

O CONTROLE EXTERNO E AS CONTEMPORÂNEAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO

Sérgio da Silva Mendes



Como se tem amplamente noticiado, estamos investigando escândalos e todos os dias temos novas revelações sobre eventos de corrupção praticados contra o Estado. Um mal que, embora em graus diferenciados, espalha-se por várias nações de todos os continentes.

Exatamente em momento no qual o Tribunal de Contas da União está diante de grandes desafios, decorrentes da necessidade de fiscalizar novas modelagens na área de concessão em infraestrutura e logística, com investimentos que ultrapassam a casa dos 100 bilhões de reais. Além disso, tem sob sua responsabilidade o controle da execução do orçamento com despesas fixadas na ordem de 3 trilhões de reais.

Para aumentar a tragédia, estamos em época de reformas previdenciária e trabalhista, de supressão de direitos tendo como fundamento o discurso da insuficiência de recursos e do déficit crescente, bem como o da necessidade de modernização da economia.

Acoplado a isso, há o influxo midiático, como a divulgação de um suposto rombo de 258,7 bilhões em 2016¹. Ocorre que o Governo havia divulgado um déficit de 150 bilhões em janeiro deste ano, injetando no cálculo benefícios com caráter tipicamente assistencial e não previdenciário. Informações pela metade, como a omissão de que a previdência urbana apresentava **superávit** anual de R\$ 32 bilhões e a rural **déficit** de R\$ 86 bilhões². Essa guerra de informação e contrainformação não será objeto deste artigo.

O fato concreto é que bilhões de reais são gastos indevidamente todos os anos decorrentes de fraudes e ineficiência dos controles da previdência social.

¹ "Governo divulga rombo de R\$ 258,7 bi da Seguridade Social e defende reforma".
² Fonte: Fluxo de Caixa do INSS; Informar/Dataprev. Elaboração: SPPS/MPS. Referência março/2015.

Por exemplo, o Tribunal de Contas da União detectou que *problemas no cancelamento de benefícios previdenciários em razão de óbito do segurado têm ocasionado pagamentos indevidos com prejuízos potenciais de cerca de R\$ 2 bi aos cofres públicos*³. Foram mais de 33.104 benefícios ativos com indícios de óbito do titular. Em outros cruzamentos de dados, os quais demonstram a fragilidade dos sistemas do INSS, o Tribunal de Contas detectou milhares de benefícios com indícios de concessão fraudulenta, encaminhando a relação dos mesmos para apuração pelo INSS. Ocorre que o órgão previdenciário tem dado indícios de exaustão de sua capacidade de análise, colocando as fraudes na longa fila de apuração, solicitando do Tribunal o represamento das informações devido à sua incapacidade operacional. Com isso, sérios indícios de fraude se perpetuam até que o Estado decida pelo combate efetivo.

Uma saída monumental: reformas na Constituição são mais fáceis, abstratamente, que o combate à corrupção, dada a dimensão da mesma. A supressão de direitos é bem mais simples e opera de cambulhada.

Essas frases soam torpes, e as centenas de bilhões que escoam pelos ralos estatais como decorrência dos desvios requerem, certamente, uma ordem cronológica de reformas diversa da que vem sendo empreendida. O Coordenador da Operação Lava Jato, Procurador da República Deltan Dallagnol, estima que a corrupção desvia R\$ 200 bilhões por ano no Brasil⁴.

Dito isso, faremos a aproximação ao tema em quatro momentos distintos, com o objetivo de sistematizar esta exposição.

³ Vide notícia com esse título no sítio do TCU.

⁴ <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptcao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>

Em primeiro lugar, (i) abordaremos o conceito filosófico de corrupção. Após, e diante da constatação de que essa conceituação permanece por demais abstrata, falaremos sobre (ii) o conceito biológico de corrupção, demonstrável por algumas formas pelas quais esta tem se manifestado. O terceiro momento são os paradoxos a que estamos sendo levados na modernidade. Estamos diante de uma aporia (iii) fechar as brechas para os corruptos através de um direito arcaico, excessivamente burocrático e ineficiente, ou deixar abertas as portas do poder discricionário, por onde navegam os corruptos em águas mansas. Por fim, cientes que há um erro nessa dicotomia, (iv) tentaremos alinhar algumas saídas que o Tribunal de Contas da União entendeu adequadas para o enfrentamento dessa mazela que acompanha a humanidade desde os seus primórdios, embora ainda algumas concepções ainda estejam em carácter embrionário ou frente a decisões tradicionais de custo x benefício ou problemas jurídicos de aceitação.

(i) O conceito filosófico de corrupção.

Para Aristóteles, “a corrupção é uma mudança que vai de algo ao não-ser de algo; é absoluta quando vai da substância ao não-ser da substância, específica quando vai para a especificação oposta” (Física, V, 225 a 17). Segundo ele, trata-se de uma das quatro espécies de movimento substancial, em virtude do qual a substância se gera ou se destrói. Portanto, a corrupção é um não-ser, uma negação radical das virtudes.

Neste sentido, corrupção, na Constituição, não é uma categoria jurídica fechada. É um estado amplo de compreensão de atos contrários aos mais valiosos

valores constitucionais. É uma negação, um não-ser constitucional. Isso porque, ela, Constituição, usa o termo corrupção apenas uma vez (§ 10 do art. 14): “§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”. Já o conceito improbidade comparece 3 vezes no Magno Texto⁵.

De forma idêntica, o conceito constitucional de ética é uma expressão do senso comum, que está grafada na Constituição (“Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”). Já o conceito de moral ganha outra roupagem constitucional, figurando por 12 vezes em seu texto⁶.

Daí que corrupção e ética são conceitos que excedem, que não se deixam aprisionar por definições legais. A improbidade e a moralidade não podem, tal como as margens de um rio, aprisionar seus cursos.

A corrupção e a ética são contrários que se ‘harmonizam’, no sentido de que um é a negação do outro. E assim permitem a mútua compreensão (a corrupção é um não-ser ético, a ética é um não-ser corrupto).

Definir a ética é um desafio e depende das correntes filosóficas pelas quais navegam as definições. Spinoza colocava a ética em um “mundo de pureza

racional”, o qual é tão difícil como raro. Para ele, perguntar por que devo ser ético é o mesmo que perguntar por que devo seguir meus próprios interesses. A ética, portanto, seria útil, sendo que podemos desejar honestamente (*Tractatus Theologicus-Politicus* 3:46): 1º) entender as coisas por suas primeiras causas; 2º) adquirir o hábito da virtude ou dominar as paixões, 3º) viver em segurança com um corpo são.

Como já se pode perceber, definir corrupção é uma tarefa das mais difíceis. Por exemplo, para o eudemonismo as ações éticas são aquelas que conduzem o humano à felicidade. Isso exigiria definir o conceito de ‘felicidade’, o qual, segundo o epicurismo, passa por uma vida distante das paixões humanas. Portanto, tudo que for bom para o espírito será ético, e tudo que vier para os prazeres mundanos será corrupto.

O fato é que, assolados por ela, corrupção, deixamos de exigir a ética. Como que descrentes, nas palavras de Hannah Arendt em seu *Homens em tempos de obscuridade*: “a história conheceu muitos períodos de tempos de obscuridade, nos quais o âmbito público resultou ensombrecido e o mundo se tornou tão duvidoso que não pedimos à política outra coisa que não seja demonstrar a devida consideração por nossos interesses vitais e pela liberdade pessoal”. Uma espécie de desesperança acoplada à doutrina da corrupção como decorrente do pecado original (o determinismo do homem decaído). Mas o lugar dos corruptos não seria na terra, Dante Alighieri reserva aos corruptos o oitavo círculo do inferno.

Contudo, nossa Constituição permite lançar luzes sobre a corrupção e, com isso, conhecer os corruptos. E vamos ao “ser” que está no preâmbulo da Cons-

⁵ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - **improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, § 4º. Art. 37. § 4º - Os atos de **improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

ADCT. Art. 97. § 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo:

III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de **improbidade administrativa**;

⁶ Art. 5º, incisos V, X, XLIX e LXXIII. Art. 12, alínea 'a'. Art. 14, § 9º. Art. 37. Art. 73, § 1º, inc. II. Art. 114, inc. VI. Art. 119, inc. II. Art. 120, § 1º, inc. III.

tituição, numa espécie substrato ético de toda sua vontade. E por que o preâmbulo? Como já dizia o Presidente Argentino Mitre (1862), “as constituições sem preâmbulo são como templos sem pórticos” e, ainda, “como doutrina, o preâmbulo é um corolário, como preceito, afirma as partes dispositivas, como comentário, esclarece os casos duvidosos, como declaração de princípios dá conteúdo filosófico à Constituição”.

Pois bem, em síntese, o corrupto atenta como “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

(ii) O conceito biológico de corrupção, demonstrável por algumas formas pelas quais esta tem se manifestado.

Como visto, por mais esforços que façamos, o conceito filosófico de corrupção traria uma solução idealizada. Dito de outra forma, para sua superação deveríamos impor a todos um estilo de vida. Definir juridicamente a corrente hedonista a ser seguida pela sociedade brasileira e, depois, impô-la através de um conjunto de regras para a vida boa pré-selecionada.

Creemos, efetivamente, que o conceito biológico de corrupção é mais pragmático, pois operativo. Conceito esse que nos veio em forma de *insight* após contemplar as práticas contemporâneas de malversação.

Em primeiro lugar, a corrupção aprendeu a trabalhar com comissionamentos ilícitos entre 1 a 3 %. Com isso, criou-se uma camuflagem para despis-

tar as auditorias do Tribunal de Contas, inviabilizando a tipificação dos valores contratados como ilícitos de sobrepreço ou superfaturamento. Para trabalhar com percentuais assim reduzidos vitimaram contratos bilionários, o que é mais factível nas empresas estatais.

E é exatamente nas estatais que encontram um ambiente propício para proliferar, porquanto nossa Constituição determina para elas, em especial as que exploram atividade econômica, a elaboração de lei específica de licitações mais flexíveis⁷.

Deu-se no Brasil o fenômeno tão bem doutrinariamente trabalhado nesta Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pela Professora Maria João Estorninho (in *A Fuga para o Direito Privado*) e pelo Professor Vasco Pereira da Silva (Em busca do Acto Administrativo Perdido). As necessárias flexibilizações competitivas do Direito Administrativo são aproveitadas para práticas nada republicanas.

A corrupção ambientou-se em entes regidos pelo direito privado e, alguns destes, fora do alcance da jurisdição do Tribunal de Contas da União. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Penal 470, viu-se diante de malversação de dinheiro da Visanet, uma empresa criada pela Visa, com capital dela própria, distribuído a bancos que operavam com sua bandeira. O dinheiro não é público, mas passa por pessoas que utilizam de uma posição dentro do Estado para abocanhá-los⁸.

Outras entidades fora do Estado, mas que estão de alguma maneira sob sua influência, tal como os fundos de pensão ligados a empresas estatais, estão em

⁷ Vide Lei 13.303/2016.

⁸ Conduta tipificada no Código Penal: art. 312, §1º, c/c o art. 327.

más condições financeiras por condutas administrativas pouco abonáveis.

Não bastasse isso, vivemos em uma época de globalização do fenômeno da governança, o qual vem acompanhado de novas formas de contratação com a Administração Pública.

A propósito, podemos citar as parcerias público-privadas, os contratos de gestão e as relações com o terceiro setor, nomeadamente as organizações sociais, cuja legislação é caracterizada pela flexibilidade e pela baixa densidade normativa (*soft law*), pois está baseada em princípios, em diretrizes e na reabilitação do poder discricionário.

Esse Novo Direito Administrativo, como ensina *Eberhard Schmidt-Assmann*, está inserido em um modelo de democracia experimental, caracterizado: a) pela ductibilidade das regras de modo que se adaptem facilmente à realidade; b) pela inventividade na construção de novos modelos; c) na tomada de decisão; d) e pela aprendizagem na admissão do erro como algo a ele intrínseco.

Para esse estudo, basta dizer que Niklas Luhmann e Gunther Teubner abordaram a autopoiese em seu aspecto virtuoso, cabendo aqui pensar a corrupção como alopoiese decorrente de uma epidemia e nas formas de combate, para muito além do sistema binário por eles acreditado.

Segundo esses jusfilósofos alemães, o sistema do direito, assim como outros (economia, sociedade), só sobreviveria se fosse autopoietico. Simplistamente, os influxos do ambiente ingressariam no sistema jurídico após traduzidos para sua linguagem e dialeticamente submetidos a um controle binário do tipo lícito ou ilícito.

O interessante é que esse *insight* lhes veio da biologia, a partir das pesquisas

de Maturana e Varela, para quem os seres vivem e interagem com o ambiente e nesta relação vão se adaptando, criando mecanismos de mudanças relacionados à sua própria estrutura.

Para Varela, antes de sua guinada fenomenológica, o sistema cognitivo é explicado pelos *inputs* do mundo externo, submetidos a um processo lógico-circular (rede de processos físico-químicos que opera de modo recíproco e indissociável do meio circundante)⁹. Então, sistema cognitivo e mundo circundante não têm precedência, são co-origenários, definem-se mutuamente e são correlatos.

Esse movimento leva-o a colocar acento na ação e não na representação, o que lhe permitirá entender a cognição em atividade¹⁰. Enquanto Piaget centrava-se nas estruturas da consciência e no sistema operatório lógico, Varela centra-se na observação e análise do fluir da conduta. O entorno, enquanto participante no processo, perturba (cria problemas) e coloca em ignição o processo cognitivo, mas não informa decisivamente. Pelo que se pode falar em composição com o meio. O acoplamento do sujeito (sistema cognitivo) com o meio circundante (domínio cognitivo). Temos, portanto, não o darwinismo dogmatizado, que influenciou Dewey e James, mas um criacionismo humano (o sujeito criador de mundos). E o corrupto é inventivo, buscando trabalhar o mundo de forma a permitir suas práticas.

A guinada se dá quando Varela formula o conceito de enação¹¹, cujo significado é “interpretar” e “configurar o

⁹ Humberto Maturana e Francisco Varela. *Autopoiesis and Cognition*. Massachusetts: The MIT Press, 1997.

¹⁰ Humberto Maturana e Francisco Varela. *A árvore do conhecimento*. Campinas: Psy, 1986.

¹¹ Francisco Varela, Evan Thompson e Eleanor Rosch. *A mente incorporada*. Porto Alegre: Artmed, 2003.

mundo”. Guinada essa guiada pela leitura que Varela fez de Merleau-Ponty (centradamente *A Estrutura do Comportamento e Fenomenologia da Percepção*). Sob o pressuposto da cognição não neural (o sistema imunológico, por exemplo), constrói os conceitos de memória e reconhecimento, o que faz para superar o dualismo sujeito-história. Como se a história entrasse indivíduo a dentro, influenciando na biocorporeidade. Em suma, o corpo cognitivo é situado e moldado em sua história (existência), estando, portanto, inseparável de seu domínio. Há uma base ontológica, que Varela denomina de representação em sentido forte, fundada no pressuposto ontológico do mundo como já dado [onde habita o corrupto] e no pressuposto epistemológico da atividade cognitiva baseada em representações que, por sua vez, baseiam a conduta [a tentativa de molestar esse mundo, abrindo-lhe feridas]. Segundo Varela, não é preciso recorrer ao fundamento do mundo dado para justificar a experiência, pois nela mesma se encontram as regularidades e as transformações pela via dos **breakdowns** (pane, colapso, desagregação).

A corrupção trabalha sob a mesma lógica. Tal como as bactérias e os vírus, todas as vezes que ministramos remédios jurídicos o corrupto adapta-se ao ambiente e passa a laborar sobre várias outras formas, na ‘luta para sobreviver’.

Reitere-se, contemporaneamente estamos diante de um **habitat** ideal à proliferação da corrupção. Daí veio o **insight**, pois o corrupto é um ser biológico, que atua sob a lógica das doenças e das bactérias. Em palavras outras, atacam os organismos, ficam latentes, adaptam-se a mudanças nos ambientes, criam multirresistências às medidas para sua elimina-

ção. Em uma frase: a corrupção deve ser pensada epidemiologicamente.

(iii) A falaciosa opção entre fechar as brechas para os corruptos através de um direito arcaico e ineficiente, ou deixar abertas as portas do poder discricionário, por onde navegam os corruptos em águas mansas.

Estaríamos diante de uma saída monista ou de outra dualista?

A primeira, monista, seria banir os conceitos de eficiência, de eficácia e de economicidade, pois eles requerem espaços decisórios de razoabilidade e de proporcionalidade, ou seja, a ampliação do poder discricionário. A base seria retirar completamente a liberdade do administrador, adotando sempre saídas objetivas e predeterminadas, não importa se descompromissadas com a eficiência estatal. A conhecida técnica de jogar fora o bebê junto com a água da bacia.

Por exemplo, os Fundos de Pensão, como Petrus e Postalis, foram abalroados pelos prejuízos decorrentes de operações suspeitas, como investimentos em empresas “amigas” da elite política dominante. Investimentos desastrosos, seguidos de quebras e prejuízos monumentais. A saída para que isso não se repita seria: os recursos arrecadados só podem ser aplicados em poupança e, mesmo assim, em banco oficial, não importa a existência de outros com maior rentabilidade, tanto pela opção do onde investir, como decorrente da competição entre bancos para atrair clientes.

Outra solução, seria banir completamente as regras de mercado das decisões das empresas estatais que operam na economia, retirando-lhe a competi-

tividade através de extensos mecanismos burocráticos de contratação. Não sendo isso possível, a solução única, monista, seria privatizar. Mesmo assim permaneceria o problema da captura das agências reguladoras.

Noutro giro, teríamos as soluções dualistas, baseadas na compreensão da realidade em dois princípios básicos (eficiência e corrupção), os quais, embora antagônicos, padecem de coexistência irreduzível. A questão seria de custo de oportunidade, pois embora a corrupção seja inerente a esse modo de atuar, a liberdade traz mais benefícios que os prejuízos por ela causados. Um evidente apelo à filosofia do utilitarismo de resultados.

Certamente que estamos a falar de um cenário de economia globalizada, remetendo a decisões estatais tomadas nesse ambiente. Além do mais, estamos a tratar do denominado Direito Privado Administrativo, no qual as relações entre Direito e Economia são evidentes.

Em recente entrevista, o economista Alexandre Scheinkman falou sobre os problemas atuais da economia brasileira. Segundo ele, em passado recente de abundância de capitais, recursos foram canalizados para o Brasil em investimentos de infraestrutura, mesmo com projetos mal fundamentados e em ambiente regulatório inadequado. O resultado só poderia ser ineficiência (o Brasil patinou, enquanto China e Coreia do Sul experimentaram ganhos de produtividade superiores a 50% nos últimos 20 anos) e problemas a gerenciar (renegociação de contratos, projetos que se arrastam, custo Brasil elevado). Não bastasse isso, onde somos produtivos, os ganhos “escoam pelas vias de escoamento de produção”. Produzimos milho a preços

inferiores aos dos Estados Unidos, mas as vantagens se perdem nas estradas, ferrovias e portos.

Como visto, o papel do Estado é central para o trato da questão. Uma vez que não nos é dado demorar sobre a história do Direito Administrativo, sugiro a leitura da segunda parte do primeiro capítulo do livro de Hartmut Maurer (*Allgemeines Verwaltungsrecht*). Para esta exposição basta lembrar que o Direito Administrativo ganhou seus contornos no século XVII, quando as monarquias absolutas criaram um ramo jurídico capaz de promover o controle das forças burguesas crescentes. Proliferaram normas e regulações tendentes a controlar as vidas econômica e privada. Sempre presentes os conceitos de soberano, súdito, imperatividade, entre outros. Mais tarde veio a necessidade de contenção desse Leviatã através da construção de diques de contenção. Paradoxalmente, dois desses diques agora se apresentam como entraves para a agilidade da Administração frente à modernidade complexa e altamente dúctil. Falo do princípio da legalidade administrativa e a redução gradual da discricionariedade.

Somos obrigados a perceber que os conceitos do direito administrativo clássico, construídos para a sonolência dogmática e para a proteção do Estado contra o cidadão, não dão conta do dinamismo dos mercados. Nesse cenário, os órgãos de fiscalização, como o Tribunal de Contas da União, são levados a transitar das meras análises da conformidade dos meios (o controle das normas licitatórias) para o controle da governança (a própria modelagem das políticas públicas e o controle por resultados da gestão) e a edificação de mecanismos de inteligência do trato da informação, de modo a

lidar com as modernas práticas de corrupção e um ambiente complexo e gigantesco.

Não houve outra saída para o Tribunal de Contas da União, senão prestigiar os princípios constitucionais da eficácia, eficiência e economicidade, na aceção de que o Estado serve à sociedade, devendo haver espaços de decisão que maximizem recursos escassos e os resultados decorrentes de sua aplicação.

Como sabemos, a Atividade Fiscalizatória tem impactos no desenvolvimento econômico, porquanto constroem horizontes jurisprudenciais e criam expectativas nos investidores. Decisões conflitantes, flagrantemente publicistas (no sentido da máxima proteção do Estado), altamente mutáveis e de baixa consistência argumentativa atuam negativamente sobre o comportamento do mercado.

Em diversas decisões recentes, o TCU resolveu pela hermenêutica das normas de concessões e parcerias público privadas a partir dos Princípios da Ordem Econômica, superando a rigidez do isolamento nos Princípios do Direito Administrativo clássico. A tese pode ser vista no Acórdão 402/2013 exarado pelo Plenário. Fugindo da tentação publicista de colocar tudo dentro da categoria serviços públicos, empreendeu-se interpretação sistemática da Constituição para afirmar que os terminais portuários podem ser caracterizados como atividade econômica, sujeitos às normas de direito privado. Isso porque nos terminais de uso misto os agentes econômicos contratam livremente a prestação de um serviço, em evidente relação de direito civil. Ao Estado fica o papel de regulador, permeando o econômico com os valores da justiça social. Lembremos das palavras de Galbraith, grande economista dos qua-

dros de Harvard, quando afirmava que o Direito Administrativo Econômico tinha uma dupla função: garantir os direitos das pessoas e permitir uma economia sadia através do estímulo da competência como fator da produção e riquezas e do bem-estar.

Embora existam outras, traremos tão somente mais uma relevante posição do TCU em nome do desenvolvimento econômico e do bem-estar social. Trata-se do reconhecimento da baixa densidade normativa das Leis de Concessões e Permissões, permitindo agilidade para a compatibilização das normas através dos Regulamentos. Tais espaços legais propositadamente pouco densificados estão conforme a opção constitucional e legal pela regulação por conduto de agências autônomas, ou seja, a troca das opções políticas pelas decisões técnicas. Tal competência dispositiva inerente à ideia das agências (poderes implícitos ou imanentes), ou mesmo deixada explicitamente no texto da lei, é plenamente aceita no direito comparado e pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu uma espécie de “reserva de administração especial”, na adjetivação dada por Luís Cabral de Moncada ao lado da “reserva de parlamento”. Esse espaço da atuação, presente na administração econômica, “área de manifesta aptidão administrativa”, tem reflexo imediato nos limites abertos pelo legislador ao poder regulamentar. Afirmamos que não se pode olhar o poder regulamentar como uno para todas as matérias postas na competência do Presidente da República. Pois, como diz Hartmut Maurer, a característica dos domínios da administração prestadora ou de infraestruturas é a do maior grau de discricionariedade e a menor densificação legislativa.

Como se observa, diante de uma tessitura onde as normas são mínimas e a liberdade do administrador ampla, cria-se uma espécie de área de baixa imunidade, que pode ser colonizada pelas bactérias da corrupção.

(iv) Saídas adequadas para o enfrentamento, pelo Tribunal de Contas da União, das práticas modernas de corrupção: a fórmula do ambiente inóspito inibidor da multirresistência.

Não há outra saída a não ser reconhecer que estamos no fim da era do direito administrativo para o Estado, transitando para um direito administrativo de governança ou da Administração Infraestrutural do Estado Pós-Social, na acepção de Heiko Faber. O que requer um repensar as competências do Tribunal de Contas da União: como reconstruir a atividade fiscalizatória para dar conta da agilidade dos mercados concorrenciais em regime de crise econômica mundial ainda persistente? Como participar da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art. 3º da Constituição)?

Sabedores de que o direito está a serviço da humanidade e não a humanidade a serviço do direito, nenhuma aplicação da norma pode gerar prejuízos maiores que os valores pretensamente defendidos. E se realmente levamos os conceitos de governança a sério, devemos estar dispostos a aceitar os novos desafios, pois no século XXI, o direito administrativo é pautado pela retomada da discricionariedade, liberdade, experimentalismo e criatividade. Aprendizagem é, por-

tanto, o eixo central que move o futuro. E ele depende de nossa capacidade de tirar lições com os erros já cometidos, criar soluções e construir o novo.

Europa e Estados Unidos mudaram suas leis para permitir maior flexibilidade quando das escolhas públicas. Estão em nítida vantagem competitiva em relação a nós, também pelo modo como aplicamos o direito. E o mal direito, nas palavras de Bullard, não gera apenas injustiça, mas também o subdesenvolvimento.

Vivemos uma nova era da responsabilidade administrativa. Diante desse quadro global, como inibir as modernas práticas de corrupção sem retornar ao direito decaído. Pergunto: a saída é mais burocracia? Uma primeira resposta, de ordem pragmática, seria logo negativa. Perderíamos competitividade em função de modelos de outros países, onde se tem menos norma e mais liberdade de ação.

Entretanto, a necessidade de desenvolvimento não pode dar refúgio à corrupção, como algo inexorável, incontornável.

Se por um lado a experiência mostra que no excesso de burocracia também habita o corrupto, por outro, a agilidade e a eficiência do serviço público não podem ser um bem a ser ilicitamente negociado. O segredo, portanto, está na calibragem, na sintonia fina, pois existe um ponto ótimo para a dosagem do Estado burocrático. Nem excesso, nem ausência.

Por isso mesmo, estabeleceu-se o direito fundamental a **uma vida livre de corrupção**. Para sua concretização, vincula-se a **public choice** ao modo como o desenho dos programas anticorrupção afetará a população em situação de vulnerabilidade. O prefácio à Convenção da Justiça Criminal sobre a Corrupção do Conselho da Europa resume bem tais efeitos:

“A corrupção ameaça o império da lei, a democracia e os direitos humanos, solapa a boa governabilidade, a honestidade e a justiça social, distorce a competência, obstaculiza o desenvolvimento econômico e põe em risco a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade.”

A corrupção mata, pois ocasiona a falta de medicamentos, equipamentos e materiais hospitalares. Deseduca, pois desvia merenda escolar, adquire produtos de baixa qualidade e constrói salas de aula sem as mínimas condições para o ensino. Aprofunda o abismo social, pois impede a implementação de ações afirmativas. Ninguém pode negar carecer esta de efeito redistributivo, pois retira a riqueza da sociedade e a coloca nas mãos de quem não tem o direito de usufruir. Nesse sentido, inviabiliza as gerações presente e futura.

Aqui nos veio outro **insight**, agora a partir de Derrida. Segundo ele, a *Democracia por vir* é uma acontecibilidade imprevisível e, por isso, desconhecida para nós, Derrida reflete sobre a democracia com enfoque em suas negações (exceções, limitações). Os riscos: tudo no mundo real será flexível, porquanto o universal *ainda não veio*, inexistindo profilaxia segura contra os mecanismos auto-imunitários.

Para nós, as conclusões de Derrida trazem um problema de tonicidade. Como visto, coloca acento nos mecanismos auto-imunitários, pois não possui elementos para reconstruir a democracia que desconhece (*por vir*, irrealizável).

Mudemos a tonicidade. Promessas cumpridas como decorrência de nossos tropeços civilizatórios. Pelo que a *Democracia que já veio* possui um *mínimo se-*

mântico presente em todas as línguas como um léxico da razão¹². A democracia está aberta ao cálculo (ao razoável), a admitir contradições internas na democracia¹³. De outra, também está fechada ao cálculo em relação a alguns de seus elementos (mínimo semântico).

E qual o **insight**? Devemos calcular um espaço de combate a corrupção, que respeite os direitos fundamentais (sigilos, devido processo etc.), a partir do conhecimento passado, sob os riscos da inevitável conformação do presente, mas, ao contrário de Derrida, e diante do caráter epidemiológico do combate à corrupção, admitir sim as oportunidades da flexibilidade do mundo real e, a partir das incertezas do futuro, criar incertezas que gerem insegurança e temor no ambiente da corrupção. Esse é um ambiente pretendido para o futuro, ainda que sempre em mutação. Ao que denominamos de **fórmula do ambiente inóspito inibidor da multirresistência**.

O Tribunal de Contas da União deve criar mecanismos para alterar as condições ambientais de forma permanente, de modo a impedir que a corrupção crie resistência aos remédios aplicados, adaptando seus mecanismos de desvio a uma realidade de controle inerte.

A Lei Fundamental Brasileira reservou ao Tribunal uma seção do Capítulo referente ao Legislativo. Também, temos uma Lei Orgânica que reproduz as competências constitucionais e as complementa com outras destas derivadas. Nossas atribuições incluem desde apreciar as contas prestadas anual-

¹² Jacques Derrida. *El "mundo" de las Luces por venir (Excepción, cálculo y soberanía)*. Canallas. Madrid: Trotta, 2005, p. 183.

¹³ Michel Vanni. *Démocratie à venir?*. Conférence prononcée à Strasbourg le 13 mars 2004 lors colloque "l'exclusion démocratique", p. 3-4.

mente pelo Presidente da República até sustar a execução de ato impugnado. No campo das sanções, podemos condenar os responsáveis em débito, aplicar-lhes multas proporcionais ao dano, inabilitá-los para o exercício de cargo em comissão, declarar a inidoneidade de empresas para licitar e decretar a indisponibilidade de bens no curso do processo de tomada de contas.

É um potente arsenal, mas para ter acesso a ele precisamos de conhecimento e informação. Capacidade de detecção e prevenção de práticas corruptas.

Apesar de não possuímos instrumentos de apuração como as quebras de sigilos bancário, fiscal e telefônico, devemos desenvolver mecanismos de controle de modo a anteciparmos os riscos.

Aqui nos encaminhamos para o final deste escrito, dando exemplos desse ambiente inóspito, em constante alteração, inibidor da multirresistência da bactéria **diafthorá**. Esse ambiente é construído a partir das novas tecnologias da informação, acopladas a capacidade (expertise e criatividade) dos auditores do TCU em seu uso.

Um exemplo. O Tribunal de Contas da União está a utilizar o georeferenciamento, com a finalidade de calcular matematicamente o volume de movimentação de terra em obras públicas. Todos sabem que terra movimentada no passado é de difícil conferência no futuro. Essa técnica utiliza de satélites e drones para a captação de imagens e programas informáticos para cálculo da área de terra movimentada. Uma tecnologia cara, mas um potente instrumento de persuasão e de inibição. Não sabedores para onde o TCU estará direcionando sua atenção, os malversadores serão intimidados pela incerteza de controle.

Certamente o uso da ferramenta não será uma questão de benefício concreto versus seus custos elevados (mas em redução), pois não se possui um arsenal de armas nucleares para exterminar a Terra.

Fechada a porta, certamente tentarão criar outra saída para as práticas ilícitas.

Outra prática de controle foi construir ao longo dos anos um extenso banco de dados com informações a serem manuseadas, cruzadas e potencializadas pela sobreposição das mesmas. Trabalha-se sob a concepção de **Big Data**, manipulando dados estruturados e não estruturados, bem como a análise semântica de textos.

Exemplificando, caso determinadas palavras apareçam em um dado documento público, será um indicativo de ilícito. Quando das eleições, cruzando dados, o Tribunal de Contas detectou pessoas falecidas ou beneficiárias do bolsa família fazendo doações eleitorais. A mesma técnica foi utilizada para detectar milhares de benefícios da previdência pagos a falecidos.

Um ensinamento da Europa, é a criação de uma espécie de observatório da burocracia, de modo a identificar aquelas práticas que tão somente se prestam à ineficiência e à corrupção.

Para implementar o controle social, por meio da participação do cidadão, o Tribunal pretende induzir, em trabalho conjunto, a implantação do Governo digital, tornando concreta as formas de transparência dos gastos públicos e de participação **on line** do cidadão.

Incorporamos novas técnicas de auditoria financeira, de modo a permitir fiscalizações prescritivas e preditivas e prevenir a prática do ilícito. Esta a

melhor estratégia para combater a corrupção sob todas de suas modalidades.

Criaram-se laboratórios de Tecnologia da Informação e Comunicação, a fim de construir novas modelagens de controle e estabelecer um constante processo de aprendizagem.

Espero ter contribuído em alguma medida para criar aqui um ambiente de reflexão e debate sobre o tema aqui tratado, deixando como última mensagem que, assim como os antibióticos, as técnicas de combate à corrupção devem ter “gerações”. Atentos ao fato de que o uso de uma ferramenta traz a necessidade de criar nela variações internas ou novas téc-

nicas de detecção de falhas concretas ou potenciais.

Terminamos por onde começamos e, tal como demonstramos acima, vivemos um momento paradoxal e repleto de contradições. Em situações difíceis como as ora vividas é que se apresentam as grandes oportunidades de guinadas e melhorias nos métodos de combate à corrupção, permitindo, assim, a efetivação progressiva dos direitos fundamentais e a não supressão de direitos sem que antes os rombos nas adutoras dos recursos públicos sejam reparados.

Brasília, verão de 2017

Sérgio da Silva Mendes

Diplomado em Derecho Administrativo Sancionador pela Universidad de Valladolid/Espanha. Doutor em Filosofia pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Bacharel em Administração pela Universidade Federal Fluminense.

Ex-Diretor da Divisão de Ações Judiciais do Tribunal de Contas da União - TCU. Ex-Consultor Jurídico Substituto do TCU. Ex-Assessor de Ministro do Tribunal de Contas da União Raimundo Carreiro. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto. Ex Chefe de Gabinete do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito. Auditor Federal de Controle Externo. Assessor e, mais tarde, Chefe de Gabinete do Ministro Cedraz. Vice-Presidente do Tribunal de Contas da União. Atualmente é Secretário de Recursos Processuais do Tribunal de Contas da União.

Pesquisador da Universidade Católica de Petrópolis/CNPq, temática Fundamentos da Justiça e dos Direitos Humanos.

Professor de Cursos de Pós-graduação do Instituto de Educação Superior de Brasília – Iesb.

Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais do Centro Universitário de Brasília - Uniceub, presidido pelos Ministro Ayres Britto (STF) e como Conselheiros, entre outros, os Ministros e Professores Luiz Fux (STF), Joaquim Barbosa (STF), Benjamin Zymler (TCU), Maria Elisabeth (STM), Francisco Rezek (STF) e o ex-Procurador Geral da República Inocêncio Mártires Coelho.

Membro da Comissão Difusora do Prêmio Innovare e Assessor do Presidente do Conselho Superior do Instituto Innovare (criado e mantido pelas Organizações Globo).