire, with the law "on the accountability of Ministers and State Secretaries and Directors of State", 10/15/1827, which regulated the art. 47 of the Constitution of 1824, and (2) in the early Republic, Decrees 27 and 30, January, 07 and 08, 1892, which established the crimes by the President of the Republic, which are the antecedents of Law 1079 of 10/04/1950.

doubts and perplexities. For the president, crime of responsibility is a political and administrative violation which entails the creation of a political trial (without need of motivation) before the Senate.<sup>28</sup> To the Minister of State, is a violation associated with political and administrative acts which results in a totally legal trial (with the need of motivation) before the Supreme Court.<sup>29</sup> For the mayor, is a common crime, exposes him to a prison sentence.<sup>30</sup> And for Senators, Deputies and Councillors? In other words, these agents are not subject to the typology of impeachable offenses, but solely to the political control held in the Parliament itself, which may eventually result in the loss of office.<sup>31</sup>

Also mentioning the fact that some agents mentioned in the Constitution as potential perpetrators of crimes of responsibility (eg: members of the National Council of Justice and the National Council of Public Ministry – art. 52, II) are not even achieved by the typology of the Law 1.079/1950,<sup>32</sup> which simply prevents his punishment.

From these initial remarks, we can already say that the “thesis” propose in the Complaint 2.138/2002 does not contain a linear response. After

---

28 Brazilian Constitution, art. 52, I e parágrafo único.

29 Brazilian Constitution, art. 102, I, c.

30 Decree-Law 201, 1967, art. 1. The same Law, in his art. 4, talks of “political and administrative violations by the Municipal Mayors”, which resemble them to the impeachable offenses of Law 1.079/1950. In this sense, “Criminal. Criminal Procedure. Mayor: Crime of Responsibility. D.L. 201, 1967, Article 1: common crimes. I. - The so-called crimes of responsibility, typified in the art. 1 of Decree 201 of 1967, are ordinary crimes, to be judged by the judiciary, regardless of the pronouncement of the City Council (art. 1); they are prosecute by public action and punishable with imprisonment and detention (art. 1, § 1) and the process is typical of the Criminal Procedure, with minor modifications (art. 2). In art. 4, the Decree-Law 201, 1967, takes care of political and administrative violations of the mayors, subject to trial by the City Council and punished with the forfeiture of office. These violations can be, in the tradition of brazilian law, be called crimes of responsibility. II. - The criminal case against mayor, a crime defined in art. 1 of Decree Law 201 of 1967 can be brought even after the termination of the mandate. III. - Revision of the jurisprudence of the Supreme Court. IV. - HC rejected “(Habeas Corpus 60.671/PI, Min. Carlos Velloso, DJ 19/05/1995).

31 As the only exception may be mentioned the crime of responsibility that can be practiced by the Presidente of the City Council when he spends more than 70% of its revenue from payroll, including expense allowance with the Councillors (Constitution, art. 29-A, 1 and 3).

32 The prosecutors are achieved by the type of crimes of responsibility when be present the requirements of arts. 40 and 40-A of Law 1.079, with the wording given by Law 10.028.

all, for some agents, the crime of responsibility shall trigger a legal trial, and for others, a political trial, not to speak of those who are not even reached by the legal typology.<sup>33</sup>

Advancing in the structural underpinnings of the curious and creative “thesis”, some analysts argues that many of the acts of misconduct as defined in Law 8.429/1992 find correspondence in the typology of Law 1.079/1950, which would be sufficient to demonstrate that the violation of the last one would absorb the act of misconduct. Moreover, the Constitution itself, in its art. 85, V, would have approved this argument providing that the President when practices a crime of responsibility, undermining the probity in administration, allowing for his impeachment. As the paragraph of the last article states that this type of conduct would be defined in “special law” nothing more “natural” to conclude that the Law of misconduct takes the place of such a law. After all, if crime of responsibility undermines the probity, any conduct which configures administrative dishonesty is a crime of responsibility.

With due reverence to those that have embraced this kind of argument, it has not the slightest legal plausibility. Initially, we must express a certain relief with the vision that the crimes against the Public Administration predicted in “special laws”, which embody obvious manifestations of contempt for integrity were not considered crimes of responsibility!

The understanding that to the Legislature is prohibited to assign criminal, civil or administrative consequences to the same act, including identity of typology, is something new in legal science. If the Constituent Assembly did not impose this prohibition, it would be open to the interpreter do it? We must remembering that Law Project 1446/1991, submitted by the Senate and which led to the Law 8.429/1992 was expressed to recognize that acts of misconduct (principal) are also crimes of responsibility (secondary), and “the prosecution of crime of responsibility does not prevent or suspend the investigation or prosecution referred to this law” (art. 11). There is a clear understanding that they are distinct figures, as well as the interpenetration of the systems depends on express legal provision.

---

33 Added to the difficulty in understanding the actual basis of Precedent 722 of the Supreme Court (“are by the legislative competence of Union the definition of impeachable offenses and the establishment of rules for their proceedings and trial”), because if the crimes of responsibility are not real crimes (eg: they are not considered for reincidence), but violations of political and administrative root, how to justify the exclusive competence of the Union to legislate on this matter? It will cover the provisions of art. 22, I of the Constitution?

Is credible the argument that the Law 1.079 is special in relation to Law 8.429, culminating in absorbing the latest? The public official can not answer for their actions in different spheres, all previously defined and distinguished by Legislator? It is too difficult to maintain that a positive answer to these questions can be bolstered by the Constitution or the moral reason.

We can not lose sight that the Constitution itself refers separately to “acts of misconduct”<sup>34</sup> and “crimes of responsibility”.<sup>35</sup> So they can’t be the same thing. They need different laws.<sup>36</sup> As it turns out, by constitutional imperative, the figures must coexist. In addition, as the penalties are applied in different spheres (political and judicial), one can not speak even in bis in idem.

With apologies for the obvious, it can be stated that Law 1.079 is the special law refered by the paragraph of art. 85 of the Constitution, while Law 8.429 is the law referred in paragraph 4 of art. 37. The politicians, therefore, are potential active agents in acts of misconduct, conclusion, moreover, that finds resonance in the extremely broad terms of art. 2 of the Law of misconduct: *“is deemed to be public servant for the purposes of this law, anyone who has, even temporarily or without remuneration, by election, appointment, assignment, hiring or any other form of bond, mandate, post, job or function within the entities mentioned in the previous article”*.

The “understanding”, that was voiced in the Complaint 2.138/2002 was engendered in ambush to destroy the only serious means of combating the corruption in a country beset by outrage and impunity, is a black page in the history of the Brazilian Supreme Court.<sup>37</sup> By the demonstrations of the new members of the Court, it is natural that it will be reviewed, but the simple fact that it was architected and implemented, demonstrates that it is not easy to combat the unlawful acts performed by the higher echelons of power.

---

34 Brazilian Constitution, arts 15, V, e 37, § 4º.

35 Brazilian Constitution, arts. 29, §§ 2º e 3º; 50, *caput* e § 1º; 52, I; 85, *caput* e parágrafo único; 86, *caput* e § 1º, II; 96, III; 100, § 6º; 102, I, c; 105, I, a; 108, I, a; e 167, § 1º.

36 Brazilian Constitution, arts. 37, § 4º, e 85, parágrafo único.

37 GARCIA, Emerson. O Combate à Corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação, *in* 10, Revista Brasileira de Direito Constitucional, 383 (383), 2007.



## 4.

# The Brazilian Public Ministry: essential features and instruments of action

After the proclamation of the Republic, the treatment afforded to the Public Ministry (*rectius*: Prosecution service) has suffered very similar variations to the number of constitutions edited in Brazilian territory.<sup>38</sup> The 1934 Constitution placed the Public Ministry in the section entitled “*Organs of Coordination of Government Activities*”, coexisting with the Court of Auditors and Technical Organs. The 1937 Constitution did not contemplate it and the Charter of 1946 has regulated the institution in a singular title, separated of the three powers. The 1967 Constitution included the Public Ministry in the chapter of the Judiciary and the 1969 in the Charter Chapter of the Executive branch.

The 1988 Constitution placed the Public Ministry in Chapter IV (“From Essential Functions of Justice), which is found in Title IV (“*The Organization of the Powers*”). With this, the foundations of the institution, despite arranged on the same title from the other Powers, were in separate chapter, which ended by dismissing the false conception that the Public Ministry is part of the Power on which their discipline was referred. Were also dissolved the ties between the Public Ministry and the Executive power, being prohibited the exercising of Executive’s legal representative and awarding the administrative, financial and functional autonomy of the institution, and giving them assurances very similar to those granted to judges, resulting in their position of a truly independent body. The Brazilian Public Ministry, unlike what happens in relation to various European paradigms, is not linked even to the guidelines established by the Minister of Justice.

The organization of the Public Ministry attached the federative form of State adopted by Brazil, hence the existence of the Public Ministry of the Union and state counterparts, all independent of each other. The first is still divided into four branches: Federal Public Ministry, Public Ministry of Labour, Military Public Ministry and Public Ministry

---

38 To further development, see: GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

of Federal District and Territories, each with specific assignments. The Public Ministry as we said, has autonomy. In other words, it is the Institution itself that must (1) prepare its budget proposal, to be submitted by the Executive to the Legislature, together with the proposals from other branches and autonomous institutions, (2) decide on the acquisition of goods and services and on the contracting of its own personnel, and (3) act freely, only yielding obedience to the conscience of its members and to the dictates of the law. In particular, it is important to note that even the Attorney General, Head of the Institution, can not demand that their members act, in exercising their main activity, in a specific way.

By constitutional imposing, the Public Ministry has the responsibility to “to defend the legal order, the democratic regime and the social and unavaivable individual interests”.<sup>39</sup>

The functional duty to defend the legal order requires the measurement of all acts committed by state organs, and the use of the necessary measures to restrain abuses or illegalities, always trying to keep them attached to the limits of the Constitution and the law. Legal order does not keep similarity with the law, but rather with the bases of the system. It is a eminently broader notion. As specific variants of this duty, may be mentioned the legitimacy to begin the constitutional control<sup>40</sup> and the function, provided in art. 129, II of the Constitution, to “ensure effective respect by the public powers and public service agencies to the rights guaranteed in the Constitution, taking the necessary measures for its security.” Therefore, any interpretation that involves the Public Ministry’s efforts to defend the interests of state agencies (secondary public interest), often dissonant in the interest of the community (primary public interest) must be rejected. This aspect, of course, does not exhaust the notion of legal order. Whatever the legal system, abstracting the intermediate zones, it can be clearly discerned two types of interests to be safeguarded: those that directly affect the individual interest, being devoid of major relevance to the interests of the group, and the social interest, devised from a collective dimension of the interests involved, or even with its origins linked to a seemingly individual interest. In the last case, the social dimension of interest will be seen whenever there are values that are inherent correlation in the higher interests of the group, so we can speak of interests protected by rules of public order. The interests protected by such rules are often unavailable

39 Brazilian Constitution, art. 127, *caput*.

40 Brazilian Constitution, art. 103, I and § 4º.

(in an absolute or relative way), while the purely individual interests are marked by the stroke of availability.

Performing a teleological-systematic interpretation of art. 127 of the Constitution, it is clear that the duty of “*defense of the legal order*” does not justify the conclusion that the Public Ministry must act on any question that finds in it its basis of validity. Were so, the enunciation of any specific duty would be clearly redundant, because the designation *legal order* would cover all. Considering the nature of the other interests protected by those rules (democratic regime, social interests and unavailable individual interests), and having in view the essence of the main activity carried out by Public Ministry (art. 129 of the Constitution), all of it focused on satisfaction of the interests of society, we believe that the institution does not have the duty of defense, in a broad and unrestricted way, of the legal order, but only of the plot that brings the interests protected by the so-called rules of public order, covering, in addition to social interests, the individual interests, even if it is available, as long as generate relevant and immediate repercussions in the community.

The defense of democratic rule seeks to assure the permanence of the Brazilian State, outlined from the popular will and teleologically oriented to satisfying the interests of the community. The institution also must ensure the social and individual interests unavailable. The social interests transcend the individuality of the various interests that may be inherent in them, being relevant to society as a whole (eg, diffuse and collective interests). In this case, the actions of the Public Ministry does not presuppose the unavailability of each of the parcels that comprise it, which authorizes, *verbi gratia*, the defense of homogenous individual interests of consumers. For this reason, it is possible the defense of individual interests, even if available, since it is discerned a social interest in their protection.

In the context of specific duties, the institution received the munus of (1) “*promoting, with exclusivity, the criminal public action*”<sup>41</sup> and (2) “*to institute civil investigation and public civil action for the protection of public and social heritage, environmental and other diffuse and collective interests*”.<sup>42</sup> In exercising its functions, the Public Ministry may use various instruments, such as (a) statements and clarifications, (b) to request informations, documents and expert examination, (c) to promote inspections and investigations, (d) to require establishment of a police investigation, and (e) to issue recommendations. In other words, recognizing the practice of cor-

---

41 Brazilian Constitution, art. 129, I.

42 Brazilian Constitution, art. 129, II.

ruption, the Institution must establish the civil investigation to determine the practice of administrative misconduct and, simultaneously, the criminal investigation to establish the crime of corruption. Note that despite the resistance of the police offices, the Superior Courts have recognized the possibility that Public Ministry do, directly, criminal investigations, a prerogative that was implicit in its duty to promote the criminal action.<sup>43</sup> Moreover, understanding that best results will be obtained with a request to initiate investigation by the police, the Institution might choose this route. This last option, however, does not always prove adequate when the acts of corruption are practiced by police.

The Public Ministry members have the assurance of (a) after two years of exercising the function, loss of office only by final judicial decision, (b) can not be removed from their departments except by reasons of public interest, which requires a full defense, and (c) irreducibility of subsidies they receive. The guarantees granted to the institution and its members will certainly contribute to understand why Public Ministry has assumed a prominent position in the fight against corruption. After all, the possibility of retaliation is significantly reduced.

---

43 Federal Supreme Court: RE 449.206/ED, Min. Carlos Velloso, j. in 10/18/2005, DJ 11/25/2005; RE 468.523/SC, Min. Ellen Gracie, j. in 12/01/2009, DJ 02/19//2010; HC 94.173/BA, Min. Celso de Mello, j. in 10/27/2009, DJ 11/27/2009; HC 90.099/RS, Min. Celso de Mello, j. in 10/27/2009, DJ 12/03/2009; and HC 89.837/DF, Min. Celso de Mello, j. in 10/10/2009, DJ 11/20/2009. Superior Court of Justice: RHC 11.670/RS, rel. Fernando Gonçalves, j. in 11/13/2001, DJ 02/04/2002, p. 551; HC 33.462/DF, Min. Laurita Vaz, j. in 09/27/2005, DJ 11/07/2005, p. 316; HC 41.875/SC, Min. Laurita Vaz, j. in 09/06/2005, DJ 10/03/2005, p. 296; REsp. 494.320/RJ, Min. Nilson Naves, j. in 10/28/2004; HC 34.151/SP, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. in 04/27/2004, DJU 05/24/2002, p. 321; HC 25.238/GO, Min. Jorge Scartezini, j. in 03/02/2004, DJ 05/24/2004, p. 298; HC 18.060/PR, Min. Jorge Scartezini, j. in 02/07/2002, DJ 08/26/2002, p. 271; RHC 11.637/SC, rel. Min. Vicente Leal, j. in 12/06/2001, DJ 02/18/2002, p. 499; RHC 11.670/RS, Min. Fernando Gonçalves, j. in 11/13/2001, DJ 02/04/2002, p. 551; RHC 10.111/DF, Min. Edson Vidigal, j. in 09/06/2001, DJ 10/08/2001, p. 223; HC 12.685/MA, Min. Gilson Dipp, DJ 06/11/2001, p. 240; RHC 8.106/DF, Min. Gilson Dipp, j. in 04/03/2001, DJ 06/04/2001, p. 186, RT 793/538; HC 13.368/DF, Min. Gilson Dipp, j. in 04/03/2001, DJ 06/04/2001, p. 194; RHC 10.403/DF, Min. Felix Fischer, j. in 02/20/2001, DJ 03/26/2001, p. 436; RHC nº 9.922/DF, Min. Felix Fischer, j. in 12/13/2000, DJ 02/05/2001, p. 114; RHC 10.725/PB, Min. Gilson Dipp, j. in 02/03/2000, DJ 03/08/2000, p. 137; HC 7.445/RJ, Min. Gilson Dipp, j. in 12/1/1998, DJ 02/1/1999, p. 218, RT 764/507; e RHC 8.025/PR, Min. Vicente Leal, j. in 12/1/1998, DJ 12/18/1998, p. 416.

## Final Remarks

Difficulties and strengths aside, it is clear that Brazil has changed its face in almost twenty-five years have elapsed since the democratic reconstruction. If the unlawful is still practiced, generating a feeling of righteous in the society, the repressive nature of the law has long ceased to have purely semantic contours. Its effectiveness every day becomes more constant, reaching even the highest echelons of power. Evolution aside, the real improvement of the system will only be achieved when the Brazilian population, in its generality, achieve satisfactory levels of instruction and criticism, putting into practice, in fact, a genuine participatory democracy.